

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА JULIANE КОКОТТ

представено на 13 декември 2007 година<sup>1</sup>

Съдържание

I	— Введение .....	I - 4963
II	— Правна уредба .....	I - 4963
III	— Обстоятелства в основата на спора и ход на производството .....	I - 4966
	А — Концентрацията .....	I - 4966
	Б — Проблемът за съвместното господстващо положение .....	I - 4967
	В — Административната процедура и първото решение на Комисията за разрешаване .....	I - 4969
	Г — Първоинстанционното производство .....	I - 4970
	Д — Производството по обжалване .....	I - 4970
	Е — Новата административна процедура и второто решение на Комисията за разрешаване .....	I - 4971
IV	— Предварителни въпроси по анализа на жалбата .....	I - 4972
	А — Допустимост на отделните правни основания .....	I - 4972
	1. Допустимост на петото правно основание .....	I - 4973
	2. Допустимост на останалите правни основания .....	I - 4974
	3. Междинно заключение .....	I - 4974
	Б — По въпроса дали жалбата е от естество да гарантира осъществяването на преследваната цел .....	I - 4975
	1. По твърдения пропуск на жалбоподателите да оспорят решаваща част от обжалваното съдебно решение .....	I - 4975
	2. По мотивите на обжалваното съдебно решение, които не са в подкрепа на неговия диспозитив .....	I - 4976

<sup>1</sup> — Език на оригиналния текст: немски.

3.	Междинно заключение .....	I - 4977
В —	Запазване на правния интерес .....	I - 4977
V —	Основателност на жалбата .....	I - 4981
А —	Обхват на проучването и степен на мотивираност на решенията на Комисията за разрешаване (първо, второ, трето и шесто правно основание) ...	I - 4982
1.	По мотивирането на решения за разрешаване в областта на контрола върху сливанията (първа и трета част от шестото правно основание) ..	I - 4982
а)	Възможност за отмяна на решения за разрешаване поради липса на мотиви .....	I - 4983
б)	Обхват на задължението за мотивиране .....	I - 4985
—	Обжалваното съдебно решение .....	I - 4986
—	Анализ .....	I - 4987
в)	Други съображения .....	I - 4991
г)	Междинно заключение .....	I - 4993
2.	По препратките на Първоинстанционния съд към изложението на възраженията (първо правно основание и втора част от шестото правно основание) .....	I - 4993
а)	По общото разбиране на Първоинстанционния съд на отношението между решението за разрешаване и изложението на възраженията .....	I - 4994
—	Обжалваното съдебно решение .....	I - 4994
—	Анализ .....	I - 4994
б)	По конкретни препратки на Първоинстанционния съд към изложението на възраженията .....	I - 4997
в)	Междинно заключение .....	I - 5002
3.	По доказателствената стойност на фактите, изложени в отговор на твърденията за нарушения (второ правно основание; първа част от третото правно основание) .....	I - 5002
а)	Обжалваното съдебно решение .....	I - 5002
б)	Анализ .....	I - 5003
4.	По изискванията за доказване при разрешаването на концентрации (втора част от третото правно основание) .....	I - 5005
		I - 4961

а) По твърдяната асиметрия между изискванията към решенията за разрешаване и тези към решенията за забрана .....	I - 5007
— Решенията в областта на контрола върху сливанията са основани на прогнози. ....	I - 5007
— Симетрия между изискванията при разрешаване и при забрана .....	I - 5009
— Няма обща презумпция за съвместимост с общия пазар .....	I - 5011
— Междинно заключение .....	I - 5013
б) По изискванията за доказване, приложени от Първоинстанционния съд в настоящия случай .....	I - 5013
в) Междинно заключение .....	I - 5014
Б — Граници на правомощието на Първоинстанционния съд за преценка на фактите и доказателствата .....	I - 5014
1. Свободата на преценка на Комисията и съдебният контрол върху нея .....	I - 5015
а) Обжалваното съдебно решение .....	I - 5015
б) Анализ .....	I - 5016
2. По оплакването за изопачаване на доказателства .....	I - 5018
а) По точка 425 от обжалваното съдебно решение .....	I - 5019
б) По точка 427 от обжалваното съдебно решение .....	I - 5020
в) По точка 434 от обжалваното съдебно решение .....	I - 5021
3. Междинно заключение .....	I - 5022
В — По използването на поверителна информация в обжалваното съдебно решение (седмо правно основание) .....	I - 5023
Г — Междинно заключение .....	I - 5025
VI — По твърдяната насрещна жалба .....	I - 5025
VII — По съдебните разноски .....	I - 5026
VIII — Заключение .....	I - 5027

## I — Въведение

1. Настоящият случай дава повод за по-нататъшно развитие на практиката на Съда в областта на контрола върху сливанията в ЕО. По същество се поставя изключително важният в практиката въпрос за обхвата на проучването и степента на мотивираност, които може да се изискват от Комисията, когато *разрешава* концентрация между предприятия.

2. В основата на този случай стои процедура за контрол върху сливанията, която се отнася до пазарите на звукозаписи, онлайн музика и музикалната издателска дейност. В края на 2003 г. концерните Bertelsmann и Sony се споразумяват да слоят своята дейност в световен мащаб в областта на звукозаписите. След първоначални съмнения Комисията разрешава планираната концентрация с решение от 19 юли 2004 г.<sup>2</sup> (наричано по-нататък „първото решение за разрешаване“).

3. На концентрацията се противопоставя Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), международно сдружение, учредено по белгийското право, което обединява 2 500 самостоятелни дружества — музикални продуценти. По негово искане с Решение от 13 юли

2006 г.<sup>3</sup> (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“) Първоинстанционният съд отменя първото решение за разрешаване.

4. Съдът е сезиран с жалба на Bertelsmann и Sony срещу обжалваното съдебно решение, като жалбоподателите по същество твърдят, че Първоинстанционният съд е приложил прекомерно строги правни изисквания към решение на Комисията за предоставяне на разрешение и към съдебния контрол върху това решение.

5. В самото начало все пак следва да се разгледа предварителният въпрос дали жалбоподателите въобще имат правен интерес, след като междувремежно, на 3 октомври 2007 г., тяхната концентрация отново е разрешена от Комисията.

## II — Правна уредба

6. Правната уредба на този случай се съдържа в Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (наричан по-нататък

2 — Решение 2005/188/ЕО на Комисията от 19 юли 2004 година за обявяване на концентрация за съвместима с общия пазар и с действието на Споразумението за ЕИП (дело COMP/M.3333 — Sony/BMG) (ОВ L 62, 2005, стр. 30).

3 — Решение от 13 юли 2006 г. по дело Impala/Комисия (T-464/04, Recueil, стр. II-2289).

„Регламент за сливанията“) <sup>4</sup>, изменен с Регламент (ЕО) № 1310/97 на Съвета <sup>5</sup>.

7. Концентрациите с общностно изменение по смисъла на Регламента за сливанията подлежат на забрана за извършване и трябва да се нотифицират до Комисията (членове 4 и 7 от Регламента за сливанията). Тя преценява тяхната съвместимост с общия пазар (член 2, параграф 1 от Регламента за сливанията).

8. Разрешението или забраната на дадена концентрация зависи от това дали тя създава или засилва господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него. Във връзка с това член 2, параграфи 2 и 3 от Регламента за сливанията предвижда следното:

„2. Концентрация, която не създава или засилва господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него, се обявява за съвместима с общия пазар.

3. Концентрация, която създава или засилва господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него, се обявява за несъвместима с общия пазар.“ [неофициален превод]

9. *Процедурата за контрол върху сливанията* се състои от две фази: в първата фаза само се извършва предварителна проверка на планираната концентрация. В случай че предварителната проверка поражда сериозни съмнения относно съвместимостта на концентрацията с общия пазар, във втората фаза тя е последвана от официалната процедура, която Комисията образува на основание член 6, параграф 1, буква в) от Регламента за сливанията <sup>6</sup>.

10. *Правомощията на Комисията за вземане на решение* в рамките на официалната процедура по разследване са определени в член 8 от Регламента за сливанията, както следва:

„1. [...], всяка образувана по член 6, параграф 1, буква в) процедура приключва с решение, предвидено в параграфи 2—5 от настоящия член.

4 — ОВ L 395, стр. 1 и поправка в ОВ L 257, 1990 г., стр. 13).

5 — Регламент (ЕО) № 1310/97 на Съвета от 30 юни 1997 година за изменение на Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 180, стр. 1 и поправки в ОВ L 3, 1998 г., стр. 16 и ОВ L 40, 1998 г., стр. 17).

6 — Ако — както често се случва в практиката — концентрацията въобще не поражда съмнения относно съвместимостта си с общия пазар, разрешението се предоставя без образуване на официалната процедура за контрол върху сливанията, само въз основа на предварителната проверка. Съгласно член 6, параграф 1, буква б) от Регламента за сливанията в такива случаи Комисията приема решение да не се противопоставя и обявява концентрацията за съвместима с общия пазар.

2. Когато Комисията установи, че след извършена при необходимост промяна от страна на засегнатите предприятия концентрацията, за която е постъпила нотификация, отговаря на критериите, установени в член 2, параграф 2, тя издава решение, обявяващо концентрацията за съвместима с общия пазар. [...]

възможността по всяко време на процедурата до консултациите с консултативния комитет да изложат своите становища във връзка с възраженията, повдигнати срещу тях.

[...]

3. Когато Комисията установи, че дадена концентрация отговаря на критериите, установени в член 2, параграф 3, [...] тя издава решение, обявяващо концентрацията за несъвместима с общия пазар.

3. Комисията основава решението си единствено на възраженията, по отношение на които страните са имали възможност да представят бележки. Правото на защита следва да бъде изцяло спазено при процедурата. [...]“ [неофициален превод]

[...]“ [неофициален превод]

11. Преди приемане на евентуално решение за забрана по член 8, параграф 3 от Регламента за сливанията се изслушват предприятията — участници в концентрацията. За целта Комисията им изпраща писмено *изложение на възраженията*, по отношение на което те могат да представят писмени и при необходимост устни становища. Във връзка с това член 18 от Регламента за сливанията постановява<sup>7</sup>:

12. Цялата процедура за контрол върху сливанията се характеризира с *изискване за бързина*, което се реализира най-вече посредством добре балансиран и сравнително строг режим на сроковете и има за цел да ограничи продължителността на процедурата за контрол върху сливанията<sup>8</sup>. Ако Комисията не приеме решение относно съвместимостта на концентрацията с общия пазар в приложимите срокове, възниква *фикция за наличие на разрешение*, формулирана в член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията, както следва:

„1. Преди приемане на решение по [...] член 8, параграфи 3—5 [...] Комисията предоставя на съответните лица, предприятия и обединения на предприятия

8 — Решение от 25 септември 2003 г. по дело Schlüsselverlag J. S. Moser и др./Комисия (С-170/02 Р, Recueil, стр. I-9889, точка 33) и Решение от 22 юни 2004 г. по дело Португалия/Комисия (С-42/01, Recueil, стр. I-6079, точка 51); вж. и Решение на Първоинстанционния съд от 27 ноември 1997 г. по дело Kaysersberg/Комисия (Т-290/94, Recueil, стр. II-2137, точка 113) и Решение от 20 ноември 2002 г. по дело Lagardère и Canal+/Комисия (Т-251/00, Recueil, стр. II-4825, точка 108), както и заключението ми, представено на 26 април 2007 г. по дело Cementbouw Handel & Industrie/Комисия (С-202/06 Р, Сборник, стр. I-12129, точка 41).

7 — Вж. допълнително членове 11—15 от Регламент (ЕО) № 447/98 на Комисията от 1 март 1998 година относно уведомятията, сроковете и изслушванията, предвидени в Регламент № 4064/89 на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 61, стр. 1).

„Ако Комисията не е приела решение в сроковете по [...] в съответствие с член 6, параграф 1, буква б) или в) или с член 8, параграф 2 ) или 3), се счита, че концентрацията е [...] съвместима с общия пазар.“ [неофициален превод]

сливанията<sup>10</sup> обаче съгласно член 26, параграф 1 от него влиза в сила едва на 1 май 2004 г. и следователно не е относим към настоящия случай; съгласно параграф 2 от същия член за случаи като настоящия продължава да се прилага старата правна уредба.

13. По отношение на последиците от отмяна на решение на Комисията от общия съд член 10, параграф 5 от Регламента за сливанията гласи следното:

### III — Обстоятелства в основата на спора и ход на производството

„Когато Съдът на Европейските общности с решение отмени изцяло или отчасти решение на Комисията, взето съгласно настоящия регламент, определените в този регламент срокове започват отново да текат от датата на обявяване на съдебното решение.“ [неофициален превод]

#### A — Концентрацията

14. В повечето процедури за контрол върху сливанията Комисията действа и в качеството на орган за контрол върху сливанията в Европейското икономическо пространство<sup>9</sup> и се произнася по съвместимостта на концентрациите със Споразумението за ЕИП.

16. Bertelsmann AG<sup>11</sup> е международно медийно дружество с дейности на световно равнище в областта на звукозаписите и музикалната издателска дейност, телевизионната и радиодейност, издаването на книги и списания, печатните и медийните услуги, както и музикалните и литературните клубове. В областта на звукозаписите Bertelsmann извършва дейност посредством изцяло притежаваното от него дъщерно дружество Bertelsmann Music Group (BMG)<sup>12</sup>.

15. През 2004 г. са изменени някои съществени аспекти от Регламента за сливанията. *Новият Регламент за*

9 — Член 57, параграф 1 и параграф 2, буква а) от Споразумението за Европейското икономическо пространство (ОВ L 1, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 53, стр. 4, наричано по-нататък: „Споразумението за ЕИП“).

10 — Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (Регламент за сливанията на ЕО) (ОВ L 24, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201, наричан по-нататък и „Регламент № 139/2004“).

11 — Наричано по-нататък „Bertelsmann“.

12 — Във връзка с това и по-нататък вж. точки 3—6 от обжалваното съдебно решение.

17. Sony Corporation of America<sup>13</sup> е част от групата Sony и извършва дейност в световен мащаб в сферите на звукозаписите, музикалната издателска дейност, промишлената и потребителска електроника, както и развлекателните услуги. На пазара в сектора на музикалните звукозаписи Sony присъства посредством Sony Music Entertainment.

18. В съответствие с „Business Contribution Agreement“ („Договор за обединяване на дейностите“) от 11 декември 2003 г. Bertelsmann и Sony се споразумяват да обединят своята дейност в световен мащаб в областта на музикалните звукозаписи (с изключение на дейността на Sony в Япония), като за целта учредят три или повече нови дружества. Планирано е тези съвместни предприятия да работят заедно под наименованието „Sony BMG“.

19. Съгласно договора Sony BMG следва да работи за откриването и популяризирането на изпълнители<sup>14</sup> и за маркетинга и продажбата на произведенията в резултат от тази дейност звукозаписи. За сметка на това Sony BMG няма да извършва свързани дейности като издаване, продуциране и разпространение на звукозаписи.

20. Както потвърждават Bertelsmann и Sony в производството пред Съда, концентрацията е изцяло извършена през 2004 г.

13 — Наричано по-нататък „Sony“.

14 — Импресарска дейност, наречена „A & R“ („Artist and Repertoire“, „Изпълнители и репертоар“).

Б — *Проблемът за съвместното господстващо положение*

21. Подобно на всички концентрации с общностно измерение, и планираната концентрация на Bertelsmann и Sony е трябвало в съответствие с член 2 от Регламента за сливанията да бъде оценена дали може да създаде или засили господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него.

22. Конкретно в случая става въпрос не за евентуално индивидуално господстващо положение на Sony BMG, а за опасността от създаването или засилването на *съвместно господстващо положение* между петима издатели на музикални звукозаписи в световен мащаб<sup>15</sup>, така наречените „водещи компании“ („големите“) в музикалната индустрия, чийто брой в резултат на концентрацията намалява от пет на четири.

23. В своето Решение по дело „Kali & Salz“<sup>16</sup> Съдът вече е уточнил, че понятието за господстващо положение по смисъла на Регламента за сливанията обхваща не само индивидуалното, но и съвместното господстващо положение. Съвместно

15 — В първото решение за разрешаване и в обжалваното съдебно решение се имат предвид следните производители: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WGM) и EMI Group (първоначално Electric and Musical Industries).

16 — Решение от 31 март 1998 г. по дело Франция и др./Комисия, известно като „Kali & Salz“ (С-68/94 и С-30/95, Recueil, стр. I-1375, точки 164—178); вж. освен това Решение на Първоинстанционния съд от 25 март 1999 г. по дело Gencor/Комисия (Т-102/96, Recueil, стр. II-753, точки 123—156).



господстващо положение могат да имат две (дуопол) или повече предприятия (олигопол)<sup>17</sup>.

24. Съвместното господстващо положение не предполага непременно, че членовете на олигопола трябва да действат съвместно *по негласно договоряне*, например като сключват помежду си антиконкурентни споразумения по смисъла на член 81 ЕО<sup>18</sup>. Вместо това съвместното господстващо положение може да се основава на *негласна координация на конкурентното поведение*<sup>19</sup> на всички членове на олигопола. При това положение олигополистите се задоволяват със съответно придобитите от тях пазарни дялове и помежду им вече няма ефективна конкуренция<sup>20</sup>.

25. При все това условие да се приеме наличието на съвместно господстващо положение при тези обстоятелства е съответният пазар като цяло трайно да допуска негласна координация на конкурентното поведение на членовете на олигопола. В този контекст следва да се разглеждат трите критерия, формулирани от Първоинстанционния съд в неговото решение по дело *Airtours/Комисия*<sup>21</sup> за

целите на установяването на съвместно господстващо положение и обобщени в обжалваното съдебно решение, както следва:

„Първо, пазарът трябва да е така прозрачен, че засегнатите предприятия да са способни в достатъчна степен да наблюдават дали се спазват условията на координацията. На второ място, дисциплината изисква да е налице възпиращ механизъм под някаква форма срещу отклонения от общия курс на действие. На трето място, противодействието от предприятия, които не участват в координацията, каквито са настоящите или бъдещи конкуренти, не трябва да е в състояние да застраши очакваните резултати от координацията.“<sup>22</sup>

26. По настоящото дело основно внимание следва да се отдели на първия от трите критерия от дело *Airtours*, а именно въпроса дали пазарите на музикални звукозаписи са достатъчно прозрачни, за да бъдат големите в състояние да координират негласно поведението си. По същество между страните се спори относно обхвата на проучването и степента на мотивираност, които Първоинстанционният съд може да изисква от Комисията в това отношение.

17 — Решение по дело *Gencor/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 16, точки 276 и 277) и Решение от 6 юни 2002 г. по дело *Airtours/Комисия* (T-342/99, Recueil, стр. II-2585, точки 59—61).

18 — Решение от 16 март 2000 г. по дело *Compagnie maritime belge transports и др./Комисия* (C-395/96 P и C-396/96 P, Recueil, стр. I-1365, точка 45) с оглед на член 82 ЕО.

19 — Обикновено това се случва с възприемането на антиконкурентно паралелно поведение. По преписка *COMP/M.2201 — MAN/Auwärter* обаче Комисията преценява дали концентрацията дава възможност за трайно негласно координиране на конкурентното поведение на двама олигополисти извън класическите форми на антиконкурентното паралелно поведение (Решение 2002/335/ЕО, ОВ L 116, 2002 г., стр. 35 — вж. по-специално съображения 33—35 от него).

20 — Като цяло по този въпрос вж. и Решение по дело *Gencor/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 16, точка 276).

21 — Решение по дело *Airtours/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 62).

22 — Точка 247 от обжалваното съдебно решение. В същия смисъл Решение от 8 юли 2003 г. по дело *Verband der freien Rohrwerke и др./Комисия* (T-374/00, Recueil, стр. II-2275, точка 186) и — по отношение на член 82 ЕО — Решение от 26 януари 2005 г. по дело *Piau/Комисия* (T-193/02, Recueil, стр. II-209, точка 111).

В — *Административната процедура и първото решение на Комисията за разрешаване*

нотифицираната концентрация поражда сериозни съмнения по отношение на съвместимостта и с общия пазар и със Споразумението за ЕИП.

27. На 9 януари 2004 г. Комисията получава нотификация за планираната концентрация съгласно член 4 от Регламента за сливанията<sup>23</sup>.

28. По време на фазата на предварителната проверка („фаза I“ от процедурата за контрол върху сливанията) на 20 януари 2004 г. Комисията изпраща въпросник на определен брой участници на пазара.

29. Impala отговаря на въпросника и освен това на 28 януари 2004 г. представя отделно становище, в което излага съображенията си защо Комисията трябва да обяви концентрацията за несъвместима с общия пазар. В становището си Impala изразява опасения от засилена концентрация на пазара и от нейното въздействие върху достъпа до пазара, включително в сектора на разпространението, медиите и Интернет, и върху избора на потребителите.

30. В резултат на това становище на 12 февруари 2004 г. Комисията започва предвидената в член 6, параграф 1, буква в) от Регламента за сливанията официална процедура по разследване („фаза II“ от процедурата за контрол върху сливанията), тъй като

31. На основание член 11, параграф 5 от Регламента за сливанията процедурата е спряна за периода от 7 април до 5 май 2004 г., тъй като участниците в концентрацията не са дали пълен отговор на искане за информация на Комисията<sup>24</sup>.

32. На 24 май 2004 г. Комисията изпраща изложение на възраженията на участниците в концентрацията, в което излага временното заключение за несъвместимост на нотифицираната концентрация с общия пазар и със Споразумението за ЕИП, тъй като тя засилва съвместно господстващо положение на пазара на музикалните звукозаписи и на пазара на едро на лицензите за онлайн музика и съгласува поведението на дружествата майки по несъвместим с член 81 ЕО начин.

33. Участниците в концентрацията отговарят на изложението на възраженията и на 14 и 15 юни 2004 г. се състои изслушване пред служителя по изслушването на Комисията, в което участва Impala.

23 — Във връзка с това и по-нататък вж. точки 2 и 7—11 от обжалваното съдебно решение.

24 — Във връзка с това вж. окончателния доклад на служителя по изслушванията (ОВ С 59, 2005 г., стр. 2).

34. С първото си решение за разрешаване от 19 юли 2004 г. Комисията обявява планираната концентрация за съвместима с общия пазар и със Споразумението за ЕИП на основание член 8, параграф 2 от Регламента за сливанията, като решението за разрешаване е издадено, без да включва условия и задължения.

то е осъдено да понесе една четвърт от направените от него съдебни разноски, като встъпилите страни са осъдени да понесат направените от тях съдебни разноски.

*Г — Първоинстанционното производство*

35. На 3 декември 2004 г. Impala подава в Първоинстанционния съд жалба срещу първото решение за разрешаване, като иска то да бъде отменено<sup>25</sup> и Комисията да бъде осъдена да заплати съдебните разноски. От своя страна Комисията иска жалбата да бъде отхвърлена и Impala да бъде осъдено да заплати съдебните разноски. Исканията и се подкрепят от Bertelsmann и Sony, както и от Sony BMG Music Entertainment, допуснати да встъпят в спора с Определение от 4 февруари 2005 г. на председателя на трети състав на Първоинстанционния съд.

*Д — Производството по обжалване*

37. С обща жалба, подадена в секретариата на Съда на 13 юли 2006 г., Bertelsmann и Sony (наричани по-нататък „жалбоподателите“) искат от Съда:

- да отмени обжалваното съдебно решение,
- да отхвърли искането на Impala за отмяна на решението на Комисията или при условията на евентуалност да върне делото на Първоинстанционния съд за ново разглеждане и

36. С обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд отменя първото решение за разрешаване и осъжда Комисията да понесе направените от нея съдебни разноски, както и да заплати три четвърти от направените от Impala съдебни разноски. Що се отнася до Impala,

- да осъди Impala да заплати съдебните разноски по настоящото производство.

25 — При условията на евентуалност Impala иска да се отмени първото решение за разрешаване в частта му по конкретни въпроси; във връзка с това вж. точка 29, трето тире от обжалваното съдебно решение.

38. Sony BMG Music Entertainment BV се присъединява изцяло към жалбата и исканията на жалбоподателите.

39. Комисията иска от Съда:

- да отмени обжалваното съдебно решение,
- да отхвърли жалбата за отмяна на първото решение за разрешаване или при условията на евентуалност да върне делото на Първоинстанционния съд за ново разглеждане и
- да осъди Impala да заплати съдебните разноски на Комисията по настоящото производство.

40. От своя страна Impala иска от Съда:

- да отхвърли жалбата като неоснователна и/или като частично недопустима, или като изцяло недопустима,
- да потвърди обжалваното съдебно решение и
- да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски по настоящото производство.

41. Съдът разглежда жалбата първо в писмената фаза на производството, а след това в съдебното заседание от 6 ноември 2007 г.

*Е — Новата административна процедура и второто решение на Комисията за разрешаване*

42. В резултат на отмяната на първото решение за разрешаване с обжалваното съдебно решение Комисията провежда нова процедура за контрол върху сливанията<sup>26</sup> по настоящия случай (вж. във връзка с това член 10, параграф 5 от Регламента за сливанията), проведена по необходимост *успoredно с настоящото производство по обжалване*, тъй като обжалването няма суспензивно действие (член 60, първа алинея от Статута на Съда).

43. Поради това на 31 януари 2007 г. концентрацията отново е нотифицирана до Комисията с цел да я прецени от гледна точка на правото на конкуренция, а на 1 март 2007 г. Комисията започва предвидената в член 6, параграф 1, буква в) от Регламента за сливанията официална процедура по разследване („фаза II“).

44. Процедурата за контрол върху сливанията приключва с решение от 3 октомври

<sup>26</sup> — Във връзка с това и със следващите данни вж. пресъобщение IP/07/272 на Комисията от 1 март 2007 г. и пресъобщение IP/07/437 на Комисията от 3 октомври 2007 г.

2007 г., в което на основание член 8, параграф 2 от Регламента за сливанията Комисията отново обявява концентрацията за съвместима с общия пазар и със Споразумението за ЕИП (наричано по-нататък „второто решение за разрешаване“). Това решение не включва условия и задължения.

#### IV — Предварителни въпроси по анализа на жалбата

45. Преди да се разгледа жалбата по същество, е необходимо да се обсъди дали изтъкнатите с нея отделни правни основания са допустими (вж. по този въпрос раздел А по-нататък), дали с тях въобще може да се постигне преследваната от жалбоподателите цел (вж. раздел Б по-нататък) и дали в резултат на между-временно издаденото от Комисията второ решение за разрешаване не е отпаднал интересът на жалбоподателите от продължаване на производството по обжалване (вж. раздел В по-нататък).

#### А — Допустимост на отделните правни основания

46. *Impala* оспорва допустимостта на жалбата в нейната цялост, тъй като с нея се искало само преразглеждане на направената от Първоинстанционния съд преценка на фактите.

47. Предвид това възражение е необходимо да се припомни критерият за обхвата на съдебния контрол, който следва от член 225 ЕО и член 58, първа алинея от Статута на Съда и който Съдът потвърждава в постоянната си практика по производствата по обжалване<sup>27</sup>. Обжалването се ограничава само до правни въпроси. Следователно единствено Първоинстанционният съд е компетентен да установява и преценява релевантните факти, както и да преценява доказателствата, като тази преценка на фактите и доказателствата, освен в случай на тяхното изопачаване, не представлява правен въпрос, който в това си качество подлежи на контрол от Съда в рамките на производство по обжалване.

48. Обратно, въпросът дали Първоинстанционният съд е приложил прекалено строги изисквания към мотивите на решение на Комисията, дали е приложил правилните критерии при своята преценка на фактите и доказателствата и съвсем общо дали правилно е приложил правото в своето решение, е правен въпрос, който може да бъде предмет на обжалване<sup>28</sup>. В същата степен въпросът дали Първоинстанционният съд е дал правилна правна квалификация на фактите и

27 — Вж. например Решение от 22 юни 2006 г. по дело *Storck/CXВП* (C-24/05 P, Recueil, стр. I-5677, точка 36) и Решение от 22 юни 2006 г. по дело *Storck/CXВП* (C-25/05 P, Recueil, стр. I-5719, точка 40); вж. също Решение от 21 септември 2006 г. по дело *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Комисия* (C-105/04 P, Recueil, стр. I-8725, точки 69 и 70), Решение от 10 май 2007 г. по дело *SGL Carbon/Комисия* (C-328/05 P, Сборник, стр. I-3921, точка 41) и Решение от 25 октомври 2007 г. по дело *Kominou и др./Комисия* (C-167/06 P, Сборник, стр. I-141, точка 40).

28 — В този смисъл вж. Решение от 25 януари 2007 г. по дело *Sumitomo Metal Industries/Комисия* (C-403/04 P, Сборник, стр. I-735, точка 40); вж. също моето заключение, представено на 23 февруари 2006 г. по дело *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, Сборник, стр. I-2331, точка 113). Специално по изискванията към задължението за мотивиране вж. Решение от 20 ноември 1997 г. по дело *Комисия/V* (C-188/96 P, Recueil, стр. I-6561, точка 24) и Решение от 20 февруари 1997 г. по дело *Комисия/Daffix* (C-166/95 P, Recueil, стр. I-983, точка 35).

доказателствата и дали въз основа на тях е направил правно допустими изводи<sup>29</sup>, както и дали е спазил правилата относно тежестта на доказване и събирането на доказателствата, е правен въпрос, който подлежи на контрол от Съда<sup>30</sup>.

49. Въз основа на този критерий за контрол настоящата жалба, обратно на поддържаното от Impala, не може да се разглежда като изцяло недопустима. В това отношение по-скоро трябва да се прави разлика между петото правно основание, от една страна, и останалите правни основания, от друга.

1. Допустимост на петото правно основание

50. Що се отнася до петото правно основание, което е свързано с условията за установяване на съвместно господстващо положение, то се състои от уводна част<sup>31</sup> и множество конкретни оплаквания<sup>32</sup>.

29 — Решение от 17 декември 1998 г. по дело Baustahlgewebe/Комисия (С-185/95 P, Recueil, стр. I-8417, точка 23), Решение по дело Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 69), Решение по дело Sumitomo Metal Industries/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 28, точка 39) и Решение по дело SGL Carbon/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 41).

30 — Решение по дело Baustahlgewebe/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 24), Решение по дело Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 70), Решение по дело Sumitomo Metal Industries/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 28, точки 38 и 39), Решение по дело SGL Carbon/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 41) и Решение по дело Komninoи и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 40).

31 — Точки 65—69 от жалбата.

32 — Точки 70—80 от жалбата.

51. *Уводната част* поставя по същество въпроса дали критериите за установяване на съвместно господстващо положение, формулирани навремето от самия Първоинстанционен съд в Решение по дело Airtours<sup>33</sup>, следва да се прилагат с различна степен на строгост в зависимост от това дали е необходимо да се доказва наличието на вече съществуващо съвместно господстващо положение или трябва да се направи за в бъдеще прогноза за опасността от съвместно господстващо положение като последица от дадена концентрация. Следователно посочената уводна част на петото правно основание се отнася до тълкуването на критериите от дело Airtours. Това е правен въпрос, който действително може да бъде предмет на обжалване.

52. По друг начин стои въпросът за останалите *конкретни оплаквания*, които се изтъкват в рамките на петото правно основание и могат да бъдат обобщени, както следва: Първоинстанционният съд не взел предвид нетните цени на едро, които имали решаващо значение за прозрачността на пазара, нито значението на отстъпките върху цените, а вместо това се ограничил да разгледа каталожните цени и цените на дребно. Освен това Първоинстанционният съд направил неправилен извод за прозрачност на отстъпките въз основа на въздействието им върху средните нетни цени, като в допълнение при преценката на прозрачността неправилно счел сложната структура на цените за неотнормирани. Накрая, Първоинстанционният съд погрешно приел разликите в цените и отклоненията в равнищата на цените за неотнормирани към въпроса за прозрачността.

33 — По този въпрос вж. точка 25 от настоящото заключение и Решение по дело Airtours/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 62).

53. Всъщност тези конкретни оплаквания имат за цел не да се упражни контрол по правни въпроси, а преди всичко да се оспори направената от Първоинстанционния съд конкретна преценка на фактите и доказателствата по настоящото дело. Действително значението на каталожните цени, цените на дребно, нетните цени на едро, средните нетни цени, отстъпките върху цените, сложната структура на цените, както и на конкретните разлики и отклонения в равнищата на цените за преценката на прозрачността на даден пазар е въпрос, на който не може да се даде общовалиден отговор, а който зависи от преценката на всички обстоятелства в конкретния случай, и по-точно от специфичните условия на съответния пазар.

54. Иначе казано, в случая целта е да се подтикне Съдът да замени преценката на Първоинстанционния съд на фактите и доказателствата по конкретния случай със своята собствена преценка, което обаче е недопустимо в производството по обжалване. В най-добрия случай пред Съда би могло да се възрази, че Първоинстанционният съд е изопачил факти или доказателства или че в рамките на своята преценка на фактите и доказателствата е нарушил правилата на логиката. В случая обаче не са направени възражения в нито една от двете насоки, а — извън тези изключения — в производството по обжалване Съдът не следва сам да преценява какво значение имат за преценката на прозрачността на пазара в случай като този фактори като каталожни цени, цени на дребно, нетни цени на едро, средни нетни цени, отстъпки от цени, сложната структура на цените, както и конкретни разлики и отклонения в равнищата на цените.

55. Предвид изложеното дотук следва да се заключи, че петото правно основание е допустимо само в уводната си част, но не и по отношение на конкретните оплаквания.

## 2. Допустимост на останалите правни основания

56. За сметка на това считам останалите правни основания за напълно допустими, тъй като те нямат за предмет направената от Първоинстанционния съд преценка на фактите и доказателствата като такава. Всъщност тези правни основания се отнасят до *критериите*, приложени от Първоинстанционния съд, за да провери законосъобразността на първото решение за разрешаване. Освен това става въпрос за *изискванията за доказване*, които Комисията трябва да спазва с оглед на разрешаването на концентрациите. Това са правни въпроси, които могат да бъдат предмет на обжалване.

## 3. Междинно заключение

57. Следователно докато петото правно основание е допустимо само в уводната си част, останалите правни основания са изцяло допустими.

Б — По въпроса дали жалбата е от естество да гарантира осъществяването на преследваната цел

58. Освен току-що разгледания въпрос за допустимостта на отделните правни основания, настоящото дело поставя допълнителния въпрос дали с жалбата въобще може да бъде постигната преследваната от жалбоподателите цел, т.е. отмяната на обжалваното съдебно решение. От една страна, възможно е жалбоподателите да са пропуснали да оспорят решаваща част от обжалваното съдебно решение (във връзка с това вж. подраздел 1 по-нататък), а от друга страна, възможно е тяхната жалба да е насочена срещу части от мотивите на съдебното решение, несъдържащи съществени съображения, на които се основава диспозитивът на обжалваното съдебно решение (по този въпрос вж. подраздел 2 по-нататък).

1. По твърдения пропуск на жалбоподателите да оспорят решаваща част от обжалваното съдебно решение

59. В самото начало Impala изтъква, че като цяло жалбата не може да доведе до отмяна на обжалваното съдебно решение, тъй като жалбоподателите пропуснали да оспорят със своята жалба решаваща част от обжалваното съдебно решение.

60. Според Impala жалбата всъщност е насочена само срещу съображенията на Първоинстанционния съд по въпроса за *засилването* на вече съществуващо съвместно господстващо положение, за разлика от което с нея не се оспорвали разсъжденията на Първоинстанционния

съд в точка 528 от обжалваното съдебно решение за възможното *създаване* на съвместно господстващо положение. Затова дори да се приеме, че жалбата ще бъде изцяло уважена, според Impala тя не може да доведе до отмяна на обжалваното съдебно решение, тъй като оставала неоспорена констатацията на Първоинстанционния съд в точка 528 относно други грешки при прилагане на правото, допуснати в първото решение за разрешаване.

61. Според мене този довод е неубедителен.

62. Вярно е, че жалбоподателите са длъжни точно да посочат пороците на решението, чиято отмяна се иска, както и правните доводи, с които по специфичен начин се подкрепя такава искане<sup>34</sup>, но това не означава, че при съставянето на своята жалба са длъжни да се съобразяват със структурата на обжалваното съдебно решение до най-малката подробност и да оспорват всеки раздел от това съдебно решение с отделно правно основание.

63. По настоящото дело жалбоподателите по никакъв начин не са насочили жалбата си само срещу първия от разглежданите на това място раздели от съдебното решение, т.е. срещу съображенията на Първоинстанционния съд по въпроса за засилването на съществуващо съвместно господстващо положение на пазара на музикални звукозаписи<sup>35</sup>. Подобно ограничение на исканията в жалбата не би

34 — Постоянна съдебна практика; вж. само Решение от 1 февруари 2007 г. по дело Sison/Съвет (С-266/05 Р, Сборник, стр. I-1233, точка 23) и Решение от 11 септември 2007 г. по дело Lindorfer/Съвет (С-227/04 Р, Сборник, стр. I-6767, точка 45).

35 — Точки 44—481 от обжалваното съдебно решение.



било в съответствие с декларираната от тях цел, а именно с жалбата си да постигнат цялостна отмяна на обжалваното съдебно решение. Действително тази цел е постижима само ако жалбата трябва да се разбира като оспорване на двата разглеждани раздела от обжалваното съдебно решение<sup>36</sup>, тоест както на раздела относно засилването на вече съществуващо господстващо положение, така и на този за създаването на такова положение.

64. Обстоятелството, че жалбата не е насочена само срещу един раздел от съдебното решение, се подкрепя и от уводните бележки на жалбоподателите в началото на жалбата, в които при изброяването на конкретните оспорвани части от обжалваното съдебно решение изрично се споменава точка 528 от това съдебно решение, както и точки 533, 539 и 541 от посоченото съдебно решение, които също се отнасят до въпроса за *създаването* на съвместно господстващо положение<sup>37</sup>. Освен това в редица точки от своята жалба жалбоподателите изрично споменават в съображенията си общия извод, формулиран от Първоинстанционния съд в точки 542 и 543 от обжалваното съдебно решение<sup>38</sup>.

65. При тези обстоятелства не може да се твърди, че жалбата е насочена само срещу съображенията на Първоинстанционния съд по въпроса за *засилването* на вече съществуващо съвместно господстващо положение и че затова тя трябва да бъде отхвърлена изцяло като неотнормисима (на френски език: „inopérant“).

36 — Вж. както точки 44—481, така и точки 482—541 от обжалваното съдебно решение.

37 — Точка 17 от жалбата. Подобни позовавания има и по-конкретно в точки 26, 94 от жалбата и в бележка под линия 6 от нея.

38 — Точки 17, 59 и 81 от жалбата.

2. По мотивите на обжалваното съдебно решение, които не са в подкрепа на неговия диспозитив

66. Друго е положението, що се отнася до уводната част от петото правно основание, което, както вече се посочи<sup>39</sup>, представлява единствената допустима част от това правно основание.

67. По същество тази уводна част поставя въпроса дали критериите, формулирани от самия Първоинстанционен съд в Решение по дело *Airtours*<sup>40</sup> с цел да се установи наличието на съвместно господстващо положение, трябва да се прилагат с различна степен на строгост в зависимост от това дали е необходимо да се доказва наличието на вече съществуващо съвместно господстващо положение или трябва да се направи за в бъдеще прогноза за опасността от създаване на съвместно господстващо положение като последица от дадена концентрация. В първия случай Първоинстанционният съд подкрепя по-смекчено прилагане на критериите от дело *Airtours*, отколкото във втория<sup>41</sup>.

68. В това отношение основното възражение на жалбоподателите е срещу точка 251 от обжалваното съдебно решение. В нея Първоинстанционният съд посочва, че наличието на (вече) съществуващо съвместно господстващо положение може, „ако случаят го изисква, да бъде косвено установено въз основа на

39 — Вж. по-горе точки 50—55 от настоящото заключение.

40 — Във връзка с това вж. точка 25 от настоящото заключение и Решение по дело *Airtours*/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 62).

41 — В този смисъл точки 249—253 от обжалваното съдебно решение

свкупност от улики и доказателства, евентуално дори твърде разнородни, свързани с присъщите признаци, прояви и явления при наличието на съвместно господстващо положение“.

69. Както обаче самите жалбоподатели правилно посочват<sup>42</sup>, конкретната оспорвана част и изведените от Първоинстанционния съд във връзка с това правни съображения са *obiter dicta*. В целия раздел от обжалваното съдебно решение, от точка 245 до точка 253, Първоинстанционният съд всъщност не извършва проверка на някое от основанията за отмяна, изтъкнати от Impala в първоинстанционното производство, а просто взема становище *obiter dicta* по прилагането на критериите за установяване на наличието на съвместно господстващо положение.

70. Това обстоятелство проличава особено при прочита на конкретната оспорвана част от съдебното решение във връзка с точка 254 от обжалваното съдебно решение, в която Първоинстанционният съд се ограничава да провери първото решение за разрешаване изрично само с оглед на въпроса дали критериите от дело *Airtours* са изпълнени: „[...] при разглеждането на повдигнатите правни основания Първоинстанционният съд ще се ограничи да провери дали решението правилно прилага условията, произтичащи от Решение по дело *Airtours*. [...]“. В замяна на това в своето решение Първоинстанционният съд не разглежда изрично въпроса дали може да се приеме наличието на господстващо положение и „без да е необходимо положително да се установи прозрачността на пазара“. Този въпрос „не бил обсъждан“ в първоинстанционното производство.

42 — Точка 67 от жалбата.

71. Следователно доколкото уводната част от петото правно съображение не се отнася до съществени мотиви на съдебното решение, а единствено до допълнителни съображения на Първоинстанционния съд, тя не може да доведе до отмяна на обжалваното съдебно решение. В съответствие с постоянната съдебна практика тази част от жалбата следва да се отхвърли като неотнотсима („*inopérant*“)<sup>43</sup>.

### 3. Междинно заключение

72. Предвид гореизложеното само петото правно основание, доколкото то въобще е допустимо, трябва да се отхвърли като неотнотсимо. В замяна на това всички останали правни основания са от естество да гарантират осъществяването на преследваната от жалбоподателите цел.

### В — Запазване на правния интерес

73. По отношение на допустимите и относими правни основания остава да се разгледа дали междувременно не е отпаднал интересът на жалбоподателите от продължаване на производството по обжалване.

43 — Решение от 18 март 1993 г. по дело Парламент/ Frederiksen (C-35/92 P, Recueil, стр. I-991, точка 31), Решение от 8 май 2003 г. по дело T. Port/Комисия (C-122/01 P, Recueil, стр. I-4261, точка 17), Решение от 28 юни 2005 г. по дело Dansk Rørindustri и др./Комисия (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P—C-208/02 P и C-213/02 P, Recueil, стр. I-5425, точка 148) и Решение от 13 септември 2007 г. по дело Common Market Fertilizers/ Комисия (C-443/05 P, Recueil, стр. I-7209, точка 137).

74. С изискването за правен интерес на процесуално равнище се гарантира, че съдилицата няма да бъдат сезирани, за да дават становище по чисто хипотетични правни въпроси. Затова правният интерес е абсолютна процесуална предпоставка, за чието наличие се следи служебно и може да бъде от значение на различни етапи от производството. Следователно правният интерес трябва несъмнено да бъде налице към момента на подаване на иска или жалбата. Той обаче трябва да продължи да съществува и след този момент до постановяване на съдебното решение по същество<sup>44</sup>.

75. Правен интерес е налице, докато искът или жалбата може да донесе полза на страната, която го/я е подала<sup>45</sup>.

76. Безспорно към момента на подаване на своята жалба жалбоподателите са имали правен интерес, тъй като от момента на отмяната на първото решение за разрешаване от Първоинстанционния съд Bertelsmann и Sony са били лишени с обратна действие от необходимото съгласно Регламента за сливанията разрешение на тяхната концентрация. Исканата с жалбата отмяна на обжалваното съдебно решение е можела отново да породи правното действие на това решение за разрешаване и следователно жалбата е можела отново да им донесе полза.

77. При все това от момента на издаването на второто решение за разрешаване засегнатите предприятия отново разполагат с разрешение в съответствие с Регламента за сливанията. Що се отнася до разпоредителната му част, второто решение по нищо не се различава от първото, като и двете обявяват концентрацията за съвместима с общия пазар и със Споразумението за ЕИП без налагане на условия и задължения. Освен това новото разрешаване на концентрацията на първо време прекратява съществуващото от датата на отмяна на първото решение за разрешаване на *състояние на висящност*, в което засегнатите предприятия и пазарите не са могли да бъдат сигурни дали концентрацията е била извършена законно съобразно. Съобразно заглавната в член 7, параграф 5 от Регламента за сливанията правна концепция<sup>46</sup> по-специално второто решение за разрешаване действа с обратна сила от момента на сключването на правните сделки, посредством които е извършена концентрацията („действие *ex tunc*“).

78. Всичко това не означава непременно че настоящата жалба е *безпредметна*, тъй като тя не е насочена пряко срещу първото решение за разрешаване на Комисията, а срещу обжалваното съдебно решение на Първоинстанционния съд, което продължава да е в сила. Съответно възможността да се установи липса на основание за постановяване на съдебно решение по същество (член 92, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда) е неприложима в производството по обжалване (вж.

44 — Относно изискването за правен интерес в производството по обжалване вж. Решение от 19 октомври 1995 г. по дело Rendo и др./Комисия (C-19/93 P, Recueil, стр. I-3319, точка 13); в същия смисъл, за правния интерес в първоинстанционното производство, вж. Решение от 7 юни 2007 г. по дело Wippenburger/Комисия (C-362/05 P, Сборник, стр. I-4333, точка 42) и Определение на Първоинстанционния съд от 17 октомври 2005 г. по дело First Data и др./Комисия (T-28/02, Recueil, стр. II-4119, точки 35—37).

45 — Решение по дело Rendo и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 13), Решение от 13 юли 2000 г. по дело Парламент/Richard (C-174/99 P, Recueil, стр. I-6189, точка 33) и Решение от 3 април 2003 г. по дело Парламент/Samper (C-277/01 P, Recueil, стр. I-3019, точка 28).

46 — Поради факта че спорната концентрация е извършена към момент, в който първото решение за разрешаване все още е било в сила, условията на член 7, параграф 5 от Регламента за сливанията не са приложими към настоящия случай. Заглавната в основата на тази разпоредба идея за временна неприложимост и за действително с обратна сила саниране на висящото положение обаче може успешно да се приложи към настоящия случай.

член 118 от Процедурния правилник на Съда)<sup>47</sup>.

79. При все това съществуването на второто решение за разрешаване поставя въпроса дали жалбата все още може да донесе полза на жалбоподателите, тоест дали те все още имат интерес от продължаване на производството по обжалване.

80. Обстоятелството, че в обжалваното съдебно решение жалбоподателите са осъдени да понесат собствените си съдебни разноски по първоинстанционното производство, само по себе си в никакъв случай не поражда правен интерес за тях. Всъщност съгласно член 58, втора алинея от Статута на Съда размерът на присъдените разноски не подлежи на отделно обжалване. По същата причина Съдът отхвърля правно основание за обжалване на първоинстанционно решение по размера на присъдените разноски като недопустимо, ако това е единственото останало от няколко други правни основания и ако по делото вече е установено, че всички други правни

основания няма да бъдат уважени<sup>48</sup>. Интересът от отмяна на първоинстанционно решение по размера на присъдените разноски също така сам по себе си не може, предвид смисъла и целта на член 58, втора алинея от Статута на Съда, да оправдае продължаването на производството по обжалване. Затова продължаването на производството по обжалване изисква да е налице правен интерес на жалбоподателите, който продължава да съществува извън въпроса за присъдените разноски на първа инстанция.

81. По настоящото дело обаче жалбоподателите имат явен интерес да получат възможно най-бързо не само просто разрешение, а *окончателно* разрешение за концентрацията им. Едва тогава за засегнатите предприятия и въобще за пазарите действително ще е налице окончателно правна сигурност относно правомерното извършване на концентрацията.

82. На този етап второто решение за разрешаване не може да предложи подобна правна сигурност, тъй като не може да стане окончателно в обзрим период от време. В допълнение към съобщаването на неговите адресати (член 254, параграф 3 ЕО), решението трябва да

47 — Независимо от това понякога Съдът приема, че липсва основание за постановяване на решение по същество, когато се установи, че жалбоподателят вече е постигнал целта си (Определение от 23 октомври 2001 г. по дело *Una Film „City Revue“*/Парламент и Съвет, С-281/00 Р, точки 4 и 5 и Определение от 23 октомври 2001 г. по дело *Davidoff*/Парламент и Съвет, С-313/00 Р, точки 4 и 5), но и ако се установи, че жалбоподателят вече не може да постигне целта си (Решение от 15 февруари 2005 г. по дело *Комисия/Tetra Laval*, С-13/03 Р, Recueil, стр. I-1113, точки 21—23, Определение от 27 февруари 2002 г. по дело *Reisebank/Комисия*, С-477/01 Р (R), Recueil, стр. I-2117, точки 24—28 и Определение от 27 февруари 2002 г. по дело *Sommerbank/Комисия*, С-480/01 Р (R), Recueil, стр. I-2129, точки 23—27). Както ще посоча по-нататък, в настоящия случай не е налице нито едната, нито другата хипотеза.

48 — Вж. например Решение от 14 септември 1995 г. по дело *Henrichs/Комисия* (С-396/93 Р, Recueil, стр. I-2611, точка 66), Решение от 12 юли 2001 г. по дело *Комисия и Франция/TF1* (С-302/99 Р и С-308/99 Р, Recueil, стр. I-5603, точка 31), Решение от 30 септември 2003 г. по дело *Freistaat Sachsen и др./Комисия* (С-57/00 Р и С-61/00 Р, Recueil, стр. I-9975, точка 124) и Решение от 26 май 2005 г. по дело *Tralli/ЕЦБ* (С-301/02 Р, Recueil, стр. I-4071, точка 88).

се публикува в *Официален вестник на Европейския съюз* (член 20, параграф 1 от Регламента за сливанията). Едва след това публикуване<sup>49</sup>, което все още не е извършено, започва да тече за трети лица срокът за обжалване<sup>50</sup>. Срокът за обжалване може да започне да тече за трети лица от по-ранен момент само ако целият текст на второто решение за разрешаване е станал публично достояние на по-ранна дата по някакъв друг начин, например в Интернет, и ако за това има подходящо указание в *Официален вестник на Европейския съюз*<sup>51</sup>. Обратно, обстоятелството, че текстът на решението е станал известен на отделни трети лица, и по-специално на Impra, под формата на неверителен вариант, не може да влияе върху началния момент на срока за обжалване<sup>52</sup>, а с това и

върху момента, в който решението евентуално ще стане окончателно<sup>53</sup>.

83. В случай че по искане на трето лице Първоинстанционният съд трябва да отмени и второто решение за разрешаване, то и занаяд би възникнало отново състояние на висящност, в което засегнатите предприятия няма да имат разрешение за своята концентрация в съответствие с Регламента за сливанията. Подобно състояние на несигурност в продължение на много месеци и дори години би могло да има неблагоприятни последици за засегнатите предприятия и пазарите.

49 — По-точно казано, срокът за обжалване по член 230, параграф 5 ЕО започва да тече в съответствие с член 102, параграф 1 от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд с изтичането на четиринадесетдневен срок след публикуването на решението в *Официален вестник на Европейския съюз*. Разбира се, това предполага в този Официален вестник да е публикуван неверителен вариант на целия текст или поне едновременно с това текстът да е станал публично достъпен в Интернет. Ако не са изпълнени тези условия, срокът за обжалване започва да тече едва когато на потенциалния жалбоподател — освен ако това вече не е сторено — е предоставен такъв вариант на целия текст (в този смисъл Решение от 6 юли 1988 г. по дело Dillinger Hüttenwerke/Комисия, 236/86, стр. 3761, точка 14).

50 — Решение на Първоинстанционния съд от 6 октомври 1999 г. по дело Kneissl Dachstein/Комисия (T-110/97, Recueil, стр. II-2881, точки 41 и 42) и Решение по дело Salomon/Комисия (T-123/97, Recueil, стр. II-2925, точки 42 и 43), както и Определение от 25 май 2004 г. по дело Schmoldt и др./Комисия (T-264/03, Recueil, стр. II-1515, точки 51—53 и 56).

51 — Решение на Първоинстанционния съд от 15 юни 2005 г. по дело Olsen/Комисия (T-17/02, Recueil, стр. II-2031, точка 80, потвърдено с Определение на Съда от 4 октомври 2007 г. по дело Olsen/Комисия, C-320/05 P) и Определение на Първоинстанционния съд от 19 септември 2005 г. по дело Air Bourbon/Комисия (T-321/04, Recueil, стр. II-3469, точки 34 и 37).

52 — Решение по дело Olsen/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 51, точка 81). По субсидиарното прилагане на момента, в който жалбоподателят узнава за решение, които предстои да бъде публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз*, вж. също Решение от 10 март 1998 г. по дело Германия/Съвет (C-122/95, Recueil, стр. I-973, точка 35) и Решение на Първоинстанционния съд от 12 декември 2000 г. по дело Alitalia/Комисия (T-296/97, Recueil, стр. II-3871, точка 61), както и Определение от 11 декември 2006 г. по дело MMT/Комисия (T-392/05, Recueil, стр. II-97, точка 25).

84. С цел да се избегне по възможност настъпването на ново състояние на висящност с неговите неблагоприятни последици, за жалбоподателите е особено важно да продължат настоящото производство по обжалване и възможно най-бързо общностният съд да постанови окончателно решение по законосъобразността на *първото решение за разрешаване*. Дори и да се приеме, че ако уважи жалбата, Съдът не следва сам да постанови окончателно решение по настоящото дело, тъй като фазата на производството не позволява това, а следва да

53 — Само по съображения за изчерпателност се посочва, че не се има предвид *формално оповестяване* (съобщение) на решението на трето лице, с което би могло да започне да тече приложимият спрямо това лице срок за обжалване. Съгласно член 254, параграф 3 ЕО решенията се съобщават само на „нези, до които са адресирани“. В областта на контрола върху сливанията това са предприятията, участници в концентрацията, и компетентните органи на държавите-членки; понастоящем в същия смисъл — член 8, параграф 8 от Регламент № 139/2004.

върне делото на Първоинстанционния съд (член 61, параграф 1 от Статута на Съда), би било напълно възможно окончателното съдебно решение по законосъобразността на *първото* решение за разрешаване да бъде постановено във времето по-рано, отколкото това по законосъобразността на *второто*.

85. При тези обстоятелства продължаването на настоящото производство по обжалване се подкрепя и от изискването за бързина, което е характерно за контрола върху сливанията на общностно равнище<sup>54</sup>. По този начин е напълно възможно да се избегне ненужно забавяне на настъпването на правна сигурност за участващите в концентрацията предприятия в резултат на жалби за отмяна, подадени от трети лица.

86. Като цяло считам, че понастоящем решението на Съда все още може да донесе полза на жалбоподателите и следователно те имат достатъчен правен интерес от продължаване на настоящото производство по обжалване.

87. В замяна на това ако след приключване на устната фаза на производството, но преди Съдът да постанови решение по настоящото дело, второто решение за разрешаване стане окончателно, предвид информацията, с която понастоящем разполагам, това би следвало да доведе до отпадане на правния интерес на жалбоподателите. В такъв случай обаче считам за необходимо повторното изслушване на

страните в производството по въпроса за правния интерес.

88. Във всеки случай не намирам за убедителна бегло разгледаната в съдебното заседание идея за продължаване на настоящото производство само поради факта че в случая Комисията подкрепя отделни правни основания, изтъкнати от Bertelsmann и Sony. Вярно е, че общностните институции имат привилегировано положение по отношение на подадени от самите тях жалби (член 56, параграфи 2 и 3 от Статута на Съда), и по-специално не са длъжни да доказват правен интерес от подобни жалби<sup>55</sup>, но когато самата институция е не жалбоподател, а друга страна в производството, интересът от изхода на жалбата и от изясняването на определени правни въпроси от Съда сам по себе си не може да компенсира липсата на правен интерес у жалбоподателите.

## V — Основателност на жалбата

89. Жалбоподателите оспорват обжалваното съдебно решение с общо седем правни основания, като изтъкват правни въпроси от основно значение за системата на контрол върху сливанията на общностно равнище. Вярно е, че тези правни въпроси са поставени все още с

54 — Вж. във връзка с това точка 12 от настоящото заключение.

55 — Решение от 8 юли 1999 г. по дело Комисия/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Recueil, стр. I-4125, точка 171) и Решение от 22 февруари 2005 г. по дело Комисия/max. mobil (C-141/02 P, Recueil, стр. I-1283, точка 48).

оглед на „стария“ Регламент за сливанията, при все това отговорът на тези въпроси е от значение и за преработения Регламент за сливанията (Регламент № 139/2004), тъй като двата регламента не се различават съществено по спорните в настоящото дело въпроси.

90. Тъй като отделните правни основания отчасти се припокриват, уместно е те да се групират съобразно изложените в тях съображения по същество и в съответствие с това да се разгледат в друга поредност. Единствено петото правно основание не е необходимо повече да се разглежда по-нататък, тъй като, както вече се отбеляза, то е отчасти недопустимо, отчасти неотнормено („inopérant“)<sup>56</sup>.

*A — Обхват на проучването и степен на мотивираност на решенията на Комисията за разрешаване (първо, второ, трето и шесто правно основание)*

91. Първото, второто, третото и шестото правно основание се отнасят конкретно до обхвата на проучването и степента на мотивираност, които Комисията трябва да осигури, когато разрешава концентрация между предприятия.

<sup>56</sup> — Вж. по-горе, точки 50—55 и 66—71 от настоящото заключение.

92. Основният довод на жалбоподателите е, че Първоинстанционният съд е приложил прекомерно строги изисквания към решение за разрешаване на Комисията и към съдебния контрол, упражняван върху това решение. Този довод отчасти е подкрепен от Комисията<sup>57</sup>, като *Impala*, обратно, поддържа изцяло обжалваното съдебно решение.

1. По мотивирането на решения за разрешаване в областта на контрола върху сливанията (първа и трета част от шестото правно основание)

93. Започвам анализа си с първата и третата част от шестото правно основание<sup>58</sup>. В него жалбоподателите изтъкват, че Първоинстанционният съд е приложил неправилни и прекомерно високи изисквания към мотивирането на решенията за разрешаване на Комисията в областта на контрола върху сливанията.

94. Най-напред следва да се изясни дали решенията за разрешаване на Комисията

<sup>57</sup> — Според писмения и отговор в производството по обжалване Комисията подкрепя първото и второто правно основание, както и първата част от третото правно основание.

<sup>58</sup> — Доколото с шестото правно основание се твърди, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагането на правото, като се е позовал на изложението на възраженията (втора част от шестото правно основание), то ще бъде разгледано по-нататък във връзка с първото правно основание (вж. точки 145—183 от настоящото заключение). Доколото шестото правно основание се отнася до изискванията към съдържанието на решение за разрешаване (четвърта част от шестото правно основание), то се припокрива с втората част от третото правно основание и с четвъртото правно основание и ще бъде разгледано в техния контекст (точки 201—232, съответно точки 233—268 от настоящото заключение).

въобще могат да бъдат отменени поради непълнота на мотивите. При положителен отговор следва да се поясни какъв е обхватът на задължението за мотивиране и дали във връзка с това Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото по настоящото дело.

а) Възможност за отмяна на решения за разрешаване поради липса на мотиви

95. Според жалбоподателите решение за разрешаване на Комисията по отношение на контрола върху сливанията въобще не може да бъде отменено поради липса на мотиви.

96. Този довод ми звучи неубедително.

97. Съгласно член 253 ЕО решенията на Комисията трябва да бъдат мотивирани. Това задължение за мотивиране е израз на принципа на правовата държава и във връзка с правото на добра администрация е залегнало в член 41, параграф 2 от Хартата на основните права на Европейския съюз<sup>59</sup>. То следва не само да даде възможност за независим контрол на

59 — ОВ С 364, 2000 г., стр. 1. Действително самата Харта на основните права не поражда задължително правно действие, сравнено с това на първичното право, но като източник на правни познания предоставя информация за основните права, гарантирани от общностното право; във връзка с това вж. Решение от 27 юни 2006 г. по дело Парламент/Съвет, известно като „делото за събирането на семейството“ (С-540/03, Recueil, стр. I-5769, точка 38) и точка 108 от моето заключение, представено на 8 септември 2005 г. по това дело, както и Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet (С-432/05, Сборник, стр. I-2271, точка 37).

общностния съд върху актовете на институциите, но и да подтикне институциите към самоконтрол и да ги предпази от необмислени или зле премислени мерки. Мотивирането на решенията допринася освен това за прозрачността на административните действия<sup>60</sup>.

98. Задължението за мотивиране по никакъв начин не се ограничава до решенията, които са в ущърб на своите адресати. Принципите на правовата държава и на добрата администрация изискват да се мотивират и решенията, които са в полза на своите адресати. Това важи в още по-голяма степен, тъй като подобни решения могат да имат неблагоприятни последици за правата и интересите на трети лица, не на последно място и в областта на правото на конкуренцията. Съответно нито член 253 ЕО, нито член 41, параграф 2, трето тире от Хартата на основните права разграничават решенията в полза на съответния адресат от решенията с неблагоприятни последици за него. Специално по отношение на контрола върху сливанията това означава, че издадените от Комисията решения за разрешаване трябва да бъдат мотивирани по същия начин като решенията и за забрана.

99. Нарушение на задължението за мотивиране като съществено процесуално нарушение може освен всичко друго да се оспорва пред общностния съд с жалбата за отмяна в съответствие с предвидените в член 230 ЕО изисквания.

60 — По принципа за прозрачност вж. също член 1, параграф 2 ЕС, който постановява, че в Европейския съюз „решенията трябва да се вземат при възможно най-голямо зачитане на принципа на откритост“.



100. Член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията, на който се позовават жалбоподателите по настоящото дело, не съдържа никакво изключение от възможността за отмяна на решения поради нарушение на задължението за мотивиране. Още от йерархията на правните норми следва, че разпоредбите на вторичното право не могат да ограничат обхвата на действие на първичното право, към което спадат членове 230 ЕО и 253 ЕО. Обратно, член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията трябва да се прилага и тълкува в светлината на правото от по-висок ранг, и по специално в светлината на членове 230 ЕО и 253 ЕО<sup>61</sup>.

101. При всички случаи, да се въведе изключение от задължението за мотивиране или дори да се „имунизират“ приети от Комисията решения за разрешаване срещу оплакването за липса на мотиви, не съответства нито на текста, нито на целите и нормативния контекст на член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията.

102. Член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията само въвежда *фикция за наличие на разрешение*, в случай че Комисията не приеме своевременно решение относно съвместимостта на нотифицирана концентрация с общия пазар<sup>62</sup>.

61 — Според постоянната съдебна практика текстовете на вторичното общностно право трябва да се тълкуват, доколкото е възможно, в смисъл, съответстващ на разпоредбите на Договора и на общите принципи на общностното право; вж. Решение от 25 ноември 1986 г. по дело Klensch и др. (201/85 и 202/85, Recueil, стр. 3477, точка 21 ), Решение от 27 януари 1994 г. по дело Herbrink (C-98/91, Recueil, стр. I-223, точка 9), Решение от 1 април 2004 г. по дело Borgmann (C-1/02, Recueil, стр. I-3219, точка 30) и Решение от 4 октомври 2007 г. по дело Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Сборник, стр. I-8075, точка 22).

62 — В такъв случай възниква *презумцията*, че концентрацията е съвместима с общия пазар (относно понятието за презумпция вж. също член 7, параграфи 1 и 5 от Регламента за сливанията).

Следователно разпоредбата не освобождава Комисията от нейното законово задължение<sup>63</sup> да се произнесе изрично с мотивирано решение по всички концентрации, за които е постъпила нотификация<sup>64</sup>. Точно обратното, разпоредбата предвижда средство за защита, в случай че Комисията не изпълни в срок това задължение.

103. Безспорно член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията освен това е израз на характерното за цялата процедура за контрол върху сливанията изискване за бързина. Заедно с установените в същия член стриктни процесуални срокове тази разпоредба допринася за възможно най-бързото създаване на правна сигурност, което е от полза не само за участващите в концентрацията предприятия, но и общо за пазарите.

104. При все това оправданата потребност от правна сигурност не може да има за последица пълно или частично изключване на контрола на общностните съдилища по отношение на дадено решение по концентрация. Едва след изтичане на срока за обжалване по член 230, параграф 5 ЕО или след като подадената жалба за отмяна не е била уважена, решението за разрешаване на концентрацията става окончателно и определено създава правна сигурност за всички участващи страни.

63 — По отношение на фазата на предварителната проверка това задължение следва от член 6, параграф 1 от Регламента за сливанията, а по отношение на официалната процедура по разследване — от член 8, параграф 1 от Регламента за сливанията.

64 — Комисията е освободена от това задължение само доколкото в съответствие с член 9 от Регламента за сливанията препраща концентрацията на националния орган по конкуренцията, както и при оттегляне на нотификацията поради отказ от планираната концентрация.

105. Обратно на поддържаното от жалбоподателите, член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията по никакъв начин не губи своето полезно действие („*effet utile*“) само поради факта че изричното или фиктивно разрешаване на концентрациите подлежи на съдебен контрол. Във всяка процедура за контрол върху концентрациите заплахата за възникване на *фикция за наличие на разрешение* в случай на неспазване на срока (т.нар. „ефект на регулаторната гилотина“) поражда върху Комисията като орган по конкуренцията дисциплиниращо въздействие, което не бива да се подценява<sup>65</sup>. Освен това засегнатите предприятия могат да изберат да извършат концентрацията си веднага след като е била разрешена от Комисията или след като е възникнала фикцията за наличие на разрешение<sup>66</sup>. Според собственото им изявление жалбоподателите също са упражнили това право на избор.

106. Като цяло стигам до извода, че независимо дали е издадено изрично или мълчаливо, разрешението на дадена концентрация може да бъде предмет на отмяна поради нарушение на задължението за мотивиране.

65 — Както изглежда, в дългогодишната история на европейския контрол върху сливанията Комисията е пропуснала процесуален срок един-единствен път — поради грешка в изчисленията (преписка IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); вж. Von Koppenfels, U., in: Drauz/Jones (eds), *EU Competition Law*, Volume II — *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, paragraph 6.27.

66 — Съгласно член 242, първо изречение ЕО евентуалните жалби за отмяна, подадени от трети лица, нямат суспензивно действие.

б) Обхват на задължението за мотивиране

107. Жалбоподателите твърдят още, че в случая Първоинстанционният съд неправилно е приел, че мотивите на първото решение за разрешаване са непълни, и така не се е съобразил с постоянната съдебна практика на общностните съдилища.

108. По същество спорът се върти около въпроса в каква степен Комисията е трябвало да обоснове констатацията си в първото решение за разрешаване, че пазарът не е достатъчно прозрачен, за да допуска ценова координация<sup>67</sup>.

109. Тази констатация е била от значение за преценката на Комисията, че няма достатъчно доказателства за наличието на съвместно господстващо положение на петте големи компании на различни национални пазари на звукозаписи и че е малко вероятно концентрацията да доведе до създаването на подобно съвместно господстващо положение<sup>68</sup>. Не на последно място, разрешаването на концентрацията се основава именно на тази преценка.

67 — Вж. във връзка с това точки 278—325, по-специално точки 287 и 325 от обжалваното съдебно решение.

68 — Съображения 153, 158 и 183 от първото решение за разрешаване.

## — Обжалваното съдебно решение

110. В обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд разглежда различни раздели от първото решение за разрешаване, за да провери дали то съдържа достатъчно мотиви за установяване на липсата на прозрачност на пазара, и всеки път стига до отрицателен отговор.

111. Първоинстанционният съд първо разглежда специално посветения на прозрачността на пазара раздел от първото решение за разрешаване<sup>69</sup> и констатира, че в него Комисията „не само не заключава, че пазарът е непрозрачен или недостатъчно прозрачен, за да допуска съвместно господстващо положение, но и посочва само фактори, които могат да създадат голяма прозрачност на пазара и да улеснят контрола за спазването на договореностите, с единственото изключение на доста ограниченото по обхват и неподкрепено с доказателства съждение, че рекламните отстъпки могат да намалят прозрачността и да затруднят негласните споразумения. Следователно е необходимо да се установи, че този раздел явно сам по себе си не може да се разглежда като мотивиращ надлежно съдението, че пазарът не е достатъчно прозрачен“<sup>70</sup>.

112. След това Първоинстанционният съд разглежда разсъжденията на Комисията относно евентуалната „обща ценова

политика“<sup>71</sup> на петте големи компании<sup>72</sup> и ги анализира в търсене на обстоятелства, които биха могли да обяснят твърдяната липса на прозрачност на пазара<sup>73</sup>. Във връзка с това той анализира информацията на Комисията както относно публичните каталожни цени, така и относно отстъпките (общи отстъпки и рекламни отстъпки). В това отношение Първоинстанционният съд, от една страна, констатира, че „според текста на решението публичната каталожна цена [...] представлява фактор за прозрачност на пазара“<sup>74</sup>. От друга страна, според Първоинстанционния съд „[...] тъй като са неточни, неподкрепени с доказателства и дори противоречащи на други съображения от [спорното] решение, няколкото съждения относно рекламните отстъпки, [...] не може[ли] да установят непрозрачността на пазара, нито дори на рекламните отстъпки“<sup>75</sup>. На последно място Първоинстанционният съд заключава, че „разделът за малките държави също не съдържа[л] мотиви в подкрепа на констатацията, че пазарът не бил прозрачен поради рекламните отстъпки“<sup>76</sup>.

113. Специално по отношение на рекламните отстъпки, на които се основава Комисията, според Първоинстанционния съд в първото решение за разрешаване липсват по-прецизни съждения „относно

71 — В това отношение текстът на немски език на съображение 69 от първото решение за разрешаване е неточен, тъй като в него се употребява думата „Preisabsprachen“ („споразумения относно цени“) за „common price policy“.

72 — Тези разсъждения на Комисията се съдържат по същество в съображения 74—80 от първото решение за разрешаване; Първоинстанционният съд проверява посочената на това място информация по отношение на положението в Обединеното кралство като показателна за мотивите на цялото решение.

73 — Точка 295—324 от обжалваното съдебно решение.

74 — Точка 303 от обжалваното съдебно решение.

75 — Точка 320 от обжалваното съдебно решение.

76 — Точка 324 от обжалваното съдебно решение.

69 — Съображения 111—113 от първото решение за разрешаване.

70 — Точка 294 от обжалваното съдебно решение.

естеството на рекламните отстъпки, относно обстоятелствата, при които могат да се прилагат, относно степента им на непрозрачност, размера им или въздействието им върху прозрачността на цените<sup>77</sup>. Първоинстанционният съд също отбелязва критично, че „[тези съждения] се свеждат до посочването, че рекламните отстъпки били по-непрозрачни от обикновените отстъпки, но не обясняват с какво те са релевантни за прозрачността на пазара и не дават възможност да се разбере как сами по себе си могат да неутрализират всички останали посочени в [спорното] решение фактори за прозрачност на пазара и така да премахнат прозрачността, необходима за наличието на съвместно господстващо положение“<sup>78</sup>.

#### — Анализ

114. В производство по обжалване Съдът не може да замени преценката на Първоинстанционният съд относно първото решение за разрешаване със собствената си преценка. Следователно Съдът не трябва сам да проверява и преценява липсата или пълнотата на мотивите на решението. В замяна на това Съдът следва да се произнесе дали Първоинстанционният съд е допуснал грешки при прилагане на правото при разглеждането на мотивите на решението за разрешаване, и по-специално дали Първоинстанционният съд е основал проверката си на правилни или на прекомерно строги критерии.

77 — Точка 289, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

78 — Точка 320, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

115. Предвид постоянната съдебна практика изискването от член 253 ЕО мотивирани трябва да бъде съобразено с естеството на разглеждания акт и трябва да показва по ясен и недвусмислен начин съображенията на общностната институция, която е автор на акта, така че да даде възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за приетата мярка, а на компетентната юрисдикция — да упражни своя контрол<sup>79</sup>.

116. Изискването за мотивиране следва да се преценява в зависимост от обстоятелствата по конкретния случай, по-специално в зависимост от съдържанието на акта, от естеството на изложените мотиви и от интереса, който адресатите или други заинтересовани лица, засегнати пряко и лично от акта, могат да имат интерес от получаване на разяснения. Не се изисква мотивите да уточняват всички относими фактически и правни обстоятелства, доколкото въпросът дали мотивите на определен акт отговарят на изискванията на посочения член 253 следва да се преценява с оглед не само на текста, но и на контекста, както и на съвкупността от правни норми, уреждащи съответната материя<sup>80</sup>.

117. Особените обстоятелства в процедурата за контрол върху сливанията включва времевите ограничения, на които Комисията е подложена поради приложимите

79 — Вж. само Решение от 2 април 1998 г. по дело Комисия/Sytraval и Brink's France (C-367/95 P, Recueil, стр. I-1719, точка 63), Решение от 24 ноември 2005 г. по дело Италия/Комисия (C-138/03, C-324/03 и C-431/03, Recueil, стр. I-10043, точка 54) и Решение по дело Sison/Съвет (посочено по-горе в бележка под линия 34, точка 80).

80 — Решение по дело Комисия/Sytraval и Brink's France (посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 63), Решение по дело Италия/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 55) и Решение по дело Sison/Съвет (посочено по-горе в бележка под линия 34, точка 80).

в този контекст изискване за бързина и стриктни процесуални срокове<sup>81</sup>. При мотивиране на своите решения в областта на правото на конкуренцията Комисията може също да се ориентира по степента на сложност на съответния случай и в този контекст да предполага осведомеността на съобразителните икономически оператори, запознати с пазарните отношения<sup>82</sup>. Тази констатация важи с още по-голяма сила, когато са засегнати правата и интересите на участници на пазара, които — подобно на *Impra* в настоящия случай — сами са участвали в процедурата<sup>83</sup>. Жалбоподателите основателно са изтъкнали двете съображения.

118. Затова със сигурност не може да се изисква от Комисията, в решението си за нотифицирана до нея концентрация да взема отношение и по обстоятелства и доказателства, които явно са ирелевантни или несъществени, или очевидно второстепенни<sup>84</sup>. Това, което е очевидно, не е необходимо да се споменава изрично в решението. Нещо повече, Комисията не е длъжна да излага мотивите на решението

си по-подробно, отколкото е целесъобразно с оглед на степента на сложност на съответния случай и отколкото се явява абсолютно необходимо от гледна точка на съобразителния икономически оператор, запознат с пазарните отношения.

119. При всички положения обаче фактическите и правните съображения със съществено значение за смисъла на едно решение трябва да могат да бъдат разбрани<sup>85</sup>. Затова мотивите не трябва да са твърде лаконични, за да не се накърнят яснотата и логичността им<sup>86</sup>. Освен това те трябва да са последователни<sup>87</sup> и да не съдържат вътрешни противоречия<sup>88</sup>.

120. Първоинстанционният съд обаче счита, че изложените по настоящото дело мотиви са нелогични, неразбираеми и противоречиви.

121. В случая Първоинстанционният съд критикува по същество наличието на несъразмерност в мотивите на първото решение за разрешаване, тъй като според него те съдържат редица подробно обяснени<sup>89</sup> фактори, *сочещи за* наличие на прозрачност на пазара, докато по

81 — По въпроса за влиянието на сроковете, в които се приема дадено решение, върху задължението за мотивиране вж. Решение от 1 декември 1965 г. по дело *Schwarze* (16/65, Recueil, стр. 1152, 1167), Решение от 14 февруари 1990 г. по дело *Delacge* и др./Комисия (С-350/88, Recueil, стр. I-395, точка 16) и Решение по дело *Verband der freien Rohrwerke* и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 186).

82 — В този смисъл вж. Решение на Съда от 28 октомври 1981 г. по дело *Krupp Stahl/Комисия* (275/80 и 24/81, Recueil, стр. 2489, точка 13), а по отношение на медийната политика — Решение на Първоинстанционния съд от 19 февруари 1998 г. по дело *DIR International Film* и др./Комисия (Т-369/94 и Т-85/95, Recueil, стр. II-357, точки 119—121).

83 — Решение на Съда от 7 април 1987 г. по дело *SISMA/Комисия* (32/86, Recueil, стр. 1645, точка 9) и Решение на Първоинстанционния съд от 22 октомври 1996 г. по дело *Skibsværftsforeningen* и др./Комисия (Т-266/94, Recueil, стр. II-1399, точка 239).

84 — Решение по дело *Комисия/Sytraval* и *Brink's France* (посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 64, последно изречение); вж. също Решение от 25 октомври 2005 г. по дело *Германия* и *Дания/Комисия*, известно като „*Feta*“ (С-465/02 и С-466/02, Recueil, стр. I-9115, точка 106) и Решение по дело *Verband der freien Rohrwerke* и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 186, последно изречение).

85 — Решение от 21 март 1955 г. по дело *Нидерландия/Върховен орган* (6/54, Recueil, стр. 215, 232), Решение от 4 юли 1963 г. по дело *Германия/Комисия* (24/62, Recueil, стр. 143, 155), Решение от 15 юли 1970 г. по дело *ACF Chemiefarma/Комисия* (41/69, Recueil, стр. 661, точка 78) и Решение на Първоинстанционния съд от 21 март 2001 г. по дело *Métropole télévision/Комисия* (Т-206/99, Recueil, стр. II-1057, точка 44, последно изречение).

86 — Решение по дело *Германия/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 85, стр. 155).

87 — Решение по дело *ACF Chemiefarma/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 85, точка 78).

88 — Решение по дело *Германия/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 85, стр. 156) и Решение от 7 юли 1981 г. по дело *Rewe* (158/80, Recueil, стр. 1805, точка 26).

89 — Вж. например точки 294, 303, 319, точка 320, второ изречение и точка 321, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

отношение на фактора за рекламните отстъпки, за който се твърди, че *не сочи* за достатъчна прозрачност на пазара, са направени неясни съждения<sup>90</sup>. При това не се обяснявало защо рекламните отстъпки не са релевантни за прозрачността на пазара и не давало възможност да се разбере как рекламните отстъпки сами по себе си могат да неутрализират всички останали посочени в решението фактори за прозрачност на пазара и така да премахнат прозрачността, необходима за наличието на съвместно господстващо положение<sup>91</sup>. Независимо от това Първоинстанционният съд изтъква вътрешна противоречивост в мотивите на решението<sup>92</sup>.

122. Съгласна съм с Първоинстанционния съд, че без по-подробно изложение на мотивите Комисията не може да приема липса на прозрачност на пазара в решение, в което първоначално подробно е описала редица фактори, сочещи за прозрачност на пазара. Ако има един-единствен, заслужаващ да бъде споменат фактор — в случая рекламните отстъпки — който сочи за липсата на достатъчна прозрачност на пазара, а следователно и на съвместно господстващо положение, то трябва още по-подробно да се обоснове по какъв начин този фактор оказва въздействие върху пазара и доколко именно този фактор може да компенсира всички останали фактори, които са в подкрепа на тезата за наличие на прозрачност на пазара.

123. По-специално не е достатъчно да се покаже, че даден фактор води или *би могъл да доведе до по-малко* прозрачност на пазара, а е необходимо поне да се обясни защо точно този фактор намалява прозрачността на пазара до степен да не може да бъде прието наличието на съвместно господстващо положение. В противен случай мотивите на решението са лишени от логичност и са неразбираеми. Първоинстанционният съд правилно констатира точно това в обжалваното съдебно решение<sup>93</sup>.

124. Просто казано, в решение в областта на контрола върху сливанията, което в голямата си част се разбира в смисъл на решение за забрана, е абсолютно необходимо, включително и за съобразителния и запознат с пазарните отношения читател, в достатъчна степен точно да се изложат съображенията, довели до различен краен извод.

125. Установената от Първоинстанционния съд непълнота на мотивите придобива още по-голяма тежест предвид факта, че спорният между страните въпрос за прозрачността на пазара не е имал само второстепенно, а съществено значение за изхода на процедурата за контрол върху сливанията<sup>94</sup>. Всъщност констатацията на Комисията, че пазарът не е достатъчно прозрачен, за да допуска ценова координация, е най-същественото нейно съображение, на което се основава

90 — Точка 289, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

91 — Точка 320, второ изречение от обжалваното съдебно решение; вж. в същия смисъл точка 289, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

92 — Точка 320, първо изречение от обжалваното съдебно решение.

93 — Вж. по-специално отново последното изречение съответно от точки 289, 294 и 320 от обжалваното съдебно решение.

94 — По това настоящият случай се различава от този по дело *Kausersberg/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 8 точки 159 и 160), в което според Първоинстанционния съд твърдяната липса на мотиви не се отнася до съществена част от решението на Комисията.

първото и решение за разрешаване<sup>95</sup>. В това отношение Първоинстанционният съд правилно е приложил високи изисквания към мотивирането на първото решение за разрешаване и задълбочено е проверил тези мотиви.

126. В случая високите изисквания са били обосновани поради факта, че по отношение на прозрачността на пазара от Комисията се изисква да прецени сложни икономически взаимовръзки, поради което и се предоставя — както е обичайно в областта на контрола върху сливанията — съвсем немалка свобода на преценка<sup>96</sup>. Когато обаче Комисията разполага с такава свобода на преценка, спазването на предоставените от общностния правов ред гаранции придобива още по-голямо значение в административните процедури. Сред тези гаранции е не на последно място задължението решението да се мотивира в достатъчна степен<sup>97</sup>.

127. Когато в границите на своята свобода на преценка Комисията взема предвид

фактори, оказващи въздействие върху начина на функциониране на пазара, в решението си тя трябва не само да посочи тези фактори, но и тяхното въздействие<sup>98</sup>.

128. Това разсъждение не може автоматично да се пренесе и върху областта на правото на конкуренцията и контрола върху сливанията. В случай че в контекста на преценката на дадена концентрация от гледна точка на правото на конкуренция Комисията придава специално значение на конкретни, релевантни от гледна точка на пазара фактори, в решението си тя следва не само да ги посочи, но и в достатъчна степен точно да опише тяхното въздействие върху начина на функциониране на съответния пазар.

129. При положение че всички други фактори сочат за прозрачността на пазара, същественият според Комисията фактор, който *не е в подкрепа* на тезата за достатъчна прозрачност на пазара, не може да се споменава просто така, без допълнително обяснение. Както Първоинстанционният съд правилно подчертава, обратно, в решението си Комисията е длъжна да подкрепи въздействието на този фактор с конкретни съждения<sup>99</sup>. Тя не може да разчита на колебливо изразеното предположение, че „[този фактор] би мо[гъл] да намали прозрачността на пазара и да затрудни негласните споразумения“<sup>100</sup>, както и само на предположението, че „[...]

95 — Вж. в този смисъл точки 286 и 289 от обжалваното съдебно решение, съгласно които — и според становището на Комисията, изразено в първоинстанционното производство — „прозрачността е съществено, дори единственото съображение, върху което се основава съжданието за несъществуване на съвместно господстващо положение на пазарите на музикалните звукозаписи“ (точка 289).

96 — Решение по дело „Kali & Salz“ (посочено по-горе в бележка под линия 16, точка 223) и Решение от 15 февруари 2005 г. по дело Комисия/Tetra Laval (С-12/03 P, Recueil, стр. I-987, точка 38); вж. освен това Решение по дело Gencog/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 16, точка 246) и Решение на Първоинстанционния съд от 14 декември 2005 г. по дело General Electric/Комисия (Т-210/01, Recueil, стр. II-5575, точка 60).

97 — Решение от 21 ноември 1991 г. по дело Technische Universität München (С-269/90, Recueil, стр. I-5469, точка 14), Решение от 7 май 1992 г. по дело Pesqueras De Bermeo и Naviera Laida/Комисия (С-258/90 и С-259/90, Recueil, стр. I-2901, точка 26) и Решение от 22 ноември 2007 г. по дело Испания/Lenzing (С-525/04 P, Сборник, стр. I-9947, точка 58). Вж. освен това Решение от 15 юли 1960 г. по дело Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft и др./Върховен орган (36/59—40/59, стр. 887, 921 и сл.).

98 — В този смисъл пример в областта на селскостопанската политика е Решение от 7 април 1992 г. по дело Compagnia italiana alcool/Комисия (С-358/90, Recueil, стр. I-2457, точка 42).

99 — Точка 289, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

100 — Във връзка с това вж. съображение 111 от първото решение за разрешаване, посочено в точка 289 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой).

рекламните отстъпки са по-непрозрачни от обикновените отстъпки<sup>101</sup>.

130. Затова като цяло Първоинстанционният съд правилно отбелязва, че по отношение на факторите със съществено значение за решението и Комисията не може да се ограничава само до „неясни съждения“<sup>102</sup>, които са „неподкрепени с доказателства“, „доста ограничени по обхват“<sup>103</sup> и освен това вътрешно противоречиви<sup>104</sup>.

131. Предвид гореизложеното считам, че Първоинстанционният съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че мотивите на първото решение за разрешаване са непълни по отношение на констатациите на Комисията относно (липсата на) прозрачност на пазара<sup>105</sup>.

#### в) Други съображения

132. Само по съображения за изчерпателност по-нататък ще разгледам някои други доводи, изтъкнати от жалбоподателите в рамките на шестото правно основание.

101 — Във връзка с това вж. съображение 80 от първото решение за разрешаване, посочено в точки 315 и 316 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой).

102 — Точка 289, последно изречение от обжалваното съдебно решение.

103 — Точка 294 от обжалваното съдебно решение.

104 — Точка 320 от обжалваното съдебно решение.

105 — Точка 325 от обжалваното съдебно решение.

133. На първо място жалбоподателите смятат, че е необходимо да се прилагат по-ниски изисквания спрямо мотивирането на решение за разрешаване, отколкото спрямо това на решение за забрана, тъй като в случай на забрана, поради по-слабото си процесуално положение, третите лица не можели да очакват същата степен на точност на мотивите като участниците в концентрацията.

134. Този довод не може да се приеме. Нито член 253 ЕО, нито член 41, параграф 2, трето тире от Хартата на основните права разграничават изискванията за мотивиране в зависимост от това дали решението е в полза на съответния адресат или е с неблагоприятни последици за него.

135. Във всеки случай когато трето лице участва в процедурата за контрол върху сливанията и Комисията формално го изслушва — какъвто например е бил случаят по отношение на Impala — задължението за мотивиране служи и на защитата на неговите права и интереси. Следователно третото лице може да очаква най-малкото логични, разбираеми и непротиворечиви мотиви по отношение на съществените фактически и правни съображения на Комисията във връзка с нейното решение за разрешаване. В конкретния случай става въпрос точно за тези минимални изисквания<sup>106</sup>.

106 — Вж. по-горе точка 119 и сл. от настоящото заключение.



136. Макар и да е вярно, че процесуалното положение на трети лица в областта на контрола върху сливанията *с оглед на изслушването им* е по-слабо изразено, отколкото това на участниците в концентрацията<sup>107</sup>, от това не може да се направи извод, че третото лице също подлежи на ограничения *по отношение на доводите му, изведени от липса на мотиви*. Всъщност лице, което в качеството си на трето лице поради прякото си и лично засягане може да преодолее препятствието на процесуалната легитимация, може да обжалва при същите условия като всички останали жалбоподатели (член 230, параграф 4 ЕО); то може да предявява същите основания за отмяна като тях, включително и липса на мотиви.

137. На второ място жалбоподателите изтъкват, че по настоящото дело както за *Impra*, така и за Първоинстанционния съд не е било трудно да разберат мотивите за приемането на първото решение за разрешаване, от което заключават, че разглежданото решение за разрешаване е мотивирано в достатъчна степен.

138. Този довод също е без значение. На практика той може и да е белег за наличието на достатъчно мотиви, когато жалбоподателят е успял пълноценно да изложи пред Първоинстанционния съд останалите си оплаквания<sup>108</sup>, но това може да се разглежда единствено като оборима презумпция.

107 — Решение по дело *Kausersberg/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 105).

108 — В този смисъл вж. например Решение от 10 март 2005 г. по дело *Испания/Съвет* (C-342/03, *Recueil*, стр. I-1975, точка 59) и Решение по дело *Kausersberg/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 160).

139. Всъщност въпросът дали в крайна сметка мотивите съответстват на правните изисквания на член 253 ЕО зависи от обективни критерии, към които спадат по-специално логичността, разбираемостта и непротиворечивостта на съществените фактически и правни съображения<sup>109</sup>. Когато мотивите, както в случая, са нелогични, неразбираеми и противоречиви по отношение на съществен момент от съответното решение, то трябва да се отмени дори когато правото на защита на жалбоподателя не е било нарушено с оглед на останалите му оплаквания. В противен случай за жалбоподателя на практика ще бъде невъзможно да спечели дело по жалба за отмяна, основана на липса на мотиви наред с други основания за отмяна.

140. Обратно на поддържаното от жалбоподателите, всъщност в настоящия случай фактът, че Първоинстанционният съд едновременно е констатирал липса на мотиви и явна грешка в преценката на Комисията, по никакъв начин не съдържа противоречие. Решение на Комисията може да бъде порочно както от процесуална, така и от материалноправна гледна точка. Фактът, че е налице липса на мотиви на дадено решение — например поради липса на логичност, не изключва възможността за грешки в съдържанието на същото решение.

141. На трето място жалбоподателите изтъкват, че определянето на изискванията за мотивиране на решение във връзка с контрола върху сливанията трябва да отчита поверителността на чувствителната търговска информация. Затова Първоинстанционният съд допуснал грешка при

109 — Вж. по-горе точка 119 от настоящото заключение.

прилагане на правото в точка 411 от обжалваното съдебно решение, като изискал от Комисията да публикува подробности за цените и отстъпките на останалите големи компании.

142. Този довод също не е убедителен. Очевидно той се основава на неправилно тълкуване на точка 411 от обжалваното съдебно решение. В тази точка Първоинстанционният съд всъщност по никакъв начин не е изискал от Комисията да разкрие търговските тайни на отделни участници на пазара, а само — и основателно — е отхвърлил довода на Комисията, според който в първото решение за разрешаване въобще не е било възможно да се включат определени стойности поради поверителния им характер. Всъщност задължението за опазване на професионалната тайна (член 287 ЕО) не може да се тълкува в такава степен разширително, че да обезсмисли изискването за мотивиране на решенията<sup>110</sup>.

143. Доколкото количествените данни съдържат търговски тайни, в съответствие с обичайната практика на Комисията в областта на правото на конкуренцията е да замества тези данни в решението си с определени диапазони или по някакъв друг начин да ги обобщава или описва. Първоинстанционният съд правилно отбелязва<sup>111</sup>, че на други места в първото си решение за разрешаване Комисията действително е посочила количествени данни във връзка с ценовата политика на отделни участници на пазара<sup>112</sup>.

110 — Решение от 13 март 1985 г. по дело Нидерландия и др./Комисия (296/82 и 318/82, Recueil, стр. 809, точка 27).

111 — Точка 413 от обжалваното съдебно решение.

112 — Във връзка с това вж. например съображения 74, 81, 88, 95 и 102 от първото решение за разрешаване.

#### г) Междинно заключение

144. Следователно като цяло Първоинстанционният съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като в точки 325 и 542 от обжалваното съдебно решение стига до извода, че първото решение за разрешаване е опорочено поради непълнота на мотивите и трябва да се отмени на това основание. Следователно първата и третата част от шестото правно основание са неоснователни.

2. По препратките на Първоинстанционния съд към изложението на възраженията (първо правно основание и втора част от шестото правно основание)

145. С първото си правно основание и с втората част от шестото си правно основание жалбоподателите изтъкват, че Първоинстанционният съд неправилно се е основал на изложението на възраженията като отправна точка за преценката на първото решение за разрешаване по същество и неправилно е изискал от Комисията да мотивира в решението си евентуалните разлики с изложението на възраженията.

146. Безспорно обжалваното съдебно решение съдържа редица препратки към изложението на възраженията. По-нататък на първо място ще разгледам как Първоинстанционният съд общо разбира отношението между решението за разрешаване и изложението на възраженията, преди да пристъпя на следващо място към конкретните препратки на

Първоинстанционния съд към отделни части от изложението на възраженията.

а) По общото разбиране на Първоинстанционния съд на отношението между решението за разрешаване и изложението на възраженията

147. Съвсем общо жалбоподателите, подкрепени от Комисията, оспорват разсъжденията на Първоинстанционния съд по отношението между решението за разрешаване и изложението на възраженията. Според тях Първоинстанционният съд не е разбрал правилно естеството и функцията на изложението на възражения, което е „оцветило“ останалата част от съдебното решение.

— Обжалваното съдебно решение

148. Във връзка с проверката си на твърдението за липса на мотиви в рамките на предварителна бележка Първоинстанционният съд припомня, че в изложението на възраженията Комисията „по твърде категоричен начин стига до извода за несъвместимостта на концентрацията с общия пазар, по-специално поради съображението, че преди планираната концентрация е съществувало съвместно господстващо положение и че пазарът на музикалните звукозаписи е твърде прозрачен и особено подходящ за координация“<sup>113</sup>.

113 — Точка 282 от обжалваното съдебно решение.

149. Издаденото в крайна сметка разрешение за концентрацията Първоинстанционният съд описва като „рязка промяна в позицията на Комисията“, която „може да изглежда учудваща, особено предвид закъснението, с което настъпва“<sup>114</sup>. Освен това Първоинстанционният съд се позовава на изискването за спазване на императивните срокове в областта на контрола върху концентрациите, което според него „не и [на Комисията] дава възможност да удължава своето проучване и по този начин прави все по-малко вероятна рязка промяна в позицията и при напредването на административната процедура“<sup>115</sup>.

— Анализ

150. Както в процедурите относно картели, така и в процедурите за контрол върху сливанията е задължително да се спазва правото на защита преди приемането на решения, които могат да причинят вреди на засегнатите предприятия<sup>116</sup>.

151. Към правото на защита спада по-специално принципът на правото на изслушване, който е основополагащ

114 — Точки 282 и 283 от обжалваното съдебно решение.

115 — Точка 285 от обжалваното съдебно решение.

116 — Решение на Първоинстанционния съд от 4 март 1999 г. по дело Assicurazioni Generali и Unicredito/Комисия (Т-87/96, Recueil, стр. II-203, точка 88).

принцип на общностното право<sup>117</sup> и понастоящем е закрепен и в член 41, параграф 2 от Хартата на основните права на Европейския съюз. По отношение на процедурите за контрол върху сливанията този принцип освен това е установен на законна основа в член 18, параграф 3, второ изречение от Регламента за сливанията.

152. Фактът, че в процедурите относно картели и в процедурите за контрол върху сливанията на засегнатите предприятия се връчва така нареченото изложение на възраженията<sup>118</sup>, е израз на правото им на изслушване. Изложението на възраженията им позволява да се запознаят с доказателствата, с които разполага Комисията, и прави възможно ефективното използване на правото за защита<sup>119</sup>. Те получават възможност за писмено и, ако са поискали това, устно становище по възраженията<sup>120</sup>. Освен това член 18, параграф 3 от Регламента за сливанията уточнява, че Комисията може да основава решенията си единствено на възраженията, по отношение на които засегнатите страни са имали възможност да представят становищата си.

153. От функцията на изложението на възраженията в рамките на административната процедура следва, че то представлява подготвителен документ, чиито фактически и правни съображения са с

несъмнено временен характер. Поради това Комисията може и трябва да вземе предвид фактите и доказателствата, с които разполага вследствие на административната процедура, именно за да се откаже от твърденията за нарушения, които са се оказали неоснователни<sup>121</sup>.

154. Временният характер на изложението на възраженията не се променя от факта, че за разлика от случаите, попадащи в приложното поле на членове 81 ЕО и 82 ЕО, в рамките на контрола върху сливанията Комисията е обвързана със стриктни процесуални срокове. В процедурата за контрол върху сливанията изискването за бързина предполага и по отношение на засегнатите предприятия да се спазват особено кратки срокове, в които те могат да упражнят правото си на защита. Всеобхватното спазване на правото на защита в процедурата за контрол върху концентрациите изисква обаче в тази процедура доводите в защита на засегнатите страни да могат да бъдат взети предвид по същия начин като доводите на съответните страни в процедурата относно картели. Затова подобни доводи в рамките на контрола върху сливанията могат със същия успех като в процедурите относно картели да имат за последица изменение на позицията на Комисията, дори малко преди изтичането на срока за приемане на решение за разрешаване или за забрана.

155. При това положение със сигурност са неуспешни разсъжденията на Първоинстанционния съд в обжалваното съдебно решение за настъпила „рязка промяна

117 — Постоянна съдебна практика, произтичаща от Решение от 13 февруари 1979 г. по дело Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, Recueil, стр. 461, точки 9 и 11) и Решение от 7 юни 1983 г. по дело Musique Diffusion française и др./Комисия (100/80—103/80, Recueil, стр. 1825, точка 10).

118 — Съгласно член 13, параграф 2 от Регламент № 447/98 в процедурата за контрол върху сливанията Комисията уведомява писмено нотифицираните страни и другите заинтересовани страни за възраженията си и им определя срок, в който те могат да я уведомят за своите бележки.

119 — Решение по дело SGL Carbon/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 55).

120 — Вж. член 13, параграф 2 и член 14 от Регламент № 447/98.

121 — Решение от 7 януари 2004 г. по дело Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P, Recueil, стр. I-123, точка 67); по-рано в същия смисъл и Решение по дело Musique Diffusion française и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 117, точка 14) и Решение от 17 ноември 1987 г. по дело BAT и Reynolds/Комисия (142/84 и 156/84, стр. 4487, точка 70).

в позицията на Комисията“ като „учудваща“ предвид „закъснението, с което настъпва“<sup>122</sup> и общото му описание на промяната в позицията на Комисията като „все по-малко вероятна [...] при напредването на административната процедура“<sup>123</sup>.

156. В случай че Комисията измени преценката си на нотифицираната концентрация в резултат на защитните доводи на засегнатите страни във връзка с изложението на възраженията, новата преценка на случая по никакъв начин не е „закъсняла“, а се извършва към обичайния за това момент в процедурата за контрол върху сливанията. Подобно действие също не е „учудващо“ или „невероятно“<sup>124</sup>, а е израз на спазването на правото на защита и доказва, че изслушването на засегнатите страни не е фарс.

157. За разлика от поддържаното от жалбоподателите и Комисията обаче не считам, че поради споменатите неудачни формулировки на Първоинстанционния съд обжалваното съдебно решение е опорочено поради грешка при прилагане на правото, която е израз на неправилното от правна гледна точка възприемане на същността и функцията на изложението на възраженията.

158. Действително, на един дъх с разсъжденията за „учудващия“ и „закъснял“ характер на „промяна[та] в позицията на Комисията“ Първоинстанционният съд изрично подчертава подготвителния характер на изложението на възраженията, включително в рамките на контрола върху сливанията, и освен това признава, че съгласно съдебната практика във връзка с членове 81 ЕО и 82 ЕО Комисията не е длъжна да обяснява евентуалните разлики с изложението на възраженията<sup>125</sup>.

159. Затова считам, че в общите си разсъждения по отношението между решението за разрешаване и изложението на възраженията в крайна сметка Първоинстанционният съд правилно е възприел същността и функцията на това изложение.

160. Дори обаче да се приеме, че е имало такава грешка при прилагане на правото, тя не може да обоснове отмяната на обжалваното съдебно решение, тъй като, както ще посоча по-нататък<sup>126</sup>, тази грешка не опорочава преценката на първото решение за разрешаване и следователно не е могла от самото начало да засегне диспозитива на обжалваното съдебно решение<sup>127</sup>.

122 — Точка 283 от обжалваното съдебно решение.

123 — Точка 285 от обжалваното съдебно решение.

124 — В историята на европейския контрол върху сливанията има много на брой примери за решения за разрешаване, предложени от изложение на възраженията. В това отношение жалбоподателите с основание посочват като примери следните преписки: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Pareco/Walsum, дело COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals и COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Точки 284 и 285 от обжалваното съдебно решение; в същия смисъл точки 300, 335, 410 и 446 от обжалваното съдебно решение.

126 — Точки 161—182 от настоящото заключение.

127 — Според постоянната съдебна практика жалбата е неоснователна, ако мотивите на постановено в първоинстанционното производство решение разкриват нарушение на общностното право, но неговият диспозитив изглежда обоснован по други правни съображения (вж. например Решение от 21 септември 2006 г. по дело JCB Service/Комисия, C-167/04 P, Recueil, стр. I-8935, точка 186; в аналогичен смисъл Решение по дело Комисия/Tetra Laval, посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 89).

б) По конкретни препратки на Първоинстанционния съд към изложението на възраженията

161. Остава да се разгледа критиката на жалбоподателите и на Комисията срещу редица конкретни препратки на Първоинстанционния съд към изложението на възраженията в контекста на проверката на законосъобразността на първото решение за разрешаване. Първоинстанционният съд е упрекван, че като неправилно се е основал на сравнение между решението и изложението на възраженията, вместо само на решението, е приел, че първото решение за разрешаване е незаконосъобразно.

162. Този довод също не е убедителен.

163. Вярно е, че в различни точки обжалваното съдебно решение се позовава на изложението на възраженията. По-специално Първоинстанционният съд многократно подчертава, че за разлика от изложението на възраженията, в първото решение за разрешаване Комисията е смекчила<sup>128</sup> или изменила<sup>129</sup> представянето и преценката си на конкретни факти.

164. Само на пръв поглед обаче изглежда, че Първоинстанционният съд е основал констатираните от него грешки при прилагането на правото в първото решение за разрешаване на подобни обикновени

разлики с изложението на възраженията. Същност при по-задълбочено разглеждане се налага изводът, че както липсата на мотиви, така и явната грешка в преценката, констатирани от него, са изведени от самото решение за разрешаване.

165. Що се отнася до *липсата на мотиви*, разсъжденията на Първоинстанционния съд във връзка със специалния раздел от първото решение за разрешаване, посветен на прозрачността на пазара<sup>130</sup>, не съдържат никакви препратки към изложението на възраженията<sup>131</sup>. В останалите си изводи за липсата на мотиви<sup>132</sup> Първоинстанционният съд също рядко споменава изложението на възраженията. Такива препратки се срещат единствено в точки 300, 302 и 308 от обжалваното съдебно решение, като никоя от тях не е от решаващо значение за констатацията на Първоинстанционния съд, че мотивите на първото решение за разрешаване са непълни по отношение на твърдяната липса на прозрачност на пазара:

— В точка 308 от обжалваното съдебно решение, посветена на движението на брутните и нетните каталожни цени, предоставени на независимите разпространители, Първоинстанционният съд се основава на съдържанието на първото решение за разрешаване. По никакъв начин той не сравнява това решение с изложението на възраженията и следователно не установява разлика между тях. В замяна на това, Първоинстанционният съд изглежда се стреми да изведе едно и също заключение от

128 — Вж. например точки 300, 302 и 338 от обжалваното съдебно решение.

129 — Вж. например точки 378, 379, 398 и 447 от обжалваното съдебно решение.

130 — Съображения 111—113 от първото решение за разрешаване.

131 — Точки 289—294 от обжалваното съдебно решение.

132 — Точка 295—324 от обжалваното съдебно решение.

двата документа; следователно в това отношение изложението на възраженията служи на Първоинстанционния съд единствено за допълнителна илюстрация на информацията, която самият той извлича от решението.

- Препратката в точка 302 от обжалваното съдебно решение към изложението на възраженията също има чисто онагледяващ характер, тъй като според Първоинстанционния съд дори от смекчената преценка на каталожните цени на независимите разпространители в първото решение за разрешаване следва „още едно доказателство за прозрачността на пазара“.
- Накрая, Първоинстанционния съд сам изрично уточнява в следващата точка от обжалваното съдебно решение, че препратката към изложението на възраженията в точка 300 от обжалваното съдебно решение не е била от решаващо значение за неговата аргументация: „Във всеки случай Комисията, дори и да се вземат предвид само направените в решението констатации, стига до заключението, че каталожните цени са повече или по-малко сближени“<sup>133</sup>.

166. Следователно евентуалните разлики между първото решение за разрешаване и изложението на възраженията не играят никаква роля за констатацията на Първоинстанционния съд за липса на мотиви, довела сама по себе си до отмяна на първото решение за разрешаване<sup>134</sup>. Обратно на поддържаното от жалбоподателите и от Комисията, налага се изводът, че изложението на възраженията не е послужило на Първоинстанционния съд като отправна точка за проверка на първото решение за разрешаване по същество.

167. Що се отнася до констатираните от Първоинстанционния съд *явни грешки в преценката*, трябва да се признае, че препратките в обжалваното съдебно решение към изложението на възраженията са повече на брой и се съдържат в точки 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 и 538 от обжалваното съдебно решение<sup>135</sup>.

168. Препратките в точки 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 и 538 от обжалваното съдебно решение към изложението на възраженията безспорно отново служат само за илюстрация и допълнение на изводите, които Първоинстанционният съд вече е направил непосредствено въз основа на първото решение за разрешаване. Чисто допълващият характер на тези препратки към изложението на възраженията проличава и от езикови допълнения като „освен това“, „още повече“, „вж. също“ и „[т]ова важи с още по-голяма сила, тъй като [...]“. Никъде не се възразява срещу каквото и да било противоречие между решението за разрешаване и изложението на възраженията. Следователно изложението на възраженията *не е* използвано за

133 — Точка 301 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой).

134 — Точка 325 от обжалваното съдебно решение.

135 — Точка 491 от обжалваното съдебно решение, също критикувана от жалбоподателите и от Комисията, действително безспорно съдържа препратка към изложението на възраженията. При все това в никакъв случай не може да се счита, че тази точка съдържа грешка при прилагането на правото, тъй като в нея само се обобщават обстоятелствата и доводите, изложени от Impala. Затова по-нататък тази точка от обжалваното съдебно решение няма да се разглежда по-подробно.

отправна точка на съдебната преценка на решението за разрешаване по същество.

169. Същата констатация се отнася до точки 378 и 379 от обжалваното съдебно решение. Прочитът на тези точки във връзка с предходната точка 377 от обжалваното съдебно решение разкрива, че те също служат единствено за илюстрация и допълнение на извода, направен от Първоинстанционния съд по отношение на прозрачността на отстъпките единствено въз основа на решението за разрешаване и обобщен от него, както следва: „Следователно посочените в [това] решение доказателства не подкрепят изведените от тях заключения“<sup>136</sup>.

170. Обратно, препратките в точки 335, 398, 408—410, 419, 424, 446, 447, 451 и 528 от обжалваното съдебно решение изглежда са по-проблематични. На пръв поглед Първоинстанционният съд действително изглежда е искал да упрекне Комисията, че първото и решение за разрешаване се е различавало от изложението на възраженията, без да съдържа достатъчно обяснения<sup>137</sup>.

171. Според съдебна практика, на която се позовават жалбоподателите и Комисията в настоящото производство, в решението си Комисията *не е длъжна* да обяснява евентуалните разлики с изложението на възраженията, тъй като последното пред-

ставява подготвителен документ, чиито съображения са с несъмнено временен характер<sup>138</sup>. Затова в процедура относно картел или в процедура за контрол върху сливанията решение на Комисията не може да се разглежда като опорочено поради грешка в прилагането на правото и да се отменя единствено по съображението за разлики в съдържанието му с изложението на възраженията, без тези разлики да са подробно обяснени.

172. При все това не е изключено решение, което се различава от изложението на възраженията, да е опорочено поради грешка в прилагането на правото и да бъде отменено по исков ред *на други основания*, залегнали в самото това решение.

173. В този контекст следва по-специално да се припомни, че в областта на контрола върху сливанията от Комисията се изисква да прецени сложни икономически взаимовръзки. Във връзка с това тя разполага, както вече се спомена, със съвсем немалка свобода на преценка<sup>139</sup>. При все това тя винаги подлежи на контрол от страна на общностния съд, който трябва да провери не само дали представените доказателства установяват действителното положение и дали същите са достоверни и съгласувани, но и дали тези доказателства включват всички релевантни данни, които трябва да бъдат взети предвид, за да се прецени дадена сложна ситуация, както и това дали

136 — Точка 377 от обжалваното съдебно решение.

137 — По-нататък ще обърна специално внимание на точка 335 от обжалваното съдебно решение, тъй като жалбоподателите я критикуват особено настойчиво. Съображенията ми обаче се прилагат по аналогия към останалите оспорвани точки от обжалваното съдебно решение.

138 — Решение по дело ВАТ и Reynolds/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 121, точка 70).

139 — Във връзка с това вж. съдебната практика, посочена по-горе в бележка под линия 96.



те са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения<sup>140</sup>.

чения (*надеждност на фактите в основата на решението*)<sup>141</sup>.

174. Следователно дори да се приеме, че в решението си относно съвместимостта на концентрация с общия пазар Комисията не е длъжна да обяснява защо решението се различава по съдържание от изложението на възраженията, от решението и трябва да могат да се разберат три елемента:

— първо, дали фактите в основата на решението са точни, по-специално дали се основават на достоверни и съгласувани доказателства (*точност на фактите в основата на решението*),

— второ, дали в решението не е пропуснато да бъдат взети предвид всички релевантни данни, които е трябвало да бъдат взети предвид, за да се прецени концентрацията (*изчерпателност на фактите в основата на решението*), и

— трето, дали фактите в основата на решението са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заклю-

175. Отправни точки за констатацията дали в конкретния случай Комисията е взела предвид всички релевантни данни могат да се съдържат във всички обстоятелства по конкретния случай, и по-специално във всички документи, които са част от преписката по административната процедура, към които не на последно място спада и изложението на възраженията. Всъщност изложението на възраженията съдържа обобщение на всички факти и обстоятелства, считани от Комисията на тогавашния етап от процедурата за релевантни с оглед на решението и.

176. В този смисъл се налага изводът, че без да допуска грешка в прилагането на правото, в обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е могъл да приеме, че независимо от подготвителното си естество изложението на възраженията не е „изцяло без значение или нерелевантно“<sup>142</sup>.

177. Несъмнено в по-нататъшния ход на процедурата — по-специално въз основа на защитните доводи на засегна-

140 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39); също така вж. Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 57).

141 — Относно тези три елемента вж. отново Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39) и Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 57); специално по изчерпателността на фактическата основа вж. също Решение по дело Technische Universität München (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 14), Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 58) и Решение по дело Κομπίνου и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 51), където се подчертава задължението на компетентната институция да проучи внимателно и безпристрастно всички релевантни данни по конкретния случай.

142 — Точка 335, предпоследно изречение от обжалваното съдебно решение; вж. също точки 410, 419 и 446 от това съдебно решение.

тите предприятия — може да се окаже, че фактите и обстоятелствата в основата на изложението на възраженията са били непълни или неверни или че не са били от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения. Първоинстанционният съд също правилно признава този факт, отбелязвайки в обжалваното съдебно решение, че Комисията трябва „да вземе предвид представените в административната процедура доказателства, както и доводите на засегнатите предприятия, за да се откаже от твърденията за нарушения, които в крайна сметка се оказват неоснователни“<sup>143</sup>.

178. При все това общностният съд може и е длъжен да се увери дали в по-нататъшния ход на процедурата Комисията правилно е преценила като неверни или като ненадеждни конкретни установени от нея факти, на които тя се е основала преди това в изложението на възраженията, и съответно се е отказала от тях. По същия начин общностният съд може и е длъжен да провери дали евентуалните нови факти, на които се основава Комисията, са точни, дали така установените факти и обстоятелства са изчерпателни и дали са от такъв характер, че да подкрепят направените от Комисията заключения.

179. Точността, изчерпателността и надеждността на фактическия материал в основата на едно решение трябва да подлежат на съдебен контрол<sup>144</sup>. Без

143 — Точка 335, второ изречение от обжалваното съдебно решение.

144 — Във връзка с това вж. отново Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39) и Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 56); в същия смисъл Решение по дело Technische Universität München (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 14), Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 58) и Решение по дело Κομπίνου и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 27, точка 51).

такъв контрол върху фактите в основата на решението не би могло въобще разумно да се прецени дали Комисията е действала в границите на предоставената и свобода на преценка или е допуснала явна грешка в преценката.

180. Затова в обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд правилно е упражнил именно този контрол и във връзка с това е отбелязал, че „Комисията трябва да е в състояние да обясни, поне в рамките на производството пред Първоинстанционния съд, мотивите да счита временната си преценка за погрешна“ и че преди всичко „съдържащата се в [спорното] решение преценка трябва да е съвместима с фактическите констатации, направени в изложението на възраженията, доколкото не е установено, че тези констатации са неверни“<sup>145</sup>.

181. Обратно на поддържаното от жалбоподателите и от Комисията, органът за контрол върху сливанията не може да бъде обременен с двойна тежест в съдебните производства. От него не се изисква да защитава решението си и освен това допълнително да опровергава изложението на възраженията, доколкото то се различава от решението. В отговор на обстойните доводи на жалбоподателя този орган трябва единствено да е в състояние да покаже, че фактите в основата на *неговото решение* са верни и изчерпателни и са от такъв характер, че да подкрепят заключенията му. Евентуални обяснения защо в хода на административната процедура конкретни фактически обстоятелства са допълнени или отпаднали, или подложени на нова преценка, са неразделно

145 — Точка 335, последно изречение от обжалваното съдебно решение; в същия смисъл точки 410, 419 и 446 от него.

свързани с въпроса за точността, изчерпателността и надеждността на фактите в основата на решението.

182. Следователно предвид всичко изложено дотук Първоинстанционният съд е използвал законосъобразно изложението на възраженията като отправна точка на проверката си дали първото решение за разрешение е основано на верни и изчерпателни факти, които са от такъв характер, че да подкрепят направените от Комисията заключения. При все това Първоинстанционният съд е отменил първото решение за разрешаване не поради евентуални разлики с изложението на възраженията, а поради непълнота на мотивите и поради явна грешка в преценката. Първоинстанционният съд е приел, че е налице грешка в преценката, тъй като фактите в основата на решението са били неизчерпателни и не са били от такъв характер, че да подкрепят направените от Комисията заключения за липса на прозрачност на пазара<sup>146</sup>.

в) Междинно заключение

183. Следователно в обобщение трябва да се установи, че първото правно основание и втората част от шестото правно основание са неоснователни.

3. По доказателствената стойност на фактите, изложени в отговор на твърденията за нарушения (второ правно основание; първа част от третото правно основание)

184. Второто правно основание се намира в тясна връзка с първата част от третото правно основание; затова предлагам да бъдат разгледани заедно. По същество жалбоподателите упрекуват Първоинстанционния съд, че е приложил прекомерно строги изисквания към доказателствената стойност на техните доводи в отговор на изложението на възраженията. Освен това Първоинстанционният съд неправилно приел, че Комисията е длъжна да извърши нови проучвания на пазара след изложението на възраженията.

а) Обжалваното съдебно решение

185. При проверката на първото решение за разрешаване за наличие на явни грешки в преценката по отношение на прозрачността на пазара Първоинстанционният съд между другото посочва, че „участниците в концентрацията не могат да чакат последния момент, за да представят пред Комисията доказателства, с които да оборят своевременно изложените от Комисията твърдения за нарушения, доколкото тогава тя вече няма да е в състояние да извърши необходимите проверки. В такъв случай най-малкото е необходимо тези доказателства да са особено надеждни, обективни, релевантни и убедителни, за да могат успешно

146 — Точки 459 и 475 от обжалваното съдебно решение.

да оборят изложените от Комисията твърдения за нарушения“<sup>147</sup>.

б) Анализ

186. Освен това Първоинстанционният съд приема, че Комисията не може „да стига до неконтролирано делегиране на отговорността за провеждането на определени части от проучването на участниците в концентрацията, особено когато, както в случая, тези части са решаващи при обосноваването на [спорното] решение и когато представените от участниците в концентрацията данни и съображения са диаметрално противоположни на информацията, събрана от Комисията по време на проучването, както и на заключенията, които тя извежда въз основа на тази информация“<sup>148</sup>.

187. Нещо повече, на различни места в обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд упреква Комисията, че след отговора на участниците в концентрацията на изложението на възраженията Комисията не е извършила нови проучвания на пазара, за да провери основателността на промяната в своята преценка за планираната концентрация<sup>149</sup>.

188. Вече бе споменато във връзка с първото правно основание, че в процедурата за контрол върху сливанията е задължително да се спазва правото на защита преди приемането на решения, които могат да причинят вреди на засегнатите предприятия<sup>150</sup> (вж. също член 18, параграф 3, второ изречение от Регламента за сливанията).

189. Следователно засегнатите предприятия не могат да бъдат упрекувани, че не са изложили някои евентуално решаващи доводи, факти или доказателства още във връзка с нотификацията на концентрацията или по време на проучването на пазара от Комисията, а едва в рамките на защитата си срещу изложението на възраженията<sup>151</sup>. Всъщност едва от това изложение на възраженията участниците в концентрацията могат да получат подробни сведения за възраженията на Комисията срещу планираната концен-

147 — Точка 414 от обжалваното съдебно решение.

148 — Точка 415 от обжалваното съдебно решение; в аналогичен смисъл точка 452 от обжалваното съдебно решение.

149 — Вж. например точки 398, 428 и 451 от обжалваното съдебно решение.

150 — Във връзка с това вж. по-горе, и по-специално точки 150—152 от настоящото заключение.

151 — Наистина това не засяга задължението на засегнатите предприятия да подават вярна и пълна нотификация за концентрацията си (вж. във връзка с това член 3, параграф 1 от Регламент № 447/98). Освен това участниците в концентрацията са длъжни да отговорят на евентуални искания на Комисията за информация подробно, точно и в срок (член 11, параграф 1, във връзка с параграф 4 и параграф 5 от Регламента за сливанията).

трация, както и за конкретните доводи и доказателства, на които се основава тя<sup>152</sup>.

190. Обстоятелството, че участниците в концентрацията излагат определени доводи, факти или доказателства едва в отговор на изложението на възраженията, само по себе си не позволява по никакъв начин да се счита, че те са щели да задържат тази информация до „последния момент“<sup>153</sup>. Обратно, правото на защита на засегнатите предприятия изисква в рамките на писмената и устната част на изслушването, т.е. след получаването на изложението на възраженията, те да имат правото да изложат всичко, което според тях може да обори твърденията на Комисията за нарушения и да я убеди да разреши тяхната планирана концентрация. Такива доводи не са посочени късно, а точно в предвидения за тази цел момент в процедурата за контрол върху сливанията.

191. По същия начин представените в отговор на изложението на възраженията доводи на засегнатите предприятия не могат да са подчинени на по-високи

изисквания по отношение на доказателствената им сила и убедителния им характер от изискванията по отношение на доводите на конкурентите, клиентите и други трети лица, чието становище Комисията е потърсила в хода на административната процедура. Разбира се, Комисията е длъжна внимателно да провери точността, изчерпателността и убедителността на доводите на участниците в концентрацията и да не ги взема предвид при обосновани съмнения, това обаче не променя обстоятелството, че в този случай Комисията трябва да прилага същите критерии като следваните при разглеждането на доводите на третите лица.

192. Правото на защита на засегнатите предприятия би се обезсмислило, ако не се прилагаше към доводите в тяхна защита по отношение на конкретните твърдения за нарушения или ако от самото начало се приемаше, че доводите в тяхна защита имат по-малка доказателствена стойност или по-малко убедителен характер, отколкото например данните, предоставени от трети лица в рамките на проучването на пазара.

193. Освен това няма нищо общо с „Делегиране“ на проучването на засегнатите предприятия, когато Комисията разглежда в решението си защитните доводи на засегнатите предприятия и ги използва като повод, за да преразгледа резултатите от досегашното си проучване и временните си заключения, съдържащи се в изложението на възраженията, и евентуално за да ги промени.

194. Накрая, Комисията не може да бъде задължена при всеки отделен случай след изложението на възраженията и след изслушването на засегнатите предприятия да извършва и други проучвания на

152 — Преди изложението на възраженията страните по концентрацията действително също получават информация за хода на процедурата (проведат се срещи, със започването на официалната процедура по разследване съгласно член 6, параграф 1, буква в) от Регламента за сливанията нотифициращите страни научават в кои области Комисията има *сериозни съмнения* по отношение на съвместимостта на концентрацията с общия пазар); при все това тази информация е много по-оскъдна в сравнение с изложението на възраженията и освен това може да се променя в зависимост от развитието на пазарното проучване.

153 — Разбира се, ако се окаже, че в рамките на нотификацията на своята концентрация или при отговора на искането за информация от страна на Комисията засегнатите предприятия са представили невярна или непълна информация, то това би било, от една страна, нарушение на тяхното задължение да сътрудничат на Комисията в областта на контрола върху сливанията, и от друга страна, би могло да доведе до настъпване на правните последици, установени в член 8, параграф 5, буква а) и член 14, параграф 1, букви б) и в) от Регламента за сливанията (отмяна на решението за разрешаване и налагане на глоби).

пазара. Времеви ограничения, произтичащи от сравнително стриктните процесуални срокове, са вече достатъчни, за да няма възможност Комисията да изпраща подробни искания за информация по сложни икономически въпроси до множество икономически оператори, малко преди да представи проекта на решението си на консултативния комитет за контрол върху концентрациите<sup>154</sup>. Реално погледнато, в краткия период от време, който остава, едва ли биха могли да се очакват полезни резултати от такова проучване. Освен това би се наложило отново да се изслушват засегнатите предприятия във връзка с резултатите от проучването, ако например на тях следва да се основава решение за забрана. Затова жалбоподателите правилно отбелязват, че правната последица от неясно фактическо положение след изслушване на засегнатите предприятия може да бъде не започването на нови пазарни проучвания, а приемането на решение въз основа на наличната информация. В подкрепа на този довод считам и член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията, който предвижда фикция за наличие на разрешение, в случай че Комисията не приеме решение в определените и срокове.

195. При това положение считам, че Първоинстанционният съд не е преценил правилно правното положение, като констатира, че участниците в концентрацията „не могат да чакат последния момент, за да представят пред Комисията доказателства, с които да оборят своевременно изложените от Комисията твърдения за нарушения“ и че такива доказателства трябва да са „особено надеждни, обективни, релевантни и убедителни“, за да могат успешно да оборят изложените от Комисията твърдения за нарушения.

Освен това Първоинстанционният съд неправилно критикува липсата на допълнителни проучвания на пазара след изложението на възраженията и стига до погрешния извод, че възприемането от Комисията на защитните доводи на жалбоподателите е равносилно на недопустимо делегиране на проучването на участниците в концентрацията<sup>155</sup>.

196. Следователно второто правно основание и първата част от третото правно основание са по същество основателни.

197. При все това не може да се направи изводът, че обжалваното съдебно решение трябва да бъде отменено<sup>156</sup>. Всъщност Първоинстанционният съд не само критикува Комисията, че при оценката на прозрачността на пазара се е основала на защитните доводи на Bertelsmann и Sony и не е провела допълнителни пазарни проучвания, но и с оглед на установяване на явни грешки в преценката упражнява контрол върху съдържанието на съображенията на Комисията относно прозрачността на пазара.

198. Във връзка с това следва да се подчертае, че Първоинстанционният съд констатира явна грешка в преценката не едва в разглежданите тук части от обжалваното съдебно решение, а значително по-рано, в точка 377: „Посочените в [спорното] решение доказателства не подкрепят изведените от тях заключения“.

155 — Във връзка с това вж. по-специално точки 414 и 415 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой).

156 — Във връзка с това вж. отново съдебната практика, посочена по-горе в бележка под линия 127.

154 — Член 19, параграфи 3—7 от Регламента за сливанията.

Тази констатация по никакъв начин не е свързана нито с оспорваните тук защитни доводи на участниците в концентрацията, отнасящи се до рекламните отстъпки, нито с начина, по който тези доводи са взети предвид от Комисията.

199. В точки 384—387 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд също констатира явна грешка в преценката на Комисията, основана не на защитните доводи на участниците в концентрацията във връзка с рекламните отстъпки, а на грешка в преценка на Комисията на съдържанието на резултатите от пазарното проучване, по-специално на отговорите на търговците на дребно.

200. Всяка една от тези две явни грешки в преценката сама по себе си вече предполага отмяна на първото решение за разрешаване от Първоинстанционният съд. Независимо от това, както вече се спомена, и липсата на мотиви, констатирана от Първоинстанционният съд без допускане на грешка при прилагане на правото, е основание за отмяната на първото решение за разрешаване<sup>157</sup>.

4. По изискванията за доказване при разрешаването на концентрации (втора част от третото правно основание)

201. С втората част от третото си правно основание жалбоподателите изтъкват, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приложил неправилни и прекомерно строги изисквания за доказване по отношение на разрешаването на концентрации от страна на Комисията<sup>158</sup>.

202. Оплакването си срещу обжалваното съдебно решение жалбоподателите обосновават по следния начин: като цяло Първоинстанционният съд не е съобразил, че при приемането на решения за разрешаване и на такива за забрана Комисията не е обвързана с едни и същи изисквания за доказване. Те твърдят, че е налице асиметрия между изискванията за доказване и е налице обща презумпция за съвместимост на концентрациите с общия пазар. Конкретно в настоящия случай Първоинстанционният съд неоснователно е изискал от Комисията да представи положително доказателство за *липсата на прозрачност на пазара*; според жалбоподателите обаче Първоинстанционният съд е имал право единствено да провери дали към датата на първото решение за разрешаване Комисията е разполагала с достатъчно доказателства за *наличието на прозрачност на пазара*.

157 — Вж. по-горе точки 93—144 от настоящото заключение.

158 — Следващите разсъждения намират приложение и към частта от шестото правно основание, която се съдържа в точки 98—100 и 102 от жалбата.

а) По твърдяната асиметрия между изискванията към решенията за разрешаване и тези към решенията за забрана

203. Най-напред ще разгледам доводите на жалбоподателите, че изискванията за доказване са асиметрични в Регламента за сливанията и че е налице обща презумпция за съвместимост на концентрациите с общия пазар.

— Решенията в областта на контрола върху сливанията са основани на прогнози.

204. В самото начало следва да се подчертае, че решенията на Комисията в областта на контрола на сливанията се различават от тези в процедурите относно картели по член 81 ЕО и тези в процедурите за санкциониране на злоупотреби с господстващо положение на пазара по член 82 ЕО по един съществен аспект. В областта на контрола върху сливанията от Комисията не се изисква да преценява дали миналото поведение на предприятията е неправомерно и евентуално да го санкционира, а преди всичко се изисква да направи *прогноза* за бъдещото развитие на пазара. Тя трябва да прецени дали дадена концентрация е от естество да създаде или да засили господстващо положение, в резултат на което съществено би се възпрепятствала ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него (член 2, параграфи 2 и 3, както и член 8, параграфи 2 и 3 от Регламента за сливанията).

205. Решението на Комисията да разреши или да забрани дадена концентрация следователно задължително се основава на извършено ех анте претегляне на вероятностите. Това признава и Съдът в Решение по дело Комисия/Tetra Laval, като отбелязва, че в областта на контрола върху сливанията е от значение „да се предвидят събитията, които в бъдеще ще настъпят с по-голяма или по-малка вероятност“<sup>159</sup>.

206. При упражняване на съдебен контрол върху подобно претегляне на вероятностите става въпрос не толкова за *доказуемостта*, колкото за *правдоподобността* на прогнозата на Комисията, когато преценява дали дадена концентрация ще има положително или отрицателно въздействие върху конкуренцията. Комисията трябва да е в състояние да представи доказателства само по отношение на факти и обстоятелства, на които е основала прогнозата си, като например по отношение на установените от нея елементи на пазарната структура (в настоящия случай например различните фактори, които сочат за или против наличието на прозрачност на пазара). В този смисъл в Решение по дело Комисия/Tetra Laval Съдът отбелязва, че „доказателствата трябва да подкрепят заключението на Комисията, според което [...] сценарият на икономическото развитие, на който тя се основава, бил *правдоподобен*“<sup>160</sup>.

207. Критерият, по който трябва да се определя дали прогнозата на Комисията за очакваното развитие на пазара е *правдоподобна* или *неправдоподобна*, следва

159 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 42); вж. също Решение по дело General Electric/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 64).

160 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 44; курсивът е мой).



да се дефинира с оглед на особеностите на процедурата за контрол върху сливанията. С решенията в областта на контрола върху сливанията по член 8 от Регламента за сливанията Комисията не налага санкции, нито засяга личната свобода или физическата неприкосновеност на физически лица. Всъщност Комисията само издава или отказва да издаде разрешения от административноправен характер за икономическа дейност, а именно за концентрацията на предприятия. В допълнение, всичко се извършва в рамките на процедура, която се характеризира с изискване за бързина и с добре балансиран и сравнително строг режим на сроковете<sup>161</sup>.

208. Предвид посочените особености на процедурата за контрол върху сливанията, подходящият критерий според мен би могъл да се състои в това Комисията да се основава на онова развитие на пазара, което счита за най-вероятно в резултат на многомесечна задълбочена проверка на дадена концентрация (на английски език „balance of probabilities“). Неотдавна Първоинстанционният съд много точно изложи същността на този въпрос в Решение по дело General Electric/Комисия: „Прогнозният анализ [...] изисква мислено да се построят различни причинно-следствени модели и да се избере най-вероятният от тях“<sup>162</sup>.

209. Следователно ако е по-вероятно да се стигне до създаване или засилване на господстващо положение, концентрацията трябва да се забрани; обратно, ако

е по-вероятно да не се стигне до създаване или засилване на такова положение, концентрацията трябва да се разреши. Общностният съд има задачата да провери дали съответната прогноза на Комисията съдържа явни грешки в преценката, тоест дали Комисията е основала тази прогноза на точни и изчерпателни факти и дали тези факти са от естество да подкрепят прогнозата<sup>163</sup>.

210. Бих счела за неуместно в областта на контрола върху сливанията летвата да се поставя по-високо и да се изисква например прогнозираното от Комисията пазарно развитие да бъде „много вероятно“ или „особено вероятно“, за да бъде прието от Първоинстанционния съд<sup>164</sup>. От една страна, подобен завишен критерий за претегляне на вероятностите би отслабил значително позициите на Комисията при упражняването на нейната функция в областта на политиката на конкуренцията. В такъв случай Комисията би следвало да разрешава концентрации дори ако знае, че е вероятно да водят до създаване или засилване на господстващо положение и по този начин до ограничаване на конкуренцията. Тогава Комисията би могла да се намесва само в случаите, в които е „много вероятно“ или „особено вероятно“ концентрацията

161 — Вж. точка 12 от настоящото заключение.

162 — Решение по дело General Electric/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 64, последно изречение; курсивът е мой).

163 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39), Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 97, точка 57) и Решение по дело General Electric/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 63); вж. също точки 173 и 174 от настоящото заключение.

164 — Друго мнение застъпва генералният адвокат Tizzano в точка 74 от заключението си, представено на 25 май 2004 г. по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96), който при решения за забрана изисква да е *много вероятно* нотифицираната концентрация да води до създаване или засилване на господстващо положение.

да има подобни ограничаващи конкуренцията последици. От друга страна, такъв завишен критерий за претегляне на вероятностите едва ли може да се съвмести със свободата на преценка, която е предоставена на Комисията при преценката на сложни икономически взаимовръзки<sup>165</sup> и която по същината си включва прогнозата и за начина, по който се очаква да се развива пазарът в резултат на концентрация между предприятия.

211. Още по-малко може да е от решаващо значение дали в резултат на многомесечна задълбочена проверка на дадена концентрация Комисията ще бъде в състояние да реши, без разумно съмнение, дали се създава или не, съответно дали се засилва или не господстващо положение<sup>166</sup>. Този особено висок критерий по принцип е известен от наказателните и квазинаказателните производства. В процедурата за контрол върху сливанията обаче той се прилага единствено във фазата на предварителната проверка („фаза I“) като компенсация на факта, че на този етап от процедурата концентрацията може да бъде проучена само накратко. „Сериозните съмнения“ на този етап в нейната съвместимост с общия пазар единствено ще предотвратят *прибързаното разрешаване* на концентрацията и ще накарат Комисията тепърва да извърши задълбочена проверка в хода на официалната процедура по разследване („фаза II“) (член 6,

параграф 1, букви б) и в) от Регламента за сливанията)<sup>167</sup>. След такава задълбочена проверка, независимо от евентуално оставащите съмнения, концентрацията трябва да бъде разрешена, при условие че според прогнозата на Комисията е по-вероятно да не се стигне до създаване или засилване на господстващо положение. Обратно, концентрацията трябва да бъде забранена въпреки евентуално останалите съмнения, ако след задълбочена проверка Комисията за по-вероятно да се стигне до създаване или засилване на господстващо положение.

— Симетрия между изискванията при разрешаване и при забрана

212. Що се отнася до правните изисквания към решенията за разрешаване, от една страна, и решенията за забрана, от друга страна, не мога да установя разлики между тях. Обратно на поддържаното от жалбоподателите, такава разлика не съществува нито по отношение на степента на правдоподобност на прогнозата, която Комисията трябва да направи, нито по отношение на надеждността на фактите в подкрепа на тази прогноза.

213. Съответните параграфи 2 и 3 както от член 2 от Регламента за сливанията, който определя общата програма за проверка

165 — Във връзка с това вж. точки 126 и 173 от обжалваното съдебно решение.

166 — Подобно схващане застъпва генералният адвокат Tizzano в точка 74 от заключението си по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96): „Следователно не може да се каже, че за да забрани дадена концентрация, Комисията трябва с *абсолютна сигурност* да установи, че тя ще доведе до създаване или засилване на господстващо положение, в резултат на което би се възпрепятствала съществено конкуренцията в рамките на общия пазар или на значителна част от него“ (курсивът е мой).

167 — Като пример от законодателството в областта на околната среда вж. Решение от 7 септември 2004 г. по дело Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee и Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels (C-127/02, Recueil, стр. I-7405, точки 44 и 55—59).

с оглед на контрола на Комисията върху една планирана концентрация, така и от член 8 от Регламента за сливанията, който изброява правомощията на Комисията за вземане на решение, са структурирани изцяло симетрично.

214. В крайна сметка тази симетрия е отражение на факта, че във всеки конкретен случай Комисията трябва да постига справедливо равновесие между равностойни по значение правни интереси, защитени от първичното право<sup>168</sup>, а именно, от една страна, правата и интересите на участниците в концентрацията, и от друга страна, публичния интерес да се гарантира ненарушаването на конкуренцията (член 3, параграф 1, буква ж) ЕО)<sup>169</sup>. В този смисъл макар свободата на стопанската инициатива на засегнатите предприятия, както и правата на собственост на техните собственици (членове 16 и 17 от Хартата на основните права на Европейския съюз) несъмнено да съдържат правото да се извършва концентрация между предприятия, то се прилага само доколкото гарантирането на ненарушената конкуренция не обосновава налагането на определени условия и задължения или дори забраната на съответната концентрация.

215. Решение по дело Комисия/Tetra Laval, на което се позовават жалбоподате-

лите, не опровергава тази симетрия между изискванията за доказване към решенията за разрешаване и тези към решенията за забрана. Всъщност установеното от това съдебно решение изискване за „убедителни доказателства“ (на английски език „convincing evidence“)<sup>170</sup> има просто за цел да напомни, че Комисията основава претеглянето на вероятностите на надеждни факти. Това впрочем е видно и на друго място в Решение по дело Комисия/Tetra Laval, в което Съдът определя „качеството“ на представените от Комисията доказателства като „особено важно“, „тъй като тези доказателства следва да подкрепят заключението на Комисията, според което [...] сценарият на икономическото развитие, на който тя се основава, бил правдоподобен“<sup>171</sup>.

216. Изискването за „убедителни“ доказателства не трябва да се разбира погрешно в смисъл, че по този начин при решенията за забрана левтата е поставена по-високо, отколкото при решенията за разрешаване. Както уточнява Съдът в Решение по дело Комисия/Tetra Laval, посредством изискването за „убедителни“ доказателства „по никакъв начин не се добавя още едно условие по отношение на изискванията за доказване, а единствено се напомня за съществената функция на доказването, която е да убеждава в основателността на дадена теза или [...] на дадено решение“<sup>172</sup>.

168 — Във връзка с това вж. трето и четвърто съображение от Регламента за сливанията, от една страна, и пето съображение от него, от друга.

169 — Вж. освен това първо, второ и пето съображение от Регламента за сливанията. Защитата на конкуренцията от нарушаване служи на интересите на всички участници на пазара, включително потребителите (във връзка с това вж. Решение от 21 февруари 1973 г. по дело Euroemballage и Continental Can/Комисия, 6/72, Recueil, стр. 215, точка 25, Решение от 9 ноември 1983 г. по дело Michelin/Комисия, 322/81, Recueil, стр. 3461, точка 125 и Решение от 15 март 2007 г. по дело British Airways /Комисия (C-95/04 P, Сборник, стр. I-2331, точка 106).

170 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 41); вж. освен това Решение по дело „Kali & Salz“ (посочено по-горе в бележка под линия 16, точка 228), в което се използва изразът „значими и непротиворечиви доказателства“ (на английски език: „sogent and consistent evidence“). Текстът на немски език на Решение по дело Комисия/Tetra Laval, в който се използва изразът „eindeutige Beweise“ („недвусмислени доказателства“), според мен не предава правилно английския израз „convincing evidence“; затова в случая и по-нататък за „convincing“ ще използвам прилагателното „überzeugend“ („убедителен“).

171 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 44).

172 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 41); курсивът е мой.

217. Извод в полза на прилагането на по-строги изисквания при *забраната* на планирана концентрация, отколкото при нейното разрешаване, не може да се направи нито от цитираните части от Решение по дело Комисия/Tetra Laval, нито от припомнянето на Съда, че Комисията трябва да извършва „внимателно“ своя прогнозен анализ<sup>173</sup>. Всъщност при *разрешаването* на концентрации Комисията по никакъв начин не може да подхожда „невнимателно“ и да основава анализа си на по-малко „убедителни“ доказателства, отколкото при забраната на концентрации. В противен случай тя не би изпълнила надлежно съществената си задача да гарантира ненарушената конкуренция в рамките на общия пазар.

218. Следователно ако е по-вероятно да се стигне до създаване или засилване на господстващо положение, концентрацията трябва да се забрани; обратно, ако е по-вероятно да не се стигне до създаване или засилване на такова положение, тогава концентрацията трябва да се забрани. Тези претегляния на вероятностите са двете страни на един и съща монета. Всяко от тях трябва да се направи внимателно и да се основава на факти, които да са не само точни и изчерпателни — за което са необходими „убедителни“ доказателства — но и да са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения<sup>174</sup>.

173 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 42).

174 — Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39) и Решение по дело General Electric (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 63); вж. също точки 173 и 174 от настоящото заключение.

— Няма обща презумпция за съвместимост с общия пазар

219. От описаната по-горе симетрия и от равностойността на съответните правни интереси, предмет на защита<sup>175</sup>, следва, че Регламентът за сливанията не се основава на *обща презумпция* в полза на съвместимостта на концентрациите с общия пазар. Във всеки конкретен случай Комисията трябва да се произнесе изрично по съвместимостта или несъвместимостта на съответната концентрация с общия пазар<sup>176</sup>, като на засегнатите предприятия изрично е забранено да извършват концентрацията си преди приемането на подобно решение (член 7, параграфи 1 и 5 от Регламента за сливанията).

220. Никакъв друг извод не може да се направи от Решение по дело EDP/Комисия<sup>177</sup>, на което се позовават жалбоподателите. Макар в това решение Първоинстанционният съд да уточнява, че съмненията на Комисията сами по себе си все още не са достатъчни, за да обосноват забраната на дадена концентрация, от това по никакъв начин не може по аргумент на противното да се заключи, че е налице обща презумпция за съвместимост на концентрациите с общия пазар. Това веднага личи и от петнадесето съображение от Регламента за сливанията, съгласно което концентрации с малък

175 — Тези правни интереси, предмет на защита, са правата и интересите на участниците в концентрацията, от една страна, и публичният интерес да се гарантира ненарушената конкуренцията, от друга; по този въпрос вж. отново точка 214 от настоящото заключение.

176 — В този смисъл е и Решение по дело General Electric/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 61).

177 — Решение от 21 септември 2005 г. по дело EDP/Комисия (T-87/05, Recueil, стр. II-3745, точка 64).

пазарен дял може евентуално да се считат за съвместими с общия пазар.

221. Според мен съвместимостта на дадена концентрация с общия пазар може да се предполага само по изключение, в следните две хипотези.

222. Първата хипотеза се отнася до нотифицирани концентрации, за които Комисията не е приела решение в срок в нарушение на законното си задължение. Член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията установява, че такива концентрации се считат за съвместими с общия пазар по закон (вж. също член 7, параграфи 1 и 5 от Регламента за сливанията). От разпоредбата на член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията поради характера и на изключение и поради систематичното и място във връзка с режима на процесуалните срокове *не* може да се направи извод за наличие на по-широка *обща* презумпция за съвместимост на концентрациите с общия пазар<sup>178</sup>.

223. Втората хипотеза се отнася до концентрации, в резултат на чието проучване от Комисията са получени толкова неясни доказателства, че не може да се направи надеждна прогноза дали в крайна сметка съответната концентрация ще доведе или не до създаване или засилване на господстващо положение. Гене-

ралният адвокат Tizzano характеризира двете хипотези с понятието „сива зона“<sup>179</sup>. Според мен все пак посоченото понятие не бива да се разбира погрешно в смисъл, че става дума за повече хипотези. Имам предвид, че би могло да става въпрос само за единични и много малко на брой крайни хипотези, в които и след обстойни пазарни проучвания не е ясно на коя страна ще се наклонят везните. Само такива случаи на „non liquet“ следва да се обявяват за съвместими с общия пазар и да се разрешават в съответствие с принципа „in dubio pro liberate“.

224. Независимо от точния обхват на последните две хипотези, при все това е безспорно, че настоящият случай не попада в нито една от двете. Нито Комисията в нарушение на задължението си е пропуснала срока за приемане на решение относно концентрацията, нито, според констатациите на Първоинстанционния съд, е имало неясни доказателства<sup>180</sup>. Макар че и самата Комисия в редица части от първото решение за разрешаване споменава липсата на доказателства за определени факти<sup>181</sup>, тя никога не е квалифицирала настоящия случай, доколкото е видно, като граничен случай, в който би се стигнало до „non liquet“. Всъщност в устните състезания пред Първоинстанционния съд Комисията изрично подчертава, че разискванията относно гранич-

179 — Точки 76—81, и по-специално точка 76 от заключението на генералния адвокат Tizzano по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96).

180 — Вж. например точки 290, 294, 303, 347, 362, 407 и 435 от обжалваното съдебно решение.

181 — Вж. например съображения 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 и 158 от първото решение за разрешаване.

178 — Във връзка с член 10, параграф 6 от Регламента за сливанията вж. и изложеното по-горе в точка 102 от настоящото заключение.

ните случаи, в които доказателствата са неясни, са чисто хипотетични<sup>182</sup>.

— Междинно заключение

225. Предвид всичко гореизложено се налага изводът, че трябва да се отхвърлят доводите на жалбоподателите, според които Регламентът за сливанията установява асиметрия между изискванията към решенията за разрешаване и тези към решенията за забрана, както и обща презумпция за съвместимост на концентрациите с общия пазар. Също така не може да се приеме, че настоящият случай може да попада в една от двете хипотези, в които по изключение се прилага презумпция за съвместимост на концентрацията с общия пазар.

б) По изискванията за доказване, приложени от Първоинстанционния съд в настоящия случай

226. Остава да се разгледа дали в настоящия случай Първоинстанционният съд е приложил правилните изисквания за доказване по отношение на констатациите на Комисията във връзка с прозрачността на пазара.

227. Жалбоподателите изтъкват, че Първоинстанционният съд не е можел да изисква от Комисията да представи положително доказателство за *липсата на прозрачност на пазара*, а всъщност е трябвало да се ограничи да провери дали към датата на първото решение за разрешаване Комисията е разполагала с достатъчно доказателства за *наличието на прозрачност на пазара*<sup>183</sup>. Очевидно тези доводи се основават на идеята, че изискванията за доказване при разрешаването на концентрация трябва да са по-малко строги от тези при нейната забрана.

228. Тези доводи са неубедителни по две съображения.

229. От една страна, от симетрията между изискванията за доказване към решенията за разрешаване и тези към решенията за забрана<sup>184</sup> следва, че не може да се направи разграничение в зависимост от това дали Комисията проучва прозрачността на даден пазар с оглед на евентуално разрешаване или с оглед на евентуална забрана на дадена концентрация. Отрицателната констатация, че даден пазар *не е достатъчно прозрачен, за да допуска съвместно господстващо положение*, води до същия извод и изисква доказване в същия обхват като положителната констатация, че въпросният пазар *е достатъчно непрозрачен, за да изключи тезата за съвместно господстващо положение*. Двете констатации са двете страни на един и същи медал. И двете позволяват да се изключи опасността от създаване или засилване на съвместно

182 — В първоинстанционното производство Комисията също подчертава, че се смята в състояние да защити първото си решение за разрешаване в съответствие с принципите на „balance of probabilities“ (вж. точка 7 от писмената и защита в първоинстанционното производство).

183 — По-конкретно жалбоподателите се позовават на точки 289, 366, 381—387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449—457 и 459 от обжалваното съдебно решение.

184 — Вж. по-горе точки 212—218 от настоящото заключение.

господстващо положение, при условие че фактите, на които се основава съответно всяка от тях, са точни, изчерпателни и са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения.

230. От друга страна, според мене оплакването на жалбоподателите от приложенияте от Първоинстанционния съд изисквания за доказване се дължи на неправилно тълкуване на обжалваното съдебно решение. При по-подробно разглеждане се установява, че всъщност Първоинстанционният съд въобще не упреква Комисията, че не се е съобразила с изискванията за доказване при своята оценка на концентрацията от гледна точка на правото на конкуренция. При проверката си на първото решение за разрешаване самият Първоинстанционен съд се основава на заключението на Комисията, че „пазарът не е достатъчно прозрачен, за да допуска съвместно господстващо положение“<sup>185</sup>. Следователно както са поискали жалбоподателите, Първоинстанционният съд дори е проверил дали действително са липсвали достатъчно доказателства за наличието на прозрачност на пазара, както се е твърдяло.

231. Констатираната от Първоинстанционния съд явна грешка в преценката не се състои в пропускане да се представи положително доказателство за липсата на прозрачност на пазара, а при всички положения във факта, че в първото решение за разрешаване не са взети предвид всички релевантни данни и че взетите предвид факти не са били от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения<sup>186</sup>.

185 — Точки 289 и 459 от обжалваното съдебно решение; вж. освен това точки 287, 366 и 371 от него.

186 — Вж. по-специално точки 377, 390, 459 и 542 от обжалваното съдебно решение.

в) Междинно заключение

232. Следователно втората част от третото правно основание е неоснователна. Същото важи и за твърденията в точки 98—100 и 102 от жалбата, които се припокриват по съдържание с втората част от третото правно основание.

*Б — Граници на правомощието на Първоинстанционния съд за преценка на фактите и доказателствата*

233. С четвъртото си правно основание жалбоподателите упрекуват Първоинстанционния съд, че е разширил обхвата на съдебния контрол върху решението на Комисията, като не е взел предвид свободата на преценка на Комисията и многократно е заменил нейната преценка на фактите и доказателствата със собствената си преценка, като при това е допуснал явни грешки в преценката и е изопачил доказателствата<sup>187</sup>.

234. Докато Комисията подкрепя това правно основание, *Impala* защитава обжалваното съдебно решение.

187 — Следващите съображения се отнасят и до онази част от шестото правно основание, която се съдържа в точки 101 и 102 от жалбата.

1. Свободата на преценка на Комисията и съдебният контрол върху нея

а) Обжалваното съдебно решение

235. В подкрепа на оплакването си, че Първоинстанционният съд не е взел предвид свободата на преценка на Комисията и многократно е заменил нейната преценка на фактите и доказателствата със собствената си преценка, жалбоподателите изтъкват следните примери от обжалваното съдебно решение:

— Първоинстанционният съд характеризирал сближаването на каталожните цени като „всъщност [...] ярко изразено“, докато, обратно, според Комисията те били „по-скоро сближени“<sup>188</sup>,

— Първоинстанционният съд окачествил разликата между общите равнища на практикуваните от участниците в концентрацията отстъпки като „съвсем нищожна“<sup>189</sup>,

188 — Точка 299 от обжалваното съдебно решение.

189 — Точка 307 от обжалваното съдебно решение; освен това жалбоподателите се позовават на точки 421, 419, 424, 444 и 457 от обжалваното съдебно решение, в които откриват подобни изявления.

— Първоинстанционният съд приел, че рекламните отстъпки имат „само ограничено въздействие върху цените“<sup>190</sup>,

— Първоинстанционният съд говорел за „силна прозрачност на цените“, съответно за „значителна прозрачност на цените“<sup>191</sup>, и виждал в седмичните доклади на търговските представители „допълнителен фактор за прозрачността на пазара“<sup>192</sup>; Първоинстанционният съд считал рекламните отстъпки за „предназначени да бъдат публично обявени“<sup>193</sup> и „общоизвестни и прозрачни“<sup>194</sup>,

— според Първоинстанционния съд „разликите във времето между видовете отстъпки мо[жели] да се дължат на разлики в постигнатите резултати и не изключва[ли] възможността отстъпките да се основават на съвкупност от правила, която са известни“<sup>195</sup>,

— Първоинстанционният съд погрешно счел представените му икономически данни за нерелевантни по отношение на въпроса дали рекламните отстъпки

190 — Точка 317 от обжалваното съдебно решение.

191 — Точки 347 и 361 от обжалваното съдебно решение.

192 — Точка 354 от обжалваното съдебно решение.

193 — Точка 402 от обжалваното съдебно решение. Необходимо е да се посочи, че това оплакване се основава на — автентичния — текст на съдебното решение на английски език („destined to become public knowledge“), докато в текста на френски език се казва, че рекламната отстъпка „semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de publicité“, което няма много общо с английския израз „public knowledge“; курсивът е мой.

194 — Точки 403, 405, 406 и 436 от обжалваното съдебно решение.

195 — Точка 420 от обжалваното съдебно решение.



също са от значение за най-продавателните албуми<sup>196</sup>.

върху сливанията при установяване дали са налице явни грешки в преценката<sup>199</sup>.

б) Анализ

236. Както бе споменато и на друго място<sup>197</sup>, в областта на контрола върху сливанията Комисията разполага с немалка свобода на преценка при оценката на сложни икономически взаимовръзки. Според постоянната съдебна практика упражняваният във връзка с това контрол от страна на обществения съд трябва да се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила и изискването за мотивиране, дали фактите са установени точно и дали не е налице явна грешка в преценката или злоупотреба с власт<sup>198</sup>.

237. С оплакванията си срещу цитираните в точка 235 части от обжалваното съдебно решение в крайна сметка жалбоподателите повдигат въпроса за границите, които свободата на преценка на Комисията поставя на съдебния контрол върху решенията и в областта на контрола

238. По този въпрос неотдавна в Решение по дело Комисия/Tetra Laval Съдът констатира следното:

„Макар Съдът да признава на Комисията право на преценка по икономически въпроси, това не означава, че общественият съд трябва да се въздържа от контрол на направеното от Комисията тълкуване на данни с икономически характер. Всъщност той трябва да провери не само дали представените доказателства установяват действителното положение и дали същите са достоверни и съгласувани, но и дали тези доказателства включват всички релевантни данни, които трябва да бъдат взети предвид, за да се прецени дадена сложна ситуация, както и това дали са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения“<sup>200</sup>.

239. С оглед на този критерий за контрол би било грешка да се приема, че свободата на преценка на Комисията от

196 — Точка 456 от обжалваното съдебно решение.

197 — Вж. по-специално разсъжденията по първото и шестото правно основание в точки 126 и 173 от обжалваното съдебно решение.

198 — Решение от 3 април 2003 г. по дело *Petrolescence и SG2R/Комисия* (T-342/00, Recueil, стр. II-1161, точка 101), Решение по дело *EDP/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 177, точка 151) и Решение от 4 юли 2006 г. по дело *easy Jet/Комисия* (T-177/04, Recueil, стр. II-1931, точка 44).

199 — Само мимоходом, нека се отбележи, че предвид систематичното си място някои от оспорваните от жалбоподателите констатации, и по-специално тези в точки 299, 307 и 317 от обжалваното съдебно решение, спадат към *формалната проверка* на първото решение за разрешаване за липса на мотиви. Към нея преди всичко намира приложение казаното по-горе по отношение на третата част от шестото правно основание (вж. по-специално точки 114—131 от настоящото заключение). Тъй като при все това изглежда жалбоподателите приемат, че точки 299, 307 и 317 от обжалваното съдебно решение освен това съдържат елементи на проверка по същество на първото решение за разрешаване за наличие на явни грешки в преценката, по-нататък ще ги разгледам и от тази гледна точка.

200 — Решение по дело *Комисия/Tetra Laval* (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 39); сега вж. и Решение по дело *Испания/Lenzing* (посочено по-горе в бележка под линия 97, точки 56 и 57) и Решение по дело *General Electric/Комисия* (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 63).

самото начало не допуска възможността общностният съд да направи каквато и да било собствена преценка на фактите и доказателствата. Напротив, подобна собствена преценка на общностния съд е абсолютно необходима, когато трябва да се установи дали фактическият материал, на който е основано решението на Комисията, е точен, надежден, съгласуван и пълен и дали този фактически материал е от такъв характер, че да подкрепи изведените от Комисията заключения. В противен случай общностният съд въобще не би могъл разумно да прецени дали Комисията е действала в границите на предоставената и свобода на преценка или е допуснала явна грешка в преценката<sup>201</sup>.

240. Първоинстанционният съд превишава границите на съдебния контрол върху решение на Комисията, прието в областта на контрола върху сливанията, едва когато фактите и доказателствата допускат различни преценки, Комисията е избрала една от тях, а Първоинстанционният съд въпреки това замества преценката на Комисията със своята собствена различна преценка.

241. Ако посочените от жалбоподателите примери от обжалваното съдебно решение се разгледат от този ъгъл, става ясно, че макар да е направил собствена преценка на фактите и доказателствата, Първоинстанционният съд всъщност е действал в границите на съдебния контрол върху решение на Комисията, прието в областта на контрола върху сливанията.

242. От една страна, от правна гледна точка няма основания да се оспорва фактът, че Първоинстанционният съд е извършил проверка на установения от Комисията фактически материал с цел да установи дали и в какъв обхват са налице доказателства за или против прозрачността на пазара. Следователно оспорваните от жалбоподателите констатации в точки 299, 307, 317, 347, 354 и 361 от обжалваното съдебно решение са правилни, като например съждението, „че три фактора, посочени в решението, [...] могат да обосноват силна прозрачност на цените“ (точка 347 от обжалваното съдебно решение).

243. От друга страна, Първоинстанционният съд е можел да си изгради собствено мнение по въпроса дали и в какъв обхват установеният от Комисията фактически материал във връзка с отстъпките, и по-специално с рекламните отстъпки, е бил достатъчен, за да се изключи наличието на достатъчна прозрачност на пазара, която да допуска съществуването на съвместно господстващо положение. Следователно оспорваните от жалбоподателите констатации на Първоинстанционния съд в точки 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 и 457 от обжалваното съдебно решение са правилни, като например съждението, че рекламните отстъпки са представлявали само много малка част от брутните продажни цени на албумите (точка 457 от обжалваното съдебно решение).

244. Всъщност в оспорваните точки от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е приложил по същество формулираните от самия Съд критерии<sup>202</sup>, и по-специално е проверил

201 — Във връзка с това вж. вече казаното, но в друг контекст, в точка 179 от настоящото заключение.

202 — Вж. отново Решение по дело Комисия/Tetra Laval (посочено по-горе в бележка под линия 96 точка 39), неотдавна потвърдено в Решение по дело Испания/Lenzing (посочено по-горе в бележка под линия 96, точка 57).

дали фактите в основата на първото решение за разрешаване са от такъв характер, че да подкрепят заключенията на Комисията, според които пазарът бил недостатъчно прозрачен, за да допуска съвместно господстващо положение.

245. Първоинстанционният съд по никакъв начин не е заместил със собствената си преценка на прозрачността на пазара евентуално също допустимата преценка на Комисията и също по никакъв начин не си е позволил сам да преценява съвместимостта или несъвместимостта на спорната концентрация с общия пазар<sup>203</sup>. Той единствено е стигнал до извода, че в конкретния случай изведените от Комисията заключения не са подкрепени от фактите в основата на нейното първо решение за разрешаване<sup>204</sup>. Тази преценка на Първоинстанционния съд е част от неговата преценка на фактите и доказателствата в първоинстанционното производство и като такава не подлежи повече на проверка в производството по обжалване, освен с оглед на условието да не е налице изопачаване на факти и доказателства, което се разглежда по-нататък.

246. Като цяло стигам до извода, че при проверката по същество на първото решение за разрешаване Първоинстанционният съд не е нарушил свободата на преценка на Комисията.

203 — Вж. точка 479 от обжалваното съдебно решение: „Всъщност Първоинстанционният съд няма за задача да се произнася по съвместимостта на концентрацията с общия пазар, а да провери законосъобразността на констатациите, направени в решението.“

204 — Точка 452 от обжалваното съдебно решение.

2. По оплакването за изопачаване на доказателства

247. Освен това жалбоподателите твърдят, че в точки 425, 427 и 434 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е изопачил доказателства. В оспорваните части от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд разглежда оценката на Комисията за рекламните отстъпки като непрозрачни.

248. Преди да разгледам подробно посочените точки от обжалваното съдебно решение, ще си позволя да напомня за строгите критерии, установени в постоянната практика на Съда във връзка с проверката на твърдения за изопачаване на доказателства. Съгласно тези критерии изопачаване на доказателства е налице, *когато без да се основава на нови доказателства*, преценката на съществуващите доказателства е *явно неправилна*<sup>205</sup>. Следователно тук не става въпрос да се провери дали извършената от Първоинстанционния съд преценка на доказателствата според Съда е *убедителна*. В противен случай Съдът просто би заместил преценката на Първоинстанционния съд на доказателствата със своята собствена, което не е неговата задача в производството по обжалване. Доколкото преценката на доказателствата от Първоинстанционния съд е *най-малкото защитима*, не е налице изопачаване на доказателства.

205 — Решение от 18 януари 2007 г. по дело РКК и КНК/Съвет (С-229/05 P, Сборник, стр. I-445, точка 37), Решение от 18 юли 2007 г. по дело Industrias Químicas del Vallés/Комисия (С-326/05 P, Сборник, стр. I-6557, точка 60) и Решение от 22 ноември 2007 г. по дело Sniaice/Комисия (С-260/05 P, Сборник, стр. I-10005, точка 37).

249. Първоинстанционният съд извършва проверката си изключително въз основа на материалите по делото<sup>206</sup>.

а) По точка 425 от обжалваното съдебно решение

250. В точка 425 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд разглежда някои от таблиците, представени от Комисията, и установява:

„[...] неправилно е изчислена разликата между минималните и максималните отстъпки за отделен клиент [...] в повечето случаи при отчитане на предоставените от другата страна отстъпки, въпреки че [...] тази разлика трябва да се изчисли въз основа на разликата [...] между минималните и максималните отстъпки за различни клиенти, предоставени от един и същ участник“.

251. Според жалбоподателите тук е налице изопачаване на доказателства. Всъщност в първоинстанционното производство Комисията заявила пред Първоинстанционния съд, че е изчислила разликата между минималните и максималните отстъпки въз основа на отстъпките върху

фактурите за един и същи клиент, предоставени от даден участник в концентрацията за всеки от неговите албуми „Топ 20“. Това заключение следвало от точки 19—22 от писменото становище на Комисията, представено на 21 септември 2005 г., и недвусмислено от приложение Д.2 от това становище<sup>207</sup>.

252. Разумният анализ на упрека за изопачаването изисква най-напред да се установи на какви таблици се позовава Първоинстанционният съд в точка 425 от обжалваното съдебно решение. За съжаление автентичният в случая текст на съдебното решение на английски език е изключително неточен. При все това още от точка 425 в текста на английски език следва, че Първоинстанционният съд се позовава на таблици, „с които се цели да се докажат най-големите рекламни отстъпки, предоставени от Sony и BMG за най-продаваните албуми“<sup>208</sup>, и в които разликата между минималните и максималните отстъпки е изчислена за отделен клиент.

253. В това отношение френският текст на обжалваното съдебно решение е по-точен. Макар че по настоящото дело не е автентичен, текстът на този език, на който е изготвено и обсъдено обжалваното съдебно решение, може да предложи допълнителни индикации на какво всъщност Първоинстанционният съд е възнамерявал да се позове в точка 425, а именно

206 — Решение от 6 април 2006 г. по дело General Motors/Комисия (С-551/03 P, Recueil, стр. I-3173, точка 54), Решение по дело JCB Service/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 127, точка 108) и Решение по дело Wunnenburger/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 67).

207 — Писмено становище на Комисията от 21 септември 2005 г. в отговор на писмените въпроси на Първоинстанционния съд.

208 — „As regards the tables, which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums [...]“ (курсивът е мой).

на „таблиците от приложение Д.4.2“<sup>209</sup>. Факт е, че в преписката по делото на първата страница от приложение Д.4.2 има заглавие, което ясно наподобява уводните думи в точка 425 от обжалваното съдебно решение<sup>210</sup>, а таблиците от приложение Д.4.2 посочват споменатата в точка 425 разлика между минималните и максималните отстъпки за отделен клиент.

254. Затова приемам, че точка 425 от обжалваното съдебно решение се отнася до таблиците в приложение Д.4.2. От посоченото приложение обаче не може да се направи извод за каквото и да било доказателство, което да сочи *явна неправилност* на разсъжденията на Първоинстанционния съд в точка 425. Макар отпечатаните в това приложение таблици — с изключение на заглавието върху първата страница от приложението — да не съдържат никакви пояснителни допълнения, бегъл поглед върху първата и втората таблица от приложение Д.4.2 показва, че критиката от страна на Първоинстанционния съд е основателна, тъй като при изчисляването на разликата между минималните и максималните отстъпки за отделен клиент действително на някои места стойностите за Bertelsmann и Sony са поставени под един и същ знаменател; на разгворен език би могло да се каже, че са сравнени ябълки с круши<sup>211</sup>.

255. От заключенията на Комисията в точки 19—22 от нейното писмено становище от 21 септември 2005 г. също не следва изводът, че Първоинстанционният съд е тълкувал явно неправилно таблиците в приложение Д.4.2, тъй като те всъщност — видно от техния текст — се отнасят единствено до приложения Б.6, Б.8 и Д.2. За сметка на това частта от становището на Комисията, на която се позовават жалбоподателите, не съдържа никакви пояснения по разглежданите таблици от приложение Д.4.2.

256. При това положение считам твърдението за изопачаване на доказателства по отношение на точка 425 от обжалваното съдебно решение за неоснователно.

б) По точка 427 от обжалваното съдебно решение

257. В точка 427 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд посочва:

„Дори да се приеме, че отделните таблици, изготвени от участниците в концентрацията и представени от Комисията, действително могат да докажат твърдените по-големи или по-малки разлики, [...] релевантността на тези разлики при всяко положение е съмнителна, доколкото таблиците [...] посочват само маржове, без да анализират средните претеглени стойности и разликите в съотношение към средните претеглени стойности [...]“.

209 — Текстът на френски език на точка 425 от обжалваното съдебно решение започва по следния начин: „S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus [...]“ (курсивът е мой).

210 — Заглавието върху първата страница от приложение Д.4.2 гласи: „Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums“.

211 — Например в приложение Д.4.2, първа таблица, трета колона най-ниската отстъпка, предоставена от Sony (SMEI), се сравнява с най-високата отстъпка, предоставена от Bertelsmann (BMG); по същия начин се процедира в приложение Д.4.2, втора таблица, трета колона.

258. Според жалбоподателите много от данните в таблиците и графиките, представени от Комисията пред Първоинстанционния съд в писмената и защита от 11 февруари 2005 г. в първоинстанционното производство, за сметка на това са изчислени въз основа на средни претеглени стойности, за което те се позовават на приложения Б.4, Б.8, Б.9, Б.10 и Б.13, както и на допълнителните пояснения на Комисията в писменото и становище от 14 март 2007 г. в първоинстанционното производство.

259. В това отношение следва да се отбележи, че в решението си Първоинстанционният съд прави езикова разлика между *таблицы* и *графики*<sup>212</sup>. В точка 427 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд изрично се позовава на различни представени от Комисията *таблицы*. Загова очаквах, че в подкрепа на твърдението си за изопачаване на доказателства жалбоподателите също ще се позоват на материали от преписката, съдържащи *таблицы*. След преглед на таблиците Б.4, Б.8, Б.9, Б.10 и Б.13 обаче установявам, че те наистина съдържат много на брой *графики*, но нито едно от посочените приложения не съдържа *таблицы*. При това положение посочените приложения не са от естество да подкрепят твърденията за изопачаване на доказателства, както не са от такова естество и евентуалните пояснения на Комисията по точно тези приложения.

260. Много по-вероятно е в точка 427 Първоинстанционният съд да се е позовал на *таблицы* като отпечатаните

212 — Вж. например точки 393, 401, 415, 416, 420—428 и 455—457 от обжалваното съдебно решение, в които се говори за *таблицы* (на английски език: „tables“), докато например в точки 129 и 419 от това съдебно решение става дума за *графики* (на английски език: „charts“).

в приложения Б.6 и Б.7, в които става дума за отстъпките върху фактурите и които впрочем съдържат споменатите от Първоинстанционния съд „маржове“. В подкрепа на тази теза обаче жалбоподателите не изтъкват никакви доводи.

261. Предвид гореизложеното считам твърдението за изопачаване на доказателства по отношение на точка 427 от обжалваното съдебно решение за неоснователно.

в) По точка 434 от обжалваното съдебно решение

262. В точки 431—434 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд разглежда въпроса дали е възможно по метода на „обратната дедукция“ (т.нар. „reverse engineering“) да се определят нетните продажни цени, прилагани спрямо търговците на дребно, въз основа на съответните продажни цени на дребно. В основата на този въпрос стои доводът на Impala, изтъкнат в първоинстанционното производство, че маржовете на търговците на дребно по принцип са прозрачни и много добре известни<sup>213</sup>.

263. Част от точка 434 от обжалваното съдебно решение гласи:

213 — Този контекст следва от точки 431 и 433 от обжалваното съдебно решение.

„[...] подготвеното от икономистите на участниците в концентрацията проучване не предоставя достатъчно надеждни, относими и сравними данни [...]. Макар несъмнено да е вероятно, че различните видове търговци на дребно (супермаркети, независими разпространители, вериги от специализирани магазини и пр.) прилагат различна политика по отношение на маржовете и че съществуват разлики вътре във всяка категория оператори, а дори и разлики при всеки отделен оператор в зависимост от видовете албуми или равнището им на успех, от друга страна е много малко вероятно, а и проучването не съдържа никакви данни в това отношение, търговец на дребно да прилага различна продажбена политика към един и същ вид албум. [...]“

264. Жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е пренебрегнал проучването, подготвено от техните икономически експерти и представено от Комисията като приложение Б.17<sup>214</sup>, и по-специално раздел 2 от него. В този раздел се съдържа обстоен материал с данни от икономически характер, сочещ за погрешността на констатацията на Първоинстанционния съд за единна политика на търговците на дребно по отношение на маржовете.

265. Този довод е неубедителен за мен. Още от самия прочит на спорната точка 434 от обжалваното съдебно решение е ясно, че Първоинстанционният съд в никакъв случай не е пренебрегнал посоченото там проучване, а напротив — разгледал го е.

266. Що се отнася до съдържанието на проучването, макар и да е вярно, че раздел 2 от него е посветен на политиката относно маржовете на търговците на дребно, и по-специално на въпроса за прилагането на стандартизирани маржове от тях („standard mark-ups“), според Първоинстанционния съд в това проучване липсват данни дали „търговец на дребно прилага различна продажбена политика към един и същ вид албум“<sup>215</sup>. В това отношение след като се запознах с проучването в приложение Б.17, стигам до същия извод като Първоинстанционния съд.

267. Предвид изложеното по-горе считам твърдението за изопачаване на доказателства по отношение на точка 434 от обжалваното съдебно решение за неоснователно.

### 3. Междинно заключение

268. Следователно четвъртото правно основание е изцяло неоснователно. Същото се отнася и до твърденията в точки 101 и 102 от жалбата, които се припокриват по съдържание с четвъртото правно основание.

214 — Става въпрос за приложение Б.17 от писмената защита на Комисията в първоинстанционното производство.

215 — Точка 434 от обжалваното съдебно решение (курсивът е мой).

В — По използването на поверителна информация в обжалваното съдебно решение (седмо правно основание)

269. Със седмото си правно основание жалбоподателите упрекуват Първоинстанционния съд, че е допуснал грешка при прилагане на правото, като е основал решението си на доказателства, които не са им били съобщени, по които не са имали възможност да изложат своето становище и които не са били предоставени на Комисията към момента на приемане на първото решение за разрешаване. Поради факта че Комисията не е могла да основе решението си на посочените доказателства, отмяната на първото решение за разрешаване също не е можело да бъде основана на тях.

270. В основната си част това правно основание е насочено срещу разсъжденията на Първоинстанционния съд по отношение на ценовата политика, и по-специално срещу — оспорваната — възможност на петте големи да наблюдават пазара на дребно с помощта на седмични контролни доклади на търговските си представители<sup>216</sup>. Във връзка с това Първоинстанционният съд подчертава констатацията на Комисията, че Sony и Bertelsmann разполагали със *система за седмични доклади*, съдържащи и сведения за конкурентите<sup>217</sup>. Като допълнение в решението си Първоинстанционният съд се позовава на някои документи, представени от Impala и квалифицирани като поверителни<sup>218</sup>.

216 — Точки 352—361 и 451 от обжалваното съдебно решение.

217 — Вж. точка 352 от обжалваното съдебно решение, в която се цитира съображение 113 от първото решение за разрешаване.

218 — Точки 356—360, 389 и 451 от обжалваното съдебно решение.

271. Тъй като жалбоподателите се оплакват и че не са имали възможност да изложат становището си *пред Първоинстанционния съд* по последно посочените документи, най-напред следва да се разгледа дали е имало някакво нарушение на състезателното начало в производството *пред Първоинстанционния съд*.

272. Несъмнено съдебното решение не може да се основава на факти и документи, с които *самите страни в производството* — или една от тях — не са могли да се запознаят, а поради това и да изложат по тях становище<sup>219</sup>. В конкретния случай обаче жалбоподателите не са имали положението на *главна страна* в първоинстанционното производство, а единствено са *встъпили в делото* в подкрепа на исканията на Комисията. Като такива те имат в производството по-слаба позиция от жалбоподателя и ответника.

273. По-специално член 116, параграф 2, второ изречение от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд изрично предвижда, че по искане на някоя от страните председателят може да изключи от изпращаните на встъпилата страна доказателства тези, които са секретни или поверителни, което не се случва особено рядко в производствата в областта на правото на конкуренцията<sup>220</sup>. Специално по делата, отнасящи се до общностното право на конкуренцията, събирането на доказателствата се

219 — Решение от 22 март 1961 г. по дело Snupat/Върховен орган (42/59 и 49/59, Recueil, стр. 111, 169), Решение от 10 януари 2002 г. по дело Plant и др./Комисия и South Wales Small Mines (C-480/99 P, Recueil, стр. I-265, точка 24) и Решение от 2 октомври 2003 г. по дело Corus UK/Комисия (C-199/99 P, Recueil, стр. I-11177, точка 19). Вж. също ЕСПЧ, Решение по дело Feldbrugge с/у Нидерландия от 29 май 1986 г. (серия А, № 99, стр. 16, § 44) и Решение по дело Aksoy (Eroglu) с/у Турция от 31 октомври 2006 г. (№ 59741/00, § 21 и цитираната там съдебна практика).

220 — Вж. например Определение от 15 юни 2006 г. по дело Deutsche Telekom/Комисия (T-271/03, Recueil, стр. II-1747).



характеризира с това, че изследваните документи често съдържат търговски тайни или други сведения, които не могат да бъдат разкривани, или това може да стане само при спазване на сериозни ограничения<sup>221</sup>. Следователно още в системата на Процедурния правилник е заложено, че Първоинстанционният съд при необходимост може да основе решението си на доказателства, които не са били достъпни за встъпилите страни (във връзка с това вж. и член 67, параграф 3, първа алинея от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд, както и член 287 ЕО).

274. Следователно поверителното третиране на представените от Impala документи — за разлика от онова, което може би изглежда на пръв поглед — е не толкова проблем за състезателното начало в производството *пред Първоинстанционния съд*, колкото преди всичко въпрос за спазването на правото на защита на участниците в концентрацията в *административната процедура*.

275. Жалбоподателите основателно изтъкват, че Първоинстанционният съд не е можел да се основава на спорните документи, представени от Impala, за да отмени първото решение за разрешаване, тъй като Комисията от своя страна не е имала право да използва тези документи поради техния поверителен характер. Всъщност когато Първоинстанционният съд счита определени документи за поверителни в такъв обхват, че да не предостави на участниците в концентрацията цялото им съдържание<sup>222</sup>, логично е да

не може да се очаква и от Комисията да се основава на тях в административната процедура, за да обоснове евентуално решение за забрана или пък за да обори по този начин само определени аргументи на участниците в концентрацията.

276. При това положение е била допусната грешка при прилагане на правото, когато за да отмени първото решение за разрешаване, Първоинстанционният съд се е основал на документи, представени от Impala при условията на поверителност.

277. При все това тази грешка при прилагане на правото не води до отмяна на обжалваното съдебно решение, тъй като в подкрепа на констатациите на Първоинстанционния съд всъщност има и други съображения, които не са свързани с документите, представени от Impala при условията на поверителност. Така например препратките към тези документи в крайна сметка представляват само един от множество фактори, от които Първоинстанционният съд заключава, „че и без това голямата прозрачност [...] е още по-голяма“<sup>223</sup>. Следователно дори с оглед на правото на защита Първоинстанционният съд да не беше взел предвид документите, представени от Impala при условията на поверителност, това нямаше да лиши от основателност направените от него заключения в обжалваното съдебно решение<sup>224</sup>.

278. Следователно и седмото правно основание е неоснователно.

221 — Решение от 25 януари 2007 г. по дело Salzgitter Mannesmann/Комисия (C-411/04 P, Сборник, стр. I-959, точка 43).

222 — Макар че след като се запознах с преписката от първоинстанционното производство, имам значителни съмнения дали подобен подход в случая е оправдан, в производството по обжалване Съдът не следва да поставя под въпрос направената от Първоинстанционния съд преценка на поверителния характер на разглежданите документи.

223 — Точки 348—362, по-специално точка 362 от обжалваното съдебно решение.

224 — В същия смисъл: Решение по дело Aalborg Portland и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 121), точка 72. Решение по дело Musique Diffusion française и др./Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 117), точка 30 и Решение на Първоинстанционния съд от 29 юни 1995 г. по дело Solvay/Комисия (T-30/91, Recueil, стр. II-1775, точка 58).

Г — *Междинно заключение*

279. Следователно жалбата трябва изцяло да се отхвърли.

VI — **По твърдяната насрещна жалба**

280. В края на писмения отговор на Комисията се съдържа отделен раздел с „допълнително становище“<sup>225</sup> по така наречените от Първоинстанционния съд „съществени съображения“ на първото решение за разрешаване.

281. Комисията изтъква, че в точки 474 и 476 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд неправилно е квалифицирал нейните констатации относно ответните мерки<sup>226</sup> като съществено съображение на първото решение за разрешаване. Ако, обратно на приетото от Първоинстанционния съд, в настоящото производство се окаже, че не е допуснатата грешка при прилагане на правото във връзка с констатациите на Комисията относно липсата на прозрачност на пазара, това решение трябвало да се обяви за законосъобразно, независимо дали съдържа грешки при прилагане на правото във връзка с ответните мерки.

225 — Точки 37–39 от писмения отговор на Комисията в производството по обжалване, озаглавени по следния начин: „6. Additional observations: On the „essential grounds“ of the Decision“.

226 — Точки 114–118 от първото решение за разрешаване.

282. Impala възприема тези разсъждения на Комисията като *насрещна жалба* и им отговаря с отделно становище, като се позовава на член 117, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда. С разрешение на председателя на Съда са представени допълнителни писмени становища по този въпрос.

283. Това обаче само по себе си по никакъв начин не означава, че по настоящото дело Съдът вече окончателно е констатирал наличието на насрещна жалба. Съгласно член 117, параграф 2 от Процедурния правилник квалификацията на един довод като насрещна жалба изисква страната, която го изтъква, да иска отмяна, изцяло или частично, на обжалваното съдебно решение по съображение, което не е посочено в жалбата. За да се установи дали в случая това е така, трябва да се разгледат текстът, целта и контекстът на съответната част от писмения отговор на Комисията.

284. В това отношение е важно да се подчертае, че никъде в своя отговор Комисията не използва понятието „насрещна жалба“. Нещо повече, заглавието „Допълнително становище“ сочи, че става въпрос за допълнителни разсъждения, служещи единствено за по-добро разбиране на действителните доводи на Комисията в отговор на жалбата на Bertelsmann и Sony. По-специално нейното „допълнително становище“ има за цел да поясни какви биха били последиците за действителността на първото решение за разрешаване, ако обжалваното съдебно решение бъде отменено (евентуално отчасти) по искане на Bertelsmann и Sony<sup>227</sup>.

227 — Вж. по-специално точка 39, последно изречение от писмения отговор на Комисията в производството по обжалване.

285. Самата Комисия ясно отбелязва в по-нататъшния ход на производството, че със своето „допълнително становище“ изобщо не е имала намерение да подаде насрещна жалба и че освен това изрично е възразила срещу поемането на евентуални разноски в това отношение. Комисията също отбелязва, че нейното „допълнително становище“ няма никакво самостоятелно значение, а ще е релевантно само ако жалбата на Bertelsmann и Sony бъде уважена (евентуално отчасти)<sup>228</sup>.

286. При тези обстоятелства следва да се приеме, че „допълнителното становище“ на Комисията въобще не съдържа насрещна жалба и че не е необходимо, дори би било *ultra petita*, Съдът да се произнася по него с отделно решение.

## VII — По съдебните разноски

287. Когато жалбата се отхвърля, както предлагам по настоящото дело, Съдът се произнася по съдебните разноски (член 122, параграф 1 от Процедурния правилник), по-конкретно в съответствие с член 69 във връзка с член 118 от Процедурния правилник.

228 — Писмо на Комисията от 15 май 2007 г. до секретаря на Съда.

288. Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Освен това съгласно същия член когато има няколко загубили делото страни, Първоинстанционният съд взема решение по разпределянето на съдебните разноски. Чрез дерогация от това правило Съдът може да разпреди разноските съгласно член 69, параграф 3, първа алинея от Процедурния правилник, ако всяка от страните е загубила съответно по едно или няколко от предявените основания. Това правило се прилага и когато жалбата е неоснователна, но част от доводите на жалбоподателите са приети<sup>229</sup>.

289. Тъй като не е уважена жалбата на жалбоподателите Bertelsmann и Sony, но част от съдържанието на техните правни основания е все пак основателно, съдебните разноски трябва да бъдат разпределени. Поради това предлагам Bertelsmann и Sony да понесат съответно направените от тях съдебни разноски, както и да заплатят три четвърти от съдебните разноски, направени от Imrala. Доколкото Bertelsmann и Sony ще трябва да заплатят съдебните разноски на Imrala, е целесъобразно те да носят солидарна отговорност<sup>230</sup>. За сметка на това Imrala трябва да бъде осъдена да понесе една четвърт от направените от него съдебни разноски.

290. По аналогия с член 69, параграф 4 страните в производството, които с исканията си подкрепят жалба пред Съда, могат да бъдат осъдени да понесат

229 — Решение от 30 септември 2003 г. по дело Biret International/Съвет (C-93/02 P, Recueil, стр. I-10497, точка 72) и Решение от 30 септември 2003 г. по дело Biret и Cie/Комисия (C-94/02 P, Recueil, стр. I-10565, точка 75).

230 — Решение от 31 май 2001 г. по дело D и Швеция/Съвет (C-122/99 P и C-125/99 P, Recueil, стр. I-4319, точка 65).

съответно направените от тях съдебни разноски. Предвид факта, че с исканията си Комисията и Sony BMG Music Entertainment BV са подкрепили жалбата

на Bertelsmann и Sony и са загубили делото, считам за целесъобразно да бъдат осъдени да понесат съответно направените от тях съдебни разноски<sup>231</sup>.

## VIII — Заключение

291. Въз основа на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да вземе следното решение:

„1) Отхвърля жалбата.

2) Осъжда Bertelsmann AG и Sony Corporation of America да понесат съответно направените от тях съдебни разноски, както и солидарно да заплатят три четвърти от съдебните разноски, направени от Independent Music Publishers and Labels Association. Осъжда Independent Music Publishers and Labels Association да понесе една четвърт от направените от него съдебни разноски.

3) Осъжда Комисията на Европейските общности и Sony BMG Music Entertainment BV да понесат съответно направените от тях съдебни разноски.“

231 — В този смисъл например Решение от 26 февруари 2002 г. по дело Съвет/Boehringer (C-23/00 P, Recueil, стр. I-1873, точка 56), Решение от 2 октомври 2003 г. по дело International Power и др./NALCO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P и C-180/01 P, Recueil, стр. I-11421, точка 187).