

# Tarifas de propiedad intelectual: ¿Cómo aplicar el test de precios excesivos?



Septiembre de 2017

El mes pasado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó una sentencia\* de especial interés para evaluar desde una perspectiva económica la razonabilidad de las tarifas por el uso de derechos de propiedad intelectual. En el marco del litigio entre AKKA/LAA y la autoridad de competencia letona, que impuso a la entidad una sanción por abuso de posición de dominio, el TJUE se ha pronunciado sobre cómo y cuándo un precio puede considerarse excesivo en el contexto de los derechos de propiedad intelectual. Aunque el TJUE no ofrece una fórmula magistral al respecto, es importante resaltar los elementos esenciales para este tipo de análisis que emanan de la sentencia.

- AKKA/LAA\*\*, entidad que gestiona los derechos de autor de obras musicales en Letonia, fue multada en 2013 por tener tarifas excesivas a juicio del Consejo de Competencia.
- Dicha autoridad basó su decisión en una comparación de las tarifas AKKA con las tarifas cobradas en Lituania y Estonia y resolvió que incumbía a AKKA justificar el importe de sus tarifas.
- Paralelamente, soportó la anterior conclusión comparando las tarifas AKKA con las cobradas en otros Estados miembros de la UE.
- La entidad de gestión rebatió la sanción ante el Tribunal Supremo de Letonia, quien acudió al TJUE para responder, entre otros aspectos:
  - Si la comparación con países limítrofes es adecuada y suficiente.
  - Si es válido hacer comparaciones ajustando las tarifas por poder adquisitivo.
  - El punto a partir del cual una diferencia es excesiva. Y
  - Qué elementos podrían justificar de manera objetiva una diferencia sustancial entre tarifas.

## Diferencias significativas en las tarifas de propiedad intelectual cobradas por las EEGG de distintos países podrían ser el origen de una infracción del artículo 102 del TFUE

En respuesta a una de las primeras cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo de Letonia, quien acudió al TJUE con el fin de que le asistiera en la interpretación del Artículo 102 – apartado (a)- del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el alto tribunal fue concluyente en indicar que la presencia de diferencias significativas en las tarifas cobradas por las entidades de gestión de distintos Estados miembros podrían ser indicativas de una infracción por abuso de posición de dominio.

El TJUE añade que el abuso de posición de dominio tendría lugar cuando las tarifas sean excesivas en relación con el valor económico del servicio ofrecido.

Esta cuestión es relevante para las EEGG, primero porque no existen muchos precedentes a nivel europeo en los que se tome una posición con respecto a la existencia de precios supuestamente elevados. Y segundo, porque la condición de monopolio legal de las EEGG las hace, de facto, instituciones dominantes en el mercado.

Una vez establecida la posición con respecto a la aplicabilidad del Art.102, el TJUE entra al núcleo de la cuestión analizando cómo y cuándo un precio es excesivo.

## Preguntas y respuestas sobre la determinación de precios excesivos

Como primera medida el TJUE reconoce que en el caso de los derechos de autor, utilizar la comparación tradicional precio-coste resulta inadecuada para evaluar si las tarifas son excesivas\*\*\*. Esto se debe, básicamente, a que en este mercado el coste de provisión de la licencia no refleja el coste de crear y proveer los contenidos. Por ello, al análisis de concordancia entre las tarifas y el valor se centra en la comparación con las tarifas vigentes en otras jurisdicciones.

## Comparación con países vecinos: ¿es apropiada y suficiente?

Según la Sentencia, utilizar las tarifas de países limítrofes como referencia es adecuado porque éstos suelen tener hábitos de consumo y factores económicos y socio-culturales similares. Esto ofrecería un conjunto de mercados análogos y, por tanto, comparables, sobre la base de criterios objetivos, apropiados y contrastables.

Anota también el TJUE que no existe un número mínimo de países de referencia para que la comparación pueda tomarse como válida.

\* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) en el asunto C-177/16 .\*\* En adelante, AKKA. \*\*\* La opinión de 6 de abril de 2017 del Abogado General del Tribunal Sr. Nihl Wahl ofrece una razonable análisis de los distintos métodos disponibles para evaluar si los precios de un mercado son o no excesivos, indicando que la metodología idónea dependerá de la información disponible y de las características del mercado bajo análisis.

## ¿Se puede ampliar el número de países comparables realizando ajustes a través del PPA?

Con el objetivo de realizar una comparación de tarifas de manera consistente o, dicho de otro modo, utilizando un conjunto de países comparables, el TJUE indica que las posibles diferencias existentes en las condiciones económicas de los países, que harían las tarifas no homogéneas, se podrían corregir ajustando los precios por el índice de paridad de poder adquisitivo (PPA por sus siglas en inglés)<sup>1</sup>.

## ¿A partir de qué punto se considera excesiva una posible diferencia entre tarifas?

A este respecto el Tribunal señala que no existe un baremo que se ajuste a todos los casos. Indica que el umbral a partir del cual la una diferencia entre cánones puede ser excesiva dependerá necesariamente de las características de cada mercado, que definen el contexto económico bajo el cual se deben analizar las tarifas. No obstante, establece como criterio de evaluación que una diferencia es excesiva si es "significativa y persistente".

## "una diferencia entre cánones podrá calificarse de «notable» si, vistos los hechos, es significativa y persistente"<sup>2</sup>

De hecho, el TJUE hace mención directa a la inexistencia de un criterio cuantitativo universal al considerar que en el litigio analizado las diferencias se califican como significativas a pesar de ser inferiores a las que se registraron en los precedentes de referencia. De nuevo, esto pone de manifiesto la importancia de realizar un cuidadoso análisis económico de las tarifas bajo el prisma de las características del mercado en el cual se enmarcan.

La autoridad de competencia letona identificó diferencias entre las tarifas AKKA y la tarifa media de otros estados de la UE del orden del 50% al 100%. El análisis se realizó de manera desagregada, comparando las tarifas por segmentos de usuario, método considerado posteriormente por el TJUE como adecuado.

## ¿Qué elementos podrían ser considerados una justificación objetiva de una diferencia sustancial en los precios?

A pesar de que las diferencias significativas en las tarifas pueden ser indicios de un abuso, el TJUE recuerda que las EEGG pueden justificar las mismas sobre la base de diferencias objetivas entre el país analizado y sus comparables.

En este sentido, pueden tenerse en consideración factores como la relación entre las tarifas y las cantidades finalmente entregadas a los titulares de los derechos, así como en los costes de gestión de los derechos. Dichos elementos pueden diferir entre Estados miembros según la legislación vigente en cada caso, la cual puede establecer conceptos distintos en lo que se refiere a remuneración equitativa o conllevar una mayor carga administrativa en el ejercicio de gestión. En suma, se trata de justificar con elementos objetivos las características específicas de cada mercado.

1 El PPA es un índice que refleja las diferencias existentes entre el poder adquisitivo registrado en distintos países, captura elementos como las diferencias en las condiciones de vida, al comparar los precios de una misma canasta de consumo, teniendo en cuenta el efecto de tasa de cambio.

2 Sentencia TJUE, asunto C-177/16, párrafo 55.

3 Sentencias de 13 de julio de 1989 del TJUE en el asunto Tournier 395/87 en el asunto Lucazeau y otros, 241/88 y 242/88.

4 Orden ECD/2574/2015 de 2 de diciembre.

5 Véase el Artículo 8.1 de la Orden Ministerial.

6 Véase el Artículo 9.2 de la Orden Ministerial.

7 Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahls de 6 de abril de 2017, Asunto C-177/16

## Precedentes: Casos Tournier y Lucaleau

El TJUE se había pronunciado previamente en materia de las tarifas de propiedad intelectual en los casos Tournier y Lucaleau, indicando que si las tarifas establecidas por una entidad de gestión que ostenta una posición dominante en el mercado son apreciablemente mayores a aquellas cobradas en otros Estados miembros de la UE, dicha diferencia debe ser considerada como indicativa de evidencia de abuso de posición de dominio<sup>3</sup>.

Sin embargo, en estos casos el TJUE también fue concluyente en que las diferencias observadas podrían justificarse a través de criterios contrastables y objetivables.

En ambos casos la comparación entre tarifas se realizó utilizando todos los Estados miembros con una base homogénea.

## ¿Cómo encaja con el marco legal español?

La Sentencia tiene similitudes con algunos de los elementos relativos a las características que deben cumplir las tarifas de propiedad intelectual en España, recientemente definidas en la Orden Ministerial ECD/2475 de 2015<sup>4</sup>.

En lo relativo al nivel de las tarifas coinciden en que éstas deben guardar una relación razonable con el valor económico que los derechos confieren a sus usuarios. En términos de la Orden –y del Artículo 102 del TFUE- esto permitiría hablar de tarifas equitativas<sup>5</sup>. La lectura del TJUE al respecto es que, en presencia de tarifas equitativas no habría precios excesivos.

En materia de comparación de tarifas a nivel europeo, ambos marcos indican que existen bases homogéneas, es decir, las tarifas de un conjunto de países son comparables, cuando las estructuras tarifarias son similares y las tarifas se refieren a los mismos servicios y usos.

También coinciden cuando el TJUE concluye que, aún habiendo diferencias entre las tarifas, éstas podrían ser justificadas por diferencias en factores objetivos que afecten a cada sistema tarifario, estableciendo la "carga de la prueba" en las EEGG.

Cabría apuntar una aparente contracción en relación con los costes de gestión. Si bien el TJUE sugiere que estos pueden justificar mayores tarifas – por ejemplo, debido a exigencias regulatorias-, la Orden indicaría lo contrario<sup>6</sup>. El TJUE, no obstante, deja abierta la puerta indicando que no puede descartarse que mayores costes de gestión sean a su vez consecuencia de la ausencia de competencia en la oferta.

"no toda diferencia de precio debe considerarse pertinente a efectos del artículo 102 del TFUE"<sup>7</sup>

Competition Economics KPMG, Madrid

Carlos Pascual Pons | Socio

Adriana Nieto Acostamadiedo | Manager

[kpmg.com/es](http://kpmg.com/es)



© 2012 KPMG Asesores S.L., sociedad española de responsabilidad limitada, es una filial de KPMG Europe LLP y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Derechos reservados. KPMG y el logotipo de KPMG son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el momento en que se tenga acceso a la misma. Cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.