Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NIILA JÄÄSKINENA
przedstawiona w dniu 26 kwietnia 2012 r.[1]

Sprawa C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
przeciwko
Republik Österreich

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (Austria)]

Konkurencja — Nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE — Pojęcie przedsiębiorstwa — Ponowne wykorzystywanie danych sektora publicznego — Bezwzględny zakaz ponownego wykorzystania danych z publicznego rejestru handlowego — Odmowa udzielenia przez państwo członkowskie licencji na masowe przekazywanie danych w celu ich ponownego wykorzystania do celów handlowych — Określenie rynku wyższego szczebla — Kluczowa infrastruktura — Odmowa dostarczania — Dyrektywa 68/115/EWG — Dyrektywa 96/9/WE — Dyrektywa 2003/98/WE

I – Wprowadzenie

1. W niniejszej sprawie Oberster Gerichtshof (austriacki sąd najwyższy) wnosi o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy państwo austriackie prowadzi działalność gospodarczą jako „przedsiębiorstwo" w rozumieniu art. 102 TFUE, gdy zakazuje zarówno ponownego wykorzystywania danych zawartych w swoim publicznym rejestrze przedsiębiorców („rejestrze handlowym"), jak i wykorzystywania tych danych w celach handlowych polegających na ich włączeniu do bardziej wszechstronnego serwisu informacji biznesowej. Jeśli tak jest, Trybunał jest następnie proszony o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zastosowanie ma tak zwana doktryna kluczowej infrastruktury. Doktryna odnosi się do sytuacji, gdy kontrola przez przedsiębiorstwo zasobu na rynku wyższego szczebla stwarza dominującą pozycję na rynku niższego szczebla.

2. Pytania te pojawiły się w kontekście, w którym istotne są kwestie odnoszące się do zasad prawa UE dotyczących ochrony prawnej baz danych, prowadzenia przez państwa członkowskie publicznych rejestrów spółek i ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego. Jest tak dlatego, iż z jednej strony Austria powołuje się na dyrektywę, która nakłada na nią obowiązek prowadzenia rejestru dotyczącego informacji o spółkach, inną w sprawie ochrony prawnej baz danych oraz trzecią, w sprawie ponownego wykorzystywania informacji publicznych. Z drugiej strony natomiast Compass-Datenbank, spółka, która wniosła niniejszą skargę, na poparcie podniesionych przez siebie twierdzeń w przedmiocie nadużywania pozycji dominującej powołała się na dyrektywę w sprawie ponownego wykorzystywania informacji publicznych, a dokładniej na doktrynę „kluczowej infrastruktury".

1 — Język oryginału: angielski.

II – Prawo UE

Dyrektywa 68/151/EWG[2]

3. Artykuł 3 dyrektywy 68/151 stanowi:

„1. W każdym państwie członkowskim prowadzona jest dokumentacja w rejestrze centralnym, rejestrze handlowym lub rejestrze spółek dla każdej ze spółek, które są w nim zarejestrowane.

2. Wszelkie dokumenty i informacje, które muszą zostać ujawnione na podstawie art. 2, znajdują się w dokumentacji lub są wpisywane do rejestru;

[…]

3. Pełna lub częściowa kopia każdego dokumentu lub każdej informacji, określonych w art. 2, musi być udostępniona na wniosek. Od dnia 1 stycznia 2007 r. wnioski mogą być składane w rejestrze w formie papierowej lub elektronicznej zgodnie z wyborem wnioskodawcy.

Od dnia ustalonego przez każde państwo członkowskie, nie później jednak niż dnia 1 stycznia 2007 r., kopie określone w akapicie pierwszym muszą być udostępniane z rejestru w formie papierowej lub elektronicznej zgodnie z wyborem wnioskodawcy [...].

Cena za uzyskanie kopii całości lub jakiejkolwiek części dokumentów lub informacji określonych w art. 2, w formie papierowej lub elektronicznej, nie może przekraczać kosztów administracyjnych.

Kopie wydawane w formie papierowej są zaświadczane »za zgodność«, chyba że wnioskodawca zrezygnuje z takiego zaświadczenia. Kopie wydawane w formie elektronicznej nie są zaświadczane »za zgodność«, chyba że wnioskodawca wyraźnie zażąda takiego zaświadczenia [...].

4. Ujawnienia dokumentów i informacji określonych w ust. 2 dokonuje się […] poprzez ogłoszenie w całości lub w części bądź w formie odniesienia do dokumentu, włączonego do dokumentacji lub wpisanego do rejestru, w biuletynie krajowym wskazanym do tego celu przez państwo członkowskie. Krajowy biuletyn przeznaczony do tego celu może być prowadzony w formie elektronicznej […].

5. Dokumenty i informacje mogą stanowić podstawę zarzutu dla spółki wobec osób trzecich [Spółka może powoływać się wobec osób trzecich na dokumenty i informacje] dopiero po ich ujawnieniu zgodnie z ust. 4, chyba że spółka udowodni, że osoby trzecie były o nich poinformowane.

Jednakże w odniesieniu do transakcji mających miejsce przed szesnastym dniem następującym po dniu ujawnienia dokumenty i informacje nie są podstawą zarzutu [nie można powoływać się na te dokumenty i informacje] wobec osób trzecich, które udowodnią, że nie mogły o nich wiedzieć [...]”.

2 — Pierwsza dyrektywa Rady 68/151/EWG z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (Dz.U. L 65, s. 8), zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/58/WE z dnia 15 lipca 2003 r. zmieniającą dyrektywę Rady 68/151/EWG w zakresie wymagań dotyczących jawności w odniesieniu do niektórych typów spółek (Dz.U. L 221, s. 13).

Dyrektywa 96/9/WE [3]

4. Motywy 40 i 41 dyrektywy 96/9 przewidują, co następuje:

„(40) Celem prawa sui generis jest zapewnienie ochrony każdej inwestycji dokonanej w celu uzyskania, zweryfikowania lub przedstawienia zawartości bazy danych przez oznaczony czas trwania prawa; taka inwestycja może polegać na zaangażowaniu zasobów finansowych i/lub wydatkowaniu czasu, wysiłku i energii.

(41) Celem prawa sui generis jest zapewnienie producentowi bazy danych możliwości zapobiegania nieuprawnionemu pobieraniu danych i/lub wtórnemu [ponownemu] ich wykorzystaniu w całości lub w istotnej części; producent bazy danych podejmuje inicjatywę oraz ponosi ryzyko inwestowania; wyłącza to w szczególności podwykonawców z definicji producenta".

5. Artykuł 7 dyrektywy 96/9 zatytułowany „Przedmiot ochrony", umieszczony w rozdziale III „Prawo sui generis", stanowi:

„1. Państwa członkowskie ustanawiają prawo dla producenta bazy danych, wymagającej jakościowej i/lub ilościowej, istotnej inwestycji dla uzyskania weryfikacji lub prezentacji jej zawartości, prawo do ochrony przed pobieraniem danych i/lub wtórnym [ponownym] ich wykorzystaniem w całości lub w istotnej części, co do jakości i/lub ilości.

2. Do celów niniejszego rozdziału:

a) »pobieranie danych« oznacza stałe lub czasowe przeniesienie całej lub istotnej części zawartości bazy danych na inny nośnik danych, w jakikolwiek sposób i w jakiejkolwiek formie;

b) »wtórne [ponowne] wykorzystanie« oznacza każdą formę publicznego udostępnienia całości lub istotnej części zawartości bazy danych, przez rozpowszechnianie kopii, przez najem, transmisję online lub w innej formie. Pierwsza sprzedaż kopii bazy danych we Wspólnocie przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo do kontrolowania dalszej odsprzedaży tej kopii we Wspólnocie;

[...]

3. Prawo określone w ust. 1 może być przeniesione, odstąpione lub udzielone na podstawie licencji umownej […].

5. Niedozwolone jest powtarzające się i systematyczne pobieranie danych i/lub wtórne [ponowne] ich wykorzystanie w nieistotnej części, jeśli czynności te są sprzeczne z normalnym korzystaniem z tej bazy danych lub w sposób nieuzasadniony naruszają słuszne interesy producenta bazy danych".

Dyrektywa 2003/98/WE [4]

6. Motywy 8 i 9 dyrektywy 2003/98 przewidują:

„(8) Potrzebne są ogólne ramy dla warunków regulujących ponowne wykorzystywanie dokumentów sektora publicznego w celu zapewnienia uczciwych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych warunków ponownego wykorzystywania takich informacji. Wypełniając swe zadania publiczne,

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 96/9/WE z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych (Dz.U. L 77, s. 20).

4 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/98/WE z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.U. L 345, s. 90).

organy sektora publicznego zbierają, produkują, reprodukują i rozpowszechniają dokumenty. Użycie tych dokumentów do innych celów jest ich ponownym wykorzystywaniem. Polityka państw członkowskich może wyjść poza minimalne normy ustanowione w niniejszej dyrektywie, umożliwiając szersze ponowne wykorzystywanie.

(9) Niniejsza dyrektywa nie zawiera żadnego zobowiązania, aby zezwalać na ponowne wykorzystywanie dokumentów. Państwa członkowskie lub zainteresowane organy sektora publicznego podejmują decyzję o wydaniu lub niewydaniu zgody na ich ponowne wykorzystywanie [...]. Powinno się zachęcać organy sektora publicznego do udostępniania do ponownego wykorzystywania wszystkich posiadanych przez nie dokumentów. W przypadkach kiedy organ sektora publicznego ma prawo udzielania zgody na ponowne wykorzystywanie, organy sektora publicznego powinny promować i zachęcać do ponownego wykorzystywania dokumentów, w tym również tekstów urzędowych natury prawnej i administracyjnej".

7. Motyw 22 dyrektywy 2003/98 przewiduje: „Dyrektywa nie ma wpływu na istnienie ani na własność praw własności intelektualnej organów sektora publicznego, ani też nie ogranicza wykonywania tych praw w żaden sposób wychodzący poza ograniczenia niniejszej dyrektywy. [...] Organy sektora publicznego powinny jednakże wykonywać swe prawa autorskie w sposób ułatwiający ponowne wykorzystywanie dokumentów".

8. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 2003/98 zatytułowany „Przedmiot i zakres" przewiduje:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia minimalny zestaw reguł określających ponowne wykorzystywanie oraz praktyczne środki ułatwiające ponowne wykorzystywanie istniejących dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego państw członkowskich".

9. Artykuł 2 ust. 4 dyrektywy 2003/98 definiuje ponowne wykorzystywanie jako „wykorzystywanie przez osoby fizyczne lub prawne dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego, do celów komercyjnych lub niekomercyjnych innych niż ich pierwotne przeznaczenie w ramach zadań publicznych, dla których te dokumenty zostały wyprodukowane. Ponownym wykorzystywaniem nie jest wymiana dokumentów między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych".

10. Artykuł 3 dyrektywy 2003/98 zatytułowany „Zasada ogólna" przewiduje:

„Państwa członkowskie zapewniają, że tam gdzie ponowne wykorzystywanie dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego jest dozwolone, dokumenty te będą ponownie wykorzystywane do celów komercyjnych lub niekomercyjnych zgodnie z warunkami określonymi w rozdziałach III i IV. Tam gdzie to możliwe, dokumenty są udostępniane przy wykorzystaniu środków elektronicznych".

III – Postępowanie przed sądem krajowym, właściwe prawo krajowe i pytania prejudycjalne

A – *Rejestr handlowy*

11. Zgodnie z § 1 i 2 Firmenbuchgesetz (ustawy o rejestrze handlowym zwanej dalej „FBG”)[5] przedsiębiorcy zobowiązani są do zamieszczania w rejestrze handlowym pewnych informacji, które na mocy tych samych przepisów podlegają publicznemu udostępnieniu. Zgodnie z § 3 informacje te obejmują nazwy przedsiębiorców, ich formę organizacyjno-prawną, ich siedzibę, wskazanie obszaru ich działalności, ich oddziałów, nazwisk, dat urodzenia i zakresu uprawnień osób działających w charakterze ich reprezentantów, a także szczegółowe informacje dotyczące wszelkich postępowań likwidacyjnych lub ogłoszenia upadłości.

12. Do 1990 r. informacje przechowywane przez austriackie państwo udostępniane były publicznie za pośrednictwem sądów, które prowadziły rejestr handlowy. Wciąż jeszcze można zasięgnąć informacji z rejestru handlowego za pośrednictwem lokalnych i regionalnych sądów (Berzirksgerichte) lub za pośrednictwem notariuszy (§ 33 FBG i § 35 FBG) w zamian za określoną ustawowo opłatą sądową.

13. Z dniem 1 stycznia 1991 r. rejestr przedsiębiorców został skomputeryzowany, a z końcem 1994 r. zakończono migrację danych dotyczących przedsiębiorców. Począwszy od 1993 r. uzyskiwanie informacji przez członków społeczeństwa stało się możliwe za pomocą interaktywnego wideotekstu, a od 1999 r. informacje z rejestru handlowego można uzyskiwać online przez internet. Zgodnie z § 34 FBG, każdy ma prawo do szybkiego dostępu do informacji w rejestrze handlowym w drodze transmisji elektronicznej, w stopniu w jakim pozwala na to technologia i dostępność personelu.

14. Publiczny dostęp drogą elektroniczną do rejestru handlowego uległ zmianie w 1999 r., kiedy Austria powierzyła początkowo pięciu agencjom rozrachunkowym (Verrechnungsstellen) zadanie zapewnienia dostępu do rejestru handlowego za pośrednictwem internetu[6]. Agencje te pobierają określoną ustawowo opłatę sądową oraz naliczają wynagrodzenie za swoje usługi. Opłaty sądowe z tytułu szybkiego dostępu do informacji oraz wglądu do informacji w ogóle ustalane są w Firmenbuchdatenbankverordnung (rozporządzeniu dotyczącym baz danych rejestru handlowego zwanym dalej „FBDV[7]”). Opłaty sądowe pobierane są przez agencje rozrachunkowe i przekazywane na rzecz państwa. Są one obliczane przez odniesienie do rodzaju sprawdzanych informacji. Odrębne wynagrodzenie za świadczone przez agencje rozrachunkowe usługi podlega zatwierdzeniu przez ministerstwo sprawiedliwości.

15. Baza danych rejestru handlowego jest chronioną bazą danych. Posiadaczem prawa do bazy danych o charakterze sui generis jest państwo austriackie. Zgodnie z § 4 ust. 2 FBDV upoważnienie do wglądu do rejestru handlowego nie obejmuje prawa do podejmowania czynności rozpowszechniania („zakazane ponowne wykorzystanie”). Prawo to jest zarezerwowane dla państwa austriackiego jako producenta bazy danych, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa autorskiego, które zostały przyjęte w celu wdrożenia dyrektywy 96/9[8].

5 — BGBl. 10/1991.

6 — Przedstawiciel Austrii wyjaśnił na rozprawie, że rozwiązanie to zostało przyjęte z tego tylko powodu, że nie istniała państwowa infrastruktura do wystawiania faktur i dokonywania płatności w drodze elektronicznej, związanych z wglądem do rejestru handlowego przez internet.

7 — BGBl. II, 240/1999.

8 — Według uwag na piśmie Compass-Datenbank, przed 1998 r. państwo austriackie nie korzystało z ochrony prawa autorskiego w odniesieniu do rejestrów publicznych.

B – *Baza danych Compass-Datenbank*

16. Od ponad 130 lat Compass-Datenbank GmbH (zwana dalej „Compass-Datenbank") oraz jej poprzednicy prawni mają do swojej dyspozycji, przechowywane przez państwo austriackie, zbiory informacji dotyczące działalności gospodarczej oraz przedsiębiorstw. W 1995 r. rozpoczęli oni prowadzenie dostępnej za pośrednictwem internetu bazy danych handlowych i gospodarczych, składającej się częściowo z tych informacji.

17. Baza danych Compass-Datenbank zawiera szereg informacji dodatkowych w stosunku do tych, które ujawnione są w rejestrze handlowym. Wchodzą w to informacje na temat posiadanych udziałów, numerów telefonów i faksów, adresów poczty elektronicznej, obszarów działalności handlowej opisanych przedsiębiorstw wraz z krótkim opisem prowadzonej przez nie działalności oraz określeniem banków, w których mają one rachunki. Prowadzenie serwisu informacyjnego przez Compass-Datenbank wymaga codziennych aktualizacji danych z rejestru handlowego, co dokonywane jest w wyniku jej własnych starań.

18. Do grudnia 2001 r. Compass-Datenbank otrzymywała te dane z austriackiego federalnego centrum informatycznego, bez ograniczeń co do sposobu ich ponownego wykorzystania. Compass-Datenbank uprawniona była do otrzymywania tych informacji jako wydawca *Zentralblatt für das Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich* (centralnego monitora dla wpisów do rejestru handlowego Republiki Austrii). Compass-Datenbank ponownie wykorzystywała te same dane na potrzeby własnej bazy danych handlowych i gospodarczych.

C – *Postępowanie krajowe*

19. W 2001 r. państwo austriackie wszczęło postępowanie przed Handelsgericht Wien (sądem handlowym w Wiedniu), domagając się między innymi wydania skierowanego do Compass-Datenbank nakazu zaprzestania wykorzystywania przez nią danych z rejestru handlowego, w szczególności w zakresie przechowywania, zwielokrotniania i transmisji do osób trzecich. Postanowieniem z dnia 9 kwietnia 2002 r. Oberster Gerichtshof częściowo uwzględnił wniosek o zastosowanie środków zabezpieczających w tym samym zakresie i nakazał Compass-Datenbank, do czasu ostatecznego orzeczenia, zaniechanie ponownego wykorzystywania rejestru handlowego do aktualizowania swojej własnej bazy danych gospodarczych, a w szczególności powstrzymanie się od przechowywania lub w inny sposób zwielokrotniania danych z rejestru handlowego w celu przekazywania ich osobom trzecim, udostępniania im lub udzielania na ich podstawie informacji w zakresie, w jakim Compass-Datenbank nie uzyskała tych danych za uiszczeniem stosownego wynagrodzenia na rzecz państwa austriackiego. Postanowienie odsyłające nie określa, czy sądy austriackie wydały następnie ostateczne rozstrzygnięcie w omawianym postępowaniu.

20. Jednak pomimo tego przedstawiciel Compass-Datenbank wyjaśnił na rozprawie, że nadal otrzymuje ona dane z rejestru handlowego, ale w zamian za wynagrodzenie, które Austria uważa za zbyt niskie.

21. W dniu 21 grudnia 2006 r. Compass-Datenbank wszczęła inne postępowanie, w którym zwróciła się ona z żądaniem nakazania państwu austriackiemu przekazania do dyspozycji Compass-Datenbank, zgodnie z Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (ustawą federalną o ponownym wykorzystywaniu informacji jednostek publicznych, zwaną dalej „IWG")[9], niektórych dokumentów udostępnianych w rejestrze handlowym za uiszczeniem odpowiedniej opłaty.

9 — BGBl. I, 135/2005. Kwestia ta nie jest szczegółowo wyjaśniona w postanowieniu odsyłającym, co dotyczy również odpowiedniego przepisu, który przytoczyłem. Jednak chciałbym zauważyć, że § 7 IWG przewiduje, iż wynagrodzenie pobierane przez organy władzy za ponowne wykorzystywanie danych sektora publicznego nie powinno przekraczać związanych z tym kosztów, po dodaniu odpowiedniej marży zysku.

Dokładniej rzecz ujmując, Compass-Datenbank zażądała dostępu do dokumentów w formie wyciągów z rejestru handlowego zawierających zaktualizowane dane dotyczące zarejestrowanych w nim podmiotów lub tych, które zostały wykreślone dnia poprzedniego, a także wyciągów z rejestru handlowego zawierających historyczne dane.

22. W toku postępowania przed sądem krajowym zostało ustalone, iż Compass-Datenbank nie może sobie rościć żadnych praw na podstawie IWG. Jednak ustalono, że być może spółka ta może się skutecznie powoływać na argumenty wynikające z przepisów prawa konkurencji. Po wielu etapach postępowań przed różnymi austriackimi sądami sprawa dotarła do Oberster Gerichtshof, który uznał za konieczne zwrócenie się do Trybunału z trzema następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że podmiot władzy publicznej prowadzi działalność gospodarczą, jeżeli przechowuje informacje przekazane przez przedsiębiorstwa na podstawie ustawowych obowiązków informacyjnych w bazie danych (rejestrze handlowym) i odpłatnie udziela do niego wglądu lub zezwala na sporządzanie wydruków, ale odmawia korzystania z tego rejestru w zakresie wykraczającym poza te czynności?

W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

2) Czy prowadzenie działalności gospodarczej ma miejsce, gdy podmiot władzy publicznej, powołując się na prawo do ochrony o charakterze sui generis przysługujące mu jako producentowi bazy danych, odmawia korzystania z tej bazy w zakresie wykraczającym poza udzielanie do niej wglądu i sporządzanie wydruków?

W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytania pierwsze albo drugie:

3) Czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że zasady leżące u podstaw wyroków z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, Rec. s. I-743 (zwanym dalej wyrokiem w sprawach połączonych »Magill«) oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health[10], Rec. s. I-5039 [»doktryna essential-facilities« (kluczowej infrastruktury)] należy stosować również wtedy, kiedy brak jest »rynku wyższego szczebla«, ponieważ chronione dane są gromadzone i przechowywane w bazie danych (rejestrze handlowym) w ramach działalności władczej?”.

23. Compass-Datenbank, rząd austriacki, Irlandia, rząd niderlandzki, rząd polski, rząd portugalski i Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie. Compass-Datenbank, rząd austriacki, Irlandia i Komisja Europejska uczestniczyły w rozprawie w dniu 2 lutego 2012 r.

IV – Ocena

A – *Uwagi wstępne*

1. Rola agencji rozrachunkowych

24. Przedstawione uwagi stron pokazują, że na wstępie należy przeanalizować zagadnienie roli agencji rozrachunkowych, szczególnie w odniesieniu do tego, jaki ma ona wpływ na ocenę, czy państwo austriackie prowadzi działalność gospodarczą.

10 — Bez znaczenia w wersji polskiej.

25. Jak wyjaśniono powyżej w punkcie 14, w 1999 r. wprowadzona została metoda dostępu do rejestru handlowego za pośrednictwem agencji rozrachunkowych. W zamian za opłatę zapewniają one internetowy dostęp do rejestru handlowego. Przedstawiciel Austrii wyjaśnił na rozprawie, że obecnie każde przedsiębiorstwo spełniające wymogi jakości w zakresie usług i ich świadczenia może zostać zaakceptowane jako agencja rozrachunkowa. W tej chwili istnieje 10 agencji rozrachunkowych zajmujących się tym zadaniem, z których jedna jest członkiem tej samej grupy spółek co Compass-Datenbank [11].

26. Za pośrednictwem internetu agencje rozrachunkowe nawiązują połączenie między rejestrem handlowym a klientem. Obowiązuje je zakaz ponownego wykorzystywania danych z rejestru handlowego, zmiany ich treści lub sposobu przedstawienia informacji, które zostały przekazane. Nie wolno im również rozszerzać tej treści reklamami. Klientów agencji rozrachunkowych obowiązuje tak samo zakaz ponownego wykorzystywania danych w sposób naruszający prawa sui generis Austrii w odniesieniu do rejestru handlowego. Oznacza to, że objęty prawem sui generis zakaz takiego ponownego wykorzystania jest bezwzględny i stosowany przez Austrię w sposób niedyskryminujący.

27. Należy pamiętać, że żądając od sądów krajowych, aby wydały nakazy, Compass-Datenbank dąży do udzielenia jej przez państwo austriackie prawa do masowego przekazywania nowych danych wpisanych do rejestru handlowego za rozsądnym wynagrodzeniem i z prawem do ich ponownego wykorzystania w celu włączenia tych danych do serwisu informacyjnego Compass-Datenbank i rozpowszechniania ich.

28. Celem starań o wydanie takiego nakazu jest umożliwienie Compass-Datenbank świadczenia usługi wykorzystującej dane, które zostały już wcześniej udostępnione każdemu za pośrednictwem agencji rozrachunkowych. Jak Compass-Datenbank wskazała na rozprawie, pragnie ona udostępniać coś więcej niż tylko zwykłą kopię informacji dostarczanych przez agencje rozrachunkowe. Pragnie ona zwiększyć wartość tych informacji poprzez uzupełnienie ich inną treścią. Ponadto jej model biznesowy wymaga, aby miała ona dostęp do nowych i aktualnych danych za cenę, która jest niższa niż opłata określana ustawowo i uiszczana za pośrednictwem agencji rozrachunkowych. Do tego zmierza Compass-Datenbank we wszczętych przez siebie postępowaniach krajowych oraz formułując propozycję wysokości opłaty należnej państwu austriackiemu, która według niej stanowi odpowiednie wynagrodzenie.

29. Utrzymanie jasno postrzeganej roli agencji rozrachunkowych jest ważne z dwóch powodów. Przede wszystkim w celu ustalenia, czy podmiot władzy publicznej „prowadzi działalność gospodarczą" jako przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa konkurencji Unii, konieczna jest analiza poszczególnych dziedzin działalności danego podmiotu władzy publicznej. Władza zaklasyfikowana zostanie jako „prowadząca działalność gospodarczą" w stopniu, w którym czynności te mają charakter „gospodarczy" [12]. Zatem do ustalenia zakresu, w jakim art. 102 TFUE ma zastosowanie do rozstrzyganego sporu, znaczenie mają raczej czynności państwa austriackiego, a nie agencji rozrachunkowych.

30. Rozróżnienie to jest ważne również z tego względu, że aby ustalić, czy odmawiając dostarczania produktu lub usługi przedsiębiorstwo nadużywa pozycji dominującej, należy najpierw określić rynek, na którym dane przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą. Analiza taka jest zatem raczej ukierunkowana na państwo austriackie, a nie na agencje rozrachunkowe.

11 — Na rozprawie oświadczono, że ta agencja rozrachunkowa jest siostrzaną spółką Compass-Datenbank.

12 — Zobacz wyroki: z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser, Rec. s. I-1979, pkt 21; z dnia 16 marca 2004 r. w sprawach połączonych C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 Bundesverband i in., Zb.Orz. I-2493, pkt 59; z dnia 19 stycznia 1994 r. w sprawie C-364/92 SAT Fluggesellschaft, Rec. s. I-43, pkt 18.

31. Według mnie prawidłowa analiza ustaleń przedstawia się następująco. Austria udziela agencjom rozrachunkowym koncesji na świadczenie usług publicznych. Do tego wniosku doszedłem dlatego, że agencjom rozrachunkowym przysługuje, z zastrzeżeniem nadzoru sprawowanego przez ministerstwo sprawiedliwości, pewna ograniczona swoboda w ustalaniu cen za udzielenie internetowego dostępu do rejestru handlowego (wynagrodzenie, które jest dodatkowe w stosunku do określonej ustawowo opłaty sądowej) oraz otrzymują one wynagrodzenie od osób trzecich, a nie od zamawiającego, który udzielił zlecenia [13]. Ryzyko handlowe związane z internetowym dostępem do rejestru handlowego ponoszą agencje rozrachunkowe, co również sugeruje, że Austria po prostu przyznała agencjom koncesję [14].

32. O ile pewne jest, że odmowa udzielenia przez państwo członkowskie, na zasadzie koncesji na świadczenie usług, wyłącznej licencji podlega podstawowym zasadom ustanowionym w TUE oraz TFUE, zwłaszcza postanowieniom art. 56 TFUE, a w szczególności wynikającym z niego zasadom równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązkowi przejrzystości [15], o tyle na tym kończą się obowiązki spoczywające na państwach członkowskich. Umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych nie podlegają żadnej z dyrektyw regulujących udzielanie zamówień publicznych [16].

33. Pragnę mimochodem zauważyć, że może powstać pytanie o to, czy określone ustawowo opłaty sądowe lub dodatkowe wynagrodzenie naliczane przez agencje rozrachunkowe przekraczają dopuszczalne „koszty administracyjne" związane z wydaniem kopii dokumentów lub informacji, o których mowa w art. 3 ust. 3 dyrektywy 68/151. Jednakże kwestia tego, czy Austria działa niezgodnie z dyrektywą 68/151, nie ma znaczenia z punktu widzenia pytania o to, czy Austria prowadzi jako przedsiębiorstwo działalność gospodarczą [17], jeżeli odmawia ona masowego dostępu do danych, których dotyczy niniejsze postępowanie, oraz ich ponownego wykorzystania.

34. Ponadto chociaż działalność agencji rozrachunkowych musi być postrzegana jako działalność o wyraźnie gospodarczym charakterze, to również i to jest bez znaczenia dla ustalenia, czy Austria w sposób stanowiący nadużycie odmówiła udzielenia Compass-Datenbank licencji na masowy dostęp lub zezwolenia na ponowne wykorzystanie danych z rejestru handlowego. Dzieje się tak dlatego, ponieważ agencje rozrachunkowe prowadzą działalność na odrębnym i niepowiązanym rynku w stosunku do rynku, na którym chce prowadzić działalność gospodarczą Compass-Datenbank. Te pierwsze podmioty działają na rynku internetowego dostępu do rejestru handlowego. Innymi słowy, udostępniają one po prostu elektroniczne ścieżki dostępu do informacji posiadanych przez austriackie państwo i zdecentralizowany interfejs w tym zakresie.

35. Compass-Datenbank nie jest wykluczona z tego rynku, lecz ma do niego dostęp na warunkach niedyskryminujących. Jak już wspomniano, jedna ze spółek należących do jej grupy jest w rzeczywistości aktywną na tym rynku agencją rozrachunkową. Compass-Datenbank nie dąży do uzyskania uprawnienia do ponownego wykorzystania informacji pozyskanych od agencji rozrachunkowych, które tak samo pozbawione są możliwości ponownego ich wykorzystywania, ale do uzyskania dostępu do tych danych w alternatywny sposób. Compass-Datenbank zarzuca Austrii, że zapobieganie powstawaniu lub kontynuacji rynku poprzez wykorzystanie tych danych w celach handlowych stanowi zachowanie noszące znamiona nadużycia.

13 — Zobacz wyroki: z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 53–57; z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Zb.Orz. s. I-1335, pkt 24, 25. Według prawodawstwa wtórnego UE, koncesja na usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

14 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 67, 68. Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 26.

15 — Wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, Zb.Orz. s. I-4695, pkt 39.

16 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Sporting Exchange, pkt 39.

17 — Z drugiej strony kwestia, czy określone ustawowo opłaty za wgląd do rejestru handlowego, ustalone przez Austrię na podstawie jej prawa do banku danych o charakterze sui generis, są tak wysokie, że nadają działalności charakter gospodarczy, wymaga bardziej szczegółowego rozważenia.

2. Znaczenie dyrektyw

36. Następna kwestia wstępna, do której należy się odnieść, pojawiła się w związku z uwagami na piśmie rządu austriackiego i rządu niderlandzkiego. Dotyczy ona tego, jak, jeśli w ogóle, obowiązki nałożone na Austrię na mocy dyrektyw 68/151 i 2003/98 wpływają na określenie tego, czy państwo to prowadzi działalność gospodarczą w znaczeniu istotnym z punktu widzenia stosowania art. 102 TFUE.

37. Nie ulega wątpliwości, że w razie bezpośredniej sprzeczności między dyrektywą a jakimkolwiek postanowieniem prawa pierwotnego w TUE lub TFUE, włącznie z art. 102 TFUE, pierwszeństwo stosowania ma to ostatnie postanowienie. Jednak w Unii Europejskiej, jak w jakimkolwiek ustroju opartym na zasadach konstytucjonalizmu i praworządności, zadaniem prawodawcy jest rozważenie i wyważenie bardziej abstrakcyjnych i ogólnych przepisów i zasad zawartych w konstytucji lub, jak w przypadku Unii Europejskiej, w traktatach [18].

38. Zgodnie z podejściem zastosowanym w szczególności w uwagach na piśmie rządu niderlandzkiego, istnienie oraz treść dyrektyw są tak samo istotne jak krajowe przepisy prawa w toku ustalania, czy państwo członkowskie prowadzi działalność gospodarczą objętą art. 102 TFUE, w przeciwieństwie do wykonywania władzy publicznej, które wykracza poza ten zakres regulacji. Aby ustalić, czy podmiot władzy publicznej prowadzi czynności z zakresu działalności gospodarczej, należy je zbadać pod względem takich kryteriów jak ich charakter, cel i *zasady, które nimi rządzą* [19] . Dotyczy to wszystkich właściwych dyrektyw, jak ilustruje to wyrok w sprawie T-155/04 Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji [20], w której dyrektywa była istotna do oceny tego, czy działalność Eurocontrol ma charakter gospodarczy, czy też wchodzi w zakres jej misji publicznej.

39. Dlatego właściwsze od pomijania dyrektyw na podstawie zasad hierarchii norm jest moim zdaniem przyjęcie, iż stanowią one ważną część oceny, o której przeprowadzenie zwrócono się do Trybunału. Dyrektywy 68/151 i 2003/98, wraz z dyrektywą 96/9, zawierają przepisy istotne do ustalenia, czy Austria, zakazując ponownego wykorzystywania danych z rejestru handlowego oraz odmawiając licencjonowania masowego dostępu, prowadzi działalność gospodarczą lub wykonuje władzę publiczną.

B – *Pierwsze i drugie pytanie prejudycjalne*

1. Zakres pytań prejudycjalnych

40. Do Trybunału zwrócono się o ustalenie, czy w okolicznościach niniejszej sprawy Austria jest „przedsiębiorstwem” w rozumieniu art. 102 TFUE, a po drugie, czy doktryna „kluczowej infrastruktury” ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w sytuacji podnoszonego braku rynku wyższego szczebla.

41. W takich okolicznościach zadanie Trybunału ogranicza się moim zdaniem do udzielenia sądowi krajowemu wskazówek w zakresie tego, czy Austria wykonuje prerogatywy władzy publicznej z wyłączeniem prowadzenia działalności gospodarczej [21], czy też przeciwnie, co najmniej jedna z rozważanych dziedzin działalności stanowi działalność gospodarczą, która może być oddzielona od

18 — Z tego powodu akty prawodawcze UE nie mogą być pomijane, chyba że w toku postępowaniu polegającego na badaniu ważności aktu prawa wtórnego Trybunał potwierdził wystąpienie niezgodności z traktatami. Zobacz wyrok z dnia 22 października 1987 r. w sprawie 314/85 Foto-Frost, Rec. s. 4199.

19 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 30. Kursywa moja.

20 — Wyrok z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie T-155/04, Zb.Orz. s. II-4797, zaskarżony odwołaniem rozpoznanym wyrokiem Trybunału z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie C-113/07 P Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2207.

21 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 30; wyroki z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie C-343/95 Calì & Figli przeciwko Servizi Ecologici Porto di Genova, Rec. s. I-1547, pkt 22; ww. wyrok w sprawie C-113/07 P Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji, pkt 70.

działalności wynikającej z wykonywania władzy publicznej przez Austrię [22]. Jeśli zachodzi ten drugi przypadek, Trybunał proszony jest o przedstawienie wytycznych dotyczących kryteriów prawnych nadużywania pozycji dominującej przyjmującej formę odmowy dostarczania [23], a konkretnie okoliczności, w których odmowa przyznania licencji dotyczącej treści chronionych przez prawo do bazy danych o charakterze sui generis jest objęta zakresem art. 102 TFUE.

42. Rozważę pierwsze dwie z tych kwestii, ustosunkowując się łącznie do pierwszego i drugiego pytania prejudycjalnego. Ostatnią kwestię dotyczącą odmowy przyznania licencji omówię w trakcie oddzielnych rozważań nad trzecim pytaniem prejudycjalnym.

43. Jak wskazał rząd polski, kwestie te wymagają rozważenia przez Trybunał trzech konkretnych dziedzin działalności z punktu widzenia orzecznictwa dotyczącego okoliczności, w których podmiot władzy publicznej prowadzi jako przedsiębiorstwo działalność gospodarczą, stając się tym samym związany unijnymi zasadami zabraniającymi nadużywania pozycji dominującej w myśl art. 102 TFUE. Chodzi o następujące działania:

(i) przechowywanie w bazie danych (rejestrze handlowym) informacji dostarczanych przez przedsiębiorstwa w wykonaniu ustawowych obowiązków sprawozdawczych;

(ii) odpłatne udzielanie wglądu do rejestru handlowego lub wykonywania z niego wydruków; i

(iii) zakazywanie ponownego wykorzystania informacji zawartych w rejestrze handlowym.

44. Przed omówieniem tych kwestii należy zauważyć, że właściwe austriackie przepisy odzwierciedlają restrykcyjną politykę w zakresie możliwości świadczenia przez osoby trzecie usług informacji biznesowej w drodze przetwarzania danych z rejestru handlowego. Inne państwa członkowskie, takie jak Irlandia, przyjęły bardziej liberalne podejście i przykładowo udzielają licencji umożliwiających masowy dostęp i ponowne wykorzystywanie takich danych w celach handlowych. Niezależnie od zalet takich odmiennych podejść, prawo UE ograniczy polityczne wybory państwa członkowskiego jedynie w sytuacji, gdy prowadzi ono jako przedsiębiorstwo działalność gospodarczą.

2. Przechowywanie informacji w rejestrze handlowym

45. W prawie konkurencji pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od jego formy prawnej i sposobu finansowania [24]. Dotyczy to także państw członkowskich. Nie ma żadnego znaczenia, że państwo członkowskie działa bezpośrednio przez podmiot stanowiący część administracji państwowej lub przez podmiot, któremu przyznało szczególne lub wyłączne prawa [25]. Należy raczej rozważać charakter prowadzonej przez dane przedsiębiorstwo publiczne lub podmiot działalności [26].

22 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 28; wyrok z dnia 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. s. II-3929, pkt 108; zasada rozdzielności została potwierdzona przez Trybunał w wyroku z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C-82/01 P Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. s. I-9297, pkt 81.

23 — Zobacz wyroki z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 53/87 CIRCA i Maxicar, Rec. s. 6039; z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 Volvo, Rec. s. 6211; ww. wyrok w sprawach połączonych Magill; wyrok w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. s. I-7791; ww. wyrok w sprawie IMS Health; wyrok z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3601.

24 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 18.

25 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Calì & Figli przeciwko Servizi Ecologici Porto di Genova, pkt 17.

26 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Calì & Figli przeciwko Servizi Ecologici Porto di Genova, pkt 18.

46. Podmioty publiczne nie zostaną zakwalifikowane jako przedsiębiorstwo tylko wtedy, gdy wykonują prerogatywy władzy publicznej z wyłączeniem prowadzenia działalności gospodarczej [27]. Niezbędne jest odrębne rozważenie każdej z dziedzin działalności prowadzonej przez dany podmiot sektora publicznego. Jeśli dziedziny te można od siebie oddzielić, to podmiot sektora publicznego stanowić będzie przedsiębiorstwo w stopniu, w którym prowadzi działalność gospodarczą [28]. Działalność gospodarcza, zgodnie z orzecznictwem, polega na oferowaniu na rynku towarów i usług [29].

47. Nie ulega wątpliwości, że przechowywanie w bazie danych, w niniejszym przypadku rejestrze handlowym, informacji dostarczanych przez przedsiębiorstwa w wykonaniu ustawowych obowiązków sprawozdawczych jest ze względu na swój charakter, cel i zasady, które nim rządzą, połączone z wykonywaniem władzy publicznej [30].

48. Przechowywanie w rejestrze handlowym danych, na podstawie obowiązku prawnego w tej mierze, stanowi działalność podejmowaną w ogólnym interesie pewności prawa. Podmioty prawa, o których mowa w § 2 FBG, zobowiązane są przekazywać informacje określone w § 3 FBG, aby zadośćuczynić przewidzianym w §§ 4, 5, 6 i 7 wymogom dotyczącym wpisów do rejestru. Są one również zobowiązane do niezwłocznego zgłaszania wszelkich zmianach w informacjach, które zostały już objęte wpisem do rejestru (zobacz § 10 FBG). Państwo austriackie może nakładać kary administracyjne w celu zapewnienia, aby informacje, które wymagają zgłoszenia, były przekazywane w sposób kompletny we właściwym czasie (§ 24 FBG). Jest to istotne, ponieważ przyznawanie praw oraz uprawnień do stosowania przymusu, które stanowią odstępstwo od prawa powszechnego, jest uznanym wskaźnikiem wykonywania władzy publicznej [31].

49. Ponadto ta dziedzina działalności pozostaje w bezpośrednim związku z obowiązkami Austrii na mocy dyrektywy 68/151, a w szczególności z art. 3 tej dyrektywy. Zobowiązuje on państwa członkowskie do prowadzenia rejestru centralnego, rejestru handlowego lub rejestru spółek. Artykuł 3 wymaga ponadto, aby państwa członkowskie zapewniły jawność i odpowiedni dostęp do informacji w nim zawartych.

50. Należy zauważyć, że choć podmioty prywatne mają fizyczną zdolność do tworzenia, gromadzenia i wykorzystywania w celach handlowych danych z zakresu informacji gospodarczej, to nie są w stanie nadać im statusu prawnego, którym charakteryzują się dane zapisane w oficjalnym rejestrze handlowym, a mianowicie skuteczności wobec osób trzecich [32]. Taki skutek prawny może zostać nadany wyłącznie mocą szczególnych przepisów prawa. Wyraźnym celem rejestrów publicznych, takich jak rejestr handlowy, jest stworzenie źródła informacji, na które można się powołać w stosunkach prawnych, a tym samym zapewnienie pewności prawa niezbędnej do wymiany na rynku.

27 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 27–30; ww. wyrok w sprawie Diego Calì & Figli, pkt 22; ww. wyrok w sprawie C–113/07 P Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji, pkt 70.

28 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 28.

29 — Zobacz ww. wyrok w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, pkt 107; ww. wyrok w sprawie C-82/01 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, pkt 79; wyroki: z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-205/03 P FENIN przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6295, pkt 25; z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-437/09 AG2R Prévoyance, Zb.Orz. s. I-973, pkt 42. Nawet jeżeli działalność prowadzona jest bez jakiegokolwiek celu zarobkowego, to i tak zachodzić może istotne uczestnictwo w rynku. Zobacz opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawioną w dniu 10 listopada 2005 r. w ww. sprawie FENIN przeciwko Komisji, pkt 14; ww. wyrok w sprawie C-113/07 P Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji, pkt 115.

30 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Calì & Figli przeciwko Servizi Ecologici Porto di Genova, pkt 23; ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft, pkt 30.

31 — Zobacz ww. wyrok w sprawie SAT Fluggesellschaft przeciwko Eurocontrol, pkt 24.

32 — Zobacz art. 3 ust. 5 dyrektywy 68/151.

3. Udzielanie wglądu do rejestru handlowego

51. Ta dziedzina działalności stanowi również niewątpliwie wyraz funkcji publicznej. Jest oczywiste, że rejestry publiczne, takie jak rejestr handlowy, nie mogą realizować swego podstawowego celu, a mianowicie nie mogą kształtować pewności prawa poprzez wprowadzenie przejrzystych zasad dostępności do prawnie wiarygodnych informacji, jeżeli dostęp do nich nie jest zagwarantowany dla każdego.

52. Jak zauważył rząd niderlandzki, fakt pobierania opłaty nie prowadzi do wniosku, że działalność ma charakter gospodarczy. Działaniom, które są wyraźnie pozbawione charakteru gospodarczego, towarzyszy powszechnie opłata manipulacyjna. Uderzający tego przykład stanowią opłaty pobierane przez sądy lub komorników. Fakt, że działalność wynikająca z wykonywania władzy publicznej może być gospodarczo opłacalna dla przedmiotowego podmiotu publicznego, nie sprawia, że nabywa ona gospodarczego charakteru.

53. Artykuł 3 ust. 3 akapit trzeci dyrektywy 68/151 przewiduje, że cena za uzyskanie odpisu z rejestru spółek nie może przekraczać „kosztów administracyjnych". Stosownie do uwag Komisji na piśmie oraz jej uwag ustnych w trakcie rozprawy państwo austriackie, powołując się na prawo sui generis w związku z danymi z rejestru handlowego, broni swoich gospodarczych interesów.

54. Obecnie brak jest dowodów wykazujących, że określona ustawowo opłata sądowa samodzielnie lub po zsumowaniu z wynagrodzeniem pobieranym przez agencje rozrachunkowe przekracza administracyjne koszty dostarczenia kopii dokumentów lub informacji wpisanych do rejestru handlowego, w rozumieniu art. 3 ust. 3 dyrektywy 68/151. Gdyby tak było, system ustalania cen stosowany przez Austrię mógłby zostać zakwestionowany przed sądami krajowymi lub, na poziomie ogólnym, w drodze postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie art. 258 TFUE.

55. Nawet jeśli udzielanie wglądu do rejestru handlowego lub wykonywanie z niego wydruków byłyby uważane za działalność gospodarczą, to nie można byłoby jej oddzielić od funkcji gromadzenia danych. Działalność gospodarcza i działalność wynikająca z wykonywania władzy publicznej będą mogły zostać oddzielone, jeżeli działalność gospodarcza nie jest ściśle związana z działalnością wynikającą z wykonywania władzy publicznej, a związek między nimi jest tylko pośredni [33]. Jak zauważył rzecznik generalny M. Poiares Maduro, wszelkie przejawy wykonywania władzy publicznej mające na celu regulowanie rynku, a nie uczestniczenie w nim, są wyłączone z zakresu stosowania prawa konkurencji [34]. Jak przejawia się to szczególnie w brzmieniu art. 3 dyrektywy 68/151, prowadzenie rejestru handlowego jest nierozerwalnie związane z zagwarantowaniem odpowiedniego dostępu do niego.

56. Ponadto wbrew argumentom wysuwanym przez Komisję w jej uwagach na piśmie, okoliczności, że agencje rozrachunkowe udostępniające [elektroniczną] ścieżkę publicznego dostępu internetowego do omawianych danych nie posiadają uprawnień do stosowania przymusu, i jednocześnie że nie istnieje między tymi agencjami jakaś forma ograniczonej konkurencji [35], nie zmieniają niczego w zakresie niemożności oddzielenia od siebie dostępu do danych i gromadzenia ich. Ponadto agencje rozrachunkowe podlegają kontroli państwa w postaci nadzoru ministerstwa sprawiedliwości nad opłatami, które mogą pobierać od użytkowników [36].

33 — Zobacz ww. wyrok w sprawie C-113/07 P Selex Sistemi Integrati przeciwko Komisji, pkt 76, 77.

34 — Zobacz ww. opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie FENIN przeciwko Komisji, pkt 15.

35 — Zobacz ww. wyrok w sprawie AOK-Bundesverband i in., pkt 56.

36 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Calì & Figli przeciwko Servizi Ecologici Porto di Genova, pkt 24. Okoliczność, że dostęp do działalności wynikającej z wykonywania władzy publicznej może być uzależniony od wykorzystywania „podmiotów stojących na straży" [„gate-keepers"], których działalność ma charakter gospodarczy, pokazują między innymi przepisy prawa, które wymagają, aby strony postępowania sądowego reprezentowane były przez prawników. Zobacz na przykład art. 19 ust. 3 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

4. Zakazywanie ponownego wykorzystywania informacji

57. Sprawa Compass-Datenbank jest oryginalna w tym sensie, że opiera się na obowiązku Austrii do podjęcia działań zmierzających do realizacji zobowiązań wynikających z art. 102 TFUE, w miejsce powstrzymania się od działań. Warto w tym miejscu przypomnieć granice obowiązku państwa członkowskiego do aktywnego działania zmierzającego do wypełnienia swoich zobowiązań wynikających z unijnego prawa konkurencji. Chociaż istnieje ogólny obowiązek powstrzymania się od działań zagrażających celom określonym w traktacie, w tym polityce konkurencji [37], obowiązki państw członkowskich wymagające ich aktywności pozostają ograniczone.

58. Zasady te zostały ostatnio potwierdzone w wyroku w sprawie AG2R Prévoyance [38], w którym Trybunał przypomniał, że art. 101 TFUE w związku z art. 4 ust. 3 TUE nakłada na państwa członkowskie obowiązek niewydawania oraz nieutrzymywania w mocy przepisów, również o charakterze ustawowym lub wykonawczym, które mogłyby pozbawiać skuteczności reguły konkurencji znajdujące zastosowanie do przedsiębiorstw [39]. Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 106 ust. 1 TFUE, z zastrzeżeniem przepisu art. 106 ust. 2 TFUE, państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w art. 18 TFUE oraz art. 101–109 TFUE [40].

59. Żadna z tych zasad nie jest pomocna w sprawie Compass-Datenbank. Właściwe przepisy prawa austriackiego nie pozbawiają skuteczności reguł konkurencji UE. Nic w tej linii orzecznictwa nie przemawia za daleko idącym wnioskiem, iż państwo członkowskie jest zmuszone do wydania danych podmiotom gospodarczym lub do ułatwienia w inny sposób tworzenia nowych rynków w sytuacji, gdy brak jest uregulowań krajowych mających na celu otwarcie konkurencji w branżach, które tradycyjnie działają w ramach monopoli państwowych [41].

60. Okoliczności tej sprawy nie odpowiadają również takim, w których przedsiębiorstwu przyznane zostały prawa specjalne lub wyłączne. Wręcz przeciwnie, zakaz zarówno ponownego wykorzystania, jak i wykorzystywania w celach handlowych danych zawartych w rejestrze handlowym, w zakresie przekraczającym działalność agencji rozrachunkowych polegającą na udostępnianiu środków umożliwiających internetowy dostęp do bazy danych, obowiązuje każdy podmiot, a nie tylko Compass-Datenbank. W istocie, zgodnie z obecnym stanem prawa UE, „osoba, która stworzyła bazę danych, może zastrzec sobie prawo wyłącznego dostępu do bazy lub ograniczyć jego zakres do określonego kręgu osób [...] lub też uzależnić dostęp do niej od szczególnych warunków, dla przykładu o charakterze finansowym” [42]. Jak już wspomniano, dyrektywa 2003/98 „nie zawiera żadnego zobowiązania” w stosunku do państwa członkowskiego dotyczącego „zezwalania na ponowne wykorzystywanie dokumentów” [43].

37 — Wyrok z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 ERT, Rec. s. I-2925.

38 — Wyżej wymienionym, pkt 24, 25.

39 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie AG2R Prévoyance, pkt 24; wyroki z dnia 21 września 1999 r.: w sprawach połączonych od C-115/97 do C-117/97 Brentjens', Rec. s. I-6025, pkt 65; w sprawie C-219/97 Drijvende Bokken, Rec. s. I-6121, pkt 55.

40 — Zobacz ww. wyrok w sprawie AGR2 Prévoyance, pkt 25.

41 — Tak jak na przykład miało to miejsce w sektorze telekomunikacji.

42 — Zobacz wyrok z dnia 9 października 2008 r. w sprawie C-304/07 Directmedia Publishing, Zb.Orz. s. I-7565, pkt 52. Zobacz również wyrok z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie C-203/02 British Horseracing Board i in., Zb.Orz. s. I-10415, pkt 55. Zarówno z motywu 47, jak i art. 13 dyrektywy 96/9 jasno wynika, że prawo sui generis jest bez uszczerbku dla uregulowań unijnych dotyczących między innymi nadużywania pozycji dominującej (zob. wyrok w sprawie Directmedia Publishing, pkt 56). Jednak ponieważ stwierdziłem już, że Austria nie prowadzi działalności gospodarczej, która uzasadnia uznanie jej za „przedsiębiorstwo” w rozumieniu prawa konkurencji UE, nie powstaje pytanie co do uszczerbku dla przepisów prawa konkurencji UE.

43 — Zobacz motyw 9 dyrektywy 2003/98. Zobacz także art. 3 dyrektywy 2003/98, który jasno stwierdza, że zakres stosowania dyrektywy ogranicza się do okoliczności, w których państwo członkowskie „uznało za dozwolone”, stosownie do własnego wolnego wyboru, „ponowne wykorzystywanie dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego”. Wskazuje to, iż zakaz ponownego wykorzystania danych stanowi zgodne z prawem wykonywanie polityki rządu, a tym samym wyraz funkcji państwa, a nie działalność gospodarczą.

61. Rządy austriacki, niderlandzki i portugalski powoływały się również na art. 7 dyrektywy 96/9 w sprawie ochrony prawnej baz danych i prawo do ochrony tej bazy danych o charakterze sui generis [44]. Jednak jest to według mnie w dużej mierze bez znaczenia w celu ustalenia, czy zakaz ponownego wykorzystania danych jest wyrazem działalności wynikającej z wykonywania władzy publicznej, czy działalności gospodarczej w rozumieniu art. 102 TFUE. Wydaje się jasne, że podmioty publiczne mogą powoływać się na przysługujące im na podstawie prawa prywatnego uprawnienia w celu ochrony swoich zadań publicznych, takich jak prawo zakazywania jako właściciel wkraczania na teren obiektu wojskowego. Niemniej jednak prawo sui generis wchodzi w grę w kontekście trzeciego pytania prejudycjalnego w związku z ustalaniem, czy i kiedy właściciel prawa własności intelektualnej może być zmuszony do udzielenia licencji.

62. Podsumowując, proponuję, aby Trybunał udzielił przeczącej odpowiedzi na pierwsze i drugie pytanie prejudycjalne.

C – *Trzecie pytanie prejudycjalne*

63. Ze względu na to, że odpowiedziałem przecząco na dwa pierwsze pytania prejudycjalne, nie ma potrzeby odpowiadania na trzecie pytanie prejudycjalne. Jednak poczynię następujące uwagi, bo mogą być one przydatne dla Trybunału, w przypadku gdyby uznał, że w rzeczywistości Austria prowadzi działalność gospodarczą poprzez gromadzenie danych zbieranych w rejestrze handlowym albo publiczne ich udostępnianie, albo gdy robi i jedno i drugie.

64. W postawionym pytaniu Trybunał proszony jest o przedstawienie wskazówek odnośnie do zasad leżących u podstaw wyroków w sprawach połączonych Magill i w sprawie IMS Health („doktryna kluczowej infrastruktury") oraz rozważenie ich zastosowania wtedy, kiedy brak jest „rynku wyższego szczebla", ze względu na to, że chronione dane są gromadzone i przechowywane w bazie danych (rejestrze handlowym) w ramach prowadzenia działalności wynikającej z wykonywania władzy publicznej. Pytanie to ma znaczenie tylko w wypadku uznania, że w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym państwo austriackie jest przedsiębiorstwem prowadzącym działalność gospodarczą.

65. Należy rozpocząć od określenia rynku wyższego szczebla [45]. Jest tak dlatego, że brak dominacji na tym rynku oznaczać będzie, że nie może zachodzić nadużycie na rynku niższego szczebla, który jest czasem określany jako rynek sąsiedni lub pochodny. W omawianej sprawie istnieje rynek równoległy w dziedzinie internetowego dostępu do nieprzetworzonych danych z rejestru handlowego za pośrednictwem agencji rozrachunkowych, ale brak jest rynku wyższego szczebla w dziedzinie masowego dostępu do danych z rejestru handlowego, który umożliwiałby zgodne z prawem ich ponowne wykorzystanie i który mógłby stanowić dla Compass-Datenbank podstawę wyprodukowania wzbogaconego produktu. Zamiast tego na wyższym szczeblu znajdują się dwie funkcje: jedna, która pociąga za sobą gromadzenie i rejestrowanie danych, i druga, która zapewnia do nich dostęp. Dwie sprawy, które są istotne dla rozstrzygnięcia tego sporu, a mianowicie sprawy połączone Magill i sprawa IMS Health, były zupełnie odmienne.

66. W sprawach połączonych Magill przedsiębiorstwa, które uznano za nadużywające pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji dotyczącej harmonogramów ich programów telewizyjnych, co uniemożliwiło powstanie rynku kompleksowych przewodników telewizyjnych, dominowały niewątpliwie na rynku wyższego szczebla w dziedzinie informacji odnoszących się do

44 — W sprawie zakresu zakazu zawartego w art. 7 dyrektywy 96/9 dotyczącego ponownego wykorzystania bez upoważnienia zobacz ww. wyrok w sprawie British Horseracing Board i in, pkt 61. W odniesieniu do wytycznych w sprawie definicji bazy danych podlegającej ochronie zobacz wyroki: ww. w sprawie British Horseracing Board i in.; z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie C-46/02 Fixtures Marketing, Zb.Orz. s. I-10365.

45 — Zobacz ww. wyrok w sprawie IMS Health, pkt 45: „[...] decydujące jest więc, aby można było określić dwa odrębne etapy produkcji, powiązane w ten sposób, iż produkt należący do poprzedniego ogniwa łańcucha procesu produkcji jest niezbędnym elementem do dostarczania produktu należącego do następnego ogniwa łańcucha procesu produkcji".

programów telewizyjnych za pomocą de facto monopolu na informacje wykorzystywane do opracowywania oferty programów telewizyjnych [46]. Ta dominacja na wyższym szczeblu umożliwiła im wywieranie nacisku na potencjalny rynek niższego szczebla, gdzie występuje konkurencja potencjalna. W sprawach połączonych Magill przedsiębiorstwa RTE i ITP chciały, aby wykorzystywanie harmonogramów telewizyjnych do celów handlowych zastrzeżone było dla ich licencjobiorców działających na rynku wyższego szczebla, co wyparłoby tym samym możliwość powstania rynku niższego szczebla w dziedzinie kompleksowych przewodników telewizyjnych.

67. Podobnie w sprawie IMS Health przedsiębiorstwo, od którego żądano udzielenia licencji przymusowej, zarówno prowadziło działalność gospodarczą, jak i dominowało na rynku właściwym, to jest rynku przedstawiania firmom farmaceutycznym regionalnych danych dotyczących sprzedaży produktów farmaceutycznych. Chroniona prawem autorskim „struktura modułów", za pomocą której przedsiębiorstwo przedstawiało dane dotyczące sprzedaży, stała się normą branżową i postawiła to przedsiębiorstwo w pozycji dominującej. Trybunał zauważył, że odmowa udzielenia konkurentowi przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą licencji dotyczącej struktury modułów jest zachowaniem stanowiącym nadużycie jedynie w wyjątkowych okolicznościach [47]. We wszystkich przypadkach wykonywania licencji wyłącznej wymagane jest kumulatywne spełnienie trzech warunków: (i) odmowa musi stać na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt konsumentów, (ii) odmowa ta musi być pozbawiona obiektywnego uzasadnienia, oraz (iii) odmowa musi być tego rodzaju, że może doprowadzić do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku pochodnym [48].

68. Wracając do rozpatrywanej sprawy, należy stwierdzić, że w postanowieniu odsyłającym brakuje informacji na temat właściwego rynku niższego szczebla. Wiemy, że Compass-Datenbank chce wykorzystywać w celach handlowych oraz aktualizować nieprzetworzone dane z prowadzonego przez państwo austriackie rejestru handlowego w formie rozwiniętego serwisu informacji biznesowej. Ale nie wiemy nic o kluczowych aspektach pozycji Compass-Datenbank na rynku takiego rozwiniętego serwisu, takich jak jej udział w rynku oraz jak się ona prezentuje w porównaniu do udziału innych graczy, jeżeli takowi w ogóle istnieją. Jak zauważył Trybunał, „rozgraniczenie rynku właściwego z punktu widzenia produktu i obszaru geograficznego oraz obliczenie udziałów w rynku posiadanych przez różne przedsiębiorstwa działające na tym rynku stanowi punkt wyjściowy dla każdej oceny sytuacji w świetle prawa konkurencji" [49]. Jeśli Trybunał nie jest w stanie dokonać tej oceny, to uznaje postanowienie odsyłające za niedopuszczalne [50].

69. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera informacji o tym, czy Compass-Datenbank ma znaczących konkurentów, którzy oferują usługi informacji biznesowej konkurencyjne w stosunku do bazy danych Compass-Datenbank. Jeśli ich nie ma, to Compass-Datenbank wydaje się mieć pozycję dominującą wywodzącą się oczywiście z jej historycznej pozycji jako wydawcy *Zentralblatt*. Compass-Datenbank była również w stanie uzyskiwać potrzebne jej dane po wydaniu nakazu Oberster Gerichtshof w 2002 r., którego podstawa prawna nie została wyjaśniona w treści postanowienia odsyłającego, po cenie, którą Austria uważa za zbyt niską. Jednak w niniejszym postępowaniu Compass-Datenbank zmierza zasadniczo do uzyskania uprzywilejowanego dostępu do danych z rejestru handlowego na gospodarczych i prawnych warunkach, które są bardziej korzystne niż warunki stosowane do innych podmiotów. Z tych powodów w sprawie występuje pewna faktyczna nieokreśloność dotycząca tego, czy domniemywane nadużycie odnosi się do cen, odmowy dostarczania usług czy dostępu do kluczowej infrastruktury.

46 — Zobacz ww. wyrok w sprawach połączonych Magill, pkt 47.

47 — Zobacz ww. wyrok w sprawie IMS Health, pkt 35.

48 — Zobacz ww. wyrok w sprawie IMS Health, pkt 38. Ostatnio zob. ww. wyrok w sprawie Microsoft przeciwko Komisji, pkt 331–335, w którym Sąd Pierwszej Instancji przedstawia zwięzłe podsumowanie przepisów dotyczących odmowy przyznania licencji oraz nadużywania pozycji dominującej.

49 — Wyrok z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-134/03 Viacom Outdoor, Zb.Orz. s. I-1167, pkt 27.

50 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Viacom Outdoor, pkt 29.

70. Kolejny problem powstaje przy ustalaniu, co odgrywa rolę kluczowej infrastruktury posiadanej przez państwo austriackie. Dwie oczywiste możliwości to prawo do banku danych rejestru handlowego o charakterze sui generis lub dostęp do jeszcze nieujawnionych danych rejestru handlowego. W każdym razie nieudostępnionej infrastruktury nie może stanowić dostęp do nieprzetworzonych danych jako taki, ponieważ jest on zapewniony dla każdego na niedyskryminujących warunkach za pośrednictwem agencji rozrachunkowych [51].

71. Stwierdziłem już, że niedyskryminujący zakaz ponownego wykorzystania stanowi wykonywanie polityki rządu i jest dozwolony w oparciu o motyw 9 i art. 3 dyrektywy 2003/98. Jednakże nie można zaprzeczyć, że odmowa Austrii w zakresie dostarczania nowych i aktualnych danych oraz zakaz ponownego wykorzystania skutecznie uniemożliwiają świadczenie usługi, na którą istnieje widoczny popyt konsumentów. Jednak, jak zauważył rzecznik generalny F.G. Jacobs w sprawie Bronner, decyzja nakazująca udostępnienie prawa własności intelektualnej „czy to rozumiana jako zastosowanie doktryny kluczowej infrastruktury, czy też bardziej tradycyjnie, jako reakcja na odmowę dostarczania towarów lub usług, może być uzasadniona z punktu widzenia polityki konkurencji jedynie w przypadkach, w których przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą ma autentyczną kontrolę nad powiązanym rynkiem” [52].

72. Wątpliwe jest, czy w tym przypadku odmowa zawarcia umowy i zakaz ponownego wykorzystania mogą doprowadzić do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku pochodnym. Teoretycznie, gdyby zakaz ponownego wykorzystania miał być skutecznie egzekwowany, co nie wydaje się mieć jak dotąd miejsca, to stałoby to na przeszkodzie funkcjonowaniu rynku pochodnego, a w konsekwencji wszelkiej konkurencji na nim, pod warunkiem że ponowne wykorzystanie danych z rejestru handlowego byłoby niezbędne, w znaczeniu określonym przez orzecznictwo Trybunału [53], w celu prowadzenia jakiegokolwiek znaczącego serwisu informacji biznesowej dotyczącego przedsiębiorstw. Jednak odmowa dostarczania dotycząca masowego dostępu do nowych i aktualnych danych nie jest, jako taka, zdolna do wykluczenia konkurencji na rynku pochodnym. Jest ona jedynie przyczyną opóźnień w oferowaniu aktualnych produktów, takich jak dane serwisu prowadzonego przez Compass-Datenbank, oraz zwiększa koszty ich dostarczenia.

V – Wnioski

73. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytania przedstawione przez Oberster Gerichtshof:

Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że podmiot władzy publicznej nie prowadzi jako przedsiębiorstwo działalności gospodarczej, jeśli przechowuje informacje przekazane przez przedsiębiorstwa na podstawie ustawowych obowiązków informacyjnych w bazie danych (rejestrze handlowym). Podmiot taki nie prowadzi jako przedsiębiorstwo działalności gospodarczej również, jeśli udziela wglądu do rejestru i zezwala na sporządzanie wydruków, ale odmawia korzystania z tych danych w szerszym zakresie, bez względu na to, czy powołuje się na prawa do ochrony o charakterze sui generis przysługujące mu jako producentowi bazy danych, czy na inne podstawy.

51 — W tym sensie sprawa ta jest podobna do rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 12 czerwca 1997 r. sprawy T-504/93 Tiercé Ladbroke przeciwko Komisji, Rec. s. II-923, pkt 124, gdzie Trybunał stwierdził, że skoro nikt nie otrzymał licencji na właściwym rynku geograficznym, to nie miała miejsca żadna dyskryminacja. W niniejszym przypadku nie zachodzi dyskryminacja, ponieważ każdy może mieć dostęp do rejestru handlowego za pośrednictwem agencji rozrachunkowych.

52 — Zobacz opinię rzecznika generalnego F.G. Jacobsa przedstawioną w dniu 28 maja 1998 r. w ww. sprawie Bronner, pkt 65.

53 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Bronner, pkt 41–46; ww. wyrok w sprawie IMS Health, pkt 28, 45, 49.