Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н N. JÄÄSKINEN
представено на 26 април 2012 година [1]

**Дело C-138/11**

**Compass-Datenbank GmbH**
**срещу**
**Република Австрия**

(Преюдициално запитване, отправено от Oberster Gerichtshof (Австрия)

„Конкуренция — Злоупотреба с господстващо положение по член 102 ДФЕС — Понятие за предприятие — Повторно използване на данни в обществения сектор — Абсолютна забрана за повторно използване на данни от търговския регистър — Отказ на държава членка да лицензира едновременното прехвърляне на всички данни с цел последваща търговска експлоатация — Установяване на наличието на пазар нагоре по веригата — Съществени съоръжения — Отказ да се извърши доставка — Директива 68/151/ЕИО — Директива 96/9/ЕО — Директива 2003/98/ЕО“

## I – Въведение

1. По настоящото дело Oberster Gerichtshof (Върховен съд, Австрия) иска да установи дали австрийската държава действа като „предприятие“ по смисъла на член 102 ДФЕС, като забранява както повторното използване на данни, съдържащи се в нейния публичен регистър на предприятията (наричан по-нататък „търговският регистър“), така и търговската реализация на тези данни с оглед създаването на по-пълна услуга за бизнес информация. В случай че тя действа като предприятие, от Съда се иска да установи дали е приложима т.нар. доктрина за съществените съоръжения. Последната се отнася до случаите, в които контролът, упражняван върху определен ресурс от страна на предприятие, намиращо се на пазара нагоре по веригата, създава господстващо положение по отношение на пазара надолу по веригата.

2. Тези въпроси възникват в контекст, в който от значение са принципите на правото на ЕС относно правната закрила на бази данни, воденето на публични търговски регистри от държавите членки и повторното използване на информация от обществения сектор. Причината за това е, от една страна, че Австрия се позовава на директива, която я задължава да води регистър с информация за дружествата, на директива относно правната закрила на базите данни, както и на директива относно повторното използване на обществена информация. От друга страна, Compass-Datenbank, дружеството, предявило претенциите си в настоящия спор, се позовава на директивата относно повторното използване на обществена информация в подкрепа на своите доводи за наличие на злоупотреба с господстващо положение, като по-конкретно изтъква доктрината за съществените съоръжения.

1 — Език на оригиналния текст: английски.

## II – Правото на ЕС

Директива 68/151/ЕИО [2]

3. Член 3 от Директива 68/151 предвижда, че:

„1. Във всяка държава членка се открива дело в централен регистър, търговски регистър или дружествен регистър за всяко дружество, регистрирано там.

2. Всички документи и подробности, които подлежат на оповестяване в съответствие с член 2, се пазят в делото или се вписват в регистъра; […]

3. При подаване на молба се предоставя препис от всички или част от документите или данните, посочени в член 2. Считано най-късно от 1 януари 2007 г., молбата може да се подава на хартиен носител или по електронен път, по избор на заявителя.

Считано от дата, която трябва да бъде определена от държавата членка, но не по-късно от 1 януари 2007 г. преписите, посочени в първата алинея, трябва да могат да бъдат получени от регистъра на хартиен носител [или] по електронен път, по избор на заявителя. […]

Цената на получаване на препис от всички или на част от документите или подробностите, посочени в член 2, независимо от това дали са на хартиен носител или в електронна форма, не може да надхвърля административните разноски за преписа.

Предоставените преписи на хартиен носител се сертифицират като „верни с оригинала“, освен ако заявителят се откаже от такова сертифициране. Предоставените електронни преписи не се сертифицират като „верни с оригинала“, освен ако заявителят не поиска изрично такова сертифициране. […]

4. Оповестяването на документите и подробностите, посочени в параграф 2, се извършва чрез публикуване в държавния вестник, определен за тази цел от държавата членка, на пълния текст или част от него, или чрез позоваване на документа, представен по делото или вписан в регистъра. Националният вестник, определен за тази цел, може да се издава в електронна форма. […]

5. Дружеството може да противопостави документите и данните на трети лица само след оповестяването им в съответствие с параграф 4, освен ако докаже, че те са били известни на третите лица.

Въпреки това, по отношение на сделки, сключени преди шестнадесетия ден след оповестяването, документите и подробностите не могат да се противопоставят на трети лица, които докажат, че им е било невъзможно да узнаят за тях. […]“.

2 — Първа директива 68/151/ЕИО на Съвета от 9 март 1968 година за съгласуване на гаранциите, които държавите членки изискват от дружествата по смисъла на член 58, втора алинея от Договора, за защита на интересите на съдружниците и на трети лица, с цел тези гаранции да станат равностойни на цялата територия на Общността (ОВ L 65, 1968 г., стр. 8; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 3), изменена с Директива 2003/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15 юли 2003 година за изменение на Директива 68/151/ЕИО на Съвета относно изискванията за оповестяване по отношение на някои видове дружества (ОВ L 221, 2003 г., стр. 13; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 3).

Директива 96/9/ЕО [3]

4. Съображения 40 и 41 от Директива 96/9 гласят следното:

„(40) като имат предвид, че целта на това особено право (sui generis) е да осигури закрила на всяка инвестиция за придобиване, проверка или оформление на съдържанието на база данни за ограниченото времетраене на правото; като имат предвид, че такава инвестиция може да се изрази във влагане на финансови средства и/или в изразходване на време, усилия и енергия;

(41) като имат предвид, че целта на особеното право е да се предостави на производителя на бази данни възможността да не допуска неразрешеното извличане и/или повторното използване на цялата или на значителна част от съдържанието на тази база данни; като имат предвид, че производителят на база данни е лицето, което поема инициативата и риска за инвестиране; като имат предвид, че това изключва по-специално субконтрагентите от определението за производител;“.

5. Член 7 от Директива 96/9, озаглавен „Обект на закрила“, включен в глава III, „Право sui generis“, предвижда:

„1. Държавите членки предвиждат право на производителя на база данни, която показва, че е налице количествено или качествено съществена инвестиция за придобиването, проверката или оформлението на съдържанието, да не допуска извличане и/или повторно използване на цялата или на съществена част, в количествено или качествено отношение, от съдържанието на тази база данни.

2. За целите на тази глава:

а) „извличане“ означава постоянното или временното пренасяне на цялата или на съществена част от съдържанията на база данни върху друг носител по какъвто и да е начин и в каквато и да е форма;

б) „повторно използване“ означава каквато и да е форма на публично представяне на цялата или на съществена част от съдържанието на база данни чрез разпространение на копия, даване под наем, чрез on line или други форми на предаване. Първата продажба на копие от базата данни в Общността от носителя на правото или с негово съгласие изчерпва правото на контрол върху препродажбата на това копие в Общността.

[…]

3. Правото, посочено в параграф 1, е прехвърлимо, отчуждимо и може да се отстъпва по договор за лиценз. […]

5. Нееднократното и системното извличане и/или повторно използване на несъществените части от съдържанията на бази данни, изискващи действия, които противоречат на нормалното използване на тази база данни или които неоснователно увреждат законните интереси на производителя на базата данни, не са разрешени“.

3 — Директива 96/9/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 март 1996 година за правна закрила на базите данни (ОВ L 77, 1996 г., стр. 20; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 102).

Директива 2003/98/ЕО [4]

6. Съображения 8 и 9 от Директива 2003/98 гласят:

„(8) Необходима е обща рамка за условията, от които да се ръководи многократното използване на документите в публичния сектор с цел гарантиране на справедливи, пропорционални и недискриминационни условия за многократното използване на такава информация. Органите от обществения сектор събират, произвеждат, възпроизвеждат и разпространяват документи с цел изпълнение на своите обществени задачи. Използването на такива документи за други цели представлява повторно използване. Политиката на държавите членки може да надхвърли минималните стандарти, установени в настоящата директива, като по този начин се създадат възможности за по-широка повторна употреба.

(9) Настоящата директива не съдържа задължение, което позволява повторна употреба на документите. Решението дали да се даде разрешение за многократно използване или не ще зависи от заинтересованите държави членки или от съответния орган от обществения сектор. […] Институциите от обществения сектор следва да развиват и насърчават многократното използване на документите, включително официалните текстове със законодателен и административен характер в онези случаи, при които институцията от обществения сектор има правото да разрешава тяхното повторно използване“.

7. Съгласно съображение 22 от Директива 2003/98 „[…] Директивата не засяга съществуването, нито притежаването на правото върху интелектуална собственост на органите от обществения сектор, нито ограничава упражняването на тези права по какъвто и да било начин извън границите, установени с настоящата директива. […] Органите от обществения сектор, въпреки това, следва да упражняват своето авторско право върху интелектуална собственост по такъв начин, който да улеснява повторното използване.“

8. Член 1, параграф 1 от Директива 2003/98, озаглавен „Предмет и обхват“, гласи:

„1. Настоящата директива установява минимален набор от правила, ръководещи повторното използване и практическите средства за улесняване на повторното използване на съществуващите документи, притежавани от органите от обществения сектор в държавите членки.

9. Член 2, параграф 4 от Директива 2003/98 определя понятието „повторно използване“ като „използването от страна на физически или юридически лица на документи, притежание на институциите в обществения сектор, за търговски или нетърговски цели, различни от първоначалната цел в рамките на обществената задача, за която документите са били създадени. Обменът на документи между органите от обществения сектор само с цел преследването на техните обществени задачи не представлява повторно използване“.

10. Член 3 от Директива 2003/98, озаглавен „Общ принцип“, гласи:

„Държавите членки гарантират, че когато повторното използване на документи, притежание на органите от обществения сектор, бъде позволено, тези документи […] подлежат на многократно използване за търговски и нетърговски цели в съответствие с условията, определени в глави III и IV. Когато е възможно, документите се предоставят посредством електронни средства“.

4 — Директива 2003/98/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 17 ноември 2003 година относно повторната употреба на информацията в обществения сектор (ОВ L 345, 2003 г., стр. 90; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 41, стр. 73).

## III – Спорът в главното производство, приложимата национална уредба и отправените преюдициални въпроси

### A – *Търговският регистър*

11. Съгласно членове 1 и 2 от Firmenbuchgesetz [Закон за търговския регистър] (наричан по-нататък „FBG“)[5] предприятията са задължени да представят определена информация за вписване в търговския регистър, която съгласно същите разпоредби следва да се оповести публично. Съгласно член 3 информацията включва фирменото наименование на предприятията, тяхната правноорганизационна форма, седалище, кратко описание на сектора на дейност, техните клонове, имената, рожденните дати и обхвата на правомощията на лицата, които изпълняват функция на представители, както и данни за евентуално производство по ликвидация или откриване на производство по несъстоятелност.

12. До 1990 г. съхраняваната от австрийската държава информация е била публично достъпна в съдилищата, в които търговският регистър е бил поддържан. Все още е възможно консултирането на търговския регистър в районните и окръжните съдилища (Berzirksgerichte) или нотариалните кантори (членове 33 и 35 от FBG) срещу заплащане на определена по закон съдебна такса.

13. От 1 януари 1991 г. се извършва преход към компютъризиран търговски регистър, а прехвърлянето на данните за предприятията приключва до края на 1994 г. Считано от 1993 г., обществеността може да прави справки чрез интерактивен видеотекст, а от 1999 г. стават възможни и онлайн справките в търговския регистър по интернет. Съгласно член 34 от FBG всеки има възможност за бърз достъп за консултиране на информация в търговския регистър чрез електронно предаване на данни съобразно технологичните възможности и наличието на персонал.

14. Публичният достъп до търговския регистър по електронен път се променя през 1999 г., когато Австрия възлага първоначално на пет посреднически агенции (Verrechnungsstellen) задачата да предоставят достъп до търговския регистър чрез интернет[6]. Тези агенции събират законово определена съдебна такса и начисляват възнаграждение за своите услуги. Съдебните такси за консултиране с бърз достъп и за общи справки се определят съгласно Наредбата за базата данни от търговския регистър (Firmenbuchdatenbankverordnung, наричана по-нататък „FBDV[7]“). Съдебните такси се събират от посредническите агенции и се превеждат на държавата. Те се изчисляват според естеството на преглежданата информация. Отделното възнаграждение за предоставяните от посредническите агенции услуги се одобрява от Министерство на правосъдието.

15. Базата данни на търговския регистър е защитена. Титуляр на особеното право върху базата данни е австрийската държава. Съгласно член 4, параграф 2 от FBDV, разрешението за консултиране на търговския регистър не дава право за извършването на действия по разпространение („забранено повторно използване“). Последното е запазено за австрийската държава като производител на базата данни в съответствие с приложимите разпоредби на авторското право, приети при транспонирането на Директива 96/9[8].

5 — BGBl. бр. 10/1991.

6 — В съдебното заседание представителят на Австрия изясни, че единствената причина за възприемането на това разрешение е била липсата на държавна инфраструктура за онлайн фактуриране и разплащания във връзка с консултирането по интернет на търговския регистър.

7 — BGBl. II, бр. 240/1999.

8 — В своето писмено становище Compass-Datenbank сочи, че до 1998 г. австрийската държава не се е ползвала от авторскоправната закрила на публичните регистри.

Б – *Базата данни на Compass-Datenbank*

16. Compass-Datenbank GmBH (наричано по-нататък „Compass-Datenbank“), съответно неговите праводатели, разполагат вече повече от 130 години с поддържаната от австрийската държава информация за предприятията. От 1995 г. то започва да експлоатира достъпна по интернет търговска и индустриална база данни, която отчасти черпи от тази информация.

17. Базата данни на Compass-Datenbank съдържа редица данни в допълнение на информацията в търговския регистър. Те включват информация относно дялови участия, телефонни и факс номера, електронни пощенски адреси, областите, в които предприятията са посочили осъществяването на търговска дейност заедно с кратко описание на предмета на дейност, както и относно банките, в които имат сметки. За да предлага своята информационна услуга, Compass-Datenbank се нуждае от ежедневни актуализации на вписаните в търговския регистър данни, които допълва със собствени проучвания.

18. До декември 2001 г. Compass-Datenbank получава въпросните данни от Федералния център за обработка на данните без каквото и да е ограничение по отношение на повторното използване. Compass-Datenbank получава информацията в качеството си на издател на Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich (Централен вестник за вписванията в търговския регистър на Република Австрия). Compass-Datenbank използва повторно същите данни в своята икономическа база данни.

В – *Националното производство*

19. През 2001 г. австрийската държава започва производство за преустановяване на нарушение пред Handelsgericht Wien (Търговски съд, Виена), в което иска конкретно на Compass-Datenbank да бъде забранено да използва данни от търговския регистър, по-специално чрез съхраняване, възпроизвеждане и предаване на трети лица. С Решение от 9 април 2002 г. Oberster Gerichtshof уважава частично подадената във връзка с това молба за обезпечаване на иска и разпорежда на Compass-Datenbank до постановяването на окончателно решение да преустанови повторното използване на търговския регистър за актуализирането на своята търговска и индустриална база данни, и по-конкретно да съхранява или възпроизвежда по друг начин данните от него, с което предоставя достъп или данни на трети лица, тъй като Compass-Datenbank не е получило тези данни срещу подходящо възнаграждение, внесено в полза на австрийската държава. Преюдициалното запитване не посочва дали впоследствие австрийските съдилища са се произнесли с окончателен акт в това производство.

20. Представителят на Compass-Datenbank изясни в съдебното заседание, че въпреки това дружеството е продължило да получава данни от търговския регистър, но срещу възнаграждение, което Австрия счита за твърде ниско.

21. На 21 декември 2006 г. Compass-Datenbank образува друго производство, в което иска австрийската държава да бъде осъдена, в съответствие с Федералния закон за повторната употреба на информация на органите на публична власт (Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen, наричан по-нататък „IWG“)[9], да предостави на Compass-Datenbank някои документи, съдържащи се в търговския регистър,

9 — BGBl. I бр. 135/2005. Този въпрос, както и цитираната от мен приложима разпоредба не са подробно изяснени в акта за преюдициално запитване. Ще отбележа обаче, че съгласно член 7 от IWG събираната от властите такса за повторно използване на данни от обществения сектор не трябва да надвишава съответните разходи, увеличени с разумна по размер печалба.

срещу заплащане на подходяща такса. По-конкретно Compass-Datenbank иска достъп до документи, които представляват извлечения от търговския регистър и съдържат актуализирани данни относно вписаните в него или отписани в предишния ден правни субекти, както и извлечения от търговския регистър, съдържащи исторически данни.

22. В хода на това производство се установява, че Compass-Datenbank не може да черпи права от IWG. Приема се обаче, че дружеството може да се ползва от определени доводи, основаващи се на правото в областта на конкуренцията. След редица производства пред различни по степен съдилища в Австрия делото достига до Oberster Gerichtshof, който счита за необходимо да отправи следните три преюдициални въпроса до Съда:

„1. Следва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че представлява търговска дейност дейността на орган на публичната власт, изразяваща се в съхраняване в база данни (търговски регистър) на данните, които предприятията трябва да съобщават въз основа на законовите си задължения, и в предоставяне на достъп до тях и/или в изготвяне на копия от тях срещу заплащане, забранявайки обаче всякакво друго използване на тези данни?

При отрицателен отговор на въпрос 1:

2. Налице ли е търговска дейност, когато орган на публичната власт се позове на sui generis правото си на закрила в качеството му на създател [производител] на база данни, за да забрани действия по използване, които излизат извън обхвата на обикновеното консултиране и изготвяне на копия?

При утвърдителен отговор на въпроси 1 или 2:

3. Следва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че основните принципи, съдържащи се в Решение на Съда от 6 април 1995 г. по дело RTE и ITP/Комисия (C-241/91 и C-242/91, известно като делото „Magill“) и в Решение на Съда от 29 април 2004 г. по дело IMS Health (C-418/01, Recueil, стр. I-10, известно като „доктрината за съществените съоръжения“) [10], следва да се прилагат и когато не съществува „пазар нагоре по веригата“, тъй като защитените данни са събирани и съхранявани в база данни (търговски регистър) в хода на дейността на орган на публичната власт?“.

23. Compass-Datenbank, австрийското правителство, Ирландия, нидерландското правителство, полското правителство, португалското правителство и Европейската комисия представят писмени становища. Compass-Datenbank, австрийското правителство, Ирландия и Европейската комисия се явяват в заседанието на 2 февруари 2012 г.

## IV – Анализ

### A – *Предварителни бележки*

#### 1. Ролята на посредническите агенции

24. От становищата на страните е видно, че предварително е необходимо да се анализира ролята на посредническите агенции, особено от гледна точка на нейното значение за преценката дали австрийската държава осъществява икономически дейности.

10 — Recueil, стр. I-743 и Recueil, стр. I-5039.

25. Както бе изяснено в точка 14, през 1999 г. се въвежда нов метод за достъп до търговския регистър, а именно през посредническите агенции. Те предоставят онлайн достъп до търговския регистър срещу заплащане. В съдебното заседание представителят на Австрия изясни, че към настоящия момент всяко предприятие, което отговаря на изискванията за изпълнение на услугата, може да бъде прието като посредническа агенция. С осъществяването на тази задача в момента са заети десет посреднически агенции, една от които членува в същата група от дружества, в която е и Compass-Datenbank [11].

26. Посредническите агенции осъществяват връзка по интернет между търговския регистър и клиентите. Забранява им се повторното използване на данни от търговския регистър или промяната на съдържанието или на оформлението на предаваната информация. Не се допуска и добавянето на реклами към съдържанието му. От своя страна, на клиентите на посредническите агенции е забранено повторното използване на данните по начин, който да нарушава особените права на Австрия във връзка с търговския регистър. Това означава, че забраната за подобно повторно използване, съдържаща се в споменатото особено право, е абсолютна и се поддържа от Австрия по недискриминационен начин.

27. Важно е да се има предвид, че в производствата пред националните юрисдикции Compass-Datenbank претендира от австрийската държава правото да прехвърля вписани в търговския регистър актуални данни срещу подходящо възнаграждение с право за повторно използване и разпространение чрез включване в предоставяната от него информационна услуга.

28. Целта на Compass-Datenbank в производството е да му се предостави възможност да предлага услуга, допълваща данните, които вече са общодостъпни чрез посредническите агенции. Както Compass-Datenbank отбелязва в заседанието, то желае да предлага нещо повече от точно копие на информацията, предоставяна от посредническите агенции. Желанието му е да обогати информацията с допълнителни данни. Моделът за осъществяване на дейността му освен това изисква достъп до свежи и актуални данни на цена, по-ниска от законоустановената такса, която се плаща през посредническите агенции. До това се свеждат исканията на Compass-Datenbank в националното производство, като дружеството предлага определена такса, която счита за подходящо за австрийската държава възнаграждение.

29. Изясняването на ролята на посредническите агенции е важно по две съображения. Първо, с оглед на преценката дали орган на публичната власт действа като „предприятие“ по смисъла на правото на ЕС в областта на конкуренцията, е необходимо да се анализират отделните негови дейности. Органът ще може да се квалифицира като „предприятие“, ако посочените дейности по своето естество са „икономически“ [12]. Поради това, за да се определи в каква степен член 102 ДФЕС е приложим към разглеждания спор, от значение са дейностите по-скоро на австрийската държава, а не на посредническите агенции.

30. Разграничението е важно и защото е необходимо най-напред да се установи пазарът, на който съответното предприятие има господстващо положение, за да се прецени дали предприятието злоупотребява с него, като отказва да достави продукт или услуга. Поради това анализът е насочен по-скоро към австрийската държава, а не към посредническите агенции.

31. По мое мнение правилният анализ на правоотношенията е следният. Австрия предоставя концесии за обществена услуга на посредническите агенции. Стигам до този извод, тъй като под надзора на Министерство на правосъдието посредническите агенции разполагат с известна, ограничена по обхват свобода при определяне на цената за онлайн достъп до търговския

11 — В заседанието бе заявено, че тази посредническа агенция е дъщерно дружество в същата група, в която е и Compass-Datenbank.

12 — Вж. Решение от 23 април 1991 г. по дело Höfner и Elser/Macrotron (C-41/90, Recueil, стр. I-1979, точка 21), Решение от 16 март 2004 г. по съединени дела AOK-Bundesverband и др. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 и C-355/01, Recueil, стр. I-2524, точка 59), Решение от 19 януари 1994 г. по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол (C-364/92, Recueil, стр. I-43, точка 18).

регистър (т.е. на възнаграждението, което се явява допълнително спрямо законоустановената такса), която те получават от трети лица, а не от възлагащия орган, с когото са сключили съответните договори[13]. Търговските рискове, свързани с онлайн достъпа до търговския регистър, се понасят от посредническите агенции, което също сочи, че Австрия само им е предоставила концесия[14].

32. Макар да е установено, че за отказа от страна на държава членка да предостави чрез концесия изключителна лицензия по принцип се прилагат основните правила на ДЕС и ДФЕС, включително член 56 ДФЕС, и в частност принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност[15], държавите членки нямат други задължения. Концесионните договори за обществени услуги не се уреждат от никоя от директивите в областта на обществените поръчки[16].

33. Мимоходом ще отбележа, че би могъл да възникне въпросът дали законоустановените съдебни такси и/или допълнителното възнаграждение, прилагано от посредническите агенции, надвишават допустимите „административни разноски“ по член 3, параграф 3 от Директива 68/151 за получаване на преписи от документи или данни. Дали обаче Австрия действа в разрез с Директива 68/151, е без значение с оглед на преценката дали тя действа като предприятие[17], отказвайки достъпа и повторното използване на всички данни едновременно.

34. Освен това, макар дейностите на посредническите агенции да трябва да се разглеждат като очевидно икономически, този въпрос също няма отношение към евентуалната злоупотреба от страна на Австрия, изразяваща се в отказа да се предостави лицензия на Compass-Datenbank за всички данни едновременно или в отказа да се разреши повторно използване на данните от търговския регистър. Причината е, че посредническите агенции действат на отделен пазар, който няма връзка с пазара, на който Compass-Datenbank желае да осъществява търговска дейност. Агенциите действат на пазара за онлайн достъп до търговския регистър. С други думи, те само предоставят електронен достъп и децентрализиран потребителски интерфейс към съхраняваната от австрийската държава информация.

35. Compass-Datenbank има достъп до този пазар, но при недискриминационни условия. Както вече посочих, едно от дружествата в групата му всъщност е посредническа агенция, действаща на този пазар. Compass-Datenbank не иска да получи правото за повторно използване на информацията от посредническите агенции, на които повторното използване на тази информация също е забранено, а алтернативен достъп до данните. Compass-Datenbank твърди, че поведението на Австрия представлява злоупотреба, тъй като тя не допуска възникването или запазването на пазар за търговска реализация на тези данни.

13 — Вж. Решение от 10 септември 2009 г. по дело Eurawasser (C-206/08, Сборник, стр. I-8377, точки 53—57) и Решение от 10 март 2011 г. по дело Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler (C-274/09, Сборник, стр. I-1335, точки 24 и 25). Съгласно вторичното право на ЕС концесията за услуги е договор от същия вид като обществената поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане.

14 — Решение по дело Eurawasser, посочено по-горе, точки 67 и 68. Решение по дело Privater Rettungsdienst und Kranentransport Stadler, посочено по-горе, точка 26.

15 — Решение от 3 юни 2010 г. по дело Sporting Exchange (C-203/08, Сборник, стр. I-4695, точка 39).

16 — Решение по дело Sporting Exchange, посочено по-горе, точка 39.

17 — От друга страна, въпросът дали законоустановените такси за консултиране на търговския регистър, определени от Австрия чрез позоваване на нейното sui generis право върху базата данни, са толкова високи, че превръщат дейността в икономическа по естеството си, изисква по-задълбочено разглеждане.

2. Приложимост на директивите

36. Следва да се разгледа още един предварителен въпрос, който възникна във връзка с писмените становища на австрийското и на нидерландското правителство. Той е свързан с това доколко наложените на Австрия задължения по силата на Директива 68/151 и на Директива 2003/98 се отразяват на преценката дали тя осъществява икономически дейности в смисъл, който предполага да се приложи член 102 ДФЕС.

37. Отвъд всякакво съмнение е, че при пряко противоречие между директива и разпоредба на първичното договорно право на ДЕС или ДФЕС, включително член 102 ДФЕС, последното има предимство. В Европейския съюз обаче, както във всяка политически организирана система, основаваща се на принципите на конституционализма и на правовата държава, законодателят има за задача да съобрази и прецени каква тежест следва да се придаде на някои по-абстрактни и общи правила и принципи, закрепени в конституцията или, в случая с Европейския съюз — в Договорите [18].

38. В съответствие с възприетия конкретно от нидерландското правителство в писменото му становище подход, съществуването и съдържанието на директивите са също толкова релевантни, колкото и националните правни разпоредби с оглед на преценката дали държавата членка осъществява икономически дейности, за които се прилага член 102 ДФЕС, а не публичноправни властнически правомощия, които попадат извън приложното му поле. Критерият дали орган на публичната власт осъществява икономически дейности, изисква да се разгледат тяхното естество, целта и правилата, *които ги уреждат* [19]. Сред тях са съответните приложими директиви, видно от Решение от 12 декември 2006 г. по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (T-155/04) [20], по което директива се оказва определяща за преценката дали Евроконтрол осъществява икономически или публичноправни дейности.

39. Следователно вместо това, въз основа на йерархията на правните източници директивите да не бъдат вземани под внимание, по мое мнение те са важна част от поисканата от Съда преценка. Както Директива 68/151, така и Директива 2003/98, а също и Директива 96/9 съдържат разпоредби от значение за преценката дали Австрия осъществява икономически дейности, или упражнява публичноправни властнически правомощия, като забранява повторното използване на данни от търговския регистър и отказва предоставянето на лицензия за достъп до всички данни едновременно.

Б – *Първи и втори преюдициален въпрос*

1. Обхватът на отправените въпроси

40. От Съда е поискано да установи дали предвид обстоятелствата по делото Австрия действа като „предприятие“ по смисъла на член 102 ДФЕС и второ — дали доктрината за съществените съоръжения е от значение при разрешаването на спора, предвид твърдяната липса на пазар нагоре по веригата.

18 — По тази причина законодателните актове на ЕС не могат да се отменят, освен ако Съдът установи несъвместимост с Договорите в хода на производство, в рамките на което се разглежда валидността на акт на вторичното право. Вж. Решение от 22 октомври 1987 г. по 314/85 (Foto-Frost, Recueil, стр. 4199).

19 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 30. Курсивът е мой.

20 — Recueil, стр. II-4797, във връзка с обжалването на което е постановено Решение от 26 март 2009 г. по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (C-113/07 P, Сборник, стр. I-2207).

41. И така, според мен задачата на Съда се свежда до предоставянето на указания на националната юрисдикция за това дали Австрия упражнява публичноправни властнически правомощия или прерогативи, което изключва икономическите дейности[21], или напротив, поне една от въпросните дейности е икономическа и е отделима от публичноправните властнически дейности на Австрия[22]. Ако е налице последният случай, от Съда е поискано да даде указания относно параметрите на правната уредба на злоупотребата с господстващо положение, приемащо формата на отказ да се извърши доставка[23], и по-конкретно при какви обстоятелства отказът да се лицензира предметът на закрила от особеното право върху бази данни, попада под действието на член 102 ДФЕС.

42. Ще изследвам първите два проблема, като разгледам заедно първия и втория преюдициален въпрос. Ще обсъдя последния проблем за отказа да се предостави лицензия отделно, при разглеждането на третия преюдициален въпрос.

43. Както отбелязва полското правителство, тези проблеми изискват от Съда да разгледа три конкретни дейности с оглед на своята практика по отношение на обстоятелствата, при които орган на публичната власт действа като предприятие, в резултат от което спрямо него намират задължително приложение правилата на ЕС, забраняващи злоупотребата с господстващо положение съгласно член 102 ДФЕС. Тези дейности са:

i) съхраняването в база данни (търговски регистър) с информация, предоставена от предприятията въз основа на законоустановени задължения за съобщаване;

ii) разрешаването на справки и/или преписи от търговския регистър срещу заплащане;

iii) забраната за повторно използване на съдържащата се в търговския регистър информация.

44. Преди да се спра на тези проблеми, държа да отбележа, че приложимото австрийско законодателство провежда ограничителна политика относно възможностите трети лица да предлагат свързани с бизнес информация услуги, като обработват данни от търговския регистър. В други държави членки, като Ирландия, е възприет по-либерален подход и в тях например е разрешено предоставянето на лицензии, осигуряващи достъп до всички данни едновременно и повторното им използване с търговска цел. Независимо от предимствата на различните подходи, правото на ЕС ограничава избраната от държава членка политика само когато тя действа като предприятие.

21 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 27, Решение от 18 март 1997 г. по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (C-343/95, Recueil, стр. I-1547, точка 22) и Решение от 26 март 2009 г. по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (C-113/07 P), посочено по-горе, точка 70.

22 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 28; Решение от 12 декември 2000 г. по дело Aéroports de Paris (T-128/98, Recueil, стр. II-3929, точка 108); принципът на отделимост е потвърден от Съда в Решение 24 октомври 2002 г. по дело Aéroports de Paris (C-82/01 P, Recueil, стр. I-9297, точка 81).

23 — Вж. Решение от 5 октомври 1988 г. по дело CICRA и др./Renault (53/87, Recueil, стр. 6039), Решение от 5 октомври 1988 г. по дело Volvo/Veng (238/87, Recueil, стр. 6211), Решение по дело RTE и ITP (известно като „Magill“), посочено по-горе, Решение от 26 ноември 1998 г. по дело Bronner (C-7/97, Recueil, стр. I-7791), Решение по дело IMS Health, посочено по-горе, Решение от 17 септември 2007 г. по дело Microsoft/Комисия (T-201/04, Сборник, стр. II-3601).

2. Съхраняване на информация в търговския регистър

45. В правото на конкуренцията понятието за предприятие обозначава всеки стопански субект, който извършва икономическа дейност, независимо от своя правен статут и начин на финансиране [24]. Сред тези субекти са и държавите членки. Без значение е дали държавата членка действа пряко чрез орган, който е част от държавната администрация, или чрез образувание, на което е предоставила специални или изключителни права [25]. Важно е да се разгледа естеството на дейностите, осъществявани от въпросното публично предприятие или образувание [26].

46. Публичноправните образувания няма да бъдат определени като предприятия единствено ако упражняват публичноправни властнически правомощия или прерогативи, които изключват икономически дейности [27]. Всяка от дейностите, осъществявани от съответното публичноправно образувание, трябва да се разглежда поотделно. Ако тези дейности са отделими, публичноправното образувание ще се счита за предприятие за осъществяваните от него икономически дейности [28]. В съответствие със съдебната практика икономическите дейности се състоят в предлагане на стоки или услуги на даден пазар [29].

47. Извън съмнение е, че съхраняването в база данни, в случая в търговския регистър, на информация, предоставена от предприятията на основание законоустановени задължения за съобщаване, предвид естеството, целта и правилата, които го уреждат, е свързано с упражняването на публичноправни властнически правомощия [30].

48. Съхраняването на данни в търговския регистър на основание законово задължение в този смисъл е дейност, осъществявана в обществения интерес на правната сигурност. Правните субекти, упоменати в член 2 от FBG, са задължени да предоставят информацията по член 3 от FBG, за да изпълнят изискванията за регистрация, предвидени в членове 4, 5, 6 и 7. От тях се изисква също да съобщават незабавно настъпилите промени във вече вписана информация (вж. член 10 от FBG). Австрийската държава може да налага административни санкции, за да осигури, че подлежащата на деклариране информация се съобщава изцяло и в срок (член 24 от FBG). Посоченото е от значение, тъй като поверяването на права и възлагането на правомощия за упражняване на принуда в отклонение от обичайната правна уредба е утвърден индикатор за упражняването на публичноправни властнически правомощия [31].

49. Освен това тази дейност е пряко свързана със задълженията на Австрия по Директива 68/151, и по-специално на член 3 от нея. Той задължава държавите членки да водят централен регистър, търговски регистър или дружествен регистър. По-нататък член 3 задължава държавите членки да осигурят оповестяване и подходящ достъп до съдържащата се в него информация.

24 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 18.

25 — Вж. Решение по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova, посочено по-горе, точка 17.

26 — Вж. Решение по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova, посочено по-горе, точка 18.

27 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точки 27—30, Решение по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova, посочено по-горе, точка 22 и Решение по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (C-113/07 P), посочено по-горе, точка 70.

28 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 28.

29 — Вж. Решение по дело Aéroports de Paris (T–128/98), посочено по-горе, точка 107, Решение по дело Aéroports de Paris (C-82/01 P), посочено по-горе, точка 79, Решение от 11 юли 2006 г. по дело FENIN/Комисия (C-205/03 P, Recueil, стр. I-6295, точка 25), Решение от 3 март 2011 г. по дело AG2R Prévoyance (C-437/09, Сборник, стр. I-973, точка 42). Дори когато се извършва дейност с нестопанска цел все пак е възможно да има релевантно участие на пазара. Вж. заключение от 10 ноември 2005 г. на генерален адвокат Maduro по делото FENIN/Комисия, посочено по-горе, точка 14; Решение по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (C-113/07 P), посочено по-горе, точка 115.

30 — Вж. Решение по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova, посочено по-горе, точка 23; Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 30.

31 — Вж. Решение по дело SAT Fluggesellschaft/Евроконтрол, посочено по-горе, точка 24.

50. Следва да се отбележи, че макар частноправните субекти да имат физическата възможност да създават, събират и продават данни за предприятията, те не могат да им придадат правното положение, характерно за вписаните в официалния търговски регистър данни; т.е. тяхната противопоставимост по отношение на трети лица[32]. Тази правна последица може да бъде създадена с помощта на нарочни правни норми. Изричното предназначение на публичните регистри, какъвто е търговският регистър, е да се създаде надеждна информация в рамките на правоотношенията, а оттам и сигурност в търговията на пазара.

3. Предоставяне на възможности за консултиране на търговския регистър

51. Безспорно и тази дейност представлява публичноправна функция. Очевидно е, че публични регистри като търговския регистър не могат да постигнат основното си предназначение, а именно да създадат правна сигурност посредством прозрачното предоставяне на надеждна от юридическа гледна точка информация, освен ако се осигури всеобщ достъп до тях.

52. Както отбелязва нидерландското правителство, събирането на такса не води до извода, че е налице икономическа дейност. Съвсем обичайно е за очевидно неикономически дейности да бъдат събирани такси за обслужване. Ярък пример в това отношение са съдебните или съдебноизпълнителните такси. Осъществяването на публичноправна дейност, което е икономически изгодно за съответното публичноправно образувание, не я превръща в икономическа дейност.

53. Член 3, параграф 3, трета алинея от Директива 68/151 предвижда цената за получаване на препис от търговския регистър да не може да надхвърля „административните разноски“. Както съгласно писменото, така и според представено в съдебното заседание устно становище на Комисията австрийската държава защитава своите икономически интереси, като се позовава на своето особено право във връзка с данните от търговския регистър.

54. Към момента няма доказателства, че законоустановената съдебна такса, самостоятелно или в съчетание с начисляваното от посредническите агенции възнаграждение, би надхвърлила административните разноски за предоставяне на препис от документи или данни, вписани в търговския регистър, по смисъла на член 3, параграф 3 от Директива 68/151. Ако това беше така, прилаганата от Австрия система на ценообразуване би могла да се атакува пред националните юрисдикции или, по-общо, в рамките на производство за установяване на неизпълнение на задължения по член 258 ДФЕС.

55. Дори да се приеме, че предоставянето на възможност за консултиране и/или получаване на преписи от търговския регистър представлява икономическа дейност, тя би била неотделима от функциите по събиране на данните. Икономическата и публичноправната дейност са отделими, ако икономическата дейност не е тясно свързана с публичноправната, а връзката между тях е само косвена[33]. Както отбелязва генералният адвокат Maduro, всички прояви на публична власт, насочени към регулиране, а не към участие на пазара, са изключени от приложното поле на правото в областта на конкуренцията[34]. Видно по-специално от текста на член 3 от Директива 68/151, воденето на търговския регистър е неразривно свързано с осигуряването на подходящ достъп до него.

32 — Вж. член 3, параграф 5 от Директива 68/151.

33 — Вж. Решение по дело Selex Sistemi Integrati/Комисия (C-113/07 P), посочено по-горе, точки 76 и 77.

34 — Вж. заключението на генералния адвокат Maduro по делото FENIN/Комисия, посочено по-горе, точка 15.

56. Освен това, противно на изложените в писменото становище на Комисията доводи, обстоятелството, че посредническите агенции, които осигуряват публичен онлайн достъп до разглежданите данни, не притежават правомощия за упражняване на принуда, наред с наличието на известна форма на ограничена конкуренция между тях [35], не поставя под съмнение неразривната връзка между достъпа и събирането на данните. По-нататък, посредническите агенции подлежат на държавен контрол в рамките на упражнявания от Министерство на правосъдието надзор върху таксите, които те събират от потребителите [36].

4. Забрана за повторно използване на информацията

57. Делото на Compass-Datenbank е новаторско, тъй като се основава на задължението на Австрия да предприеме определени действия, за да изпълни задълженията си по член 102 ДФЕС, а не да се въздържа от действия. Тук е полезно да се припомнят границите на задълженията на държавите членки да предприемат определени действия, за да изпълнят задълженията си съгласно правото на конкуренцията на ЕС. Макар да е налице общо задължение да не се предприемат никакви действия, които застрашават целите на Договора, включително политиката в областта на конкуренцията [37], позитивните задължения на държавите членки продължават да бъдат ограничени.

58. Тези принципи наскоро бяха потвърдени с Решение по дело AG2R Prévoyance [38], в което Съдът припомня, че член 101 ДФЕС, тълкуван във връзка с член 4, параграф 3 ДЕС, задължава държавите членки да не приемат или оставят в сила мерки, законови или подзаконови, които могат да лишат от полезно действие приложимите за предприятията правила на конкуренция [39]. Освен това съгласно член 106, параграф 1 ДФЕС, в случаите на публични предприятия и на предприятия, на които държавите членки са предоставили специални или изключителни права, държавите членки нямат право нито да приемат, нито да запазят съществуването на какъвто и да е акт, който противоречи на разпоредбите, съдържащи се в Договорите, и в частност на разпоредбите, предвидени в член 18 ДФЕС и членове 101—109 ДФЕС, без да се засягат разпоредбите на член 106, параграф 2 ДФЕС [40].

59. Никой от посочените принципи не подкрепя твърденията на Compass-Datenbank. Приложимите разпоредби от австрийското право не изключват действието на правилата на ЕС в областта на конкуренцията. Тази съдебна практика не съдържа нито едно основание, въз основа на което да се приеме, че държавите членки имат дори задължението да предоставят данни на икономическите оператори или да улесняват по друг начин създаването на нови пазари в отсъствието на мерки на вътрешния пазар, предназначени да отворят за конкуренция определени отрасли, които традиционно действат в условията на държавен монопол [41].

60. От фактите по делото също не може да се направи извод, че положението наподобява предоставянето на специални или изключителни права на предприятие. Напротив, забраната за повторно използване и търговската реализация на данните, съхранявани в търговския регистър, извън дейностите на посредническите агенции по предоставяне на възможности за онлайн

35 — Вж. Решение по съединени дела AOK-Bundesverband и др., посочено по-горе, точка 56.

36 — Вж. Решение по дело Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova, посочено по-горе, точка 24. Възможността достъпът до публична дейност да зависи от преминаването през „постове“, осъществяващи икономическа по естеството си дейност, се доказва по-конкретно от разпоредбите, които изискват страните в съдебните производства да бъдат представлявани от адвокати. Вж. например член 19, параграф 3 от Статута на Съда на Европейския съюз.

37 — Решение от 18 юни 1991 г. по дело ERT/DEP (C-260/89, Recueil, стр. I-2925).

38 — Посочено по-горе, точки 24 и 25.

39 — Вж. по-специално Решение по дело AGR2 Prévoyance, посочено по-горе, точка 24, Решение от 21 септември 1999 г. по съединени дела Brentjens' (C-115/97-C-117/97, Recueil, стр. I-6025, точка 65), Решение от 21 септември 1999 г. по дело Drijvende Bokken (C-219/97, Recueil, стр. I-6121, точка 55).

40 — Вж. Решение по дело AGR2 Prévoyance, посочено по-горе, точка 25.

41 — Каквито например бях предприети в сектора на далекосъобщенията.

достъп до базата данни, се прилага по отношение на всички, а не само на Compass-Datenbank. Действително съгласно действащото в момента право на ЕС „лицето, което съставя дадена база данни, може да си запази изключителното право на достъп до своята база, да запази достъпа до нея за определени лица […] или пък да постави този достъп в зависимост от специални условия, например от финансово естество“ [42]. Както вече споменах, Директива 2003/98 „не съдържа задължение“ за държавите членки да „позволя[т] повторна употреба на документите“ [43].

61. Класификацията на забраната за повторно използване на данни като публичноправна функция се подкрепя от още една директива. Австрийското, нидерландското и португалското правителство се позовават и на член 7 от Директива 96/9 за правна закрила на базите данни и особеното право на закрила на разглежданата база данни [44]. Според мен обаче това до голяма степен е без значение при определяне дали забраната за повторно използване на данни е публичноправна властническа или пък икономическа дейност по член 102 ДФЕС. Изглежда ясно, че публичноправните образувания могат да се позовават на правата, които черпят от отраслите на частното право, в защита на осъществяваните от тях публичноправни функции, напр. когато в качеството си на собственик не допускат навлизане в очертанията на имота, заеман от военен обект. Особеното право обаче се разглежда в контекста на третия преюдициален въпрос при определянето дали и при какви условия титулярът на право на интелектуална собственост може да бъде задължен да предостави лицензия.

62. В заключение предлагам на Съда да даде отрицателен отговор на първия и втория преюдициален въпрос.

## B – *Третият преюдициален въпрос*

63. Тъй като дадох отрицателен отговор на първите два преюдициални въпроса, отговор на третия преюдициален въпрос не е необходим. Все пак посочвам следните бележки, които могат да бъдат полезни на Съда, ако той реши, че Австрия всъщност е осъществявала икономическа дейност, като е събирала съдържащите се в търговския регистър данни или като ги е оповестявала публично, или и в двата случая.

64. С този въпрос от Съда са поискани указания относно принципите, установени в Решение на Съда от 6 април 1995 г. по съединени дела RTE и ITP/Комисия (C-241/91 P и C-242/91 P, Recueil, стр. I-743, известно като „Magill“) и в Решение на Съда от 29 април 2004 г. по дело IMS Health (C-418/01, Recueil, стр. I-5039, известно като „доктрина за съществените съоръжения“), както и да се установи дали същите се прилагат и когато не съществува „пазар нагоре по веригата“, тъй като защитената информация е събирана и съхранявана в база данни (търговски регистър) в хода на осъществяване на публичноправни дейности. Този въпрос е приложим единствено ако се приеме, че Австрия е действала като предприятие с оглед на обстоятелствата в главното производство.

42 — Решение от 9 октомври 2008 г. по дело Directmedia Publishing (C-304/07, Сборник, стр. I-7565, точка 52. Вж. също Решение от 9 ноември 2004 г. по дело British Horseracing Board и др. (C-203/02, Recueil, стр. I-10415, точка 55). Както съображение 47, така и член 13 от Директива 96/9 изясняват, че правото sui generis не накърнява действието на разпоредбите на ЕС, отнасящи се по-конкретно до законодателството относно злоупотребата с господстващо положение (вж. Решение по дело Directmedia Publishing, точка 56). След като обаче достигнах до извода, че Австрия не е осъществявала икономически дейности, които да обуславят виждането, че тя е действала като „предприятие“ по смисъла на правото на ЕС в областта на конкуренцията, въпросът относно засягането на правните норми на ЕС в областта на конкуренцията не възниква.

43 — Вж. съображение 9 от Директива 2003/98. Вж. също член 3 от Директива 2003/98, който изяснява, че нейното приложно поле е ограничено до обстоятелствата, при които съответната държава членка е „позвол[ила]“, по свой собствен избор, „повторното използване на документи, притежание на органите от обществения сектор“. Това показва, че забраната за повторното използване на данни представлява законосъобразна форма на осъществяване на държавната политика, а следователно и на упражняването на държавни функции, и не е икономическа дейност.

44 — Относно обхвата на забраната за повторно използване без разрешение по член 7 от Директива 96/9 вж. Решение по дело British Horseracing Board и др., посочено по-горе, точка 61. Във връзка с насоките за определяне на понятието „защитени бази данни“, вж. Решение по дело British Horse Racing Board и др., посочено по-горе, и Решение от 9 ноември 2004 г. по дело Fixtures Marketing (C-46/02, Recueil, стр. I-10365).

65. Най-напред трябва да се определи пазарът нагоре по веригата[45]. Причината е, че липсата на господстващо положение на този пазар означава, че не може да има злоупотреба на пазара надолу по веригата, който понякога се нарича съседен или производен пазар. В разглежданото дело съществува паралелен пазар за онлайн достъп до необработени данни от търговския регистър чрез посреднически агенции, но няма пазар нагоре по веригата за едновременен достъп до всички законосъобразно предоставени за повторно използване данни от търговския регистър, от които Compass-Datenbank би могло да се ползва за създаването на обогатен продукт. Вместо това нагоре по веригата се откриват две функции: едната — свързана със събирането и регистрацията на данни, а другата — обезпечаваща достъпа до тях. Двете дела, които имат основно значение за разрешаването на настоящия спор, а именно Решение по дело Magill и Решение по дело IMS Health, са твърде различни.

66. В Решение по дело Magill предприятията, за които е установено, че са злоупотребили с господстващото си положение, като са отказали предоставянето на лицензия за програмните си схеми и по този начин са предотвратили появата на пазар за пълни издания с телевизионната програма, безспорно са имали господстващо положение на пазара на информацията, свързана с телевизионните програми, намиращ се нагоре по веригата, посредством фактическия монопол върху информацията, използвана за съставяне на телевизионните програмни схеми[46]. Господстващото положение нагоре по веригата им осигурява възможност за въздействие на потенциалния пазар надолу по веригата, в който е налице потенциална конкуренция. По делото Magill, RTE и ITP искат да запазят търговската експлоатация на програмните схеми за своите лицензополучатели, действащи на пазара нагоре по веригата, изключвайки появата на пазара на пълни издания с телевизионните програми, намиращ се надолу по веригата.

67. По сходен начин в Решение по дело IMS Health предприятието, срещу което е поискано издаването на принудителна лицензия, едновременно осъществява икономическа дейност и е с господстващо положение на съответния пазар, а именно по отношение на представянето на фармацевтични дружества на данни за извършените в съответния регион продажби на лекарствени продукти. Защитените с авторско право „модулни структури“, чрез които предприятието представя данните от продажбите, се превръщат в стандарт за отрасъла и му осигуряват господстващо положение. Съдът постановява, че отказът на предприятието с господстващо положение да лицензира модулната структура на свои конкуренти може да доведе до прояви на злоупотреба единствено при изключителни обстоятелства[47]. При наличие на изключителни права за издаването на лицензия е необходимо удовлетворяването на три условия: i) отказът да възпрепятства появата на нов продукт, за който съществува потенциално потребителско търсене, ii) отказът да е необоснован и iii) в резултат от отказа да се изключва конкуренцията на вторичния пазар[48].

68. Що се отнася до разглежданото дело, актът за преюдициално запитване не съдържа информация за релевантния пазар надолу по веригата. Известно е, че Compass-Datenbank възнамерява да реализира с търговска цел допълнените необработени данни от търговския регистър, съхранявани от австрийската държава, предлагайки разработена услуга за бизнес информация. Няма обаче никаква информация за ключови аспекти от положението на Compass-Datenbank на пазара на подобни разработени услуги, например за неговия пазарен дял и как той се съпоставя с дела на други участници, ако такива действително съществуват. Както отбелязва Съдът, „определянето на релевантния стоков и географски пазар, както и

45 — Вж. Решение по дело IMS Health, посочено по-горе, точка 45 „[…] определящото е, че могат да се открояят два етапа на производство и те са взаимосвързани, доколкото продуктът нагоре по веригата е необходим за доставянето на продукта надолу по веригата“.

46 — Вж. Решение по дело RTE и ITP (известно като „Magill“), посочено по-горе, точка 47.

47 — Вж. Решение по дело IMS Health, посочено по-горе, точка 35.

48 — Вж. Решение по дело IMS Health, посочено по-горе, точка 38. В по-близкото минало вж. Решение по дело Microsoft/Комисия, посочено по-горе, точки 331—335, в което Първоинстанционният съд прави кратък, но щателен преглед на правната уредба относно отказа за издаване на лицензия и относно злоупотребата с господстващо положение.

изчисляването на пазарния дял, притежаван от действащите на този пазар предприятия, са отправната точка при всяка преценка на положението с оглед на правото в областта на конкуренцията“ [49]. Ако Съдът не е в състояние да направи тази преценка, той ще обяви преюдициалното запитване за недопустимо [50].

69. В преюдициалното запитване няма информация дали съществуват значителни конкуренти на Compass-Datenbank, които предлагат услуги за бизнес информация, конкуриращи се с базата данни на Compass-Datenbank. Ако такива няма, се оказва, че Compass-Datenbank е с господстващо положение, очевидно произтичащо от историческите му позиции като издател на Zentralblatt. Compass-Datenbank си е набавяло необходимите му данни и след акта на Oberster Gerichtshof от 2002 г., чието правно основание не се изяснява в акта за преюдициално запитване, но на цена, която Австрия счита за твърде ниска. В настоящия спор обаче Compass-Datenbank по същество иска привилегирован достъп до данните от търговския регистър при по-благоприятни от прилаганите за останалите субекти икономически и правни условия. Поради тези съображения делото се отличава с известна фактическа неопределеност по въпроса дали твърдяната злоупотреба е свързана с ценообразуването, с отказа да се извърши предоставянето на услуга или с достъп до съществено съоръжение.

70. Допълнителен проблем повдига въпросът какво изпълнява ролята на притежавано от австрийската държава съществено съоръжение. Очевидно за тази квалификация могат да претендират, от една страна, особеното право върху базата данни на търговския регистър, а от друга, достъпът до все още неоповестените данни от търговския регистър. Във всички случаи съоръжението, което е отказано, не може да бъде достъпът до необработени данни сам по себе си, тъй като той се предоставя на всички при недискриминационни условия чрез посредническите агенции [51].

71. Вече стигнах до извода, че недискриминационната забрана за повторно използване представлява форма на държавна политика, която е допустима по силата на съображение 9 и член 3 от Директива 2003/98. Не може обаче да се отрече, че отказът на Австрия да предостави свежи и актуализирани данни, както и забраната за повторно използване действително препятстват предоставянето на услуга, за която е налице доказуемо потребителско търсене. Както обаче отбелязва генералният адвокат Jacobs по делото Bronner, съдебен акт, с който се предоставя достъп до обекта на право на интелектуална собственост, „независимо дали се приема, че с него се прилага доктрината за съществените съоръжения или, в по-традиционен смисъл, същият е постановен в отговор на отказа да се доставят стоки или услуги, е обоснован от гледна точка на политиката в областта на конкуренцията единствено в случаите, в които предприятието с господстващо положение действително владее изцяло съседния пазар“ [52].

72. Съмнително е дали в настоящия случай отказът да се установят търговски отношения и забраната за повторно използване изключват напълно конкуренцията на вторичния пазар. Теоретично погледнато, ако забраната за повторно използване бе действително приложена, което до момента изглежда не е било направено, тя би възпрепятствала съществуването на вторичния пазар, а следователно и на каквато и да било конкуренция на този пазар, при условие че повторното използване на данни от търговския регистър е необходимо съгласно установения в практиката на Съда смисъл [53] за предлагането на полезна услуга за бизнес информация относно предприятията. Отказът да се извърши доставка по отношение на

49 — Решение от 17 февруари 2005 г. по подело Viacom Outdoor (C-134/03, Recueil, стр. I-1167, точка 27).

50 — Вж. Решение по дело Viacom Outdoor, посочено по-горе, точка 29.

51 — В точка 124 от Решение от 12 юни 1997 г. по дело Tiercé Ladbroke/Комисия (T-504/93, Recueil, стр. II-923), сходно с настоящото, Съдът отбелязва, че на съответния географски пазар никой не е получавал лицензия, поради което не е налице дискриминация. В настоящия случай не е налице дискриминация, тъй като през посредническите агенции всеки има достъп до търговския регистър.

52 — Вж. заключение от 26 май 1998 г. на генералния адвокат Jacobs по делото Bronner, посочено по-горе, точка 65.

53 — Вж. Решение по дело Bronner, посочено по-горе, точки 41—46, както и Решение по дело IMS Health, посочено по-горе, точки 28, 45 и 49.

едновременния достъп до всички свежи и актуални данни, сам по себе си обаче не е в състояние да изключи конкуренцията на вторичния пазар. Той единствено води до забава в представянето на актуални продукти, какъвто е предоставяната от Compass-Datenbank услуга, и увеличава разноските във връзка с него.

## V – Заключение

73. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроса на Oberster Gerichtshof, както следва:

Член 102 ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че орган на публичната власт не действа като предприятие, ако съхранява в база данни (търговски регистър) информацията, предоставена от предприятията на основание законово задължение за оповестяване. Такъв орган не действа като предприятие и когато дава възможност за консултиране и изготвяне на преписи от регистъра, но не разрешава по-обширното използване на данните, независимо от това дали се основава на особеното право на закрила, което има като производител на база данни, или на друго основание.