Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
GIOVANNIEGO PITRUZZELLI
przedstawiona w dniu 16 lipca 2020 r.[1]

Sprawa C-372/19

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)
przeciwko
Weareone.World BVBA,
Wecandance NV

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Ondernemingsrechtbank Antwerpen (sąd gospodarczy w Antwerpii, Belgia)]

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Artykuł 102 TFUE – Nadużycie pozycji dominującej – Pojęcie „niesłusznej ceny" – Wynagrodzenia pobierane przez organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych chronionych prawem autorskim podczas festiwali – Metoda obliczania

1. W ramach odesłania prejudycjalnego będącego przedmiotem niniejszej opinii Ondernemingsrechtbank Antwerp (sąd gospodarczy w Antwerpii, Belgia) przedkłada Trybunałowi pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni art. 102 TFUE. Pytanie to zostało podniesione w ramach dwóch sporów: pierwszego między Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (belgijskim zrzeszeniem autorów, kompozytorów i wydawców, zwanym dalej „SABAM") a spółką Weareone.World BVBA (zwaną dalej „W.W"), drugiego między SABAM a spółką Wecandance NV (zwaną dalej „WCD"), dotyczących wynagrodzeń, jakie SABAM otrzymywał za korzystanie z należących do jego repertuaru utworów muzycznych podczas festiwali organizowanych przez W.W i WCD.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

2. Zgodnie z art. 102 akapit pierwszy TFUE „[n]iezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi". W myśl akapitu drugiego lit. a) wspomnianego artykułu nadużywanie takie może polegać w szczególności na „narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji".

1 Język oryginału: włoski.

3. Dyrektywa 2014/26[2], przyjęta na podstawie art. 50 ust. 1, art. 53 ust. 1 i art. 62 TFUE, która weszła w życie w dniu 9 kwietnia 2014 r., ma na celu głównie poprawę możliwości sprawowania kontroli przez członków organizacji zbiorowego zarządzania nad działalnością tych organizacji, zagwarantowanie wystarczającej przejrzystości ze strony tych organizacji oraz usprawnienie mechanizmu udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw autorskich do utworów muzycznych do korzystania online[3]. W tym celu wspomniana dyrektywa ustanawia w szczególności wymogi niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi przez organizacje zbiorowego zarządzania[4]. Artykuł 16 tej dyrektywy, zatytułowany „Udzielanie licencji", zawarty w rozdziale 4 „Stosunki z użytkownikami", stanowi w ust. 2:

„Warunki udzielenia licencji opierają się na obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach […].

Podmioty uprawnione otrzymują odpowiednie wynagrodzenie za korzystanie z ich praw. Stawki wynagrodzeń za prawa wyłączne i prawa do wynagrodzenia pozostają w rozsądnym stosunku między innymi do wartości ekonomicznej użytkowania praw w obrocie handlowym, z uwzględnieniem rodzaju i zakresu wykorzystania utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, a także w odniesieniu do wartości ekonomicznej usług świadczonych przez organizację zbiorowego zarządzania. Organizacje zbiorowego zarządzania informują zainteresowanego użytkownika o kryteriach stosowanych do określenia tych stawek".

B. Prawo krajowe

4. Artykuł IV.2 Wetboek van economisch recht (kodeksu prawa gospodarczego) ma takie samo brzmienie jak art. 102 TFUE.

5. Dyrektywa 2014/26 została transponowana do prawa belgijskiego w drodze Wet van 8 juni 2017 tot omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2014/26 (ustawy z dnia 8 czerwca 2017 r. transponującej dyrektywę 2014/26 do prawa belgijskiego)[5], która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2018 r. Artykuł 63 tej ustawy znowelizował art. XI.262 kodeksu prawa gospodarczego, który w ust. 1 stanowi, że „warunki udzielania licencji opierają się na obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach. […]. Podmioty uprawnione otrzymują odpowiednie wynagrodzenie za korzystanie z ich praw. Stawki wynagrodzeń stosowane w odniesieniu do praw wyłącznych i praw do wynagrodzenia pozostają w rozsądnym stosunku między innymi do wartości ekonomicznej użytkowania praw w obrocie handlowym, z uwzględnieniem rodzaju i zakresu wykorzystania utworów i świadczeń, a także wartości ekonomicznej usług świadczonych przez organizację zbiorowego zarządzania. Organizacje zbiorowego zarządzania informują zainteresowanego użytkownika o kryteriach stosowanych do określenia tych stawek".

6. Zgodnie z art. XI.248 kodeksu prawa gospodarczego, w brzmieniu mającym zastosowanie do okoliczności faktycznych postępowań głównych, „organizacje zbiorowego zarządzania zarządzają prawami w interesie uprawnionych. Zarządzanie to musi być prowadzone w sposób słuszny, staranny, skuteczny i niedyskryminujący […]".

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym (Dz.U. 2014, L 84, s. 72).

3 Zobacz w szczególności motywy 7, 8, 9 i 55 dyrektywy 2014/26.

4 Zobacz art. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/26.

5 B.S./M.B. z dnia 26 czerwca 2017 r.

7. Zgodnie z art. XI.279 kodeksu prawa gospodarczego służba kontroli organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi, będąca częścią dyrekcji generalnej inspekcji gospodarczej federalnej publicznej służby gospodarczej (FOD Economie), sprawuje nadzór w szczególności nad zasadami pobierania, ustalania i podziału stawek wynagrodzeń, przyjętymi przez te organizacje.

II. Postępowania główne i pytanie prejudycjalne

8. SABAM, powód w postępowaniach głównych, jest organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w rozumieniu prawa belgijskiego. Spółki pozwane, W.W i WCD, są organizatorami festiwali muzycznych, odpowiednio Tomorrowland i Wecandance.

9. Wynagrodzenie za korzystanie z repertuaru SABAM podczas festiwali muzycznych [6] jest ustalane na podstawie tzw. stawki 211, która w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych postępowań głównych obejmowała dwa różne kryteria ustalania stawek. Pierwsze z nich przewidywało zastosowanie stawki minimalnej obliczonej na podstawie powierzchni, na której odbywa się wydarzenie muzyczne, albo na podstawie liczby dostępnych miejsc siedzących. Drugie kryterium, mające zastosowanie w przypadku wyższych wynagrodzeń, składało się ze stawki degresywnej w przedziałach obliczanych – w zależności od tego, która kwota była wyższa – na podstawie wysokości budżetu artystycznego [7] lub wpływów brutto ze sprzedaży biletów, w tym oferowanych sponsorom. Z akt sprawy wynika, że stosowane stawki mieściły się w przedziale od 6% do 2,50% (3,25% za rok 2017) i dotyczyły 8 (9 od 2017 r.) przedziałów obrotu od 0,01 EUR do ponad 3 200 000 EUR. Różne wersje stawki 211 przewidywały odliczenie niektórych kosztów od kwoty przyjętej za podstawę, w szczególności kosztów rezerwacji, VAT i podatków lokalnych [8]. Do stawki tej stosowane były obniżki zgodnie z regułą 1/3–2/3, czyli: (i) jeśli mniej niż jedna trzecia wykonanych utworów muzycznych pochodziła z repertuaru SABAM, SABAM stosował jedną trzecią stawki; (ii) jeśli więcej niż jedna trzecia i mniej niż dwie trzecie wykonanych utworów pochodziło z tego repertuaru, SABAM stosował dwie trzecie stawki; (iii) w pozostałych przypadkach stosował on pełną stawkę. Warunkiem uzyskania tych obniżek było przedstawienie przez organizatora wydarzenia wykazu wykonanych utworów muzycznych. Wykaz ten miał zostać przedstawiony najpóźniej na 10 dni przed wydarzeniem lub, począwszy od 2017 r. i w przypadku utworów wykonywanych na żywo przez DJ-ów, w terminie do 30 dni po wydarzeniu, pod warunkiem że organizator zwróci się do przedsiębiorstwa kontrolującego upoważnionego przez SABAM.

6 Z akt sprawy wynika, że chociaż definicja pojęcia „festiwalu” różni się w różnych wersjach stawki 211, to jednak odnosiło się ono zawsze do organizacji szeregu koncertów, w których występowało co najmniej pięć zespołów lub pięciu artystów dziennie, każdy z własnym programem. W niektórych przypadkach wymagana była wspólna tematyka i coroczna częstotliwość.

7 Z akt sprawy wynika, że w wersjach stawki 211 z 2014 r. i 2016 r. pojęcie budżetu artystycznego było zdefiniowane jako kwota oddana do dyspozycji artystów za wykonanie ich programu. W wersji z 2017 r. dodano również koszty techniczne oświetlenia i dźwięku zwrócone artystom.

8 W wersji z 2017 r. dodano koszty transportu publicznego.

10. W ramach różnych pozwów[9] SABAM żąda od pozwanych uiszczenia opłat za korzystanie z jego repertuaru muzycznego podczas edycji festiwalu Tomorrowland[10] w latach 2014, 2015 i 2016 oraz edycji festiwalu Wecandance[11] w latach 2013–2016.

11. Przed sądem odsyłającym W.W i WCD zakwestionowały ważność stawki 211, którą uważają za niesłuszną, twierdząc, że nie odpowiada ona wartości ekonomicznej świadczenia SABAM. Po pierwsze, twierdzą one, że reguła 1/3–2/3, na podstawie której stosowane są obniżki, nie jest wystarczająco precyzyjna oraz że istnieją technologie pozwalające na dokładniejszą identyfikację utworów z repertuaru SABAM wykonanych podczas festiwalu oraz czasu ich trwania[12]. Po drugie, kwestionują one obliczenie stawki na podstawie budżetu artystycznego lub dochodu brutto bez uprzedniego odliczenia kosztów niezwiązanych bezpośrednio z muzyką. W świetle tych okoliczności system stawek przyjęty przez SABAM w odniesieniu do wydarzeń takich jak te, które zostały zorganizowane przez pozwane w postępowaniach głównych, stanowiłby nadużycie pozycji dominującej zakazane na mocy art. 102 TFUE.

12. Bezsporne jest, że SABAM posiada w Belgii faktyczny monopol na rynku pobierania i podziału opłat z tytułu praw autorskich w zakresie zwielokrotniania i publicznego udostępniania utworów muzycznych.

13. Sąd odsyłający zauważa, że niemożliwe jest dokładne obliczenie wartości ekonomicznej praw autorskich związanych z wykonywaniem utworów muzycznych w ramach wydarzeń takich jak rozpatrywane w postępowaniach głównych, ponieważ takie obliczenie wymagałoby uwzględnienia atrakcyjności i popularności każdego wykonanego utworu. Określenie wynagrodzenia należnego organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi jest zatem z konieczności wynikiem przybliżenia. Sąd ten zastanawia się jednak, jaki poziom dokładności jest wymagany, aby rzeczone wynagrodzenie nie zostało uznane za niesłuszne, oraz czy system stawek przyjęty przez SABAM, biorąc pod uwagę okoliczności kwestionowane przez pozwane, jest zgodny z art. 102 TFUE.

14. W związku z powyższym Ondernemingsrechtbank Antwerp (sąd gospodarczy w Antwerpii) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 102 TFUE, rozpatrywany również w związku z art. 16 dyrektywy [2014/26] w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym, należy interpretować w ten sposób, że nadużycie pozycji dominującej występuje, gdy

9 Sąd odsyłający wskazuje, że sprawy wszczęte przez SABAM przeciwko W.W i WCD nie zostały połączone, lecz zostaną rozstrzygnięte jednym orzeczeniem.

10 Sąd odsyłający zauważa, że już od pierwszych edycji festiwalu Tomorrowland SABAM i W.W nie zgadzały się co do wysokości wynagrodzenia należnego SABAM. Po zawarciu ugody w 2008 r. i nowym sporze dotyczącym edycji w latach 2011 i 2014 w 2015 r. sąd w Antwerpii orzekł, że roszczenie SABAM o zapłatę w odniesieniu do edycji festiwalu Tomorrowland w latach 2011 i 2013 jest zasadne. W wyniku tego orzeczenia w dniu 30 lipca 2015 r. SABAM i W.W zawarły nową ugodę dotyczącą wynagrodzeń należnych SABAM z tytułu poprzednich edycji festiwalu w latach 2011 i 2013, a także edycji w 2014 r. Uzgodniły one w szczególności, że dwie trzecie kwoty za 2014 r. zostanie zapłacone bezpośrednio na rzecz SABAM oraz że jedna trzecia zostanie zablokowana na rachunku bankowym do czasu rozstrzygnięcia sporu, który powstał w międzyczasie, dotyczącego odsetka repertuaru SABAM wykorzystanego podczas tej edycji. W odniesieniu do lat 2015 i 2016, chociaż W.W początkowo zaakceptowało stawkę zastosowaną przez SABAM, zakwestionowało ono następnie wystawione przez SABAM faktury. SABAM żąda zapłaty 194 925,29 EUR za edycję festiwalu Tomorrowland w 2014 r., 259 072,42 EUR za edycję w 2015 r. i 283 726,99 EUR za edycję w 2016 r. wraz z odsetkami. SABAM żąda również, aby W.W przekazało informację o liczbie sprzedanych biletów VIP na edycję w 2016 r. oraz o ich cenie. W.W wniosło powództwo wzajemne w celu tytułem głównym uzyskania orzeczenia, że żadna kwota nie jest należna na rzecz SABAM w odniesieniu do edycji festiwalu Tomorrowland w latach 2014–2016, oraz w celu uzyskania uwolnienia funduszy rezerwowych za edycję w 2014 r. i zwrotu 16 236,00 EUR za edycję w 2016 r. Tytułem żądania ewentualnego W.W wnosi o powołanie biegłego w celu określenia proporcji utworów z repertuaru SABAM, które zostały wykonane podczas edycji w latach 2014, 2015 i 2016.

11 Sąd odsyłający wyjaśnia, że w odniesieniu do edycji w 2013 r. SABAM zastosował stawkę 105, a począwszy od drugiej edycji – stawkę 211. WCD dokonało zapłaty żądanych kwot, lecz następnie je zakwestionowało. W odniesieniu do edycji w latach 2015 i 2016 WCD korzystało z repertuaru SABAM bez jego zgody. Kwoty dotyczące tych edycji, również zakwestionowane przez WCD, zostały zatem określone przez SABAM na podstawie własnych ustaleń. SABAM wnosi o zasądzenie od WCD kwot 27 359,04 EUR i 38 550,45 EUR wraz z odsetkami. WCD wnosi powództwo wzajemne w celu zasądzenia od SABAM zwrotu kwot 7897,00 EUR i 13 349,78 EUR wraz z odsetkami.

12 W.W i WCD odnoszą się w szczególności do programu „DJ Monitor".

organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi zajmująca w państwie członkowskim faktyczną pozycję monopolistyczną stosuje wobec organizatorów wydarzeń muzycznych model pobierania wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych oparty między innymi na kryterium obrotu,

1. przy zastosowaniu stopniowanej stawki ryczałtowej zamiast stawki uwzględniającej dokładny (mierzony przy użyciu wyrafinowanych narzędzi technicznych) udział repertuaru chronionego przez organizację zbiorowego zarządzania, który został wykorzystany w ramach utworów odtworzonych podczas wydarzenia muzycznego?

2. który uzależnia opłaty licencyjne od elementów zewnętrznych, takich jak m.in. cena biletu wstępu, cena sprzedawanych napojów i przekąsek, budżet artystyczny wykonawców oraz budżet związany z pozostałymi elementami, takimi jak dekoracje?".

III. Postępowanie przed Trybunałem

15. Uwagi na piśmie na podstawie art. 23 statutu Trybunału przedłożyły SABAM, W.W, WCD, rządy belgijski i francuski oraz Komisja Europejska. Z wyjątkiem rządu francuskiego uczestnicy postępowania przed stawili swoje stanowiska ustnie na rozprawie w dniu 27 maja 2020 r.

IV. Analiza

1. Uwagi wstępne

16. Kwestia kryteriów ustalania wynagrodzenia z tytułu korzystania z utworów muzycznych pochodzących z repertuaru SABAM podczas festiwali muzycznych od dawna stanowi sedno szeregu sporów między organizacją zbiorowego zarządzania a organizatorami takich wydarzeń. Jedną z najnowszych odsłon tej sagi jest orzeczenie Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel (prezesa niderlandzkojęzycznego sądu gospodarczego w Brukseli, Belgia) z dnia 12 kwietnia 2018 r., na mocy którego ustalono, w ramach postępowania wszczętego przez kilka spółek organizujących festiwale (do których nie należą pozwane w postępowaniach głównych) i reprezentującej je federacji, naruszenie art. 102 TFUE przez SABAM w odniesieniu między innymi do elementów stawki stosowanej do festiwali, zakwestionowanych przez W.W i WCD w postępowaniach głównych[13]. W następstwie tego orzeczenia, jak wskazuje sąd odsyłający, SABAM zmienił najwyraźniej tylko tymczasowo system zmiennych upustów w zależności od liczby utworów pochodzących z jego repertuaru, wykonanych podczas festiwalu, zastępując regułę 1/3–2/3 podziałem na przedziały co 10%. Przewidziano również możliwość odliczenia od przychodów brutto kosztów profesjonalnych usług ochrony i pomocy publicznej do wysokości 50% ich całości. Z akt sprawy wynika ponadto, że SABAM wniósł odwołanie od wspomnianego orzeczenia do Hof van beroep te Brussel (sądu apelacyjnego w Brukseli, Belgia), który w dniu 10 kwietnia 2019 r. wydał wyrok, zwracając się do Komisji o wydanie opinii w przedmiocie stosowania art. 102 TFUE do struktury stawek SABAM i innych organizacji zbiorowego zarządzania realizujących podobne cele i zajmujących pozycję monopolistyczną w innych państwach członkowskich Unii. Sąd apelacyjny zwraca się również do Komisji o poinformowanie go o istnieniu postępowań toczących się w innych państwach

13 W orzeczeniu prezesa sądu gospodarczego w Brukseli zarzucono również SABAM podwyższenie stawki stosowanej do festiwali o około 37% i stosowanie zbyt wysokiej stawki minimalnej. SABAM również zobowiązano do zapłaty kary pieniężnej w wysokości 5000 EUR dziennie, do maksymalnej wysokości 1 000 000 EUR w przypadku niezastosowania się do tego orzeczenia; zob. https://www.rtbf.be/pure/article/detail_dans-leur-conflit-avec-la-sabam-les-festivals-obtiennent-gain-de-cause?id=9894749.

członkowskich, podobnych do postępowania toczącego się przed nim, lub o wszelkich środkach, które mogą być rozpatrywane na szczeblu europejskim. Komisja wydała swoją opinię w dniu 8 maja 2020 r. Opinia ta została przekazana do akt sprawy w niniejszym postępowaniu w drodze środka organizacji postępowania zgodnie z art. 62 regulaminu postępowania przed Trybunałem.

17. Ze względu na to, że pytanie prejudycjalne zadane przez sąd odsyłający dotyczy kwestii, czy stosowanie określonej metody obliczania ceny – w niniejszej sprawie wynagrodzeń należnych organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych należących do jej repertuaru – jest nieuczciwe, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę art. 102 akapit drugi lit. a) TFUE, który, jak wskazałem powyżej, zakazuje narzucania przez przedsiębiorstwo dominujące „niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji".

18. W niniejszej opinii przeanalizuję w głównej mierze orzecznictwo Trybunału dotyczące niesłusznych cen ze szczególnym uwzględnieniem stawek organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Następnie zbadam, oddzielnie i w świetle przedstawionych zasad, elementy struktury stawek SABAM wskazane w pytaniu prejudycjalnym, w odniesieniu do których sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o udzielenie wyjaśnień. Zacznę od metody określenia kwoty podstawowej, do której stosuje się stawkę określającą wynagrodzenia należne SABAM, to znaczy od elementu wymienionego w części drugiej pytania prejudycjalnego. Następnie rozważę system obniżek stawek ryczałtowych, do którego sąd odsyłający odwołuje się w części pierwszej pytania prejudycjalnego.

19. W swoich uwagach na piśmie Komisja poruszyła również kwestię ewentualnego dyskryminacyjnego charakteru struktury stawek przyjętej przez SABAM w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE. Niektóre z argumentów przedstawionych przez W.W na rozprawie odnosiły się również pośrednio do hipotezy cen dyskryminujących. Nie będę jednak wypowiadał się w tej kwestii, ponieważ z postanowienia odsyłającego nie wynika, że Ondernemingsrechtbank Antwerp (sąd gospodarczy w Antwerpii) zamierzał zwrócić się do Trybunału również w tym względzie.

20. Wreszcie, o ile pytanie prejudycjalne dotyczy również art. 16 dyrektywy 2014/26, o tyle Ondernemingsrechtbank Antwerp (sąd gospodarczy w Antwerpii) zwraca się do Trybunału o wyjaśnienia dotyczące jedynie wykładni pojęcia nadużycia pozycji dominującej, które to pojęcie nie jest zawarte, przynajmniej wyraźnie, w dyrektywie 2014/26. Ograniczę się zatem w swojej analizie do rozważenia art. 102 TFUE, w szczególności przypadku, o którym mowa w akapicie drugim lit. a) tego artykułu.

2. Orzecznictwo dotyczące nadużycia pozycji dominującej, polegającego na narzucaniu nadmiernych cen, i zastosowanie tego orzecznictwa do stawek stosowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi

a) Stwierdzenie istnienia niesłusznych cen

21. W odróżnieniu od innych systemów prawnych, takich jak amerykański, europejskie prawo konkurencji, jak już zauważono, do naruszeń prawa konkurencji zalicza nadużywanie pozycji dominującej, które polega na „narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji". Przez długi czas Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji w bardzo ograniczony sposób stosowały w swej praktyce ten rodzaj naruszenia reguł konkurencji. W ostatnich latach nastąpiło jednak ożywienie w stosowaniu pojęcia „niesłusznych cen", o czym świadczy rosnąca liczba spraw rozpatrywanych przez krajowe organy ochrony konkurencji i Komisję, a także spraw wniesionych do Trybunału. Sprawy te dotyczyły głównie cen produktów leczniczych i stawek stosowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania

prawami autorskimi [14].

22. Aby wyjaśnić tę sytuację (niechęć do posługiwania się pojęciem „niesłusznych cen", a następnie jego szerokie stosowanie, ale tylko w odniesieniu do określonych sektorów gospodarki), należy zauważyć przede wszystkim, że ustalenie, iż cena jest niesłuszna, a zatem sprzeczna z prawem konkurencji, jest bardzo trudne, ponieważ istnieje ryzyko wystąpienia „fałszywych wyników pozytywnych" (gdy błędnie przyjmuje się, że dana cena jest wyższa od ceny konkurencyjnej) lub, co gorsza, ryzyko wypaczenia prawa konkurencji, przyjmującego formę gospodarki sterowanej, która zastępuje dynamikę rynków strukturą stosunków gospodarczych odpowiadającą subiektywnym preferencjom organów regulacyjnych. Ponadto zmniejszenie marż zysku może prowadzić do zniechęcenia do poprawy jakości produktu lub usługi, innowacji i wejścia na rynek nowych konkurentów. W konsekwencji w ostatecznym rozrachunku może ono prowadzić do straty pod względem dobrobytu konsumenta, który stanowi główny (zdaniem niektórych jedyny) cel prawa konkurencji.

23. Zazwyczaj na konkurencyjnym rynku wysokie ceny są korygowane przez sam fakt ich wysokiego poziomu, który przyciąga nowe podmioty, co prowadzi do wzrostu podaży i wynikającego z niego spadku cen. W ten sposób rynek sam się koryguje. Jest to podejście przyjęte przez wszystkie nurty myśli ekonomicznej, które podkreślają zdolność rynków do autokorekty, i było ono promowane przez szkołę chicagowską, która silnie wpłynęła na północnoamerykańską praktykę ochrony konkurencji.

24. Autokorekta rynku nie zawsze jest jednak możliwa. Nie jest ona możliwa przede wszystkim we wszystkich przypadkach, w których istnieją bariery prawne utrudniające wejście na rynek innych podmiotów, jak ma to miejsce w przypadku monopolu prawnego. Należy również odnieść się do monopolu faktycznego na rynkach, na których wiele czynników – takich jak nawyki konsumenckie, niemożność zastąpienia produktu lub usługi monopolisty innymi podobnymi produktami lub usługami, zjawisko blokady własności, „efekty sieci" na rynkach wielostronnych, korzyści skali, z jakich korzysta monopolista – może nadmiernie utrudniać wejście na rynek nowych konkurentów.

25. Co więcej, w odniesieniu do niektórych produktów nie jest prawdą, że istnieje granica cenowa, po której przekroczeniu konsument nie jest gotów zapłacić ceny, co powoduje, że w takich przypadkach nie ma przeszkód dla wprowadzenia nadmiernych cen. Na przykład, w przypadku produktu leczniczego ratującego życie jedyne ograniczenie zakupu stanowi sytuacja ekonomiczna nabywcy (niezależnie od tego, czy chodzi o indywidualnego pacjenta, czy o krajową służbę zdrowia). Jednakże, nawet jeżeli w grę wchodzą wartości mniej podstawowe niż życie człowieka, mogą istnieć czynniki kulturowe lub behawioralne, które znacznie zwiększają cenę, jaką konsument jest gotów zapłacić. Aby uczestniczyć w koncercie gwiazdy rocka o światowej sławie, która jest idolem milionów młodych osób, jedyną granicą ceny mogą być zasoby ekonomiczne, jakimi dysponuje fan.

26. W przypadkach takich jak opisane w dwóch poprzednich punktach brak ingerencji prawa konkurencji prowadzi do „fałszywych wyników negatywnych", ponieważ w oparciu o ideę autokorekty rynku cena zostałaby niesłusznie uznana za nie wyższą od ceny konkurencyjnej. W takich przypadkach mamy do czynienia nie tylko z zakłóceniem konkurencji, lecz z czymś więcej. Może bowiem dojść do

14 W sektorze farmaceutycznym niektóre krajowe organy ochrony konkurencji stwierdziły nieuczciwe i stanowiące nadużycie praktyki cenowe, zwłaszcza we Włoszech [sprawa Aspen, decyzja Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (organu ochrony konkurencji i rynku) z dnia 29 września 2016 r.], w Zjednoczonym Królestwie [sprawa Pfizer/Flynn, decyzja Competition and Markets Authority (organu ochrony konkurencji i rynku Zjednoczonego Królestwa) z dnia 7 grudnia 2016 r.] i w Danii [sprawa CD Pharma, decyzja Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (duńskiego organu ochrony konkurencji i rynku) z dnia 31 stycznia 2018 r.]; na szczeblu europejskim w maju 2017 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające w sprawie stosowania niesłusznych cen przez Aspen Pharma w odniesieniu do leków przeciwnowotworowych w EOG (z wyjątkiem Włoch); zob. także sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego „Egzekwowanie reguł konkurencji w sektorze farmaceutycznym" (2009–2017) z dnia 28 stycznia 2019 r., COM(2019) 17 final, pkt 4.2. Jeśli chodzi o sektor zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, zob. na marginesie decyzji krajowych organów ochrony konkurencji akta sprawy dostępne na stronie internetowej
https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/collecting-societies/collecting-societies-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case; na szczeblu europejskim zob. orzecznictwo przytoczone w pkt 39–44 niniejszej opinii.

naruszenia niektórych podstawowych wartości naszych społeczeństw, takich jak równość obywateli, która wymaga, aby różnice w korzystaniu z określonych dóbr uznanych za podstawowe nie mogły zależeć, po przekroczeniu pewnej granicy, od zdolności dochodowej bez naruszania spójności społeczeństwa. Ochrona zdrowia, a zatem dostępność produktów leczniczych uznanych za istotne, lub dostęp do określonych dóbr kultury stanowią w naszych społeczeństwach cechy konstytutywne przynależności do wspólnoty obywateli. Kwestia „niesłusznej ceny" przejawia się zatem z większą intensywnością w tych dziedzinach. Dzieje się tak zwłaszcza w czasach kryzysu gospodarczego lub w sytuacji, gdy istnieje większa wrażliwość społeczna na nierówności. Pojęcie nadmiernych cen jest związane z europejskim prawem konkurencji właśnie dlatego, że prawo to stanowi część systemu prawnego i opiera się na kulturze ekonomicznej, która odnosi się do „społecznej gospodarki rynkowej" (art. 3 ust. 3 TUE).

27. Z powyższego wynika, że Komisja, krajowe organy ochrony konkurencji i sądy krajowe, stosując pojęcie nadmiernej ceny, poruszają się w swego rodzaju prokrustowym łożu. Z jednej strony, występuje ryzyko nadmiernego egzekwowania prawa ochrony konkurencji, wynikające z fałszywych wyników pozytywnych, które ostatecznie osłabiają skuteczność i sam dobrobyt konsumenta, z drugiej zaś strony, ryzyko egzekwowania w niedostatecznym stopniu z powodu fałszywych wyników negatywnych, które osłabiają dobrobyt konsumenta, a także mogą wywoływać, jak wspomniano w poprzednim punkcie, negatywne skutki na większą skalę.

28. Aby poruszać się w tak trudnej przestrzeni, Trybunał określił metody, które zostały sprecyzowane w ramach późniejszej ewolucji orzecznictwa. W świetle tego orzecznictwa możliwe jest odtworzenie dość dokładnego obrazu metod i kryteriów, które muszą być stosowane w celu zakwalifikowania ceny jako niesłusznej i sprzecznej z art. 102 akapit drugi lit. a) TFUE. Zostały one obszernie omówione przez rzecznika generalnego N. Wahla w jego opinii w sprawie Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība [15], którą podzielam i przywołuję, uzupełniając o pewne uwagi w większości związane z cechami sprawy będącej przedmiotem niniejszej opinii.

29. Wiodącą sprawą rozpatrywaną przez Trybunał w dziedzinie niesłusznych cen jest słynny wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands i United Brands Continentaal/Komisja [16] (zwany dalej „wyrokiem United Brands") [17], w którym, podobnie jak poprzednio w wyroku z dnia 13 listopada 1975 r., General Motors Continental/Komisja [18], Trybunał zdefiniował jako „nadmierną" „cenę niepozostającą w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną wykonanego świadczenia" [19]. Nie każda wysoka cena stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na danym rynku jest zatem nadmierna i sprzeczna z art. 102 TFUE, lecz jedynie te ceny, które są „nieproporcjonalne" lub „wygórowane".

30. W jaki sposób ustalić, czy cena nie pozostaje w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną wykonanego świadczenia? W tym celu Trybunał przeprowadził w wyroku United Brands test złożony z dwóch etapów, z których pierwszy polega na ustaleniu, czy istnieje istotna różnica, to znaczy dysproporcja, między ceną rzeczywiście stosowaną na rynku właściwym przez przedsiębiorstwo dominujące a ceną, jaką przedsiębiorstwo hipotetycznie stosowałoby, gdyby na rynku tym istniała

15 C-177/16, EU:C:2017:286 (zwanej dalej „opinią rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie AKKA/LAA").

16 27/76, EU:C:1978:22.

17 Sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła skargi wniesionej przez największego wówczas na świecie dostawcę bananów, spółkę United Brands Company (zwaną dalej „UBC"), na decyzję Komisji stwierdzającą między innymi, że ceny stosowane przez europejską spółkę zależną tej grupy wobec niektórych jej klientów były zawyżone. Komisja zajęła takie stanowisko po porównaniu cen stosowanych przez UBC na rynkach niemieckim, niderlandzkim, duńskim, belgijskim i luksemburskim z cenami stosowanymi na rynku irlandzkim, z którego to porównania wynikało, że te pierwsze ceny były znacznie wyższe od cen stosowanych na rynku irlandzkim.

18 26/75, EU:C:1975:150, pkt 12.

19 Zobacz wyrok United Brands, pkt 250. Definicja ta została przyjęta w wielu kolejnych wyrokach, zob. na przykład wyroki: z dnia 11 listopada 1986 r., British Leyland/Komisja (226/84, EU:C:1986:421, pkt 27, 28); z dnia 17 lipca 1997 r., GT-Link (C-242/95, EU:C:1997:376, pkt 39); z dnia 17 maja 2001 r., TNT Traco (C-340/99, EU:C:2001:281, pkt 46); z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 88); z dnia 11 grudnia 2008 r., Kanal 5 i TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703, pkt 28); ostatnio wyrok z dnia 14 września 2017 r., Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība (C-177/16, EU:C:2017:689, pkt 35, zwany dalej „wyrokiem AKKA/LAA").

rzeczywista konkurencja (ceną referencyjną). Trybunał wyjaśnił, że ową dysproporcję można oceniać w sposób obiektywny, biorąc pod uwagę wielkość marży zysku przedsiębiorstwa dominującego, wynikającego ze stosunku kosztów produkcji ponoszonych przez to przedsiębiorstwo do ceny, jaką ono narzuca. W przypadku odpowiedzi twierdzącej drugi etap testu ma na celu „ustalenie, czy narzucona została niesłuszna cena zarówno w wartościach bezwzględnych, jak i w odniesieniu do konkurencyjnych produktów” [20] (zwany dalej „testem United Brands”).

31. Na podstawie tego testu samo stwierdzenie dysproporcji między ceną a kosztami produkcji oraz nadmiernej marży zysku nie oznacza zatem automatycznie, że cena jest niesłuszna, to znaczy nie pozostaje w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną wykonanego świadczenia. Aby dojść do takiego wniosku, konieczne jest przeprowadzenie drugiego etapu analizy, który wymaga oceny, czy stwierdzona różnica między ceną a kosztami produkcji sama w sobie wskazuje na niesłuszną cenę, czy też niesłuszność wynika z porównania z cenami stosowanymi przez konkurencyjne przedsiębiorstwa [21]. O ile ocena przeprowadzona w ramach pierwszego etapu testu i ocena niesłusznego charakteru ceny jako takiej, dokonana w ramach drugiego etapu, skupiają się zasadniczo na marży zysku przedsiębiorstwa dominującego, o tyle porównanie z cenami konkurencyjnych produktów wprowadza ocenę opartą na kryterium porównawczym.

32. Analiza cen i kosztów produkcji przewidziana w teście United Brands, jak również alternatywne metody ustalania marży zysku wymagają w większości przypadków skomplikowanych badań i prowadzą często jedynie do przybliżonych wyników.

33. Z tego powodu w orzecznictwie i w praktyce Komisji uznano niezależne znaczenie również innych metod analizy [22] opartych, jak przewidziano na drugim etapie testu United Brands, na porównaniu między ceną uznaną za niesłuszną a różnymi wskaźnikami referencyjnymi, z których część pochodzi z tego samego rynku właściwego, a część spoza niego. Wskaźnikami tymi są: (i) ceny stosowane w przeszłości przez przedsiębiorstwo dominujące w odniesieniu do tych samych produktów na tym samym rynku właściwym [23]; (ii) ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące w odniesieniu do różnych [24], pokrewnych [25] lub podobnych [26] produktów lub wobec różnych kategorii klientów [27]; (iii) ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące w odniesieniu do tego samego produktu w różnych regionach tego samego rynku właściwego [28] lub na innych rynkach geograficznych [29]; (iv) ceny stosowane przez przedsiębiorstwa konkurencyjne, które nie zajmują pozycji dominującej na tym samym rynku właściwym [30]; (v) ceny stosowane przez inne przedsiębiorstwa w odniesieniu do tego samego produktu lub porównywalnych produktów na innych rynkach [31]. Zgodność z prawem stosowania metod alternatywnych wobec porównania ceny i kosztów produkcji, opartych

20 Zobacz wyrok United Brands, pkt 252. Zobacz także wyrok AKKA/LAA, pkt 36.

21 Oceny te nie muszą być przeprowadzane łącznie, zob. postanowienie z dnia 25 marca 2009 r., Scippacercola i Terezakis/Komisja (C-159/08 P, niepublikowane, EU:C:2009:188, pkt 47).

22 Już w wyroku United Brands Trybunał, zarzucając w istocie Komisji, że nie zbadała struktury kosztów UBC, przyznał jednak wyraźnie, że „możliwe są inne metody […] ustalenia, czy cena produktu nie jest słuszna”; zob. pkt 253 wyroku United Brands.

23 Zobacz wyrok z dnia 11 listopada 1986 r., British Leyland/Komisja (226/84, EU:C:1986:421, pkt 28, 29), w którym wzrost cen o 600% bez widocznego wzrostu kosztów sprawił, że analiza tych kosztów stała się zbędna, a uwaga skupiła się na różnicy między ceną aktualną a ceną przeszłą.

24 Zobacz wyrok z dnia 11 listopada 1986 r., British Leyland/Komisja (226/84, EU:C:1986:421, pkt 28, 29).

25 Zobacz decyzja Komisji z dnia 25 lipca 2001 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 82 traktatu WE (sprawa nr COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Przechwycenie przesyłek transgranicznych, motyw 160).

26 Zobacz pośrednio wyrok z dnia 13 lipca 1989 r., Tournier (395/87, EU:C:1989:319, pkt 44).

27 Zobacz wyrok z dnia 11 listopada 1986 r., British Leyland/Komisja (226/84, EU:C:1986:421, pkt 28, 29).

28 Zobacz pośrednio wyrok United Brands, w którym dokonane przez Komisję porównanie cen UBC na różnych rynkach państw członkowskich zostało skrytykowane tylko z tego powodu, że krajowy rynek właściwy został wybrany na podstawie nieprawidłowych ocen.

29 Zobacz wyrok z dnia 8 czerwca 1971 r., Deutsche Grammophon Gesellschaft (78/70, EU:C:1971:59, pkt 19).

30 Zobacz także wyroki: z dnia 29 lutego 1968 r., Parke Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, s. 81); z dnia 5 października 1988 r., CICRA i Maxicar (53/87, EU:C:1988:472), chociaż w obu przypadkach Trybunał wykluczył, by wyższa cena stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące w stosunku do ceny konkurentów była wystarczająca do stwierdzenia nadużycia, ponieważ produkty przedsiębiorstwa dominującego były chronione patentem.

31 Zobacz wyrok z dnia 4 maja 1988 r., Bodson (30/87, EU:C:1988:225, pkt 31); ostatnio wyrok AKKA/LAA, pkt 38.

w szczególności na porównaniu cen stosowanych w danym państwie członkowskim z cenami stosowanymi w innych państwach członkowskich, została ostatnio potwierdzona przez Trybunał w wyroku AKKA/LAA właśnie w odniesieniu do stawek organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi [32].

34. Zdaniem Trybunału wybór najbardziej odpowiedniej metody analizy, jak również, bardziej ogólnie, ocena istnienia niesłusznych cen [33] musi uwzględniać wszystkie okoliczności danej sprawy [34]. Wybór ten zależy w szczególności od danego produktu lub danego świadczenia, cech rynku, dostępności istotnych danych i kategorii kontrahentów przedsiębiorstwa dominującego. I tak na przykład w wyroku United Brands Trybunał zauważył, że z uwagi na rozpatrywany produkt i dostępność danych dotyczących struktury kosztów UBC analiza cen i kosztów produkcji była bardziej wiarygodnym kryterium niż kryterium zastosowane przez Komisję, oparte na porównaniu cen stosowanych przez UBC na rynkach krajowych będących przedmiotem dochodzenia i na właściwym rynku krajowym oraz wybrane, zdaniem Trybunału, na podstawie błędnych ocen [35]. Natomiast w innych przypadkach, jak na przykład w przypadku wartości niematerialnych, analiza oparta na porównaniu cen z kosztami produkcji mogłaby okazać się złożona, a także nieodpowiednia do przedstawienia rzeczywistej sytuacji gospodarczej leżącej u podstaw tej analizy.

35. Innymi słowy, jak Trybunał wyraźnie przyznał w wyroku AKKA/LAA, nie istnieje jednolity właściwy system pozwalający na dokonanie porównania ceny uznanej za niesłuszną z ceną referencyjną ani też na określenie ram dla takiego porównania [36]. Trybunał wydaje się raczej preferować podejście oparte na łącznym stosowaniu kilku kryteriów porównania, z których każde może dostarczyć wskazówek co do istnienia niesłusznej ceny lub też potwierdzić albo podważyć dane wynikające z zastosowania jednego lub kilku innych kryteriów [37].

36. Moim zdaniem należy podzielić to stanowisko, za którym opowiada się rzecznik generalny N. Wahl w swojej opinii w sprawie AKKA/LAA. Wszystkie opisane powyżej metody analizy zawierają bowiem w sobie nieodłączne ograniczenia i, dla uniknięcia fałszywych wyników pozytywnych lub fałszywych wyników negatywnych, wymagają one weryfikacji lub korekty poprzez zastosowanie innych kryteriów, które okazują się istotne zależnie od okoliczności każdego przypadku [38].

37. Podobnie jak nie istnieje jedna metoda porównania między ceną uznaną za niesłuszną a ceną referencyjną, nie istnieje jednoznaczna odpowiedź na podstawowe pytanie, powyżej jakiego progu dysproporcja między tymi cenami może prowadzić do nadużycia pozycji dominującej na rynku oraz może wymagać interwencji organów ochrony konkurencji. Odpowiedź na to pytanie oznacza bowiem, że wartość ekonomiczna dostarczonego produktu lub wykonanego świadczenia jest określona, a także że ustalona jest rozsądna marża zysku przedsiębiorstwa dominującego, czego nie można logicznie dokonać w sposób abstrakcyjny. W tym względzie Trybunał stwierdził w wyroku AKKA/LAA, w odniesieniu do porównania stawek stosowanych przez przedsiębiorstwo dominujące w jednym państwie członkowskim ze stawkami stosowanymi w innych państwach członkowskich, że nie istnieje

32 Zobacz wyrok AKKA/LAA, pkt 37, 38.

33 Zobacz wyrok z dnia 13 listopada 1975 r., General Motors Continental/Komisja (26/75, EU:C:1975:150, pkt 15).

34 Podobnie, po określeniu metody analizy, wyboru istotnych wskaźników referencyjnych należy również dokonać z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy. Zobacz na przykład wyrok AKKA/LAA, pkt 41, 42, gdzie Trybunał orzekł, że wybór właściwych rynków, dla których należy dokonać porównania, zależy od szczególnych okoliczności każdej sprawy; zob. także wyrok z dnia 28 marca 1985 r., CICCE/Komisja (298/83, EU:C:1985:150, pkt 24, 25).

35 Zobacz wyrok United Brands, pkt 254–261.

36 Zobacz wyrok AKKA/LAA, pkt 49. Zobacz także opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie AKKA/LAA, pkt 36.

37 Podobnie Trybunał wypowiedział się ostatnio w wyroku AKKA/LAA, pkt 38, 43, w odniesieniu do porównania stawek uznanych za niesłuszne, stosowanych przez organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w państwie członkowskim, ze stawkami stosowanymi przez podobne organizacje wyłącznie w sąsiednich państwach członkowskich lub w większej próbie innych państw członkowskich. Zobacz także wyrok z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 87–92).

38 Odsyłam w tym względzie do analizy przedstawionej w opinii rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie AKKA/LAA, pkt 43–45.

„minimalny próg, po przekroczeniu którego daną stawkę należy uznać za »istotnie wyższą«, zważywszy, że decydujące znaczenie mają w tym względzie konkretne okoliczności każdej sprawy", i że w związku z tym różnicę między opłatami można uznać za „istotną", jeżeli jest ona *znaczna* i *trwała*, to znaczy nie jest tymczasowa i sporadyczna [39].

38. W przypadku gdy wskazówki zebrane za pomocą różnych metod opisanych powyżej są zbieżne w tym sensie, że przemawiają za istnieniem niesłusznych cen, przedsiębiorstwo dominujące ma możliwość uzasadnienia swojej struktury cen i różnicy w poziomach między tymi cenami a ceną referencyjną, opierając się między innymi na różnicy między sytuacją na rynku, na którym przedsiębiorstwo to działa, a sytuacją na właściwych rynkach geograficznych [40], na strukturze jego kosztów produkcji lub nawet na wymogu zwrotu z kapitału [41] lub odzyskania dodatkowych kosztów, na przykład kosztów badań i rozwoju [42] lub kosztów wynikających ze stosowania przepisów krajowych [43]. Trybunał wykluczył jednak, aby jakakolwiek nieefektywność przedsiębiorstwa dominującego mogła uzasadniać nałożenie niesłusznych cen [44].

b) Orzecznictwo dotyczące stawek organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi

39. Tradycyjny monopol [45] organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi doprowadził do licznych interwencji organów ochrony konkurencji zarówno na szczeblu krajowym, jak i europejskim, dotyczących między innymi polityki cenowej stosowanej przez te organizacje.

40. W wyroku z dnia 9 kwietnia 1987 r., Basset [46] (zwanym dalej „wyrokiem Basset"), w którym przedmiotem sporu było pobieranie przez francuską organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, SACEM, dodatkowej opłaty z tytułu odtwarzania, oprócz opłaty z tytułu publicznego wykonywania w dyskotekach nagranych utworów muzycznych, Trybunał orzekł zasadniczo, że opłaty licencyjne pobierane jako wynagrodzenie za prawa autorskie z tytułu takiego wykonania, których wysokość jest obliczana na podstawie obrotów dyskoteki, należy uznać za normalne korzystanie z prawa autorskiego oraz że ich pobieranie nie stanowi samo w sobie nadużycia pozycji dominującej [47]. Trybunał wyjaśnił jednak, że wysokość wynagrodzenia lub łącznych wynagrodzeń ustalona przez organizację zbiorowego zarządzania zajmującą pozycję dominującą na rynku może stanowić nadużycie w zakresie, w jakim prowadzi do narzucania niesłusznych warunków [48].

41. Sprawy, w których zapadły wyroki z dnia 13 lipca 1989 r.: Tournier [49] (zwany dalej „wyrokiem Tournier") i Lucazeau i in. [50] (zwany dalej „wyrokiem Lucazeau"), dotyczyły wysokości wynagrodzeń pobieranych przez SACEM od dyskotek. W sprawach tych kwestionowano znacznie wyższy niż w innych państwach członkowskich poziom tych wynagrodzeń oraz brak jakiegokolwiek ich związku

39 Zobacz wyrok AKKA/LAA, pkt 55, 56; zob. podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie AKKA/LAA, pkt 107.

40 Zobacz podobnie ostatnio wyrok AKKA/LAA, pkt 57.

41 Zobacz: decyzja Komisji z dnia 23 lipca 2004 r. w sprawie COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB przeciwko Port of Helsingborg.

42 Zobacz wyrok z dnia 29 lutego 1968 r., Parke, Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, s. 100), w którym Trybunał orzekł, iż okoliczność, że cena opatentowanego produktu jest wyższa od ceny produktu nieopatentowanego, niekoniecznie stanowi nadużycie; zob. także wyrok z dnia 5 października 1988 r., CICRA i Maxicar (53/87, EU:C:1988:472, pkt 17).

43 Zobacz na przykład wyrok AKKA/LAA, pkt 59.

44 Zobacz wyrok AKKA/LAA.

45 Monopol organizacji zarządzania, często zgodny z prawem, wynika zasadniczo z trudności użytkowników i podmiotów uprawnionych w zakresie indywidualnego negocjowania licencji na korzystanie z utworów muzycznych. Jednakże pojawienie się nowych technologii cyfrowych wydaje się, przynajmniej częściowo, kwestionować nieuchronność takich monopoli, zob. T.M. Lenard, L.J. White, *Moving Music Licensing Into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*, na stronie internetowej https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/12/moving-music-licensing-digital-era.pdf. Sama dyrektywa 2014/26 ustanawia bardziej korzystne ramy prawne dla większego otwarcia na konkurencję rynku zarządzania prawami autorskimi.

46 402/85, EU:C:1987:197, pkt 19.

47 Zobacz pkt 15, 16, 18, 21.

48 Trybunał nie musiał jednak orzekać w przedmiocie poziomu wynagrodzeń.

49 395/87, EU:C:1989:319.

50 110/88, 241/88 i 242/88, EU:C:1989:326.

ze stawkami stosowanymi w stosunku do innych dużych użytkowników nagrań muzycznych, takich jak telewizja i radio [51]. Trybunał wyjaśnił, że jeżeli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą narzuca za swoje usługi stawki cenowe znacząco wyższe od stosowanych w innych państwach członkowskich, pod warunkiem że porównanie stawek cenowych zostało przeprowadzone na jednorodnej podstawie, to taką różnicę trzeba uznać za świadczącą o nadużyciu pozycji dominującej. W tym przypadku do danego przedsiębiorstwa należy uzasadnienie różnicy w oparciu o obiektywne rozbieżności między sytuacją w danym państwie członkowskim a sytuacją panującą we wszystkich innych państwach członkowskich. Trybunał orzekł również, że okoliczność, iż odsetek przychodów z wynagrodzeń przeznaczony na pokrycie kosztów poboru, zarządzania i podziału, a nie na rzecz podmiotów praw autorskich, jest znacznie wyższy niż taki sam odsetek w przypadku organizacji zbiorowego zarządzania mających siedzibę w innych państwach członkowskich, nie stanowi ważnego uzasadnienia, ponieważ nie można wykluczyć, że różnica ta jest konsekwencją nieefektywności wynikającej z braku konkurencji na rynku [52]. W wyroku Tournier Trybunał wyjaśnił bowiem, że całościowy lub ryczałtowy charakter pobieranego wynagrodzenia można kwestionować w świetle zakazu stosowania niesłusznych cen „jedynie w zakresie, w jakim inne metody mogłyby urzeczywistniać ten sam zgodny z prawem cel, jakim jest ochrona interesów autorów, kompozytorów i wydawców muzycznych, nie prowadząc jednak do zwiększenia kosztów zarządzania umowami i nadzoru nad korzystaniem z chronionych utworów muzycznych” [53].

42. W sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., Kanal 5 i TV 4 [54] (zwany dalej „wyrokiem Kanal 5”), i w której podniesiono niesłuszny charakter opłat z tytułu transmisji telewizyjnej utworów muzycznych chronionych prawem autorskim, stosowanych przez szwedzką organizację zbiorowego zarządzania, STIM, Trybunał przyjął zasadę wyrażoną już w wyroku Tournier, wskazując, że stawki obliczane na podstawie przychodów spółek zajmujących się transmisją telewizyjną oraz ilości nadawanej muzyki [55], które same w sobie są zgodne z prawem, mogą jednak mieć charakter nadużycia, jeżeli „istnieje inna metoda pozwalająca na identyfikację i bardziej precyzyjny pomiar wykorzystania tych utworów, jak i oglądalności, i ta metoda może urzeczywistnić ten sam uzasadniony cel, jakim jest ochrona interesów autorów, kompozytorów i wydawców muzycznych, nie prowadząc jednak do nieproporcjonalnego zwiększenia kosztów zarządzania umowami i nadzoru nad korzystaniem z utworów muzycznych chronionych prawem autorskim” [56].

43. W wyroku z dnia 27 lutego 2014 r., OSA [57] (zwanym dalej „wyrokiem OSA”), Trybunał przyjął i zastosował jednocześnie oba podejścia przyjęte w wyrokach Tournier i Kanal 5. W związku z tym Trybunał stwierdził, po pierwsze, że okoliczność narzucania przez organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi znacznie wyższych stawek za świadczone przez nią usługi niż stawki stosowane w innych państwach członkowskich stanowi, w przypadku gdy porównanie poziomów stawek zostało dokonane na jednorodnej podstawie, wskazówkę świadczącą o nadużyciu pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE, a po drugie, że takie nadużycie może polegać na stosowaniu nadmiernej ceny, która nie pozostaje w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną wykonanego świadczenia [58].

51 SACEM pobierał od dyskoteki stałą stawkę w wysokości 8,25% od obrotów przed opodatkowaniem VAT.

52 Zobacz wyroki: Tournier, pkt 38, 42; Lucazeau, pkt 25, 29.

53 Punkt 45 wyroku Tournier. W sprawie tej SACEM odmówił udostępnienia dyskotekom tylko tej części jej repertuaru, z której faktycznie korzystały.

54 C-52/07, EU:C:2008:703.

55 Zdaniem Trybunału miało to miejsce w przypadku stawki zastosowanej przez STIM wobec Kanal 5 i TV 4. Stawka ta składała się ze zmiennego odsetka zysków, które wspomniani nadawcy telewizyjni otrzymywali ze sprzedaży przestrzeni reklamowej, a pomocniczo, ze sprzedaży przestrzeni reklamowej i opłat abonamentowych. Odsetek ten wzrastał wraz ze wzrostem udziału utworów muzycznych w programach nadawanych przez nadawcę telewizyjnego w skali rocznej (to znaczy czasu trwania korzystania z chronionego utworu muzycznego w poszczególnych programach, obliczonego w ciągu jednego roku), choć nie w sposób wprost proporcjonalny. STIM przyznawał rabaty z tytułu kosztów sprzedaży i opłat licencyjnych należnych państwu szwedzkiemu za możliwość nadawania w sieci kablowej; zob. opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Kanal 5 i TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:491, pkt 9).

56 Zobacz wyrok Kanal 5, pkt 40.

57 C-351/12, EU:C:2014:110.

58 Zobacz wyrok OSA, pkt 87, 88.

44. Wreszcie, w niedawnym wyroku AKKA/LAA, który przywołano już kilkakrotnie powyżej, Trybunał potwierdził, że metoda określania możliwego nadmiernego charakteru stawek stosowanych przez organizację zbiorowego zarządzania, wykorzystana w wyrokach Tournier i Lucazeau oraz oparta na porównaniu ze stawkami stosowanymi w innych państwach członkowskich, w tym przypadku z niektórymi państwami sąsiednimi wybranymi na podstawie obiektywnych, adekwatnych i weryfikowalnych kryteriów, stanowi, o ile porównanie to jest dokonywane w oparciu o jednorodną podstawę i przy uwzględnieniu, w razie potrzeby, wskaźnika parytetu siły nabywczej (PSN), uzasadnioną alternatywę dla testu United Brands [59].

45. Na podstawie lektury wyroku AKKA/LAA można sobie zadać pytanie, czy Trybunał ostatecznie zamierzał wybrać porównanie ze stawkami stosowanymi w państwach członkowskich odniesienia jako wyłączną metodę analizy, mającą zastosowanie we wszystkich przypadkach, w których dokonywana jest ocena nadmiernego charakteru stawek stosowanych przez organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych. O ile treść sentencji wspomnianego wyroku i okoliczność, że Trybunał powstrzymał się od powoływania się na wyrok Kanal 5, wydają się przemawiać za takim stanowiskiem, o tyle wniosek taki nie znajduje potwierdzenia w świetle uzasadnienia wyroku, z którego wynika, że skupienie się przez Trybunał na tej szczególnej metodzie analizy wynika bardziej z okoliczności postępowania głównego i z brzmienia pytań prejudycjalnych niż z rozmyślnego wyboru.

46. Nie uważam zresztą, by taki wybór był stosowny. Po pierwsze bowiem, wskazałem już, że każda metoda analizy ma swoje wady. W szczególności, jak wskazał już rzecznik generalny F.G. Jacobs w swojej opinii w sprawie Tournier [60], trudność porównania ze stawkami ustalonymi w innych państwach członkowskich polega na tym, że konieczne jest znalezienie obiektywnej metody porównania, co nie jest łatwe w świetle różnic między przepisami krajowymi oraz między metodami obliczania i pobierania wynagrodzeń stosowanymi przez różne organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Ogólniej rzecz ujmując, jak podkreślił rzecznik generalny N. Wahl w swojej opinii w sprawie AKKA/LAA, „jeżeli chodzi o porównania geograficzne, elementy takie jak – przykładowo – podatki krajowe, szczególne cechy krajowego rynku pracy i preferencje konsumentów lokalnych mogą w znaczący sposób wpływać na ostateczne ceny odpowiednich produktów lub usług". Po drugie, wyjaśnienia wymagałaby jeszcze kwestia, w jaki sposób należy postępować w przypadku, gdy nie jest możliwe dokonanie porównania w oparciu o jednorodną podstawę, na przykład gdy podobna metoda obliczania stawek w państwach członkowskich odniesienia jest niedostępna, czy też w przypadku gdy – jak wydaje się wynikać w niniejszej sprawie z danych przedstawionych przez rząd belgijski w jego uwagach na piśmie – z porównania tego wynika, że stawki stosowane przez organizację zbiorowego zarządzania są niższe niż stawki stosowane w państwach członkowskich odniesienia. Wreszcie, nie można wykluczyć, że przyznanie porównaniu stawek stosowanych w różnych państwach członkowskich wyłącznego lub decydującego znaczenia dla oceny ewentualnego nadmiernego charakteru stawek stosowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania może ułatwiać zachowania o znamionach zmowy między tymi organizacjami, mające na celu koordynację cen.

47. Z powyższych względów moim zdaniem korzystniejsze jest, aby badanie ewentualnego niesłusznego charakteru stawek stosowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych odbywało się poprzez każdorazowy wybór najwłaściwszej metody lub najwłaściwszych metod, określonych w zależności od okoliczności każdego konkretnego przypadku.

48. Właśnie w świetle przedstawionych powyżej zasad i poczynionych uwag należy przeanalizować pytanie prejudycjalne w jego dwóch częściach.

59 Zobacz wyrok AKKA/LAA, pkt 36–38, 41.
60 Punkt 60.

3. W przedmiocie części drugiej pytania prejudycjalnego

49. W części drugiej pytania prejudycjalnego, którą należy zbadać w pierwszej kolejności, sąd odsyłający zwraca się zasadniczo do Trybunału z pytaniem, czy nadużycie pozycji dominującej występuje, gdy organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi zajmująca w państwie członkowskim faktyczną pozycję monopolistyczną stosuje wobec organizatorów wydarzeń muzycznych model pobierania wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych oparty na kryterium obrotu, „który uzależnia opłaty licencyjne od elementów zewnętrznych, takich jak między innymi cena biletu wstępu, cena sprzedawanych napojów i przekąsek, budżet artystyczny wykonawców oraz budżet związany z pozostałymi elementami, takimi jak dekoracje".

50. Na wstępie należy poczynić trzy uściślenia.

51. Po pierwsze, jeżeli w swoim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający odnosi się do struktury stawek „opartej na kryterium obrotu", to z postanowienia odsyłającego i z akt sprawy, co zostało potwierdzone na rozprawie, wynika, że stawkę degresywną przewidzianą w stawce 211 dla przypadku, gdy nie jest stosowana stawka podstawowa, stosuje się alternatywnie do budżetu artystycznego, to znaczy do pozycji kosztowej odpowiadającej kwocie oddanej do dyspozycji artystom, lub do części przychodów równej nie całemu obrotowi z danego wydarzenia, lecz jedynie kwocie odpowiadającej wpływom ze sprzedaży biletów (w tym biletów oferowanych sponsorom [61]).

52. Po drugie, chociaż brzmienie części drugiej pytania prejudycjalnego jest niejasne w tej kwestii, z uzasadnienia postanowienia odsyłającego wynika, że element stawki stosowanej przez SABAM, w odniesieniu do którego zwrócono się o wyjaśnienia, polega na przyjęciu za podstawę obliczenia części przychodów, równej wpływom brutto ze sprzedaży biletów, bez uwzględnienia tej części wpływów, która nie zależy od świadczenia organizacji zarządzającej, i bez umożliwienia odliczenia kosztów niezwiązanych konkretnie z muzyką.

53. Po trzecie, sąd odsyłający nie zmierza do ustalenia, czy ten aspekt metody obliczenia stosowanej przez SABAM stanowi nadużycie w zakresie, w jakim prowadzi do nałożenia nadmiernego wynagrodzenia, lecz w zakresie, w jakim nie pozostaje on w wystarczającym związku ze świadczeniem wykonanym przez SABAM a żądanym przez niego wynagrodzeniem. Przedmiotem sporu, przynajmniej bezpośrednio, nie jest zatem poziom pobieranych wynagrodzeń sam w sobie, lecz bardziej ogólnie metoda obliczania tych wynagrodzeń, to znaczy sama struktura stawki 211 i związek, jaki struktura ta pozwala utworzyć ze świadczeniem faktycznie wykonanym przez SABAM.

54. W tym względzie należy od razu wyjaśnić, że przedsiębiorstwo, nawet zajmujące pozycję dominującą, powinno mieć możliwość realizowania swoich własnych interesów i że w tym celu ma ono co do zasady swobodę wyboru metody obliczania, jaką uzna za najwłaściwszą do określenia żądanego wynagrodzenia w zamian za oferowane przez nie produkty lub usługi. Do Trybunału ani do sądów lub krajowych organów ochrony konkurencji nie należy zatem ustalanie, jaką metodę obliczenia należy przyjąć, lecz jedynie zweryfikowanie, czy konkretnie zastosowana metoda nie narusza zakazów ustanowionych w art. 102 TFUE, w szczególności, czy nie prowadzi do narzucania niesłusznych cen.

55. W.W podnosi, że stawka 211 została stworzona dla tradycyjnych festiwali muzycznych, których ofertę i atrakcyjność stanowi muzyka grana na żywo. Natomiast wydarzenia takie jak Tomorrowland oferują widzom „unikalne i wszechstronne" doświadczenie, w szczególności poprzez dbałość o dekoracje, które przekształcają nie tylko scenę, ale cały obszar, na którym odbywa się wydarzenie, w „wyimaginowany świat", kostiumy noszone przez personel, elementy wizualne, takie jak gra świateł, efekty optyczne lub sztuczne ognie, gastronomię oraz cały szereg usług oferowanych podczas wydarzenia oraz przed i po nim. WCD również podkreśla szczególny charakter organizowanego przez

61 Z akt sprawy wynika, że bilety związane ze sponsoringiem są obliczane według ich wartości nominalnej lub, jeśli wartości tej nie można ustalić, na podstawie średniej ceny biletu.

siebie wydarzenia i, podobnie jak W.W, podnosi, że wpływy brutto ze sprzedaży biletów są generowane głównie przez czynniki niezwiązane z wykorzystywanym repertuarem muzycznym. Zdaniem W.W z powyższego wynika, że w przypadku tego rodzaju wydarzeń przyjęcie przychodów jako podstawy obliczenia wynagrodzenia organizacji zbiorowego zarządzania stanowi samo w sobie nadużycie pozycji dominującej. WCD uważa natomiast za nadużycie fakt, że nie jest dozwolone odliczenie od przychodów brutto kosztów, które nie mają związku z muzyką, z których część, takie jak koszty związane z przestrzeganiem przepisów w dziedzinie ochrony środowiska lub bezpieczeństwa, stale rośnie. Zdaniem W.W i WCD budżet artystyczny również nie jest odpowiednią podstawą obliczenia.

56. Zgodnie z przywołanym powyżej orzecznictwem [62] nie można przyjąć, że cena jest niesłuszna w rozumieniu art. 102 akapit drugi lit. a) TFUE, jeżeli pozostaje ona w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną świadczenia wykonanego przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą. W niniejszej sprawie świadczenie to polega na udostępnieniu użytkownikom utworów muzycznych chronionych prawem autorskim w celu ich publicznego udostępnienia podczas wydarzeń festiwalowych.

57. Jak wskazałem powyżej, test United Brands sugeruje, przynajmniej w sposób dorozumiany, określenie wartości produktu dostarczonego lub usługi świadczonej przez przedsiębiorstwo dominujące na podstawie jego kosztów produkcji. Tymczasem o ile możliwe jest określenie kosztów związanych ze zbiorowym zarządzaniem, o tyle określenie kosztów stworzenia wytworu intelektu, takiego jak utwór muzyczny, jest niezwykle trudne, jeśli nie niemożliwe. Kryterium zawarte w teście United Brands jest zatem niewłaściwe do określenia wartości ekonomicznej świadczenia wykonanego na rzecz użytkowników przez organizację zbiorowego zarządzania jako całość.

58. Wartość ekonomiczna tego świadczenia oraz, w niniejszej sprawie, świadczenia wykonanego przez SABAM na rzecz organizatorów festiwali należy zatem oceniać z uwzględnieniem, z jednej strony, cech zbiorowego zarządzania, a z drugiej, prawa autorskiego [63].

59. W odniesieniu do pierwszego aspektu znaczna część rzeczonej wartości polega na tym, że organizatorzy festiwali nie są zobowiązani do indywidualnego zwracania się do podmiotów praw autorskich do utworów, które zamierzają wykonać, aby wynegocjować z każdym z nich licencję na publiczne udostępnianie, lecz jedynym podmiotem, z którym komunikują się w tym względzie, jest organizacja zbiorowego zarządzania. Umowy o wzajemności zawarte przez SABAM z innymi organizacjami zarządzającymi umożliwiają ponadto, w ramach jednej licencji, dostęp również do repertuaru organizacji zagranicznych. Istnienie systemu zbiorowego zarządzania prawami nie tylko stanowi oczywistą oszczędność czasu i zasobów, ale jest warunkiem koniecznym samej możliwości zrealizowania wydarzeń, takich jak organizowane przez spółki W.W i WCD.

60. W odniesieniu do drugiego aspektu wartość ekonomiczna utworów muzycznych udostępnionych organizatorom festiwalu zależy od zysków, jakie utwory te pozwalają (lub mają pozwolić) osiągnąć. Jak wskazała rzecznik generalna V. Trstenjak w swojej opinii w sprawie Kanal 5 [64], jest rzeczą zupełnie zwyczajną, że za udzielenie licencji w zakresie praw autorskich żąda się wynagrodzenia obliczonego w oparciu o część obrotów osiąganych przy wykorzystaniu produktu, dla którego wyprodukowania wykorzystano prawo autorskie. Podstawowe założenie jest takie, że twórca musi mieć możliwość uzyskania rozsądnego ułamka obrotów uzyskanych dzięki wykorzystaniu jego utworu.

62 Zobacz w szczególności pkt 29 niniejszej opinii.

63 Zobacz podobnie wyrok Kanal 5, pkt 30, 31.

64 C-52/07, EU:C:2008:491, pkt 60.

61. Koncepcja ta znajduje odzwierciedlenie w przywołanym już powyżej utrwalonym orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym pobieranie przez organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi wynagrodzenia z tytułu wykonania chronionych utworów muzycznych, którego wysokość jest obliczana na podstawie obrotów użytkownika, należy uznać za zwykłe korzystanie z prawa autorskiego [65]. Wynagrodzenia obliczane na podstawie obrotów użytkownika pozostają zatem co do zasady w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną świadczenia [66].

62. Z pewnością obroty wydarzenia takiego jak festiwal muzyczny [67] zależą w mniejszym lub większym stopniu od czynników innych niż publiczne udostępnianie utworów chronionych prawem autorskim, takich jak w szczególności jakość i sława wykonawców, miejsce, w którym wydarzenie się odbywa, dekoracje, oświetlenie, usługi oferowane w związku z wydarzeniem lub jego popularność. Wszystkie te czynniki w dużym stopniu (choć nie wyłącznie) zależą od wysiłków organizatorów i powodują powstanie kosztów niezależnych od kosztów związanych z wynagrodzeniami należnymi organizacji zbiorowego zarządzania oraz, w mniejszym lub większym stopniu, nie mają bezpośredniego związku ze świadczeniem wykonywanym przez tę organizację.

63. Jednakże, po pierwsze, nie umniejszając w żaden sposób znaczenia tych czynników, wydaje mi się niezaprzeczalne, chociaż to do sądu odsyłającego należy ostateczne wypowiedzenie się w tej kwestii, że muzyka stanowi główny element „produktu" oferowanego przez pozwane w postępowaniu głównym oraz podstawowy czynnik gromadzenia się widowni przyciągniętej przez wydarzenie. Po drugie, pragnę zauważyć, że system wynagrodzenia oparty na obrotach jest zwyczajowo stosowany w dziedzinie praw autorskich i, bardziej ogólnie, w dziedzinie praw własności intelektualnej, nawet jeśli prawo, którego dotyczy licencja, nie jest głównym przedmiotem produktu końcowego, który pozwala ono wykonać [68]. Po trzecie, jak stwierdzono w wyroku Kanal 5, Trybunał zatwierdził taki system wynagrodzenia również w odniesieniu do użytkowników, takich jak nadawcy telewizyjni, których obroty mogą być nawet w dużym stopniu uzależnione od elementów niezwiązanych z korzystaniem z chronionych utworów muzycznych [69]. Po czwarte, wydaje mi się, że argumenty przedstawione przez pozwane w postępowaniach głównych mogą dotyczyć w sposób ogólny różnych rodzajów użytkowników muzyki, nawet intensywnie z niej korzystających, takich jak dyskoteki, których sukces zależy w dużej mierze również od czynników, które można by uznać za niezwiązane z muzyką, takich jak dekoracje, oświetlenie, lokalizacja, jakość napojów i przekąsek, rodzaj klientów, renoma DJ-ów itp. Wreszcie i przede wszystkim, jak słusznie zauważył SABAM, okoliczność, że przy podejmowaniu decyzji o zakupie biletów na wydarzenia takie jak te organizowane przez W.W i WCD uwzględniane są inne czynniki niż muzyka, nie pozbawia sama w sobie struktury stawek, w której przychody ze sprzedaży biletów zostały przyjęte za podstawę obliczenia wynagrodzenia, rozsądnego związku z wartością ekonomiczną udostępnienia utworów muzycznych chronionych prawem autorskim.

64. Pragnę ponadto zauważyć, że wiele elementów stawki 211, którą jak słusznie zauważa SABAM, należy oceniać jako całość, łagodzi skutki przyjęcia obrotów jako podstawy obliczenia wynagrodzeń i pozwala w pewien sposób uwzględnić okoliczność, że wysokość przychodów nie zależy wyłącznie, a w każdym razie niekoniecznie w sposób wprost proporcjonalny, od wartości muzyki.

65. Po pierwsze, jak już wskazano powyżej, wpływy ze sprzedaży biletów stanowią jedynie część, a nie całość obrotów generowanych przez wydarzenia organizowane przez pozwane w postępowaniach głównych. W tym względzie pragnę zauważyć, że SABAM wyjaśnił na rozprawie – czemu wspomniane pozwane nie zaprzeczyły – że część obrotów brana pod uwagę przy obliczaniu należnych SABAM wynagrodzeń wynosi około 35% i około 50% całkowitych obrotów osiągniętych odpowiednio na festiwalach Tomorrowland i Wecandance. Po drugie, kwoty podstawowe, odpowiadające

65 Zobacz wyrok Basset, pkt 15, 16, 18, 21.

66 Zobacz podobnie wyroki: Tournier, pkt 45; Kanal 5, pkt 37.

67 W.W kwestionuje w szczególności, by Tomorrowland można było określić mianem „festiwalu".

68 Zobacz opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Kanal 5, pkt 62.

69 Zobacz pkt 42 niniejszej opinii.

przychodom ze sprzedaży biletów lub budżetowi artystycznemu, dzielą się na 8 (lub 9) przedziałów, do których stosuje się stawkę malejącą od 6 do 2,5%. W ten sposób ułamek kwoty podstawowej odpowiadający wynagrodzeniom należnym SABAM zmniejsza się wraz ze wzrostem tej kwoty. Po trzecie, przewidziany jest system obniżek stosowanych do obliczonych w ten sposób wynagrodzeń, który pozwala, choć tylko w sposób ryczałtowy, na uwzględnienie wielkości repertuaru SABAM rzeczywiście wykonanego podczas wydarzenia. Wreszcie, SABAM podniósł na rozprawie, również i w tym przypadku bez sprzeciwu ze strony pozwanych w postępowaniach głównych, że właśnie w celu uwzględnienia szczególnego charakteru festiwali stawka degresywna stosowana do tych wydarzeń rozpoczyna się od poziomu maksymalnego (6%), który jest niższy niż stawka przewidziana dla podobnych wydarzeń, takich jak koncerty (8%) [70].

66. Podobnie jak w przypadku wynagrodzeń obliczonych na podstawie obrotów uzyskanych z tego wydarzenia uważam, że również wynagrodzenia obliczone na podstawie budżetu artystycznego pozostają co do zasady – wbrew temu, co twierdzą pozwane w postępowaniu głównym – w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną świadczenia SABAM w zakresie, w jakim ta pozycja kosztowa pozwala na bezpośrednie wskazanie znaczenia elementu związanego z udostępnieniem chronionych utworów muzycznych dla organizacji wspomnianego wydarzenia.

67. W świetle powyższego okoliczność, że w przyjętym przez SABAM systemie stawek za podstawę obliczenia wynagrodzeń należnych z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych należących do repertuaru SABAM przyjęto ułamek obrotów lub część obrotów uzyskanych z wydarzenia, podczas którego miało miejsce to udostępnienie, lub ewentualnie budżet artystyczny, nie stanowi sama w sobie wskazówki co do istnienia niesłusznych cen lub, a fortiori, wbrew temu, co wydają się twierdzić pozwane w postępowaniach głównych, nie pozwala na stwierdzenie takiego nadużycia.

68. Moim zdaniem to samo odnosi się, co do zasady, do braku możliwości odliczenia kosztów „niezwiązanych bezpośrednio z muzyką” od kwot podstawowych obliczonych na podstawie części obrotów wynikającej ze sprzedaży biletów lub na podstawie budżetu artystycznego. Pomijając fakt, że niezwykle trudno jest ocenić, jakie koszty można uznać za niezwiązane bezpośrednio z muzyką ze względu na charakter rozpatrywanych wydarzeń (czy na przykład są to koszty, które zapewniają jakość dźwięku, a nie te związane z oświetleniem?), wpływ owych kosztów na część obrotów przyjętą za podstawę obliczenia (w niniejszym przypadku przychody ze sprzedaży biletów) zależy od przeznaczenia określonego przez organizatorów wydarzenia, a zatem od okoliczności, które są całkowicie poza kontrolą SABAM. Pragnę również zauważyć, że w wyrokach Basset i Tournier Trybunał orzekł o zgodności z prawem systemów wynagrodzeń opartych na obrotach brutto. Podobnie w sprawie, w której zapadł wyrok Kanal 5, STIM obliczał swoje wynagrodzenia na podstawie przychodów z tytułu nadawania programów skierowanych do ogółu odbiorców lub ewentualnie z tytułu reklam lub opłat abonamentowych, po odliczeniu tylko niektórych kosztów [71].

69. W każdym razie do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny w świetle wszystkich istotnych okoliczności, czy stosowanie stawki 211 w zakresie, w jakim za podstawę obliczenia wynagrodzeń przyjęto w niej przychody ze sprzedaży biletów lub alternatywnie budżet artystyczny, pozwalając na odliczenie od tych kwot jedynie niektórych kosztów, może prowadzić do narzucania niesłusznych cen.

70 Oczywiste jest, że wpływ takiego elementu należy oceniać poprzez porównanie struktury obu stawek jako całości, co w każdym razie należy do sądu odsyłającego.

71 Zobacz opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Kanal 5, pkt 9 i przypis 4.

70. Aby jednak sąd ten mógł stwierdzić istnienie nadmiernych cen, będzie musiał, jak wynika z pkt 29–38 niniejszej opinii, porównać poziom wynagrodzeń pobieranych przez SABAM poprzez zastosowanie stawki 211 z ceną referencyjną, ustaloną na podstawie posiadanych przez sąd metod analizy, które okażą się najwłaściwsze w świetle wszystkich okoliczności rozpatrywanej przez niego sprawy. Nadmierny charakter tych wynagrodzeń zostałby stwierdzony, gdyby z rzeczonego porównania wynikało, że istnieje *znaczna i trwała* różnica między owymi wynagrodzeniami a przyjętą ceną referencyjną, przy czym różnica ta nie jest obiektywnie uzasadniona.

71. Pominięcie tego etapu analizy byłoby w istocie równoznaczne z uznaniem, że określona metoda obliczenia wynagrodzenia żądanego przez przedsiębiorstwo dominujące za oferowane przez nie produkty lub usługi sama w sobie prowadzi do narzucania nadmiernych cen, niezależnie od rzeczywistego poziomu tych cen. Tymczasem, z zastrzeżeniem niektórych wyjątkowych przypadków, taki sposób postępowania jest moim zdaniem nieprawidłowy pod względem metodologicznym i może w rzeczywistości prowadzić do paradoksalnego rezultatu, jakim jest pozbawienie przedsiębiorstwa swobody przyjęcia określonej metody obliczenia, nawet jeśli jej zastosowanie prowadzi do cen, które nie przekraczają poziomu konkurencyjnego.

72. Wśród metod analizy, które sąd odsyłający mógłby wziąć pod uwagę, z wyłączeniem, z przedstawionych już powodów, analizy cen i kosztów produkcji przewidzianej w teście United Brands oraz porównania z cenami stosowanymi przez konkurencję ze względu na faktyczną pozycją monopolistyczną SABAM, znajduje się przede wszystkim porównanie geograficzne, którego należy dokonać zgodnie z kryteriami określonymi przez Trybunał w wyroku AKKA/LAA. Ponadto, chociaż na rozprawie okazało się, że SABAM nie zmienił w istotny sposób poziomu wynagrodzeń żądanych z tytułu udostępnienia organizatorom festiwali utworów muzycznych ze swojego repertuaru[72], właściwe mogłoby się okazać przeprowadzenie analizy historycznej pozwalającej na stworzenie dynamicznego obrazu zmian poziomu wynagrodzeń rzeczywiście zapłaconych przez pozwane w postępowaniu głównym. W tym względzie nie wykluczam, że całkowity brak uwzględnienia wzrostu, o ile zostanie on udowodniony, niektórych kosztów – w szczególności kosztów wynikających ze stosowania przepisów prawnych, takich jak koszty związane z przyjęciem środków bezpieczeństwa lub działań w zakresie ochrony środowiska – oraz wpływ tych kosztów, o ile zostanie on stwierdzony, na kwoty przyjęte jako podstawa obliczenia stawek organizacji zarządzającej, może stanowić pewną wskazówkę co do niesłusznych cen w zakresie, w jakim prowadzi do znacznego wzrostu poziomu wynagrodzeń, a nie wiąże się ze świadczeniem wzajemnym dla użytkowników i nie jest uzasadniony wzrostem kosztów SABAM. Wreszcie, istotne mogłoby się również okazać porównanie z wynagrodzeniami pobieranymi przez SABAM za podobne świadczenia, w miarę możliwości określonymi na podstawie obiektywnych kryteriów w ramach oceny, której dokonanie należy do sądu odsyłającego.

4. W przedmiocie części pierwszej pytania prejudycjalnego

73. W części pierwszej pytania prejudycjalnego sąd odsyłający zwraca się zasadniczo do Trybunału z pytaniem, czy nadużycie pozycji dominującej występuje, gdy organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi zajmująca w państwie członkowskim faktyczną pozycję monopolistyczną stosuje wobec organizatorów wydarzeń muzycznych model wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworów muzycznych, wykorzystujący stopniowaną stawkę ryczałtową zamiast stawki uwzględniającej dokładny udział repertuaru chronionego przez tę organizację, który został wykorzystany podczas wydarzenia.

72 Jak już zauważyłem powyżej (zob. przypis 13 niniejszej opinii), wydaje się jednak, że postępowanie toczące się przed sądem apelacyjnym w Brukseli dotyczy między innymi niedawnego wzrostu stawek stosowanych przez SABAM wobec festiwali.

74. Również w tym przypadku aspektem spornym w postępowaniach głównych nie jest bezpośrednio poziom wynagrodzeń, lecz zastosowanie szczególnej metody obliczenia, która sama w sobie byłaby nieuczciwa, ponieważ nie pozostaje w rozsądnym związku ze świadczeniem wykonanym przez organizację zarządzającą.

75. Zdaniem W.W i WCD z wyroków Kanal 5 i OSA wynika, że przy ustalaniu wynagrodzenia organizacji zarządzających należy wziąć pod uwagę rzeczywiste wykorzystanie utworów należących do repertuaru tych organizacji. Spółki te twierdzą w szczególności, że istnieją różne techniki pozwalające na dokładne i bezbłędne określenie rzeczywiście wykonanych utworów muzycznych, a zatem udziału repertuaru organizacji zarządzającej, który został rzeczywiście wykorzystany. Powołują się one w szczególności na program opracowany przez niderlandzką spółkę DJ Monitor. Zastosowanie tych technik nie wiązałoby się z dodatkowymi kosztami dla SABAM, a w każdym razie nie w sposób nadmierny, ponieważ SABAM musiałby w każdym razie przeanalizować wykaz wykonanych utworów w celu dokonania podziału wynagrodzeń między osoby uprawnione. SABAM nie zgadza się z ogólnym zakresem, jaki W.W i WCD przypisują wyrokowi Kanal 5. Wyrok ten dotyczył wyłącznie nadawców telewizyjnych, to znaczy podmiotów działających w sektorze, w którym intensywność korzystania z utworów muzycznych jest zmienna, a nie podmiotów takich jak W.W i WCD, których wydarzenia skupiają się na muzyce. O ile, zdaniem SABAM, właściwe jest obliczenie wynagrodzeń należnych od pierwszych z wymienionych podmiotów poprzez zastosowanie zmiennego udziału w zależności od wykonanych utworów muzycznych, o tyle w przypadku wydarzeń muzycznych takich jak będące przedmiotem postępowania głównego wynagrodzenie mogłoby być zawsze wyrażone jako stały odsetek obrotów lub jako zmienny odsetek w formie ryczałtu.

76. W świetle uwag stron postępowania głównego należy przede wszystkim uściślić zakres wyroku Kanal 5, który strony te różnie interpretują. Pragnę przypomnieć, że w wyroku tym Trybunał wyjaśnił, iż stawki obliczane na podstawie przychodów spółek zajmujących się emisją telewizyjną i ilości nadawanej muzyki mogą mieć charakter nadużycia, „jeśli istnieje inna metoda pozwalająca na identyfikację i bardziej precyzyjny pomiar wykorzystania tych utworów, jak i oglądalności, i ta metoda może urzeczywistnić ten sam uzasadniony cel, jakim jest ochrona interesów autorów, kompozytorów i wydawców muzycznych, nie prowadząc jednak do nieproporcjonalnego zwiększenia kosztów zarządzania umowami i nadzoru nad korzystaniem z utworów muzycznych chronionych prawem autorskim”[73].

77. Zauważyłem już powyżej, że Trybunał wielokrotnie potwierdzał zgodność z prawem systemu wynagrodzenia za udostępnienie chronionych utworów muzycznych, którego wysokość jest obliczana na podstawie obrotów użytkownika, i to zarówno w przypadku użytkowników, których działalność jest uzależniona od korzystania z utworów muzycznych, takich jak dyskoteki w wyrokach Basset i Tournier, jak i w przypadku użytkowników, dla których intensywność takiego korzystania jest zmienna w zależności od innych czynników, takich jak nadawcy telewizyjni w wyroku Kanal 5.

78. W związku z powyższym pragnę zauważyć, że już w wyroku Tournier, właśnie w odniesieniu do użytkowników intensywnie korzystających z muzyki, takich jak dyskoteki, oraz w kontekście kwestionującym zgodność z prawem tzw. *blanket licensing*, polegającego na określeniu stałego wynagrodzenia za dostęp do całości repertuaru organizacji zbiorowego zarządzania, niezależnie od rzeczywistego korzystania z chronionych utworów muzycznych, Trybunał wyjaśnił, że nawet jeśli ogólny lub ryczałtowy charakter pobieranego wynagrodzenia sam w sobie nie wiąże się z naruszeniem zakazu stosowania niesłusznych cen, nadużycie może jednak wystąpić w przypadku, gdy istnieją alternatywne metody, które zapewniają taką samą ochronę interesów podmiotów praw autorskich bez dodatkowych kosztów[74]. Ponadto Trybunał wielokrotnie potwierdzał, że w przypadku chronionych utworów udostępnionych publicznie podmiot praw autorskich i jego następcy prawni mają

73 Zobacz wyrok Kanal 5, pkt 40.

74 Zobacz wyrok Tournier, pkt 45.

uzasadniony interes w tym, aby należne wynagrodzenia były obliczane na podstawie rzeczywistej lub prawdopodobnej liczby wykonań [75]. Wreszcie, pragnę zauważyć, że w wyroku Kanal 5, mimo iż rzecznik generalna V. Trstenjak wyraźnie rozróżniła sytuację nadawców telewizyjnych od sytuacji użytkowników intensywnie korzystających z muzyki, wskazując na niezgodność z prawem metody obliczenia wynagrodzenia opartej na stałym odsetku jedynie w pierwszym przypadku, Trybunał uzasadnił wymóg obliczenia wynagrodzenia na podstawie ilości rzeczywiście wykorzystanej muzyki nie w odniesieniu do charakteru nadawców telewizyjnych, lecz bardziej ogólnie, ze względu na konieczność zapewnienia niezbędnego związku między wynagrodzeniem a wartością świadczenia oraz ochrony interesów podmiotów praw [76].

79. W świetle powyższych uwag uważam zatem, podobnie jak Komisja, że w orzecznictwie Trybunału utrwaloną już zasadą jest zasada, zgodnie z którą w przypadku gdy organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi zajmująca pozycję dominującą w państwie członkowskim ma swobodę w obliczaniu kwoty wynagrodzeń należnych jej z tytułu wykonania utworów muzycznych na podstawie obrotów osiągniętych przez użytkownika oraz w ustalaniu, że wynagrodzenia te odpowiadają odsetkowi owych obrotów, który jest zmienny w zależności od wykorzystanej ilości muzyki, lecz obliczony w formie ryczałtu, taka metoda obliczenia może jednak stanowić nadużycie pozycji dominującej, jeżeli istnieją metody alternatywne, które umożliwiają dokładne obliczenie zarówno wykorzystanych utworów muzycznych, jak i oglądalności. Metody te powinny zapewniać taki sam poziom ochrony interesów autorów, kompozytorów i wydawców muzycznych oraz nie mogą prowadzić do nadmiernego wzrostu kosztów własnych organizacji zbiorowego zarządzania. Powyższa zasada ma zastosowanie zarówno w przypadku użytkowników, których działalność zależy całkowicie lub w dużej mierze od wykorzystywania muzyki, jak i w przypadku użytkowników, dla których zakres takiego wykorzystywania jest mniej znaczący i zmienny.

80. Bezsporne jest, że stawka 211, zarówno w wersji mającej zastosowanie do okoliczności faktycznych postępowania głównego, opartej na regule 1/3–2/3, jak i w wersji zmienionej w 2018 r., opartej na przedziałach wynoszących 10%, prowadzi w mniejszym lub większym przybliżeniu do zryczałtowanego ustalenia udziału repertuaru SABAM rzeczywiście wykonanego podczas wydarzeń, do których ma ona zastosowanie. Zgodnie z pierwszą z tych dwóch wersji obniżenie pełnej stawki miało zastosowanie pod warunkiem, że co najmniej jedna trzecia utworów znajdujących się w wykazie przedstawionym przez organizatorów wydarzenia nie należała do repertuaru SABAM. Natomiast poniżej tego progu nie przewidziano żadnego obniżenia. Ze względu na to, że żadne wynagrodzenie nie było należne tylko w przypadku, gdy żaden utwór z repertuaru SABAM nie znajdował się w tym wykazie, co do zasady wykonanie choćby jednego z utworów chronionych przez SABAM mogłoby uzasadniać zastosowanie jednej trzeciej pełnej stawki. Ponadto, jeśli utwory muzyczne z repertuaru SABAM odpowiadały dokładnie jednej trzeciej lub dwóm trzecim utworów, które organizatorzy wydarzenia zamierzali wykonać, SABAM pobierał odpowiednio dwie trzecie stawki lub pełną stawkę. Zgodnie z drugą wersją taryfy trzy przedziały wynoszące 33% zastąpiono dziesięcioma przedziałami wynoszącymi 10%, zmniejszając tym samym różnicę w stosunku do udziału rzeczywiście wykonanych utworów muzycznych z repertuaru SABAM, choć udział ten pozostaje nadal ustalany ryczałtowo.

81. Zgodnie z przytoczonym powyżej orzecznictwem Tournier i Kanal 5 do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, w świetle wszystkich okoliczności sprawy: (i) czy istnieją metody pozwalające na dokładniejszą identyfikację chronionych przez SABAM utworów muzycznych wykonanych podczas wydarzenia (ponieważ wynagrodzenia SABAM są pobierane na podstawie przychodów ze sprzedaży biletów, kwestia określenia publiczności nie występuje); (ii) czy metody te zapewniają taką samą ochronę interesów podmiotów praw autorskich do tych utworów; oraz (iii) czy stosowanie rzeczonych metod nie zwiększa nadmiernie kosztów SABAM, w szczególności w zakresie zarządzania umowami i nadzoru nad korzystaniem z chronionych utworów muzycznych.

75 Zobacz wyroki: z dnia 18 marca 1980 r., Coditel i in. (62/79, EU:C:1980:84); Tournier, pkt 12; Kanal 5, pkt 38.

76 Zobacz wyrok Kanal 5, pkt 36–38.

82. Istotne okoliczności, które sąd odsyłający będzie musiał wziąć pod uwagę w celu dokonania oceny pierwszego z powyższych punktów, obejmują, moim zdaniem, następujące kwestie: (i) dostępność danych dotyczących rzeczywiście wykorzystanych utworów muzycznych oraz zastosowanych technologii[77]; (ii) wiarygodność tych danych i technologii[78]; oraz (iii) okres konieczny do pozyskania danych[79]. Jeśli chodzi o wiarygodność technologii cyfrowych wspomnianych przez W.W i WCD, pragnę zauważyć, z zastrzeżeniem weryfikacji, której dokona sąd odsyłający, że SABAM wskazał w swoich uwagach na piśmie, iż program zastosowany w edycjach wydarzeń artystycznych rozpatrywanych w postępowaniach głównych w latach 2015 i 2016 nie rozpoznał około 8% wykonanych utworów, że technologie te z trudem rozpoznają utwory mieszane oraz że w każdym razie nie można ich wykorzystać do muzyki granej na żywo.

83. Rozpatrując drugą z kwestii wymienionych w pkt 81 niniejszej opinii, sąd odsyłający będzie musiał ocenić zalety i wady metody obliczenia wynagrodzeń zastosowanej przez SABAM, biorąc pod uwagę kontekst, w jakim wynagrodzenia te są naliczane. W tym względzie istotne wydają mi się w szczególności wymienione niżej trzy czynniki. Po pierwsze, konieczne będzie rozważenie, jaka część utworów muzycznych należących do repertuaru SABAM jest zazwyczaj wykonywana podczas wydarzeń rozpatrywanych w postępowaniu głównym w stosunku do całości wykorzystanej muzyki. Nie można bowiem wykluczyć, że zastosowanie metody ryczałtowej byłoby w każdym razie korzystniejsze, biorąc pod uwagę przeciwstawne interesy, w przypadku gdy prawie wszystkie utwory wykonane podczas tego rodzaju wydarzeń należą do repertuaru organizacji zarządzającej. W tym względzie pragnę zauważyć, ponownie z zastrzeżeniem weryfikacji, której dokona sąd odsyłający, że w swoich uwagach na piśmie SABAM potwierdził – czemu W.W i WCD nie zaprzeczyły – iż około 80–90% muzyki wykonywanej podczas festiwali organizowanych przez te spółki pochodzi z jej repertuaru. Po drugie, konieczne będzie dokonanie oceny wpływu stosowania metod alternatywnych na szybkość pobierania wynagrodzeń. Jak podnosi SABAM, możliwe jest bowiem, że z powodu błędów w rozpoznawaniu wykonanych utworów powstaną spory pomiędzy organizacją zarządzającą a organizatorem wydarzenia, mogące opóźnić terminy pobierania wynagrodzeń ze szkodą dla podmiotów tych praw[80]. Po trzecie, konieczne będzie dokonanie oceny ewentualnego wpływu na interesy podmiotów praw rezygnacji z metody stopniowanej stawki ryczałtowej (w obu jej wersjach) przyjętej przez SABAM w świetle systemu podziału praw stosowanego przez tę organizację i struktury kosztów SABAM.

84. W odniesieniu do ostatniej z kwestii wymienionych w pkt 81 niniejszej opinii, dotyczącej kosztów, pragnę zauważyć, że w przeciwieństwie do sformułowania użytego w wyroku Tournier, które zdawało się wykluczać jakikolwiek wzrost kosztów zarządzania lub nadzoru organizacji, w wyroku Kanal 5 stwierdzono, że zastosowanie metody obliczenia pozwalającej na dokładną identyfikację wykonanych utworów muzycznych nie może prowadzić do „nieproporcjonalnego" wzrostu takich kosztów[81]. Jeżeli zatem przejście na taki system może prowadzić do wzrostu kosztów SABAM, wzrost ten musi być ograniczony i musi być możliwy do zrównoważenia korzyściami, jakie przynosi on organizatorom wydarzeń muzycznych. Nadmierny wzrost może bowiem wpłynąć na wysokość wynagrodzeń pobieranych przez twórców i ich następców prawnych w postaci ich uszczuplenia. W postępowaniach głównych W.W. i WCD podnoszą, że koszty związane z wykorzystaniem cyfrowych technik rozpoznawania utworów muzycznych, które zdaniem SABAM są znaczne, zostały przez nie pokryte,

77 W.W i WCD podnoszą, że wykaz utworów, które będą wykonywane, jest zazwyczaj przekazywany SABAM. Ze względu na to, że przedstawienie tego wykazu jest warunkiem uzyskania obniżenia stawki, dane, które wykaz zawiera, są pozyskiwane przez SABAM bez szczególnych interwencji. Natomiast korzystanie z technologii cyfrowych mogłoby okazać się bardziej skomplikowane.

78 Przedstawienie przez organizatorów wykazu utworów, które zostaną wykonane, wymaga nadzoru podczas festiwalu. Stosowanie technologii cyfrowych nie wiąże się co do zasady z tą niedogodnością, jednak należy ocenić ryzyko wystąpienia problemów technicznych podczas wydarzenia.

79 Wykaz utworów, które zostaną wykonane podczas festiwalu, jest udostępniany SABAM, zanim nastąpi wykorzystanie. Natomiast zastosowanie technik cyfrowych umożliwia dostępność danych dopiero po tym, jak wydarzenie miało miejsce.

80 SABAM wskazuje, że przysługuje mu ustawowy termin wynoszący dziewięć miesięcy, liczony od końca roku podatkowego, w którym uzyskano dochody z praw, aby dokonać ich podziału między podmioty tych praw.

81 Zobacz wyroki: Tournier, pkt 45; Kanal 5, pkt 40.

w związku z czym nie wiązały się z dodatkowymi kosztami dla SABAM. Gdyby okoliczność ta została potwierdzona [82], należałoby sprawdzić wysokość kosztów wynikających z ewentualnych błędów lub sporów dotyczących identyfikacji repertuaru SABAM, wspomnianych przez SABAM w uwagach na piśmie. Natomiast argument przedstawiony przez SABAM, zgodnie z którym tylko niektórzy organizatorzy wydarzeń muzycznych są w stanie ponieść koszty związane ze stosowaniem nowych technik cyfrowych, a w przypadku innych organizatorów owe koszty obciążają SABAM, nie wydaje mi się decydujący, ponieważ nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby SABAM stosował różne metody obliczenia dla różnych kategorii klientów, jeżeli takie zróżnicowanie jest uzasadnione i niedyskryminujące.

85. Jeżeli weryfikacje, o których mowa w pkt 81 niniejszej opinii, dadzą wynik pozytywny, struktura stawek SABAM może naruszać zakaz narzucania niesłusznych cen i warunków przewidziany w art. 102 akapit drugi lit. a) TFUE. Struktura stawek oparta na przedziałach ryczałtowych, w których nie uwzględniono faktycznego wykorzystania chronionych utworów muzycznych, oznacza bowiem, w przypadku gdy możliwe jest dokładne (lub dokładniejsze) określenie zakresu takiego wykorzystania (i oglądalności), że mniejsza lub większa część wynagrodzeń otrzymywanych przez tę spółkę nie odpowiada rzeczywiście wykonanemu świadczeniu [83].

86. Nie uważam jednak, aby w wyrokach Tournier i Kanal 5 Trybunał zamierzał ustanowić automatyczną zależność, zgodnie z którą przyjęcie takiej struktury stawek siłą rzeczy prowadziłoby, w okolicznościach określonych w rzeczonych wyrokach i w braku uzasadnienia przedstawionego przez organizację zarządzającą, do stwierdzenia istnienia niesłusznych cen.

87. Jak już zauważyłem powyżej w pkt 70 i 71 niniejszej opinii, przyjęcie określonej metody obliczenia wynagrodzenia za produkty lub usługi oferowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie pozwala samo w sobie jedynie domniemywać istnienia nadmiernych cen, lecz musi być poparte analizą porównawczą poziomu tych cen z ceną referencyjną.

88. Taka analiza porównawcza nie jest konieczna tylko w przypadku, gdy okaże się, że zastosowanie wspomnianej metody obliczenia prowadzi w rzeczywistości do wykluczenia rozsądnego związku między ceną a wartością ekonomiczną oferowanego świadczenia.

89. Dokonanie takiej weryfikacji należy do sądu odsyłającego. Co się tyczy metod porównawczych, z których sąd ten może skorzystać w okolicznościach postępowań głównych, odsyłam do pkt 72 niniejszej opinii.

II. Wnioski

90. W świetle wszystkich powyższych uwag proponuję Trybunałowi, by na pytanie przedstawione przez Ondernemingsrechtbank Antwerp (sąd gospodarczy w Antwerpii) odpowiedział następująco:

Artykuł 102 akapit drugi lit. a) TFUE należy interpretować w ten sposób, że organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, zajmująca w państwie członkowskim faktyczną pozycję monopolistyczną, nie nadużywa swojej pozycji dominującej poprzez narzucanie niesłusznych cen tylko z tego powodu, że przyjmuje ona strukturę stawek, zgodnie z którą wynagrodzenia pobierane za publiczne udostępnianie należących do jej repertuaru chronionych utworów muzycznych podczas festiwali są obliczane poprzez zastosowanie stawki degresywnej do dochodów ze sprzedaży biletów lub do budżetu artystycznego, bez możliwości odliczenia kosztów niezwiązanych bezpośrednio ze

82 W swoich uwagach na piśmie SABAM wskazuje, że w postępowaniu głównym WCD twierdziło, iż koszty te powinny zostać odliczone od dochodów wykorzystanych jako podstawa określenia wynagrodzenia SABAM.

83 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 grudnia 1991 r., Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90, EU:C:1991:464, pkt 19; z dnia 16 lipca 2009 r., Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisja, C-385/07 P, EU:C:2009:456, pkt 141–147.

świadczeniem wykonanym przez tę organizację, oraz poprzez wprowadzenie systemu obniżek opartego na zastosowaniu przedziałów ryczałtowych w celu uwzględnienia udziału utworów muzycznych rzeczywiście wykonanych podczas festiwalu. Nie można jednak wykluczyć, że stosowanie takiej struktury stawek może prowadzić do narzucania niesłusznych cen, w szczególności jeśli istnieje inna metoda pozwalająca na identyfikację i dokładniejsze określenie liczby rzeczywiście wykonanych utworów muzycznych i metoda ta może urzeczywistnić ten sam uzasadniony cel, jakim jest ochrona interesów autorów, kompozytorów i wydawców muzycznych, nie prowadząc jednak do nieproporcjonalnego zwiększenia kosztów zarządzania umowami i nadzoru nad korzystaniem z utworów muzycznych chronionych prawem autorskim. Do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, w świetle wszystkich okoliczności zawisłego przed nim sporu, czy wspomniane przesłanki są spełnione, a jeśli tak, czy narzucanie niesłusznych cen jest poparte dalszymi dowodami wynikającymi w szczególności z porównania ze stawkami stosowanymi w innych państwach członkowskich, skorygowanymi o wskaźnik parytetu siły nabywczej, z porównania z wynagrodzeniami stosowanymi w przeszłości przez tę samą organizację zarządzającą lub z porównania z wynagrodzeniami ustalonymi przez rzeczoną organizację za podobne świadczenia.