Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 26 de abril de 2012 [1]

Asunto C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
contra
Republik Österreich
[Petición de decisión prejudicial

planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Competencia — Abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 TFUE — Concepto de "empresa" — Reutilización de datos del sector público — Prohibición absoluta de reutilización de datos inscritos en el Registro Mercantil — Negativa de un Estado miembro a autorizar la transmisión masiva de datos para su explotación comercial — Identificación del mercado anterior — Recursos esenciales — Negativa a suministrar — Directiva 68/151/CEE — Directiva 96/9/CE — Directiva 2003/98/CE»

I. Introducción

1. En el presente asunto, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de Austria) requiere orientación sobre si el Estado austriaco actúa como una «empresa» en el sentido del artículo 102 TFUE al prohibir tanto la reutilización de los datos contenidos en su registro público de empresas (en lo sucesivo, «Registro Mercantil»), como la comercialización de dichos datos para crear un servicio de información empresarial más extenso. En caso afirmativo, se pregunta al Tribunal de Justicia si es aplicable la denominada «teoría de los recursos esenciales». Esta teoría se refiere a los supuestos en que una empresa adquiere una posición dominante en el mercado posterior debido al control que ejerce sobre un recurso del mercado anterior.

2. Dichas cuestiones se han suscitado en un contexto en que son importantes los principios del Derecho de la UE relativos a la protección jurídica de las bases de datos, la llevanza de registros públicos de sociedades por los Estados miembros y la reutilización de la información del sector público. Esto se debe a que, por una parte, Austria se apoya en una directiva que le impone la obligación de llevar un registro de sociedades, en otra sobre la protección jurídica de las bases de datos y en una tercera sobre la reutilización de información pública. Por otra parte, Compass-Databank, la sociedad en el origen de este procedimiento, basa sus alegaciones de abuso de posición dominante en la directiva relativa a la reutilización de información pública e invoca más concretamente la teoría de los «recursos esenciales».

1 — Lengua original: inglés.

II. Derecho de la UE

Directiva 68/151/CEE[2]

3. El artículo 3 de la Directiva 68/151 establece:

«1. En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central o bien en un Registro Mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas.

2. Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; […]

3. Previa solicitud, deberá poder obtenerse una copia literal o en extracto de los actos e indicaciones mencionados en el artículo 2. A partir del 1 de enero de 2007 a más tardar podrán presentarse al registro solicitudes en papel o por medios electrónicos, a elección del solicitante.

A partir de la fecha que determine cada Estado miembro, que no podrá ser posterior al 1 de enero de 2007, las copias mencionadas en el párrafo primero se deberán poder obtener del registro en papel o en formato electrónico, a elección del solicitante. [...]

El precio de la obtención de una copia de todos o de parte de los actos e indicaciones mencionados en el artículo 2, ya sean en papel o en formato electrónico, no podrá ser superior al coste administrativo.

Las copias en papel entregadas serán copias legalizadas, a menos que el solicitante renuncie a esta certificación. Las copias electrónicas entregadas no serán copias legalizadas, a menos que el solicitante pida explícitamente tal certificación. [...]

4. La publicidad de los actos y las indicaciones que se mencionan en el apartado 2 se realizará por medio de una publicación literal o en extracto, o bien bajo la forma de una mención en el boletín nacional designado por el Estado miembro que señale el depósito del documento en el expediente o su transcripción en el registro. El boletín nacional designado al efecto por el Estado miembro podrá estar en formato electrónico. [...]

5. Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 4, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento de los mismos.

No obstante, para las operaciones realizadas antes del decimosexto día siguiente al de la mencionada publicación, estos actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros que demuestren la imposibilidad de haber tenido conocimiento de los mismos. [...]»

2 — Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3), en su versión modificada por la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas (DO L 221, p. 13).

Directiva 96/9/CE [3]

4. Los considerandos cuadragésimo y cuadragésimo primero de la Directiva 96/9 tienen el siguiente tenor:

«(40) Considerando que el objeto [del] derecho *sui generis* es el de garantizar la protección de una inversión en la obtención, verificación o presentación del contenido de una base de datos para la duración limitada del derecho; que esta inversión puede consistir en la aplicación de medios financieros y/o en el empleo de tiempo, esfuerzo y energía;

(41) Considerando que el objetivo del derecho *sui generis* consiste en facilitar al fabricante de una base de datos la posibilidad de impedir la extracción y/o reutilización no autorizadas de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos; que el fabricante de una base de datos es la persona que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones; que esto excluye, en particular, de la definición de "fabricante" a los subcontratistas».

5. El artículo 7 de la Directiva 96/9, titulado «Objeto de la protección», dentro del capítulo III relativo al «Derecho *sui generis*», establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

2. A efectos del presente capítulo se entenderá por:

a) "extracción" la transferencia permanente o temporal de la totalidad o una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice;

b) "reutilización" toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas. La primera venta de una copia de una base de datos en la Comunidad por el titular de los derechos o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dicha copia en la Comunidad;

[...]

3. El derecho contemplado en el apartado 1 podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual.

[...]

5. No se autorizará la extracción y/o reutilización repetida/s o sistemática/s de partes no sustanciales del contenido de la base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.»

Directiva 2003/98/CE [4]

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77, p. 20).

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público (DO L 345, p. 90).

6. Los considerandos octavo y noveno de la Directiva 2003/98 declaran lo siguiente:

«(8) Se necesita disponer de un marco general para las condiciones de reutilización de los documentos del sector público con el fin de garantizar que dichas condiciones sean equitativas, proporcionadas y no discriminatorias. Los organismos del sector público recogen, producen, reproducen y difunden documentos para llevar a cabo su labor de servicio público. La utilización de dichos documentos por otros motivos constituye una reutilización. Las políticas de los Estados miembros podrán ir más allá de las normas mínimas establecidas en la presente Directiva, permitiendo así una reutilización más amplia.

(9) La presente Directiva no contiene la obligación de autorizar la reutilización de documentos. La decisión de autorizar o no la reutilización corresponderá a los Estados miembros o al organismo del sector público que corresponda. [...] Se debe instar a los organismos del sector público a poner a disposición, con vistas a su reutilización, todos los documentos que conserven. Los organismos del sector público deben promover y alentar la reutilización de documentos, inclusive los textos oficiales de carácter legislativo y administrativo, en los casos en los que el organismo del sector público tiene el derecho a autorizar su reutilización.»

7. A tenor del vigesimosegundo considerando de la Directiva 2003/98: «[...] La presente Directiva tampoco afecta a la existencia de derechos de propiedad intelectual de los organismos del sector público ni a su posesión por éstos, ni restringe en modo alguno el ejercicio de esos derechos fuera de los límites establecidos por la presente Directiva. [...] No obstante, los organismos del sector público deben ejercer sus derechos de autor de una manera que facilite la reutilización.»

8. El artículo 1 de la Directiva 2003/98 titulado «Objeto y ámbito de aplicación» dispone, en su apartado 1:

«1. La presente Directiva establece un conjunto mínimo de normas que regulen la reutilización y los instrumentos prácticos que faciliten la reutilización de los documentos existentes conservados por organismos del sector público de los Estados miembros.»

9. El artículo 2, apartado 4, de la Directiva 2003/98 define la reutilización como «el uso de documentos que obran en poder de organismos del sector público por personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial que tenían esos documentos en la misión de servicio público para la que se produjeron. El intercambio de documentos entre organismos del sector público en el marco de sus actividades de servicio público no se considerará reutilización».

10. El artículo 3 de la Directiva 2003/98, que lleva por título «Principio general», dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que, cuando se autorice la reutilización de documentos conservados por organismos del sector público, dichos documentos puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales de conformidad con las condiciones expuestas en los capítulos III y IV. En la medida de lo posible, los documentos se pondrán a disposición del público por medios electrónicos.»

III. Litigio principal, Derecho nacional pertinente y cuestiones prejudiciales planteadas

A. *El Registro Mercantil*

11. Con arreglo a los artículos 1 y 2 de la Firmenbuchgesetz (en lo sucesivo, «FBG»),[5] las empresas tienen la obligación de inscribir determinada información en el Registro Mercantil que, según establecen las mismas disposiciones, debe ser puesta a disposición del público. Según el artículo 3, los datos que deben inscribirse incluyen la razón social, la forma jurídica, el domicilio social, una reseña del sector de actividad, sucursales, nombre, fecha de nacimiento y poderes de los representantes, detalles de su liquidación o apertura de un procedimiento de insolvencia.

12. Hasta 1990 la información que obraba en poder del Estado austriaco era accesible al público a través de los tribunales que tenían a su cargo el Registro Mercantil. Actualmente sigue siendo posible efectuar una consulta del Registro Mercantil a través de los tribunales municipales y regionales (Bezirksgerichte) o de las notarías (artículos 33 y 35 de la FBG), a cambio del pago de una tasa judicial legalmente establecida.

13. Desde el 1 de enero de 1991 el Registro Mercantil pasó a ser un registro informatizado y a finales de 1994 se había finalizado el procesamiento de la totalidad de los datos empresariales. A partir de 1993 el público podía consultar los datos a través de videotexto interactivo y desde 1999 ha sido posible la consulta del Registro Mercantil por Internet. Según el artículo 34 de la FBG, cualquier persona podrá, en la medida en que las posibilidades técnicas y de personal lo permitan, hacer una consulta rápida de la información del Registro Mercantil por medios electrónicos.

14. El acceso público al Registro Mercantil por medios electrónicos sufrió un cambio en 1999 cuando Austria adjudicó inicialmente a cinco agencias intermediarias («Verrechnungsstellen») la tarea de suministrar el acceso por Internet al Registro Mercantil.[6] Estas agencias recaudan una tasa judicial legalmente establecida y cobran un importe por sus servicios. Las tasas judiciales que se cobran por las consultas rápidas y las consultas en general se establecen por el Firmenbuchdatenbankverordnung (Reglamento sobre la base de datos del Registro Mercantil; en lo sucesivo, «FBDV»[7]). Las agencias intermediarias recaudan las tasas judiciales y las transfieren al Estado. Dichas tasas se calculan según la naturaleza de la información consultada. El importe cobrado aparte como remuneración de los servicios de las agencias intermediarias debe ser aprobado por el Ministerio de Justicia.

15. La base de datos del Registro Mercantil es una base de datos protegida. El titular del derecho *sui generis* de propiedad intelectual sobre dicha base de datos es el Estado austriaco. Con arreglo al artículo 4, apartado 2, del FBDV, la autorización para consultar el Registro Mercantil no permite efectuar actos de distribución de los datos (prohibición de reutilización). La reutilización está reservada al Estado austriaco como fabricante de la base de datos, de conformidad con las disposiciones de Derecho de propiedad intelectual adoptadas para la transposición de la Directiva 96/9.[8]

5 — BGBl., nº 10/1991.

6 — El representante de Austria explicó en la vista que esta solución se adoptó por la mera razón de que no se disponía de una infraestructura estatal para la facturación y cobro en línea de las consultas del Registro Mercantil.

7 — BGBl. II, nº 240/1999.

8 — Según las observaciones escritas presentadas por Compass-Datenbank, con anterioridad a 1998 el Estado austriaco no gozaba de la protección del Derecho de propiedad intelectual con respecto a los registros públicos.

B. *La base de datos de Compass-Datenbank*

16. Desde hace más de 130 años, Compass-Datenbank GmbH (en lo sucesivo, «Compass-Datenbank») y sus antecesores jurídicos han tenido a su disposición recopilaciones de información comercial y empresarial conservada por el Estado austriaco. Desde 1995 empezó a explotar una base de datos de información empresarial e industrial de acceso por Internet, que se nutría en parte de aquellos datos.

17. La base de datos de Compass-Datenbank amplía la información que figura en el Registro Mercantil con datos adicionales. Incluye información sobre participaciones, números de teléfono y fax, direcciones de correo electrónico, ramos de actividad comercial de la empresa, una breve descripción de sus actividades y los datos bancarios. Para poder ofrecer este servicio de información, Compass-Datenbank necesita obtener una actualización diaria de los datos inscritos en el Registro Mercantil, que completará con sus propias indagaciones.

18. Hasta diciembre de 2001, Compass-Datenbank obtenía del portal del centro federal de informática los datos mencionados sin ningún tipo de restricción con respecto a su reutilización. Recibía la información en su calidad de editora del Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich (Boletín central de inscripciones en el Registro Mercantil de la República de Austria). Compass-Datenbank reutilizaba dichos datos para su propia base de datos comercial e industrial.

C. *Procedimiento nacional*

19. En 2001 el Estado austriaco inició ante el Handelsgericht Wien (Juzgado de lo mercantil de Viena) un procedimiento contra Compass-Datenbank, por el que se solicitaba, en particular, que se dictase una orden de cesación con el fin de prohibir a Compass-Datenbank la utilización de los datos extraídos del Registro mercantil y, en particular, su almacenamiento, reproducción o transmisión a terceros. Mediante resolución de 9 de abril de 2002, el Oberster Gerichtshof estimó parcialmente una solicitud de adopción de medidas cautelares a tal efecto y ordenó que, hasta que recayese una resolución definitiva, Compass-Datenbank se abstuviera de reutilizar los datos del Registro Mercantil para actualizar su propia base de datos comerciales e industriales y, en particular, dejase de almacenar o reproducir datos extraídos del Registro Mercantil para transmitirlos a terceros, permitir el acceso a éstos o proporcionar información sobre los mismos, siempre que no hubiese pagado una remuneración adecuada al Estado austriaco a cambio de la obtención de dichos datos. La petición de decisión prejudicial no especifica si posteriormente los tribunales austriacos dictaron una resolución definitiva en este procedimiento.

20. No obstante, tal y como explicó el representante de Compass-Datenbank en la vista, a pesar de ello, esta entidad continuó obteniendo datos del Registro Mercantil, aunque a cambio de una remuneración que Austria considera insuficiente.

21. Compass-Datenbank inició un procedimiento separado el 21 de diciembre de 2006 en el que solicitaba que se ordenase al Estado austriaco poner a disposición de Compass-Datenbank, con arreglo al Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Ley sobre la reutilización de la información de los organismos públicos; en lo sucesivo, «IWG»),[9] cierta documentación procedente del Registro Mercantil, a cambio del pago de una remuneración adecuada.

9 — BGBl. I, nº 135/2005. Este punto no se explica en profundidad en la petición de decisión prejudicial ni tampoco la disposición pertinente citada. Sin embargo, entiendo que el artículo 7 de la IWG establece que la remuneración debida a las autoridades por la reutilización de datos del sector público no debe exceder los costes ocasionados, más un margen razonable de beneficio.

Concretamente, Compass-Datenbank solicitaba un acceso al Registro Mercantil que le permitiese obtener tanto extractos de los documentos relativos a actualizaciones de los datos de las entidades jurídicas inscritas o a las cancelaciones ocurridas el día anterior, como extractos de los datos históricos contenidos en el Registro Mercantil.

22. Durante el litigio principal se estableció que Compass-Datenbank no puede deducir derecho alguno de la IWG. No obstante, se consideró que dicha empresa podía basarse en determinados motivos que eran fundados conforme al Derecho de la competencia. Tras varias instancias ante distintos órganos jurisdiccionales austriacos, el asunto llegó ante el Oberster Gerichtshof, el cual consideró que era necesario remitir las siguientes tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el sentido de que una autoridad pública desarrolla una actividad empresarial al recopilar en una base de datos (Registro Mercantil) datos facilitados por las empresas en cumplimiento de una obligación legal de información y prestar un servicio remunerado de consulta y/o de elaboración de impresiones en papel, prohibiendo por lo demás cualquier otro acto de explotación?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión,

2) ¿Existe actividad empresarial cuando la autoridad pública, invocando su «derecho *sui generis* de propiedad intelectual» como creadora [fabricante] de la base de datos, prohíbe actos de explotación que vayan más allá del servicio de consulta y elaboración de impresos?

En caso de respuesta afirmativa a la primera o la segunda cuestión,

3) ¿Debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el sentido de que los principios establecidos en las sentencias [RTE e ITP/Comisión ("Magill") e IMS Health [10]] ("teoría de los recursos esenciales"), también se aplican en ausencia de un "mercado anterior", toda vez que la recopilación y el procesamiento de los datos protegidos en una base de datos (Registro Mercantil) se efectúan en el marco del ejercicio de prerrogativas de poder público?»

23. Compass-Datenbank, el Gobierno austriaco, Irlanda, los Gobiernos neerlandés, polaco y portugués y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas. Compass-Datenbank, el Gobierno austriaco, Irlanda y la Comisión Europea comparecieron en la vista celebrada el 2 de febrero de 2012.

IV. Análisis

A. *Observaciones preliminares*

1. La función de las agencias intermediarias

24. De las observaciones de las partes se desprende que, como cuestión preliminar, es necesario analizar la función desempeñada por las agencias intermediarias, concretamente su incidencia en la apreciación de si el Estado austriaco desarrolla una actividad económica.

10 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995 (asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743) y de 29 de abril de 2004 (C-418/01, Rec. p. I-5039), respectivamente.

25. Como ya he explicado en el punto 14 de estas conclusiones, en 1999 se introdujo un sistema de acceso al Registro Mercantil a través de agencias intermediarias. Éstas son proveedoras de un acceso en línea al Registro Mercantil a cambio de una remuneración. El representante de Austria explicó en la vista que actualmente cualquier empresa que cumpla los requisitos de calidad del servicio y de rendimiento puede ser admitida como agencia intermediaria. En la actualidad existen diez agencias intermediarias que desempeñan esta función, una de las cuales está integrada en el mismo grupo empresarial al que pertenece Compass-Datenbank. [11]

26. Las agencias intermediarias establecen, a través de Internet, la conexión entre el Registro Mercantil y el cliente. Les está prohibido reutilizar los datos del Registro Mercantil o alterar el contenido o formato de la información transmitida. Tampoco pueden incorporar publicidad a dicha información. A los clientes de las agencias intermediarias también les está prohibido cualquier acto de reutilización de los datos susceptible de conculcar los derechos *sui generis* de Austria en relación con el Registro Mercantil. Esto significa que dicha prohibición de reutilización derivada del derecho *sui generis* es absoluta y que Austria la aplica de forma no discriminatoria.

27. Es importante recordar que, mediante las acciones ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, Compass-Datenbank pretende que el Estado austriaco le conceda, a cambio de una remuneración adecuada, un derecho a la transferencia masiva de los nuevos datos inscritos en el Registro Mercantil, acompañado del derecho a la reutilización de los datos para poder incluirlos en el servicio de información de Compass-Datenbank y distribuirlos.

28. El objetivo de la acción es permitir que Compass-Datenbank pueda ofrecer un servicio que amplíe los datos que ya están disponibles para cualquier persona a través de las agencias intermediarias. Como señaló Compass-Datenbank en la vista, desea ofrecer algo más que una simple reproducción de la información que proporcionan las agencias intermediarias. Pretende dar un valor añadido a dicha información completándola con otros datos. Por otra parte, su modelo de negocio implica tener acceso a datos recientes y actualizados por un precio inferior a la tasa legalmente establecida que cobran las agencias intermediarias. Es precisamente lo que pide Compass-Datenbank en el procedimiento nacional, que ofrece el pago de un determinado importe que considera una remuneración apropiada para el Estado austriaco.

29. Es importante tener una idea clara de la función de las agencias intermediarias por dos razones: En primer lugar, para determinar si una autoridad pública actúa como una «empresa» a los efectos del Derecho de competencia de la UE, resulta necesario un análisis individualizado de las actividades desarrolladas por la autoridad pública de que se trata. Se calificará a esta autoridad de «empresa» en la medida en que dichas actividades sean de naturaleza «económica». [12] Por tanto, para establecer en qué medida es aplicable el artículo 102 TFUE al presente asunto, son determinantes las actividades del Estado austriaco y no las de las agencias intermediarias.

30. Esta distinción también es importante porque, antes de establecer si una empresa incurre en abuso de su posición dominante al negarse a suministrar un producto o servicio, es preciso identificar el mercado en que la empresa de que se trate ostenta una posición dominante. Por consiguiente, este análisis debe centrarse en el Estado austriaco y no en las agencias intermediarias.

31. Opino que el análisis correcto de las circunstancias es el siguiente: Austria adjudica concesiones de servicios públicos a las agencias intermediarias. Esta conclusión se basa en el hecho de que las agencias intermediarias disfrutan, sin perjuicio de la supervisión del Ministerio de Justicia, de una cierta libertad limitada para fijar el precio de acceso en línea al Registro Mercantil (la remuneración, que es adicional

11 — Según se afirmó en la vista, dicha agencia intermediaria es una filial de Compass-Datenbank.

12 — Véanse las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21; de 16 de marzo de 2004, AOK-Bundesverband y otros (C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. p. I-2493), apartado 59, y de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43), apartado 18.

a la tasa judicial legalmente establecida) y en el hecho de que obtienen dicha remuneración de terceros y no de la autoridad adjudicadora de los contratos.[13] Las agencias intermediarias soportan el riesgo comercial asociado al acceso en línea al Registro Mercantil, lo cual también es un indicio de que Austria simplemente adjudicó una concesión a las agencias.[14]

32. Mientras ha quedado establecido que la negativa de un Estado miembro a otorgar, mediante una concesión de servicios, una licencia exclusiva está sujeta a las normas fundamentales del Tratado UE y del Tratado FUE en general, incluido el artículo 56 TFUE y, en particular, a los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad así como a la obligación de transparencia que de ellos se deriva,[15] las obligaciones de los Estados miembros no van más allá. Los contratos de concesión de servicios públicos no se rigen por ninguna de las directivas reguladoras de los contratos públicos.[16]

33. Procede señalar a este respecto que podría cuestionarse si las tasas judiciales legalmente establecidas y/o la remuneración adicional de las agencias intermediarias superan el «coste administrativo» de la obtención de copias de actos o indicaciones a que se refiere el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 68/151. No obstante, la cuestión de si Austria actúa de forma coherente con la Directiva 68/151 no es relevante respecto a la cuestión de si Austria actúa como una empresa[17] al negarse a autorizar el acceso masivo a los datos de que se trata en el presente procedimiento y su reutilización.

34. Además, aunque está claro que la actividad de las agencias intermediarias es de naturaleza económica, tampoco es relevante este dato para determinar si Austria ha incurrido en un comportamiento abusivo al negarse a conceder a Compass-Datenbank una licencia de acceso masivo o a permitir la reutilización de la información contenida en el Registro Mercantil. El motivo es que las agencias intermediarias operan en un mercado separado y no vinculado al mercado en el que Compass-Datenbank pretende desarrollar su actividad económica. Las primeras actúan en el mercado del acceso en línea al Registro Mercantil, es decir, son meras suministradoras de una ruta electrónica y una interfaz descentralizada para el acceso de los clientes a la información conservada por el Estado austriaco.

35. Compass-Datenbank no está excluida de este mercado sino que tiene acceso al mismo en condiciones no discriminatorias. Como ya he señalado, una de las empresas del grupo es de hecho una de las agencias intermediarias que opera en ese mercado. Lo que pide Compass-Datenbank no es el derecho a la reutilización de la información a la que se accede a través las agencias intermediarias (a las que tampoco les está permitida la reutilización de dicha información), sino una vía alternativa de acceso a los datos. Compass-Datenbank alega que Austria incurre en un comportamiento abusivo al oponerse a la creación o continuación de un mercado para la comercialización de dichos datos.

13 — Véanse las sentencias de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser (C-206/08, Rec. I-8377), apartados 53 a 57, y de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, Rec. p. I-1335), apartados 24 y 25. Con arreglo al Derecho derivado de la UE, la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

14 — Véanse las sentencias, antes citadas, Eurawasser, apartados 67 y 68, y Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, apartado 26.

15 — Sentencia de 3 de junio de 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Rec. p. I-4695), apartado 39.

16 — Sentencia Sporting Exchange, antes citada, apartado 39.

17 — Por otra parte merecería un análisis más profundo la cuestión de si las tasas legales de la consulta del Registro Mercantil fijadas por Austria basadas en su derecho *sui generis* sobre la base de datos son tan elevadas que por ello debe considerarse que la actividad es de carácter económico.

2. Pertinencia de las Directivas

36. Se suscita otra cuestión preliminar que debe ser objeto de examen a raíz de las observaciones escritas presentadas por los Gobiernos austriaco y neerlandés. La cuestión se refiere a cómo inciden las obligaciones impuestas a Austria en virtud de las Directivas 68/151 y 2003/98, en el supuesto de que incidan, al determinar si dicho Estado desarrolla una actividad económica a los efectos de la aplicabilidad del artículo 102 TFUE.

37. Está claro que en el supuesto de un conflicto directo entre una directiva y cualquier disposición de Derecho primario del TUE o del TFUE, incluido el artículo 102 TFUE, prevalece este último. No obstante, en la Unión Europea, como en cualquier sistema de gobierno que se base en los principios de constitucionalidad y del Estado de Derecho, incumbe al legislador considerar y ponderar las normas más abstractas y generales y los principios establecidos en la constitución o, en el caso de la Unión Europea, en los Tratados. [18]

38. Según la postura defendida en particular por el Gobierno neerlandés en sus observaciones escritas, la existencia y contenido de las directivas son tan importantes como las disposiciones pertinentes de Derecho nacional a los efectos de dilucidar si un Estado miembro desempeña una actividad económica sometida al artículo 102 TFUE o, por el contrario, actúa en ejercicio de una prerrogativa de poder público excluida de dicho artículo. La apreciación de si una autoridad pública desarrolla actividades económicas debe basarse en el análisis de su naturaleza, objetivo y las *normas a las que están sujetas*. [19] Esto incluye todas las directivas pertinentes, como quedó reflejado en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, SELEX Sistemi Integrati/Comisión, [20] en la que se tuvo en cuenta una directiva al valorar si las actividades de Eurocontrol eran de naturaleza económica o pública.

39. Por lo tanto, opino que las directivas, lejos de quedar descartadas sobre la base de la jerarquía de las normas, deben ser un elemento importante en la apreciación que se solicita al Tribunal de Justicia. Tanto las Directivas 68/151 y 2003/98 como la Directiva 96/9 contienen disposiciones pertinentes para determinar si Austria ejerce una actividad económica o una prerrogativa de poder público al prohibir la reutilización de los datos contenidos en el Registro Mercantil y negarse a conceder una licencia para el acceso masivo a los mismos.

B. *Las cuestiones prejudiciales primera y segunda*

1. Ámbito de las cuestiones planteadas

40. Se pide al Tribunal de Justicia que dilucide, en primer lugar, si en las circunstancias del presente caso Austria constituye una «empresa» a los efectos del artículo 102 TFUE y, en segundo lugar, si la teoría de «los recursos esenciales» es aplicable, habida cuenta de la supuesta ausencia de un mercado anterior.

18 — Esta es la razón por la que no se pueden anular actos legislativos de la UE sin que el Tribunal de Justicia haya confirmado previamente su incompatibilidad con los Tratados durante el procedimiento que tiene por objeto analizar la validez de una medida de Derecho derivado. Véase la sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, Rec. p. 4199).

19 — Véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 30. La cursiva es mía.

20 — T-155/04, Rec. p. II-4797, contra la que se interpuso un recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 26 de marzo de 2009, SELEX Sistemi Integrati/Comisión (C-113/07 P, Rec. p. I-2207).

41. En consecuencia, opino que la labor del Tribunal de Justicia debe centrarse en ofrecer orientación al órgano jurisdiccional nacional con respecto a si Austria actúa en el ejercicio de poderes o prerrogativas públicas que excluyan una actividad económica, [21] o si, por el contrario, al menos una de las actividades controvertidas constituye una actividad económica disociable de las actividades de carácter público de Austria. [22] En caso de afirmarse esto último, se solicita al Tribunal de Justicia que esclarezca cuáles son los criterios jurídicos para apreciar el abuso de posición dominante en supuestos de negativa a suministrar, [23] y, especialmente, cuáles son las circunstancias que deben concurrir para considerar que la negativa a conceder una licencia para acceder al contenido protegido por un derecho *sui generis* sobre una base de datos queda amparada por el artículo 102 TFUE.

42. Consideraré los dos primeros puntos en el análisis conjunto de las cuestiones prejudiciales primera y segunda. El tercer punto, relativo a la negativa a conceder una licencia, será objeto de un análisis separado al hilo de la tercera cuestión prejudicial planteada.

43. Como señala el Gobierno polaco, el Tribunal de Justicia debe abordar el análisis de tres actividades concretas a la luz de su jurisprudencia sobre las circunstancias en las que una autoridad pública desempeña una actividad empresarial y, por tanto, está sujeta a las normas de la UE de prohibición de abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 TFUE. Estas actividades son las siguientes:

i) almacenamiento en una base de datos (Registro Mercantil) de la información facilitada por las empresas en cumplimiento de una obligación legal;

ii) prestación de un servicio remunerado de consulta y/o de elaboración de impresiones en papel de extractos del Registro Mercantil; y

iii) prohibición de reutilización de la información contenida en el Registro Mercantil.

44. Antes de entrar a analizar estas cuestiones procede señalar que la normativa austriaca pertinente refleja una política restrictiva respecto a las posibilidades del suministro de servicios de información empresarial por terceros a partir del procesamiento de los datos del Registro Mercantil. Otros Estados miembros, como Irlanda, adoptan un enfoque más liberal y permiten, por ejemplo, las licencias para un acceso masivo a dichos datos y su reutilización con fines comerciales. Cualesquiera que sean los motivos para adoptar un enfoque u otro, el Derecho de la UE únicamente impone limitaciones a la política adoptada por los Estados miembros en los casos en los que éstos actúen como una empresa.

2. Almacenamiento de la información en el Registro Mercantil

45. En el Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. [24] Esto incluye a los Estados miembros. No importa si el Estado miembro actúa directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración Pública o a través de una entidad a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos. [25] En cambio sí es necesario examinar la naturaleza de las actividades que ejerza la empresa pública o la entidad de que se trate. [26]

21 — Véanse las sentencias SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 30; de 18 de marzo de 1997, Calì & Figli (C-343/95, Rec. p. I-1547), apartados 22 y 23, y SELEX Sistemi Integrati/Comisión (C-113/07 P), antes citada, apartado 70.

22 — Véanse las sentencias SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 28, y de 12 de diciembre de 2000, Aéroports de Paris/Comisión (T-128/98, Rec. p. II-3929), apartado 108. El Tribunal de Justicia confirmó el principio de disociabilidad en la sentencia de 24 de octubre de 2002, Aéroports de Paris/Comisión (C-82/01 P, Rec. p. I-9297), apartado 81.

23 — Véanse las sentencias de 5 de octubre de 1988, CICRA y Maxicar (53/87, Rec. p. 6039); de 5 de octubre de 1988, Volvo (238/87, Rec. p. 6211); Magill, antes citada; de 26 noviembre 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791); IMS Health, antes citada; de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión (T-201/04, Rec. p. II-3601).

24 — Véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 18.

25 — Véase la sentencia Calì & Figli, antes citada, apartado 17.

26 — Véase la sentencia Calì & Figli, antes citada, apartado 18.

46. Sólo se impedirá que las entidades públicas puedan calificarse de empresa cuando actúen en el ejercicio de competencias o prerrogativas de poder público con exclusión de las actividades económicas. [27] Es necesario considerar individualmente cada una de las actividades desarrolladas por la entidad del sector público de que se trate. En el caso de que estas actividades sean disociables, una entidad del sector público constituirá una empresa en la medida en que desempeñe actividades económicas. [28] Las actividades económicas consisten, según la jurisprudencia, en ofrecer bienes o servicios en el mercado. [29]

47. No cabe duda de que el almacenamiento en una base de datos, en este caso el Registro Mercantil, de información facilitada por las empresas en cumplimiento de una obligación legal, es una actividad que por su naturaleza, su objetivo y las normas a las que está sujeta, está vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público. [30]

48. El almacenamiento de datos en el Registro Mercantil en cumplimiento de una obligación legal se lleva a cabo en interés general en aras de la seguridad jurídica. Las entidades jurídicas mencionadas en el artículo 2 de la FBG tienen la obligación de proporcionar los datos enumerados en el artículo 3 de la FBG y cumplir con los requisitos de la inscripción establecidos en los artículos 4, 5, 6 y 7. Asimismo deben comunicar sin demora cualquier modificación de los datos inscritos (véase el artículo 10 de la FBG). El Estado austriaco puede imponer sanciones administrativas para garantizar que se comuniquen todos los datos sujetos a inscripción dentro de los plazos señalados (artículo 24 de la FBG). Esto es relevante puesto que la atribución de prerrogativas y potestades coercitivas que constituyen una excepción al Derecho común es un indicador consolidado de ejercicio de prerrogativas públicas. [31]

49. Además, esta actividad está directamente vinculada a las obligaciones que incumben a Austria en virtud de la Directiva 68/151 y, en particular, de su artículo 3. Este precepto obliga a los Estados miembros a llevar un registro central o bien un registro mercantil o registro de sociedades. Asimismo exige que los Estados miembros velen por la publicidad y el acceso razonable a la información contenida en dicho registro.

50. Debe señalarse que, aunque las entidades privadas tengan la capacidad física de crear, recopilar y comercializar datos empresariales, no pueden conferirles el estatuto jurídico que caracteriza a los datos inscritos en el Registro Mercantil oficial, a saber, su oponibilidad frente a terceros. [32] Semejante efecto jurídico sólo puede crearse mediante unas normas jurídicas específicas. El objetivo expreso de los registros públicos tales como el Registro Mercantil es crear una fuente de información que ofrezca una base fiable para las relaciones jurídicas y genere la seguridad jurídica necesaria para las transacciones mercantiles.

27 — Véanse las sentencias, antes citadas, SAT Fluggesellschaft, apartados 27 a 30, Calì & Figli, apartado 22, y SELEX Sistemi Integrati/Comisión, apartado 70.

28 — Véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, apartado 28, antes citada.

29 — Véanse las sentencias Aéroports de Paris/Comisión, T-128/98, antes citada, apartado 107; Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, antes citada, apartado 79; de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión (C-205/03 P, Rec. p. I-6295), apartado 25, y de 3 de marzo de 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, Rec. p. I-973), apartado 42. Puede haber participación significativa en un mercado aunque la actividad no persiga fines lucrativos: Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 10 de noviembre de 2005, FENIN/Comisión (sentencia antes citada), punto 14, y la sentencia SELEX Sistemi Integrati/Comisión, antes citada, apartado 115.

30 — Véanse las sentencias, antes citadas, Calì & Figli, apartado 23, y SAT Fluggesellschaft, apartado 30.

31 — Véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 24.

32 — Véase el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 68/151.

3. Prestación de un servicio de consulta del Registro Mercantil

51. También esta actividad se desempeña de forma incuestionable en el ejercicio de una función pública. Es obvio que los registros públicos como el Registro Mercantil no pueden cumplir con su finalidad principal, es decir, la creación de seguridad jurídica a través de la disponibilidad de información jurídicamente fiable de forma transparente, si no proporcionan un acceso general.

52. Como señaló el Gobierno neerlandés, el hecho de que se cobre una tasa no significa necesariamente que se trate de una actividad económica. Es frecuente que actividades de carácter claramente no económico lleven aparejadas el pago de una tasa por los servicios prestados. Un ejemplo obvio son las tasas que se abonan en los juzgados o a los agentes judiciales. El hecho de que una actividad pública pueda ser económicamente rentable para la entidad pública de que se trate no la convierte en una actividad de naturaleza económica.

53. El artículo 3, apartado 3, inciso tercero, de la Directiva 68/151 dispone que el precio de la obtención de una copia del Registro Mercantil no puede ser superior al «coste administrativo». Según las observaciones escritas de la Comisión y su intervención oral en la vista, el Estado austriaco, al ampararse en su derecho *sui generis* sobre los datos recogidos en el Registro Mercantil, está protegiendo sus intereses económicos.

54. No consta en autos que la tasa judicial legalmente establecida exceda, en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 68/151, por sí misma o junto con la remuneración cobrada por las agencias intermediarias, el coste administrativo de suministrar una copia de los actos e indicaciones inscritos en el Registro Mercantil. Si excediese dicho coste, las tarifas aplicadas por Austria podrían impugnarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales o, en un ámbito más general, mediante un recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE.

55. Aunque se considere que la prestación de un servicio de consulta del Registro Mercantil y/o de elaboración de impresiones en papel constituye una actividad económica, esta actividad es indisociable de la función de recopilación de la información. La actividad económica podrá disociarse de la pública cuando la primera no esté estrechamente vinculada a la segunda y la relación entre ambas sea sólo indirecta.[33] Como señalaba el Abogado General Maduro, se excluyen del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia todas las manifestaciones de ejercicio de la autoridad pública con las que se pretenda regular el mercado, pero no participar en él.[34] Como se desprende en particular de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 68/151, el mantenimiento del Registro Mercantil está inextricablemente vinculado a que se garantice un acceso razonable a éste.

56. Además, contrariamente a lo que alega la Comisión en sus observaciones escritas, el hecho de que las agencias intermediarias, que proporcionan una ruta para el acceso público en línea a la información en cuestión, no gocen de potestades coercitivas y de que entre ellas exista cierta forma de competencia limitada,[35] no afecta a la imposibilidad de disociar el hecho de acceder a los datos y de recopilarlos. Por otra parte, las agencias intermediarias están sometidas al control estatal mediante la supervisión por el Ministerio de Justicia de las tasas que pueden cobrar a los usuarios.[36]

33 — Véase la sentencia SELEX Sistemi Integrati/Comisión, antes citada, apartados 76 y 77.

34 — Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto FENIN/Comisión, antes citadas, punto 15.

35 — Véase la sentencia AOK Bundesverband y otros, antes citada, apartado 56.

36 — Véase la sentencia Calì & Figli, antes citada, apartado 24. El acceso a una actividad pública puede depender de la intervención de «guardianes» cuya actividad es de carácter económico, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se exige por las disposiciones pertinentes que las partes de un procedimiento judicial estén representadas por un letrado. Véase en este sentido el artículo 19, apartado 3, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4. Prohibición de reutilización de la información

57. Lo novedoso del caso planteado por Compass-Datenbank es que se basa en que, para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 102 TFUE, en vez de abstenerse de hacer algo, Austria debe actuar de forma positiva. Procede recordar a este respecto los límites que se imponen a la obligación de los Estados miembros de actuar de forma positiva con el fin de cumplir con sus responsabilidades con arreglo al Derecho de la competencia de la UE. Mientras existe una obligación general de los Estados miembros de abstenerse de hacer todo aquello que ponga en peligro los objetivos de los Tratados, incluida la política en materia de competencia,[37] la obligación de actuar positivamente es limitada.

58. El Tribunal de Justicia ha reiterado este principio en la sentencia AG2R Prévoyance,[38] al recordar que el artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan eliminar el efecto útil de las normas de la competencia aplicables a las empresas.[39] Asimismo, a tenor del artículo 106 TFUE, apartado 1, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 TFUE, y 101 TFUE a 109 TFUE, sin perjuicio del artículo 106 TFUE, apartado 2.[40]

59. Ninguno de estos principios resulta de utilidad en el caso planteado por Compass-Datenbank. Las disposiciones pertinentes del Derecho austriaco no eliminan el efecto útil de las normas sobre competencia de la UE. La jurisprudencia pertinente no llega al extremo de exigir a los Estados miembros que proporcionen datos a operadores económicos o que faciliten de otro modo la creación de nuevos mercados, cuando no existan medidas del mercado interior destinadas a abrir la competencia en los sectores que tradicionalmente se explotaban en régimen de monopolio estatal.[41]

60. Tampoco se trata de un supuesto de concesión de derechos especiales o exclusivos a una empresa. Al contrario, la prohibición de actividades de reutilización y comercialización de los datos conservados en el Registro Mercantil que vayan más allá del suministro por las agencias intermediarias de un acceso en línea a la base de datos se aplica a cualquiera y no sólo a Compass-Datenbank. De hecho, según el Derecho de la UE actual, «la persona que constituyó la base de datos puede reservarse el derecho de acceso exclusivo a su base o reservar el acceso a ésta a determinadas personas [...] o incluso someter dicho acceso a requisitos específicos, por ejemplo de carácter económico».[42] Como ya he señalado, la Directiva 2003/98 «no contiene la obligación» de los Estados miembros «de autorizar la reutilización de documentos».[43]

37 — Sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925).

38 — Antes citada, apartados 24 y 25.

39 — Véanse, entre otras, las sentencias AG2R Prévoyance, antes citada, apartado 24; de 21 de septiembre de 1999, Brentjens' (C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Rec. p. I-6025), apartado 65; de 21 de septiembre de 1999, Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121), apartado 55.

40 — Véase la sentencia AG2R Prévoyance, antes citada, apartado 25.

41 — Como ocurre, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones.

42 — Véase la sentencia de 9 de octubre de 2008, Directmedia Publishing (C-304/07, Rec. p. I-7565), apartado 52. Véase también la sentencia de 9 de noviembre de 2004, British Horseracing Board y otros (C-203/02, Rec. p. I-10415), apartado 55. Tanto el cuadragésimo séptimo considerando como el artículo 13 de la Directiva 96/9 establecen claramente que el derecho *sui generis* debe entenderse sin perjuicio de las normas comunitarias, inclusive las normas relativas al abuso de posición dominante (véase la sentencia Directmedia Publishing, apartado 56). No obstante, al concluir que Austria no desempeña una actividad económica que justifique su consideración como «empresa» a efectos del Derecho sobre la competencia de la UE, no se plantea la cuestión de su contravención.

43 — Véase el noveno considerando de la Directiva 2003/98. Véase también el artículo 3 que especifica que el ámbito de aplicación de la Directiva se limita a los supuestos en que el Estado miembro de que se trate «autorice» por decisión propia «la reutilización de documentos conservados por organismos del sector público». Ello apunta a que la prohibición de reutilización de datos se produce en el ejercicio legítimo de una política gubernamental y, por tanto, constituye una función estatal y no una actividad económica.

61. Los Gobiernos austriaco, neerlandés y portugués también invocan el artículo 7 de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las bases de datos y el derecho *sui generis* de proteger dicha base de datos. [44] No obstante, opino que esto es esencialmente irrelevante para determinar si la prohibición de reutilización de datos constituye, a los efectos del artículo 102 TFUE, una actividad pública o económica. Está claro que las entidades públicas pueden invocar sus derechos en virtud del Derecho privado para proteger las funciones públicas que tienen encomendadas, como sucede por ejemplo cuando prohíben el paso, como propietario del terreno, a una instalación militar. No obstante, el concepto de derecho *sui generis* cobra relevancia en el contexto de la tercera cuestión prejudicial a los efectos de determinar en qué medidas y circunstancias puede obligarse al titular de un derecho de propiedad intelectual a conceder una licencia.

62. Por consiguiente, propongo que el Tribunal de Justicia conteste de forma negativa a las dos primeras cuestiones prejudiciales.

C. *La tercera cuestión prejudicial*

63. Al haber contestado a las dos primeras cuestiones prejudiciales de forma negativa, resulta innecesario responder a la tercera cuestión. No obstante, expondré a continuación unas observaciones que podrían ser de utilidad al Tribunal de Justicia en el supuesto de que considerase que Austria ha desempeñado efectivamente una actividad económica al recopilar los datos contenidos en el Registro Mercantil o al ponerlos a disposición del público, o en ambos casos.

64. Mediante esta cuestión se solicita al Tribunal de Justicia que clarifique los principios establecidos en las sentencias en los asuntos Magill e IMS Health («teoría de los recursos esenciales») y se pronuncie sobre su aplicabilidad en ausencia de un «mercado anterior», toda vez que la recopilación y el procesamiento de los datos protegidos en una base de datos (Registro Mercantil) se efectúan en el marco del ejercicio de una actividad pública. Esta cuestión sólo será relevante si se considera que Austria ha actuado como una empresa en las circunstancias del asunto principal.

65. En primer lugar es necesario identificar el mercado anterior. [45] La razón es que en ausencia de posición dominante en dicho mercado no puede haber un abuso en el mercado posterior, que en ocasiones se denomina mercado próximo o derivado. En el caso de autos existe un mercado paralelo de acceso en línea a los datos sin procesar del Registro Mercantil a través de las agencias intermediarias, pero no existe un mercado anterior para el acceso masivo a los datos del Registro Mercantil disponibles legalmente para su reutilización y que podría servir de fuente a Compass-Datenbank para elaborar un producto de valor añadido. Lo que existe en la fase anterior son dos funciones: una que implica la recopilación y el registro de datos y otra que garantiza el acceso a éstos. Los dos asuntos esenciales para la resolución del presente litigio, Magill e IMS Health, eran relativamente distintos.

66. En Magill, las empresas que se consideró que habían incurrido en abuso de su posición dominante al negarse a conceder una licencia para el uso de sus listas de programas de televisión, obstaculizando de esta manera la aparición de un mercado de guías completas de programación televisiva, eran indiscutiblemente dominantes en el mercado anterior de información de la programación televisiva puesto que disponían de un monopolio de hecho sobre las informaciones que servían para confeccionar las listas de programas de televisión. [46] El dominio en el mercado anterior les concedía

44 — Con respecto al ámbito de la prohibición de reutilización no autorizada con arreglo al artículo 7 de la Directiva 96/9, véase la sentencia British Horseracing Board y otros, antes citada, apartado 61. Véanse las sentencias British Horse Racing Board y otros, antes citada, y de 9 de noviembre de 2004, Fixtures Marketing (C-46/02, Rec. p. I-10365), con respecto a la definición de lo que constituye una base de datos protegida.

45 — Véase la sentencia IMS Health, antes citada, apartado 45: «[...] es decisivo que puedan determinarse dos fases de producción distintas, que están relacionadas entre sí porque el producto anterior es un elemento indispensable para suministrar el producto derivado.»

46 — Véase la sentencia Magill, antes citada, apartado 47.

un efecto palanca sobre un potencial mercado posterior en el que estaría la competencia potencial. En Magill, las entidades RTE e ITP querían reservar la explotación comercial de las listas de programas a aquellos a los que concedía una licencia y que actuaban en el mercado anterior, impidiendo de esta manera el surgimiento de un mercado posterior de guías completas de programación televisiva.

67. De modo parecido, en IMS Health, la empresa a la que se pretendía obligar a conceder una licencia desempeñaba una actividad económica y además era dominante en el mercado de referencia, concretamente de suministro a las compañías farmacéuticas de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos. Las «estructuras de segmentos» protegidas por el derecho de autor, a través de las cuales la empresa presentaba los datos sobre las ventas, se habían convertido en un criterio corriente en el sector, colocando a dicha empresa en una posición dominante. El Tribunal de Justicia consideró que la negativa de la empresa dominante a otorgar a un competidor una licencia para el uso de una estructura de segmentos solamente podría dar lugar a un comportamiento abusivo en circunstancias excepcionales. [47] En todos los casos de ejercicio de una licencia exclusiva deben cumplirse con carácter cumulativo tres requisitos: i) que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores; ii) que la negativa carezca de justificación; y iii) que la negativa pueda excluir toda competencia en un mercado secundario. [48]

68. Con respecto al caso que nos ocupa, procede señalar que la petición de decisión prejudicial carece de información suficiente relativa al mercado posterior. Sabemos que Compass-Datenbank pretende comercializar y ampliar los datos en bruto del Registro Mercantil mantenido por el Estado austriaco para elaborar un servicio de información empresarial más completo. Sin embargo, no disponemos de los datos clave relativos a la posición de Compass-Datenbank en el mercado de un servicio desarrollado de este tipo, como por ejemplo su cuota de mercado y la cuota de otros operadores, si de hecho existen. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, «la delimitación del mercado pertinente desde el punto de vista de los productos y del área geográfica y el cálculo de las cuotas de mercado de las distintas empresas que operan en dicho mercado constituyen el punto de partida de cualquier apreciación de una situación a la luz del Derecho de la competencia». [49] Si el Tribunal de Justicia no puede llevar a cabo dicha apreciación, deberá declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial. [50]

69. La petición de decisión prejudicial no contiene información acerca de si existen competidores significativos de Compass-Datenbank que ofrezcan servicios de información empresarial que compitan con la base de datos de Compass-Datenbank. De no existir, parece que Compass-Datenbank tendría una posición dominante, obviamente gracias a su larga historia como editora del Zentralblatt. Procede señalar que Compass-Datenbank también ha podido obtener los datos necesarios con posterioridad a la resolución del Oberster Gerichtshof de 2002, cuyos fundamentos jurídicos no están explicados en la petición de decisión prejudicial, a cambio del pago de un precio que Austria considera insuficiente. No obstante, en el presente litigio Compass-Datenbank solicita en esencia un acceso privilegiado a la información contenida en el Registro Mercantil en unas condiciones económicas y jurídicas más favorables que las que se aplican a terceros. Por estos motivos existe cierta indeterminación fáctica en este asunto respecto a si el supuesto abuso se refiere a las tarifas, a la negativa a suministrar un servicio o al acceso a un recurso esencial.

47 — Véase la sentencia IMS Health, antes citada, apartado 35.

48 — Véase la sentencia IMS Health, antes citada, apartado 38. Véase también la sentencia más reciente Microsoft/Comisión, antes citada, apartados 331 a 335, en la que el Tribunal de Primera Instancia hace un repaso conciso de la normativa pertinente respecto a la negativa a conceder una licencia y al abuso de posición dominante.

49 — Sentencia de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167), apartado 27.

50 — Véase la sentencia Viacom Outdoor, antes citada, apartado 29.

70. También surge el problema de determinar qué constituye el recurso esencial relevante en manos del Estado austriaco. Las dos posibilidades más obvias serían el derecho *sui generis* sobre la base de datos del Registro Mercantil o el acceso a los datos del Registro Mercantil aún no comunicados. En cualquier caso, el recurso denegado no puede ser el acceso a los datos brutos como tal, puesto que éste se facilita a todos en condiciones no discriminatorias a través de las agencias intermediarias. [51]

71. Ya he establecido que la prohibición no discriminatoria de reutilización constituye un ejercicio de política gubernamental que está permitido con arreglo al noveno considerando y al artículo 3 de la Directiva 2003/98. No obstante, debe admitirse que la negativa de Austria a suministrar datos recientes y actualizados y la prohibición de reutilización impiden de hecho el suministro de un servicio para el que parece existir una demanda demostrable por parte de los consumidores. A pesar de ello, como ya observaba el Abogado General Jacobs en el asunto Bronner, una resolución que ordene la concesión de un derecho de propiedad intelectual, «tanto si es entendida como una aplicación de la doctrina de las instalaciones básicas o, en términos más tradicionales, como una respuesta a la negativa a suministrar bienes o servicios, no puede justificarse, en el ámbito de la política de la competencia, más que en aquellos casos en los que la empresa dominante disponga de un verdadero poder sobre el mercado vecino». [52]

72. En el presente caso es dudoso que la negativa a negociar y la prohibición de reutilización impidan la competencia en el mercado secundario. En teoría, si la prohibición de reutilización se aplicase de forma efectiva, lo cual no parece haber sido el caso hasta ahora, se impediría la existencia del mercado secundario y en consecuencia de cualquier competencia en el mismo, siempre y cuando la reutilización de los datos del Registro Mercantil fuese un elemento indispensable en el sentido establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [53] para el suministro de un servicio útil de información comercial relativa a las empresas. Sin embargo, la negativa a suministrar información a través de un acceso masivo a datos recientes y actualizados no puede impedir por sí misma la competencia en el mercado secundario. Únicamente supone una demora en la presentación de productos actualizados, tales como el servicio ofrecido por Compass-Datenbank, y aumenta el coste de su suministro.

V. Conclusión

73. Por todos los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof del siguiente modo:

«El artículo 102 TFUE debe entenderse en el sentido de que una autoridad pública no desarrolla una actividad empresarial al recopilar en una base de datos (Registro Mercantil) datos facilitados por las empresas en cumplimiento de una obligación legal de información. Tampoco desarrolla una actividad empresarial cuando presta un servicio de consulta y elaboración de impresiones en papel, prohibiendo por lo demás cualquier acto de explotación, bien sea por invocación del derecho *sui generis* de propiedad intelectual como fabricante de la base de datos o por otros motivos.»

51 — En este sentido el asunto se parece a la sentencia de 12 de junio de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión (T-504/93, Rec. p. II-923), apartado 124, en la que el Tribunal de Justicia señaló que no se había concedido ninguna licencia en el mercado geográfico de referencia por lo que no se había producido ninguna discriminación. En el caso de autos no hay discriminación porque el acceso al Registro Mercantil está disponible para cualquier persona a través de las agencias intermediarias.

52 — Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 28 de mayo de 1998 en el asunto Bronner (sentencia antes citada), punto 65.

53 — Véanse las sentencias, antes citadas, Bronner, apartados 41 a 46, e IMS Health, apartados 28, 45 y 49.