

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (trzecia izba)
z dnia 13 lipca 2006 r.*

W sprawie T-464/04

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, stowarzyszenie międzynarodowe), z siedzibą w Brukseli (Belgia), reprezentowane przez S. Crosby'ego i J. Goldinga, solicitors, oraz adwokata I. Weksteina-Stega,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez A. Whelana oraz K. Mojzesowicz, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

* Język postępowania: angielski.

popieranej przez

Bertelsmann AG, z siedzibą w Gütersloh (Niemcy), reprezentowaną przez J. Boyce'a, solicitor, oraz adwokatów P. Chappatte'a i D. Loukasa,

oraz przez

Sony BMG Music Entertainment BV, z siedzibą w Vianen (Niderlandy),

i

Sony Corporation of America, z siedzibą w Nowym Jorku, Nowy Jork (Stany Zjednoczone),

reprezentowane przez N. Levy'ego, barrister, oraz adwokatów R. Sneldersa i T. Grafa,

interwencji,

mającej za przedmiot wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2004) 2815 z dnia 19 lipca 2004 r. stwierdzającej zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.333 — Sony/BMG),

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH(trzecia izba),

w składzie: M. Jaeger, prezes, J. Azizi i E. Cremona, sędziowie,
sekretarz: I. Natsinas, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu
22 września 2005 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

- 1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) jest międzynarodowym stowarzyszeniem prawa belgijskiego zrzeszającym 2500 niezależnych producentów muzycznych.
- 2 W dniu 9 stycznia 2004 r. Komisja otrzymała, zgodnie z art. 4 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 395, str. 1), sprostowanego (Dz.U. 1990 L 257, str. 13) oraz zmienionego przez rozporządzenie Rady (WE) nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz.U. L 180, str. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem”), zgłoszenie zamiaru

koncentracji, w której wyniku spółki Bertelsmann AG i Sony Corporation of America, należące do grupy Sony (zwane dalej „Sony”) planowały połączyć prowadzoną na skalę światową działalność w zakresie nagrań muzycznych.

- 3 Bertelsmann jest międzynarodową spółką medialną, której działalność na skalę światową obejmuje produkcję i wydawanie utworów muzycznych, produkcje telewizyjne i radiowe, wydawanie książek, czasopism i gazet, świadczenie usług drukarskich i medialnych oraz prowadzenie klubów literackich i muzycznych. W dziedzinie nagrań muzycznych Bertelsmann prowadzi działalność za pośrednictwem swojej spółki zależnej Bertelsmann Music Group (BMG), którą całkowicie kontroluje. Do BMG należą takie wytwórnie płytowe jak Arista Records, Jive Records, Zomba i Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Sony prowadzi ogólnoswiatową działalność w dziedzinie produkcji i wydawania utworów muzycznych, elektroniki przemysłowej i użytkowej oraz rozrywki. W sektorze nagrań muzycznych działa za pośrednictwem Sony Music Entertainment. Do Sony należą wytwórnie płytowe Columbia Records Group, Epic Records Group i Sony Classical.
- 5 Proponowane przedsięwzięcie polega na połączeniu działalności prowadzonej przez strony na szczeblu światowym w dziedzinie nagrań muzycznych (z wyłączeniem działalności Sony w Japonii) w trzech nowych spółkach (lub większej ich ilości), utworzonych zgodnie z Business Contribution Agreement (porozumieniem o połączeniu działalności) z dnia 11 grudnia 2003 r. Planowano, że te przedsiębiorstwa joint venture będą prowadzone wspólnie pod nazwą Sony BMG.
- 6 Zgodnie z porozumieniem Sony BMG będzie prowadzić działalność w dziedzinie odkrywania i lansowania artystów [polegającą na kierownictwie artystycznym i nazywaną A & R (Artysta i Repertuar)] oraz promocji i sprzedaży powstałych dzięki temu płyt. Sony BMG nie będzie angażować się w działalność pokrewną, taką jak wydawanie utworów muzycznych, produkcja i dystrybucja.

- 7 W dniu 20 stycznia 2004 r. Komisja wysłała kwestionariusz do niektórych podmiotów prowadzących działalność na tym rynku. Skarżąca odpowiedziała na ten kwestionariusz i złożyła, w dniu 28 stycznia 2004 r., odrębne pismo (załącznik A.5), w którym przedstawiła powody, które — jej zdaniem — powinny skłonić Komisję do uznania koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem. Skarżąca wyraziła w nim swoje obawy co do zwiększenia koncentracji na tym rynku oraz wpływu, jaki może ona mieć na dostęp do niego, włącznie z wpływem na sektor dystrybucji, media, Internet, a także na wybór konsumentów.

- 8 Decyzją z dnia 12 lutego 2004 r. Komisja stwierdziła, że zgłoszona koncentracja budzi poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i wszczęła postępowanie zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia.

- 9 W dniu 24 maja 2004 r. Komisja skierowała do stron uczestniczących w koncentracji pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym wstępnie uznała koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem porozumienia EOG, ponieważ wzmocniałaby ona zbiorową pozycję dominującą na rynku nagrań muzycznych oraz na rynku hurtowym licencji na muzykę on-line i ponieważ służyłaby ona koordynowaniu działań spółek dominujących w sposób niezgodny z art. 81 WE.

- 10 Strony uczestniczące w koncentracji udzieliły odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, a w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r. odbyło się, w obecności m.in. skarżącej, przesłuchanie przed funkcjonariuszem ds. przesłuchań.

- 11 Decyzją z dnia 19 lipca 2004 r. Komisja uznała koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem na mocy art. 8 ust. 2 rozporządzenia (zwaną dalej „decyzją”).

- 12 W następstwie złożenia w dniu 26 lipca 2004 r. wniosku skarżąca otrzymała, w dniu 23 września 2004 r., jawny egzemplarz decyzji.

Przebieg postępowania i żądania stron

- 13 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 3 grudnia 2004 r. skarżąca wniosła niniejszą skargę.
- 14 Oddzielnym pismem złożonym w tym samym dniu skarżąca wniosła o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym, zgodnie z art. 76a regulaminu Sądu.
- 15 Pismem z dnia 17 grudnia 2004 r. Komisja powiadomiła o swoich wątpliwościach odnośnie do kwestii, czy sprawa ze względu na swój charakter kwalifikuje się do zastosowania trybu przyspieszonego, podkreślając w szczególności, poza złożonością sprawy, trudności wynikające z faktu, że aby wyjaśnić motywy swojej decyzji, będzie musiała posłużyć się dużą ilością złożonych danych oraz że taka linia obrony wymagać będzie dodatkowo uzgodnień ze stronami uczestniczącymi w koncentracji i ze stronami trzecimi w delikatnej materii zakresu ujawniania poufnych informacji, które Komisja może być zmuszona udostępnić.
- 16 W pismach złożonych w sekretariacie Sądu odpowiednio w dniach 10, 11 i 19 stycznia 2005 r. Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment oraz Sony Corporation of America wniosły o dopuszczenie ich do udziału w sprawie w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji. Wnioski te zostały uwzględnione postanowieniem prezesa trzeciej izby z dnia 4 lutego 2005 r.

- 17 W międzyczasie postanowieniem z dnia 13 stycznia 2005 r. Sąd, w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 64 § 3 lit. e) regulaminu, wezwał strony do wzięcia udziału w nieformalnym spotkaniu w dniu 24 stycznia 2005 r. w celu zbadania możliwości rozpoznania sprawy w trybie przyspieszonym, biorąc w szczególności pod uwagę podniesioną przez Komisję kwestię poufności niektórych zawartych w aktach sprawy dokumentów.
- 18 W piśmie złożonym w dniu 18 stycznia 2005 r. Komisja, w uzgodnieniu ze skarżącą, wniosła o zastosowanie środka organizacji postępowania polegającego zasadniczo na umożliwieniu Komisji udostępnienia dokumentów i informacji, które zostały jej przekazane jako poufne, wyłącznie radcom prawnym skarżącej, z wyłączeniem samej skarżącej.
- 19 Postanowieniem z dnia 24 stycznia 2005 r. Sąd, biorąc w szczególności pod uwagę porozumienie osiągnięte pomiędzy skarżącą a interwenientami, uwzględnił wniosek o zastosowanie środka organizacji postępowania. Uwzględnił także wniosek o rozpoznanie w trybie przyspieszonym, zastrzegając, że decyzja ta może zostać w każdej chwili zmieniona w zależności od rozwoju akt sprawy i postępowania. Ustalono również terminy składania pism procesowych.
- 20 W piśmie złożonym w dniu 11 lutego 2005 r. skarżąca wniosła o zmianę środka organizacji postępowania. Pismem z dnia 18 lutego 2005 r. pozwana i interwenienci przedłożyli swoje uwagi w przedmiocie tego wniosku. Pismem z dnia 22 lutego 2005 r. skarżąca wycofała wniosek o zmianę środka organizacji postępowania.
- 21 W międzyczasie w dniu 11 lutego 2005 r. Komisja złożyła odpowiedź na skargę. W dniu 25 lutego 2005 r. Bertelsmann, Sony BMG i Sony przedstawiły swoje uwagi interwenientów.

- 22 Jednocześnie, pismem z dnia 15 lutego 2005 r., skarżąca wniosła o udzielenie jej zgody na przedstawienie uwag na temat nowych informacji zawartych przez Komisję w odpowiedzi na skargę. Postanowieniem z dnia 21 lutego 2005 r. Sąd uwzględnił ten wniosek oraz zezwolił pozwanej na złożenie, w terminie do dnia 4 marca 2005 r., wniosku o udzielenie jej zgody na złożenie dodatkowych uwag, co pozwana faktycznie uczyniła. Pismem z dnia 1 marca 2005 r. skarżąca zgłosiła sprzeciw wobec tego wniosku. W dniu 14 marca 2005 r. Komisja przedstawiła dodatkowe uwagi.
- 23 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (trzecia izba) postanowił otworzyć procedurę ustną oraz, tytułem środków organizacji postępowania, wezwał Komisję do przedłożenia dość dużej liczby dokumentów i do udzielenia pisemnej odpowiedzi na szereg sformułowanych na piśmie pytań.
- 24 Pismem z dnia 19 września 2005 r. Komisja wystąpiła o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi na pytania Sądu, który wyraził na to zgodę. Pismem z dnia 21 września 2005 r. Komisja udzieliła odpowiedzi na pytania Sądu.
- 25 Na rozprawie, która odbyła się w dniu 22 września 2005 r., wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na pytania zadane przez Sąd.
- 26 Pismem z dnia 26 września 2005 r., po przeprowadzeniu rozprawy, Komisja złożyła dokumenty oraz wystąpiła o umożliwienie jej przedstawienia na piśmie komentarza do ewentualnych uwag, jakie mogą zostać zgłoszone przez skarżącą do jej odpowiedzi na pytania pisemne z dnia 21 września 2005 r. Sąd uwzględnił ten wniosek.
- 27 W dniu 29 września 2005 r. skarżąca złożyła pismo dotyczące odpowiedzi Komisji na pisemne pytania Sądu.

28 W dniu 11 października 2005 r. Komisja złożyła swoje uwagi końcowe do uwag skarżącej dotyczących odpowiedzi Komisji na pisemne pytania Sądu.

29 Skarżąca wnosi do Sądu o:

- wyłączenie z akt sprawy dokumentów przedstawionych przez Komisję w załączniku do odpowiedzi na skargę;
- stwierdzenie nieważności decyzji;
- tytułem ewentualnym, stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji w części dotyczącej przynajmniej jednego z następujących punktów:
 - zbiorowej pozycji dominującej na rynku licencji na muzykę on-line;
 - indywidualnej pozycji dominującej na rynku dystrybucji muzyki on-line;
 - koordynacji działalności prowadzonej odpowiednio przez każdą ze stron koncentracji w dziedzinie wydawania utworów muzycznych;
- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

30 Komisja, popierana przez interwenientów, wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi jako bezzasadnej;

- obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

31 Na poparcie swojej skargi o stwierdzenie nieważności skarżąca podnosi pięć zarzutów, składających się z kilku części. W pierwszym zarzucie skarżąca utrzymuje, że, nie stwierdzając istnienia zbiorowej pozycji dominującej przed zamierzoną koncentracją na rynku nagrań muzycznych oraz umocnienia tej pozycji, Komisja naruszyła art. 253 WE i dopuściła się oczywistego błędu w ocenie oraz błędu co do prawa. W drugim zarzucie skarżąca utrzymuje, iż, nie stwierdzając, że planowana koncentracja stworzy zbiorową pozycję dominującą na rynku nagrań muzycznych, Komisja naruszyła art. 253 WE i dopuściła się oczywistego błędu w ocenie oraz naruszyła prawo. Trzeci zarzut opiera się na naruszeniu art. 2 rozporządzenia ze względu na to, że Komisja nie stwierdziła stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej na światowym rynku licencji na muzykę on-line. W czwartym zarzucie skarżąca utrzymuje, iż, nie stwierdzając, że Sony uzyska indywidualną pozycję dominującą na rynku dystrybucji muzyki on-line, Komisja naruszyła art. 253 WE i dopuściła się oczywistego błędu w ocenie. W piątym zarzucie skarżąca utrzymuje, iż, stwierdzając, że planowana koncentracja nie będzie prowadzić do koordynacji działalności prowadzonej odpowiednio przez strony koncentracji w dziedzinie wydawania utworów muzycznych, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie i naruszyła art. 81 WE w związku z art. 2 akapit czwarty rozporządzenia.

I — *W przedmiocie dowodów załączonych do odpowiedzi na skargę*

A — *Argumenty stron*

- 32 Skarżąca zwraca uwagę, iż z odpowiedzi na skargę wynika, że Komisja w trakcie postępowania administracyjnego oparła się na dokumentach i informacjach, do których skarżąca uzyskała dostęp dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na skargę, podczas gdy odegrały one kluczową rolę ze względu na to, iż posłużyły one Komisji jako uzasadnienie dla wycofania się ze stanowiska zawartego w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, zgodnie z którym planowana koncentracja prowadziłaby do stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej i jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.
- 33 Skarżąca twierdzi, że gdyby w toku postępowania administracyjnego mogła zapoznać się z tymi dokumentami, które zawierają niepełne informacje i wprowadzają w błąd, byłaby w stanie wykazać ich podstawowe wady i zapadłaby inna decyzja lub przynajmniej musiałyby zostać wyraźnie uzasadnione powody nieuwzględnienia jej uwag. Skarżąca zarzuca Komisji, że przetrzymywała te dokumenty i opierała się na nich, nie zweryfikowawszy ich w drodze przesłuchania świadka strony przeciwnej lub zaopiniowania przez osoby trzecie.
- 34 Wprawdzie skarżąca przyznaje, że Komisja jest zobowiązana do ochrony tajemnic handlowych i nie ma żadnego obowiązku ujawniania osobom trzecim, w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie kontroli koncentracji, wszystkich informacji zawartych w aktach sprawy, uważa jednak, iż nie oznacza to, że Komisji wolno pozbawiać osoby trzecie możliwości przedstawienia swoich poglądów na ten temat, przygotowując na przykład jawną i skróconą wersję rozpatrywanych informacji.
- 35 Skarżąca nadmienia, że nie podnosi zarzutu naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, uważa jednak, że nowe przedstawione przez Komisję dowody

pojawiły się zbyt późno, by uratować decyzję od strony merytorycznej i że stanowią próbę korekty decyzji a posteriori. Przypomniawszy, że brak przedstawienia dokumentacji w trakcie postępowania administracyjnego nie może zostać usunięty w postępowaniu sądowym (wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-51/92 P Hercules Chemicals przeciwko Komisji, Rec. str. I-4235, pkt 78), skarżąca twierdzi, że rozpatrywane dokumenty nie powinny być zostać uwzględnione.

36 Komisja wnosi o oddalenie tego żądania.

B — Ocena Sądu

37 Należy stwierdzić, tytułem wstępu, że dowody, których wyłączenia z akt sprawy żąda od Sądu skarżąca, zostały przedstawione w załączniku do odpowiedzi na skargę, złożoną przez Komisję zgodnie z przepisami art. 46 regulaminu. Skarżąca nie wskazuje, w jaki sposób przedstawienie przez Komisję tych dowodów miałyby być niezgodne z regulaminem.

38 Następnie należy stwierdzić, że ani powody, dla których skarżąca żąda wyłączenia tych dokumentów z akt sprawy, ani sens jej żądania nie są jasne.

39 Po pierwsze, wprawdzie skarżąca utrzymuje, iż przedstawione dokumenty stanowią próbę korekty decyzji a posteriori, nie twierdzi jednak, że zostały one zgromadzone lub sporządzone po wydaniu decyzji, lecz stwierdza przeciwnie, iż odegrały one kluczową rolę w toku postępowania administracyjnego, ponieważ Komisja oparła się na nich w celu uzasadnienia decyzji. Okoliczność ta, przy założeniu, że okaże się ona prawdziwa, nie może w żadnym razie prowadzić do wyłączenia omawianych dokumentów z akt sprawy. Ponadto, chociaż skarżąca zarzuca Komisji usiłowanie

usunięcia nieprawidłowości decyzji a posteriori, nie powołuje się jednak, przynajmniej w celu poparcia niniejszego żądania, na naruszenie zasady, zgodnie z którą uzasadnienie decyzji powinno znajdować się w jej głównej części i nie może zostać przedstawione po raz pierwszy przed Sądem (wyrok Sądu z dnia 15 września 1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services i in. przeciwko Komisji*, Rec. str. II-3141, pkt 95). W każdym razie sankcją orzekaną za ewentualny brak wystarczającego uzasadnienia jest stwierdzenie nieważności zaskarżonego aktu, a nie wyłączenie dokumentów z akt sprawy. Kwestia, czy w rozpoznawanej sprawie decyzja została dostatecznie uzasadniona zgodnie z wymogami prawa, będzie rozpatrywana, w niniejszym przypadku, w ramach badania poszczególnych zarzutów podniesionych przez skarżącą.

40 Po drugie, skarżąca, przyznając, że Komisja nie ma żadnego obowiązku ujawniania osobom trzecim, w trakcie postępowania administracyjnego w przedmiocie kontroli koncentracji, wszystkich informacji zawartych w aktach sprawy, przypomina, że, według orzecznictwa, brak przedstawienia dokumentacji w trakcie postępowania administracyjnego nie może zostać usunięty w postępowaniu sądowym. Jednakże, bez potrzeby badania zakresu prawa do obrony lub prawa osób trzecich do dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie koncentracji, wystarczy stwierdzić, iż skarżąca sama wyraźnie zaznacza, że nie zamierza zgłaszać nowego zarzutu opartego na naruszeniu istotnych wymogów proceduralnych. Żądanie to nie może zatem zostać uwzględnione w zakresie, w jakim opiera się na tej podstawie. W każdym razie sankcja za naruszenie prawa do obrony może być zastosowana tylko, w przypadku gdy zostanie wykazane, że brak udostępnienia dokumentów mógł mieć niekorzystny dla skarżącej wpływ na treść rozpatrywanej decyzji, czego nie można dokonać bez zbadania tychże dokumentów.

41 Po trzecie, skarżąca utrzymuje, że dokumenty zawierają niepełne informacje i wprowadzają w błąd oraz że gdyby miała do nich dostęp w trakcie postępowania administracyjnego, byłaby w stanie wykazać ich podstawowe wady, co mogłoby doprowadzić do wydania innej decyzji. O ile okoliczność ta może prowadzić do traktowania z ostrożnością dowodów przedstawionych przez Komisję, nie pozwala jednak na zastosowanie środka żądanego przez skarżącą. Przeciwnie, środek ten

pozbawiłby skarżącą możliwości wykazania rzekomego braku wiarygodności lub braku związku ze sprawą spornych dokumentów w ramach rozpatrywania jej zarzutów opartych na oczywistym błędzie w ocenie.

42 Wreszcie podniesione tytułem ewentualnym żądanie skarżącej dotyczące uznania dokumentów przez Sąd za nieprzekonujące i pozbawione znaczenia dla sprawy z tych samych powodów musi być oddalone. Żądanie to stanowi w każdym razie kwestię merytoryczną, która zostanie przeanalizowana w ramach badania poszczególnych zarzutów i argumentów skargi.

43 Z powyższych uwag wynika, że żądanie skarżącej dotyczące wyłączenia środków dowodowych przedstawionych przez Komisję na poparcie swojej odpowiedzi na skargę lub uznania ich za pozbawione znaczenia dla sprawy musi zostać oddalone.

II — W przedmiocie pierwszego zarzutu dotyczącego umocnienia istniejącej wcześniej zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych

44 Pierwszy zarzut składa się z dwóch części, przy czym pierwsza wiąże się z nieprawidłowością twierdzenia Komisji, zgodnie z którym przed planowaną koncentracją nikt na rynku nagrań muzycznych nie zajmował zbiorowej pozycji dominującej, druga zaś dotyczy błędu wynikającego z braku stwierdzenia umocnienia, przez zaplanowaną koncentrację, istniejącej wcześniej omawianej zbiorowej pozycji dominującej.

A — *Argumenty skarżącej*

1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu

- 45 Tytułem wstępu skarżąca zwraca uwagę, iż zarówno pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, jak i decyzja zawierają liczne dowody na to, że rynek nagrań muzycznych przed koncentracją miał wszystkie cechy charakterystyczne dla rynku, na którym występuje zbiorowa pozycja dominująca odpowiadająca kryteriom określonym w orzecznictwie (wyrok Sądu z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours* przeciwko Komisji, Rec. str. II-2585).
- 46 W pierwszej kolejności skarżąca zaznacza w tym względzie, że największe koncerty fonograficzne (zwane dalej „głównymi firmami”) zostały opisane jako posiadające wszelkie cechy grupy o pozycji dominującej: duże udziały w rynku, znaczna siła finansowa (motyw 53 decyzji), utrzymywanie wysokich cen (motyw 56 decyzji), struktura oligopolistyczna (motyw 148 decyzji), a więc wzajemna zależność.
- 47 Po drugie, skarżąca podkreśla, że Komisja stwierdziła, iż rynek ma wszelkie cechy właściwe dla istnienia milczącego porozumienia i ułatwia monitorowanie tego rodzaju koordynacji (pkt 93–116 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów) i zbadała dziesięć czynników wskazujących na istnienie milczącego porozumienia (zob. załącznik A15), które nie uległy zmianie od czasu wystosowania pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Zdaniem skarżącej, produkt jest jednorodny pod względem formatu, a konsumenci kupują płyty wielu artystów i należące do wielu gatunków, tworząc w ten sposób „obszar substytucyjności” (motyw 110 decyzji). Rynek jest bardzo sprzyjający dla koordynacji, która faktycznie ma miejsce (motyw 112 decyzji). Istnieje na nim stabilna baza klientów (motyw 112 decyzji), a strony uczestniczące w koncentracji kontrolują rynek dystrybucji (motyw 113 decyzji).

48 Po trzecie, zdaniem skarżącej, dowodem na istnienie zbiorowej pozycji dominującej są ceny. Występuje paralelizm rzeczywistych cen netto (pkt 76–80 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów oraz motywy 75, 82, 89, 96 i 103 decyzji). Publiczne ceny sprzedaży (zwane dalej „PCS”) są znane, a liczba cen referencyjnych ograniczona (motywy 111 i 112 decyzji). Ceny sprzedaży netto są ściśle powiązane z PCS (motywy 77, 84, 91, 98 i 105 decyzji). PCS oraz rzeczywiste ceny netto są dokładnie wyrównywane i przejrzyste, a na przejrzystość rzeczywistych średnich cen netto nie mają wpływu rabaty (pkt 88, 90 i 92 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów oraz przypisy 45, 49, 52, 55 i 57 decyzji).

49 Po czwarte, w jej opinii, Komisja stwierdziła istnienie potencjalnie skutecznych mechanizmów odstraszających (pkt 128–132 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów i motyw 118 decyzji), a główne firmy nie podlegały tym skutecznym naciskom konkurencyjnym.

50 Skarżąca utrzymuje, że argumenty przedstawione przez Komisję, oparte na różnorodności zawartości albumów, wynikającej z rabatów promocyjnych niedostatecznej przejrzystości cen oraz braku dowodu na stosowanie jakichkolwiek działań odwetowych nie pozwalają na odrzucenie wniosku, iż istnieje zbiorowa pozycja dominująca. Zarzuca ona też analizie Komisji brak uzasadnienia, oczywisty błąd w ocenie oraz naruszenie prawa.

a) W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia

51 Decyzja ma naruszać art. 253 WE, ponieważ nie przedstawia okoliczności faktycznych i prawnych, na jakich oparła się instytucja wspólnotowa, w sposób umożliwiający Trybunałowi przeprowadzenie kontroli, a państwowym członkowskim i zainteresowanym stronom — poznanie warunków zastosowania postanowień traktatu przez instytucje wspólnotowe (wyrok Trybunału z dnia 26 marca 1987 r. w sprawie 45/86 Komisja przeciwko Radzie, Rec. str. 1493).

Jednorodność produktu

- 52 Po pierwsze, jeśli chodzi o jednorodność produktu, skarżąca zarzuca Komisji, że nie wskazała powodu, dla którego uznała czynnik związany z różnorodnością zawartości za ważniejsze od czynnika „obszaru substytucyjności”, według którego większość konsumentów kupuje utwory wielu bardzo różnych artystów i należące do wielu różnych gatunków muzycznych, albo od czynnika jednolitego formatu w odniesieniu do cen oraz przejrzystości. Jej zdaniem, Komisja nie wyjaśniła również, dlaczego twierdzenie, że ceny albumów są w dużym stopniu standaryzowane, ma zostać podważone przez stwierdzenie ogólne, iż ceny są uzależnione od „sukcesu albumu”. Motyw 110 decyzji zawiera w tym względzie sprzeczne ze sobą stwierdzenia.

Przejrzystość

- 53 Po drugie, jeśli chodzi o przejrzystość, skarżąca utrzymuje, że twierdzenia i argumenty Komisji związane z rabatami, które prowadzą do podważenia wszystkich dowodów dotyczących przejrzystości, nie są wystarczająco uzasadnione.
- 54 Jej zdaniem, Komisja utrzymuje zatem, że w dużych państwach przejrzystość cen wynikająca z PCS jest ograniczona przez rabaty promocyjne, nie wyjaśnia jednak ich funkcji i znaczenia w systemie cenowym.
- 55 Podobnie, w odniesieniu do mniejszych państw, nie zostały jasno przedstawione powody, dla których Komisja przywiązuje taką wagę do kampanii rabatowych, a nie do zwykłych obniżek cen, chociaż w pkt 150 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów twierdziła, że „tak jak w przypadku większych terytoriów, najważniejszymi

rabatami stosowanymi we wszystkich krajach są zwykle rabaty”. Ponadto brakuje dokładnego określenia, czym są zwykle rabaty. Dokonując oceny przejrzystości w mniejszych państwach, Komisja posługiwała się na zmianę, nie wchodząc w szczegóły, porównaniem rabatów zwykłych i promocyjnych w taki sposób, że nie było łatwo określić, czy analiza dotyczy rabatów promocyjnych, czy zwykłych rabatów.

- 56 Skarżąca twierdzi ponadto, że decyzja odwołuje się tylko do dowodów dotyczących rabatów Sony oraz BMG, a nie obejmuje pozostałych głównych firm (motyw 71 oraz przypis 43 decyzji). Uzasadnienie jest zatem niepełne.

Środki odstrasżające

- 57 Po trzecie, jeśli chodzi o środki odstrasżające, Komisja nie wyjaśniła, dlaczego fakt — nawet, jeśli jest zgodny z prawdą — którego nie zdołała udowodnić, że nigdy nie stosowano środków odwetowych, pozwala na odrzucenie wszelkich dowodów na istnienie skutecznych środków odstrasżających.

Przeciwwaga

- 58 Po czwarte wreszcie, decyzja, w odróżnieniu od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, nie zawiera żadnej oceny w zakresie istnienia przeciwwagi na rynku, ani wyjaśnienia tego braku, co, zdaniem skarżącej, jest równoznaczne z całkowitym brakiem uzasadnienia.

b) W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie

- 59 Skarżąca przywołuje orzecznictwo, w którego świetle Komisja dopuszcza się oczywistego błędu w ocenie w sytuacji, gdy, mając do rozważenia przeciwstawne argumenty, do jednego z nich przykłada większą wagę [wyrok Sądu z dnia 10 października 2001 r. w sprawie T-111/00 British American Tobacco International (Investments) przeciwko Komisji, Rec. str. II-2997, pkt 58] lub gdy racje przytoczone w celu uzasadnienia decyzji faktycznie nie stanowią poparcia dla tej decyzji. Podobnie, w przypadku gdy ocena Komisji nie znajduje poparcia w niektórych dowodach lub niektórych okolicznościach faktycznych, należy uważać, że nie została wydana w sposób prawidłowy i racjonalny (wyrok Trybunału z dnia 22 października 1991 r. w sprawie C-16/90 Nölle, Rec. str. I-5163). Według skarżącej stwierdzenie braku zbiorowej pozycji dominującej nie zostało oparte na mających znaczenie dla sprawy faktach, rozumowaniu lub dowodach, a Komisja nie dopełniła obowiązku oceny wszystkich mających znaczenie dla sprawy czynników.
- 60 Skarżąca utrzymuje, że decyzja jest dotknięta oczywistymi błędami w ocenie przy ustaleniach dotyczących jednorodności produktu, przejrzystości, istnienia środków odstrasżających, ocenie przeciwwagi oraz analizie wspólnej polityki.

Jednorodność produktu

- 61 Zdaniem skarżącej, Komisja popełniła błąd w ocenie, uznając, że różnorodność treści jest ważniejsza od jednolitego formatu, chociaż przyjęła założenie, iż konsumenci nabywają płyty wielu artystów i należące do wielu gatunków muzycznych i że w związku z tym istnieje „obszar substytucyjności”. W każdym razie kryterium związane z różnorodnością produktu może mieć znaczenie dla sprawy tylko pod warunkiem, że ceny dla poszczególnych tytułów były ustalane

indywidualnie, a nie, jak w rozpoznawanej sprawie, na podstawie kilku cen referencyjnych (motywy 110 i 111 decyzji). Podążając za logiką Komisji, w przemyśle związanym z własnością intelektualną nigdy nie mogłaby powstać zbiorowa pozycja dominująca, ponieważ nigdy nie może wystąpić tu całkowita jednorodność pod względem treści.

Przejrzystość

— Argumentacja ogólna

⁶² Skarżąca utrzymuje, że z dostarczonych dowodów wynika, iż ceny stosowane przez główne firmy są z pewnością wystarczająco przejrzyste, aby im umożliwić wyrównywanie tych cen. Komisja nie przedstawiła żadnego dowodu, który podważyłby tę analizę, lecz ograniczyła się tylko do wyciągnięcia z rzekomego zróżnicowania rabatów wniosku, że przejrzystość może być wyeliminowana lub ograniczona w stopniu niepozwalającym już na wyrównanie cen.

⁶³ Błąd w ocenie wynika jej zdaniem z wniosków wyciągniętych przez Komisję, według których:

— istnieje pewien paralelizm cen oraz ich zmian stosowanych przez główne firmy w zakresie średnich cen netto (motywy 75, 82, 89, 96 i 103 decyzji);

— PCS mogą być wykorzystywane jako centralny punkt odniesienia dla wyrównania cen (motywy 76, 83, 90, 97 i 104 decyzji);

— PCS oraz średnie ceny netto zmieniały się równoległe (motywy 77, 84, 91, 98 i 105 decyzji).

64 Skarżąca podkreśla, że PCS są przejrzyste, że ceny sprzedaży detalicznej są znane, że średnie ceny netto ulegają zmianie równoległe z PCS oraz że marże dystrybutorów są dość dokładnie znane. Wynika stąd zatem, że ceny netto dla sprzedawców detalicznych (tzn. PCS po odliczeniu rabatów) są przejrzyste, pomimo rabatów. Wynika to zresztą z pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 81–92) oraz z motywu 77 decyzji, zgodnie z którym „gdyby [g]łówne firmy poprzez udzielane rabaty odeszły w znacznym stopniu od uzgodnionej polityki cenowej, efekt ujawniłby się w średnich cenach netto” [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tej decyzji poniżej].

65 Skarżąca twierdzi, iż Komisja dopuściła się błędu w ocenie, przypisując nadmiernie duże znaczenie rabatom, a w szczególności rabatom promocyjnym, gdyż:

— oparła się bardziej na danych dotyczących rabatów dostarczonych przez Sony i BMG niż na informacjach na temat paralelizmu PCS i cen netto odnoszących się do wszystkich głównych firm (przypis 43 decyzji);

— według informacji dostarczonych przez sprzedawców detalicznych rabaty są przejrzyste; 20 z 26 detalistów pytanym przez Komisję twierdziło, że główne firmy dysponowały wiedzą na temat rabatów stosowanych przez pozostałe z nich. Dotyczyło to zwłaszcza zwykłych rabatów, mających największe znaczenie, ponieważ są one negocjowane każdego roku;

- Sony i BMG opracowywały cotygodniowe raporty z monitoringu rynku dystrybucji, obejmujące informacje na temat ich konkurentów (motyw 113 decyzji);

- w przypadku kompilacji główne firmy zawarły umowy o wspólnej dystrybucji i współpracy partnerskiej, w ramach których są ujawnione zwykle rabaty;

- rotacja kadry kierowniczej pomiędzy koncernami fonograficznymi utrzymuje się na wysokim poziomie;

- cotygodniowe rankingi dostarczają informacji na temat sprzedaży poszczególnych tytułów, pozwalając łatwo wychwycić te z nich, które stały się „hitami” i generują największą część sprzedaży (motyw 73 decyzji);

- według raportu Office of Fair Trading (brytyjskiego organu ochrony konkurencji) informacje na temat konkurencji są dużo łatwiej dostępne na rynku nagrań muzycznych niż w jakiegokolwiek innej branży (załącznik A.16 do skargi).

⁶⁶ Skarżąca zwraca uwagę, że na podstawie tych dowodów Komisja doszła ponadto do wniosku, w pkt 81 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, że „rabaty są w dużej części stabilne i nie są wykorzystywane do skutecznego modyfikowania polityki cenowej”. Od tamtej pory sytuacja się nie zmieniła.

- 67 W każdym razie rabaty promocyjne generalnie nie są stosowane do płyt znajdujących się na liście bestsellerów, które generują około 80% zysków, lecz tylko w celu zachęcenia konsumentów do sięgania po tytuły z katalogu pochodzącego ze starszych nagrań („back catalogue”) (załącznik A.17 do skargi) i mają tylko niewielki wpływ na badaną przez Komisję próbę (motywy 70 i 71 decyzji). Ponadto dane analizowane przez Komisję w zakresie rabatów promocyjnych dotyczą tylko Sony i BMG, a zatem ich przydatność jest tym bardziej ograniczona.
- 68 Część struktury cenowej głównych firm, której potencjalnie może dotyczyć ograniczenie przejrzystości, jest więc niewielka, jak wynika z raportu załączonego do skargi, objaśniającego system cenowo-rabatowy w Europie (załącznik A.17).
- 69 Skarżąca utrzymuje, że Komisja dysponowała wystarczającą dokumentacją, aby móc zweryfikować wyniki swojej analizy, ale tego nie zrobiła, zwłaszcza w odniesieniu do dowodów dotyczących sprzedawców detalicznych. Nie oceniając prawidłowo okoliczności faktycznych i przypisując przesadnie duże znaczenie rabatom, zwłaszcza promocyjnym, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie.

— Uwagi ogólne w przedmiocie nowych dowodów

- 70 Na podstawie nowych danych przedstawionych przez Komisję w załączniku do odpowiedzi na skargę skarżąca wywnioskowała, że Komisja wydaje się opierać swoje twierdzenia dotyczące braku przejrzystości rynku na złożonym charakterze indywidualnych różnic pomiędzy zniżkami stosowanymi w zależności od klienta, poszczególnych tytułów oraz w różnych momentach. Jednakże istnienie indywidualnych różnic tego rodzaju, niekiedy dość znacznych, nie wyklucza możliwości, że ustalanie cen odbywa się na podstawie ograniczonej liczby znanych struktur oraz reguł, które sprawiają, że średnie ceny są przewidywalne, a każde ich znaczące i systematycznie pojawiające się odchylenie jest widoczne.

- 71 Tego rodzaju reguły być może nie pozwalają zawsze przewidzieć cenę każdego nowo wydanego albumu, fakturowaną indywidualnie każdemu sprzedawcy detalicznemu, umożliwiając jednak poznanie z wystarczającą pewnością cen netto, które wynikają z pewnej grupy PCS, oraz stwierdzenie, czy konkurenci stosują się czy nie do tych zasad. Zapewniają one więc przejrzystość niezbędną do istnienia zbiorowej dominacji. Koordynowanie zachowań, widoczne na podstawie równoległych ruchów PCS oraz średnich cen netto, mogło zatem powstać po prostu w oparciu o powszechnie znane i dobrze rozumiane struktury lub reguły, które można monitorować, a nie na bazie doskonałej i pełnej znajomości każdej indywidualnej decyzji dotyczącej cen.
- 72 Komisja nie sprawdziła, czy zauważony paralelizm średnich cen (brutto i netto) mógł powstać w efekcie koordynowania zachowań wynikających z tego rodzaju reguł, lecz raczej wysnuła wniosek, że koordynacja nie miała miejsca, ponieważ występowały indywidualne różnice, nie zbadawszy jednak, czy różnice te były statystycznie znaczące i czy miały materialny wpływ na średnie.
- 73 Tego rodzaju reguły nie mają zastosowania we wszystkich przypadkach, lecz tylko do zasadniczej części sprzedaży w poszczególnych kategoriach płyt każdego z dużych koncernów fonograficznych (nowe edycje, nowy wykonawca, katalog „full price”, „mid price”, „dla oszczędnych” itp.), w odniesieniu do tych z nich, przy której ograniczona jest ilość generalnych strategii sprzedaży obejmujących przeważającą większość sprzedaży (wprowadzenie płyty na listę bestsellerów, udział w kampanii promocyjnej, wykupienie miejsca na wystawie itp.). Te strategie sprzedaży mogą oczywiście być różne na różnych obszarach oraz w zależności od rodzaju klienta (supermarkety, specjalistyczne sieci, niezależne sklepy itp.), pozostaną jednak ograniczone pod względem ich liczby i znane osobom odpowiedzialnym za sprzedaż. Te reguły lub struktury wystarczają, aby umożliwić koordynowanie cen, bez potrzeby posiadania dokładnej znajomości cen netto i brutto indywidualnych wydań płyt, a ponadto, w środowisku, gdzie popyt na poszczególne tytuły jest zmienny i gdzie nie można z całą pewnością przewidzieć, czy dany album odniesie sukces, zapewniają elastyczność niezbędną w celu dostosowania się do sytuacji w indywidualnych przypadkach, bez naruszania całości struktury cenowej.

- 74 Indywidualne różnice nie powinny przesłaniać faktu, iż ceny netto w całości były ściśle wyrównywane w stosunku do cen brutto i że działa się tak prawdopodobnie dlatego, że wszystkie spółki stosowały pewne zasady ogólne, powodujące wysoką przewidywalność cen jako całości oraz wyraźną widoczność regularnie pojawiających się rozbieżności. Mamy zatem do czynienia z przejrzystością.
- 75 Badanie nowego materiału dowodowego znajdującego się w załączniku do odpowiedzi na skargę wykazuje, że Komisja skupiła się na indywidualnych różnicach, nie zbadawszy, czy były one statystycznie znaczące. Komisja nie przeprowadziła prawidłowej analizy statystycznej danych bazowych ani nie wzięła pod uwagę znaczenia gam cen lub rabatów czy też znaczenia różnic w obrębie normalnych widełek cenowych, ani nie zwróciła się z zapytaniem do sprzedawców detalicznych, żeby sprawdzić, czy indywidualne różnice mieściły się w ramach ogólnych zasad systemu cenowego. Komisja wysnuła fałszywy wniosek, iż samo istnienie różnic wyklucza możliwość, by mogły one stanowić tylko kilka odosobnionych przypadków, podczas gdy znakomita większość sprzedaży następowałaby przy zastosowaniu cen ustalonych na podstawie znanych i przewidywalnych reguł.
- 76 Ponadto Komisja zbadała dowody za pomocą niewłaściwej metody oraz bez przeprowadzania niezbędnych testów.
- 77 Skarżąca przedstawia następujące uwagi ogólne w przedmiocie nowych dowodów przedstawionych przez Komisję:
- większość danych nie została odpowiednio zestawiona według wielkości sprzedaży, aby móc ocenić znaczenie gamy cen i rabatów. Tam zaś, gdzie dane są prawidłowo połączone — tzn. dotyczą wszystkich uczestników rynku i są zestawione według wielkości sprzedaży — różnice są mniej znaczące;

- w większości przypadków dane nie zostały przeanalizowane ze statystycznego punktu widzenia, a zatem nie jest możliwe ustalenie, czy w odniesieniu do poszczególnych kategorii produktów różnice są znaczące;

- z wyjątkiem kilku danych wykorzystanych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów dane obejmowały tylko porównanie cen stron uczestniczących w koncentracji. Argument Komisji, według którego fakt stwierdzenia w dwóch głównych firmach nieprzejrzystych praktyk rabatowych wystarcza, aby zmniejszyć przejrzystość, jest zdaniem skarżącej chybiony, zważywszy, że Sony i BMG miały bardzo różne wyniki na rynku i że, przy różnych wynikach osiągniętych z nowo wydanych tytułów, muszą się pojawić rozbieżności w widełkach cenowych i rabatowych, nawet przy jednolitym systemie cenowym. Ponadto strony uczestniczące w koncentracji były już wcześniej pomiędzy głównymi firmami tymi dwiema najbardziej różniącymi się od siebie, a zatem koncentracja prowadziłaby nie tylko do zmniejszenia liczby uczestników rynku, lecz także zwiększałaby istniejące między nimi podobieństwo;

- Komisja nie zbadała, czy główne firmy dysponują danymi, które podważają bezpośrednio twierdzenie o rzekomym zróżnicowaniu i złożoności cen, takich jak budżety lub inne dane, za pomocą których określa się dokładnie ceny netto i brutto oraz rabaty, których struktura jest podobna u podmiotów konkurujących i stabilna w czasie;

- wyjaśnienia członków kadry kierowniczej stron uczestniczących w koncentracji nie dotyczyły kluczowych kwestii — takich jak istnienie ogólnych zasad ustalania cen oraz monitorowanie cen — i nie zostały one zweryfikowane.

78 Pogląd Komisji, że średnie ceny netto są efektem wielu raczej zróżnicowanych, indywidualnych decyzji i że musiałaby istnieć możliwość obserwowania tego procesu w sposób dający dostateczny stopień pewności, aby umożliwić rzeczywistą koordynację cen, jest zdaniem skarżącej błędny, ponieważ wystarczy, by każda

spółka była w stanie sprawdzić, czy wszystkie spółki w swych decyzjach cenowych dotyczących nowo wydanych tytułów stosują się do określonych reguł związanych z cenami, aby zmiany cen były znane wszystkim, a tajne porozumienie — utrzymane.

79 Różnice zauważone przez Komisję na podstawie danych dostarczonych przez strony uczestniczące w koncentracji, poza tym, że są mniej konkretne, niż sądzi Komisja, nie mogą być traktowane jak dowód na brak przejrzystości cen, ponieważ, jak w każdej branży związanej z własnością intelektualną, w której wynik pojedynczego tytułu jest zmienny i uzależniony od wielu działań marketingowych, a równocześnie całe grupy utworów podlegają ogólnie znanym regułom, każdą różnicę pod względem poziomu rabatów i cen można w zupełności wyjaśnić, odwołując się do kilku powszechnie znanych zasad.

80 Skarżąca wyraża ponadto zdziwienie, iż Komisja uwzględniła tylko bardzo niewielką część dowodów wykorzystanych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, z których niektóre były danymi ważnymi i obejmowały całą branżę, a natomiast skupiła się na informacjach dostarczonych przez Sony i BMG, które nie miały już tych zalet. Należało zatem najpierw, zanim pierwszy zestaw danych został odrzucony, uzgodnić różnice, a nic nie wskazuje, by Komisja przeprowadziła wyważoną ocenę.

— Indywidualne badanie różnych dowodów

81 Wyjaśnienia kadry kierowniczej firm Sony i BMG, zamieszczone w załączniku B.2, ograniczają się do stwierdzenia istnienia różnych rabatów dla różnych klientów, ale nie dotyczą kwestii, czy te rabaty są w dużym stopniu uzależnione od szeregu reguł ogólnych. Podczas gdy w oświadczeniach podkreślano bardzo złożony charakter mechanizmu ustalania cen, załącznik B.14, mający wykazać złożoność rabatów promocyjnych, w rzeczywistości przeczy tej złożoności, opisując cały system na jednej stronie. Należało zadać sobie pytanie, czy istnieją standardowe marże przypisane do poszczególnych kategorii cen i czy większość rabatów nie wykazuje tendencji do skupiania się w wąskich widelkach. Pytania sprawiają wrażenie, jakby

sformułowano je w taki sposób, by uniknąć ujawnienia faktu, że marże mogą być znane jako reguły ogólne i że nie ma potrzeby, aby zapoznawać się z nimi systematycznie, dla każdej nowo wydanej płyty z osobna, oraz że umiejętność odtworzenia w odwrotną stronę procesu ustalania indywidualnych cen nie była wcale niezbędna, żeby duży koncern fonograficzny mógł monitorować ceny podmiotów z nim konkurujących. Takich pytań nie zadano także sprzedawcom detalicznym, co pozwoliłoby przecież na porównanie odpowiedzi.

82 Jeśli chodzi o załącznik B.3, przedstawiający udział sprzedaży hurtowej uczestników koncentracji w ich dziesięciu najwyższych PCS w okresie od 1998 do 2003 r., który zdaniem Komisji świadczy o nieprzewidywalności sukcesu, a więc, konieczności monitorowania przez każdą z głównych firm PCS ponad 80 albumów podmiotów z nimi konkurujących, skarżąca zwraca uwagę na pewne braki w spójności danych (takie jak różnice w poszczególnych okresach) i twierdzi, że nie dowodzą one niczego poza tym, że uczestnicy koncentracji sprzedawali swoje produkty, iż stosując różne PCS. Jest to pozbawione znaczenia ze względu na to, że z decyzji wynika, że PCS są raczej przejrzyste. Ponadto wbrew temu, co utrzymuje Komisja, z motywu 111 decyzji wynika, że „[j]ednocześnie wystarczy, że główne firmy śledzą jedynie ceny referencyjne niewielkiej liczby albumów spośród tych najlepiej sprzedających się, aby móc monitorować większość sprzedaży”. Informacje te nie są także sprzeczne z opinią wyrażoną przez Komisję podczas przesłuchania, że większa część sprzedaży każdej z głównych firm w bardzo nikłym stopniu zależała od PCS. Nie jest konieczne kontrolowanie cen ponad 80 albumów, ponieważ, w momencie gdy istnieją ogólnie zrozumiałe zasady i reguły, wystarczy, w celu monitorowania ogólnego przestrzegania zasad koordynacji, ustalić w odniesieniu do kilku tytułów, czy te reguły są przestrzegane i czy odchylenia od normy mają regularny charakter. Wniosek, do jakiego doszła Komisja na podstawie różnic udziału sprzedaży hurtowej dla poszczególnych uczestników koncentracji, nie jest więc uzasadniony.

83 Ponadto te zestawienia, jak się wydaje, kładą nacisk na jeden czynnik, a mianowicie nieprzewidywalny charakter sukcesu, co stoi w sprzeczności z kluczowymi ustaleniami, według których, po pierwsze, PCS są przejrzyste i stanowią centralny punkt odniesienia dla wyrównywania cen (motywy 76, 83, 90, 97 i 104 decyzji), po drugie, możliwe było kontrolowanie cenników pozostałych głównych firm (motywy 76, 83, 90, 97 i 104 decyzji), a po trzecie, głównym firmom wystarczyło kontrolowanie jedynie cen referencyjnych niewielkiej liczby albumów, które się

najlepiej sprzedawały, żeby monitorować większość sprzedaży (motyw 111 decyzji). Wreszcie, nawet przy założeniu, że konieczne jest kontrolowanie PCS ponad 80 albumów (lub 60 po przeprowadzeniu koncentracji), nie jest to tak kosztowne, jak sugeruje Komisja.

- 84 Jeśli chodzi o załączniki B.4 i B.5 dotyczące średnich rabatów fakturowych przyznawanych przez Sony i BMG swoim dziesięciu najlepszym klientom w 4 z 5 większych państw członkowskich, skarżąca zastanawia się przede wszystkim nad kwestią, w jakim stopniu różnice w średnich rabatach fakturowych wskazują raczej na różnice w traktowaniu poszczególnych klientów, a w jakim — na różnice w wynikach związanych z portfelami posiadanymi przez uczestników koncentracji, zważywszy, że na średnie rabaty przyznawane klientom ma wpływ potencjał koncernu fonograficznego wynikający z jego dotychczasowego dorobku, a także połączenie różnych rodzajów działalności (płyty na listach bestsellerów, sprzedaż do supermarketów, sprzedaż wysyłkowa, działalność specjalistyczna oraz promocyjna). Co więcej, ewentualne różnice w traktowaniu klientów przez uczestników koncentracji nie oznaczają, że ich decyzje cenowe są nieprzejrzyste, bowiem różnice te mogą występować regularnie, być przewidywalne i stabilne w czasie.
- 85 Załącznik B.5, mający prezentować przykłady, w których brak jest współzależności albo ruchu równoległego cen, nic nie wnosi do sprawy, gdyż można te zjawiska wytłumaczyć różnicą wyników związanych z portfelami uczestników koncentracji, a ponadto pokazuje znaczące podobieństwa (niższe rabaty dla tego samego klienta lub rabaty zmieniające się w tym samym czasie albo ich różnice stabilne w czasie). Jedynie przykład klienta nr 1 w Niemczech potwierdza pogląd, iż jedna z głównych firm może opuścić swoje ceny rzeczywiste i nie być przy tym naśladowana przez swoich konkurentów, jednak jedno konkretne odchylenie w ciągu jednego konkretnego roku na określonym obszarze w przypadku konkretnego klienta nie jest przekonujące. Ponadto ze względu na to, że zestawienia uwzględniają tylko dane firm Sony i BMG, a dane te nie są ważone, różnice są przesadzone. Dotyczy to w szczególności analizy przyszłościowej, którą Komisja powinna była przeprowadzić, ze względu na fakt, iż koncentracja, łącząc spółki, których wyniki są bardzo różne, może zwiększyć symetrię i jednorodność, a zatem prawdopodobieństwo cichej zмовy.

- 86 Jeśli chodzi o załączniki B.6 i B.7, przedstawiające rzekome dowody różnic w rabatach fakturowych udzielanych przez uczestników koncentracji w okresie pięciu lat ich dziesięciu najlepszym klientom na ich 20 najlepszych płyt kompaktowych (zwanym dalej „CD”), skarżąca zwraca uwagę, że zestawienia prezentują tylko widełki i że mogą one wprowadzać w błąd, gdyż ukazują raczej wartości skrajne, a nie średnie czy różnice statystycznie znaczące związane z tymi średnimi. Szerokie widełki rabatowe można wyjaśnić kilkoma odosobnionymi wyjątkami, natomiast większość rabatów plasuje się na tym samym poziomie. Ponadto poza niedostatkami metodologicznymi zestawienia prezentują interesujące prawidłowości. Na przykład w załączniku B.6, w państwie A, dwaj uczestnicy koncentracji na ogół wyższe rabaty oferują hurtowniom niż supermarketom i sprzedawcom detalicznym niewyspecjalizowanym, z kolei załącznik B.7 do odpowiedzi na skargę ukazuje zadziwiająco zbliżone relacje pomiędzy gamami rabatów.
- 87 Jeśli chodzi o załączniki B.8 i B.9, które zdaniem Komisji wykazują, iż uczestnicy koncentracji nie stosowali jednolitych praktyk w zakresie rabatów, że ich praktyki zmieniały się w różnych okresach czasu i że w 2003 r. struktura rabatów u poszczególnych uczestników koncentracji nie wykazywała dużego podobieństwa, skarżąca po raz kolejny zaznacza, że różnice w gamach rabatów wykazane pomiędzy różnymi okresami czasu i pomiędzy poszczególnymi uczestnikami koncentracji mogły być efektem różnic w wysokości wyników sprzedaży i że to w żaden sposób nie sugeruje, iż wielkość udzielanych rabatów nie jest uzależniona od pewnego zespołu znanych reguł. Ponadto dane przedstawione w załączniku B.8 wskazują raczej na coś przeciwnego niż twierdzi Komisja (struktura rabatów raczej stabilnych i podobnych lub zbliżonych, wysoki czynnik współzależności).
- 88 Skarżąca uważa, że struktury rabatów nie zmieniają się w czasie w stopniu, jaki sugeruje analiza Komisji. Liczby przedstawione w załączniku D.3 ukazują współczynnik współzależności struktury rabatowej każdego z uczestników koncentracji w danym roku oraz struktury rabatowej w roku poprzedzającym. Nawet jeśli połączenie rodzajów działalności ma wpływ na rabaty, wysokie globalne współczynniki współzależności sugerują, że struktury rabatów są stosunkowo stabilne w czasie, a w efekcie wynikające z nich ceny netto są raczej przewidywalne w oparciu o przejrzyste PCS.

- 89 Ponadto prezentowanie danych w bardzo wąskich kolumnach w połączeniu z różnego rodzaju rozgraniczeniami może mocniej podkreślać różnice (np. jeśli wysokość rabatu wzrasta z nieco poniżej 15% do nieco powyżej 15%, następuje zmiana kolumny, mimo iż zmiana była niewielka). Na koniec skarżąca zaznacza, że, gdyby wyniki były oparte na sukcesie 20 najlepiej sprzedających się pozycji uczestników koncentracji, odnotowalibyśmy zmianę cen na rynku wysoce konkurencyjnym. Ponieważ tak się nie stało, skarżąca wysnuwa wniosek, że mechanizm rabatowy nie jest ani naprawdę silnym czynnikiem konkurencyjnym, ani źródłem braku przejrzystości.
- 90 Jeśli chodzi o załącznik B.10 ukazujący strukturę cen netto dla pięciu najlepszych klientów Sony i BMG w 2003 r., skarżąca uważa, iż wniosek, jaki z niego wyciągnęła Komisja, a mianowicie, że poszczególni klienci dokonują zakupów w głównych firmach w różnych proporcjach i w różnych gamach cen netto, jest dyskusyjny co do jego trafności, ponieważ do przejrzystości i przewidywalności cen nie jest konieczne, by tendencje zakupowe klientów dwóch firm płytowych były identyczne lub podobne. Zważywszy, że czynnikami determinującymi poziom rabatów niezbędnych do zrealizowania planów sprzedaży jest oferta produktów oraz wyniki ze sprzedaży klientom nowo wydanych czołowych płyt, trudno jest dostrzec sposób, w jaki Komisja doszła do wniosku, że generalnie istnieją różnice w strukturze cen netto w przypadku dwóch głównych firm.
- 91 Ponadto, mimo iż dane te dotyczą tylko Sony i BMG, są one jednak odpowiedniejsze, ponieważ są ważone. Dokładniejsze zaś badanie struktur w podziale według krajów wykazało znaczne podobieństwa przedstawione w formie diagramu w załączniku D.4.
- 92 Co więcej, wniosek Komisji, zgodnie z którym załącznik B.10 ukazuje zróżnicowanie pomiędzy dwoma uczestnikami koncentracji, jest niezgodny z oceną dokonaną w motywach 74 i 75 decyzji, według której średnie ceny netto firm Sony i BMG są stosunkowo podobne, co, jak wynika z rachunku prawdopodobieństwa, sugeruje stosowanie reguł ustalania cen, które zapewniają, że największa grupa cen skupia się

wokół kilku cen referencyjnych. Te dowody, zamiast potwierdzać pogląd, iż złożony proces ustalania cen czyni je nieprzejrzystymi, wydają się raczej przemawiać za przeciwną tezą, że ceny są raczej przewidywalne i podobne, pomimo pozornej złożoności indywidualnych decyzji cenowych.

- 93 Skarżąca utrzymuje, że załącznik B.11, prezentujący średnie kwartalne ceny netto Sony za album dla najczęściej stosowanych PCS, nie dostarcza żadnej wskazówki co do braku przejrzystości, bowiem zestawienie jest nieprawidłowe ze względu na widelki, tzn. pokazuje tylko wartości skrajne, bez analizowania średnich ważonych ani odchyień w stosunku do średnich. Ponadto załącznik nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ dotyczy tylko Sony i nie jest porównywalny.
- 94 Następnym załącznikiem (B.12) również nie ma znaczenia dla sprawy, jest bowiem nieporównywalny i ma na celu wykazanie jedynie, że BMG oferuje sprzedawcom detalicznym rabaty w różnej wysokości.
- 95 Skarżąca zarzuca także Komisji, że nie zaznaczyła, iż widoczne różnice poziomu rabatów promocyjnych można wyjaśnić za pomocą kilku prostych zasad. Jest to zaskakujące, gdyż zasady przedstawione przez Komisję w jednym z załączników do odpowiedzi na skargę, w załączniku B.14, sugerują istnienie oraz prostotę tego rodzaju reguł związanych z rabatami promocyjnymi, a mianowicie:
- rabaty promocyjne zmieniają się w zależności od wielkości zamówienia (wyjątek od tej reguły stanowi Francja);

- rabaty promocyjne zmieniają się w zależności od typu konsumenta (np. w Niemczech hurtownie i kluby muzyczne na ogół uzyskują wyższe rabaty);

- rabaty promocyjne zmieniają się w zależności od rodzaju tytułu lub nowo wydanego albumu (np. w zależności od popularności wykonawcy czy rodzaju grupy docelowej);

- rabaty promocyjne koncentrują się na klientach uznanych za specjalizujących się w sprzedaży określonego gatunku, w zależności od typu sprzedawcy detalicznego oraz charakterystyki demograficznej jego bazy klientów;

- rabaty promocyjne zmieniają się w zależności od typu kampanii (np. obejmującej tylko jeden tytuł lub też zestaw tytułów, a zazwyczaj katalog);

- rabaty promocyjne zmieniają się w zależności od poziomu wydatków marketingowych, jakie sprzedawca detaliczny jest skłonny zaoferować w zamian.

⁹⁶ Skarżąca jest zdania, że jeśli te reguły są ogólnie znane, nie powinno być trudności z przewidywaniem z rozsądną dokładnością wysokości rabatów, jakiej przyznania można oczekiwać od głównej firmy dla określonego klienta na określony tytuł w ramach określonej kampanii, a zatem ustalić, czy rzeczywista wysokość rabatów jest zgodna z tymi zasadami. Komisja, jak się wydaje, nie zbadała tej kwestii.

- 97 Co więcej, załącznik B.13 dostarcza danych tylko za jeden rok, nie stanowi w związku z tym przekonującego dowodu, ponieważ nie pozwala ocenić, czy poziom rabatów jest stabilny, a zatem, czy jest przewidywalny.
- 98 Jeśli chodzi o załącznik B.15, grupujący niektóre raporty nadzorcze (monitoring) przedłożony Sądowi przez uczestników koncentracji, skarżąca zwraca uwagę, iż dowody te nie sugerują, że nie ma mechanizmu ustalania cen obejmującego zespół reguł ogólnych i wytycznych obowiązujących w odniesieniu do sposobu ustalania cen. Komisja nie powinna więc skupiać się na kwestii, czy prowadzony był osobny monitoring indywidualnych rabatów, a bardziej na pytaniu, czy taki monitoring był potrzebny, skoro odchylenia w obrębie systemu ustalania cen stanowią wyjątek w stosunku do referencyjnych pozycji cenowych mających zastosowanie do przeważającej większości sprzedaży.
- 99 Jeśli chodzi o załącznik B.17, zawierający opracowanie firmy świadczącej usługi doradztwa ekonomicznego RBB Economics (zwane dalej „opracowanie RBB”), według którego jednak firma fonograficzna nie jest w stanie wywnioskować, jakie są ceny hurtowe, na podstawie obserwowanych cen sprzedaży, po jakich oferowane są produkty konkurencji, skarżąca twierdzi, że analiza ta koncentruje się na cenach indywidualnych nowo wydanych albumów, a nie na wyjaśnianiu kwestii, czy istnieje stały związek pomiędzy PCS a cenami hurtowymi netto w przypadku większości tytułów w rozsądnym okresie czasu. Poszczególni sprzedawcy detaliczni mogą oczywiście realizować strategię ustalania swoich cen sprzedaży, byłoby jednak zaskakujące, gdyby nie istniała jasna i stała relacja pomiędzy średnimi cenami netto wydawnictw w określonej kategorii, sprzedawanymi określonemu detaliście, a ich realnymi cenami hurtowymi w przypadku wystarczająco szerokiej gamy tytułów w rozsądnym okresie czasu. Okoliczność, iż nie ma jednej i jednolitej marży stosowanej automatycznie do cen hurtowych, nie oznacza, że ceny sprzedaży detalicznej i ceny hurtowe są do tego stopnia niezwiązane ze sobą, że niemożliwa jest kontrola przestrzegania zasad ogólnych ustalania cen. Istnieje pewien poziom ogólny marż na poszczególne kategorie produktów (top price, super top price, mid price, developping artists, „dla oszczędnych” itp.).

100 Skarżąca zwraca uwagę, że analiza pomija całkowicie badanie reguł systemu ustalania cen, i wyraża wątpliwość, czy Komisja poddała tę analizę weryfikacji przez sprzedawców detalicznych lub podmioty trzecie lub zażądała połączonych danych na temat cen i rabatów, które każdy duży koncern fonograficzny musi mieć w swoim budżecie. Brakuje także porównania z innymi danymi już zgromadzonymi. Takie badanie ujawniłoby, że wbrew stwierdzeniom zawartym w analizie:

- istnieje stały związek pomiędzy kategoriami produktów, o ile produkty zostały zdefiniowane prawidłowo, aby odzwierciedlać swoje wyniki sprzedaży, dojrzałość oraz znaczenie dla bazy klientów;

- twierdzenie, jakoby sprzedawcy detaliczni nie stosowali marży standardowej do cen hurtowych, jest błędne, ponieważ umyślnie pomija fakt istnienia kategorii produktów oraz typów kampanii sprzedażowych, znanych głównym firmom i spójnych pomiędzy nimi. Analiza nie uwzględnia konieczności wyjaśnienia koncentracji połączonych poziomów rabatów wokół niewielkiej liczby poziomów cen i rabatów. Różnice w marżach odzwierciedlają jedynie dostosowywanie reguł w zależności od popytu;

- bardziej ogólnie rzecz ujmując, Komisja zapomniała uwzględnić fakt, iż przedmiotem jej badania jest sektor związany z własnością intelektualną na rynku nagrań muzycznych. Z faktu, że poszczególne edycje płyt przechodzą w czasie cyklu życia przez kolejne, znane i zrozumiałe, kategorie cenowe i grupy rabatowe, nie musi wcale wynikać, że nie występuje w tym sektorze przejrzystość czy wręcz koordynacja.

Środki odstraszające

- 101 Skarżąca utrzymuje, że Komisja nie zbadała dokładnie wszystkich możliwych form środków odwetowych, a jedynie te związane z umowami partnerskimi w zakresie kompilacji. Na przykład, gdyby duży koncern fonograficzny wprowadził w stosunku do sprzedawców detalicznych politykę obniżenia cen, pozostałe mogą go ukarać, zachęcając detalistów do odrzucenia polityki niższych cen i oferując im wyższe rabaty oraz zwiększenie poziomu wspólnej reklamy. Inny środek odstraszający polega na ograniczeniu możliwości zakwalifikowania się na listę bestsellerów tańszych produktów koncernu „dopuszczającego się odstępstwa” lub produktów, które stanowią jednostronną nowość. Kryteria kwalifikacji do krajowych rankingów są na ogół ustalane przez komitety, w których skład wchodzi głównie przedstawiciele firm fonograficznych, niekiedy także sprzedawcy detaliczni i związane są w szczególności z formatem lub cenami minimalnymi.
- 102 Skarżąca uważa, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie polegający na tym, że, chociaż stwierdziła istnienie wiarygodnych mechanizmów odstraszających, doszła jednak do wniosku, że ich nie było, ponieważ nie znalazła dowodów na ich stosowanie. A przecież najbardziej skuteczny środek odstraszający to taki, którego nie trzeba używać.

Przeciwwaga

- 103 Skarżąca utrzymuje, że analiza Komisji jest niekompletna, gdyż decyzja nie obejmuje badania dotyczącego przeciwwagi na rynku. Zaznacza ponadto, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja stwierdziła, że ani producenci niezależni, ani sprzedawcy detaliczni nie stosowali skutecznych nacisków konkurencyjnych wobec głównych firm.

Brak rzeczywistej analizy wspólnej polityki

- 104 Komisja skoncentrowała swoją analizę na konkurencji cenowej i całkowicie pominęła pozostałe kwestie, mimo iż według komunikatu w sprawie horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, C 31, str. 5) koordynacja może przybierać rozmaite formy.
- 105 Komisja powinna była na przykład zbadać, czy głównym firmom większe korzyści przynosiła ostra konkurencja w celu zwiększenia udziału w rynku, czy raczej przyjęcie wspólnej polityki. Fakt, iż udziały w rynku głównych firm są relatywnie stabilne oraz że zmiany są zazwyczaj skutkiem przejmowania niezależnych wytwórni lub łączenia przedsiębiorstw, wskazuje na brak rzeczywistej konkurencji cenowej lub na wspólną politykę polegającą głównie na niepodejmowaniu działań konkurencyjnych, w szczególności na rynku oligopolistycznym (wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 1987 r. w sprawach połączonych 142/84, 156/84 BAT i Reynolds przeciwko Komisji, Rec. str. 4487, pkt 43).
- 106 Komisja nie badała także, czy występował paralelizm w polityce prowadzonej przez główne firmy w zakresie licencji na muzykę on-line oraz zatrudniania wykonawców na umowę. Nie zbadała wszystkich mających znaczenie dowodowe cech charakterystycznych, wyszczególnionych w pkt 96–116 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów i świadczących o tym, że rynek nagrań muzycznych jest „szczególnie sprzyjający koordynacji i ułatwia monitorowanie takiej koordynacji” (pkt 94 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów). Komisja zidentyfikowała natomiast dziesięć czynników wskazujących na istnienie milczącego porozumienia, obejmujących powiązanie strukturalne, umowy licencyjne i dystrybucyjne, a także umowy partnerskie oraz kompilacje (zobacz listę przedstawioną w załączniku A.15 do skargi).
- 107 Komisja nie ustaliła również, czy koncentracja mogła prowadzić do uzyskania zdolności do ograniczania oferty pod względem liczby nowych tytułów czy oryginalności nowo wydanych albumów ani czy koncentracja nie obniżała

kreatywności, jakości i różnorodności w wyborze muzyki [zobacz decyzja Komisji 2004/422/WE z dnia 7 stycznia 2004 r. stwierdzająca zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem porozumienia o EOG (COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (Dz.U. L 125, str. 54, motyw 674)] ani też, czy nie miała ona wpływu na wybór konsumentów, jak to uczyniła w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów w sprawie Time Warner/EMI (COMP/M.1852 — Time Warner/EMI) (Dz.U. C 136, str. 4) (zob. pkt 55 dotyczący marginalizacji niezależnych producentów oraz wpływu na wybór i różnorodność muzyki oferowanej konsumentom). Wreszcie analiza nie uwzględniła w żaden sposób art. 151 ust. 4 WE i różnorodności kulturowej.

c) Nieprawidłowe stosowanie prawa o zbiorowej pozycji dominującej

108 Skarżąca twierdzi, że Komisja trzykrotnie naruszyła prawo.

109 Po pierwsze, Komisja doszła do wniosku, że ceny nie były przejrzyste, ponieważ nie było pewności co do pełnej przejrzystości, tymczasem, zgodnie z ww. w pkt 45 wyrokiem w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 62, odpowiednim testem jest „test na dostateczną przejrzystość rynku” umożliwiającą wszystkim członkom oligopolu poznanie „wystarczająco szybko i dokładnie”, w jaki sposób zmieniają się zachowania rynkowe pozostałych członków. Zdaniem skarżącej, w rozpoznawanej sprawie mamy zaś do czynienia z dostateczną przejrzystością.

110 Po drugie, Komisja ze względu na rabaty uznała, że nie ma wspólnej polityki, nie stwierdziwszy jednak przy tym, że rabaty doprowadziły do znaczących obniżek cen, w efekcie czego — w opinii skarżącej — konkurencja za pomocą rabatów była marginalna. Zgodnie zaś z ww. w pkt 45 wyrokiem w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 60, marginalna konkurencja sama w sobie nie podważa ustalenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej. Podmiot gospodarczy musi mieć świadomość, „iż bardzo konkurencyjne działanie z jego strony mające na celu zwiększenie udziału w rynku (na przykład obniżenie cen) spowodowałoby identyczne działanie

ze strony pozostałych podmiotów”. W szczególności Komisja powinna udowodnić tylko „brak skutecznej konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi [...] uczestniczącymi w dominującym oligopolu”, a nie — wyeliminowanie wszelkiej konkurencji (zob. w tym względzie wyrok Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawach połączonych T-191/98 i od T-212/98 do T-214/98 *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, Rec. str. II-3275, pkt 645).

- 111 Po trzecie, Komisja naruszyła prawo, opierając swoją analizę na braku dowodów stosowania środków odwetowych w przeszłości, podczas gdy, zgodnie z ww. w pkt 45 wyrokiem w sprawie *Airtours przeciwko Komisji*, pkt 195, Komisja nie jest zobowiązana do ustalenia istnienia określonego, bardziej lub mniej surowego „mechanizmu odwetowego”, ale wykazania istnienia czynników odstraszających.

2. W przedmiocie drugiej części zarzutu

- 112 Skarżąca przypomina, że w celu ustalenia, czy koncentracja umacnia pozycję dominującą, Komisja powinna zbadać jej wpływ na rynki stanowiące punkt odniesienia drogą analizy przyszłościowej (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie *Airtours przeciwko Komisji*, pkt 58 i 59). Komisja nie przeprowadziła analizy przyszłościowej i zupełnie nie przeanalizowała kwestii umocnienia pozycji dominującej, gdyż po przeprowadzeniu analizy wstecznej błędnie stwierdziła, że do tej pory nie istnieje żadna pozycja dominująca, którą koncentracja mogłaby umocnić.
- 113 Ponieważ kwestia umocnienia pozycji dominującej była badana na podstawie analizy wstecznej, decyzja — zdaniem skarżącej — dotknięta jest wadą w postaci braku uzasadnienia lub oczywistego błędu w ocenie z powodów przedstawionych w pierwszej części zarzutu, podczas gdy brak analizy przyszłościowej stanowi naruszenie prawa.

B — *Argumenty Komisji*

- 114 Komisja uważa, że trzy podstawy do stwierdzenia nieważności podniesione przez skarżącą w odniesieniu do rynku nagrań muzycznych w dużej mierze pokrywają się ze sobą i w związku z tym najlepiej będzie zacząć od przedstawienia uzasadnienia decyzji oraz materiału dowodowego, na którym Komisja oparła swoje wnioski, aby następnie przejść do analizy niektórych fragmentów decyzji przedstawionych w skardze w sposób wypaczony, a na koniec przeanalizować poszczególne argumenty powołane przez skarżącą.

1. Decyzja Komisji i materiał dowodowy, na którym się oparła

a) Kontekst

- 115 Jeśli chodzi o system ustalania cen stosowany do nagrań muzycznych, Komisja wskazuje, że każda z głównych firm, a także każda niezależna wytwórnia ustala okresowo gamę różnych możliwych cen katalogowych swoich albumów CD, zwanych „publicznymi cenami sprzedaży”. Każdy duży koncern posiada zazwyczaj ponad 50 PCS tego rodzaju, różnej wysokości, które można podzielić na kategorie cen „wysokich”, „średnich” oraz „niskich” oraz ustala cenę katalogową każdego albumu CD, jaki wyprodukuje, w oparciu o jedną z tychże PCS. Natomiast cena netto dla klienta (sprzedawcy detalicznego lub hurtowni) jest niższa od ceny katalogowej ze względu na rabaty fakturowe (zwykle rabaty i rabaty promocyjne), które mogą być różnej wysokości w zależności od odbiorcy, mogą zmieniać się w czasie lub w zależności od albumu (w przypadku rabatów promocyjnych). Każdy koncern fonograficzny negocjuje z każdym ze swoich odbiorców wysokość zwykłego rabatu rocznego (przy czym stawki mogą być różne dla muzyki pop, muzyki klasycznej lub albumów reklamowanych w telewizji), stosowanego do wszystkich transakcji sprzedaży z danym odbiorcą. Wysokość rabatów promocyjnych jest natomiast ustalana dla każdego przypadku osobno, na okresy czasu różnej długości, na pojedyncze albumy lub zestawy albumów, które firma fonograficzna zamierza promować; nie muszą one być przyznawane wszystkim klientom i niekoniecznie muszą być takiej samej wysokości. Komisja zwraca uwagę na konieczność

odróżnienia ceny netto na konkretny album dla konkretnego klienta od średniej ceny netto wszystkich albumów sprzedanych przez dany koncern fonograficzny w danym roku, tzn. ceny równej ilorazowi sumy wszystkich cen netto (które mogą być bardzo zróżnicowane) indywidualnych albumów sprzedanych indywidualnym klientom i łącznej liczby albumów sprzedanych przez dany koncern.

116 Komisja stwierdziła znaczny spadek popytu oraz cen na nagrania muzyczne na CD od 1999 r. (motywy 55–59 decyzji).

b) Pięć dużych rynków (Niemcy, Zjednoczone Królestwo, Francja, Włochy, Hiszpania)

117 Komisja najpierw zbadała, czy można stwierdzić istnienie milczącego porozumienia w sprawie cen pomiędzy głównymi firmami w pięciu dużych państwach członkowskich (motywy 69–108 decyzji). Zbadała, czy występował paralelizm pomiędzy cenami, obserwując zmiany rzeczywistych średnich cen netto głównych firm, oraz czy ewentualny zauważalny paralelizm można by wyjaśnić istnieniem koordynacji. W tym celu Komisja przeanalizowała w pierwszej kolejności PCS jako ewentualne centralne punkty odniesienia, a następnie sprawdziła, czy rabaty były wyrównane i wystarczająco przejrzyste, aby umożliwić skuteczne monitorowanie ewentualnego koordynowania cen netto (motyw 73 decyzji).

Wyrównanie średnich cen netto i PCS

118 Na pięciu dużych rynkach Komisja stwierdziła tylko częściowe podobieństwo zmian rzeczywistych średnich cen netto. W każdym kraju rzeczywiste średnie ceny netto każdego z dużych koncernów fonograficznych przez większość czasu wykazywały wahania w obrębie widełek o rozpiętości około 10% lub więcej w stosunku do

pozostałych. Komisja uznała, że taki stopień podobieństwa zmian z oczywistych przyczyn nie stanowi przekonującego dowodu (motywy 75, 82, 89, 96 i 103 decyzji). Po pierwsze, nie zaobserwowano żadnego paralelizmu rzeczywistych średnich cen netto. Po drugie, paralelizm zachowań, nie jest, ogólnie rzecz biorąc, wystarczający do ustalenia istnienia koordynacji, jeśli nie można wskazać mechanizmów takiej koordynacji. Po trzecie, w rozpoznawanej sprawie Komisja nie stwierdziła, by zmiany średnich cen netto każdej z głównych firm były lub mogły być znane pozostałym. Średnie ceny netto stanowią odzwierciedlenie bardzo wielu różnych decyzji indywidualnych związanych z ustaleniem cen (zob. np. załącznik B.10), a decyzje te powinny być możliwe do zidentyfikowania z pewnością wystarczającą, aby pozwolić na znaczącą koordynację cen netto.

- 119 Komisja rzeczywiście wykryła kilka elementów wskazujących, iż ceny katalogowe (tzn. PCS) mogły być wykorzystywane jako podstawa do wyrównywania. W każdym z pięciu dużych państw członkowskich większa część łącznej sprzedaży każdego z dużych koncernów płytowych (powyżej 55%, a nawet 85% w jednym z krajów) została zrealizowana przy użyciu 5 PCS, a nawet tylko 1–3 PCS w przypadku połowy, lub więcej, 100 najlepiej sprzedających się singli w 2003 r. (z wyjątkiem Hiszpanii). Ponadto PCS są stosunkowo przejrzyste, ponieważ figurują w katalogach głównych firm (motywy 76, 83, 90, 97 i 104 decyzji).
- 120 Jednakże Komisja stwierdziła, że istnieją dwojakiego rodzaju przeszkody w wykorzystaniu PCS jako punktów odniesienia dla milczącej koordynacji cen netto oraz jako środka do monitorowania przestrzegania zasad takiej koordynacji — jedna jest związana ze stopniem złożoności właściwej samym PCS, druga ze złożonością i brakiem przejrzystości powiązań między cenami katalogowymi a cenami netto.

Złożony charakter oraz PCS

- 121 Jeśli chodzi o PCS, albumy CD nie stanowią produktu całkowicie jednorodnego ze względu na różnorodną zawartość (motywy 110 decyzji). Chociaż „kontinuum

substytucyjności” pozwala, by przynajmniej albumy z tego samego gatunku były uznawane za należące do jednego rynku produktu (motywy 9–13 i 110 decyzji), albumy CD stanowią jednak zróżnicowane i niejednorodne produkty. W konsekwencji, nawet jeśli polityka cenowa oraz wprowadzanie do obrotu albumów CD są relatywnie „standaryzowane” na poziomie sprzedaży hurtowej (do elementów standaryzacji ustalania cen hurtowych zaliczają się: trzy duże kategorie cenowe, pakiet standaryzowanych PCS każdego z dużych koncernów fonograficznych, fakt, iż zwykłe rabaty ustalane corocznie dla każdego odbiorcy oraz uzgodniony procent zwrotów niesprzedanego towaru jest na ogół określany w oparciu o ograniczoną liczbę parametrów), w przypadku indywidualnych albumów poziom sukcesu przewidywany lub realny bywa różny, co ma wpływ na początkowe ustalenia PCS w momencie wydania albumu oraz na ich późniejsze zmiany.

122 Ponadto nieprzewidywalność sukcesu zmusza prawdopodobnie każdy duży koncern fonograficzny, który chciałby skrupulatnie kontrolować ogólne przestrzeganie koordynacji cen netto przez pozostałe duże koncerty, do monitorowania PCS ponad 80 albumów wyprodukowanych przez swoich konkurentów każdego roku w danym kraju (lub ponad 60 albumów tego rodzaju rocznie po dokonaniu koncentracji, ponieważ 20 najlepiej sprzedających się albumów każdego z dużych koncernów fonograficznych stanowi co najmniej 30% całej jego sprzedaży, a w wielu przypadkach ponad 50%) (motyw 111 decyzji). Koncern, który chciałby mieć pełniejszy obraz, stanąłby przed koniecznością dużego wzmocnienia działań związanych z monitoringiem, gdyż 100 najlepiej sprzedających się albumów każdego roku każdego z dużych koncernów płytowych odpowiada zazwyczaj 70–80% jego łącznej sprzedaży muzyki (motyw 71 decyzji), a tak wyczerpująca analiza wymagałaby monitorowania blisko 400 albumów. Uczestnicy koncentracji przedstawili dowody, które wykazały, że kombinacja cen PCS odpowiadających ich 20 najlepiej sprzedających się singlom w dużej części zmieniała się często z kwartału na kwartał (zob. załącznik B.3). Mimo iż cotygodniowa lista bestsellerów ułatwia tego rodzaju monitorowanie, identyfikując tytuły, które stają się „hitami” (motyw 112 decyzji), nie eliminuje jednak problemu.

123 W odniesieniu do zawartego w decyzji twierdzenia, że „pewne oznaki [wskazywały], iż ceny PCS mogły być używane jako podstawa wyrównania cen katalogowych dużych koncernów fonograficznych”, Komisja podkreśla, że nie jest to ostateczne ustalenie. Chociaż stwierdziła, że monitorowanie cen wydaje się możliwe, jednak

zmiany w stosowaniu poszczególnych PCS — figurujących w załączniku B.3 do odpowiedzi na skargę — świadczą raczej, iż tego rodzaju stała kontrola, której towarzyszyłby duży wysiłek związany z odkrywaniem praktyk w dziedzinie rabatów, pochłaniałaby ogromne nakłady.

Wyrównanie i złożoność rabatów

124 W pięciu dużych państwach członkowskich Komisja stwierdziła bliski związek między zmianami średnich cen brutto oraz rzeczywistych średnich cen netto Sony i BMG w okresie 6 lat, przy bardzo dużej stabilności w czasie współczynnika cen netto do cen brutto dla wszystkich albumów razem wziętych (motywy 77, 84, 91, 98 i 105 decyzji). Natomiast stabilny związek, jaki istnieje między średnimi cenami brutto i netto (tzn. średnia wysokość rabatu) u każdego z uczestników koncentracji dla wszystkich albumów w danym kraju, niweluje nieuchronnie efekty różnego typu rabatów fakturowych (zwykłych i promocyjnych), różnic pomiędzy rabatami fakturowymi (zwykłymi i promocyjnymi) przyznawanymi poszczególnym odbiorcom oraz różnic pomiędzy rabatami fakturowymi (przede wszystkim promocyjnymi) przyznawanymi na indywidualne albumy. Wniosek dotyczący stabilności współczynnika średnich cen netto do cen brutto powinien również być mniej kategoryczny ze względu na ograniczenia metodologiczne analizy. Komisja dodała w tej kwestii, że, po pierwsze, zostały uwzględnione tylko dane Sony i BMG, ponieważ pozostałe główne firmy twierdziły, że fakturują tylko ceny netto, po drugie zaś, żeby rozwiązać problem związany z faktem, iż dany album mógł mieć wiele PCS w ciągu jednego roku, uczestnicy koncentracji podawali jedną cenę brutto na każdy album, odpowiadającą PCS, po jakiej sprzedano najwięcej egzemplarzy tego albumu w ciągu danego roku (sprzedaż brutto na jeden album była więc obliczana przez proste przemnożenie PCS przez liczbę sprzedanych albumów). Cena brutto wykazana dla każdego albumu i zastosowana do obliczenia średniej ceny brutto każdego z dużych koncernów fonograficznych jest więc wartością przybliżoną.

125 Ponadto stabilny współczynnik średnich cen brutto do średnich cen netto nie wystarcza do udowodnienia istnienia koordynacji w przeszłości lub prawdopodobnego powstania koordynacji w przyszłości, przy braku możliwego do wykazania

mechanizmu, który pozwalałby głównym firmom na monitorowanie takiego związku między cenami brutto i netto wyłaniającego się z wielu indywidualnych decyzji cenowych. Komisja nie znalazła wystarczających dowodów na istnienie takiego mechanizmu.

126 Komisja przede wszystkim stwierdziła, że rabaty fakturowe (rabaty zwykłe i promocyjne) w Sony i BMG wcale nie należały do najwyższych rabatów w każdym z dużych państw członkowskich (z wyjątkiem Francji w przypadku BMG). Ogólny poziom rabatów fakturowych stosowanych odpowiednio przez uczestników koncentracji zmieniał się w pewnym stopniu, kiedy rabaty były określane proporcjonalnie jako procent, jaki w ich łącznej sprzedaży brutto stanowi ich 20 najlepszych odbiorców w tych państwach członkowskich (różnica między tymi poziomami wynosiła [poufne] punktów procentowych łącznej sprzedaży brutto we Włoszech, [poufne] punktów procentowych w Zjednoczonym Królestwie i Hiszpanii, [poufne] punktów procentowych w Niemczech oraz [poufne] punktów procentowych we Francji).

127 Ponadto Komisja nie znalazła dowodów wskazujących, że rabaty fakturowe uczestników koncentracji były wyrównane w przypadku poszczególnych klientów w stopniu wystarczającym, aby można było dojść do wniosku, iż istnieje koordynacja i przejrzystość. Motywy 79, 86, 93, 100 i 107 decyzji prezentują różnice pomiędzy łączną wartością rabatów fakturowych obydwu uczestników koncentracji na poziomie indywidualnych odbiorców, wyrażonych jako procent sprzedaży brutto każdego z tych odbiorców. Komisja stwierdziła, że średnie rabaty fakturowe udzielane odpowiednio przez uczestników koncentracji każdemu ze swoich dziesięciu najlepszych wspólnych odbiorców w dużych państwach członkowskich, z wyjątkiem Francji, w latach 2000–2003 różniły się między sobą o 2–5% (Zjednoczone Królestwo, Niemcy, Hiszpania) lub o 1–3% (Włochy). W Zjednoczonym Królestwie, Niemczech i Hiszpanii średnie rabaty roczne udzielane przez obydwu uczestników koncentracji niektórym ich ważniejszym klientom wykazywały, w niektórych latach, różnicę o ponad 5% sprzedaży brutto każdego z uczestników do tych klientów. We Francji (motyw 86 decyzji) średnie rabaty fakturowe przyznane przez uczestników koncentracji każdemu z ich piętnastu najlepszych wspólnych klientów wykazywały jeszcze bardziej wyraźne różnice, dochodzące nawet do 10%. Ze względu na znaczenie rabatów wstecznych oraz

„rabatów umownych” BMG we Francji Komisja zbadała również rabaty łącznie. W tej grupie klientów stwierdziła różnice pomiędzy uczestnikami koncentracji dochodzące w 2003 r. do 3%, a w trzech przypadkach do około 5%. We wszystkich dużych państwach członkowskich wahania te zasadniczo można przypisać rabatowi promocyjnym.

128 Komisja uwzględniła także (motywy 79, 86, 93, 100 i 107 decyzji) informacje pochodzące ze wszystkich dużych państw członkowskich i wskazujące, iż rabaty przyznawane przez obydwu uczestników koncentracji ulegały trojakiemu rodzajowi zmianom (wnioski te są oparte na danych znajdujących się w załącznikach od B.A do B.14):

- rabaty dla określonego klienta zmieniały się w czasie;
- rabaty dla określonego klienta zmieniały się w zależności od albumu;
- rabaty na określony album zmieniały się w zależności od klienta.

129 Wprawdzie załącznik B.4, który zawiera wykresy załączone do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, przedstawiające średnie rabaty fakturowe przyznawane przez uczestników koncentracji każdemu z dziesięciu ich najlepszych wspólnych sprzedawców detalicznych (tzn. na każdy rok rabaty fakturowe łącznie przyznane danemu klientowi, podzielone przez całkowitą sprzedaż brutto do tego klienta) w Zjednoczonym Królestwie, Niemczech, Włoszech i Hiszpanii w latach 2000–2003, wykazuje ogólną stabilność rabatów w czasie (pkt 88 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów), jednakże uczestnicy koncentracji, na podstawie tych samych wykresów, utrzymują, że odpowiednie traktowanie przez nich niektórych klientów w Zjednoczonym Królestwie, w Niemczech i Hiszpanii wykazuje wyraźne różnice (zob. załącznik B.5, odpowiedź na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, pkt 4.21).

130 Jeśli chodzi o uwagę skarżącej, że „[w]cale nie jest jasne, czy różnice pomiędzy rabatami uzyskiwanymi przez dziesięciu największych klientów są bardziej efektem ich zróżnicowanego traktowania czy też raczej efektem różnic w wynikach związanych z portfelami każdego z uczestników koncentracji”, Komisja zwraca uwagę, że skoro nie jest to wcale jasne nawet dla obserwatora, który ma dostęp do pełnych danych, trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób główne firmy w warunkach milczącej koordynacji, posiadające dość niepełne informacje na temat rynku, byłyby w stanie usunąć „interferencje” związane z układem ich portfela, aby mieć dokładny obraz praktyk lub założeń polityki w zakresie rabatów.

131 Załącznik B.6 do odpowiedzi na skargę, w którym przytoczono materiał dowodowy dostarczony przez uczestników koncentracji, obejmujący okres pięciu lat, wykazuje, w każdym z pięciu dużych państw członkowskich, istnienie różnic, mieszczących się niekiedy w bardzo szerokich widełkach, w rabatach fakturowych przyznawanych przez każdego z uczestników koncentracji swoim dziesięciu najlepszym odbiorcom na 20 najlepszych singli w ciągu danego roku, reprezentujących dużą część łącznego obrotu głównych firm, w związku z czym widoczne, równorzędne traktowanie na poziomie PCS i rabatów stanowiłoby jeden z istotnych elementów wszelkiej ewentualnej koordynacji cen netto. Każde zestawienie ma na celu ukazać równocześnie — dla danego koncernu fonograficznego w danym kraju — że niektórzy odbiorcy korzystali z rabatów w bardzo różnej wysokości w ciągu danego roku lub w okresie kilku lat na najlepiej sprzedające się albumy oraz że występowały znaczne różnice między najwyższymi lub najniższymi rabatami przyznawanymi poszczególnym klientom w ciągu danego roku i dotyczyło to nawet klientów zaliczanych do tej samej kategorii (np. hurtowników, specjalistycznych sklepów detalicznych, supermarketów).

132 Ponadto porównanie zestawień z wyżej wymienionego załącznika dla Sony i BMG dla dowolnego kraju usprawiedliwia wyciągnięcie wniosku, że rabaty przyznawane przez każdą z tych firm obojętnie któremu odbiorcy w dowolnym roku często znacznie się różniły zarówno pod względem wysokości najwyższych i najniższych rabatów przyznanych w ciągu tego roku, jak i pod względem różnicy między tymi dwiema liczbami.

- 133 Komisja ma wątpliwości co do słuszności wniosku skarżącej, że zestawienia ukazują „interesujące prawidłowości”, i zwraca uwagę, iż każda tego rodzaju „prawidłowość” w żadnym stopniu nie ujmuje znaczenia różnicom w rabatach jako dowodom świadczącym o złożonym charakterze i nieprzejrzystości systemu ustalania cen netto.
- 134 Załącznik B.8, prezentujący, w podziale według grup rabatowych, rabaty przyznawane przez uczestników koncentracji na 20 swoich najlepszych albumów CD odpowiednio w latach 1998–2003 w pięciu dużych państwach członkowskich, umożliwił Komisji sprawdzenie, jakie były proporcje sprzedaży 20 najlepszych singli każdego z nich, w porównaniu do wszystkich klientów, zrealizowanej przez każdą z dwóch głównych firm z określonym rabatem (ujęty w wąskich przedziałach 2,5%) w stosunku do cen katalogowych danych albumów. Bardziej ogólnie rzecz ujmując, każda kolumna w tych tabelach odpowiadająca poszczególnym latom wykazuje, że, niezależnie od roku czy kraju, żadna z tych dwóch głównych firm nie stosowała jednolitej praktyki w zakresie rabatów, nawet w przypadku niedużego zestawu najlepiej sprzedających się albumów. Wiersze dotyczące poszczególnych grup rabatowych w wąskich przedziałach również wykazują, że praktyki stosowane przez obydwu uczestników koncentracji w dziedzinie rabatów zmieniały się w czasie, z roku na rok.
- 135 Ponadto jeden z załączników do odpowiedzi na skargę (załącznik B.9) ukazuje, że struktury rabatów udzielanych odpowiednio przez Sony i przez BMG na ich 20 najlepszych albumów w 2003 r. wyraźnie różniły się między sobą.
- 136 Uwaga skarżącej, jakoby różnice w gamach rabatów nie wykluczały możliwości, że rabaty były ustalane na podstawie znanego zespołu reguł, opiera się na błędnym domniemaniu, że wystarczy, by jakiś zespół reguł był znany, ażeby wszystkie główne firmy miały pewność, iż reguły te są przestrzegane.

137 Komisja zwraca uwagę, że przeprowadzona przez skarżącą w załączniku D.3 analiza współzależności dotyczy rabatów tylko jednego uczestnika badanych w czasie, a nie procesu ich wyrównywania pomiędzy uczestnikami koncentracji. Ponadto, nawet gdyby ta analiza wykazywała, że struktury rabatów każdego z uczestników koncentracji były relatywnie stabilne w czasie, pomimo zmian w strukturze działalności, potwierdzałoby to faktycznie argument Komisji, że wysokość średnich cen netto może przysłonić duże wahania na poziomie albumów lub odbiorców. Wreszcie wbrew temu, co utrzymuje skarżąca, wąskie widełki rabatowe (2,5%) na wykresach ograniczyłyby w rzeczywistości wrażliwość analizy na niewielkie zmiany rabatów.

138 Ponadto Komisja uważa, iż uwagi skarżącej na temat niektórych wykresów, że wykazują one raczej stabilność rabatów lub wysoki czynnik współzależności pomiędzy uczestnikami koncentracji, są nieuzasadnione.

139 Załącznik B.10 prezentujący strukturę cen netto — dla pięciu dużych państw członkowskich — w podziale cen netto według pięciu głównych odbiorców każdego z dwóch uczestników koncentracji, wykazuje, że:

- w strukturze cen netto występują duże różnice pomiędzy dwiema głównymi firmami, zarówno generalnie, jak i dla poszczególnych klientów;
- sposób, w jaki zakupy poszczególnych klientów w danym koncernie rozkładają się pomiędzy poszczególne przedziały cen netto, jest bardzo różny. Uwaga ta dotyczy także klientów należących do tej samej kategorii (jak hurtownie, specjalistyczne sklepy detaliczne, supermarkety), ponieważ zestawienie obejmuje więcej niż jednego odbiorcę z danej kategorii.

- 140 Komisja zgadza się ze skarżącą, że różnice w rozkładzie cen netto płaconych przez dużych klientów poszczególnym głównym firmom można by przypisać różnicom w ich zwyczajach zakupowych oraz w asortymencie produktów firm fonograficznych. Jednakże różnice te nie są wcale pozbawione znaczenia dla sprawy. W istocie, nawet gdyby duży koncern fonograficzny był w stanie wykryć różnice cen netto płaconych za poszczególne albumy innego dużego koncernu przez ich wspólnego klienta (co, w świetle dostępnych dowodów, nie wydaje się prawdopodobne), nie potrafiłby powiedzieć, czy ceny te są efektem stosowania reguł, o charakterze z całą pewnością złożonym, których istnienie sugeruje skarżąca, czy też odejścia od tych reguł, chyba że będzie dysponować dużo większą ilością informacji na temat albumów, do których odnoszą się te ceny.
- 141 Ponadto, gdyby asortyment produktów oraz zmienny poziom sukcesu mogły wyjaśnić wszystkie lub chociaż większość różnic ważonych w strukturze cen przedstawionej w tym załączniku, wskazywałoby to równocześnie na bezcelowość wszelkich prób koordynowania w oparciu o zbiór średnich cen netto, o jakim mówi skarżąca.
- 142 Komisja podważa zasadność argumentów, które podniosła skarżąca w celu wykazania, że dokumenty załączone do odpowiedzi na skargę nie stanowią dowodu na dużą różnicę cen.
- 143 Ponadto Komisja dysponuje także materiałem dowodowym, dotyczącym PCS w kategorii wysokich cen (zob. załącznik B.11), świadczącym, iż niektórzy bardzo ważni klienci jednego z dwóch uczestników koncentracji płacili temu koncernowi płytowemu w ciągu jednego roku (2003) różne ceny netto (inaczej mówiąc, korzystali z rabatów w różnej wysokości) za albumy, których PCS była taka sama. Różnica między najwyższą a najniższą ceną netto płaconą za albumy o określonej PCS bywała często znaczna.

144 Z dowodów przedstawionych przez BMG (zob. załącznik B.12) dotyczących proporcji średniego rabatu ogółem udzielonego każdemu z jej dziesięciu najlepszych klientów wynika, że w jednym kraju (kraj F) średnie rabaty promocyjne na jednego odbiorcę wahały się między ok. 8,5% a 13%, przekraczając w dużym stopniu średnie rabaty zwykłe (które sytuowały się między 3% a 10%) w przypadku prawie wszystkich klientów, podczas gdy w innym kraju (kraj C), średni rabat promocyjny (wahający się między 2% a 5%) stanowił około połowy, a nawet więcej, najwyższego rabatu ogólnie stosowanego, tzn. z wyłączeniem specjalnego rabatu hurtowego. W trzech pozostałych krajach (kraje B, D i A) poziom średnich rabatów promocyjnych znacznie różnił się dla poszczególnych odbiorców, wahając się odpowiednio między 0,5% a 12,5%; 0,5% a 13%; ok. 2,5% a 14,5%. W tych trzech krajach średnie rabaty promocyjne przewyższały średnie rabaty zwykłe dla jednego z najlepszych klientów, natomiast dla pozostałych były dużo niższe.

145 Wbrew twierdzeniom skarżącej okoliczność, iż każdy z załączników pokazuje tylko różnice w cenach netto lub rabatach jednej ze stron zgłaszających koncentrację, nie oznacza wcale, że nie wnoszą one nic do sprawy. Fakt, że wysokość rabatów jednego dużego koncernu fonograficznego zmienia się w zależności od klienta (włącznie z klientami z tej samej kategorii, co do których można się spodziewać, że interesują się podobnymi pozycjami z asortymentu jego produktów) świadczy w istocie o tym, że nawet gdyby jeden konkurent powziął wiedzę o rabatach przyznanych przez ten koncern jednemu klientowi, wiedzy tej nie mógłby ekstrapolować na generalne praktyki tego koncernu fonograficznego w dziedzinie rabatów. Ponadto zasady koordynacji obejmującej zarówno indywidualnych odbiorców, jak i kategorie odbiorców, byłyby stanowczo zbyt złożone.

146 Komisja uzyskała również „zeznania świadków” wskazujące, iż, w przypadku tej samej firmy płytowej, rabaty promocyjne są przyznawane zarówno na najbardziej lansowane albumy, jak i pozycje z katalogu składającego się ze starszych nagrań (załącznik B.2).

147 Potwierdza to załącznik B.13, który składa się z wykresów przekazanych przez uczestników koncentracji, prezentujących — dla każdego z pięciu dużych krajów — rabaty fakturowe przyznawane przez każdego z uczestników najlepszym wspólnym

klientom na swoje najlepiej sprzedające się albumy w 2002 r., z bardzo podobnymi cenami PCS w kategorii cen wysokich. Przypomniawszy, że w przypadku każdego koncernu fonograficznego oraz każdego odbiorcy zwykły rabat powinien być stały na wszystkie albumy w danym roku, Komisja wysnuła stąd wniosek, iż zmiana rabatów fakturowych udzielonych przez duży koncern płytowy określonemu odbiorcy na różne albumy przy tej samej cenie PCS powinna się stosować do rabatów promocyjnych przyznanych w określonym momencie na wyżej wymienione najbardziej lansowane albumy. Wykresy ukazują tego rodzaju zmiany w praktykach fakturowania każdego z koncernów zgłaszających koncentrację przynajmniej w stosunku do niektórych odbiorców we wszystkich krajach objętych badaniem.

148 Komisja zaznacza, że skarżąca zarzuca jej, iż nie zbadała „pewnych prostych zasad, które różnicują albumy z taką samą ceną referencyjną i które mogłyby wyjaśnić różnice w poziomie rabatów promocyjnych”, ale w celu ich opisania przytacza sześć kryteriów, które — ze względu na fakt, iż są w zasadzie między sobą kompatybilne — spowodowałyby duży wzrost liczby kombinacji reguł potencjalnie mających zastosowanie do samych rabatów promocyjnych. Skarżąca nie podjęła w dodatku żadnej próby liczbowego ujęcia tego zjawiska, podczas gdy powinno być to najistotniejsze, jeśli zasady koordynacji cenowej mają pozwalać na przewidywanie z rozsądną dokładnością poziomu rabatu na określony tytuł podczas określonej kampanii promocyjnej oraz oczywiście na ustalenie, czy rzeczywiste rabaty są zgodne z regułami, czy też naruszają wspólne zasady ustalania cen.

149 Zróżnicowanie rabatów promocyjnych jest wykazane przez szereg przykładów: odbiorcy zaliczani do różnych kategorii korzystali z rabatów różnej wysokości na albumy należące do tego samego gatunku muzyki; różni odbiorcy korzystali z różnych rabatów na ten sam album; ten sam klient korzystał z różnych rabatów na różne albumy; ten sam klient korzystał z rabatów przez pewien ograniczony okres czasu na określony album.

150 Wreszcie wniosek ogólny Komisji stwierdzający „pewne zróżnicowanie poziomu rabatów stosowanych przez duże koncerny” na dużych rynkach (motywy 78, 85, 92, 99 i 106 decyzji) jest również potwierdzony dowodami natury ekonomicznej

dotyczącymi rabatów pięciu głównych firm. Na podstawie informacji uzyskanych przez Komisję od pięciu głównych firm na temat ich rabatów fakturowych stosowanych w 2003 r. eksperci ekonomiczni uczestników koncentracji, w opracowaniu RBB, stwierdzili, co następuje:

„Porównaliśmy także strukturę rabatów fakturowych przyznanych przez strony A, B, C, D i E w każdym z pięciu głównych krajów w 2003 r. Analiza wykazała znaczące różnice w strukturze tego rodzaju rabatów przyznawanych przez główne firmy. To potwierdza, że ich polityka cenowa obecnie nie jest ujednolicona”.

Przejrzystość rabatów

- ¹⁵¹ W decyzji zaznaczono, że, według wielu odbiorców w dużych państwach członkowskich, główne firmy posiadały „pewną wiedzę” na temat zwykłych rabatów (bardziej stabilnych) stosowanych przez swoich konkurentów (zob. przypisy 45, 49, 52, 55 i 57 decyzji). Kwestia ta była szeroko omawiana w trakcie przesłuchania zorganizowanego przez Komisję. Uczestnicy koncentracji utrzymywali, że część odpowiedzi twierdzących dotyczyła jedynie PCS lub nie uwzględniała rozróżnienia pomiędzy PCS a rabatami. Tylko w pięciu odpowiedziach (pochodzących z Belgii, Francji i Włoch), na łączną liczbę 36 dostępnych odpowiedzi otrzymanych ze wszystkich krajów, stwierdzono wyraźnie, że istniała pewna przejrzystość rabatów; odmiennego poglądu broni wyraźnie 11 odpowiedzi. Na podstawie odpowiedzi sprzedawców detalicznych, „zeznań” członków kadry kierowniczej krajowych oddziałów i spółek zależnych Sony i BMG (zob. odpowiednie wyjątki w załączniku B.2) oraz braku informacji o rabatach w raportach monitoringowych przedstawicieli handlowych przekazanych Komisji (zob. załącznik B.15) Komisja stwierdziła, że wprawdzie kilku sprzedawców detalicznych dostrzegło u głównych firm pewną znajomość polityki cenowej pozostałych dużych koncernów, przy czym wiedza ta mogła obejmować PCS stosunkowo przejrzyste oraz w pewnym stopniu zwykłe rabaty negocjowane raz w roku, jednak najprawdopodobniej nie rozciągała się na rabaty promocyjne, które negocjuje się oddzielnie dla każdej kampanii. Stosunki utrzymywane między głównymi firmami a stałymi klientami (motyw 112 decyzji)

mogły pozwolić na uzyskanie niektórych informacji o rabatach rocznych, jednak, jak się wydaje, nie zwiększały przejrzystości w zakresie krótkotrwałych kampanii promocyjnych.

- 152 Komisja stwierdziła, że rabaty promocyjne były mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty i że ich monitorowanie wymagałoby skrupulatnego obserwowania promocji na rynku detalicznym (motywy 80, 87, 94, 101 i 108 decyzji). System raportów tygodniowych opracowywanych przez handlowców Sony i BMG (obejmujących uwagi na temat konkurentów) nie zapewniał jednak wymaganego stopnia przejrzystości w zakresie tego rodzaju rabatów. Komisja nie znalazła w szczególności dowodów wystarczających do wykazania, że monitoring cen detalicznych lub kontakty ze sprzedawcami detalicznymi umożliwiały głównym firmom zrekompensowanie braku przejrzystości rabatów, a zwłaszcza rabatów promocyjnych.
- 153 Raporty z monitorowania rynku opracowane przez uczestników koncentracji, znajdujące się w załączniku B.15, nie zawierają szczegółowych informacji na temat rabatów konkurencji takiego rodzaju, żeby możliwe było skuteczne monitorowanie cen netto żądanych od poszczególnych odbiorców za indywidualne albumy. Ponadto w innych krajach raporty te są dużo krótsze albo wręcz w ogóle ich nie ma. Przedstawiciele BMG, w szczególności, formalne raporty monitoringowe składają tylko we Francji i w Austrii.
- 154 Wprawdzie Komisja przyznaje, że nie może łatwo udowodnić nieistnienia mechanizmu ustalania cen obejmującego zespół reguł ogólnych, zwraca jednak uwagę, iż skarżąca nie zadała sobie trudu, by dostarczyć dowód pozytywny wskazujący sposób, w jaki tego rodzaju mechanizm ustalania cen miałby być skonstruowany, a następnie stosowany do niezliczonej ilości indywidualnych umów, ani w jaki sposób miało być zapewnione przestrzeganie jego zasad.
- 155 Komisja wyraziła skądinąd zdziwienie, że skarżąca kwestionuje wprost potrzebę monitoringu do ustalenia zbiorowej pozycji dominującej.

- 156 Wniosek Komisji dotyczący nieskuteczności monitoringu sprzedaży detalicznej opiera się również na złożoności i braku przejrzystości w ustalaniu cen detalicznych. Analiza przedstawiona przez uczestników koncentracji (załącznik B.17) wskazuje, iż istnieją duże różnice w cenach detalicznych stosowanych przez głównych detalistów na porównywalne albumy CD w każdym większym segmencie cenowym (ceny wysokie, średnie i niskie) oraz że ustalanie cen detalicznych jest równie skomplikowane jak ustalanie cen hurtowych. Ponadto w przypadku jednego konkretnego albumu z tej samej grupy pięciu najlepiej się sprzedających ceny detaliczne często zmieniają się zarówno w czasie u jednego sprzedawcy detalicznego, jak i, jeszcze bardziej wyraźnie, różnią się u poszczególnych detalistów w dowolnym okresie czasu.
- 157 Dowody (figurujące w załączniku B.17, sekcja 2) świadczą o tym, że intensywne monitorowanie przez główne firmy zmian cen detalicznych stosowanych przez każdego sprzedawcę detalicznego na każdy ważniejszy album, nie umożliwia dużemu koncernowi fonograficznemu odtworzenia na tej podstawie praktyk ustalania cen netto (PCS po odliczeniu rabatu fakturowego) na dany album najważniejszych konkurujących z nim podmiotów. Sprzedawcy detaliczni nie stosują bowiem wszyscy regularnie identycznych stawek marż doliczanych do cen hurtowych w określonym momencie ani do wszystkich kategorii albumów, ani nawet do wszystkich albumów z wąskiej kategorii wysokich cen (tabela 2.1).
- 158 Wreszcie Komisja nie stwierdziła żadnego możliwego do udowodnienia związku między cenami detalicznymi a rabatami fakturowymi przyznawanymi na albumy z tą samą ceną PCS. Wręcz przeciwnie, analiza przedstawiona przez uczestników koncentracji świadczy raczej o tym, że w przypadku albumów należących do kategorii wysokich cen, podobnie jak w przypadku innych albumów, różnice w cenach detalicznych konkretnego albumu w danym momencie w różnych punktach sprzedaży detalicznej nie mają żadnego określonego związku z rabatami fakturowymi przyznanymi sprzedawcom detalicznym na ten album (tabela 3.1).
- 159 Biorąc pod uwagę istnienie tak zróżnicowanych i nieprzewidywalnych praktyk ustalania cen detalicznych, duży koncern fonograficzny nie mógł stwierdzić z pewnością, że dany sprzedawca detaliczny stosuje do równorzędnych albumów innych dużych koncernów dodatki takiej samej wysokości lub według identycznego schematu, jak do jego własnych albumów, ani nie mógł wyrobić sobie wiarygodnego

poglądu na ceny netto konkurentów ani w przypadku konkretnego albumu, ani generalnie, na podstawie współczynnika ceny detalicznej do ceny hurtowej stosowanego przez danego detalistę do jego własnych albumów, badanych pojedynczo lub łącznie.

- 160 Komisja zaznaczyła, że twierdzenie skarżącej, jakoby „było zaskakujące, gdyby nie istniała jasno określona i stała relacja między średnimi cenami detalicznymi albumów z określonej kategorii, sprzedanymi określonemu detaliście, a ich faktycznymi cenami hurtowymi w przypadku wystarczająco szerokiej gamy tytułów i przez rozsądny okres czasu”, nie zostało poparte żadnym dowodem. Dostatecznie wysoki stopień zagregowania danych dotyczących albumów oraz okresów czasu prowadziłby do zamaskowania różnic na poziomie poszczególnych tytułów — których wielkość sprzedaży jest często niebagatelna — z pewnością bardzo interesującymi dla milczącej koordynacji w zakresie cen. Duży koncern fonograficzny nie mógłby ustalić w sposób wiarygodny na podstawie stosunku cen detalicznych do cen hurtowych na swoje własne albumy — które, jak skarżąca przez cały czas podkreśla w swoich uwagach, stanowią zawsze specyficzny asortyment produktów — czy taka sama relacja występuje także w przypadku pozostałych głównych firm.
- 161 Komisja zwraca uwagę, że krytyczne uwagi skarżącej na temat opracowania RBB oraz rzekomego zaniechania przez Komisję przedstawienia go uczestnikom rynku ograniczają się do kilku niczym nieopartych twierdzeń.

Powiązania strukturalne

- 162 Jeśli chodzi o kompilacje, uczestnicy koncentracji wykazali, że partnerzy przedsiębiorstwa joint venture otrzymują tylko średnią wartość rabatu (bez podziału według typu rabatów czy odbiorów) od sprzedaży konkretnego albumu zawierającego kompilację. Biorąc pod uwagę różnice zaobserwowane w praktykach rabatowych w zależności od albumu, odbiorcy, okresu czasu, wysokości rabatów promocyjnych oraz prawdopodobnych różnic między rabatami promocyjnymi na kompilacje i single, kompilacje nie mogły gwarantować niezbędnej przejrzystości, a zatem — nie były przydatne dla potrzeb jej analizy.

- 163 Podobnie umowy dystrybucyjne lub licencyjne rzadko kiedy wiązały więcej niż dwie główne firmy, nie stanowiły więc odpowiedniej płaszczyzny dla wielostronnej wymiany bardzo złożonych informacji na temat praktyk ustalania cen netto wszystkich głównych firm, które to informacje są niezbędne do milczącej koordynacji w tym zakresie. Wreszcie, ponieważ kwestie tantem w dziedzinie muzycznej działalności wydawniczej negocjowane są zbiorowo, negocjacje prowadzone są między krajowymi stowarzyszeniami zrzeszającymi firmy fonograficzne (duże koncerty oraz niezależnych producentów) oraz krajowymi organizacjami zbiorowego zarządzania prawami (reprezentującymi wydawców i autorów) i nie dotyczą ustalania cen na nagrania muzyczne, Komisja uznała, że nie były przydatne dla potrzeb analizy przejrzystości.

Środki odwetowe

- 164 Z motywów 114 i 118 decyzji wynika, że Komisja nie próbowała weryfikować kwestii ewentualnego istnienia wiarygodnych mechanizmów odwetowych (wykryła pewną ilość mechanizmów potencjalnie wiarygodnych), lecz starała się raczej ustalić przede wszystkim, czy paralelizm i stabilność rabatów zaobserwowane na niektórych, bardzo ogólnych poziomach analizy można przypisać istnieniu milczącej koordynacji, pomimo złożoności indywidualnych decyzji ustalających ceny netto, rozrzucenia indywidualnych cen netto w wielu wymiarach oraz widocznego braku wystarczającej przejrzystości. Oczywiście dowody na stosowanie środków odwetowych przez inne główne firmy jako reakcja na „odstępstwo” w stosunku do normalnego poziomu średnich cen netto lub średnich rabatów fakturowych mogłyby być oznaką (aczkolwiek z całą pewnością nie decydującą) świadcząca o istnieniu koordynacji. Brak dowodów istnienia środków odwetowych, w formie generalnego podjęcia wzmoczonej konkurencji cenowej lub na poziomie kompilacji, muzyki on-line lub muzycznej działalności wydawniczej, może być uważany za przesłankę „negatywną” do stwierdzenia, że stopień wyrównania zaobserwowany na poziomie ogólnym nie był efektem milczącej koordynacji.
- 165 W przedmiocie bardziej ogólnej kwestii, czy istnieją mechanizmy odwetowe wystarczająco wiarygodne, by zapewnić trwałą koordynację na rynku nagrań muzycznych, Komisja najwyraźniej uznała ewentualne wykluczenie odstępcy

z kompilacji lub odmowę udziału w jego własnych kompilacjach (obok powrotu do konkurencji cenowej) za metodę potencjalnie najbardziej zasługującą na uwagę. Dowody przedstawione przez Komisję w motywach 116 i 117 decyzji nie są jednak przekonujące. Z jednej strony bowiem główne firmy fonograficzne faktycznie prowadzą szereg wspólnych przedsięwzięć związanych z kompilacjami (motyw 116 decyzji) i albumy te mają spory udział w rynku nagrań muzycznych (między 15 a 20%), a większość z nich osiąga znaczącą wielkość sprzedaży (motyw 115 decyzji). Z drugiej jednak strony, kluczowym czynnikiem tego sukcesu wydaje się być zestaw wykonawców współpracujących z poszczególnymi koncertami fonograficznymi (motyw 115 decyzji), toteż kompilacje realizowane przez dwie lub trzy główne firmy nie należą wcale do najlepiej sprzedających się (motyw 116 decyzji). Z całą pewnością zastosowanie tego mechanizmu odwetowego mogło pociągnąć za sobą rezygnację z dodatkowych zysków, jakie mogłyby powstać dzięki udziałowi w kompilacji artystów współpracujących z „odstępca”. Wobec takiej mieszanki zachęt i czynników odstrasżających oraz wobec braku dowodów wskazujących na stosowanie w przeszłości tego rodzaju środków odwetowych lub samych gróźb ich użycia Komisja nie była w stanie stwierdzić, że mechanizm mogący „stanowić w ogólności wiarygodne środki odwetowe dla [g]łównych firm” był, lub mógłby być, wystarczająco wiarygodny, aby zapewnić koordynację w przeszłości lub w przyszłości.

c) Inne państwa członkowskie

166 W innych, mniejszych państwach członkowskich większa część sprzedaży łącznej każdego z dużych koncertów (między 50% a 60% i między 90% a 100%) była realizowana przy użyciu pięciu PCS, natomiast (z wyjątkiem Austrii) dwie ceny PCS każdego z dużych koncertów przyniosły między 30% a 40% i 60% a 70% sprzedaży łącznej CD każdego z dużych koncertów fonograficznych w 2003 r.

167 Ponadto rabaty fakturowe każdego z uczestników koncentracji były mocno zróżnicowane w zależności od klienta. Najmniejsza rozpiętość między najwyższymi a najniższymi średnimi rabatami przyznanymi przez jednego z uczestników koncentracji swoim dziesięciu najlepszym odbiorcom (pięciu najlepszym

w Irlandii) wynosiła 5,7%, podczas gdy rozpiętość między najwyższymi a najniższymi średnimi rabatami przyznanymi jednemu klientowi należącemu do dziesiątki najlepszych w żadnym kraju nie była niższa niż 10% w przypadku obydwu stron zgłaszających koncentrację.

168 Komisja stwierdziła (motywy 148–152 decyzji) pewne podobieństwa między rynkami mniejszych krajów a pięcioma dużymi rynkami. Na podstawie materiału dowodowego dotyczącego mniejszych krajów nie można wykazać istnienia autentycznej milczącej koordynacji pomiędzy głównymi firmami fonograficznymi na tych rynkach.

2. Nieprawidłowe przedstawienie decyzji w skardze

169 Komisja przypomniała, tytułem wstępu, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów jest jedynie aktem przygotowawczym o charakterze tymczasowym (wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 1981 r. w sprawie 60/81 International Business Machines przeciwko Komisji, Rec. str. 2639) i że Komisja nie jest w szczególności sposobem zobowiązana wskazywać, dlaczego odrzuciła swoją wstępną ocenę sytuacji. Argument skarżącej, że charakterystyka rynku nie uległa zmianie w okresie, jaki upłynął pomiędzy skierowaniem pisma w sprawie przedstawienia zarzutów a wydaniem decyzji, jest niewystarczający. Bo chociaż może to być w dużej mierze słuszne pod względem obiektywnym, z pewnością jednak nie jest takie w odniesieniu do zakresu wiedzy i zrozumienia sytuacji, jakie miała Komisja w kwestii rynku. W celu przyjęcia ostatecznego stanowiska Komisja starannie rozważyła szczegółowe uwagi zgłoszone przez uczestników koncentracji w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.

170 Komisja zwraca uwagę, że w wielu punktach skarżąca przedstawia zniekształcony obraz decyzji.

- 171 Przynajmniej jedna decyzja nie zawiera stwierdzenia, że główne firmy fonograficzne posiadają „wszelkie cechy zbiorowego podmiotu dominującego”.
- 172 Następnie w decyzji nie stwierdzono, że główne firmy były w stanie utrzymywać wysokie ceny. Motyw 56 decyzji wskazywał raczej, że ceny spadły, ale w mniejszym stopniu, niż utrzymywali uczestnicy koncentracji, a motyw 58 decyzji dotyczył tylko poziomu cen CD postrzeganego jako wysoki.
- 173 Wreszcie Komisja nie stwierdziła w decyzji, że rynek posiada wszelkie cechy charakterystyczne dla istnienia milczącej koordynacji. W decyzji nie ustalono w szczególności, że koordynacja faktycznie miała miejsce, lecz co najwyżej, że Komisja odkryła pewne poszlaki koordynacji (motyw 109 decyzji). Mimo iż Komisja zaznaczyła, w motywach 112 i 113 decyzji, pewną stabilność bazy klientów oraz istnienie monitoringu, nie uznała jednak tego monitoringu za wystarczający, aby zrekompensować brak przejrzystości rabatów, zwłaszcza rabatów promocyjnych.

3. W przedmiocie pierwszej części zarzutu

a) W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia

- 174 Przed przystąpieniem do badania poszczególnych argumentów skarżącej Komisja uznała za wskazane przedstawić wymogi ogólne art. 253 WE.

- 175 Po pierwsze, Komisja zaznacza, że należy odróżnić rzekomy brak wystarczająco jasnego uzasadnienia wydania aktu od wskazania motywów, które opierają się na błędach w ustaleniach faktycznych, błędach w ocenie lub naruszeniu prawa, przy czym ten drugi przypadek wiąże się raczej z istotą sprawy niż naruszeniem istotnych wymogów formalnych i nie stanowi naruszenia art. 253 WE (wyroki: Sądu z dnia 7 listopada 1997 r. w sprawie T-84/96 Cipeke przeciwko Komisji, Rec. str. II-2081, pkt 46 i 47 oraz z dnia 14 maja 1998 r. w sprawie T-295/94 Buchmann przeciwko Komisji, Rec. str. II-813, pkt 44 i 45).
- 176 Po drugie, Komisja przypomina, że — zgodnie z utrwalonym orzecznictwem — uzasadnienie wymagane przez przepis art. 253 WE powinno być dostosowane do charakteru konkretnego aktu, ukazywać jasno i jednoznacznie tok rozumowania instytucji oraz ukazywać, że Komisja nie ma obowiązku ustosunkowania się do wszystkich kwestii faktycznych i prawnych, które były podnoszone przez każdą z zainteresowanych stron w trakcie postępowania administracyjnego, natomiast powinna mieć na uwadze kontekst, a także całokształt przepisów prawnych regulujących daną dziedzinę.
- 177 Do istotnych czynników kontekstowych zalicza się stopień wcześniejszej znajomości mających znaczenie dla sprawy ustaleń lub faktów przez osoby, których dotyczy akt, przy czym zakłada się, że od niektórych osób można oczekiwać znajomości danej branży lub że taka wiedza może zostać nabyta poprzez ścisły udział zainteresowanych osób w postępowaniu, w wyniku którego dochodzi do wydania aktu lub w postępowaniu z nim związanym. Wymóg szybkości postępowania w ramach kontroli koncentracji również został uznany za istotny dla oceny odpowiedniego charakteru uzasadnienia.
- 178 Jeżeli niektóre mające znaczenie dla sprawy fakty są objęte tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 287 WE, właściwa instytucja powinna jednak zapewnić, by najistotniejsze elementy jej uzasadnienia zostały przekazane zainteresowanym osobom.

- 179 W przypadku gdy sens tekstu nie jest zrozumiały od razu, nie dochodzi mimo wszystko do naruszenia art. 253 WE, jeśli normalny wysiłek interpretacyjny pozwala usunąć niejasności zawarte w uzasadnieniu.
- 180 Należy również zaznaczyć, że Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „Komisja nie jest zobowiązana do wyjaśniania ewentualnych różnic w stosunku do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, które stanowi dokument przygotowawczy, a zawarte w nim oceny mają charakter wyłącznie tymczasowy i mają służyć do określenia zakresu postępowania administracyjnego w odniesieniu do przedsiębiorstw objętych tym postępowaniem”.
- 181 Wreszcie, jeśli koncentracja nie zmienia lub zmienia tylko w bardzo ograniczonym stopniu sytuację konkurencyjną na danym rynku, nie można wymagać od Komisji, żeby przygotowywała osobne uzasadnienie w tym zakresie. Komisja nie uchybia również obowiązkowi uzasadnienia, jeśli nie umieści w swojej decyzji dokładnego uzasadnienia w odniesieniu do oceny niektórych aspektów koncentracji, które według niej w oczywisty sposób nie mają związku ze sprawą, są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia lub mają znaczenie ewidentnie drugorzędne dla oceny koncentracji.

Jednorodność produktu

- 182 W odniesieniu do zarzutu skarżącej, że ustalenie dotyczące jednorodności produktu jest niedostatecznie uzasadnione, Komisja oświadcza, że nie stwierdziła, iż „różnorodność treści powinna mieć większe znaczenie niż jednolity format”, lecz po prostu doszła do wniosku, że pod uwagę powinny być brane obydwie aspekty. Również ocena dotycząca standaryzacji licznych aspektów procesu ustalania cen hurtowych sprzedaży CD (przez zastosowanie najbardziej typowych PCS oraz zwykłych rabatów dla każdego odbiorcy) nie została „podważona”, lecz raczej zrelatywizowana, przez zaznaczenie roli, jaką odgrywa sukces przy ustalaniu cen na

indywidualne albumy. Krótko mówiąc, nie można porównywać albumów CD do baryłek ropy naftowej, a możliwość uznania większej liczby albumów CD za należące do tego samego rynku (dzięki pojęciu „kontinuum substytucyjności”) nie czyni ich doskonale jednorodnymi z punktu widzenia samego produktu czy też procesu ustalania cen. Rezultatem nie jest „szereg sprzecznych stwierdzeń”, lecz obraz złożonej rzeczywistości.

Przejrzystość

183 Skarżąca nie może utrzymywać, że nie zrozumiała zaskarżonej decyzji pod pretekstem, że Komisja nie przedstawiła definicji, co rozumie przez „rabaty promocyjne”, skoro jest stowarzyszeniem branżowym, które aktywnie uczestniczyło w dyskusjach w trakcie przesłuchania zorganizowanego przez Komisję i sama się uważa za dobrze obeznaną z funkcjonowaniem tego typu rabatów. W każdym razie decyzja wyjaśnia w sposób przepisany prawem, co obejmują poszczególne rodzaje rabatów (motywy 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 i 113).

184 Podobnie skarżąca niesłusznie utrzymuje, że analiza ogólna na temat mniejszych krajów, przeprowadzona przez Komisję w motywie 148 i następnych, dotyczy tylko zwykłych rabatów. Komisja po prostu zauważyła, w motywie 150 decyzji, że zwykłe rabaty są najważniejsze we wszystkich krajach, a następnie przeszła do analizy szerszej kategorii rabatów fakturowych (która obejmuje i rabaty zwykłe, i rabaty promocyjne), tak jak to zrobiła wcześniej w odniesieniu do poszczególnych krajów w motywach 119–146. Nie wprowadza to w błąd ani nie stanowi niejasności.

185 W swojej decyzji Komisja przywiązywała dużą wagę do rabatów promocyjnych, bowiem to właśnie ceny netto mają znaczenie dla skutecznej koordynacji. „Pewna wiedza” na temat zwykłych rabatów jest niewystarczająca, jeżeli rabaty promocyjne odpowiadają za wahania rabatów dla niektórych klientów, za wahania w czasie oraz

wahania w zależności od albumu, i to wahania tak silne jak te, o których mowa w motywach 79, 86, 100 i 107 decyzji.

- 186 Komisja zbadała rabaty pozostałych głównych firm fonograficznych, ale ponieważ tych danych nie wolno było ujawnić stronom zgłaszającym koncentrację, dlatego niemożliwe było zamieszczenie ich w decyzji. Zresztą nie było to konieczne, bowiem nieprzejrzyste praktyki w dziedzinie rabatów dwóch głównych firm są wystarczającą przeszkodą dla skutecznego monitorowania cen netto przez wszystkie główne firmy. Ponadto twierdzenia skarżącej dotyczące ustalania cen zawarte w załączniku A.17 opierają się na założeniu, że wszystkie koncerny fonograficzne ustalają swoje ceny netto w taki sam sposób.

Środki odstrasżające

- 187 Z decyzji wynika (w szczególności z motywu 114), że Komisja kwestią groźby lub faktycznego zastosowania ewentualnych mechanizmów odwetowych w przeszłości zajmowała się w ramach uzupełnienia badania prowadzonego w celu zweryfikowania, czy przyczyną wyrównania cen na poziomie globalnym w pewnym stopniu mogłaby być milcząca koordynacja. Wobec braku dowodów na ich faktyczne użycie Komisja nie była w stanie zająć ostatecznego stanowiska co do wystarczającego charakteru różnego rodzaju potencjalnych mechanizmów odwetowych wspomnianych w decyzji.

Przeciwwaga

- 188 Ponieważ przesłanki do stwierdzenia, że aktualnie ma się do czynienia ze zbiorową pozycją dominującą lub że będzie miało to miejsce w przyszłości, muszą być spełnione łącznie, nie było potrzeby, by Komisja dokonywała ustaleń w zakresie zdolności konkurentów i konsumentów do wywierania nacisku, a zatem nie miała obowiązku przedstawiać uzasadnienia w tym zakresie.

b) W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie oraz naruszenia prawa

189 Uznawszy, że te dwie podstawy do stwierdzenia nieważności się pokrywają, Komisja zbadała łącznie zarzuty popełnienia oczywistego błędu w ocenie oraz naruszenia prawa.

190 Tytułem wstępu Komisja przedstawiła dwie uwagi.

191 Po pierwsze, jeśli chodzi o argument, że Komisja, kiedy ma do rozważenia przeciwstawne argumenty, nie powinna przykładać większej wagi do jednego z nich, Komisja przypomina, iż dysponuje ona pewnym zakresem swobodnego uznania w sytuacji, gdy musi dokonywać złożonych ocen ekonomicznych, i twierdzi, że wnioski wyciągnięte przez nią w decyzji są w najwyższym stopniu wyważone oraz że skarżąca nie wskazała w tym względzie w materiale dowodowym, jakim dysponowała Komisja, żadnego dowodu, któremu, w jej mniemaniu, nadano by zbyt dużą lub zbyt małą wagę.

192 Po drugie, w odniesieniu do twierdzenia, że decyzja, która nie wskazuje dostatecznie szczegółowych dowodów materialnych na poparcie wyciągniętych w niej wniosków jest dotknięta oczywistym błędem w ocenie, Komisja wyjaśnia, że zasadniczo chodzi tu o kwestię uzasadnienia, i utrzymuje, że nie ma żadnego obowiązku przedstawiania w swoich decyzjach w szczególowy sposób często obszernego (i poufnego) materiału dowodowego, który uwzględniła. Wystarczy, jeśli przedstawi wyraźnie ogólną zawartość dowodów, które badała, oraz uzasadnienie wniosków, jakie na ich podstawie wyciągnęła w sposób pozwalający zainteresowanym stronom, a zwłaszcza tym, którzy znają daną branżę i bezpośrednio uczestniczyli w postępowaniu administracyjnym, na wyrobienie sobie własnej opinii na temat prawidłowości tych wniosków. W rozpoznawanej sprawie poszczególne oceny zawarte w decyzji w odniesieniu do funkcjonowania rynków nagrań muzycznych są poparte licznymi, rozbudowanymi dowodami.

Jednorodność produktu

- 193 Komisja utrzymuje, że skarżąca myli się, twierdząc, iż różnorodność zawartości nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ ceny są ustalane w oparciu o ograniczoną liczbę cen referencyjnych. Ceny referencyjne mają bowiem związek tylko z cenami katalogowymi albumów, nie zaś z rabatami fakturowymi. Zwłaszcza rabaty promocyjne się zmieniają, między innymi w zależności od albumu.
- 194 Komisja twierdzi, że zbiorowa pozycja dominująca może być trudna do wykrycia na rynkach, które charakteryzują się zróżnicowaniem pomiędzy produktami, w szczególności w wypadkach, kiedy takie zróżnicowanie „pogłębia problemy z informacją na rynkach nieprzejrzyistych” [zobacz wytyczne Komisji w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, C 31, str. 5), pkt 45].

Przejrzystość

- 195 Przed przystąpieniem do analizy poszczególnych twierdzeń skarżącej Komisja uznała za konieczne przedstawić swoje uwagi na temat czterech podstawowych błędów zawartych w skardze, przy czym dwa z nich mają charakter prawny i pojęciowy, a dwa stanowią błędy w interpretacji decyzji.
- 196 Po pierwsze, skarżąca popełniła podstawowy błąd pojęciowy, domniemając, iż stwierdzenie znacznego paralelizmu średnich cen netto w głównych firmach fonograficznych lub dużej stabilności średnich rabatów konkretnego koncernu fonograficznego stanowi wystarczający dowód zarówno milczącej koordynacji, jak

i przejrzystości koniecznej do zapewnienia trwałości tej koordynacji na określonych warunkach. Pewien stopień wyrównania lub stabilności na poziomie globalnym nie zdoła zastąpić przekonujących i zgodnych dowodów na istnienie przejrzystości wystarczającej, aby umożliwić przedsiębiorstwom działającym w sytuacji oligopolu wzajemne monitorowanie swoich zachowań rynkowych, z kolei przy braku dowodów dostatecznej przejrzystości nie można domniemywać, że każde przedsiębiorstwo w warunkach oligopolu decydowało o swoim zachowaniu na rynku, mając wystarczająco dokładną wiedzę o zachowaniu konkurentów.

197 Po drugie, skarżąca naruszyła w zasadniczy sposób prawo, zarzucając Komisji, że oparła się na materiale dowodowym dotyczącym rabatów, nie stwierdzając jednak, że stosowane rabaty doprowadziły do znaczących obniżek cen, a także utrzymując, że w rzeczywistości znaczenie konkurencji za pomocą rabatów było całkowicie marginalne. To twierdzenie nie znajduje żadnego oparcia w faktach: wręcz przeciwnie, średnie rabaty fakturowe udzielane przez uczestników koncentracji stanowiły bardzo wysoki procent ich średniej sprzedaży brutto (motywy 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 i 146 decyzji), a niektórzy odbiorcy i niektóre albumy korzystały z jeszcze wyższych rabatów (motywy 79, 86, 93, 100 i 107 decyzji). Rabaty stanowiły zatem niezwykle ważny element procesu kształtowania cen i były być może najbardziej prawdopodobnym i najmniej przejrzystym środkiem, za którego pomocą dana główna firma fonograficzna mogła podjąć „działanie o bardzo konkurencyjnym charakterze mające zwiększyć jego udział w rynku (na przykład obniżenie cen)”. Zainteresowanie Komisji przejrzystością rabatów nie miało bezpośrednio na celu sprawdzenia, czy główne firmy postępowały w przeszłości według hipotetycznej wspólnej linii działania, lecz czy same przedsiębiorstwa w sytuacji oligopolu mogły trwale postępować (lub będą mogły po koncentracji) według takiej wspólnej linii działania dzięki odpowiedniemu wzajemnemu monitorowaniu. Nie było więc konieczne, zdaniem Komisji, by wykazać, że jedna lub kilka głównych firm faktycznie obniżyły swoje ceny w stosunku do pozostałych za pomocą dodatkowych wysokich rabatów.

198 Po trzecie, skarżąca popełniła podstawowy błąd w interpretacji decyzji, zarzucając Komisji pomylenie pojęcia „wystarczającej przejrzystości rynku” ze sprawą, która zakończyła się wydaniem ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji, z zastosowanym w decyzji wymogiem całkowitej przejrzystości. W decyzji

stale jest bowiem mowa o „wystarczającym stopniu przejrzystości” (motywy 73, 80, 87, 94, 108 i 120 decyzji). Skarżąca nie uwzględniła ponadto charakteru przeprowadzonej przez Komisję analizy systemu ustalania cen. Komisja przeanalizowała składniki ceny netto indywidualnego albumu sprzedanego indywidualnemu odbiorcy (PCS, zwykły rabat, ewentualny rabat promocyjny) i stwierdziła, że niezbędny jest wystarczający stopień przejrzystości wszystkich składników, aby duży koncern fonograficzny mógł mieć racjonalnie pewność, że zna rzeczywiste praktyki ustalania cen netto innego concernu fonograficznego, tzn. takie, których efekt jest widoczny na poziomie odbiorców i albumów. Komisja twierdzi, że nie mogła dojść do takiego wniosku, dysponując dowodami relatywnej przejrzystości PCS, kilkoma dowodami na pewną przejrzystość zwykłych rabatów oraz silnymi dowodami na nieprzejrzysty i złożony charakter rabatów promocyjnych.

199 Po czwarte, skarżąca popełniła jeszcze jeden podstawowy błąd w interpretacji, twierdząc, że Komisja stwierdziła paralelizm występujący w zmianach PCS i średnich cen netto. Twierdzenie to jest fałszywe. Komisja doszła do wniosku, iż na każdym z dużych rynków zmiany rzeczywistych średnich cen brutto oraz rzeczywistych średnich cen netto stron zgłaszających koncentrację przebiegały paralelnie (motywy 77, 84, 91, 98 i 105 decyzji), ale nie stwierdziła, że średnie rabaty obu uczestników koncentracji były identyczne (motywy 78, 85, 92 i 99 decyzji oraz uwagi do załącznika B.6). Komisja podkreśla, że rabaty zmieniają się w zależności od odbiorcy i albumu oraz w czasie (motywy 79, 86, 93, 100 i 107 decyzji oraz uwagi na temat bazowego materiału dowodowego). Z rozpatrywanych dowodów nie wynika, że dana cena PCS będzie systematycznie obniżana o rabat o stałej i przewidywalnej wysokości niezależnie od tych zmiennych (zob. w szczególności załącznik B.13).

200 Komisja uznała, że powinna dodać jeszcze pewne sprostowania albo wyjaśnienia do twierdzeń skarżącej:

- stosunkowo podobne zmiany cen głównych firm można generalnie usytuować w widełkach przekraczających 10% (zob. np. załącznik B.10);

- wykorzystywanie ograniczonej liczby kluczowych PCS jako bazy jest częściowo neutralizowane przez konieczność corocznego monitorowania minimum 80 najpopularniejszych albumów, których PCS wykazują wahania;

- ceny detaliczne są jawne, a zatem zasadniczo można je obserwować, byłoby jednak trudno głównym firmom śledzić ich ciągłe zmiany równocześnie u poszczególnych sprzedawców detalicznych oraz przebieg w czasie tych zmian;

- nie istnieje żaden dowód, że raporty uczestników koncentracji dotyczące monitorowania niektórych rynków zawierały użyteczne informacje na temat cen netto konkurentów lub marż sprzedawców detalicznych;

- skarżąca nie przedstawiła jakiegokolwiek dowodu na poparcie swojego twierdzenia, że marże detalistów są przejrzyste i znane z dużą dokładnością; temu nieuzasadnionemu twierdzeniu przeczą zawarte w aktach sprawy dowody (załącznik B.17), z których wynika, że ustalanie cen detalicznych jest skomplikowane i nieprzewidywalne. Stwierdzenie Komisji, że wyraźne odstępstwo od polityki cenowej za pomocą rabatów byłoby widoczne w średnich cenach netto dużego koncernu fonograficznego, nie miało związku z tą kwestią. Byłoby ono faktycznie podwójnie pozbawione znaczenia dla sprawy; po pierwsze, odnosi się do pewnego zjawiska, które Komisja mogłaby zauważyć, gdyby się wydarzyło, korzystając ze swoich uprawnień dochodzeniowych, ale którego żaden z dużych koncernów fonograficznych samodzielnie nie mógłby dostrzec, ponieważ ani ogólny poziom rabatów głównych firm, ani ich średnie ceny netto nie były przejrzyste i — po drugie — wzajemne oddziaływanie ogólnych poziomów rabatów oraz średnich cen netto w żaden sposób nie świadczyło o istnieniu stałego i przejrzystego związku między cenami detalicznymi a cenami hurtowymi netto;

- istnieje niewiele wiarygodnych dowodów wskazujących na to, że główne firmy znały dokładnie nawzajem poziom swoich rabatów zwykłych i promocyjnych,

a istnieją natomiast poważne dowody na poparcie przeciwnego twierdzenia, w tym obiektywnie złożony charakter rabatów promocyjnych, które zmieniają się w zależności od klienta, od albumu oraz w czasie;

- Komisja skoncentrowała się na rabatach stosowanych przez uczestników koncentracji dostatecznie, by ustalić brak takiego stopnia wzajemnej przejrzystości między przedsiębiorstwami działającymi w warunkach oligopolu, jaki jest konieczny do funkcjonowania milczącej koordynacji;
- współpraca pomiędzy niektórymi z głównych firm fonograficznych w zakresie kompilacji i dystrybucji w żadnym stopniu nie pozwala na ujawnienie wystarczających informacji na temat indywidualnych złożonych decyzji w dziedzinie rabatów wszystkich głównych firm;
- skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, że rotacja kadry kierowniczej pomiędzy koncernami fonograficznymi istotnie utrzymuje się na wysokim poziomie, wyższym niż w innych skoncentrowanych sektorach, albo że znajomość przez członka kadry kierowniczej praktyk w dziedzinie rabatów, skomplikowanych i zmiennych na poziomie indywidualnych albumów, których „długość życia” jest ograniczona, aktualna w momencie odejścia z firmy, może być użyteczna przez bardzo długi czas lub pozwoli trwale na prowadzenie koordynacji pomiędzy wszystkimi głównymi firmami;
- mimo iż publikowanie list bestsellerów ułatwia identyfikowanie albumów, które najlepiej się sprzedają, bardzo rzadko można w nich znaleźć informacje o PCS, nigdy zaś o rabatach;
- nie można krytykować decyzji jedynie z tego powodu, że się ona różni od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

- 201 Wbrew temu, co utrzymuje skarżąca, nie byłoby „stosunkowo łatwo” ustalić poziom rabatów, a w wypadku rabatów promocyjnych byłoby to zaś praktycznie niemożliwe. Twierdzenie skarżącej, że rabaty promocyjne stanowią od jednej trzeciej do jednej czwartej wszystkich rabatów, można przyjąć generalnie jako podstawę do dalszej dyskusji, ale w wielu punktach należy je doprecyzować.
- 202 Po pierwsze, globalny poziom tych rabatów prawdopodobnie jest różny w poszczególnych dużych koncernach fonograficznych, podobnie jak poziom rabatów w ogólności.
- 203 Po drugie, średnie wartości rabatu określone w aktach sprawy wskazują na to, iż w 1998 r. rabaty promocyjne stanowiły raczej wyższy procent rabatów fakturowych w wielu krajach; rabaty fakturowe zaś należą do opustów mających największy bezpośredni wpływ na decyzje zakupu przez klientów niektórych albumów.
- 204 Po trzecie, średnia wartość rabatu nie odzwierciedla zbyt dokładnie złożoności i braku przejrzystości struktury rabatów promocyjnych w zależności od albumów i odbiorców oraz okresu czasu. Wprawdzie jest możliwe, że pozostałe warunki udziału w kampanii są względnie standaryzowane i proste, jednak dowody, jakimi dysponuje Komisja, w oczywisty sposób wykluczają możliwość zastosowania jakiegokolwiek standaryzacji czy prostoty przy cotygodniowym negocjowaniu kwoty, czasu trwania kampanii oraz kwalifikowania do nich niektórych albumów lub odbiorców.
- 205 Po czwarte, sam fakt, że rabaty promocyjne są ukierunkowane na niektóre albumy i niektóre kampanie oraz że ich wysokość jest osobno ustalana dla każdego sprzedawcy detalicznego, prawdopodobnie pozwala tym rabatom mieć większy wpływ na sprzedaż tych właśnie albumów.

- 206 Jeszcze ważniejszy jest fakt, że skarżąca nie przedstawiła dowodów wykazujących w sposób niebudzący wątpliwości, iż Komisja popełniła błąd, stwierdzając, że rabaty promocyjne miały duże znaczenie na rynkach, gdzie 100 najlepszych albumów każdego z dużych koncernów fonograficznych stanowiło większą część jego sprzedaży łącznej za dany rok w danym kraju, przy czym spora liczba tych albumów nie znajdowała się na liście bestsellerów.
- 207 Komisja dysponowała natomiast dowodami (załącznik B.13) wskazującymi, że rabaty promocyjne przysługiwały nawet na niektóre droższe albumy Sony i BMG, które odnosiły największe sukcesy.
- 208 Komisja dodała, że dowody dotyczące faktycznie stosowanej praktyki w zakresie rabatów promocyjnych w określonym czasie są istotne tylko dla dokonania oceny rzeczywistego stopnia wyrównania cen netto (tymczasem w decyzji Komisja uznała, że rabaty generalnie nie były wystarczająco wyrównane, aby można było na tej podstawie wnioskować o istnieniu wspólnej linii działania). Jednakże kwestia przejrzystości rabatów zyskuje na znaczeniu, kiedy trzeba dowiedzieć się, czy system ustalania cen posiada swoistą przejrzystość wystarczającą, żeby główne firmy mogły wykryć precyzyjnie i na czas, czy jedna z nich, poprzez podwyższenie rabatów promocyjnych, nie odstępuje od wspólnej linii działania w zakresie cen netto na albumy. Jeśli nie liczyć bezpodstawnych opinii na temat przejrzystości marż sprzedawców detalicznych, skarżąca nie przedstawiła argumentów ani konkretnych dowodów w tej ostatniej kwestii, w związku z tym jego zarzut w każdym stanie rzeczy jest skazany na niepowodzenie.
- 209 Według Komisji stwierdzenie dotyczące stopnia przejrzystości cen netto na rynku nagrań muzycznych w oczywisty sposób nie było oparte na „spekulacji” ani na „subiektywnej i nieuzasadnionej wątpliwości”, lecz wręcz przeciwnie, na konkretnych dowodach świadczących o bardzo skomplikowanym i niewystarczająco przejrzystym sposobie ustalania składników końcowej ceny netto (PCS, rabat zwykły i promocyjny) dla celów sprzedaży danego albumu o określonej zawartości określonemu odbiorcy. W tych okolicznościach nie można było interpretować dostępnych dowodów jako wykazujących, z dostatecznym prawdopodobieństwem, przejrzystość wystarczającą, aby umożliwić monitoring — odpowiedni i we właściwym momencie — przestrzegania wspólnej linii działania w zakresie cen.

- 210 W odniesieniu do argumentu skarżącej, że ograniczona liczba struktur oraz znanych lub poznawalnych reguł czynią średnie ceny przewidywalnymi, Komisja przypomina, że pewien stopień podobieństwa zmian średnich cen netto na albumy nie wystarcza do udowodnienia koordynacji, gdyż znaczne wyrównanie cen może występować zarówno w warunkach konkurencji, jak i w wyniku zмовy, ponieważ przedsiębiorstwa reagują na podobne czynniki zewnętrzne (na przykład ceny środków produkcji), a także na swoje wzajemne zachowania na rynku. Zdaniem Komisji skarżąca myli określenie warunków stosowania koordynacji („znane i poznawalne reguły”) ze środkami wykorzystywanymi do monitorowania przestrzegania tych warunków („wymagana przejrzystość”), tym bardziej że żaden duży koncern fonograficzny normalnie nie ma dostępu do wszystkich lub przynajmniej do ważniejszych danych związanych z ustalaniem cen wszystkich dużych koncernów we wszystkich badanych kategoriach albumów i odbiorców, jakie są konieczne do ustalenia średnich cen netto.
- 211 Ponadto skarżąca, chociaż przyznaje, że te reguły i strategie sprzedaży mogą skutkować cenami i rabatami różniącymi się znacznie w zależności od kategorii płyt lub odbiorców, nie wskazała jednak, jakie to reguły lub w jaki sposób są określane przez milczącą koordynację w odniesieniu do wielu bardzo odmiennych sytuacji. Główne firmy nie są zaś w stanie ustalić, czy zróżnicowanie ich średnich cen netto jest wynikiem odstępstwa czy odmienności asortymentu produktów, czy też sukcesu tych produktów, nie dysponując we właściwym czasie dokładnymi informacjami na temat zmian w składzie swoich ofert produktowych, powodzenia, jakim cieszą się ich produkty, a Komisja nie znalazła wystarczających dowodów świadczących, że miały dostęp do tak szczegółowych informacji.
- 212 Skarżąca nie może ograniczać się do twierdzenia, że koordynacja faktycznie odbywa się na poziomie najważniejszych decyzji strategicznych każdego z dużych koncernów fonograficznych dotyczących marż oraz budżetów przeznaczonych na upusty, nie wskazując, jaka może być treść tego rodzaju decyzji lub w jaki sposób główne firmy mogą wydedukować warunki stosowania koordynacji lub monitorować ich przestrzeganie. Komisja nie ma żadnego obowiązku badania argumentów tak ogólnikowych i niczym nieopartych.

- 213 Jeśli chodzi o krytyczną uwagę skarżącej na temat metody, że większość danych przedstawionych przez Komisję nie była ważona wolumenem, Komisja zaznacza, że kwestia właściwości konkretnej metody jest nierozłącznie związana z hipotezą, którą metoda ta powinna potwierdzać lub podważać. O ile zaś kompilacja danych ważonych jest faktycznie istotna dla ustalenia, czy mamy do czynienia z ukrytym wyrównaniem pomiędzy dużymi koncernami płytowymi, mającym charakter ogólny lub na potrzeby niektórych rodzajów albumów (na przykład 20 najlepiej sprzedających się), to, w każdym razie, takie ważenie danych będzie nieprzydatne do celów badania złożoności oraz jej wpływu na przejrzystość. Aby zrozumieć poziom złożoności systemu ustalania cen oraz poznać stopień przejrzystości rynku, pozostaje jeszcze zbadać zmienność cen pojedynczych tytułów.
- 214 Komisja przypomniała, że nie można realnie myśleć o warunkach koordynacji opartych na średnich cenach netto. Zwróciła jednak uwagę, że dane liczbowe dotyczące zauważalnego stopnia podobieństwa (przy braku paralelizmu) średnich cen netto dużych koncernów fonograficznych podane w decyzji są ważne wolumenem i dotyczy to również wykresów w załączniku B.4, opartych na średnich rocznych rabatach fakturowych udzielonych poszczególnym wspólnym klientom uczestników koncentracji. Duże ilości innych danych przedstawionych w odpowiedzi na skargę, zwłaszcza w załącznikach B.8, B.9, B.10 i B.13, są również ważne wolumenem i w każdym przypadku wynika to z charakteru badania.
- 215 Wszystkie wyżej wymienione dane zawarte w materiale dowodowym, ważne wolumenem, są potencjalnie istotne dla ustalenia, czy praktyki dużych koncernów fonograficznych były w wysokim stopniu ujednolicone, lub dla znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy ustalanie cen było złożone, co z kolei ma znaczenie dla oceny przejrzystości. W tym ostatnim kontekście kwestia ważenia wolumenem nie ma wielkiego znaczenia. Zmienność cen netto lub rabatów w zależności od tytułu lub klienta (nawet z tej samej kategorii) oraz w czasie jest ważna bez względu na sprzedane ilości. Tak więc załączniki B.6 i B.7 do odpowiedzi na skargę wykazują, że nawet w wypadku 20 najlepiej sprzedających się albumów każdego z uczestników koncentracji występują istotne różnice w rabatach. Jeżeli główne firmy nie będą odpowiednio przygotowane na monitorowanie tych różnic z wystarczającą dokład-

nością, jedna z nich będzie mogła naruszyć dowolny z warunków koordynacji w zakresie cen netto, stosując wysokie rabaty, zwłaszcza rabaty promocyjne, a pozostałe tego nie wykryją. Jest to tym bardziej aktualne, jeśli zasady koordynacji z założenia mają być elastyczne, a to dlatego, że trzeba najpierw wykryć udzielanie na dużą skalę rabatów powyżej uzgodnionej milcząco normy, żeby pozostałe duże koncerny miały wystarczającą pewność, iż doszło do odstępstwa od uzgodnień.

216 Co się tyczy analizy współzależności przeprowadzonej przez skarżącą, w szczególności w załącznikach D.2 i D.3, oraz zawartej tam pośrednio krytyki pod adresem Komisji za niepoddanie danych weryfikacji, Komisja przypominała, że kwestia metody nie może być oceniana w oderwaniu od przedmiotu dochodzenia, którym jest ustalenie, czy występuje stopień wyrównania świadczący o koordynacji oraz przejrzystość umożliwiająca monitorowanie zachowań na rynku.

217 Komisja pragnie przede wszystkim zwrócić uwagę, że uczestnicy koncentracji przedstawili w toku postępowania administracyjnego znaczne ilości danych dotyczących współzależności, które ukazywały generalnie jej niskie czynniki, ale Komisja potraktowała je z dużą ostrożnością.

218 Podobnie pewien stopień stabilności w czasie rabatów udzielonych przez dany duży koncern sam w sobie nie stanowi dowodu koordynacji (zob. załącznik D.3), ponieważ on również może wynikać w dużej mierze ze stabilnych czynników takich jak wielkość przedsiębiorstwa odbiorcy, rodzaj kupowanej muzyki itp. Nawet wysoki stopień statystycznej przewidywalności nie świadczy o istnieniu koordynacji z wielu przyczyn: racjonalne decyzje indywidualne mogą być wysoce przewidywalne; bez informacji pozwalających oszacować taki poziom przewidywalności, pozostanie to interesującą, hipotetyczną koncepcją pozbawioną konsekwencji praktycznych, równocześnie, na tej podobnej zasadzie, bez dostępu do informacji o faktycznie stosowanej praktyce, nie będzie możliwe zweryfikowanie trafności przewidywań

(kontynuowanie realizacji domniemanego milczącego porozumienia). Nawet gdyby główne firmy były w stanie zastosować tego rodzaju narzędzia statystyczne do swoich wzajemnych praktyk w zakresie ustalania cen w przeszłości, nie może to zastąpić monitorowania rynku.

- 219 Komisja zwraca uwagę, że wbrew twierdzeniom skarżącej nie „odrzucała” wykorzystanych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów danych, które były ważne wolumenem oraz w skali sektora, na rzecz danych pochodzących od uczestników koncentracji, które nie posiadały żadnej z tych cech. Duża część tych danych była cytowana w decyzji (na przykład w związku ze stopniem podobieństwa zmian średnich cen netto), a niektóre zostały załączone do odpowiedzi na skargę (załącznik B.4). Komisja raczej zmodyfikowała swoje wstępne wnioski na temat tego, co można było udowodnić za pomocą tych danych w świetle informacji i dodatkowych argumentów przedstawionych przez Sony i BMG.

Środki odstrasżające i przeciwwaga

- 220 Komisja utrzymuje, że ponieważ stwierdziła, iż jedna z trzech przesłanek łącznych (przejrzystość) nie była spełniona, nie dopuściła się ona oczywistego błędu w ocenie ani nie naruszyła prawa ze względu na brak zajęcia stanowiska co do pozostałych przesłanek.

Analiza dotycząca wspólnej linii działania

- 221 Komisja przede wszystkim twierdzi, że zarzut skarżącej opiera się na fałszywej przesłance faktycznej, a mianowicie, że wniosek na temat przejrzystości dotyczy wyłącznie „jednej formy rabatu, tj. rabatu promocyjnego”. Nawet jeśli rabaty

promocyjne zajmują istotne miejsce w analizie, generalnie dotyczy ona sposobu ustalania cen ogólnie bardzo złożonego na poziomie poszczególnych albumów i klientów oraz okresów czasu, a z tego powodu obejmuje także PCS i zwykłe rabaty.

222 W dalszej kolejności Komisja utrzymuje, że skarżąca w oczywisty sposób naruszyła prawo, twierdząc, iż gdyby Komisja była w stanie udowodnić, że przyjęcie wspólnej linii postępowania byłoby korzystne dla głównych firm, wówczas niedobór przejrzystości miałby mniejsze znaczenie. Teza ta jest niezgodna z orzecznictwem. Poza przejrzystością wystarczającą, aby umożliwić monitorowanie oraz stosowanie odwetu, Komisja nie zna innych sposobów — a skarżąca żadnego nie zaproponowała — na udowodnienie, że ustalona milcząco antykonkurencyjna wspólna linia postępowania była korzystna dla grupy przedsiębiorstw działających na rynku oligopolistycznym, a w związku z tym racjonalna.

223 Wprawdzie stosunkowo stabilne udziały w rynku mogą wytworzyć sytuację sprzyjającą dla stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, nie wystarczą jednak do ustalenia istnienia faktycznej lub prawdopodobnej milczącej koordynacji z braku dostatecznych dowodów, że koordynacja jest racjonalna w świetle przesłanek ekonomicznych, które powinny występować łącznie przy zbiorowej pozycji dominującej, potwierdzonych w ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji. Skarżąca nie przedstawiła dodatkowych dowodów istnienia wspólnej linii postępowania polegającej na unikaniu „działań bardzo konkurencyjnych”. Nic nie pozwala zatem twierdzić, że Komisja dopuściła się oczywistego błędu w ocenie, nie wykrywając takiej wspólnej linii działania głównych firm.

224 Jeśli chodzi o wybory konsumentów oraz różnorodność kulturową, Komisja przede wszystkim zwróciła uwagę, że skoro nie jest zobowiązana do przedstawiania w końcowej decyzji powodów, dla których odstąpiła od wstępnych wniosków zawartych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów w danej sprawie, tym

bardziej więc nie musi tego robić, jeżeli nie uwzględni wniosków z pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, które powstało cztery lata wcześniej w zupełnie innej sprawie. Komisja zaznaczyła następnie, że skarżąca nie powołała wyraźnie żadnego merytorycznego argumentu lub dowodu świadczącego o skoordynowanym obniżaniu kreatywności, jakości czy różnorodności oferty muzycznej.

4. W przedmiocie drugiej części zarzutu

²²⁵ Komisja uważa, iż trzy podstawy skargi związane z faktem, że Komisja nie stwierdziła, iż zbiorowa pozycja dominująca zostanie umocniona przez koncentrację, nie wnoszą nic w kwestii wcześniejszego istnienia takiej zbiorowej pozycji dominującej. Gdyby bowiem choć jeden z tych ostatnich zarzutów skarżącej został uznany za słuszny, stwierdzono by nieważność decyzji, a jeśli nie, oznaczałoby to, iż Komisja miała rację, nie badając rzekomych skutków umocnienia koncentracji.

C — *Argumenty interwenientów*

1. Uwagi wstępne

²²⁶ Przed przystąpieniem do rozważania poszczególnych zarzutów i argumentów skarżącej interwenienci uznali za konieczne przedstawić cztery uwagi związane z kontekstem, w jakim decyzja była podejmowana i powinna być oceniana, oraz cztery uwagi ogólne na temat skargi.

- 227 Po pierwsze, Komisja przez ponad sześć miesięcy prowadziła niezwykle pogłębione dochodzenie. Od początku uczestnicy koncentracji dostarczali bardzo solidnych danych i wyjaśnień na temat przemysłu muzycznego w Europie oraz wpływu koncentracji na konkurencję, zwłaszcza na ceny CD, różnorodność kulturową, wybór konsumentów, możliwości konkurowania dla niezależnych wytwórni płytowych, rozwój muzyki on-line lub niebezpieczeństwo koordynacji działalności prowadzonej nadal oddzielnie przez Sony i BMG (zob. załącznik C.1). Za pomocą kilku kwestionariuszy zawierających ponad 250 pytań, rozesłanych do blisko 1240 podmiotów rynkowych (uczestników koncentracji, pozostałych głównych firm, niezależnych producentów, sprzedawców detalicznych, autorów, wydawców, wykonawców, dystrybutorów muzyki on-line), Komisja poszukiwała bardzo licznych dowodów i danych na temat wszystkich istotnych kwestii i uzyskała je. Uczestnicy koncentracji przekazali ponad 30 milionów pozycji cenowych, a ekonomiści dokonali szczegółowej oceny średnich cen sprzedaży netto pięciu głównych firm fonograficznych w pięciu dużych krajach. Wielu niezależnych producentów nie podziela obaw skarżącej i uważa, że koncentracja zwiększy ich możliwości konkurencyjne. Na podstawie wszystkich tych danych, opinii dwóch bardzo uznanych ekonomistów przemysłowych, szczegółowych analiz cen hurtowych i cen sprzedaży zawartych w opracowaniu RBB oraz szczegółowych wyjaśnień przedstawionych w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz w trakcie przesłuchania (zob. załącznik C.3) Komisja doszła do wniosku, że jej początkowe obawy, w szczególności dotyczące ryzyka stworzenia zbiorowej dominacji, były nieuzasadnione.
- 228 Po drugie, skarżąca mylnie pojmuje cel i status prawny pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, którego podstawową rolą jest umożliwienie uczestnikom koncentracji zrozumienie początkowych zastrzeżeń Komisji, tak aby byli oni w stanie przedstawić kontrargumenty i dowody (zob. art. 18 ust. 1 i 3 rozporządzenia). Wobec dowodów swoich błędów Komisja powinna odstąpić od zarzutów, które okazały się bezzasadne (wyrok Trybunału z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-123), tak jak uczyniła w 14 z 62 spraw rozpatrywanych w ciągu ostatnich pięciu lat (zob. załącznik C.5). Czynności Komisji w ramach postępowania administracyjnego podlegały pełnej kontroli wewnętrznej, postępowanie gwarantowało wszystkim zainteresowanym stronom możliwość przedstawienia argumentów i dowodów (zob. sprawozdanie końcowe funkcjonariusza ds. przesłuchań, załącznik C.6), a komitet doradczy głosował za wydaniem bezwarunkowego zezwolenia (załącznik C.7).

- 229 Po trzecie, organy ochrony konkurencji na całym świecie (w Stanach Zjednoczonych, Australii, Kanadzie, Republice Czeskiej, na Węgrzech, w Polsce, Rumunii, Rosji, Szwajcarii, Meksyku, Afryce Południowej) doszły do wspólnego wniosku, że należy udzielić bezwarunkowego zezwolenia na dokonanie koncentracji i żadna z tych decyzji nie została zaskarżona. Podobnie żaden krajowy organ ochrony konkurencji, który wcześniej badał rynek przemysłu muzycznego w Europie nie uznał, że występuje na nim milcząca koordynacja (zob. w szczególności opinię Office of Fair Trading z września 2002 r., zgodnie z którą nie wykazano istnienia zbiorowej dominacji, załącznik A.16 pkt 6.11).
- 230 Po czwarte, koncentracja stanowi prokonkurencyjne działanie w odpowiedzi na kryzys, jaki dotknął przemysł muzyczny (spadek cen sprzedaży CD o 20% w ciągu 3 lat, nielegalne pobieranie muzyki przez Internet, wzmożona konkurencja ze strony alternatywnych form rozrywki jak filmy DVD) oraz na ciągłe w nim przekształcenia. Niestabilność popytu oraz niepewność co do przyszłych modeli handlowych czynią cichą znowę — i tak mało prawdopodobną ze względu na charakterystykę rynku — jeszcze trudniejszą do zrealizowania i do utrzymania (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 139 oraz wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 45). Ponieważ warunki panujące w przemyśle bardzo się różnią od tych, które występowały w momencie, gdy Komisja badała w 2000 r. koncentrację EMI i Time Warner, wnioski Komisji w tamtej sprawie, z natury rzeczy tymczasowe, są pozbawione znaczenia dla niniejszej sprawy.
- 231 Po piąte, uzasadnienie decyzji jest jasne, przekonujące i poparte dowodami potwierdzającymi dużej wagi, zważywszy, że Komisja nie ma obowiązku przedstawiania uzasadnienia swojej oceny każdego elementu stanu prawnego i faktycznego (wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2003 r. w sprawie T-374/00 Verband der freien Rohrwerke i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-2275, pkt 185–187). Skarga wskazuje, że skarżąca zrozumiała motywy wydania zgody.
- 232 Po szóste, do wydania decyzji zakazującej koncentracji wymaga się czegoś więcej niż zwykłego bilansu prawdopodobieństwa, ponieważ, w przypadku braku pewności co

do zgodności takiej koncentracji ze wspólnym rynkiem lub braku tej zgodności, powinien przeważać interes zamierzających przeprowadzić koncentrację przedsiębiorstw [opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval (wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r., Rec. str. I-987), I-992, pkt 74–79].

- 233 Po siódme, interwenienci przypominają, że jeśli Sąd przeprowadza pełną kontrolę pod względem prawnym oraz stanu faktycznego, kontrola ta obejmuje tylko oczywiste błędy przy złożonych ocenach natury gospodarczej, jeżeli mają związek z oceną w zakresie stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej (wyrok Sądu z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie T-342/00 Petrolessence i SG2R przeciwko Komisji, Rec. str. II-1161, pkt 101). Tymczasem skarżąca wielokrotnie zwracała się, by Sąd zastąpił swoją ocenę ocenę Komisji, na przykład utrzymując, że Komisja nadaje nadmierną wagę niejednorodności produktu i rabatom.
- 234 Po ósme, co się tyczy testu na wykrywanie zbiorowej pozycji dominującej, nie chodzi o ustalenie, czy spółki są zachęcane do działania na zasadzie zмовy, ale raczej, czy, wzięwszy pod uwagę charakterystykę rynku, mają one możliwość osiągnąć porozumienie i milcząco utrzymywać zasady koordynacji (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 62). Szczególnie ważne jest ustalenie, czy rynek jest dostatecznie przejrzysty.

2. Badanie argumentów skarżącej

a) W przedmiocie rabatów promocyjnych

- 235 Interwenienci twierdzą, że ponieważ koordynacja cenowa nie może powstać ani być utrzymywana bez wystarczającej przejrzystości aktualnych cen hurtowych netto, stwierdzenie, iż rabaty promocyjne nie są przejrzyste, samo z siebie wystarcza, by uzasadnić decyzję.

236 Decyzja prawidłowo ustaliła związek między, z jednej strony, różnorodnością zawartości albumów, a, z drugiej strony, dużymi różnicami w rabatach promocyjnych oraz brakiem przejrzystości, który stąd wynika w przypadku cen hurtowych netto (zob. także załącznik C.4, str. 27). Rzekome dowody wskazują, że rabaty promocyjne są znaczne zarówno w odniesieniu do albumów figurujących na listach bestsellerów, jak i tych z katalogu płytowego, że zmieniają się w dużym stopniu w zależności od odbiorcy, od albumu oraz w czasie oraz że nie są wyrównywane przez główne firmy (załączniki B.2, B.4–B.14 oraz poufny raport „data room”). Ponieważ rabaty te były zmienne, nie można było wyciągać wiarygodnych wniosków na podstawie prostej obserwacji PCS. Również marże sprzedawców detalicznych były bardzo zróżnicowane w zależności od edycji, a także okresu czasu, nie pozwalały zatem na odtworzenie cen netto na podstawie cen sprzedaży (zob. załącznik B.17). Ponadto Sony i BMG nie monitorowały metodycznie cen sprzedaży konkurentów ani nie uzyskiwały systematycznie od sprzedawców detalicznych wiarygodnych informacji na temat rabatów oferowanych przez konkurentów. Wreszcie rzekome dowody wskazują, że firmy fonograficzne nie prowadziły działań odwetowych, nawet w obliczu bardzo raptownych ruchów cenowych, co pozbawia wiarygodności każdy mechanizm sankcji (zob. załącznik C.4, str. 5 i 10).

b) Brak wyrównania

237 Dane dotyczące średnich cen netto, cen PCS oraz rabatów fakturowych wykazują nie wyrównanie, lecz co najwyżej częściowe podobieństwo zmian i nie pozwalają stwierdzić istnienia koordynacji cenowej.

238 Dane na temat średnich cen netto ujawniają: po pierwsze, wysoki stopień złożoności; po drugie, duże rozproszenie oraz duże zróżnicowanie; po trzecie, dużą zmienność pod względem miejsc zajmowanych w rankingach przez główne firmy fonograficzne; po czwarte, dużą rozpiętość cen głównych firm; po piąte, brak paralelizmu.

- 239 Do sporej części 100 najlepiej sprzedających się pozycji nie były stosowane PCS zidentyfikowane w decyzji (motywy 76, 83, 90, 97 i 107 decyzji).
- 240 Z załączników do odpowiedzi na skargę (B.4–B.14) wynika, że rabaty fakturowe i ceny netto głównych firm bardzo się między sobą różniły.

c) Brak przejrzystości

- 241 Decyzja nie przedstawia żadnego przekonującego dowodu na przejrzystość, nawet w przypadku innych składników ceny niż rabaty promocyjne. Ostrożne sformułowania użyte w decyzji minimalizują rzeczywistą siłę dowodów świadczących o braku wystarczającej przejrzystości. Poza tym, że w niektórych krajach ceny PCS nie były ani znane, ani łatwo dostępne, koncerty fonograficzne nie dysponowały też dokładnymi informacjami na temat PCS stosowanych w danym momencie do określonego albumu. Zwykle rabaty nie były przejrzyste dostatecznie, aby być milcząco koordynowane. Na 161 pytanym sprzedawców detalicznych tylko 5 stwierdziło, że konkurenci częściowo znali wysokość rabatów stosowanych przez pozostałych, podczas gdy 10 zajęło stanowisko przeciwne.

3. W przedmiocie różnego rodzaju aspektów sprawy pominiętych w decyzji

- 242 Interwenienci twierdzą, iż analizowane hipotezy o potencjalnym zakłóceniu konkurencji nie znajdują potwierdzenia również w tych aspektach, o których decyzja nie wspomina. Po pierwsze, Komisja rzekomo błędnie skoncentrowała się na średnich cenach netto, bowiem koordynacja nie mogła odbywać się na poziomie cen średnich, ponieważ ceny indywidualnych albumów nie były ustalane w celu

uzyskania określonej średniej ceny netto, a taka średnia nie mogła w każdym razie być obserwowana przez pozostałe główne firmy. Ceny średnie mogły maskować znaczne różnice pomiędzy indywidualnymi cenami albumów (zob. załącznik C.4, przypis 12). Po drugie, ceny PCS nie służyły jako punkty centralne dla wyrównania. Każdy duży koncern fonograficzny używał nawet dla swoich najlepszych albumów wielu różnych PCS, które zmieniały się w czasie dla jednej i tej samej płyty. Po trzecie, udziały w rynku nie były stabilne, a ich niewielka zmiana mogła oznaczać ogromną różnicę na poziomie rentowności.

D — Ocena Sądu

1. Uwagi ogólne

²⁴³ Skarżąca utrzymuje, że twierdzenia dotyczące jednorodności produktu, przejrzystości rynku, środków odstraszających oraz braku przeciwwagi, na których opiera się stwierdzenie, że główne firmy przed planowaną koncentracją nie miały na rynku nagrań muzycznych zbiorowej pozycji dominującej, są wadliwe ze względu na niewystarczające uzasadnienie, oczywisty błąd w ocenie oraz naruszenie prawa.

²⁴⁴ Przed przystąpieniem do badania poszczególnych zarzutów zgłoszonych przez skarżącą należy najpierw przedstawić pewne uwagi dotyczące pojęcia zbiorowej pozycji dominującej, następnie krótko omówić metodę badania zastosowaną przez Komisję, za pomocą której doszła do spornego wniosku, a także poszczególne istotne czynniki i kryteria dotyczące zastosowania w rozpoznawanej sprawie pojęcia zbiorowej pozycji dominującej, podniesione w decyzji, a na koniec wskazać motywę, na których opiera się zawarty w decyzji wniosek o braku istnienia przed koncentracją zbiorowej pozycji dominującej.

2. Pojęcie zbiorowej pozycji dominującej

²⁴⁵ Z orzecznictwa Trybunału wynika, że, w odniesieniu do rzekomej zbiorowej pozycji dominującej, Komisja ma obowiązek ocenić na podstawie analizy prospektywnej rynku właściwego, czy zgłoszona koncentracja prowadzi do sytuacji, w której skuteczna konkurencja na tym rynku będzie w znaczący sposób utrudniona przez przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji oraz jedno lub kilka innych przedsiębiorstw, które razem, w szczególności z racji czynników wiążących istniejących między nimi, są zdolne do przyjęcia jednakowej linii postępowania na rynku oraz działania w znacznym stopniu niezależnie od innych konkurentów, swoich klientów, a w końcu od konsumentów (wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95 Francja i in. przeciwko Komisji, zwany wyrokiem w sprawie „Kali & Salz”, Rec. str. I-1375, pkt 221).

²⁴⁶ Sąd orzekł, że sytuacja zbiorowej pozycji dominującej utrudniającej w znacznym stopniu skuteczną konkurencję na wspólnym rynku lub na jego istotnej części może wystąpić w następstwie koncentracji, jeśli ze względu na same tylko cechy charakteryzujące dany rynek oraz zmianę, jaką spowoduje w jego strukturze przeprowadzenie koncentracji, skutek tej koncentracji będzie taki, że każdy z uczestników dominującego oligopolu, mając świadomość wspólnych interesów, będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć na trwałe jednakową linię działania na rynku, aby sprzedawać po cenach wyższych od cen konkurentów, bez konieczności zawierania porozumień lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 81 WE, w taki sposób, żeby konkurenci, obecni lub potencjalni, albo klienci i konsumenci nie mogli skutecznie zareagować (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor przeciwko Komisji, Rec. str. II-753, pkt 276).

²⁴⁷ W ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 62, Sąd orzekł — jak zaznaczono w motywie 68 decyzji — że, aby mogła powstać tak zdefiniowana sytuacja zbiorowej pozycji dominującej, muszą zostać spełnione trzy następujące przesłanki: Po pierwsze, rynek powinien być przejrzysty dostatecznie, aby przedsiębiorstwa, które koordynują swoje zachowania, były w stanie

w wystarczającym stopniu monitorować, czy zasady koordynacji są przestrzegane. Po drugie, dyscyplina wymaga, aby istniała jakaś forma mechanizmu odstraszającego na wypadek zachowań naruszających te zasady. Po trzecie, reakcje przedsiębiorstw, które nie uczestniczą w koordynacji, obecnych lub przyszłych konkurentów, a także reakcje klientów nie powinny być w stanie zagrozić spodziewanym efektom koordynacji.

248 Ponadto z orzecznictwa Trybunału (ww. w pkt 245 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 222) oraz Sądu (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 63) wynika, że analiza prospektywna, jaką Komisja powinna przeprowadzić w ramach kontroli koncentracji, w przypadku zbiorowej pozycji dominującej wymaga starannego badania w szczególności okoliczności, które w konkretnej rozpatrywanej sprawie okazują się istotne dla oceny wpływu koncentracji na grę konkurencji na rynku właściwym, oraz że to na Komisji spoczywa obowiązek dostarczenia solidnych dowodów.

249 Należy zauważyć, że — jak wynika z brzmienia cytowanych powyżej wyroków — orzecznictwo to rozwijało się w związku z oceną ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, a nie, co jest kwestią w pierwszej części niniejszego zarzutu, ustalenia istnienia zbiorowej dominacji.

250 O ile zaś przy ocenie ryzyka stworzenia takiej pozycji dominującej Komisja z założenia powinna postawić wymagającą pewnego wyczucia prognozę dotyczącą prawdopodobnego rozwoju rynku i warunków konkurencji na podstawie analizy prospektywnej, co wymaga złożonych ocen natury gospodarczej, przy których dokonywaniu Komisja dysponuje szerokim zakresem uznania, o tyle stwierdzenie istnienia zbiorowej pozycji dominującej opiera się na konkretnej analizie sytuacji istniejącej w momencie podejmowania decyzji. Ustalenie istnienia zbiorowej pozycji dominującej powinno opierać się na szeregu wykazanych faktów, przeszłych lub teraźniejszych, świadczących o znaczącym utrudnieniu konkurencji na rynku

z powodu uzyskania przez niektóre przedsiębiorstwa zdolności przyjęcia wspólnie jednakowej linii działania na rynku, w znacznej mierze w sposób niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów.

251 Co za tym idzie, w ramach oceny istnienia zbiorowej pozycji dominującej trzy przesłanki określone przez Sąd w ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji, wypracowane na podstawie teoretycznej analizy pojęcia zbiorowej pozycji dominującej, niewątpliwie pozostają przesłankami koniecznymi, jednakże w razie potrzeby można je wykazać w sposób pośredni na podstawie zespołu poszlak i dowodów, które mogą mieć nawet bardzo różnorodny charakter, a dotyczących oznak, przejawów i zjawisk nieodłącznie związanych z występowaniem zbiorowej pozycji dominującej.

252 W szczególności znaczne wyrównanie cen w długim czasie, zwłaszcza na poziomie wyższym niż ceny konkurentów, w połączeniu z innymi czynnikami typowymi dla zbiorowej pozycji dominującej, może — przy braku innego racjonalnego wyjaśnienia — wystarczyć do wykazania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, nawet jeśli nie będzie solidnych dowodów bezpośrednich na wyraźną przejrzystość rynku, o ile w konkretnych okolicznościach sprawy istnieje domniemanie takiej przejrzystości.

253 Wynika stąd, że w rozpoznawanej sprawie wyrównanie cen zarówno brutto, jak i netto w okresie sześciu ostatnich lat, w sytuacji, gdy produkty nie są identyczne (zawartość każdej płyty jest inna), a także ich utrzymywanie na poziomie dość stabilnym i postrzeganym jako wysoki pomimo dużego spadku popytu, w połączeniu z innymi czynnikami (siła przedsiębiorstw działających w oligopolu, stabilność udziałów w rynku itp.), które zostały stwierdzone w decyzji przez Komisję, może — przy braku innego wyjaśnienia — sugerować lub stanowić poszlakę, iż wyrównanie cen nie było rezultatem normalnego funkcjonowania skutecznej konkurencji i że rynek jest dostatecznie przejrzysty, aby pozwolić na milczące koordynowanie cen.

254 Jednakże, ponieważ skarżąca oparła swoją argumentację raczej na nieprawidłowym zastosowaniu poszczególnych przesłanek zbiorowej pozycji dominującej, określonych w ww. w pkt 45 wyroku w sprawie *Airtours* przeciwko Komisji, a w szczególności przesłanki związanej z przejrzystością rynku, bardziej niż na tezie, że fakt stwierdzenia prowadzenia przez dłuższy czas wspólnej polityki w połączeniu z obecnością szeregu innych czynników charakteryzujących zbiorową pozycję dominującą, może — w niektórych okolicznościach przy braku innego wyjaśnienia — wystarczyć do wykazania istnienia takiej pozycji, w przeciwieństwie do stworzenia pozycji dominującej, bez konieczności pozytywnego ustalenia przejrzystości rynku, w związku z tym Sąd w ramach badania podniesionych zarzutów ograniczy się do sprawdzenia, czy w decyzji prawidłowo zastosowano przesłanki wynikające z orzecznictwa w sprawie *Airtours*. Nie ma bowiem nawet konieczności, by Sąd zastanawiał się, czy odwrotne postępowanie doprowadziłoby go do wyjścia poza ramy sporu określone przez strony, czy też stanowiłoby jedynie stosowanie prawa w ramach zarzutu zgłoszonego przez skarżącą, albowiem taki tok postępowania narzuca się w świetle zasady kontrydiktoryjności, w związku z tym, że kwestia ta nie była dotychczas rozpatrywana przed Sądem.

3. Decyzja Komisji

255 Elementy decyzji istotne dla zbadania pierwszego zarzutu można podsumować w następujący sposób.

256 Ustalenia Komisji dotyczące różnych rynków produktowych i geograficznych nie zostały zakwestionowane przez strony. W motywie 12 decyzji Komisja uznała, że „nie ma potrzeby ustalania, czy istnieją rynki produktowe odrębne ze względu na gatunki lub czy istnieje odrębny rynek dla kompilacji”. W motywie 15 stwierdziła, że „właściwe rynki geograficzne [uważane są] za krajowe”.

- 257 Nie zgłoszono sprzeciwu wobec stwierdzenia, że poszczególne rynki krajowe mają strukturę oligopolistyczną, przy czym pięć głównych firm posiada, w zależności od kraju, 72–93% rynku, a liczne, dużo mniejsze firmy fonograficzne (zwane dalej „niezależnymi firmami fonograficznymi”) zajmują około 15–20% rynku.
- 258 Firmy z głównej piątki charakteryzują się ponadto, po pierwsze, obecnością na rynkach światowych, po drugie, częściową integracją wertykalną, po trzecie, inwestowaniem na poziomie „upstream” w muzyczną działalność wydawniczą, w rynki radiodyfuzji oraz rynki muzyki on-line, po czwarte, znaczną siłą finansową, która pozwala im oferować artystom atrakcyjniejsze warunki finansowe, i po piąte, bogatym i zróżnicowanym katalogiem związanych umowami artystów oraz obszernym katalogiem już wyprodukowanych nagrań.
- 259 Ponadto zmiany popytu mają odbicie w spadku sprzedaży trwającym od 1999 r. (o 13% w krajach EOG w okresie od 1999 do 2002 r. i o ponad 7% od 2002 do 2003 r.). Ceny natomiast utrzymują się jednak na dość stabilnym poziomie. Badanie rynku przeprowadzone przez Komisję dostarczyło także innych wyjaśnień spadku sprzedaży oprócz przedstawionych przez uczestników koncentracji, a mianowicie: postrzegany jako wysoki poziom cen CD, ogólne spowolnienie gospodarki, niezdolność firm fonograficznych do trafiania w gusta konsumentów, brak muzyki dobrej jakości i nowatorskich artystów oraz niezdolność firm fonograficznych do dostosowania się do wyzwań technologicznych, jakie niesie z sobą Internet.
- 260 Jeśli chodzi o metodologię przyjętą przez Komisję, w motywie 69 decyzji wyjaśniono, że w celu ustalenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej Komisja zbadała, czy w ciągu ostatnich trzech lub czterech lat pięć głównych firm rzeczywiście prowadziło politykę koordynowania swoich cen.

- 261 W tym celu Komisja, po pierwsze, przeanalizowała kwartalne zmiany średnich cen netto 100 najlepiej sprzedających się singli każdego z koncernów płytowych, stanowiących co najmniej 70–80% ich łącznej sprzedaży muzyki w pięciu większych państwach członkowskich, ponieważ, według jej opinii, ceny średnie były odpowiednim instrumentem do ustalenia, czy zachowania dużych koncernów fonograficznych w zakresie cen były paralelne. W związku z tym Komisja zbadała rozwój średnich cen netto, cen PCS, współczynników cen brutto do cen netto, a także rabaty fakturowe i rabaty wsteczne (motyw 72 decyzji).
- 262 Po drugie, Komisja zbadała ewentualność — na bazie paralelizmu cen średnich — czy ceny katalogowe mogły służyć jako punkty centralne dla koordynowania cen.
- 263 Po trzecie, Komisja zbadała, czy rabaty udzielane przez poszczególne duże koncerty fonograficzne nie były wyrównane i dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić skuteczne monitorowanie każdej koordynacji cen, także na poziomie cen netto (motyw 73 decyzji).
- 264 Ustalenia dokonane przez Komisję, niemal identycznie dla każdego z pięciu dużych krajów, można podsumować w następujący sposób:
- Komisja wskazuje, że „stwierdziła pewien paralelizm rzeczywistych średnich cen netto oraz stosunkowo podobne zmiany cen [g]łównych firm”, ale równocześnie oznajmia, że „[j]ednakże spostrzeżenia te, jako takie, nie stanowiły dowodów dostatecznie przekonujących, by wykazać, że główne firmy koordynowały swoje ceny w przeszłości”; „[d]latego zbadała następnie, czy dodatkowe elementy, a mianowicie ceny katalogowe i rabaty, były wyrównane i przejrzyste dostatecznie, aby dostarczyć wystarczających dowodów na istnienie koordynacji”;

- Komisja „znalazła pewne dowody, że ceny PCS mogły być używane jako podstawa do wyrównania cen katalogowych głównych firm”. Każdy z dużych koncernów fonograficznych przy pomocy trzech ze swoich kluczowych PCS, w zależności od kraju, osiągnął ponad 55–80% łącznej sprzedaży ze 100 najlepiej sprzedających się singli w 2003 r. W związku z tym Komisja dochodzi do przekonania, że „[w] świetle tych spostrzeżeń ceny katalogowe najlepiej sprzedających się albumów sprawiają wrażenie raczej wyrównanych” (Zjednoczone Królestwo, Francja i Włochy lub w pewnym stopniu wyrównanych w Niemczech i w Hiszpanii);

- Komisja ponadto stwierdziła, że ceny PCS były dosyć przejrzyste, ponieważ figurowały w katalogach głównych firm. Monitorowanie cen katalogowych pozostałych głównych firm wydaje się zatem możliwe;

- ceny sprzedaży netto są ściśle powiązane z cenami brutto (PCS) ze względu na paralelne — w ciągu sześciu ostatnich lat — zmiany średnich cen brutto oraz rzeczywistych średnich cen netto w Sony i BMG, a także bardzo dużą stabilność współczynnika cen netto do cen brutto dla wszystkich albumów razem wziętych;

- Komisja stwierdziła jednak pewne zróżnicowanie poziomu rabatów stosowanych przez poszczególne duże koncerty, a także różnice w wysokości 2–5 punktów procentowych między rabatami fakturowymi Sony i BMG w przypadku większości ich 10 najważniejszych klientów oraz o ponad 5 punktów procentowych w przypadku niektórych klientów w niektórych latach (nieco inaczej wygląda sytuacja na rynku francuskim);

- uczestnicy koncentracji przekazali dane, na podstawie których widać, że rabaty fakturowe dla konkretnego klienta zmieniały się w czasie oraz w zależności od albumu i że wysokość rabatów udzielanych na konkretny album wahała się w zależności od klienta. Badanie rynku wykazało, że te wahania wynikały przede wszystkim z rabatów promocyjnych stosowanych w sposób bardziej elastyczny

niż zwykle rabaty, które na ogół ustala się raz w roku. W oparciu o te obserwacje nie można jednak dowieść, że rabaty fakturowe uczestników koncentracji są dostatecznie wyrównane (nieco odmienna sytuacja występuje we Francji);

- jeśli chodzi o przejrzystość rabatów, odpowiedzi odbiorców udzielone w ramach dochodzenia przeprowadzonego na rynku przez Komisję wskazują w większości przypadków, że duże koncerty fonograficzne w pewnym stopniu znały wysokość zwykłych rabatów stosowanych przez swoich konkurentów ze względu na stałe obracanie się w tym samym kręgu klientów. Jednak okazuje się, że rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty i że ich monitorowanie wymaga również dokładnej obserwacji zmian tego typu rabatów na rynku detalicznym. Chociaż Komisja stwierdziła, że zarówno Sony, jak i BMG wprowadziły system cotygodniowych raportów opracowywanych przez ich handlowców, nie zdołała jednak wykazać, iż te raporty zapewniały dostateczny stopień przejrzystości rabatów promocyjnych udzielanych przez konkurentów.

²⁶⁵ Komisja na tej podstawie doszła w motywie 109 decyzji do wniosku, że „ponieważ szczegółowa analiza rozwoju cen głównych firm w pięciu głównych państwach członkowskich ujawniła pewne oznaki koordynacji, które same nie wystarczają do wykazania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, Komisja rozszerzyła analizę w celu ustalenia, czy rynki nagrań muzycznych posiadały cechy mogące ułatwić tego typu dominację”.

²⁶⁶ W tym celu Komisja zbadała jednorodność produktu (motyw 110 zaskarżonej decyzji), przejrzystość rynku (motywy 111–113 decyzji) oraz wykorzystywanie środków odwetowych (motywy 114–118 decyzji).

- 267 Jeśli chodzi o jednorodność produktu, Komisja stwierdziła, że różnorodność zawartości i jej wpływ na ceny ograniczają przejrzystość rynku i utrudniają milczące porozumienia, ponieważ wymagają one pewnej kontroli na poziomie pojedynczego produktu, tj. albumu.
- 268 Jeśli chodzi o przejrzystość rynku, Komisja doszła do wniosku, że głównym firmom wystarczyło kontrolowanie tylko cen referencyjnych niewielkiej liczby spośród najlepiej sprzedających się albumów, aby monitorować większość sprzedaży. Jednakże Komisja zaznacza, że kontrola na poziomie pojedynczego albumu jest również konieczna, zwłaszcza w odniesieniu do rabatów promocyjnych, i że ta konieczność mogła utrudniać milczące porozumienia (motyw 111 decyzji).
- 269 Jeśli chodzi o środki odwetowe, motyw 118 decyzji wskazuje, że Komisja nie znalazła dowodów na stosowanie takich środków w przeszłości, co stanowiłoby dowód zbiorowej pozycji dominującej.
- 270 Nie formułując jeszcze, na tym stadium decyzji, wniosku w przedmiocie istnienia zbiorowej pozycji dominującej w pięciu dużych krajach, Komisja przystąpiła do badania rynków w mniejszych krajach i doszła do podobnych ustaleń.
- 271 W szczególności zauważyła ona, że istnieje wysoki stopień paralelizmu pomiędzy cenami PCS poszczególnych głównych firm. Komisja zaznaczyła, że — podobnie jak w większych krajach — najważniejszymi ze stosowanych rabatów są rabaty zwykłe. Rabaty fakturowe nie są ani standardowe, ani podawane do publicznej wiadomości i powodują w efekcie zmniejszenie przejrzystości. Wziąwszy pod uwagę znaczenie rabatów fakturowych oraz różnic między nimi, Komisja nie znalazła wystarczających dowodów do wykazania, że paralelizm średnich cen netto można by przypisać cichej zмовie pomiędzy głównymi firmami fonograficznymi, nawet jeśli PCS są mocno wyrównane, ani że ceny PCS zasadniczo mogły być wykorzystywane jako podstawa cichej zмовy (motyw 150 decyzji).

272 Ponadto ustalenia dotyczące jednorodności produktu, przejrzystości rynku oraz środków odwetowych, dokonane dla dużych krajów są aktualne także dla mniejszych krajów EOG.

273 Komisja wysnuła stąd wniosek, w motywie 153, że, „w tych okolicznościach nie ma dowodów wystarczających, by wypowiedzieć się za istnieniem zbiorowej pozycji dominującej [głównych firm] na krajowych rynkach nagrań muzycznych [w mniejszych krajach]”.

274 Na podstawie powyższych ustaleń Komisja doszła w motywie 154 do wniosku, że brak jest dostatecznych dowodów, by wykazać, iż zgłoszony zamiar koncentracji spowodowałby umocnienie zbiorowej pozycji dominującej na rynkach nagrań muzycznych w którymkolwiek z krajów EOG.

275 Z powyższych stwierdzeń wynika, że w świetle kryteriów jednorodności produktu, przejrzystości rynku oraz stosowania środków odwetowych Komisja ustaliła brak zbiorowej pozycji dominującej.

276 Potwierdza to motyw 157, w którym jest powiedziane, że:

„[...] jak już było mówione w części dotyczącej umocnienia zbiorowej pozycji dominującej, rynki nagrań muzycznych posiadają pewne cechy pozwalające zakładać obecność warunków sprzyjających istnieniu zbiorowej pozycji dominującej. Jednakże Komisja nie znalazła dowodów wystarczających, by wykazać, że [główne firmy posiadały] w przeszłości zbiorową pozycję dominującą; w szczególności

wynika to ze stwierdzenia braku rzeczywistej przejrzystości na różnych poziomach, z częściowo niejednorodnych cech produktu oraz braku dowodów świadczących o działaniach odwetowych w przeszłości”.

277 Poszczególne zarzuty podniesione przez skarżącą należy zbadać w świetle właśnie tych ustaleń.

4. Przejrzystość

a) W przedmiocie zarzutu niedostatecznego uzasadnienia

278 Skarżąca w istocie utrzymuje, że decyzja nie wyjaśnia w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób powodów, dla których rabaty, zwłaszcza promocyjne, stanowią przeszkodę dla przejrzystości koniecznej do umożliwienia rozwoju zbiorowej pozycji dominującej.

279 Na wstępie należy przypomnieć, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem uzasadnienie wymagane przez przepis art. 253 WE powinno być dostosowane do charakteru spornego aktu, ukazywać jasno i jednoznacznie tok rozumowania instytucji, która jest jego autorem, w sposób umożliwiający zainteresowanym poznać podstawy podjętej decyzji, a właściwemu sądowi dokonać jej kontroli. Wymóg uzasadnienia należy oceniać w odniesieniu do konkretnej sytuacji, w szczególności do treści aktu, charakteru powołanych argumentów, a także interesu, jaki w uzyskaniu informacji mogą mieć adresaci aktu lub inne osoby, których dotyczy on bezpośrednio i indywidualnie (zob. wyrok Trybunału z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. str. I-1719, pkt 63 oraz przytoczone tam orzecznictwo).

- 280 W celu rozstrzygnięcia kwestii, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi art. 253 WE, należy je oceniać nie tylko pod względem treści, lecz także kontekstu oraz całości przepisów prawnych regulujących daną dziedzinę (wyroki: Trybunału z dnia 29 lutego 1996 r. w sprawie C-56/93 Belgia przeciwko Komisji, Rec. str. I-723, pkt 86 oraz Sądu z dnia 27 listopada 1997 r. w sprawie T-290/94 Kaysersberg przeciwko Komisji, Rec. str. II-2137, pkt 150).
- 281 W przypadku gdy Komisja uzna koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia, warunkiem koniecznym i wystarczającym w odniesieniu do obowiązku uzasadnienia jest, by decyzja przedstawiała jasno i jednoznacznie powody, jakimi kierowała się Komisja, uznając, że sporna koncentracja nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem. Jednakże nie należy stąd wnosić, że w takiej sytuacji Komisja musi przedstawić uzasadnienie swojej oceny wszystkich elementów stanu faktycznego i prawnego, które mogły ewentualnie mieć związek ze zgłoszoną koncentracją lub były podnoszone w toku postępowania administracyjnego (zob. ww. w pkt 231 wyrok w sprawie Verband der freien Rohrwerke i in. przeciwko Komisji, pkt 185 oraz przywołane tam orzecznictwo).
- 282 W pierwszej kolejności należy zbadać znaczenie podniesionej przez skarżącą okoliczności, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja bardzo stanowczo stwierdziła, iż koncentracja jest niezgodna ze wspólnym rynkiem, w szczególności ze względu na istnienie zbiorowej pozycji dominującej jeszcze przed zamierzoną koncentracją oraz dlatego, iż rynek nagrań muzycznych jest bardzo przejrzysty i wyjątkowo podatny na koordynowanie.
- 283 Tak radykalna zmiana stanowiska Komisji może oczywiście wydawać się dziwna, zwłaszcza jeśli się weźmie pod uwagę, jak późno nastąpiła. Jak bowiem wynika z akt sprawy oraz postępowania przed Sądem, przez cały czas trwania postępowania administracyjnego Komisja, w oparciu o wszystkie informacje otrzymane w ciągu pięciu miesięcy dochodzenia zarówno od różnych podmiotów działających na rynku, jak i od uczestników koncentracji, uważała, iż rynek jest wystarczająco przejrzysty,

aby umożliwić milczące koordynowanie cen i dopiero pod wpływem argumentacji przedstawionej przez uczestników koncentracji oraz ich konsultanta ekonomicznego w trakcie przesłuchania, które odbyło się w dniach 15 i 16 czerwca 2004 r., nie przeprowadziwszy dalszych badań dotyczących rynku, przyjęła całkowicie odmienne stanowisko i w dniu 1 lipca 2004 r. skierowała projekt decyzji do komitetu doradczego.

284 Jednakże, jak słusznie zauważyła Komisja, z orzecznictwa (ww. w pkt 105 wyrok w sprawie BAT i Reynolds przeciwko Komisji) wynika, że kiedy Komisja odrzuca wnioski złożony na podstawie art. 3 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81] i [82] traktatu (Dz.U. 13, str. 204), wystarczy, że przedstawi powody, dla których uznała za niemożliwe wykazanie, iż doszło do naruszenia zasad konkurencji, nie będąc przy tym zobowiązana ani do wyjaśniania ewentualnych różnic w stosunku do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, które stanowi dokument przygotowawczy, a zawarte w nim oceny mają charakter wyłącznie tymczasowy i mają służyć do określenia zakresu postępowania administracyjnego w odniesieniu do przedsiębiorstw objętych tym postępowaniem, ani do omawiania wszystkich elementów stanu faktycznego i prawnego, którymi zajmowała się w toku postępowania administracyjnego. W ww. w pkt 228 wyroku w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji Trybunał po raz kolejny podkreślił tymczasowy charakter pisma w sprawie przedstawienia zarzutów oraz ciążący na Komisji obowiązek uwzględniania dowodów wynikających z postępowania administracyjnego, w szczególności w celu odstąpienia od zarzutów, które okazały się nieuzasadnione.

285 Należy oczywiście zaznaczyć, że orzecznictwo to rozwijało się na gruncie postępowań prowadzonych na podstawie art. 81 WE i 82 WE, a nie w szczególnej dziedzinie kontroli koncentracji, w ramach której konieczność dotrzymania nieprzekraczalnych terminów obowiązujących przy wydawaniu decyzji przez Komisję nie pozwala jej na przedłużanie dochodzenia, powodując w efekcie, że, w miarę postępowania administracyjnego radykalna zmiana stanowiska staje się coraz mniej prawdopodobna. W swoich uwagach końcowych Komisja podkreśliła zresztą, że środki dochodzeniowe stosowane po przesłuchaniu polegają głównie na zasięgnięciu opinii podmiotów rynkowych w kwestii proponowanych zobowiązań i nie dotyczą zarzutów wysuniętych przeciwko zgłoszonej koncentracji. Natomiast nie zmienia to faktu, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów stanowi jedynie akt przygotowawczy i że końcowa decyzja powinna zawierać uzasadnienie tylko

w zakresie tych wszystkich okoliczności i dowodów, które są istotne dla oceny wpływu koncentracji na grę konkurencji na rynkach właściwych. Wynika stąd, że sama okoliczność, że Komisja nie wyjaśniła w tekście decyzji zmiany swego stanowiska w stosunku do tego zawartego w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, nie może sama w sobie stanowić o braku uzasadnienia lub jego niewystarczającym charakterze.

286 Ponadto Komisja powołuje również orzecznictwo, w świetle którego, jeśli koncentracja tylko w bardzo ograniczonym stopniu zmienia sytuację konkurencyjną na danym rynku, nie ma ona obowiązku przedstawiać specjalnego uzasadnienia w tym zakresie, podobnie jak nie dochodzi do naruszenia obowiązku uzasadnienia, jeśli Komisja nie umieści w decyzji uzasadnienia odnoszącego się do oceny pewnych aspektów koncentracji, które według niej w oczywisty sposób nie mają związku ze sprawą lub są pozbawione znaczenia. Chociaż uwagi te są zgodne z prawdą, należy stwierdzić, że są one pozbawione znaczenia w kontekście niniejszego zarzutu. Po pierwsze, niniejszy zarzut nie odnosi się bowiem do niewielkiej zmiany wywołanej przez koncentrację, lecz do sytuacji istniejącej przed jej dokonaniem, a po drugie, nie można zaprzeczyć, że brak wystarczającej przejrzystości rynku stanowi główny, jeśli nie jedyny argument, na którym opiera się sporna ocena dotycząca braku istniejącej wcześniej zbiorowej pozycji dominującej.

287 W świetle powyższych uwag wstępnych należy zbadać, czy decyzja zawiera dostateczne uzasadnienie twierdzenia, że rynek nie jest przejrzysty wystarczająco, aby pozwalać na koordynowanie cen.

288 Badanie kwestii przejrzystości rynku zostało omówione w specjalnie mu poświęconej części, w motywach 111–113 decyzji. Jednakże okazuje się, że decyzja zawiera wywody na temat przejrzystości także w dziale dotyczącym badania wspólnej polityki głównych firm fonograficznych w zakresie cen w pięciu większych państwach członkowskich w motywach 69–108, do niego zresztą odsyła dział poświęcony przejrzystości, podobnie jak i w dziale dotyczącym oceny istnienia zbiorowej pozycji dominującej na rynkach mniejszych krajów, w motywach 148–153, do niego jednak nie odwołuje się dział poświęcony przejrzystości. Należy zatem zbadać po kolei argumenty przedstawione w tych trzech działach.

289 Jeśli chodzi o dział dotyczący przejrzystości, należy tytułem wstępu zauważyć, że zawiera on tylko trzy motywy, mimo iż przejrzystość stanowi w tej sprawie — jak wynika z decyzji, a tym bardziej ze stanowiska, którego Komisja broni w pismach procesowych złożonych do Sądu — zasadniczy, a wręcz jedyny argument, na którym opiera twierdzenie, iż zbiorowa pozycja dominująca nie występuje na rynkach nagrań muzycznych. Warto także zaznaczyć, iż nie sformułowano tu wniosku, że rynek nie jest przejrzysty ani nawet, że nie jest wystarczająco przejrzysty, aby umożliwić cichą zмовę. Wskazano tylko, z jednej strony, w motywie 111 in fine, że konieczność monitorowania na poziomie albumu, zwłaszcza w odniesieniu do rabatów promocyjnych, „mogła ograniczać przejrzystość rynku i utrudniać milczące porozumienia”, z drugiej zaś strony, w motywie 113 in fine, że „Komisja nie znalazła jednak dostatecznych dowodów, aby wykazać, że przez monitorowanie cen detalicznych lub wykorzystywanie kontaktów ze sprzedawcami detalicznymi duże koncerty fonograficzne mogły w przeszłości zrekomensować sobie niedobór przejrzystości w zakresie rabatów promocyjnych, o którym była mowa w odniesieniu do pięciu dużych państw członkowskich”. Z całą pewnością takie stwierdzenia, ogólnikowe i pozbawione jakichkolwiek dokładniejszych informacji, w szczególności na temat charakteru rabatów promocyjnych, okoliczności, w jakich mogą być stosowane, stopnia ich nieprzejrzystości, ich rozpiętości albo wpływu na przejrzystość cen, nie mogą uzasadniać w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób twierdzenia, iż rynek nie był wystarczająco przejrzysty, aby umożliwić istnienie zbiorowej pozycji dominującej.

290 Ponadto okazuje się, że, poza dwoma fragmentami wspomnianymi powyżej, wszystkie czynniki wymienione w motywach 111–113 decyzji, w najmniejszym stopniu nie świadczą o nieprzejrzystości rynku, lecz wręcz przeciwnie, ujawniają jego przejrzystość.

291 Podkreślono na przykład, w motywie 111, ograniczoną liczbę cen referencyjnych oraz fakt, iż głównym firmom wystarczyło śledzenie jedynie cen referencyjnych niewielkiej liczby albumów, które się najlepiej sprzedawały, ażeby monitorować większość sprzedaży, ponieważ 20 najlepiej sprzedających się tytułów dawało co najmniej połowę rocznej sprzedaży we wszystkich krajach razem wziętych.

292 Co więcej, motyw 112 informuje, że „istnieją na rynku inne instrumenty, które zwiększają przejrzystość i mogą ułatwiać kontrolę przestrzegania porozumienia”. Zaliczają się do nich przede wszystkim cotygodniowe notowania list bestsellerów, dostarczające informacji na temat sprzedaży poszczególnych tytułów i pozwalające bardzo łatwo wychwycić tytuły, które stają się „hitami”, co z kolei, jak wyjaśniono, „znacznie ułatwia monitoring dużym koncertom fonograficznym”. Następnie stwierdzono, że rynek nagrań muzycznych cechuje się tym, że, aby „osiągnąć sukces ekonomiczny, sprzedawca detaliczny musi oferować produkty wszystkich dużych koncertów” oraz, że „w związku z tym branża charakteryzuje się stabilnymi i trwałymi relacjami między sprzedawcami detalicznymi a dużymi koncertami fonograficznymi”. Komisja zaznaczyła również, że „ponadto duża część sprzedaży nagrań muzycznych [głównych firm] trafia do ograniczonej grupy odbiorców” i na tej podstawie wyciąga wniosek, że „taka sytuacja, charakteryzująca się obecnością niewielkiej liczby uczestników gry rynkowej, sprzyja przyjmowaniu strategii współpracy służącej interesom dużych koncertów fonograficznych, a także ułatwia monitoring i obieg informacji”.

293 Trzeba też nadmienić, że wyliczenie instrumentów i czynników zwiększających przejrzystość oraz ułatwiających kontrolę przestrzegania porozumień kontynuowane jest w ostatnim motywie działu poświęconego przejrzystości rynku. Komisja wyjaśnia bowiem, w motywie 113, że „innym źródłem przejrzystości jest monitoring rynku detalicznego”. Po czym dodaje, że „badanie rynku wykryło, iż Sony i BMG wprowadziły system cotygodniowych raportów [...] zawierających informacje o konkurentach”. Na koniec Komisja wskazuje, że badanie „potwierdziło również, że sprzedawcy dużych koncertów fonograficznych utrzymywali regularne i stałe kontakty z detalistami i hurtownikami, ponieważ negocjacje w sprawie wsparcia promocyjnego oraz rabatów promocyjnych nierzadko odbywają się z częstotliwością raz na tydzień”.

294 Z powyższych uwag wynika, że w części decyzji poświęconej badaniu przejrzystości Komisja nie tylko nie stwierdziła, iż rynek był nieprzejrzysty lub niewystarczająco przejrzysty, aby umożliwić zbiorową dominację, lecz, co więcej, wymieniła tylko czynniki zdolne zapewnić dużą przejrzystość rynku i ułatwić kontrolę przestrzegania zasad zмовy, z jednym jedynym wyjątkiem stwierdzenia — o dość zresztą

ograniczonym zakresie i nieopartego dowodami — że rabaty promocyjne mogły ograniczać przejrzystość oraz utrudniać milczące porozumienia. Należy zatem uznać, że ta część decyzji w oczywisty sposób nie może sama w sobie zostać uznana za wystarczające z prawnego punktu widzenia uzasadnienie wniosku, iż rynek nie był dostatecznie przejrzysty.

295 Wobec tego należy następnie zbadać, czy tego rodzaju uzasadnienie nie znajduje się w dziale dotyczącym analizy wspólnej polityki głównych firm w zakresie cen.

296 Na wstępie warto przypomnieć, że przyjęta metoda oraz dokonane ustalenia są identyczne dla rynków pięciu dużych krajów, z zastrzeżeniem bardzo drobnych różnic, tak że w efekcie poniższe uwagi poczynione na temat Zjednoczonego Królestwa stosują się odpowiednio do wszystkich pięciu dużych rynków.

297 Po stwierdzeniu częściowego podobieństwa zmian rzeczywistych średnich cen netto głównych firm w Zjednoczonym Królestwie Komisja nadmienia, w motywie 75 decyzji, że następnie zbadała, czy dodatkowe elementy, a mianowicie ceny katalogowe i rabaty, były wyrównane i dostatecznie przejrzyste, aby dostarczyć wystarczających dowodów świadczących o koordynacji.

298 Należy zaznaczyć tytułem wstępu, że w omawianym dziale Komisja dąży do oceny, czy zachowanie głównych firm może wskazywać na istnienie koordynacji. Z kolei w pismach procesowych przedłożonych Sądowi Komisja wielokrotnie podkreślała, że nie należy mylić polityki prowadzonej wspólnie uczestników gry rynkowej z dowodem na przejrzystość rynku, zaznaczając, iż nawet znaczne wyrównanie stosowanych warunków nie może być dowodem przejrzystości rynku. Co za tym idzie, zgodnie z tą samą tezą Komisji ustalenia dotyczące praktyk głównych firm w zakresie cen i rabatów nie mają znaczenia dla oceny przejrzystości rynku. W tych

okolicznościach uwagi zawarte w tym dziale nie mogłyby być wykorzystane do uzupełnienia braków w uzasadnieniu, o których mowa powyżej. Jednakże, ponieważ teza ta jest niezgodna z decyzją, Sąd uważa za konieczne, by zbadać, czy ustalenia dokonane w tym dziale mogą dostarczyć wystarczającego uzasadnienia dla stwierdzenia braku przejrzystości rynku.

299 Po pierwsze, jeśli chodzi o ceny PCS, Komisja stwierdziła, że każdy z dużych koncernów fonograficznych zrealizował przy pomocy trzech kluczowych PCS ponad 80% łącznej sprzedaży netto ze 100 najlepiej sprzedających się singli w 2003 r., a co więcej, że jedna lub dwie PCS mieszczące się w widełkach 17 pensów (między 8,98 a 9,15 funtów sterlingów) odpowiadały ponad 47% sprzedaży stu bestsellerów (dane są dość podobne w pozostałych dużych krajach; jedna lub dwie PCS mieszczące się w widełkach o rozpiętości 0,36 EUR — między 12,55 a 12,91 EUR — odpowiadały na przykład ponad 60% sprzedaży stu bestsellerów we Włoszech). Na tej podstawie Komisja doszła do wniosku, że „ceny katalogowe najlepiej sprzedających się albumów wydają się raczej wyrównane”. Trzeba przyznać, że wniosek ten jest co najmniej ostrożny, bowiem w rzeczywistości wyrównanie było bardzo wyraźne.

300 Równocześnie należy w tym względzie zaznaczyć, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja nie użyła sformułowania, iż ceny były tylko „raczej wyrównane”, lecz, iż były „zasadniczo wyrównane” (zgodnie z pkt 82 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów „rozpiętość cen PCS jest bardzo niewielka”, a pkt 87 wyraźnie mówi o „znacznym wyrównaniu”). Jeśli chodzi o 20 najlepiej sprzedających się płyt, Komisja mówiła wręcz o niemal całkowitym wyrównaniu (zob. pkt 85 i 86 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów), ale ten fragment analizy nie został przytoczony w decyzji, przy czym Komisja, zapytana o to w trakcie przesłuchania, nie twierdziła, że analiza była nieprawidłowa ani nie potrafiła wyjaśnić, dlaczego ten fragment został usunięty. Ponadto motyw 72 decyzji wspomina tylko o czterech dowodach, na których została oparta analiza wspólnej polityki w zakresie cen, podczas gdy pkt 75 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zawierał jeszcze piąty dowód. Tymczasem, jak przypomniano powyżej, choć pismo w sprawie przedstawienia zarzutów jest jedynie dokumentem wstępnym i Komisja ma pełne prawo, wręcz obowiązek, do zmiany stanowiska na podstawie

informacji uzyskanych w trakcie dochodzenia, nie wolno jej jednak usuwać niektórych mających znaczenie dla sprawy elementów tylko dlatego, że mogłyby nie przystawać do jej nowej oceny.

- 301 W każdym razie, nawet przy uwzględnieniu tylko uwag przytoczonych w decyzji, Komisja doszła do wniosku, że ceny katalogowe były raczej wyrównane.
- 302 Podobnie motyw 76 decyzji wskazuje, że PCS są „dosyć przejrzyste, ponieważ figurują w katalogach dużych koncernów fonograficznych” oraz że „wydaje się zatem możliwe monitorowanie cen katalogowych pozostałych dużych koncernów fonograficznych”. Pomimo iż ta ocena jest, również w tym punkcie, bardzo ostrożna i mocno złagodzona w stosunku do przedstawionej w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 81 pisma wskazywał bowiem, iż „Komisja uważa, że główne firmy fonograficzne mogą niezwykle łatwo monitorować PCS stosowane przy wprowadzaniu na rynek nowych, przebojowych albumów, ponieważ te PCS są powszechnie dostępne w katalogach głównych firm”), niemniej pozostaje faktem, że Komisja wymieniła dodatkowy czynnik sprzyjający przejrzystości rynku. Jawność cen brutto (ceny katalogowe) z pewnością ma duże znaczenie dla przejrzystości w zakresie cen.
- 303 Wynika stąd, że, według brzmienia samej decyzji, ceny katalogowe w dwóch aspektach badanych przez Komisję, tzn. wyrównania i przejrzystości, stanowiły czynnik przejrzystości rynku.
- 304 Po drugie, jeśli chodzi o rabaty, motyw 78 decyzji wskazuje, że Komisja stwierdziła „pewne zróżnicowanie rabatów stosowanych przez duże koncerny” i że „rabaty fakturowe nie stanowią wcale, w porównaniu do innych form rabatów (umowy o współpracy handlowej i rabaty retrospektywne), największych ze stosowanych obniżek cen”. Następnie Komisja zajęła się badaniem, z jednej strony, wyrównania rabatów fakturowych, z drugiej zaś — ich przejrzystości.

305 W odniesieniu do wyrównania rabatów, w motywie 79 decyzji czytamy, że „Komisja stwierdziła pewne wahania w zależności od klienta, a także różnice w wysokości 2–5 punktów procentowych między rabatami fakturowymi Sony i BMG w przypadku większości ich [10] najważniejszych klientów oraz o ponad 5 punktów procentowych w przypadku niektórych klientów w niektórych latach”. Ponadto w motywie nadmienia się, że „te wahania wynikały przede wszystkim z rabatów promocyjnych stosowanych w sposób bardziej elastyczny niż zwykłe rabaty, które na ogół ustala się raz w roku”, i wyciąga na tej podstawie wnioszek, że „na podstawie tych ustaleń nie można wykazać, iż rabaty fakturowe stron uczestniczących w [koncentracji] są wystarczająco wyrównane”.

306 Należy na wstępie zauważyć, że — jak wskazano powyżej — analiza dotyczy zatem zachowania głównych firm, a nie obiektywnych cech rynku, w związku z tym jej przydatność dla oceny stopnia przejrzystości rynku jest co najwyżej względna. Komisja podkreśliła w tej kwestii, że stwierdzenie paralelizmu średnich cen netto dużych koncernów fonograficznych, czy też dużej stabilności średnich rabatów danego koncernu, nie stanowi dowodu ani na istnienie milczącej koordynacji, ani na konieczną przejrzystość i że „pewien stopień wyrównania lub stabilności na poziomie globalnym nie zdoła zastąpić przekonujących i zgodnych dowodów na istnienie przejrzystości wystarczającej, aby umożliwić [przedsiębiorstwom uczestniczącym w oligopolu] wzajemne monitorowanie swoich zachowań rynkowych”. Należy stąd wnioskować, że badanie wyrównania rabatów nie stanowi, według Komisji, odpowiedniego testu do oceny przejrzystości rynku, ponieważ, zdaniem Komisji, nawet wyrównanie rabatów nie może stanowić dowodu na tę okoliczność. Odpowiedni mógłby być bowiem tylko taki test, który pozwalałby stwierdzić zarówno przejrzystość, jak i brak przejrzystości. Jednakże, ponieważ przytoczony powyżej argument Komisji nie znajduje dostatecznego poparcia w decyzji, Sąd zbada, czy uwagi zawarte w motywach 78 i 79 wykazują brak przejrzystości rynku w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób.

307 Przede wszystkim należy stwierdzić, że różnice ogólnych poziomów rabatów fakturowych stosowanych przez uczestników koncentracji, o których mowa w motywie 78 decyzji, są bardzo niewielkie, tj. [poufne] 2–5% ich łącznej sprzedaży brutto w Zjednoczonym Królestwie. We Włoszech ta różnica jest praktycznie żadna,

tj. [poufne] między 0 a 5% (motyw 99 decyzji). Podobnie, różnice 2–5% [poufne] pomiędzy rabatami fakturowymi uczestników koncentracji dla większości ich najważniejszych klientów, przedstawione w motywie 79 decyzji, są bardzo małe. Wynika stąd, że dane zawarte w motywach 78 i 79, a także w odpowiednich motywach dotyczących pozostałych dużych krajów, nie pozwalają uzasadnić wniosku, że rabaty fakturowe nie są dostatecznie wyrównane.

308 Okazuje się też, według brzmienia samej decyzji, że ta niewielka różnica wydaje się nie mieć znaczenia. W świetle motywu 77 decyzji bowiem „analiza Komisji wykazała, że ceny sprzedaży netto są ściśle powiązane z cenami brutto (PCS) ze względu na paralelne — w ciągu sześciu ostatnich lat — zmiany średnich cen brutto oraz rzeczywistych średnich cen netto w Sony i BMG, a także bardzo dużą stabilność współczynnika cen netto do cen brutto dla wszystkich albumów razem wziętych”. Ponadto wbrew temu, co twierdzi Komisja, motyw 77 decyzji nie ogranicza się do zaznaczenia paralelnych zmian samych tylko cen brutto i średnich cen netto dla wszystkich albumów (tj. stabilności średniego rabatu od sprzedaży ogółem), maskujących jakoby ewentualne różnice w rabatach udzielanych na indywidualne albumy, bowiem stwierdza on także stabilność rabatów dla poszczególnych albumów oraz w czasie. Gdyby bowiem druga część zdania motywu 77 dotyczyła, jak utrzymuje Komisja, współczynnika średnich cen brutto i netto, byłaby wówczas zbędna, ponieważ ten współczynnik jest synonimem rozpiętości między cenami brutto a cenami netto, której stabilność odnotowano w pierwszej części zdania. Wynika to również bardzo jasno z wersji autentycznej decyzji, gdzie użyto terminu „współczynniki” w liczbie mnogiej (współczynniki cen brutto do cen netto w podziale według albumów i okresów czasu, bardzo stabilne). Punkt 90 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów również zresztą wskazuje, że Komisja stwierdziła, iż „współczynniki cen brutto do cen netto były bardzo stabilne dla poszczególnych albumów i okresów czasu, w przypadku indywidualnych wydawnictw badanych przez Komisję”. Również pkt 75 ppkt iv) pisma w sprawie przedstawienia zarzutów nadmienia, iż Komisja przeanalizowała rozwój sprzedaży brutto i netto indywidualnych albumów, dodając w przypisie 47, że „analiza cen brutto i netto została przeprowadzona indywidualnie dla 10 najlepiej sprzedających się płyt BMG i Sony w 2002 r.”.

- 309 Ponadto z ostatniego zdania motywu 77 decyzji wynika, że rabaty nie są w stanie realnie wpłynąć na przejrzystość rynku w zakresie cen, zwłaszcza jawnych cen katalogowych, ponieważ stwierdzono, że „gdyby duże koncerny fonograficzne poprzez udzielane rabaty odeszły w znacznym stopniu od uzgodnionej polityki cenowej, efekt ujawniłby się w ich średnich cenach netto”.
- 310 Ponadto, chociaż Komisja w pismach procesowych utrzymuje, że dane dotyczące średnich cen netto lub średnich rabatów nie mogą zostać wykorzystane do wykazania istnienia wyrównania czy koordynacji i że ważne są tylko indywidualne decyzje ustalające ceny, należy stwierdzić, że ta argumentacja nie znajduje potwierdzenia w decyzji. Na przykład w motywie 70 decyzji czytamy, że „Komisja jest zdania, że średnie ceny stanowią odpowiednie narzędzie do ustalenia, czy zachowania dużych koncernów fonograficznych były paralelne”. Zresztą gdyby, jak utrzymywała Komisja w postępowaniu przed Sądem, uwagi dotyczące polityki cenowej nie były istotne dla oceny przejrzystości, oznaczałoby to, że uwagi na temat rabatów znajdujące się w motywach 78–80 decyzji (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do rynków w pozostałych dużych krajach) nie mogą zawierać uzasadnienia braku przejrzystości, ponieważ rabaty są składnikiem cen i są analizowane w ramach badania koordynacji cenowej.
- 311 Z powyższych ustaleń wynika, że uwagi na temat wyrównania rabatów fakturowych, zawarte w motywach 78 i 79 decyzji (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych dużych krajów), nie pozwalają uzasadnić twierdzenia o niedostatecznej przejrzystości rynku.
- 312 Jeśli chodzi o przejrzystość rabatów, motyw 80 decyzji wskazuje, że „odpowiedzi brytyjskich odbiorców udzielone w ramach dochodzenia przeprowadzonego na rynku przez Komisję wskazują w większości, że duże koncerny fonograficzne w pewnym stopniu znały wysokość zwykłych rabatów stosowanych przez swoich konkurentów ze względu na stałe obracanie się w tym samym kręgu klientów”. To samo stwierdzenie, identycznie sformułowane, zostało powtórzone w odniesieniu do

pięciu dużych krajów (motywy 87, 94, 101 i 108 decyzji). Nie mając potrzeby, aby — w ramach badania zarzutu naruszenia obowiązku uzasadnienia — badać zasadność tego stwierdzenia, należy uznać, że wydaje się ono stwierdzać stopień przejrzystości rynku bardzo złagodzony w zestawieniu z dowodami, na jakich się opiera. W szczególności, jeśli chodzi o Włochy, w ogóle nie można zrozumieć, w jaki sposób Komisja mogła uznać, że odpowiedzi klientów wskazują “w większości”, że duże koncerny fonograficzne znały tylko „w pewnym stopniu” rabaty udzielane przez swoich konkurentów, skoro w przypisie dolnym 55 decyzji czytamy, że „pięciu włoskich sprzedawców detalicznych, którzy odpowiedzieli na pytanie, wskazało, że duże koncerny fonograficzne znały ceny PCS i rabaty stosowane przez swoich konkurentów”. Podobnie w przypadku Francji z przypisu 49 decyzji wynika, że trzech sprzedawców detalicznych na czterech wskazało, iż duże koncerny fonograficzne znały ceny PCS i rabaty stosowane na rynku przez swoich konkurentów.

313 Należy też zauważyć, że w przypadku żadnego z krajów w wyjaśnieniach w przepisach nie wprowadza się rozróżnienia na rabaty zwykłe i promocyjne, w związku z czym nie wiadomo, na jakiej podstawie Komisja wywnioskowała z odpowiedzi odbiorców, że główne firmy dysponowały pewną wiedzą, ale tylko na temat zwykłych rabatów, a nie rabatów promocyjnych.

314 W każdym razie należy stwierdzić, iż — według samej decyzji — Komisja uważała, że istnieje pewna przejrzystość zwykłych rabatów.

315 Jak widać, jedyny dowód na nieprzejrzystość, który został podniesiony w decyzji, polega na stwierdzeniu w jej motywie 80 (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych dużych krajów), iż „[j]ednak okazuje się, że rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty i że ich monitorowanie wymaga również dokładnej obserwacji zmian tego typu rabatów na rynku detalicznym”.

- 316 W tym względzie należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że nie zostało powiedziane, iż rabaty promocyjne są nieprzejrzyste, lecz tylko, że są „mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty” oraz, że ich monitorowanie wymaga dokładnej obserwacji. Dodano też, że Komisja stwierdziła, iż Sony i BMG wprowadziły system cotygodniowych raportów opracowywanych przez ich handlowców, natomiast nie zostało wykazane, że raporty zapewniały dostateczny stopień przejrzystości rabatów promocyjnych.
- 317 Trzeba następnie przypomnieć, że — jak wynika z drugiego zdania motywu 150 decyzji — najważniejszymi z rabatów stosowanych we wszystkich krajach są zwykłe rabaty. W efekcie — zgodnie z treścią samej decyzji — rabaty promocyjne mają jedynie ograniczony wpływ na ceny. Podobnie z motywu 77 wynika, że rabaty (zarówno zwykłe, jak i promocyjne) w okresie sześciu ostatnich lat nie oddziaływały na politykę uzgodnioną w zakresie cen.
- 318 Należy też zaznaczyć, że decyzja nie mówi, iż rynek jest nieprzejrzysty, ani nawet, iż jest niewystarczająco przejrzysty, aby umożliwić koordynowanie cen, lecz co najwyżej, iż rabaty promocyjne są mniej przejrzyste, nie dostarczając przy tym nawet najdrobniejszych informacji na temat ich charakteru, sytuacji, w jakich są przyznawane, ani faktycznego znaczenia dla cen netto czy wpływu na przejrzystość cen.
- 319 Należy ponadto przypomnieć, że — jak zostało powiedziane powyżej — Komisja przytoczyła w decyzji wiele okoliczności i czynników, które sprzyjają przejrzystości rynku i ułatwiają kontrolę przestrzegania porozumienia.
- 320 Wynika stąd, że kilka stwierdzeń dotyczących rabatów promocyjnych, zawartych w części decyzji poświęconej badaniu koordynacji cen w większych krajach, ze

względu na fakt, iż są ogólnikowe, niepoparte dowodami, a wręcz sprzeczne z innymi ustaleniami figurującymi w decyzji, nie są w stanie wykazać nieprzejrzystości rynku ani nawet nieprzejrzystości rabatów promocyjnych. Twierdzenia te ograniczają się w dodatku tylko do wskazania, że rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty, a nie wyjaśniają, jakie jest ich znaczenie dla przejrzystości rynku i nie pozwalają zrozumieć, w jaki sposób mogłyby same jedne przeważać wszystkie pozostałe czynniki przejrzystości rynku wymienione w decyzji oraz wyeliminować przejrzystość niezbędną do istnienia zbiorowej pozycji dominującej.

321 Wreszcie, jeśli chodzi o uwagi umieszczone w dziale decyzji poświęconym ocenie sytuacji w mniejszych krajach, Komisja nadmienia przede wszystkim w motywie 149 decyzji, że PCS są wykorzystywane w sposób dość podobny jak w większych krajach. Zaznacza w tym względzie, że większość sprzedaży jest realizowana w oparciu o kilka PCS i że główne firmy używają PCS w sposób paralelny, dodając przy tym, że „jak świadczą liczby przedstawione dla każdego z mniejszych krajów, w odniesieniu do Niderlandów i Belgii, dwie kluczowe PCS koncernów Sony i BMG są praktycznie identyczne”. Na tej podstawie Komisja wyciąga wniosek, że zmiany cen PCS dużych koncernów fonograficznych cechuje wysoki stopień podobieństwa. Ostatecznie z motywu 149 wynika, że Komisja w mniejszych krajach stwierdziła przejrzystość i wyrównanie cen PCS jeszcze wyraźniejsze niż w większych krajach.

322 Jeśli chodzi o rabaty przyznawane w mniejszych krajach, należy stwierdzić, że omawiany dział nie zawiera żadnych uwag na temat rabatów promocyjnych ani nawet o nich nie wspomina. Wręcz przeciwnie, Komisja wskazuje w motywie 150 decyzji, że, podobnie jak w pięciu dużych krajach, najważniejszymi rabatami stosowanymi we wszystkich mniejszych krajach są zwykłe rabaty.

323 Wprawdzie Komisja wskazuje, że rabaty fakturowe udzielane są w bardzo szerokim zakresie przez Sony i BMG, że ich wysokość zmienia się w zależności od klienta, a różnice ich poziomu występują także między BMG i Sony oraz że rabaty te nie są

podawane do publicznej wiadomości i powodują zmniejszenie przejrzystości, jednak nie przedstawia żadnych danych liczbowych dotyczących ich wysokości lub ich zróżnicowania. Ponadto nie wyjaśniono, czy — ani co by było w przypadku odpowiedzi pozytywnej — cechy rynku, podobnie jak w dużych państwach, nie powodują jednak przejrzystości zwykłych rabatów. Nie powiedziano również, czy rabaty, zwykle lub promocyjne, prowadzą do powstania różnic w cenach netto, przy czym wzmianka, że „Komisja nie stwierdziła istnienia dowodów dostatecznych, by wykazać, iż paralelizm średnich cen netto można przypisać cichej zмовie”, wydaje się raczej wskazywać, że się tak nie działo.

324 Wynika stąd, że dział dotyczący mniejszych krajów również nie zawiera uzasadnienia dla stwierdzenia, że rynek nie był przejrzysty z powodu rabatów promocyjnych. W każdym razie sytuacja istniejąca w mniejszych krajach nie mogła stanowić odpowiedniego uzasadnienia dla stwierdzenia dotyczącego stopnia przejrzystości rynków dużych krajów.

325 Ze wszystkich powyższych ustaleń wynika, że zarzut niedostatecznego uzasadnienia wniosku dotyczącego przejrzystości rynku jest zasadny, co samo w sobie daje podstawy do stwierdzenia nieważności decyzji.

326 Sąd zbada jednak dodatkowo zarzuty i argumenty skarżącej, w których utrzymuje ona, że dowody przedstawione przez Komisję w celu wykazania niedostatecznej przejrzystości rynku są dotknięte oczywistym błędem w ocenie.

b) W przedmiocie zarzutu opartego na oczywistym błędzie w ocenie

327 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że przepisy materialnoprawne rozporządzenia, a w szczególności jego art. 2, przyznają Komisji pewne uprawnienia

dyskrecjonalne, zwłaszcza w zakresie oceny natury ekonomicznej, i że w konsekwencji kontrola ze strony sądu wspólnotowego w zakresie wykonywania tychże uprawnień — istotnych dla określenia reguł w dziedzinie koncentracji — powinna być sprawowana z uwzględnieniem owego marginesu uznaniowości, który w sposób dorozumiany wynika z norm o charakterze gospodarczym stanowiących część przepisów regulujących koncentracje (ww. w pkt 245 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 223 i 224 oraz ww. w pkt 232 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 38; ww. w pkt 246 wyrok w sprawie Gencor przeciwko Komisji, pkt 164 i 165; ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 64; wyroki Sądu: z dnia 25 października 2002 r. w sprawie T-80/02 Tetra Laval przeciwko Komisji, Rec. str. II-4519, pkt 119 oraz z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-5575, pkt 60).

328 Trybunał dodał tu jednak:

„Jeśli nawet Trybunał uznaje, że Komisji przysługują pewne granice uznania w dziedzinie ekonomicznej, nie oznacza to, że sąd wspólnotowy powinien powstrzymać się od kontroli interpretacji danych natury ekonomicznej dokonanej przez Komisję. W istocie sąd wspólnotowy powinien dokonać zwłaszcza weryfikacji nie tylko materialnej dokładności przytoczonego materiału dowodowego, jego ścisłości i spójności, ale także kontroli tego, czy te materiały stanowią zbiór mających znaczenie dla sprawy danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie” (ww. w pkt 232 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39).

329 W świetle tych uwag należy teraz zbadać, czy oceny Komisji dotyczące przejrzystości rynku są dotknięte oczywistym błędem.

330 Skarżąca przede wszystkim zwraca uwagę, że przed wydaniem decyzji rynki nagrań muzycznych były uważane za wystarczająco przejrzyste, aby umożliwić zbiorową pozycję dominującą.

- 331 Skarżąca przypomina w tym względzie, że przy okazji badania zgłoszenia zamiaru koncentracji EMI i Time Warner Komisja stwierdziła, że rynek nagrań muzycznych charakteryzuje się produktami o standaryzowanych cenach (standardised pricing products) i jest „bardzo przejrzysty” (zob. pkt 37, 38 i 57 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów dotyczącego zgłoszenia koncentracji EMI/Time Warner).
- 332 Skarżąca dodaje, że Office of Fair Trading w raporcie z września 2002 r. dotyczącym rynku nagrań muzycznych w Zjednoczonym Królestwie („Wholesale supply of compact discs”) również uznało, iż rynek cechuje wysoki stopień przejrzystości i wskazało szereg czynników (między innymi publikowanie cotygodniowych list bestsellerów, wspólna sprzedaż oraz regularne wizyty u sprzedawców detalicznych w celu sprawdzenia stanu zapasów), które zapewniają dostęp do większej niż w innych branżach ilości informacji na temat konkurentów (zob. pkt 114 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów).
- 333 Na koniec skarżąca podnosi, że, w rozpoznawanej sprawie, po przeprowadzeniu pierwszego badania zamiaru koncentracji firm Sony i Bertelsmann, zgłoszonego w dniu 9 stycznia 2004 r., oraz pierwszego badania rynku, w szczególności wśród sprzedawców detalicznych i głównych firm, Komisja w decyzji z dnia 12 lutego 2004 r. stwierdziła, że operacja nasuwa poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem i w związku z tym wszczęła postępowanie na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia. W toku postępowania Komisja kontynuowała swoje dochodzenie i skierowała szereg wniosków o udzielenie informacji do uczestników koncentracji (w dniach 19 lutego, 5 marca, 17 marca, 23 marca, 1 kwietnia i 10 maja 2004 r.), do głównych firm fonograficznych (w dniach 11 marca i 10 maja 2004 r.), a także różnych graczy rynkowych (zob. w szczególności kwestionariusz z dnia 16 kwietnia 2004 r. adresowany do sprzedawców detalicznych). Na podstawie analizy wszystkich otrzymanych danych i informacji, a także rozmów z Sony i BMG, Komisja wystosowała w dniu 24 maja 2004 r. pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym sformułowała tymczasowy wniosek, że operacja jest niezgodna ze wspólnym rynkiem, w szczególności z powodu możliwości umocnienia zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych.

334 Skarżąca podkreśla, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja, po pierwsze, stwierdziła paralelizm cen głównych firm, zarówno brutto, jak i netto, a, po drugie, wyraziła opinię, iż rynek jest wystarczająco przejrzysty, aby umożliwić rozwój zbiorowej pozycji dominującej głównych firm oraz nadzorowanie koordynacji cenowej (zob. w szczególności pkt 93 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów). W pkt 94–115 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja przeanalizowała pod tym kątem 10 czynników, które powodują, że rynek nagrań muzycznych jest szczególnie podatny na koordynację, a także które ułatwiają jej monitorowanie. Komisja zaliczyła do nich: a) jednorodność produktu; b) ograniczoną liczbę PCS; c) ograniczoną liczbę albumów mających istotne znaczenie; d) notowania cotygodniowych list bestsellerów; e) stabilną bazę klientów; f) względną stabilność udziałów w rynku; g) dużą liczbę kontaktów wynikającą z wertykalnej integracji głównych firm; h) dużą ilość powiązań strukturalnych pomiędzy głównymi firmami, takich jak spółki joint venture zajmujące się kompilacjami i dystrybucją, a także umowy licencyjne i dystrybucyjne; i) wspólne uczestnictwo w branżowych stowarzyszeniach; j) wspólne negocjowanie praw autorskich.

335 Wprawdzie na tej podstawie widać, że, wbrew ocenie przyjętej przez Komisję w decyzji, właściwy rynek był uważany, zarówno przez Komisję, jak i organ ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa w zakresie dotyczącym rynku brytyjskiego, za bardzo przejrzysty, a w każdym razie wystarczająco przejrzysty, by umożliwić niezbędne monitorowanie milczącej koordynacji cenowej, niemniej ta jedna okoliczność nie jest sama w sobie w stanie wykazać, że stanowisko zajęte w decyzji przez Komisję jest dotknięte oczywistym błędem w ocenie. Po pierwsze bowiem, ocena krajowego organu ochrony konkurencji w żaden sposób nie może wiązać Komisji w przeprowadzanej przez nią analizie, a po drugie — jak wspomniano powyżej — pismo w sprawie przedstawienia zarzutów stanowi jedynie dokument przygotowawczy, a zawarte w nim oceny mają charakter wyłącznie tymczasowy, Komisja zaś ma obowiązek uwzględnić dowody zebrane w toku postępowania administracyjnego, także argumenty przedstawione przez przedsiębiorstwa objęte postępowaniem, musi też odstąpić od zarzutów, które ostatecznie okażą się bezzasadne. Naturalnie uwaga ta tym bardziej dotyczy wstępnych ocen dokonanych wiele lat wcześniej w ramach badania innej koncentracji lub ocen przedstawionych przez inny organ ochrony konkurencji w innym kontekście. Nie oznacza to jednak, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów jest całkowicie pozbawione wartości lub znaczenia dla sprawy. Jeśli bowiem całe administracyjne postępowanie w sprawie dochodzenia nie ma zostać pozbawione wszelkiego znaczenia, Komisja nie tylko powinna być w stanie wyjaśnić, niekoniecznie

w decyzji, ale co najmniej w postępowaniu przed sądem, powody, dla których uznała, że dokonane tymczasowo oceny były nieprawidłowe, lecz przede wszystkim oceny zawarte w decyzji muszą być zgodne z ustaleniami faktycznymi przedstawionymi w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, o ile nie zostanie wykazane, że ustalenia były jednak nieprawidłowe.

336 Skarżąca utrzymuje również, jako główny argument, że wszystkie dowody zebrane przez Komisję i zawarte zarówno w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, jak i w decyzji, wskazują, iż ceny stosowane przez główne firmy fonograficzne są przejrzyste, a z pewnością wystarczająco przejrzyste, by umożliwić milczącą koordynację. Komisja nie przedstawiła żadnego dowodu świadczącego o nieprzejrzystości rynku, lecz ograniczyła się do wnioskowania na podstawie rzekomych różnic rabatów, że mogły one zmniejszać przejrzystość. Skarżąca formułuje szereg zarzutów dotyczących ustaleń na temat rabatów i utrzymuje, że Komisja przywiązywała nadmierną wagę do rabatów, zwłaszcza promocyjnych, nie zbadawszy nawet, czy mają one znaczenie dla sprawy.

337 Należy teraz po kolei zbadać zarzuty i argumenty dotyczące czynników przejrzystości rynku wskazanych w decyzji, a następnie te, których celem jest zakwestionowanie rzekomych czynników nieprzejrzystości, konfrontując je równocześnie z argumentami i dowodami przedstawionymi przez stronę pozwaną i interwenientów, nawet jeśli wiele z tych dowodów lub argumentów jest między sobą powiązanych i mimo tego, iż ocena przejrzystości rynku powinna się opierać na globalnej analizie wszystkich istotnych dowodów.

Określone w decyzji czynniki przejrzystości

338 Po pierwsze, należy przypomnieć, że ceny sprzedaży brutto głównych firm dla ich odbiorców (sprzedawców detalicznych, supermarketów itp.) są jawne, ponieważ figurują w ich katalogach. Jest to bezspornie bardzo ważne źródło przejrzystości

w zakresie cen. Motyw 76 decyzji nadmienia jedynie, że „PCS są dosyć przejrzyste, ponieważ figurują w katalogach głównych firm” oraz że „monitorowanie cen katalogowych pozostałych głównych firm wydaje się zatem możliwe”. Jednakże to łagodne sformułowanie nie może relatywizować ustalenia przejrzystości cen brutto, skoro ani w decyzji, ani w toku postępowania sądowego Komisja nie powołała żadnych dowodów przemawiających za tym, że ceny brutto były tylko „dosyć przejrzyste”. W piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 81) Komisja oznajmia zresztą:

„Komisja uważa, że dla głównych firm fonograficznych niezwykle łatwe jest monitorowanie PCS stosowanych przy wypuszczaniu na rynek nowych, przebojowych albumów, ponieważ te PCS są powszechnie dostępne w katalogach głównych firm”.

339 Po drugie, trzeba podkreślić, iż w decyzji wskazano, że chociaż uczestnicy koncentracji zapewniali, że używają ponad 100 PCS, Komisja stwierdziła, że każdy z dużych koncernów fonograficznych przy pomocy trzech ze swoich kluczowych PCS, w zależności od kraju, osiągnął od ponad 55 do ponad 80% łącznej sprzedaży stu bestsellerów. Taka koncentracja większości sprzedaży albumów wokół bardzo niewielkiej liczby cen referencyjnych, co potwierdzają odpowiedzi głównych firm, skutkuje ułatwieniem koordynacji cen — jak to zresztą podkreśliła Komisja w pkt 96 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów: „Ten system cenowy ułatwia koordynowanie, ponieważ dostarcza łatwą do zinterpretowania informację na temat poziomu, na jakim główne firmy ustalają cenę dla większości swojej sprzedaży”.

340 W odpowiedzi na skargę Komisja oczywiście podniosła argument złożoności procesu ustalania cen hurtowych ze względu na różny poziom sukcesu, jaki osiągają indywidualne albumy, co ma wpływ na początkowe ustalenie ceny PCS przy wydaniu albumu oraz przy późniejszych zmianach, w efekcie czego trudno określić, czy PCS albumu ulega zmianie, żeby podtrzymać spadającą popularność czy w ramach strategii „odstępstwa”. Przede wszystkim należy stwierdzić, że ta argumentacja nie znajduje poparcia w decyzji, a wręcz jest sprzeczna z zawartymi w niej ustaleniami. Jak wspomniano bowiem powyżej, Komisja stwierdziła w motywie 76 decyzji (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych dużych krajów), że

wprawdzie główne firmy utrzymują, iż używają ponad 100 PCS, jednak tylko dwie lub trzy PCS są przez nie używane dla przeważającej części sprzedaży. Ponadto w motywie 110 decyzji powiedziane jest, że „pomimo tej różnorodnej zawartości zasady ustalania cen albumów i wprowadzania do obrotu na rynku hurtowym wydają się dość ustandaryzowane”. Należy z kolei zauważyć, że ponieważ poziom sukcesu albumu jest w każdym czasie znany dzięki listom bestsellerów, główne firmy — wbrew temu, co utrzymuje Komisja — mogą z łatwością określić, czy zmiana PCS albumu mieści się czy się nie mieści w ramach uzgodnionej polityki cenowej.

341 Po trzecie, w motywie 111 decyzji czytamy, co następuje:

„[...] Mimo iż sprzedaż albumów odbywa się w oparciu o ograniczoną liczbę cen referencyjnych, szeroka gama albumów oferowanych po różnych cenach katalogowych może komplikować monitorowanie przestrzegania porozumienia. Jednakże głównym firmom wystarczy jedynie śledzić ceny referencyjne niewielkiej liczby albumów spośród tych najlepiej sprzedających się, aby monitorować większość sprzedaży. Z danych dostarczonych przez uczestników koncentracji wynika, że 20 najlepiej sprzedających się tytułów w każdym roku stanowi co najmniej połowę rocznej sprzedaży BMG we wszystkich krajach razem wziętych, z wyjątkiem Niemiec” (zob. także pkt 85 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów).

342 W odpowiedzi na skargę Komisja utrzymuje jednak, że, ponieważ nie można przewidzieć z całą pewnością poziomu przyszłego sukcesu przed wydaniem danego albumu (ani też jak długo on potrwa), udana koordynacja wymagałaby stałego śledzenia PCS indywidualnych albumów w liczbie dużo większej niż liczba albumów ujmowanych post factum w wykazach pozycji, które miały największy wpływ na wielkość obrotów każdej z głównych firm.

343 Należy stwierdzić, że ta argumentacja nie znajduje żadnego oparcia w decyzji, według której głównym firmom, aby monitorować większość sprzedaży, wystarczy

jedynie śledzenie cen referencyjnych niewielkiej liczby albumów spośród tych najlepiej sprzedających się. Monitorowanie to zresztą ogromnie ułatwiają listy bestsellerów, które przez cały czas dostarczają bardzo dokładnych informacji na temat zmian popularności poszczególnych albumów.

- 344 Ponadto — jak słusznie podkreśla skarżąca — również decyzja wskazuje, że „Komisja znalazła pewne dowody na to, że ceny PCS mogły być używane jako podstawa dla wyrównania cen”. Twierdzenie Komisji, że ustalenie to nie było ostateczne, ewidentnie nie może zostać uwzględnione, ponieważ decyzja z definicji stanowi ostatnie stadium procedury badania koncentracji, a Komisja nie wskazała w treści decyzji żadnego innego dowodu, który podważałby lub łagodził wydzwięk tego ustalenia. Komisja jedynie powołuje fakt, że uczestnicy koncentracji przedstawili dowody wykazujące, że kombinacje PCS odpowiadające ich 20 najlepiej sprzedającym się singlom w dużej części zmieniały się często z kwartału na kwartał oraz, że nieprzewidywalność sukcesu zmuszałaby każdą główną firmę do monitorowania PCS ponad 80 albumów wyprodukowanych przez jej konkurentów (lub ponad 60 albumów po dokonaniu koncentracji). Tymczasem akurat to stwierdzenie nie zostało przytoczone w decyzji, a zawarte w niej stwierdzenia mu przeczą.
- 345 Należy również stwierdzić, iż dane przedstawione przez ekonomistów zatrudnionych przez uczestników koncentracji, poza tym, że nie widać, w jaki sposób były w stanie pozwolić na dojście do wniosku, który wyciągnęła na ich podstawie Komisja, są niejasne i nie wydają się wiarygodne. Jest co najmniej zaskakujące, że PCS mogły wzrosnąć, z kwartału na kwartał, w proporcjach wskazanych [*poufne*].
- 346 W każdym razie liczba albumów, które według Komisji trzeba by monitorować, nie wydaje się aż tak duża, aby uniemożliwić realizację ani nawet, żeby uczynić monitorowanie szczególnie uciążliwym lub kosztownym, tym bardziej że — jak przyznaje Komisja — listy bestsellerów znacznie ułatwiają zadanie.

- 347 Z powyższych ustaleń wynika, że trzy czynniki — jawność cen brutto (PCS), ograniczona liczba cen referencyjnych i albumów do monitorowania — wskazane w decyzji są w stanie wpłynąć na wysoki poziom przejrzystości cen.
- 348 Ponadto, jak zostało powiedziane w motywie 112 decyzji „istnieją na rynku inne instrumenty, które zwiększają przejrzystość i mogą ułatwiać kontrolę przestrzegania porozumienia”.
- 349 Po pierwsze, decyzja wskazuje w motywie 112, że „cotygodniowe notowania [list bestsellerów] dostarczające informacji na temat sprzedaży poszczególnych tytułów pozwalają bardzo łatwo wychwycić tytuły, które stały się »hitami« i generują większą część sprzedaży”. Listy bestsellerów stanowią dzięki temu poważne źródło przejrzystości, gdyż pozwalają nie tylko zidentyfikować w każdym momencie najlepiej sprzedające się albumy, ale także sprawdzać, czy albumy są sprzedawane po cenach odpowiadających poziomowi ich popularności, albowiem PCS są jawne. Decyzja stwierdza zresztą wyraźnie, że te „cotygodniowe notowania dotyczące sprzedaży poszczególnych tytułów znacznie ułatwiają monitorowanie przez główne firmy”.
- 350 Po drugie, rynek „charakteryzuje się stabilnymi i trwałymi relacjami między sprzedawcami detalicznymi a głównymi firmami fonograficznymi”, ponieważ każdy sprzedawca detaliczny musi oferować produkty wszystkich dużych koncernów (motyw 112 decyzji).
- 351 Po trzecie, według decyzji, na rynku obecna jest tylko niewielka liczba uczestników gry rynkowej, a duża część sprzedaży trafia do ograniczonej grupy odbiorców. Jak zostało powiedziane w motywie 112 in fine, taka sytuacja „sprzyja przyjmowaniu strategii współpracy służącej interesom głównych firm, a także ułatwia monitorowanie i obieg informacji”.

352 Po czwarte, Komisja stwierdziła istnienie monitorowania rynku detalicznego. W motywie 113 czytamy, że „badanie wykryło, iż Sony i BMG wprowadziły system cotygodniowych raportów zawierających informacje o konkurentach”.

353 W odpowiedzi na skargę Komisja oczywiście utrzymuje, że raporty przekazane jej przez uczestników koncentracji nie zawierały informacji o rabatach i że nie zdołała wykazać, że raporty zapewniały dostateczny stopień przejrzystości rabatów promocyjnych udzielanych przez konkurentów.

354 W tej kwestii należy przede wszystkim zaznaczyć, że niezależnie od stopnia szczegółowości informacji na temat cen sprzedaży brutto, netto czy cen detalicznych lub na temat rabatów zawartych w tych raportach, stanowią one — jak zresztą zostało powiedziane w decyzji — dodatkowy czynnik przejrzystości rynku. Z raportów tygodniowych przedłożonych przez Komisję wynika, że obejmują one informacje na temat zapasów albumów konkurencji i zmian stanu tych zapasów.

355 Należy też podkreślić, że mamy tu do czynienia tylko z kilkoma przykładowymi raportami tygodniowymi, przekazanymi przez samych uczestników koncentracji.

356 [poufne]

357 [poufne]

358 [poufne]

359 [poufne]

360 [poufne]

361 Po piąte, w motywie 113 decyzji powiedziano, że handlowcy dużych koncernów fonograficznych utrzymywali regularne i stałe kontakty z detalistami i hurtownikami, ponieważ negocjacje w sprawie wsparcia promocyjnego i rabatów promocyjnych nierzadko odbywają się z częstotliwością raz na tydzień. Wprawdzie istnienie kontaktów ze sprzedawcami detalicznymi nie ma w sobie nic nienormalnego, ich duża częstotliwość pozwala jednak handlowcom uzyskiwać dokładniejsze informacje o konkurencji i stosowanych przez nią warunkach oraz śledzić nieomal na bieżąco zmiany w poziomie popularności poszczególnych albumów konkurentów. Dotyczy to rozpoznawanej sprawy, tym bardziej że — jak czytamy w motywie 112 decyzji — rynek cechuje się tym, że każdy sprzedawca detaliczny musi oferować produkty wszystkich głównych firm, w efekcie czego każda główna firma jest w stałym kontakcie ze wszystkimi odbiorcami swoich konkurentów i może w ten sposób uzyskiwać dokładne informacje o stosowanych przez nich warunkach. Zostało również stwierdzone, że duża część sprzedaży trafia do ograniczonej grupy odbiorców. Czynniki te są w stanie pociągnąć za sobą dużą przejrzystość rynku. Komisja w motywie 112 decyzji doszła zresztą do wniosku, że taka sytuacja „sprzyja przyjmowaniu strategii współpracy służącej interesom dużych koncernów fonograficznych, a także ułatwia monitorowanie i obieg informacji”.

362 Z pięciu dodatkowych czynników wynika, że przejrzystość, która już była silna dzięki pierwszym trzem czynnikom określonym powyżej (w szczególności dzięki publikowaniu cen sprzedaży) została jeszcze zwiększona. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w pkt 116 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja sama sformułowała wniosek, iż „struktura rynku jest taka, że informacje krążą swobodnie, monitorowanie zaś przez każdą z głównych firm polityki wszystkich pozostałych stanowi zwykłą rutynową praktykę”.

- 363 Teraz przyszła kolej na zbadanie, czy czynniki powołane przez Komisję jako przyczyna braku przejrzystości rynku mają aż taką wagę, że pozwalają podważyć wniosek, iż rynek jest wystarczająco przejrzysty, by umożliwić monitorowanie przestrzegania wspólnie ustalonej polityki w zakresie cen.

Czynniki mogące zmniejszyć przejrzystość rynku

- 364 Wbrew istnieniu licznych źródeł przejrzystości rynku przypomnianych powyżej Komisja — jak wynika z motywu 157 decyzji — ustaliła jednak brak zbiorowej pozycji dominującej z powodu stwierdzonych braków na poziomie rzeczywistej przejrzystości.
- 365 Z działu poświęconego badaniu przejrzystości rynku wynika, iż ta ocena opiera się na przedstawionym w motywie 111 decyzji twierdzeniu, że „pewna kontrola na poziomie pojedynczego produktu, tj. albumu, jest również konieczna, zwłaszcza w odniesieniu do rabatów promocyjnych”. Dalej w tym motywie czytamy, że „dochodzenie na rynku wykazuje, iż ta konieczność mogła ograniczać przejrzystość rynku i utrudniać milczące porozumienia” oraz iż „Komisja nie znalazła dostatecznych dowodów, aby stwierdzić, że trudności te [mogły] zostać w przeszłości pokonane”. W tej kwestii motyw 113 decyzji wyjaśnia, że Komisja nie znalazła „dostatecznych dowodów, aby wykazać, że przez monitorowanie cen detalicznych lub wykorzystywanie kontaktów ze sprzedawcami detalicznymi duże koncerty fonograficzne mogły w przeszłości zrekompensować sobie niedobór przejrzystości w zakresie rabatów promocyjnych”. Wynika stąd, że to właśnie ze względu na rabaty, a przynajmniej rabaty promocyjne, Komisja uznała, że rynek nie był wystarczająco przejrzysty, aby umożliwić stworzenie zbiorowej pozycji dominującej.

366 W tym względzie należy na wstępie zauważyć, iż Komisja nie sformułowała w decyzji wniosku, że ze względu na rabaty rynek nie był przejrzysty ani nawet że rabaty miały wpływ na przejrzystość lub stopień przejrzystości konieczny, aby umożliwić zbiorową pozycję dominującą, lecz jedynie, że rabaty mogły „utrudniać milczące porozumienia”. W tych okolicznościach oraz ze względu na jawność, a więc przejrzystość cen PCS i wszystkie pozostałe czynniki, które — zgodnie z treścią samej decyzji — zwiększają przejrzystość rynku i ułatwiają kontrolę przestrzegania porozumień, uwagi i ustalenia zawarte w dziale poświęconym badaniu przejrzystości rynku — jak orzeczono w związku z zarzutem dotyczącym uzasadnienia — nie pozwalają uzasadnić oceny, że rynek nie był wystarczająco przejrzysty.

367 Natomiast w sekcji poświęconej badaniu wspólnej polityki cenowej Komisja — używając identycznych sformułowań w odniesieniu do pięciu dużych krajów — stwierdziła wahania rabatów wynikające przede wszystkim z rabatów promocyjnych i dodała, że nie zdołała wykazać wystarczającego stopnia przejrzystości rabatów promocyjnych (motywy 79 i 80 decyzji w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa oraz odpowiednio w motywach 86 i 87, 93 i 94, 100 i 101 i 107 i 108 w odniesieniu do pozostałych krajów).

368 Ocena Komisji opiera się na założeniu, przedstawionym *expressis verbis* w pismach procesowych Komisji oraz w sposób dorozumiany w decyzji, że milcząca koordynacja w zakresie cen może być skuteczna tylko wtedy, jeśli dotyczy cen sprzedaży netto, tzn. cen brutto, w tym przypadku cen PCS po odliczeniu rabatów. Prowadzenie wspólnej polityki na poziomie PCS i zdolność monitorowania jej respektowania nie służyłyby bowiem niczemu, gdyby utajone i nieprzejrzyste rabaty niweczyły efekty koordynacji cen katalogowych.

369 Z decyzji wynika (motyw 73), że główne firmy udzielają rabatów różnego typu: rabatów fakturowych (zwykłych lub promocyjnych), rabatów wstecznych oraz rabatów z tytułu umów o współpracy handlowej. Jest pewne, że jedynie rabaty fakturowe były uważane przez Komisję za istotne z punktu widzenia oceny

przejrzystości. Z jednej strony bowiem, zgodnie z brzmieniem motywu 73 (a także motywu 151), dochodzenie wykazało, że kwoty płacone z tytułu umów o współpracy handlowej stanowiły raczej rodzaj wynagrodzenia za działania marketingowe niż prawdziwy opust, z drugiej zaś strony rabaty wsteczne są, zgodnie z motywami 78, 92, 99 i 106 decyzji, albo niskie, albo w ogóle zerowe i — jak powiedziano w motywie 151 decyzji — ponieważ powinny „z założenia funkcjonować jako rodzaj »opustu lojalnościowego«, nie mają bezpośredniego wpływu na konkurencję cenową”. Wszystkie motywy decyzji dotyczące przejrzystości rabatów (motywy 111 i 113 w dziale poświęconym przejrzystości oraz motywy 79 i 80 w dziale dotyczącym wspólnej polityki cenowej w Zjednoczonym Królestwie, a także w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych dużych państw) zawierają zresztą jedynie uwagi na temat przejrzystości samych tylko rabatów fakturowych (zwykłych i promocyjnych). Podobnie w złożonych do Sądu pismach procesowych Komisja powoływała się na brak przejrzystości wyłącznie rabatów fakturowych.

370 Należy przede wszystkim stwierdzić, że motywy 111 i 113 nie zawierają ustaleń na ten temat, lecz w rzeczywistości ograniczają się do odesłania do uwag przedstawionych w dziale poświęconym badaniu wspólnej polityki cenowej (tj. motywy 79 i 80 w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa oraz odpowiednie motywy odnoszące się do pozostałych większych krajów, które są sformułowane dokładnie w taki sam sposób).

371 Należy jednak podkreślić, że odesłanie dotyczy — przynajmniej tak zostało wyraźnie powiedziane — tylko rabatów promocyjnych, a nie zwykłych rabatów. Bowiem z jednej strony motyw 111 mówi o konieczności kontroli na poziomie albumu „zwłaszcza w odniesieniu do rabatów promocyjnych”, z drugiej zaś strony motyw 113 in fine wskazuje na „niedobór przejrzystości w zakresie rabatów promocyjnych, o którym była mowa w odniesieniu do pięciu dużych państw członkowskich”. Z uwag zawartych w części poświęconej przejrzystości wynika zaś, że brak przejrzystości jest efektem jedynie rabatów promocyjnych. Analizę tę potwierdzają zresztą motywy 79 i 80. I tak w motywie 79 decyzji stwierdza się, że wahania wysokości rabatów „wynikały przede wszystkim z rabatów promocyjnych stosowanych w sposób bardziej elastyczny niż zwykłe rabaty, które na ogół ustala się raz w roku”. Podobnie, w motywie 80 decyzji wskazano, że główne firmy „w pewnym

stopniu znały wysokość zwykłych rabatów stosowanych przez swoich konkurentów ze względu na stałe obracanie się w tym samym kręgu klientów” i że „rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty”. Natomiast nigdzie, w żadnym miejscu w decyzji, nie zostało powiedziane, a tym bardziej więc nie zostało udowodnione, że zwykłe rabaty były nieprzejrzyste lub niewystarczająco przejrzyste.

372 W pismach procesowych złożonych do Sądu Komisja również uznała dość przejrzysty charakter zwykłych rabatów, w szczególności dlatego, że są ustalane raz na rok i stosują się do całej sprzedaży do danego klienta (przy czym stawki mogą być różne dla muzyki pop, muzyki klasycznej lub albumów reklamowanych w telewizji) i przedstawiała argumenty odnoszące się jedynie do ustalenia braku przejrzystości rabatów promocyjnych. W odpowiedzi na skargę Komisja wyjaśniła także, iż przykładała taką wagę do rabatów promocyjnych ze względu na istniejącą konieczność monitorowania wszystkich składników cen netto, ponieważ stosunkowo przejrzyste PCS i pewna wiedza na temat zwykłych rabatów nie byłyby wystarczające, gdyby wysokie, nieprzejrzyste rabaty promocyjne były przyczyną wahań cen netto. Równocześnie wskazała, iż nie zdołała ustalić, że główne firmy na pewno znały rzeczywiste praktyki ustalania cen netto innych głównych firm „w obliczu dowodów relatywnej przejrzystości PCS, kilku dowodów na pewną przejrzystość zwykłych rabatów oraz solidnych dowodów na nieprzejrzysty i złożony charakter rabatów promocyjnych”. Wreszcie w uwagach końcowych Komisja wyraźnie wskazała, że ustaliła w decyzji „wysoki stopień przejrzystości zarówno cen PCS, jak i zwykłych rabatów”.

373 Zatem i z samej decyzji, i z argumentacji przedstawionej przez Komisję przed Sądem wynika, że jedyny dowód na rzekomy brak przejrzystości rynku wiąże się z mniejszą przejrzystością rabatów promocyjnych.

374 Należy przede wszystkim stwierdzić, że jedynie w motywie 80 decyzji (oraz odpowiednio w motywach 87, 94, 101 i 108 w odniesieniu do czterech pozostałych

dużych państw, sformułowane w identyczny sposób) jest wyraźnie mowa o przejrzystości rabatów. Czytamy w nim, co następuje:

„[J]eśli chodzi o przejrzystość rabatów, odpowiedzi klientów [...] udzielone w ramach dochodzenia przeprowadzonego na rynku przez Komisję wskazują w większości, że duże koncerny fonograficzne w pewnym stopniu znały wysokość zwykłych rabatów stosowanych przez swoich konkurentów ze względu na stałe obracanie się w tym samym kręgu klientów. Jednak okazuje się, że rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty i że ich monitorowanie wymaga również dokładnej obserwacji zmian tego typu rabatów na rynku detalicznym”.

375 W tej kwestii należy zaznaczyć, że w przypadku większości dużych krajów odpowiedzi przedstawione w przypisach do motywów 80, 87, 94, 101 i 108 decyzji wskazują na stopień przejrzystości wyższy niż określony w decyzji. Na przykład w przypisie 55 powiedziane jest, że „pięciu włoskich sprzedawców detalicznych, którzy odpowiedzieli na pytanie, wskazało, że duże koncerny fonograficzne znały ceny PCS i rabaty stosowane przez swoich konkurentów”, w przypadku francuskich detalistów proporcje wynoszą trzy na cztery odpowiedzi, przy czym czwarty respondent uznał, że nie jest w stanie się wypowiedzieć (zob. przypis 49). Z wyjątkiem jednego odbiorcy brytyjskiego, w przypadku żadnego z pozostałych krajów przypis nie wskazuje, żeby chociaż jeden sprzedawca detaliczny odpowiedział, że główne firmy nie znały swoich rabatów. Podobnie w Niemczech, z wyjątkiem jednego detalisty na ośmiu, żaden z respondentów — zgodnie z objaśnieniami w przypisach — nie stwierdził, że główne firmy tylko w pewnym stopniu znały rabaty stosowane przez swoich konkurentów.

376 Ponadto należy podkreślić, że żaden z przypisów nie wyjaśnia, iż sprzedawcy detaliczni odpowiedzieli, że główne firmy znały tylko zwykłe rabaty, a nie rabaty promocyjne, odpowiedzi dotyczyły bowiem rabatów ogólnie, bez wprowadzania rozróżnienia na ich kategorie.

377 W związku z tym należy uznać, że dowody, o których mowa w decyzji, nie mogą stanowić podstawy dla wniosków, jakie z nich wyciągnięto.

378 Okazuje się również, że wnioski wyciągnięte na podstawie tych samych dowodów w decyzji bardzo wyraźnie różnią się także od ustaleń przedstawionych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.

379 Na przykład, w pkt 81 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów czytamy, że „Komisja uważa, iż istnieją wystarczające dowody, że główne firmy są wzajemnie poinformowane o swoich stosowanych odpowiednio warunkach handlowych”. Co więcej, z tego pisma wynika, iż mamy tu do czynienia nie tyle z oceną Komisji, która może ulec zmianie, lecz raczej z ustaleniem faktycznym wynikającym z dochodzenia Komisji. Punkt 92 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów wyjaśnia bowiem, że „[i]nformacje uzyskane od sprzedawców detalicznych wskazują, iż główne firmy nie tylko znały nawzajem swoje cenniki, ale że ponadto znały swoje rabaty i praktyki handlowe pozostałych. Niektórzy z największych detalistów z Francji, ze Zjednoczonego Królestwa i z Niemiec poinformowali Komisję, że ich zdaniem główne firmy miały dokładną wiedzę na temat warunków handlowych każdej z nich”. Podobnie, zgodnie z przypisem 54 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, sprzedawcy detaliczni zeznali: „Główne firmy bardzo dobrze znały widełki rabatowe stosowane przez swoich konkurentów. Powszechnie wiadomo, że handlowcy głównych firm są zaznajomieni z upustami na transakcje handlowe przyznawane przez koncerty fonograficzne. Jeden z klientów oświadczył, że główne firmy znały nawzajem swoje rabaty z dokładnością 0,5–1%”. Komisja kontynuuje ten temat w pkt 92 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów w następujący sposób: „Wielu sprzedawców detalicznych sądzi także, że powszechną praktyką jest wykorzystywanie warunków uzyskanych od jednej z głównych firm w celu wynegocjowania lepszej pozycji u innych głównych firm”, a w przypisie 55 cytuje następującą odpowiedź jednego z detalistów: „Przy negocjacjach handlowych powołujemy się na warunki i rabaty stosowane przez inne główne firmy. Niewielka liczba dostawców pozwala głównym firmom łatwo uzyskać kompletny obraz warunków, jakie są stosowane, a w konsekwencji, dostosować do nich swoje”. Na koniec — aczkolwiek jest to bardziej ocena niż stwierdzenie — Komisja oznajmia w pkt 129 pisma w sprawie

przedstawienia zarzutów, iż „[b]adanie rynku potwierdziło, że handlowcy głównych firm utrzymują regularne i stałe kontakty z detalistami i hurtownikami [...] Ponadto dzięki publikowaniu różnego rodzaju rankingów główne firmy mogą z łatwością sprawdzać, czy inne główne firmy oferują dodatkowe rabaty na swoje najlepsze albumy”.

380 Lektura odpowiedzi na skargę Komisji rodzi zresztą jeszcze więcej pytań. W przypisie 45 do pkt 51 odpowiedzi na skargę Komisja wyjaśnia: „Strony zgłaszające koncentrację utrzymywały, że część odpowiedzi twierdzących dotyczyła jedynie PCS lub nie uwzględniała rozróżnienia pomiędzy PCS a rabatami. Tylko w pięciu odpowiedziach na łączną liczbę 36 dostępnych odpowiedzi, otrzymanych ze wszystkich krajów, stwierdzono wyraźnie, że istniała pewna przejrzystość rabatów; odmiennego poglądu broni wyraźnie 11 odpowiedzi”. Choć pierwsze zdanie bez wątplenia wskazuje, że mamy do czynienia jedynie z argumentem wysuniętym przez uczestników koncentracji, to drugie zdanie jest przedstawione jako ustalenie faktyczne Komisji. Tymczasem należy stwierdzić, że stoi ono w oczywistej sprzeczności z odpowiedziami sprzedawców detalicznych zaprezentowanymi w decyzji, bowiem przypisy 49, 52, 55 i 57 decyzji wskazują — jak zostało powiedziane powyżej — że większość detalistów odpowiedziała, iż główne firmy znały rabaty swoich konkurentów, przy czym nigdzie nie jest powiedziane, że była to wiedza częściowa lub przybliżona, i że żaden (z wyjątkiem jednego detalisty brytyjskiego) nie utrzymywał, że rabaty nie były przejrzyste. Argument Komisji nie może w związku z tym być uwzględniony. Ponadto odpowiedź Komisji na skargę Komisji powołuje się tylko na odpowiedzi 36 sprzedawców detalicznych, podczas gdy jest ich co najmniej 42, co uczestnicy koncentracji skomentowali zresztą w swoim piśmie dotyczącym przejrzystości z dnia 17 czerwca 2004 r.

381 Z kolei z odpowiedzi Komisji na pisemne pytania Sądu wynika, że wnioski, jakie wyciągnęła z dochodzenia przeprowadzonego wśród sprzedawców detalicznych, można częściowo wyjaśnić okolicznością, że przyjęła argumentację przedstawioną przez uczestników koncentracji w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz w piśmie dotyczącym przejrzystości cen złożonym w dniu 17 czerwca

2004 r. po przesłuchaniu przed Komisją, zgodnie z którym nie należy brać pod uwagę twierdzących odpowiedzi sprzedawców detalicznych, którzy nie wyjaśnili, czy mówią o PCS, czy o rabatach, czy o jednych i drugich.

- 382 Przed zbadaniem zasadności tego wyjaśnienia należy przede wszystkim wyrazić zdziwienie, że zostało ono dostarczone tak późno. Skoro stopień przejrzystości stanowi kwestię zasadniczą w rozpoznawanej sprawie, trudno zrozumieć, iż wyjaśnienie dotyczące głównego dowodu nie figuruje ani w decyzji, ani przede wszystkim, w odpowiedzi na skargę, ani nawet w piśmie zawierającym uwagi dodatkowe, lecz zostało przedstawione w przeddzień rozprawy w odpowiedzi na konkretne pytanie Sądu.
- 383 Jeśli chodzi o zasadność tego argumentu, należy przypomnieć, że kwestionariusz skierowany przez Komisję do sprzedawców detalicznych zawierał następujące pytanie: „Czy, według doświadczeń Państwa działu zakupów, koncerny fonograficzne znają ceny PCS i rabaty swoich konkurentów?”. Jak słusznie zwraca uwagę skarżąca, nie ma żadnego istotnego powodu, by uważać, że odpowiedzi twierdzące (skądinąd wyrażane niekiedy w formie bardzo kategorycznej, jak na przykład „oczywiście”, „absolutnie” czy „na pewno”) respondentów, którzy nie wyjaśniali, czy mówią o PCS, czy o rabatach, czy jednych i drugich, nie mogą zostać wzięte pod uwagę. Odpowiedź na tak sformułowane pytanie, niezależnie, czy twierdząca, czy przecząca, logicznie rzecz biorąc, powinna być w istocie rozumiana w ten sposób, że dotyczy obydwu rozpatrywanych elementów, jeżeli nie zawiera zastrzeżenia lub dodatkowej informacji. W sytuacji gdy Komisja uważała, że istnieją jednak wątpliwości co do dokładnego znaczenia odpowiedzi, powinna ona być — w szczególności ze względu na wagę, jaką ta kwestia miała dla decyzji — zweryfikować wątpliwe odpowiedzi u respondentów, co zresztą można było zrobić w krótkim czasie.
- 384 W każdym razie należy stwierdzić, że twierdzenie stron zgłaszających koncentrację, poparte przez Komisję, jakoby „[t]ylko w pięciu odpowiedziach na łączną liczbę 36 stwierdzono wyraźnie, że istniała pewna przejrzystość rabatów, podczas gdy odmiennego poglądu broni wyraźnie 11 odpowiedzi”, jest w oczywisty sposób błędne.

385 Co się tyczy jedenastu odpowiedzi, które rzekomo wyraźnie wskazywały brak przejrzystości rabatów, należy stwierdzić, że z pisma Sony i BMG z dnia 17 czerwca 2004 r. (załącznik C.9 do uwag interwenienta) wynika przede wszystkim, że powoływana liczba wynosi dziesięć odpowiedzi przeczących, a nie jednaście (zob. str. 213) i że w rzeczywistości w piśmie wymieniono tylko siedem, z czego jedynie cztery dotyczą większych krajów, które były przedmiotem zasadniczego badania w decyzji. Okazuje się ponadto, że prawie żadna z tych czterech odpowiedzi nie może być odczytana jako odpowiedź wyraźnie przecząca. Nie ma wątpliwości, że odpowiedź [poufne] „moim zdaniem znają oni ceny PCS konkurentów” nie może być rozumiana jako wskazująca wyraźnie, iż główne firmy nie znają rabatów konkurentów. Inna odpowiedź dotycząca rynku niemieckiego brzmi: „nie w szczególności, ale znają ceny minimalne konkurencji”, co również nie stanowi odpowiedzi wyraźnie przeczącej. Dotycząca rynku Zjednoczonego Królestwa odpowiedź figurująca na str. 61 [poufne] jest jedyną odpowiedzią wyraźnie przeczącą „PCS — Tak. Rabaty — Nie”, ale dodano w niej jednak od razu, że „natomiast jeśli na jakiś album rabat jest przyznawany ogólnie dla wszystkich detalistów, wówczas spadek średniej ceny sprzedaży detalicznej, który z niego wynika, będzie oczywisty dla całego rynku”. Wreszcie inna rzekomo przecząca odpowiedź [poufne] wspomniana w piśmie z dnia 17 czerwca 2004 r. („nie mamy informacji, czy koncerty fonograficzne orientują się w cenach PCS i rabatach swoich konkurentów”) nie figuruje w aktach sprawy. Cztery pozostałe odpowiedzi dotyczące rynku Zjednoczonego Królestwa (zarówno według decyzji, jak i dokumentów przekazanych Sądowi przez Komisję, odpowiedzi udzieliło pięciu brytyjskich sprzedawców detalicznych) brzmią bowiem następująco: „PCS — Tak. Rabaty — Z dokładnością między 0,5 a 1%” (str. 56), „Oczywiście” (str. 58), „Tak” (str. 63), „koncerty fonograficzne są dobrze poinformowane o PCS swoich konkurentów [...] sądzi, że są również dobrze zorientowane w widełkach rabatowych stosowanych przez swoich konkurentów” (str. 65) (ten respondent wskazuje również, w odpowiedzi na następne pytanie, że „przy negocjacjach handlowych powołujemy się na warunki i rabaty stosowane przez inne główne firmy” oraz, że „niewielka liczba dostawców pozwala głównym firmom łatwo otrzymać kompletny obraz warunków, jakie są stosowane, a w konsekwencji dostosować do nich swoje”). Należy stwierdzić, że wszystkie odpowiedzi odbiorców brytyjskich, dalekie od tego, by można je uznać za wyraźnie przeczące, przeciwnie, jasno wskazują na dosyć silną przejrzystość zarówno PCS, jak i rabatów.

386 Z badania wyżej wymienionych odpowiedzi sprzedawców detalicznych przekazanych przez Komisję w przeddzień rozprawy wynika ponadto, że nie uzasadniają one wniosków, które na ich podstawie wyciągnęła Komisja. Wiele odpowiedzi faktycznie ujawnia przejrzystość rabatów lub fakt, że są znane głównym firmom.

387 Z powyższych ustaleń wynika, że ocena odpowiedzi sprzedawców detalicznych dokonana przez Komisję jest dotknięta oczywistym błędem.

388 Jeśli chodzi o rozróżnienie przyjęte w decyzji między przejrzystością zwykłych rabatów a przejrzystością rabatów promocyjnych, z odpowiedzi na skargę wynika, że właśnie na podstawie analizy odpowiedzi sprzedawców detalicznych dokonanej przez uczestników koncentracji, wyjaśnień kierownictwa krajowych oddziałów i spółek zależnych Sony i BMG (załącznik B.2) oraz raportów monitoringowych przedstawicieli handlowych, Komisja doszła do wniosku, iż wprowadzie przejrzystość mogła dotyczyć cen PCS oraz w pewnym stopniu zwykłych rabatów, jednak najprawdopodobniej nie rozciągała się na rabaty promocyjne, które negocjuje się oddzielnie dla każdej promocji.

389 Jednakże żadne z tych trzech źródeł nie daje podstaw do wniosku, jaki wysnuła Komisja. Po pierwsze — jak wskazano powyżej — ocena odpowiedzi sprzedawców detalicznych dokonana przez Komisję, zgodnie z analizą uczestników koncentracji, jest dotknięta oczywistym błędem. Ponadto żadna z odpowiedzi sprzedawców detalicznych, czy to twierdząca, czy przecząca, nie uwzględnia rozróżnienia na zwykłe rabaty i rabaty promocyjne. Po drugie, jasne jest, że zwykłe oświadczenia przedstawicieli uczestników koncentracji nie mogą stanowić przekonującego dowodu na brak przejrzystości rabatów promocyjnych. Po trzecie, tygodniowe raporty monitoringowe przedstawicieli handlowych zawierające informacje na temat konkurentów stanowią — jak zostało powiedziane w motywie 113 decyzji — dodatkowe źródło przejrzystości rynku. W związku z tym, jeśli nawet założyć, że nie zawierają bardzo dokładnych informacji o rabatach, zwłaszcza promocyjnych, w żadnym razie nie mogą stanowić dowodu na ich nieprzejrzystość. Ponadto — jak stwierdzono powyżej — [*poufne*].

390 Z powyższych ustaleń wynika, że ocena przejrzystości rynku dokonana w decyzji jest dotknięta oczywistym błędem, ponieważ opiera się na dowodach, które nie mogą stanowić uzasadnienia dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie.

391 Sąd jednak zbada jeszcze argumenty związane ze zróżnicowaniem i złożonym charakterem rabatów promocyjnych.

392 W motywach 79, 86, 93, 100 i 107 decyzji Komisja stwierdziła pewne wahania, a także różnice między rabatami fakturowymi Sony i BMG w przypadku większości ich najważniejszych klientów w pięciu dużych krajach (2–5% w Zjednoczonym Królestwie, w Niemczech i w Hiszpanii; między 1 a 3% we Włoszech, przy czym we Francji sytuacja wygląda nieco inaczej, ale rząd wielkości jest ten sam, jeśli wziąć pod uwagę wszystkie rabaty). Jest również powiedziane, że:

„Ponadto uczestnicy [koncentracji] przekazali dane, z których wynika, że rabaty fakturowe dla konkretnego klienta zmieniały się w czasie oraz w zależności od albumu i że wysokość rabatów udzielanych na konkretny album wahała się w zależności od klienta. Badanie rynku wykazało, że te wahania wynikały przede wszystkim z rabatów promocyjnych stosowanych w sposób bardziej elastyczny niż zwykle rabaty”.

393 W odpowiedzi na skargę Komisja przedstawiła wiele zestawień danych w celu wykazania zróżnicowania i złożoności rabatów. Wynika z nich, że rabaty promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykle rabaty i że ich monitorowanie wymagałoby skrupulatnego obserwowania promocji na rynku detalicznym, a Komisja nie znalazła wystarczających dowodów, które by świadczyły, iż główne firmy prowadziły takie działania. W odpowiedzi na skargę Komisja wyjaśniła, że zbadała składniki ceny netto indywidualnego albumu (PCS, zwykły rabat, ewentualny rabat promocyjny) i stwierdziła, że wystarczający stopień przejrzystości wszystkich składników był niezbędny, aby duży koncern fonograficzny mógł mieć racjonalnie pewność, że zna autentyczne praktyki ustalania cen netto innego koncernu fonograficznego, tzn. takie przesłanki, których efekt jest widoczny na poziomie odbiorców i albumów oraz że „nie mogła dojść do takiego wniosku w obliczu dowodów relatywnej przejrzystości PCS, kilku dowodów na pewną przejrzystość zwykłych rabatów oraz solidnych dowodów na nieprzejrzysty i złożony charakter rabatów promocyjnych”.

- 394 Powyższa argumentacja Komisji wymaga pewnych komentarzy, które przedstawiono poniżej.
- 395 Po pierwsze, zadziwiające jest, że Komisja opiera się na zróżnicowaniu rabatów, żeby wykazać brak przejrzystości. W pismach procesowych złożonych do Sądu Komisja wielokrotnie podkreślała bowiem brak znaczenia stabilności lub paralelizmu cen netto czy rabatów dla oceny przejrzystości rynku. Komisja utrzymywała zwłaszcza, że duża stabilność (średnich) rabatów koncernu fonograficznego nie może stanowić dowodu na konieczną przejrzystość, że zainteresowanie Komisji przejrzystością rabatów nie było związane ze sprawdzaniem, czy główne firmy realizowały wspólną linię działania, że materiał dowodowy dotyczący faktycznie stosowanej praktyki w zakresie rabatów promocyjnych w określonym czasie jest istotny tylko dla oceny rzeczywistego stopnia wyrównania cen, że w żadnym razie wysoki stopień ujednoczenia, niezależnie od poziomu, nie może być uważany za wystarczający dowód koordynacji, że pewien stopień stabilności w czasie rabatów udzielanych przez duży koncern fonograficzny nie jest dowodem samym w sobie i że nawet wysoki stopień statystycznej przewidywalności nie świadczy o istnieniu koordynacji.
- 396 Podobnie w piśmie z dnia 17 czerwca 2004 r. w sprawie dowodów związanych z przejrzystością, wysłanym po przesłuchaniu przed Komisją, uczestnicy koncentracji utrzymywali, że pytanie 28 w kwestionariuszu Faza II skierowanym do odbiorców („Czy zauważyliście Państwo wyrównanie cen PCS, rabatów lub w zakresie innych zasad i warunków stosowanych przez [główne firmy]?”) nie miało żadnego związku z przejrzystością cen („Jasno widać, w świetle użytych sformułowań, że pytanie nie ma związku z problemem przejrzystości cen”).
- 397 Po drugie, należy przypomnieć, że jedyne uwagi dotyczące rabatów zawarte w dziale decyzji poświęconym badaniu przejrzystości rynku (motywy 111–113 decyzji) ograniczają się — w odniesieniu do rabatów promocyjnych — do odesłania do ustaleń przedstawionych w dziale poświęconym badaniu wspólnej polityki cenowej w pięciu większych krajach (tj. motywy 77–80 w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa oraz odpowiednie motywy odnoszące się do pozostałych dużych krajów). W motywie 70 decyzji, w związku z ustaleniem, czy główne firmy rzeczywiście prowadziły politykę koordynowania cen, Komisja uznała, że „średnie ceny stanowią

odpowiednie narzędzie do ustalenia, czy zachowania dużych koncernów fonograficznych były paralelne w zakresie cen”. Wynika stąd, że — zgodnie z samą decyzją — Komisja uważała, iż przy ocenie przejrzystości może się oprzeć na średnich wartościach danych, a nie na jednostkowych różnicach, także w przypadku rabatów promocyjnych.

398 Niemniej jednak nie wydaje się, aby Komisja należycie zbadała jednostkowe różnice rabatów promocyjnych oraz ich wpływ na przejrzystość rynku lub cen. Z motywu 72 decyzji, określającego poszczególne elementy analizowane przez Komisję, wynika zresztą, że badano tylko średnie wartości danych dotyczących rabatów fakturowych (zob. przypis 43 w decyzji). Zarówno w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, jak i w trakcie całego postępowania administracyjnego Komisja uważała, że dane dotyczące cen brutto i netto oraz średnich rabatów pozwalają na dokonanie oceny istnienia zbiorowej pozycji dominującej, a więc również ocenę, czy rynek był wystarczająco przejrzysty. Dopiero po przesłuchaniu przeprowadzonym w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r. Komisja zmodyfikowała swoją ocenę i przyjęła koncepcję, której bronią uczestnicy koncentracji, że złożoność i zróżnicowanie rabatów promocyjnych eliminują konieczną przejrzystość, nie przeprowadziła jednak kolejnego badania rynku, aby zweryfikować słuszność swoich nowych wniosków.

399 Po trzecie, argumenty i dowody dotyczące rzekomych różnic w rabatach promocyjnych przedstawione przez Komisję w decyzji oraz w pismach wniesionych do Sądu wymagają ponadto kilku komentarzy dotyczących, po pierwsze, stopnia ich nieprzejrzystości i, po drugie, ich znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

— W przedmiocie nieprzejrzystości rabatów promocyjnych

400 Na wstępie należy zaznaczyć, że ani w decyzji, ani nawet w żadnym z pism procesowych złożonych w Sądzie Komisja nie określiła dokładnie, czym są rabaty

promocyjne, w jakich sytuacjach i na jakich zasadach są udzielane, jaka jest ich częstotliwość, wysokość lub typ albumów, dla jakich z założenia są stosowane. Jednakże z akt sprawy, a zwłaszcza z nielicznych wyjątków z odpowiedzi konkurentów przedstawionych przez Komisję, wynika raczej, że chodzi o opusty jednostkowe, o dosyć wysokich stawkach procentowych, udzielane na określoną ilość konkretnych albumów, na ograniczony okres czasu oraz w szczególnych przypadkach, zazwyczaj w celu upłynnienia dużych zapasów.

401 Według motywu 79 decyzji (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych dużych krajów) „uczestnicy [koncentracji] przekazali dane, na podstawie których widać, że rabaty fakturowe dla konkretnego klienta zmieniały się w czasie oraz w zależności od albumu i że wysokość rabatów udzielanych na konkretny album wahała się w zależności od klienta”. Chociaż ten punkt decyzji odnosi się do najszerszej kategorii rabatów fakturowych, trzeba stwierdzić, że uwaga ta dotyczy w rzeczywistości jedynie rabatów promocyjnych. Jak bowiem wynika z decyzji oraz pism procesowych Komisji, zwykłe rabaty są negocjowane z każdym z klientów na cały rok i stosują się do całej sprzedaży do danego klienta. Komisja kontynuuje zresztą ten temat w motywie 79 decyzji, dodając, że wahania wynikają głównie z rabatów promocyjnych. Komisja utrzymuje, że te różnice trojakiemu rodzajowi (w zależności od klienta, od albumu oraz w czasie) powodują nieprzejrzystość rabatów promocyjnych. Na poparcie tego twierdzenia Komisja przedstawiła, w załączeniu do odpowiedzi na skargę, szereg zestawień, które mają wykazać poszczególne rodzaje różnic (w dalszej części „nowe dowody”).

402 Należy w tym względzie przede wszystkim zaznaczyć, że — jak słusznie zwróciła uwagę skarżąca — rabat promocyjny (campaign discount) z założenia powinien mieć charakter reklamowy. Rabat promocyjny, który jest wysokim opustem procentowym dodawanym do zwykłego rabatu, logicznie rzecz biorąc będzie przyznawany tylko pod warunkiem, że wywoła konsekwencje odczuwalne na poziomie konsumenta końcowego (poprzez wyraźne obniżenie ceny albo lepsze pozycjonowanie na półce) w celu zwiększenia sprzedaży albumu, który obejmuje. Tym bardziej że — jak wynika z pkt 115 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów — „tantiemy” (prawa autorskie) są obliczane na podstawie PCS albumu, a nie ceny netto, w związku z tym główne firmy są bardzo zainteresowane ograniczeniem do maksimum udzielania rabatów.

403 Należy też stwierdzić, że tylko trzy fragmenty odpowiedzi konkurentów na wniosek o udzielenie informacji, na podstawie art. 11 rozporządzenia, przekazane Sądowi przez Komisję, nie tylko są dalekie od potwierdzenia ustalenia Komisji, ale wręcz przeciwnie, świadczą raczej o jawności i przejrzystości rabatów promocyjnych.

404 Na przykład w odpowiedzi jednej z głównych firm czytamy:

„[Rabaty promocyjne] mogą być wykorzystywane przy nowo wydanej płycie w celu promowania nowego wykonawcy, udzielania wsparcia dla nowego sklepu, a zwłaszcza dla programu lub kampanii sprzedażowej (najczęściej dotyczy to całej kategorii płyt) lub promowania konkretnego wydarzenia. Ten rodzaj rabatu może stanowić znaczny procent ceny PCS [*poufne*] i jest ważny z tego względu, iż ma na celu rozwijanie sprzedaży określonych płyt”.

405 Informacje na temat sytuacji, w jakich te rabaty są udzielane, zawarte w jedynej innej odpowiedzi głównych firm przedstawionej przez Komisję, również wskazują raczej, że odnoszą się do konkretnie określonych wydarzeń łatwych do wykrycia przez konkurentów. Firma ta pisze mianowicie:

„[Rabaty promocyjne] są to rabaty oferowane w ramach poszczególnych kampanii promocyjnych. Są związane z wydaniem nowej płyty lub całej serii określonych płyt. Jeśli na przykład jakiś artysta jest na tournée, żeby promować nowy album, wówczas rabat jest oferowany w celu zmaksymalizowania wielkości sprzedaży tego albumu w czasie trwania tournée wykonawcy. Podobnie niektóre zapasy sezonowe (muzyka bożonarodzeniowa) mogą być włączone do określonej kampanii. Rabaty promocyjne obejmują czasem starsze nagrania, które już nie cieszą się powodzeniem. Zazwyczaj [...] będzie się starać sprzedać duże ilości określonej płyty (albo serii płyt) objętych rabatem udzielonym sprzedawcy detalicznemu, który następnie odsprzedaje je w ramach oferty specjalnej. Rabaty na nowo wydane płyty są czasem przyznawane przy zamówieniach przedpremierowych w celu zapewnienia odpowiedniej ilości płyt

w punkcie sprzedaży. [...] Ten rodzaj rabatu w zasadzie jest wykorzystywany w przypadku debiutujących lub wschodzących artystów, kiedy [...] chce rozkręcić sprzedaż za pomocą kampanii promocyjnej ukierunkowaną na konkretną grupę docelową”.

406 Wreszcie z odpowiedzi niezależnego producenta wynika, że, po pierwsze, rabaty promocyjne przekładają się w widoczny sposób na niższą cenę sprzedaży dla konsumentów oraz na lepsze pozycjonowanie w sklepie albumów, które są nimi objęte, i, po drugie, że kampanie często są organizowane przez samych sprzedawców detalicznych, którzy zwracają się z propozycją wzięcia w nich udziału do różnych producentów (zob. także na ten temat wyjaśnienia przedstawicieli Sony i BMG, załącznik B.2), dzięki czemu są oni poinformowani na bieżąco o tym, że takie kampanie rabatowe się odbywają.

407 Oznacza to, iż żadna informacja pochodząca od osób trzecich, niezawarta ani w tekście decyzji, ani w nowych dowodach przedstawionych przez Komisję, nie potwierdza braku przejrzystości rabatów promocyjnych.

408 Natomiast z motywu 79 decyzji oraz z pism procesowych Komisji złożonych do Sądu wynika, że uczestnicy koncentracji przekazali dane, które jakoby wskazują, iż rabaty promocyjne nie są wystarczająco wyrównane, ponieważ zmieniają się w czasie, w zależności od klienta i od albumu. Komisja i interwenienci utrzymują — co do istoty sprawy — że ze względu na zróżnicowanie i złożony charakter przedmiotowych rabatów rynek nie jest wystarczająco przejrzysty.

409 Należy w tym względzie przede wszystkim przypomnieć, iż w pkt 88–90 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, na podstawie analizy danych wszystkich głównych firm, Komisja doszła do wniosku, że rabaty były zróżnicowane, ale stabilne, że, poza kilkoma wyjątkami były dosyć ograniczone, że nie było absolutnie

żadnego dowodu, iż były one używane, aby w zasadniczy sposób modyfikować politykę cenową ani, w szczególności, aby wpływać na średnie ceny netto nowych, przebojowych płyt (new hit releases), ponieważ współczynniki cen brutto do cen netto były bardzo stabilne w czasie oraz dla poszczególnych albumów.

410 Wprawdzie — jak wspomniano powyżej — Komisja ma oczywiście prawo zmienić swoje oceny w toku postępowania administracyjnego, zwłaszcza w celu uwzględnienia uwag jego uczestników, i nie ma obowiązku przedstawiać w decyzji uzasadnienia w tym zakresie, natomiast ustalenia zawarte w decyzji powinny dać się uzasadnić, przynajmniej na etapie postępowania przez Sądem, z punktu widzenia wcześniej dokonanych ustaleń faktycznych, w razie potrzeby przez wykazanie, w jakim zakresie ustalenia faktyczne były błędne. Jednakże w rozpoznawanej sprawie Komisja — jak słusznie zaznacza skarżąca — nie zbadała ponownie danych dotyczących rabatów wszystkich głównych firm, lecz ograniczyła się do uzasadnienia swoich wniosków jedynie w oparciu o dane dostarczone przez uczestników koncentracji.

411 W odpowiedzi na skargę Komisja rzeczywiście zaznacza, że przeanalizowała rabaty pozostałych głównych firm, ale ponieważ danych tych nie wolno było ujawnić uczestnikom koncentracji, nie można też było ich umieścić w decyzji. Jednakże ten argument nie może zostać uwzględniony.

412 Po pierwsze, z decyzji (zob. w szczególności motyw 79 oraz przypis 43 decyzji), z innych punktów w pismach procesowych Komisji (zob. w szczególności fragment odpowiedzi na skargę, w którym Komisja pisze wyraźnie, że „jedynie dane z Sony i BMG zostały wzięte pod uwagę, gdyż pozostałe duże koncerny fonograficzne poinformowały, że fakturują tylko ceny netto”) oraz z nowych dowodów złożonych przez Komisję jasno wynika, że ocena wypracowana w decyzji na podstawie zróżnicowania rabatów opiera się wyłącznie na danych dotyczących rabatów samych uczestników koncentracji. Żaden motyw decyzji nie wskazuje zresztą, że Komisja

badala dane dotyczace rabatow pozostalych glownych firm ani, tym bardziej, ze dane te swiadczyly o zlozonym charakterze czy zroznicowaniu rabatow promocyjnych.

413 Po drugie, Komisja nie moze oczywiscie utrzymywac, ze w ramach badania zgloszenia koncentracji nie ma prawa brac pod uwage danych innych operatorow dzialajacych na rynku i w razie potrzeby opierac na nich swoich wnioskow. Takie zalozenie w przewazajacej czesci przypadkow uniemozliwialoby badanie zgodnosci planowanej koncentracji ze wspolnym rynkiem. Trzeba ponadto przyznac, ze wiekszosc czynnikow innych niz rabaty (udzialy w rynku, ceny brutto i netto itp.) analizowanych w decyzji byla badana na podstawie danych roznych operatorow rynkowych.

414 Po trzecie, Komisja, podkreslajac w uwagach koncowych zlozonych po rozprawie, ograniczenia wynikajace ze scislonych terminow obowiazujacych ja w postepowaniu zwiazanym z badaniem zgloszenia koncentracji oraz koniecznosc respektowania prawa do obrony stron dokonujacych zgloszenia, zwrócila uwage, ze wiele twierdzen skarzacej, zgodnie z ktorymi Komisja nie zbadala nalezycie niektorych istotnych kwestii zwiazanych ze sformulowanymi juz zarzutami i powinna byla rowniez przeprowadzic dochodzenie w sprawie innych zarzutow, opiera sie na blednej koncepcji procedury kontroli koncentracji przedsiebiorstw ze wzgledu na to, ze dochodzenie prowadzone w zakresie problemow dla konkurencji, jakie stwarza koncentracja, zasadniczo odbywa sie przed wystosowaniem pisma w sprawie przedstawienia zarzutow. Wprawdzie skarzaca rzeczywiście nie moze stawiac Komisji zarzutow, ze nie zbadala kwestii po raz pierwszy podniesionych przed Sadem, z ktorych czesc jest zreszta ewidentnie niedopuszczalna, poniewaz byly przedstawione tylko w replice oraz w uwagach zlozonych po rozprawie, niemniej powyzsza wypowiedz Komisji pomija dwa aspekty. Po pierwsze, jest pewne, ze juz na samym poczatku postepowania Komisja zidentyfikowala problematyke przejrzystosci i rabatow oraz ze zadawala pytania na ten temat zarowno osobom trzecim, jak i uczestnikom koncentracji. Po drugie, ograniczenia czasowe maja rowniez skutkowac tym, aby uczestnicy koncentracji nie czekali do ostatniej chwili z przekazaniem Komisji dowodow w celu odparcia zarzutow zgloszonych w odpowiednim terminie przez Komisje, poniewaz wowczas nie bylyby juz ona w stanie przeprowadzic niezbednych czynnosci sprawdzajacych. Jest niemniej jednak wskazane w takim przypadku, aby dowody te byly szczegolnie wiarygodne, obiektywne, majace znaczenie dla sprawy i przekonujace, mogace skutecznie odeprzec zarzuty podniesione przez Komisje.

415 Należy w tym względzie od razu zaznaczyć, że z treści motywu 79 decyzji („uczestnicy [koncentracji] przekazali dane”), jak i z badania nowych dowodów (załączonych do odpowiedzi na skargę) wynika, iż oparte jedynie na danych dotyczących stron uczestniczących w koncentracji są nie tylko ustalenia związane z rabatami promocyjnymi, lecz także zestawienia zawierające te dane zostały przygotowane przez wyżej wymienione strony (lub ich ekonomistów) według metody i na podstawie danych przez siebie wybranych, przy czym nie widać, by Komisja zweryfikowała je pod względem prawdziwości, znaczenia dla sprawy lub obiektywności czy reprezentatywności. Choć — jak Komisja zaznaczyła na rozprawie — procedura kontroli koncentracji z pewnością musi się opierać w dużej mierze na zaufaniu, ponieważ Komisja nie może być zobowiązana do samodzielnego sprawdzania, w najdrobniejszych szczegółach, wiarygodności i prawdziwości wszystkich przekazanych informacji, z drugiej strony nie może ona jednak posunąć się do tego, by bez żadnej kontroli powierzać prowadzenie niektórych aspektów dochodzenia uczestnikom koncentracji, zwłaszcza w sytuacji, kiedy — jak w rozpoznawanej sprawie — aspekty te stanowią zasadniczy element, na którym opiera się decyzja, a dane i oceny przedstawione przez uczestników koncentracji diametralnie różnią się od informacji zebranych przez Komisję w toku dochodzenia, a także od wniosków, które na ich podstawie wyciągnęła.

416 Po czwarte, skarżąca zwróciła uwagę — czemu Komisja nie zaprzeczyła, a potwierdza to wręcz sama w pkt 146 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów — że w latach objętych badaniem wyniki Sony i BMG były bardzo zróżnicowane. Ponieważ potencjał firmy fonograficznej wynikający z dotychczasowego dorobku jest w stanie wpływać na ceny i rabaty, w związku z tym zestawienia obejmujące dane tylko tych dwóch stron mają tendencję do zawyżania różnic.

417 Po piąte, badanie nowych dowodów przedstawionych przez Komisję, w świetle powyższych ustaleń, zasługuje na jeszcze kilka uwag.

418 W odpowiedzi na skargę Komisja utrzymuje, że, opierając się na danych, które znajdują się w załączeniu do jej pisma procesowego, doszła do wniosku, iż rabaty podlegały trojakiemu rodzajowi zmianom (w czasie, w zależności od albumu, w zależności od klienta).

419 Należy w tym względzie przede wszystkim zauważyć, że spośród wszystkich rzekomych dowodów jedynie jeden z załączników (B.4) został przygotowany przez samą Komisję, aczkolwiek również na podstawie danych dotyczących rabatów udzielanych przez Sony i BMG. Załącznik ten składa się z wykresów przedstawiających średnie rabaty fakturowe przyznane przez uczestników koncentracji w latach 2000–2003 każdemu z ich dziesięciu wspólnych najlepszych klientów w dużych krajach, z wyjątkiem Francji, ponieważ Komisja stwierdziła, że dane dostarczone na temat Francji były niespójne. W piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 88) Komisja oparła się na tych wykresach w celu wykazania ogólnej stabilności rabatów. Komisja nie kwestionowała przed Sądem trafności tej oceny, lecz ograniczyła się do wskazania, że uczestnicy koncentracji zwracali uwagę na znaczące różnice w sposobie traktowania przez każdego z nich niektórych odbiorców i umieściła wyjątki z przedstawionych przez nich uwag w załączniku B.5. Trzeba jednak stwierdzić, że uwagi te nie są w stanie zatrzeć ogólnego wrażenia, jakie wywierają te wykresy. Na przykład na rynku włoskim, który wykazuje stabilność i bezsporny paralelizm, wprawdzie — jak podkreślają uczestnicy koncentracji — dwóch odbiorców rzeczywiście otrzymywało rabaty zdecydowanie niższe od pozostałych klientów, tym bardziej jednak znaczący jest fakt, że owe niższe rabaty były przyznawane przez Sony i BMG dokładnie tym samym odbiorcom, że ich poziom był niemal identyczny w przypadku obydwu głównych firm i że zmieniały się one w sposób paralelny.

420 Jeśli chodzi o zestawienia przedstawione w załączniku B.8 oraz B.9 do odpowiedzi na skargę, z których — zdaniem Komisji — wynika, iż struktura rabatów fakturowych udzielanych odpowiednio przez Sony i BMG na ich 20 najlepszych albumów w każdym z pięciu dużych państw członkowskich, była wyraźnie odmienna, należy przede wszystkim zauważyć, że dotyczą one najszerszej kategorii rabatów fakturowych, a nie tylko rabatów promocyjnych i że — jak zaznaczyła skarżąca — różnice w gamie rabatów występujące w czasie mogą być rezultatem różnic w wynikach i nie wykluczają faktu, iż rabaty opierają się na zespole znanych reguł.

421 Należy też stwierdzić, że wprawdzie struktura gam rabatów w latach 1998–2003 jest faktycznie różna w różnych okresach czasu i w poszczególnych krajach, jednakże zmieniała się w podobny sposób u obydwu uczestników koncentracji, zarówno

w czasie, jak i w poszczególnych krajach. Jeszcze wyraźniej wynika to z zestawienia (załącznik B.9) zawierającego porównanie struktury rabatów przyznanych na rok 2003 w każdym z pięciu dużych krajów, ponieważ struktura jest różna w różnych krajach, jednakże rabaty u obydwu uczestników koncentracji zmieniały się w sposób paraleny (zob. w szczególności dane dotyczące krajów A i C). Na przykład, podczas gdy w kraju A rabaty Sony i BMG koncentrują się głównie na gamie [poufne], w kraju B zasadniczo sytuują się w przedziale [poufne] i [poufne], w przedziale [poufne] w kraju C oraz w wyższych przedziałach w krajach D i E. Z zestawień w załącznikach wynika więc, że nie tylko struktura rabatów dla poszczególnych widełek w każdym kraju jest dosyć podobna, ale co więcej, że różnice pomiędzy krajami wyglądają bardzo podobnie.

422 Jeśli chodzi konkretnie o rabaty promocyjne, Komisja powołuje się głównie na dwa swoje załączniki (B.13 i E.4.2) w celu uzasadnienia tezy, że rabaty promocyjne są nieprzejrzyste z uwagi na wyjątkową złożoność oraz ich znaczenie. Okazuje się, że zamieszczone tu zestawienia, które dotyczą tylko rabatów Sony i BMG za jeden rok i zostały w całości opracowane przez same firmy, nie mogą być uważane za wystarczająco wiarygodne i mające znaczenie dla sprawy.

423 Zatem, jeśli chodzi o zestawienia w załączniku B.13 zawierające porównanie rabatów fakturowych przyznanych przez uczestników koncentracji swoim sześciu najlepszym klientom na najlepiej sprzedające się albumy w roku 2002, „PCS figurujące na wykazach na pozycjach o podobnych cenach” (listed at similar prices), należy stwierdzić w szczególności, że w odpowiedziach na pisemne pytania Sądu Komisja wskazała, iż cena PCS wybrana dla każdego kraju stanowiła jedną z najważniejszych PCS dla każdej ze stron pod względem wielkości wygenerowanej sprzedaży, przy czym dodała, że w przypadku na przykład Niemiec była to trzecia i czwarta najważniejsza PCS dla BMG oraz najważniejsza i szósta PCS dla Sony. Zważywszy, iż w decyzji powiedziane jest, że uczestnicy koncentracji większość sprzedaży realizowali używając jednej lub dwóch, maksymalnie trzech PCS, powstaje pytanie, w jakim zakresie uwzględnione albumy stanowiły rzeczywiście ich bestsellery. Ponadto, z przypisu odnoszącego się do zestawień wynika, że ceny PCS wielu

albumów ulegały zmianie w ciągu roku, co, jak się wydaje, mogło mieć wpływ na udzielane rabaty, a więc mogło zwiększyć różnice komparatywne. Podobnie z tychże zestawień wynika, że dane BMG dotyczyły roku 2002, podczas gdy dane Sony odnosiły się do roku obrachunkowego 2002/2003.

424 W każdym razie wreszcie, aczkolwiek lektura tych tabel jest skomplikowana ze względu na fakt, iż zestawiają one na zmianę dane Sony i BMG, podczas gdy porównanie powinno być dokonane pomiędzy rabatami udzielonymi przez każdą ze stron uczestniczących w koncentracji jej poszczególnym klientom, a nie między rabatami udzielonymi na albumy jednej ze stron w stosunku do rabatów na albumy drugiej, niemniej uważna analiza zestawień wykazuje, że różnice okazują się ostatecznie dosyć ograniczone. Warto zresztą w tym względzie przypomnieć, że z pkt 75 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów oraz z przypisu 47 wynika, iż Komisja przeprowadziła analizę cen brutto i netto Sony i BMG indywidualnie dla ich dziesięciu najlepszych albumów i stwierdziła w pkt 90 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, że „współczynniki cen brutto do cen netto były bardzo stabilne dla poszczególnych albumów oraz w czasie dla badanych indywidualnych tytułów”. Ani zaś Komisja, ani interwenienci nie utrzymywali ani tym bardziej nie wykazali, że to twierdzenie jest niezgodne z prawdą.

425 Co się tyczy zestawień z załącznika E.4.2, które mają za zadanie przedstawić maksymalne rabaty promocyjne przyznane przez Sony i BMG na ich najlepiej sprzedające się albumy, należy stwierdzić, że zawierają one wiele błędów, na których skutek rabaty te wydają się wyższe. Trzeba podkreślić, że w istocie obliczanie różnicy procentowej między najniższymi a najwyższymi rabatami w podziale na poszczególnych odbiorców (co według Komisji równa się rabatowi promocyjnemu) dla każdego z uczestników koncentracji zostało w większości przypadków wykonane nieprawidłowo, przy uwzględnieniu rabatów udzielonych przez drugą stronę, podczas gdy — jak wyjaśnia sama Komisja — obliczenie powinno być wykonane w oparciu o różnicę procentową między minimalnymi a maksymalnymi rabatami udzielonymi przez jedną i tę samą stronę różnym klientom.

- 426 Z tych dwóch przykładów wynika, że poza koniecznością zachowania ostrożności, z jaką trzeba traktować poszczególne zestawienia przedstawione przez uczestników koncentracji, ponieważ zostały opracowane według parametrów wybranych przez nich samych, które zresztą nie zawsze wydają się jasne, należy też uwzględnić możliwość, że zawierają one błędy rzeczowe, które, w niniejszym przypadku, pozwala wykryć nawet pobieżne badanie.
- 427 W każdym razie, jeśli założymy, że poszczególne zestawienia opracowane przez uczestników koncentracji i przedstawione przez Komisję są faktycznie w stanie wykazać większe czy mniejsze rzekome różnice, pozostaje faktem, że — jak słusznie zwróciła uwagę skarżąca — znaczenie tych różnic dla sprawy jest wątpliwe, z jednej strony dlatego, że ukazują one jedynie widełki bez analizowania średnich ważonych i odchyień w stosunku do średnich, z drugiej zaś strony nie jest wykluczone, iż te różnice są łatwe do wyjaśnienia, przynajmniej dla osoby zawodowo związanej z branżą, za pomocą pewnej liczby reguł ogólnych lub szczególnych regulujących udzielanie rabatów, na których temat Komisja nie przeprowadziła niezbędnych badań.
- 428 Wprawdzie — jak podkreśliła Komisja — skarżąca faktycznie nie wyjaśniła dokładnie, na czym miałyby polegać owe zasady regulujące udzielanie rabatów promocyjnych, albo — zdaniem Komisji — wskazała zbyt dużą ich liczbę, co czyniłoby ich stosowanie skomplikowanym, a zatem mało przejrzystym, tym niemniej pozostaje faktem — jak zostało wcześniej stwierdzone — że Komisja nie przeprowadziła badania na rynku w tym zakresie, a przynajmniej nie przedstawiła żadnego dowodu na brak przejrzystości rabatów promocyjnych, poza zestawieniami uczestników koncentracji, które, nawet jeśli pominąć ich wady, mają w każdym razie na celu jedynie udowodnić istnienie pewnych różnic rzeczonych rabatów, natomiast nie wykazują, że te różnice nie byłyby bardziej lub mniej łatwe do wyjaśnienia dla fachowca z branży. Nie można zresztą robić zarzutów skarżącej, że sama nie przeprowadziła takiego dowodu, ponieważ zestawienia nie określają konkretnych albumów, klientów, kwot ani okresów, w których rabaty były udzielane, a także z tego względu, że ani skarżąca, ani Sąd nie są w związku z tym w stanie zweryfikować, czy rabaty były przyznawane zgodnie ze stosowanymi w branży regułami ogólnymi, na które powołuje się skarżąca.

429 Jeśli chodzi o argument Komisji, że kryteria, na których podstawie udziela się na ogół rabatów promocyjnych, są tak liczne, że czynią ich stosowanie nieprzejrzystym, należy stwierdzić przede wszystkim, iż skarżąca wskazała, że dla poszczególnych kategorii płyt (nowy tytuł, nowy wykonawca, „full price”, „mid price”, „dla oszczędnych”) liczba generalnych strategii sprzedaży jest ograniczona (uzyskanie wyższego miejsca w rankingu, udział w kampanii promocyjnej, wykupienie miejsca w sklepie) i że mogą one w pewnym stopniu się różnić od siebie w zależności od typu odbiorcy (supermarkety, specjalistyczne sieci, niezależne sklepy). Wprawdzie możliwość kombinacji zmiennych musi nieuchronnie powodować wzrost liczby hipotez, jednakże Komisja nie wykazała, żeby z tego powodu zadanie miałoby sprawiać nadmierną trudność dla fachowca z branży. Należy z kolei zaznaczyć, że kilka zasad udzielania rabatów promocyjnych przedstawionych w załączniku B.14 przez samych uczestników koncentracji również raczej potwierdza istnienie reguł ogólnych powoływanych przez skarżącą oraz fakt, że nie są one nadmiernie skomplikowane. Wreszcie trzeba podkreślić, że nawet dość duża liczba reguł, wyglądających na skomplikowane, niekiedy nawet trudnych do wyliczenia w sposób wyczerpujący, nie musi wcale stanowić przeszkody, aby fachowiec z branży mógł stosunkowo łatwo ustalić, czy reguły te są, a priori lub traktowane jako całość, przestrzegane. Na przykład, żeby dokładnie przedstawić zasady *savoir-vivre*'u czy etykiety trzeba by napisać długą książkę, lecz osoba choćby trochę z nimi obeznana może jednak bez trudu określić, czy zachowanie innej osoby jest generalnie z nimi zgodne.

430 W każdym razie — jak podkreśla skarżąca — ani z decyzji, ani z materiału dowodowego przedstawionego przez Komisję nie wynika, aby zbadała ona, czy istniały ogólnie znane reguły udzielania rabatów promocyjnych albo możliwości ustalenia przez główne firmy, czy rabaty przyznane przez inne główne firmy są zgodne z tymi regułami, czy też odbiegają od nich.

431 Ponadto skarżąca utrzymuje, że ceny netto dla sprzedawców detalicznych były przejrzyste, ponieważ ich marże są generalnie przejrzyste i wystarczająco dokładnie znane.

432 W odpowiedzi na skargę Komisja twierdziła w tej materii, że jej wniosek dotyczący nieskuteczności monitorowania sprzedaży detalicznej opierał się również na złożoności i braku przejrzystości cen detalicznych. Komisja zwraca uwagę, że z opracowania załączonego do tego pisma procesowego wynika, iż intensywne monitorowanie sprzedaży detalicznej nie pozwoliłoby jednej z głównych firm odtworzyć na tej podstawie praktyki ustalania cen netto (PCS pomniejszona o rabaty fakturowe) swoich konkurentów dla konkretnego albumu, ponieważ nie wszyscy sprzedawcy detaliczni stosują regularnie identyczne stawki marż doliczane w określonym momencie do cen hurtowych, nie do wszystkich kategorii albumów ani nawet nie do wszystkich albumów z wąskiej kategorii wysokich cen. Komisja nie stwierdziła żadnego możliwego do udowodnienia związku między cenami detalicznymi a rabatami fakturowymi udzielanymi na albumy o identycznej PCS.

433 Wystarczy w tym względzie stwierdzić, że żaden motyw decyzji nie nawiązuje do rzekomej niemożności ustalenia cen sprzedaży netto dla detalistów na podstawie detalicznych cen sprzedaży przez zastosowanie odwrotnego toku rozumowania (reverse engineering). Ponadto w żadnym miejscu w aktach sprawy nie ma mowy o tym, że Komisja wykonała w trakcie postępowania administracyjnego jakiegokolwiek badanie pod kątem związku między detalicznymi cenami sprzedaży a hurtowymi cenami sprzedaży ani nawet że zebrała informacje na temat detalicznych cen sprzedaży. W związku z tym ani argumentacja przedstawiona przez Komisję, ani opracowanie załączone do odpowiedzi na skargę nie mogą być brane pod uwagę.

434 Należy również zauważyć, że — jak zwróciła uwagę skarżąca — opracowanie przygotowane przez ekonomistów uczestników koncentracji nie przedstawia danych wystarczająco wiarygodnych, miarodajnych i porównywalnych oraz nie pozwala uzasadnić wniosków, do jakich Komisja doszła na jego podstawie. W każdym razie niczego nie wnosi do sprawy okoliczność — załóżmy, że udowodniona — iż nie wszyscy sprzedawcy detaliczni stosują regularnie identyczne stawki marż doliczane do cen hurtowych. O ile bowiem jest bardzo prawdopodobne, że różnego typu detaliści (supermarkety, niezależni sprzedawcy, sieci specjalistycznych sklepów itp.) stosują różne polityki w zakresie marż i że istnieją różnice w obrębie każdej kategorii operatorów, a nawet w przypadku każdego indywidualnego podmiotu występują różnice w zależności od typów albumów lub ich popularności, równocześnie jest dla odmiany bardzo mało prawdopodobne — i opracowanie nie zawiera żadnych danych w tej materii — żeby sprzedawca detaliczny stosował zróżnicowaną politykę sprzedaży dla tego samego typu albumów. Ponieważ zaś wszyscy detaliści są klientami wszystkich głównych firm, każda z głównych firm może dzięki temu

obserwować marże stosowane przez danego sprzedawcę detalicznego dla jej własnych albumów i w ten sposób wywnioskować, jakie marże stosuje on zazwyczaj dla podobnych albumów jej konkurentów. Na koniec należy zaznaczyć, że według wyjaśnień dyrektorów sprzedaży Sony i BMG na Francję (załącznik B.2) detaliczna cena sprzedaży jest generalnie ustalana przez powiększenie ceny hurtowej o podatek VAT.

435 Z powyższych ustaleń wynika, że nowe dowody przedstawione przez Komisję nie są wystarczająco wiarygodne, mające znaczenie dla sprawy ani przekonujące, aby wykazać brak przejrzystości rabatów promocyjnych.

436 Należy jeszcze dodać na koniec, tytułem uzupełnienia, że w sytuacji, gdyby rabat promocyjny był nieprzejrzysty, dlatego że detalista — założmy, iż wolno by mu było zrobić coś takiego — zamiast go przenieść na konsumenta końcowego, zachowywałby dla siebie, żeby zwiększyć zyski, Komisja nie wyjaśniła, w jaki sposób rabat mógłby mieć znaczenie dla rozpoznawanej sprawy. O ile w przypadku produktów doskonale jednorodnych utajony i nieprzejrzysty rabat przyznany przez producenta jednemu z detalistów może mieć istotne znaczenie dla oceny przejrzystości koniecznej do milczącej koordynacji, ponieważ taki rabat pozwala producentowi zwiększyć sprzedaż kosztem pozostałych członków oligopolu, nie musi jednak być tak samo w przypadku sprzedawania różnorodnych produktów pośrednikom. Na przykład, w rozpoznawanej sprawie, ponieważ każda płyta jest inna, sprzedawca detaliczny, który kupuje od głównych firm wyłącznie w celu odsprzedania konsumentowi końcowemu, nie będzie, generalnie rzecz biorąc, ograniczał ilościowo zakupów płyt danej głównej firmy, chyba że konsument końcowy jest bardziej zachęcany, poprzez efekt rabatu promocyjnego, do zakupu płyty konkurencyjnej głównej firmy, która udzieliła sprzedawcy detalicznemu wyżej wspomnianego rabatu promocyjnego. Ponadto, mimo iż jest to możliwe, a nawet prawdopodobne, ani Komisja, ani interwenienci nie twierdzili jednak, ani tym bardziej tego nie udowodnili, że przyznanie rabatu promocyjnego jest powiązane z nieprzyjmowaniem zwrotów niesprzedanych egzemplarzy. W tych okolicznościach nie wydaje się, by udzielony przez główną firmę sprzedawcy detalicznemu rabat promocyjny, który byłby nieprzejrzysty, ponieważ jest nieodczuwalny dla konsumenta końcowego, mógł wywierać wpływ na wielkość sprzedaży albumu, który obejmuje, albo naruszać będące wynikiem milczącej koordynacji zasady wspólnej polityki cenowej. Niemniej jednak Komisja powinna była zbadać i wyjaśnić, w jaki

sposób rabat promocyjny, nieprzejrzysty, bo nieprzeniesiony dalej przez sprzedawcę detalicznego, mógłby stanowić przeszkodę dla niezbędnej przejrzystości rynku, skoro nie kryje się za nim zachowanie zdolne naruszyć milczącą koordynację.

— W przedmiocie znaczenia dla sprawy rabatów promocyjnych

⁴³⁷ Skarżąca sformułowała szereg zarzutów, w których utrzymuje co do istoty sprawy, że Komisja niesłusznie oparła się na wymogu całkowitej przejrzystości rynku, że nie zbadała znaczenia rabatów promocyjnych dla oceny przejrzystości rynku i że nie wykazała, iż rabaty promocyjne eliminują lub ograniczają konieczną przejrzystość, zważywszy, że jedynie marginalnie dotyczą one albumów figurujących na listach przebojów lub bestsellerów i nie mają realnego wpływu na ceny netto, zwłaszcza że stanowią zaledwie od jednej czwartej do jednej trzeciej wszystkich rabatów.

⁴³⁸ Po pierwsze, co się tyczy zarzutu, że Komisja pomyliła kryterium wystarczającej przejrzystości rynku, które zostało zdefiniowane w sprawie zakończonej wydaniem wyroku znanego jako ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, z kryterium całkowitej przejrzystości zastosowanym w decyzji, należy stwierdzić, że — jak słusznie podkreśla Komisja — żaden motyw decyzji nie wspomina o wymogu całkowitej przejrzystości.

⁴³⁹ Niemniej trzeba sprawdzić, czy w praktyce Komisja nie wymagała przejrzystości całkowitej lub, w każdym razie, większej niż konieczna do umożliwienia zbiorowej pozycji dominującej.

440 Jak wynika z pkt 62 ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji, konieczna przejrzystość to taka, która pozwala każdemu z członków dominującego oligopolu mieć możliwość poznania zachowań pozostałych, aby sprawdzać, czy przyjęli tę samą linię postępowania, tzn. taka, która umożliwi mu poznanie, czy inni operatorzy przyjęli taką samą strategię i czy ją nadal realizują. Przejrzystość rynku powinna być zatem wystarczająca, aby umożliwić każdemu z członków dominującego oligopolu poznanie, dostatecznie dokładnie i natychmiastowo, zmian w zachowaniach rynkowych każdego z pozostałych jego członków. Wymagana przejrzystość nie oznacza, że każdy członek może w każdym czasie znać w najdrobniejszych szczegółach dokładne warunki każdej transakcji sprzedaży dokonanej przez pozostałych członków oligopolu, lecz powinna, po pierwsze, umożliwiać określenie zasad milczącej koordynacji, i po drugie, równocześnie stwarzać poważne ryzyko, że zachowanie odbiegające od tych zasad, zdolne zagrozić milczącej koordynacji zostanie odkryte przez pozostałych członków oligopolu.

441 Komisja twierdzi, że „zbadła składniki ceny netto indywidualnego albumu sprzedanego indywidualnemu odbiorcy (PCS, zwykły rabat, ewentualny rabat promocyjny) i w istocie stwierdziła, że wystarczający stopień przejrzystości wszystkich składników byłby niezbędny, aby duży koncern fonograficzny mógł mieć racjonalnie pewność, że zna autentyczne praktyki ustalania cen netto innego koncernu fonograficznego, tzn. takie, których efekt jest widoczny na poziomie odbiorców i albumów”. Z tych wyjaśnień wynika, że chociaż decyzja wspomina tylko o dostatecznej przejrzystości, bez wchodzenia w dalsze szczegóły, Komisja wydaje się wymagać szczególnie wysokiego poziomu przejrzystości.

442 Podobnie Komisja utrzymuje między innymi, że znaczenie rabatów promocyjnych wynika z tego, że „aby móc koordynować ceny netto, duże koncerty fonograficzne powinny być w stanie monitorować wszystkie ich składniki, stosunkowo przejrzyste PCS oraz różnego rodzaju rabaty fakturowe”. Komisja dodaje w tym względzie, że „»pewna wiedza« na temat zwykłych rabatów jest po prostu niewystarczająca, jeżeli rabaty promocyjne odpowiadają za wahania rabatów (tzn. niestabilność cen netto) dla niektórych klientów, za wahania w czasie oraz w zależności od albumu, i to wahania tak silne, jak te, o których mowa w motywach 79, 86, 100 i 107 [decyzji] i jeżeli okazuje się, że te rabaty są mniej przejrzyste”.

443 Z jednej strony należy w tym względzie zauważyć, że, poza wymienieniem wielu innych wspomnianych w motywach 111–113 decyzji składników (zwłaszcza stałych kontaktów z klientami, stanowiących stabilną bazę, ograniczoną i wspólną dla wszystkich głównych firm, a także cotygodniowych notowań rankingów), Komisja w decyzji uznała, że ma do czynienia z przejrzystością zarówno pod względem cen brutto, jak i zwykłych rabatów. Aczkolwiek w pismach procesowych złożonych do Sądu Komisja relatywizowała — zresztą w różnym stopniu w zależności od argumentu, na który akurat odpowiadała — poziom przejrzystości tych dwóch najistotniejszych składników cen netto, w uwagach końcowych wręcz wyraźnie wskazała ona, że ustaliła w decyzji „wysoki stopień przejrzystości zarówno cen PCS, jak i zwykłych rabatów”.

444 Z drugiej strony, wahania rabatów, za które odpowiadać mają rabaty promocyjne, trudno byłoby nazwać „tak silnymi”, skoro decyzja mówi o różnicach wynoszących 2–5 punktów procentowych w przypadku Zjednoczonego Królestwa, Niemiec i Hiszpanii, 1–3 punkty procentowe w przypadku Włoch oraz do 3 punktów procentowych we Francji w przypadku większości głównych odbiorców (lub też głównych odbiorców wspólnych). Ponadto — jak twierdzi skarżąca, a Komisja to potwierdza (w szczególności w pkt 13 uwag dodatkowych) — różne asortymenty produktów oraz zmienny poziom popularności, a także typ odbiorców mogą stanowić wyjaśnienie różnic w rabatach, w związku z tym nie można wysnuwać wniosku, że stwierdzone dość niewielkie różnice można faktycznie przypisać rabatowi promocyjnym.

445 Po drugie, jeśli chodzi o zarzuty skarżącej podważające znaczenie dla sprawy rabatów, należy najpierw przypomnieć, że — jak podkreśla skarżąca — Komisja stwierdziła w motywach 77, 84, 91, 98 i 105 decyzji, iż ceny sprzedaży netto były ściśle powiązane z cenami brutto, zważywszy paralelne — w ciągu sześciu ostatnich lat — zmiany średnich cen brutto oraz rzeczywistych średnich cen netto w Sony i BMG. Wprawdzie Komisja utrzymywała w pismach procesowych złożonych do Sądu, że dane dotyczące cen średnich mogą zatrzeć indywidualne różnice, należy jednak zaznaczyć, iż, z jednej strony, w motywie 70 decyzji jest powiedziane, że średnie ceny stanowią odpowiednie narzędzie do ustalenia, czy zachowania głównych firm były paralelne w zakresie cen, równocześnie, z drugiej strony, w motywie 77 decyzji została stwierdzona także bardzo duża stabilność

współczynników cen netto do cen brutto badanych w podziale na albumy oraz w różnych okresach czasu. Skoro zwykle rabaty są stałe dla danego klienta i na dany rok, w związku z tym nie wiadomo, w jaki sposób zmienne rabaty promocyjne mogą wpływać na ceny netto danych albumów.

446 Znaczenie dla sprawy rabatów w ogólności wydaje się zresztą podane w poważną wątpliwość przez oceny samej Komisji. Na przykład w pkt 88 i 89 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja wskazała, iż „po przeanalizowaniu danych stwierdziła, że rabaty nie wpływały na ceny głównych firm” oraz że „nie było absolutnie żadnego dowodu, iż były używane, aby modyfikować w zasadniczy sposób ceny”. Wprawdzie — jak przypomniano powyżej — Komisja ma oczywiście prawo modyfikować swoje oceny zawarte w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, z definicji mające charakter tymczasowy, jednakże oceny i wnioski zawarte w decyzji muszą być zgodne z ustaleniami faktycznymi dokonanyymi w toku postępowania administracyjnego, chyba że wykaże ona, co najmniej w postępowaniu przed sądem wspólnotowym, iż były one błędne. Tymczasem uwaga, iż nie ma żadnego dowodu, że rabaty znacząco wpływały na ceny, stanowi bardziej ustalenie faktyczne niż ocenę. W każdym razie nie wydaje się, by Komisja zmieniła zdanie na ten temat, skoro w motywie 77 decyzji czytamy: „Gdyby duże koncerty fonograficzne poprzez udzielane rabaty odeszły w znacznym stopniu od uzgodnionej polityki cenowej, efekt ujawniłby się w ich średnich cenach netto”.

447 Po trzecie, należy stwierdzić, że decyzja nie zawiera najdrobniejszej informacji mogącej wykazać rzeczywisty wpływ rabatów promocyjnych na ceny netto objętych nimi albumów. Jedyna wskazówka w tym względzie znajduje się w motywie 150 decyzji i zmierza raczej do zanegowania tego wpływu, ponieważ powiedziane jest tam, że „podobnie jak w przypadku dużych państw najważniejszymi rabatami stosowanymi we wszystkich mniejszych krajach są zwykle rabaty”. Na rozprawie Komisja istotnie wysunęła hipotezę, że mamy do czynienia z błędem maszynowym, jednak powtórzyła tę uwagę w odpowiedzi na skargę. Trzeba zresztą przypomnieć, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, sporządzonym po pięciu miesiącach dochodzenia, w trakcie którego Komisja prosiła o wyjaśnienia zarówno główne firmy, jak i niezależnych producentów i sprzedawców detalicznych, zwłaszcza na

temat znaczenia poszczególnych typów rabatów, włącznie z rabatami promocyjnymi (zob. w szczególności pytania 19 i 24 w kwestionariuszach wysyłanych od 20 stycznia 2004 r. do sprzedawców detalicznych i konkurentów, wymienionych w załączniku E.4.1), Komisja nie uznała nawet za konieczne wspomnieć o rabatach promocyjnych.

448 Wezwana przez Sąd do przedstawienia łącznej wartości rabatów promocyjnych, procentowo do sprzedaży ogółem ze 100 i 20 najlepiej sprzedających się albumów każdej z pięciu głównych firm (tj. średniego rabatu promocyjnego udzielonego na te albumy), a także wartości względnej rabatów promocyjnych w stosunku do zwykłych rabatów na wyżej wymienione albumy, Komisja odpowiedziała, że nie można tego obliczyć na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy.

449 Z powyższych uwag wynika, że Komisja stwierdziła niedostateczną przejrzystość rynku, pomimo przejrzystości cen brutto i zwykłych rabatów oraz wielu innych czynników przejrzystości wskazanych w decyzji, tylko z tego powodu, że rabaty promocyjne były mniej przejrzyste, nie zbadawszy jednak, czy te rabaty promocyjne stanowiły dostatecznie znaczący składnik objętych nimi cen albumów, aby mieć wpływ na przejrzystość cen tychże albumów. Wynika stąd, iż zarzut skarżącej, że decyzja jest dotknięta oczywistym błędem w ocenie, ponieważ Komisja nie zbadła, a w każdym razie nie wykazała w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób, znaczenia dla sprawy rabatów promocyjnych, jest zasadny.

450 Tego twierdzenia nie może podważyć argument Komisji, iż inne informacje przekazane w trakcie postępowania administracyjnego pozwoliły jej dojść do wniosku, że rabaty promocyjne były istotnym elementem ustalania cen i obliczyć średnie rabaty promocyjne w 2002 r. na wszystkie albumy. W szczególności dowody, na których opiera się ta argumentacja, nie mogą być uważane za wystarczająco spójne, wiarygodne i mające znaczenie dla sprawy, ani też mogące uzasadnić wnioski, jakie na ich podstawie zostały wyciągnięte.

451 Po pierwsze, chronologia przebiegu dochodzenia nie pozwala dostrzec, by Komisja badała kwestię znaczenia rabatów promocyjnych dla oceny stopnia przejrzystości rynku, ani tym bardziej, by takie badanie mogło być przeprowadzone w oparciu o zbiór mających znaczenie dla sprawy i wiarygodnych danych. Należy w tym względzie przypomnieć, że do czasu przesłuchania, które odbyło się w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r., Komisja obstawała przy wniosku, oczywiście tymczasowym, ale wypracowanym na podstawie badania wszystkich dowodów zebranych w toku dochodzenia, iż przed koncentracją istniała zbiorowa pozycja dominująca oraz w szczególności, iż rynek i rabaty były przejrzyste oraz że rabaty te nie były w stanie naruszyć koordynacji cenowej. W świetle odpowiedzi udzielonych zarówno przez główną firmę i konkurentów, jak i sprzedawców detalicznych w odpowiedzi na kwestionariusz dotyczący znaczenia poszczególnych rabatów, zwłaszcza zwykłych i promocyjnych, Komisja nie uznała za konieczne, by w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów wspomnieć o rabatach promocyjnych (przynajmniej tak wynika z jego wersji poufnej przedłożonej Sądowi). Z akt sprawy nie wynika, a Komisja tego wcale zresztą nie twierdziła, aby na tym etapie postępowania Komisja przeprowadziła jakiegokolwiek badanie związane z rabatami promocyjnymi. Nie wygląda również na to, by w krótkim okresie między przesłuchaniem w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r., po którym Komisja zmodyfikowała swoją ocenę, a odesłaniem projektu decyzji do komitetu doradczego w dniu 1 lipca 2004 r., Komisja przeprowadziła dochodzenie w celu sprawdzenia znaczenia dla sprawy rabatów promocyjnych, ani też ich stopnia przejrzystości. Jedyną czynność dochodzeniową podjęta po przesłuchaniu, o której wspomina Komisja, polegała na wysłaniu jednego żądania udzielenia informacji z dnia 21 czerwca 2004 r., skierowanego do zgłaszających koncentrację i dotyczącego nie znaczenia rabatów promocyjnych, lecz działalności głównych firm w zakresie monitorowania rynku. Reprezentatywny charakter raportów monitoringowych opracowanych przez handlowców z Sony i BMG (załącznik B.15), przekazanych w odpowiedzi na wniosek, budzi — jak stwierdzono powyżej — poważne wątpliwości w świetle poufnych dokumentów przedstawionych przez skarżącą (załącznik B.16). Wreszcie w swoich uwagach końcowych sama Komisja podkreśla, że prawo stron zgłaszających koncentrację do przedstawienia stanowiska ogranicza możliwości uzupełnienia dochodzenia po przesłuchaniu i wyklucza szerokie konsultacje na temat zarzutów wśród uczestników rynku. Czynności dochodzeniowe po przesłuchaniu polegają głównie, według Komisji, na zasięgnięciu opinii uczestników rynku w kwestii proponowanych zobowiązań i nie dotyczą zarzutów wysuniętych przeciwko zgłoszonej koncentracji.

452 Po drugie, chociaż w odpowiedziach na pisemne pytania Sądu Komisja wskazała, że informacje przekazane przez strony zgłaszające w trakcie postępowania admini-

stracyjnego pozwoliły jej obliczyć średnie rabaty promocyjne, przyznała jednak na rozprawie, iż sama nie wykonała tych obliczeń i musiała pozostawić ekonomistom uczestników koncentracji zadanie wyjaśnienia, dlaczego można było obliczyć rabaty dla wszystkich albumów, ale nie dla 20 lub 100 najlepiej sprzedających się albumów, skoro dochodzenie Komisji i zgromadzone przez nią dane dotyczyły tylko tych ostatnich.

- 453 Po trzecie, wprawdzie Komisja wskazała, że obliczenia zostały wykonane w oparciu o dane, które posłużyły za podstawę dla jednego z załączników B.12 do odpowiedzi na skargę, jednakże załącznik ten zawiera wyłącznie dane dotyczące BMG, a nie Sony.
- 454 Po czwarte, dane nie wydają się wystarczająco spójne, wiarygodne i mające znaczenie dla sprawy.
- 455 Należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że zestawienia przekazane przez Komisję w odpowiedzi na pytania Sądu dotyczą jedynie 2002 r. i nie zawierają żadnego wyjaśnienia, dlaczego akurat ten rok został wybrany przez strony dokonujące zgłoszenia, podczas gdy decyzja odnosi się do cen i rabatów z lat 1998–2003. Podobnie, chociaż dla BMG udział w sprzedaży brutto jest obliczany dla 10 największych odbiorców, w zestawieniu obejmuje tylko od pięciu do dziesięciu największych klientów (w zależności od kraju), przy czym brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym względzie. Należy również zauważyć, że widełki rabatów promocyjnych wskazane w zestawieniach (które dotyczą wszystkich albumów i wszystkich klientów) nie odpowiadają widełkom przedstawionym w zestawieniach z innych załączników B.6/E.2 (które dotyczą tylko 20 najlepiej sprzedających się albumów i 10 najlepszych klientów). Skoro liczba albumów i odbiorców uwzględnionych w tych zestawieniach jest dużo większa niż w przypadku rzeczonych załączników, maksymalny rabat promocyjny z zestawień [poufne] powinien być równy lub wyższy od podanego w rzeczonych załącznikach dla tego samego roku [poufne]. Łączne rabaty fakturowe każdej ze stron zgłaszających, a także różnica procentowa między rabatami udzielonymi przez każdą z nich, również nie zgadzają się z danymi przedstawionymi w decyzji. Decyzja oczywiście odnosi się do najlepiej sprzedających się albumów w 2003 r., a nie jak do zestawienia wszystkich albumów

sprzedanych w 2002 r., lecz to jedynie potwierdza, że rezultat może być różny w zależności od wybranych parametrów, a zatem potwierdza konieczność ze strony Komisji zachowania kontroli nad czynnościami lub przynajmniej weryfikowania znaczenia dla sprawy danych przekazanych przez uczestników koncentracji.

456 Należy też stwierdzić, że ponieważ zestawienia dotyczą średniego rabatu promocyjnego dla wszystkich sprzedanych albumów, a nie 100 lub 20 najlepiej sprzedających się albumów, nie wnoszą one niczego do sprawy, gdyż zakładają z góry dokładnie to, co powinny udowodniać, a mianowicie, że rabaty promocyjne odgrywają ważną rolę również w przypadku najlepiej sprzedających się albumów lub nowości płytowych, które zdobywają wysokie miejsca w rankingach (new hit releases) i że nie dotyczą głównie — jak utrzymuje skarżąca — mniej popularnych albumów z katalogu. Argument Komisji, że, ze względu na udział, jaki ma 100 najlepiej sprzedających się albumów w łącznej wartości przychodów ze sprzedaży muzyki, byłoby zaskakujące, gdyby poziom średnich rabatów promocyjnych liczonych dla wszystkich sprzedanych albumów nie odbijał się znacząco na cenie 100 najlepiej sprzedających się albumów, gdyż oznaczałoby to, że średnie rabaty promocyjne, które stanowią wielokrotność średniej ogólnej, stosowane są do wszystkich pozostałych albumów, nie może zostać uwzględniony. Chociaż decyzja nie zawiera informacji na ten temat, a Komisja w swoich pismach procesowych nie dostarczyła żadnych szczegółów, jedyne zawarte w aktach sprawy dowody wskazują raczej, że rabaty promocyjne są faktycznie wysokie, a wręcz bardzo wysokie. Na przykład w odpowiedzi na kwestionariusz Komisji jedna z głównych firm pisze, że „[t]en rodzaj rabatu może stanowić znaczny procent ceny PCS (na przykład do [poufne])”. Podobnie przedstawione przez Komisję zestawienia z załącznika E.2, zawierające szacunkowe wartości maksymalnych rabatów promocyjnych, podają stawki rabatów przyznanych przez strony zgłaszające koncentrację ich 10 najlepszym odbiorcom, które są często bardzo wysokie, wynoszące do [poufne]. Szacunki te w dodatku zostały określone przez Komisję jako ostrożne, gdyż liczby są podane w skali rocznej, podczas gdy rabat promocyjny jest zazwyczaj ograniczony w czasie. Rabaty promocyjne stanowią, nawet według zestawienia przedstawionego przez Komisję, jedynie mały procent średniej ceny sprzedaży [poufne] wszystkich sprzedanych albumów, w związku z tym powinny się stosować tylko do niewielkiej liczby albumów. Wreszcie — jak zostało powiedziane powyżej — jedyne wyjaśnienia głównych firm przedstawione przez Komisję zdają się wskazywać, że rabaty promocyjne stosowane są w szczególnych przypadkach (artysta na tournée, niektóre zapasy sezonowe, stare albumy, które się już gorzej sprzedają). W tych okolicznościach nie można domniemywać, że średnie

stawki rabatów promocyjnych udzielonych na wszystkie albumy są reprezentatywne dla rabatów promocyjnych udzielonych na 100 najlepiej sprzedających się albumów, ani tym bardziej na nowe „hits releases”. Należy ponadto przypomnieć w tej kwestii, iż w pkt 87 i 90 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja nadmieniała, że uważa, iż cenniki nowych edycji są wykorzystywane do koordynowania i monitorowania polityki cenowej oraz iż nie znalazła żadnego dowodu, że rabaty były używane, aby zasadniczo modyfikować średnie ceny netto nowych „hit releases”.

457 Po piąte, nawet jeśli założyć, że zestawienia zawierają dane prawidłowe i reprezentatywne, należy stwierdzić, że rabaty promocyjne stanowią tylko niewielką część ceny sprzedaży brutto albumów w trzech z pięciu dużych krajów w przypadku BMG [poufne]% w kraju B, [poufne]% w kraju C oraz [poufne]% w kraju D, z kolei w dwóch z pięciu dużych krajów w przypadku Sony [poufne]% w kraju C i [poufne]% w kraju D. Ponadto wbrew temu, co utrzymuje Komisja, nie można uważać, że zestawienia wykazują, iż średnie rabaty promocyjne obydwu stron zgłaszających bardzo się różnią w większości krajów, skoro w trzech krajach na pięć różnica między rabatami promocyjnymi stosowanymi przez Sony i BMG jest mniejsza niż [poufne]%. Według decyzji zaś każdy kraj stanowi osobny rynek, a koncentracja, która tworzy lub umacnia pozycję dominującą powodującą w konsekwencji, że skuteczna konkurencja zostanie znacznie utrudniona na jednym z rynków właściwych, powinna być uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem. W tych okolicznościach, nawet jeśli założymy, że rabaty promocyjne mogą być uważane za mniej przejrzyste, Komisja powinna była jednak — o ile nie zamierzała zastosować wymogu całkowitej przejrzystości — wyjaśnić w decyzji, w jaki sposób pomimo ich minimalnego realnego wpływu na ceny i mimo wielu czynników przejrzystości stwierdzonych w decyzji, rabaty promocyjne były zdolne wyeliminować dostateczną przejrzystość rynku konieczną do umożliwienia zbiorowej pozycji dominującej.

458 W każdym razie wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania spornego przed Sądem ani, tym bardziej, czynności sprawdzające w zakresie zasadniczego aspektu decyzji nie mogą zrekompensować zaniechania badania w czasie, kiedy wydawano decyzję, ani wyeliminować oczywistego błędu w ocenie, którym jest dotknięta z tego

powodu decyzja i to nawet przy założeniu, że błąd nie miał żadnego wpływu na rezultat oceny (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 22 stycznia 2004 r. w sprawie C-353/01 P Mattila przeciwko Radzie i Komisji, Rec. str. I-1073, pkt 31 i 37).

c) Wnioski w przedmiocie przejrzystości

⁴⁵⁹ Z powyższych ustaleń Sądu wynika, że stwierdzenia zawarte w decyzji w zakresie przejrzystości rynku nie są uzasadnione w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób i są dotknięte oczywistym błędem w ocenie, gdyż nie opierają się na badaniu wszystkich mających znaczenie danych, które powinny być wzięte pod uwagę, i nie są one w stanie uzasadnić wniosku, że rynek nie jest dostatecznie przejrzysty, aby umożliwić zbiorową pozycję dominującą.

5. Jednorodność

⁴⁶⁰ Jeśli chodzi o kryterium związane z jednorodnością produktu, należy przypomnieć, że w motywie 157 decyzji Komisja stwierdziła brak istnienia zbiorowej pozycji dominującej, powołując się, poza niedoborami na poziomie przejrzystości oraz brakiem dowodów świadczących o istnieniu środków odwetowych w przeszłości, na częściowo niejednorodną charakterystykę produktu. Jednakże należy zaznaczyć, że w treści motywu 110 decyzji poświęconego badaniu jednorodności produktu Komisja podkreśliła z jednej strony, że format nagrań muzycznych jest jednolity, z drugiej zaś, że, pomimo różnorodnej zawartości nagrań, zasady polityki cenowej i wprowadzania do obrotu albumów na rynkach hurtowych są relatywnie ujednoczone, a wreszcie, że, jeśli chodzi o rabaty oraz uzgodniony procent zwrotów niesprzedanego towaru, główne firmy zazwyczaj nie robią żadnego rozróżnienia pomiędzy gatunkami muzycznymi lub typami albumów. Po czym, mimo wyraźnej sprzeczności z tym twierdzeniem i bez żadnych dodatkowych wyjaśnień, Komisja

dodaje, że ustalanie ceny zależy naturalnie także od sukcesu albumu i że na poziomie albumów występuje różnica pod względem rabatów promocyjnych. Na tej podstawie Komisja uznała, że różnorodna zawartość i jej wyżej opisany wpływ na ceny ograniczają przejrzystość.

461 Wynika stąd, że Komisja uznała, iż stwierdzone elementy różnorodności miały wpływ tylko na rabaty promocyjne. Jak zaś stwierdzono wcześniej, elementy zidentyfikowane w decyzji oraz argumenty powołane przez Komisję w jej pismach nie wystarczają do udowodnienia twierdzenia, że rynek nie był przejrzysty w stopniu wymaganym, aby mogła zaistnieć zbiorowa pozycja dominująca. W związku z powyższym twierdzenia, skądinąd sprzeczne, dotyczące elementów różnorodności produktu nie są same z siebie w stanie doprowadzić do wyciągnięcia wniosku, że na rynku nie występowała zbiorowa pozycja dominująca.

462 Trzeba ponadto zauważyć, że okoliczność, iż produkt jest niejednorodny, przynajmniej pod względem zawartości, i w związku z tym należałoby oczekiwać, że jego cena będzie różna dla różnych albumów, nadaje szczególną wagę stwierdzeniu poczynionemu przez samą Komisję w motywach 76 i 77 dotyczących rynku brytyjskiego (oraz w odpowiednich motywach odnoszących się do pozostałych rynków), że ceny katalogowe najlepiej sprzedających się albumów robią wrażenie raczej wyrównanych, a ceny sprzedaży netto są ściśle powiązane z cenami brutto.

6. Środki odwetowe

463 W motywach 114–118 decyzji Komisja zbadała, czy główne firmy w przeszłości podejmowały „działania odwetowe” w stosunku do którejkolwiek z ich grona, i stwierdziła, że nie znalazła „żadnego dowodu wskazującego, iż w przeszłości odmowa ze strony jednej z głównych firm stosowania uzgodnionych praktyk

spowodowała w ramach odwetu wykluczenie innych głównych firm ze wspólnego przedsięwzięcia związanego z kompilacjami lub powrotu (czasowego) do normalnych, konkurencyjnych praktyk” ani nie znalazła nawet „śladu tego rodzaju groźby”.

⁴⁶⁴ Skarżąca utrzymuje, że to ustalenie dotknięte jest wadami w postaci braku uzasadnienia, oczywistego błędu w ocenie oraz naruszenia prawa. Podzielone na te trzy grupy zarzuty w istocie pokrywają się i sprowadzają się do zakwestionowania sposobu postępowania Komisji, która oparła swoją analizę na braku dowodów wcześniejszego stosowania środków odwetowych, podczas gdy powinna była jedynie sprawdzić, czy istnieją skuteczne mechanizmy odstraszające.

⁴⁶⁵ Z orzecznictwa (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 62) wynika, że aby zbiorowa pozycja dominująca mogła zaistnieć, potrzebne są odpowiednie bodźce zniechęcające, aby zapewnić trwałą motywację do nieodstępowania od wspólnej linii działania, co w praktyce oznacza, iż każdy członek dominującego oligopolu musi mieć świadomość, że bardzo konkurencyjne działanie z jego strony skierowane na zwiększenie udziału w rynku sprowokowałoby identyczne działanie ze strony pozostałych podmiotów, a w związku z tym nie osiągnąłby żadnej korzyści ze swojej inicjatywy (zob. podobnie ww. w pkt 246 wyrok w sprawie Gencor przeciwko Komisji, pkt 276).

⁴⁶⁶ Samo istnienie skutecznych mechanizmów odstraszających w zasadzie bowiem wystarcza, ponieważ jeśli członkowie oligopolu postępują zgodnie ze wspólną polityką, nie ma potrzeby stosowania sankcji. Ponadto — jak podkreśla skarżąca — najbardziej skuteczny środek odstraszający to taki, którego nie trzeba używać.

⁴⁶⁷ Ponadto Komisja wyraźnie stwierdziła w pkt 128–132 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, że wykluczenie ze wspólnych przedsięwzięć związanych z kompilacjami stanowi wyjątkowo skuteczny mechanizm odwetowy i decyzja, nawet jeśli nie przyznaje tego równie wyraźnie, jednak potwierdza tę analizę, wbrew

temu, co utrzymuje Komisja w pismach procesowych. W motywach 115 i 116 decyzji Komisja najpierw bowiem przedstawia ekonomiczne znaczenie kompilacji złożonych z utworów wielu artystów lub wytwórni, stanowiących w przybliżeniu 15–20% całego rynku nagrań muzycznych, a także podkreśla, że włączenie do albumu utworów artystów „należących” do różnych wytwórni płytowych wydaje się być kluczowym elementem sukcesu kompilacji, następnie zaś stwierdza w motywie 117 decyzji, że „w przypadku powtarzających się »odstępstw« ze strony jednego z nich duże koncerty fonograficzne mogłyby więc go wykluczyć z nowo powstających wspólnych przedsięwzięć lub odmówić mu prawa do wykorzystania swoich utworów w jego kompilacjach, a nawet zakończyć niektóre wspólne przedsięwzięcia już rozpoczęte”. Wreszcie motyw 118 decyzji wskazuje, że Komisja nie znalazła jednak żadnej poszlaki wskazującej na wykluczenie w przeszłości innych dużych koncertów fonograficznych ze wspólnych przedsięwzięć związanych z kompilacjami ani nawet śladu tego rodzaju groźby, równocześnie dodając, że „takie metody generalnie mogły stanowić wiarygodne środki odwetowe na rynkach nagrań muzycznych”.

468 Natomiast w odniesieniu — w ramach tego samego zarzutu — do stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej, a nie jej stworzenia, można sądzić, iż kryterium związane ze środkami odwetowymi może polegać, nie jak w przypadku leżącym u podstaw ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji, tylko na sprawdzeniu, czy istniały mechanizmy odwetowe, lecz na zbadaniu, czy miały miejsce naruszenia wspólnej linii działania, po których nie nastąpiło zastosowanie środków odwetowych. Choć decyzja nie wskazuje, że test na stwierdzenie istnienia zbiorowej pozycji dominującej powinien wyglądać inaczej i mimo iż Komisja w pismach procesowych też tego nie twierdziła, Sąd zbada jednak, czy ustalenia dokonane w decyzji przejdą taki test.

469 Aby fakt niezastosowania środka odwetowego mógł zostać uznany za oznakę, iż przesłanka dotycząca środków odwetowych nie została spełniona, konieczne jest przeprowadzenie łącznie dwóch dowodów, a mianowicie dowodu odejścia od wspólnej linii działania, bez którego nie ma potrzeby badania kwestii użycia środków odwetowych, a następnie rzeczywistego dowodu braku środków odwetowych.

Należy zaś stwierdzić, że w decyzji nie przedstawiono koniecznych dowodów dla żadnego z tych dwóch aspektów.

470 Po pierwsze, ani w dziale poświęconym środkom odwetowym, ani nawet w pozostałej części decyzji Komisja nie zidentyfikowała wyraźnie żadnego przypadku naruszenia wspólnej polityki w zakresie cen. W odpowiedzi na skargę Komisja rzeczywiście powołała dwa przypadki, w których różnice w stosunku do wspólnej linii postępowania zostały stwierdzone w decyzji (w Zjednoczonym Królestwie w latach 2000 i 2001, motyw 74 oraz w Niemczech odnotowano wolniejszy wzrost cen jednej z głównych firm, motyw 88). Niemniej z decyzji nie wynika, że te przypadki były uważane za naruszenia wspólnej polityki, a jedynie za ukazujące, iż paralelizm cen nie występował cały czas.

471 Po drugie, należy w każdym razie stwierdzić, że w trakcie rozprawy Komisja zapytana przez Sąd o czynności dochodzeniowe, jakie przeprowadziła, zanim doszła do wniosku, że nie znalazła dowodów stosowania w przeszłości środków odwetowych ani nawet śladu tego rodzaju groźby, nie była w stanie wskazać najdrobniejszej czynności wykonanej lub podjętej w tym celu. Ponadto ze względu na fakt, że na etapie wystosowania pisma w sprawie przedstawienia zarzutów dochodzenie Komisji było związane z badaniem, czy istnieją wiarygodne mechanizmy odstrasżające, a nie czy faktycznie użyto środków odwetowych, i że dopiero po przesłuchaniu, które odbyło się przed Komisją, zmieniła ona swoją ocenę kwestii koncentracji, trudno ustalić, kiedy i w jaki sposób Komisja mogła właściwie szukać dowodów użycia środków odwetowych. Z akt sprawy wynika zresztą, że po przesłuchaniu Komisja nie przeprowadzała już badań rynku. Jedyne czynności sprawdzające mogły polegać na skierowaniu pytania do stron zgłaszających koncentrację, na co Komisja nie przedstawiła Sądowi żadnego dowodu, zaś strony zgłaszające były oczywiście niezbyt skłonne, by dostarczyć Komisji dowodów na stosowanie środków odwetowych.

472 Na koniec należy stwierdzić, iż nie można się zgodzić z argumentem Komisji, że „[o]czywiste dowody na stosowanie środków odwetowych przez inne główne firmy jako reakcji na »odstępstwo« w stosunku do normalnego poziomu średnich cen

netto lub średnich rabatów fakturowych mogłyby stanowić wskazówkę (aczkolwiek z całą pewnością nie decydującą) świadczącą o istnieniu koordynacji, pomimo trudności z określeniem wystarczająco jasnych zasad koordynacji oraz wystarczająco skutecznych sposobów kontrolowania ich przestrzegania”. Z jednej bowiem strony twierdzenie to stoi w sprzeczności z decyzją, według której „każda oznaka odwetu może faktycznie być uważana za świadczącą o istnieniu zbiorowej pozycji dominującej na tych rynkach” (motyw 114 decyzji), a także „zatem [Komisja] nie znalazła w niniejszej sprawie żadnego dowodu wskazującego, że takie środki lub groźby były używane w przeszłości, co stanowiłoby dowód zbiorowej pozycji dominującej”. Z drugiej strony, argumentacja Komisji każe sądzić, iż badanie, jakie przeprowadziła pod kątem spełnienia przesłanki związanej ze środkami odwetowymi było nieodpowiednie, skoro nawet „oczywiste dowody na stosowanie środków odwetowych” mogły stanowić jedynie wskazówkę „z całą pewnością nie decydującą”.

473 Z powyższych ustaleń wynika, iż zarzut skarżącej, że oceny zawarte w decyzji związane ze środkami odwetowymi, stanowią naruszenie prawa oraz są dotknięte oczywistym błędem w ocenie, jest zasadny.

474 Zważywszy, że oceny te stanowią — jak wynika w szczególności z motywu 157 decyzji — główną podstawę, na której opiera się decyzja, należy stwierdzić jej nieważność.

7. Wnioski w przedmiocie pierwszego zarzutu

475 Z powyższych ustaleń wynika, iż twierdzenie, że rynki nagrań muzycznych nie są dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić zbiorową pozycję dominującą, nie zostało uzasadnione w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób i jest dotknięte oczywistym błędem w ocenie, ponieważ materiał, na którym się ono opiera, jest niekompletny i nie zawiera wszystkich mających znaczenie dla sprawy danych, jakie powinny być wzięte pod uwagę przez Komisję, a także nie jest w stanie uzasadnić wniosków, które na jego podstawie wyciągnięto. Zważywszy, że twierdzenie to

stanowi — jak wynika zarówno z decyzji, w szczególności motywu 157, jak i rozprawy przed Sądem — główną podstawę, w oparciu o którą Komisja doszła w decyzji do wniosku o nieistnieniu zbiorowej pozycji dominującej, już z tego jednego względu należy stwierdzić nieważność decyzji.

476 Równocześnie, ponieważ analiza dotycząca środków odwetowych jest dotknięta naruszeniem prawa lub, w każdym razie, oczywistym błędem w ocenie, a analiza ta stanowi kolejną główną podstawę, na której Komisja oparła wniosek o nieistnieniu zbiorowej pozycji dominującej, wada ta uzasadnia również stwierdzenie nieważności decyzji.

477 Na koniec należy też stwierdzić, na tyle na ile jest to konieczne, że — jak wynika wyraźnie lub w sposób dorozumiany z całości powyższych ustaleń — żaden argument wysunięty przez interwenientów nie jest w stanie podważyć tych wniosków i że wiele z tych argumentów stoi wręcz w wyraźnej sprzeczności z decyzją.

478 Co się tyczy, po pierwsze, uwag wstępnych zgłoszonych przez interwenientów, trzeba stwierdzić, że część z nich została już odrzucona, a inne nic nie wnoszą do sprawy. Na przykład podnoszona okoliczność, że Komisja przeprowadziła dochodzenie niezwykle pogłębione, nie jest w stanie sama z siebie wykazać, iż Komisja rzeczywiście zgromadziła, przeanalizowała i prawidłowo oceniła wszystkie mające znaczenie dla sprawy dane. Trzeba też zauważyć w tym względzie, że interwenienci podkreślają, iż od momentu zgłoszenia koncentracji dostarczali bardzo solidnych danych i wyjaśnień dotyczących przemysłu muzycznego w Europie. Tymczasem z akt sprawy wynika, że na podstawie tych właśnie oraz innych informacji zebranych na rynku podczas blisko pięciomiesięcznego dochodzenia Komisja stwierdziła w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów niezgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i że dopiero po przedstawieniu argumentacji stron i ich ekonomistów na przesłuchaniu w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r. Komisja zmodyfikowała swoją ocenę i dwa tygodnie później wysłała do komitetu doradczego projekt decyzji wyrażającej

zgodę na koncentrację. Podobnie okoliczność, że organy ochrony konkurencji na całym świecie wyraziły zgodę na koncentrację, nie jest istotna dla sprawy. Wreszcie argument, że koncentracja stanowiła prokonkurencyjne działanie w odpowiedzi na kryzys w przemyśle muzycznym, a zwłaszcza na spadek cen sprzedaży CD, również musi zostać odrzucony. Decyzja bowiem nie tylko nie jest w żaden sposób oparta na rzekomej równowadze różnych dodatnich i ujemnych stron koncentracji, ale ponadto argumenty interwenientów wywiedzione ze zmian popytu zostały wyraźnie odrzucone w pkt 55–59 decyzji.

479 Po drugie, jeśli chodzi o argumenty interwenientów, mające na celu podważenie zasadności zarzutów skarżącej związanych z rabatami promocyjnymi, z wyrównaniem cen lub przejrzystością, wystarczy stwierdzić, że pokrywają się one z argumentami wysuniętymi przez Komisję i zostały już odrzucone powyżej lub nie mogą być brane pod uwagę, ponieważ stoją w wyraźnej sprzeczności z ustaleniami dokonanymi w decyzji. Na przykład argument wywiedziony z rzekomego braku wyrównania cen, a także twierdzenie, że do sporej części 100 najlepiej sprzedających się pozycji nie stosowano PCS zidentyfikowane w decyzji, zostały wyraźnie odrzucone w decyzji. Podobnie twierdzenie, że decyzja minimalizuje rzeczywistą siłę dowodów świadczących o braku wystarczającej przejrzystości, nie ma znaczenia dla sprawy. W istocie bowiem rolą Sądu nie jest orzekanie w zakresie zgodności koncentracji, lecz sprawowanie kontroli legalności ustaleń dokonanych w decyzji. Należy ponadto powiedzieć po raz kolejny, że twierdzeniom interwenientów w tej materii, jakoby PCS nie były ani znane, ani dostępne, albo że zwykle rabaty nie były dostatecznie przejrzyste, przeczą wyraźnie ustalenia zawarte w decyzji.

480 Wreszcie po trzecie, jeśli chodzi o argumenty dotyczące różnego rodzaju pominiętych w decyzji kwestii, wystarczy stwierdzić, iż są one całkowicie pozbawione znaczenia dla sprawy, ponieważ badanie Sądu ogranicza się do kontroli legalności decyzji.

481 Niemniej jednak Sąd uważa za konieczne, aby zbadać także drugi zarzut.

III — *W przedmiocie drugiego zarzutu dotyczącego stworzenia zbiorowej pozycji dominującej na rynkach nagrań muzycznych*

A — *Argumenty skarżącej*

482 Skarżąca zwraca uwagę, że Komisja poświęciła jedną niepełną stronę na badanie związane z ustaleniem, czy koncentracja stworzyłaby zbiorową pozycję dominującą. Wprawdzie Komisja przyznała, że zmniejszenie liczby uczestników gry rynkowej może na niektórych rynkach oligopolistycznych powodować stworzenie zbiorowej pozycji dominującej pozostałych przedsiębiorstw i że to zasadniczo zależy od cech rynku, nie określiła natomiast cech, które o tym decydują, lecz ograniczyła się do odesłania do analizy przeprowadzonej w zakresie zbiorowej pozycji dominującej istniejącej przed koncentracją i doszła w motywie 157 decyzji do wniosku, iż nie znalazła „dość dowodów, aby wykazać że zmniejszenie liczby koncernów fonograficznych z pięciu do czterech stanowi zmianę dostatecznie poważną, by skutkowałą prawdopodobnym stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej”, w szczególności jeśli chodzi o przejrzystość i środki odwetowe.

1. W przedmiocie naruszenia prawa

483 Zdaniem skarżącej Komisja, przeprowadzając test na stworzenie zbiorowej pozycji dominującej, naruszyła czterokrotnie prawo.

a) Brak analizy prospektywnej

484 Komisja miała naruszyć prawo przy stosowaniu przepisów dotyczących zbiorowych pozycji dominujących, nie przeprowadzając analizy prospektywnej w celu sprawdzenia, czy w wyniku koncentracji nie powstałaby zbiorowa pozycja dominująca. Ten test służący do ustalenia, czy koncentracja wytworzy taką pozycję, różni się zaś zasadniczo od testu wykrywającego aktualnie istniejącą dominację, ten drugi wymaga bowiem przeprowadzenia analizy ex post, podczas gdy pierwszy — analizy ex ante, która powinna być przeprowadzona w odniesieniu do poziomu konkurencji występującego na rynku przed dokonaniem koncentracji.

485 Z ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji wynika, że analiza prospektywna powinna nie tylko brać pod uwagę sytuację związaną z taką pozycją w momencie dokonywania koncentracji, lecz także oceniać ją w sposób dynamiczny, mając na względzie w szczególności „wewnętrzną równowagę, stabilność oraz ustalenie, czy zachowanie paralelne, które koncentracja jest zdolna wywołać, może trwać przez dłuższy czas”. Tymczasem z motywu 157 decyzji wynika, że zamiast przeprowadzić osobną, wymaganą analizę prospektywną, Komisja doszła do swojego ustalenia na podstawie tych samych dowodów — ex post — które wykorzystała do zanegowania istnienia zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją.

486 Tymczasem analiza ex post nie jest rozstrzygająca. Komisja wprawdzie ustaliła, że „rynki nagrań muzycznych posiadają niektóre cechy sprzyjające istnieniu zbiorowej pozycji dominującej” (motyw 157 decyzji), ale ograniczyła się jedynie do wskazania, że nie znalazła wystarczających dowodów, iż zbiorowa pozycja dominująca już

istnieje, a w takiej sytuacji każda zmiana czynników zwiększających możliwość milczących porozumień powinna być zostać przeanalizowana z wielką rozwagą. Jedynym jednak dowodem zbadanym przez Komisję był raport na temat zdarzeń z przeszłości, co — zdaniem skarżącej — stanowiło przyznanie w sposób dorozumiany przez Komisję, że nie przeprowadziła analizy prospektywnej.

b) Przejrzystość

⁴⁸⁷ Skarżąca utrzymuje, że przy badaniu, czy zostałyby stworzone zbiorowa pozycja dominująca, Komisja naruszyła prawo z tych samych przyczyn, które zostały przedstawione w związku z pierwszym zarzutem, tzn. przez fakt posłużenia się testem na całkowitą przejrzystość rynku, podczas gdy w świetle ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji należy sprawdzić tylko, czy rynek jest dostatecznie przejrzysty, aby umożliwiać koordynowanie zachowań.

c) Środki odstraszające

⁴⁸⁸ Skarżąca zarzuca Komisji, że nie przeprowadziła analizy prospektywnej w celu zbadania, czy istnieją środki odstraszające, lecz bazowała na wnioskach, do jakich doszła, błędnie opierając się na braku dowodów działań odwetowych w przeszłości, w kontekście umocnienia zbiorowej pozycji dominującej istniejącej przed koncentracją, w celu odrzucenia wszelkich argumentów przemawiających za tym, że zmniejszenie liczby głównych firm z pięciu do czterech ułatwi działania odwetowe na rynku.

489 W ramach analizy prospektywnej, którą Komisja powinna była przeprowadzić, ustalenie, iż istniały środki mogące zagrozić odwetem ze strony głównych firm (motyw 118 decyzji), powinno było zostać uznane za wystarczający dowód, zwłaszcza po zmniejszeniu się do czterech liczby dużych koncernów.

d) Przeciwwaga

490 Skarżąca utrzymuje, że Komisja naruszyła prawo, nie badając w ogóle trzeciej przesłanki ustalonej w ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji dla potrzeb badania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, a mianowicie możliwości działania ze strony klientów lub konkurentów, które mogłyby zagrozić rezultatom wspólnej polityki przyjętej przez główne firmy.

2. W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia

491 Skarżąca zwraca uwagę, iż analiza prospektywna, którą Komisja powinna przeprowadzić, aby zbadać ryzyko stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, wymaga dogłębnego zbadania okoliczności mających znaczenie dla sprawy ze względu na ewentualny wpływ koncentracji na rynek. Tymczasem Komisja, po pierwsze, w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów nawet nie zbadała możliwości stworzenia zbiorowej pozycji dominującej i, po drugie, zawarta w decyzji analiza Komisji nie jest analizą ani prospektywną, ani szczegółową. Zdaniem skarżącej, z faktu, iż nie wykazała istnienia zbiorowej pozycji dominującej, Komisja wywnioskowała, że nie ma dość dowodów do wykazania, że pozycja dominująca zostanie stworzona w przyszłości.

492 Skarżąca utrzymuje, że gdyby Komisja wykonała wymaganą analizę prospektywą, musiałaby rozważyć następujące kwestie:

- w jakim stopniu zmniejszenie ilości głównych firm oznaczałoby, że:
 - główne firmy staną się bardziej od siebie nawzajem zależne z racji zredukowania liczby uczestników gry rynkowej z pięciu do czterech;
 - rynek, który przed koncentracją był, według wszelkich obowiązujących standardów, rynkiem skoncentrowanym, będzie dużo bardziej skoncentrowany po jej dokonaniu;
 - koordynacja pomiędzy głównymi firmami będzie jeszcze łatwiejsza do monitorowania i utrzymania w czasie, a przejrzystość cen będzie również jeszcze wyraźniejsza ze względu na symetrię, która ułatwi kontrolę m.in. na bardzo ważnym rynku przebojów;
 - łatwiejsze stanie się identyfikowanie punktów centralnych i utrzymywanie porozumienia, co leży we wspólnym interesie głównych firm, ponieważ ich liczba zostanie ograniczona;
 - równowaga między długoterminowymi korzyściami wynikającymi z udziału w porozumieniu a korzyściami krótkoterminowymi ze sprzedaży po niższych cenach niż konkurencja zmieni się wraz z mniejszą liczbą firm na rynku;

- w jakim stopniu wzrośnie symetria na rynku w sytuacji, gdy Sony BMG stanie się podobna do Universalu pod względem wielkości przedsiębiorstwa oraz udziałów w rynku, a pozostające niewiele w tyle za nimi dwie inne główne firmy EMI i Time Warner również posiadają symetryczne udziały w rynku. Jest to, zdaniem skarżącej, bardzo istotna kwestia, gdyż symetria pod względem wielkości przedsiębiorstwa i udziałów w rynku czyni milczące porozumienie jeszcze łatwiejszym do utrzymania. Sony BMG i Universal posiadałyby łącznie udziały wynoszące 50% w światowym rynku nagrań muzycznych oraz blisko 60–70% w bardzo ważnym rynku przebojów, którego znaczenia Komisja w ogóle nie wzięła pod uwagę. Ten segment rynku jest ważny zarówno w kontekście aktualnej konkurencji, jak też jako wskaźnik siły rynkowej w perspektywie długoterminowej, ponieważ aktualne nowości wchodzi do katalogu nagrań firmy;
- w jakim stopniu wzrośnie symetria, a konkurencja zostanie ograniczona, ze względu na to, że dwie główne firmy, które w ostatnich latach osiągały różne wyniki, będą od tej pory jednym podmiotem;
- w jakim stopniu dostępne środki odstraszające staną się bardziej skuteczne;
- w jakim stopniu niezależni producenci staną się jeszcze bardziej zależni od głównych firm przede wszystkim z tego względu, że liczba możliwych partnerów handlowych, z którymi muszą współpracować, zmniejszy się o 20%;
- w jakim stopniu zostanie osłabiona wszelka przeciwwaga konkurencyjna dla głównych firm.

⁴⁹³ Komisja nie zbadała dokładnie żadnej z tych kwestii, w związku z tym stwierdzenie Komisji, że nie dojdzie do stworzenia zbiorowej pozycji dominującej (motyw 158 zaskarżonej decyzji), nie jest poparte żadnym racjonalnym argumentem albo opiera się na rozumowaniu w oczywisty sposób niepoprawnym.

3. W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie

- 494 Fakt nieprzeprowadzenia analizy prospektywnej, zdaniem skarżącej, również stanowi błąd w ocenie. Komisja oparła się na wcześniejszych dowodach dotyczących istnienia zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją, nie zbadawszy dokładnie skutków zmian wynikających z koncentracji. Ponadto owe rzekome dowody same w sobie są już wadliwe z powodów przedstawionych w pierwszym zarzucie.
- 495 Skarżąca zwraca uwagę, że wprawdzie Komisja nadmienia krótko, iż przejrzystość wzrośnie, jednak nie precyzuje dokładniej, jaki poziom osiągnie, ani jakie konsekwencje z tego wynikną, tylko ogranicza się do podkreślenia braku wystarczających dowodów. Komisja powinna była ponadto zbadać, w jakim stopniu zmniejszenie liczby graczy na rynku ułatwia milczące porozumienia i czyni je bardziej atrakcyjnymi, ponieważ zyski są dzielone w mniejszym gronie. Komisja nie wspomniała, jakie dowody zostały zebrane ani dlaczego są one niewystarczające, ani też, jakie dowody byłyby potrzebne.
- 496 Jeśli chodzi o środki odwetowe, analiza opierała się na wcześniejszych dowodach obejmujących okres, co do którego Komisja twierdzi, że nie występowała wówczas zbiorowa pozycja dominująca. Komisja nie zbadała kwestii potencjalnych środków odwetowych po dokonaniu koncentracji.
- 497 Skarżąca przypomina, iż Komisja była bliska stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją, lecz niesłusznie uznała jej dowody za niewystarczające. Identyfikacja wniosku w odniesieniu do rynku po koncentracji, która zwiększyła przejrzystość, wskazuje na oczywisty błąd w ocenie.

498 Na koniec skarżąca twierdzi, że wniosek Komisji jest szczególnie zadziwiający, jeśli zważyć, iż cztery lata wcześniej Komisja stwierdziła, iż połączenie EMI/Time Warner stworzyłoby zbiorową pozycję dominującą na rynku nagrań muzycznych (pkt 57 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów we wspomnianej sprawie, figurującego w załączniku A.13).

B — *Argumenty Komisji*

1. W przedmiocie naruszenia prawa

a) Brak analizy prospektywnej

499 Komisja utrzymuje, że zarzuty skarżącej, iż nie przeprowadziła ona analizy prospektywnej i oparła się na tych samych dowodach *ex post*, co w analizie ewentualnego istnienia zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją, podczas gdy kryteria różnią się zasadniczo, są nieuzasadnione. Tytułem wstępu Komisja przedstawiła dwie uwagi generalne.

500 Po pierwsze, decyzje w ramach kontroli koncentracji zawsze muszą opierać się na analizie prospektywnej, gdyż stwierdzenie, czy dana koncentracja jest czy nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem, zależy od zmian na rynku, jakie mogą być spowodowane przez koncentrację jeszcze nieprzeprowadzoną (ww. w pkt 245 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 109–111). Zatem we wszystkich przypadkach należy oprzeć analizę prospektywną na jasnym obrazie warunków konkurencji istniejących przed zamierzoną operacją. Zgromadzony już materiał dowodowy dotyczący aktualnej sytuacji rynku (który z trudem można określić jako dowody *ex post*) będzie miał nadal znaczenie dla sprawy jako punkt wyjścia dla analizy.

501 Po drugie, ocena w zakresie ewentualnego aktualnego istnienia zbiorowej pozycji dominującej wymaga wzięcia pod uwagę czterech przesłanek identycznych jak w przypadku oceny możliwości stworzenia takiej pozycji dominującej: oznak milczącej koordynacji, dostatecznej przejrzystości, prawdopodobieństwa odwetu oraz przeciwwagi ze strony konkurentów i klientów (wyrok Sądu z dnia 26 stycznia 2005 r. w sprawie T-193/02 Piau przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-209, pkt 111). Jeżeli, jak w rozpoznawanej sprawie, została już udzielona odpowiedź przecząca na jedno lub więcej pytań związanych z aktualną sytuacją, analiza prospektywna będzie musiała się skupić na określeniu, czy lub w jaki sposób koncentracja będzie mogła spowodować, że w przewidywalnej przyszłości uzyskamy odpowiedź twierdzącą.

502 Ponieważ wniosek, iż nie było wystarczających dowodów istnienia zbiorowej pozycji dominującej, opierał się głównie na fakcie, że nie była spełniona przesłanka dostatecznej przejrzystości, Komisja interesowała się przede wszystkim możliwym wpływem koncentracji w tym zakresie. Gdyby koncentracja prowadziła automatycznie do zredukowania ilości stosunków dwustronnych z dziesięciu do sześciu, co zasadniczo ułatwiałoby monitorowanie, taka uwaga głównie natury arytmetycznej nie byłaby jednak decydująca przede wszystkim ze względu na to, że ograniczenia przejrzystości wynikają nie z liczby głównych firm wymagających monitorowania, lecz ze złożoności indywidualnych decyzji każdego z dużych koncernów fonograficznych, które ustalają ceny netto indywidualnych albumów o różnorodnej zawartości, osiągających sukcesy handlowe różnych rozmiarów, dla indywidualnych klientów, przy użyciu kombinacji cen PCS, zwykłych rabatów oraz rabatów promocyjnych. Co się tyczy rabatów fakturowych, dostępne skąpe informacje (dotyczące głównie zwykłych rabatów) można w każdym razie łatwiej uzyskać od odbiorców niż od innych głównych firm, koncentracja zaś nie zmieni relacji pozostałych głównych firm z klientami, na których operacja nie będzie miała wpływu. Dlatego też Komisja stwierdziła — prospektywnie — brak wystarczających dowodów świadczących, iż zmiana struktury rynku, jaka powinna wyniknąć

z koncentracji, ułatwi przejrzystość w takim stopniu, że zostanie osiągnięty poziom przejrzystości wymagany do stworzenia zbiorowej pozycji dominującej (motyw 157 in fine decyzji).

503 Komisja utrzymuje, że elementy te stanowią wystarczającą analizę kumulatywnych przesłanek zbiorowej pozycji dominującej.

b) Przejrzystość

504 Ponieważ argumentacja skarżącej powtarza jedynie to, co zostało powołane w związku z pierwszym zarzutem, jest zatem równie bezzasadna w obecnie rozpatrywanym kontekście.

c) Środki odstraszające i przeciwwaga

505 Mimo iż w motywie 157 decyzji Komisja uznała, iż nie ma wystarczających dowodów, że koncentracja ułatwi działania odwetowe, nie zajęła jednak ostatecznego stanowiska w tej kwestii, aby posłużyć się nim w celu uzasadnienia swojej oceny. W istocie bowiem, w momencie gdy stwierdziła, iż nie dysponuje dowodami wykazującymi, że ustalanie cen było dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić skuteczne monitorowanie, nie było już konieczności badania ani kwestii środków odwetowych, ani kwestii zdolności do wywierania nacisku w kontekście „stworzenia” bardziej niż w kontekście „umocnienia” zbiorowej pozycji dominującej.

2. W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia

506 Komisja utrzymuje, że większość krytycznych uwag przedstawionych przez skarżącą nie ma żadnego związku z brakiem uzasadnienia. Rzekome zaniechanie ze strony Komisji ze względu na nieuwzględnienie pewnych elementów wiąże się z prawidłowością oceny, a nie z uzasadnieniem. Komisja dodaje, że skoro nie wyciągnęła wniosków w pewnych kwestiach, wynika stąd, że nie musiała uzasadniać nieistniejących wniosków.

507 Niedopuszczalne jest, aby skarżąca w późniejszym stadium niniejszego postępowania usiłowała modyfikować podstawy skargi, zamieniając zarzut formalny (brak uzasadnienia) na zarzut merytoryczny (naruszenie prawa lub oczywisty błąd w ocenie), a jawny brak związku jego poszczególnych argumentów ze stosowaniem art. 253 WE stanowi wystarczającą podstawę do oddalenia tego zarzutu nieważności.

508 Zatem wyłącznie dodatkowo Komisja krótko omawia te argumenty.

509 Jeśli chodzi o twierdzenie skarżącej, że analiza powinna być szczegółowa, Komisja odsyła do uwag przedstawionych w związku z poprzednim zarzutem.

510 Fakt, iż Komisja nie zajęła się w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów możliwością stworzenia pozycji dominującej, nie ma związku z dostatecznym

charakterem uzasadnienia przedstawionego w decyzji. Jeśli zaś chodzi o rzekome przypuszczenie Komisji, iż nie miała wystarczających dowodów, aby oprzeć na nich swoje wnioski o braku istniejącej zbiorowej pozycji dominującej, Komisja odsyła do dyskusji na temat istoty analizy prospektywnej.

- 511 Podwyższenie poziomu koncentracji na rynkach nagrań muzycznych oraz symetryczności udziałów w rynku, a także ewentualny wzrost stopnia współzależności nie mają na tyle dużego wpływu, aby wyeliminować przeszkody w koordynacji, które zostały zidentyfikowane w analizie poświęconej ewentualnemu istnieniu obecnie zbiorowej pozycji dominującej, tj. złożoności oraz braku dowodów na dostateczną przejrzystość całości procesu ustalania cen (PCS plus zwykły rabat plus rabat promocyjny) na indywidualne albumy dla indywidualnych odbiorców w różnych okresach czasu.
- 512 Mimo iż większa koncentracja rynku może teoretycznie powodować wzrost motywacji do działania według wspólnej linii, jednak w rozpoznawanej sprawie nie miałyby znaczącego wpływu na podstawowy czynnik zniechęcający, który wynika z niezdolności przedsiębiorstw uczestniczących w oligopolu do wykrycia, a w związku z tym ukarania i powstrzymania od dalszych odstępstw. Przy braku dostatecznej przejrzystości główne firmy nie mogłyby mieć pewności, czy żadna z nich nie stara się czerpać równocześnie korzyści długoterminowych z milczącej koordynacji oraz korzyści krótkoterminowych ze stosowania cen niższych od swoich rywali, a ta niepewność sprawia, że milcząca koordynacja jest niestabilna i niemożliwa do utrzymania.
- 513 Uwagi skarżącej na temat symetrii również nie powinny być uwzględnione ze względu na brak widocznego związku między symetrią a przejrzystością.
- 514 Wreszcie pozostałe argumenty skarżącej dotyczą zasadniczo drugiej i trzeciej z przesłanek kumulatywnych trwałej zbiorowej dominacji. Komisja nie musiała zaś

zajmować stanowiska w sprawie tych przesłanek od momentu, gdy ustaliła, iż nie ma wystarczających dowodów, że pierwsza przesłanka została spełniona.

3. W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie

- ⁵¹⁵ Twierdzenia skarżącej dotyczące braku prospektywnej oceny powinny zostać odrzucone ze względów przedstawionych w części wywodów poświęconej naruszeniu prawa.
- ⁵¹⁶ Argumenty skarżącej związane z czynnikami, które rzekomo zachęcają przedsiębiorstwa działające w oligopolu do przyjęcia wspólnej linii postępowania, powinny zostać ponownie odrzucone, ponieważ pomijają brak dostatecznej przejrzystości.
- ⁵¹⁷ Teza skarżącej, jakoby ze względu na fakt, iż zmniejszenie liczby głównych firm zwiększyłoby generalnie prawdopodobieństwo milczącej koordynacji, Komisja powinna była stwierdzić, że zbiorowa pozycja dominująca zostanie stworzona, o ile koncentracja nie posiada innych cech, które zmniejszają prawdopodobieństwo milczącej koordynacji, całkowicie pomija zróżnicowany charakter poszczególnych przesłanek trwałej zbiorowej pozycji dominującej. Wzrost poziomu koncentracji na rozpatrywanych rynkach nie powinien prowadzić do odpowiadającego mu obniżenia wymogów dowodowych w zakresie dotyczącym odrębnej przesłanki dostatecznej przejrzystości, jeżeli nie zostało wykazane, że większa koncentracja znacząco zmienia ocenę dokonaną w odniesieniu do tejże przesłanki.

- 518 Na koniec Komisja przypomina, że legalność decyzji nie może być oceniana na podstawie wstępnych wniosków zawartych w dwóch pismach w sprawie przedstawienia zarzutów, z których jedno zostało sporządzone cztery lata wcześniej w zupełnie innej sprawie.

C — *Argumenty interwenientów*

- 519 Interwenienci utrzymują, że decyzja o wszczęciu drugiej fazy dochodzenia wskazuje, iż od samego początku Komisja rozważała zarówno możliwość stworzenia, jak i umocnienia zbiorowej pozycji dominującej. Komisja słusznie skoncentrowała się na cechach charakteryzujących rynek, a w szczególności na ustaleniu, czy ceny były dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić milczącą koordynację (ww. w pkt 246 wyrok w sprawie Gencor przeciwko Komisji, pkt 227). W związku z tym, że charakterystyka rynku w zakresie cen nie uzasadniała wniosku, iż w przeszłości dochodziło do zмовy, Komisja prawidłowo stwierdziła, że zmniejszenie liczby głównych firm z pięciu do czterech nie wystarczy do usunięcia materialnych przeszkód dla milczącej zмовy (ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 75 i 76).

- 520 Cechy rynku były nie do pogodzenia z milczącą koordynacją zarówno ze względu na ceny, jak i inne czynniki (ilość, oryginalny i kreatywny charakter, różnorodność kulturową nowych płyt, kontrakty z wykonawcami). Między innymi interwenienci zwracają uwagę na to, że nagrania muzyczne są produktem niejednorodnym, że główne firmy mają silną motywację do maksymalnego zwiększania sprzedaży „hitów”, że decyzje cenowe są dostosowywane odpowiednio do każdego wydanego albumu, zarówno w momencie jego wypuszczenia na rynek, jak i przez cały okres, kiedy jest w sprzedaży, oraz indywidualnie do każdego sprzedawcy detalicznego, że koncerty fonograficzne według własnego uznania posługują się cenami PCS, przypisując je poszczególnym tytułom i zmieniając po upływie jakiegoś czasu, w zależności od subiektywnej oceny pracowników marketingu, że wszystkie firmy przyznają różne rabaty i premie, których nie znają ich konkurenci i które są różne w różnych okresach czasu, dla różnych albumów czy sprzedawców detalicznych i wreszcie, ponieważ rabaty są nieprzewidywalne i niewidoczne, nie można wyciągać wiarygodnych wniosków na temat cen netto na podstawie obserwacji PCS, w efekcie

czego koordynacja w zakresie PCS, nawet gdyby miała miejsce, nie miałaby wpływu na rzeczywiste ceny (zob. także załącznik C.4, str. 6).

D — Ocena Sądu

- 521 Skarżąca utrzymuje, co do istoty sprawy, że twierdzenie, iż koncentracja nie spowoduje stworzenia zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych, nie jest wystarczająco uzasadnione, jest także dotknięte oczywistym błędem w ocenie oraz błędem co do prawa.
- 522 Należy przypomnieć, że kiedy Komisja bada kwestię ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, powinna „ocenić na podstawie analizy prospektywnej rynku właściwego, czy zgłoszona koncentracja prowadzi do sytuacji, w której skuteczna konkurencja na tym rynku będzie w znaczący sposób utrudniona przez przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji oraz jedno lub kilka innych przedsiębiorstw, które razem, w szczególności z racji czynników wiążących istniejących między nimi, są zdolne do przyjęcia jednakowej linii postępowania na rynku oraz działania w znacznym stopniu niezależnie od innych konkurentów, swoich klientów, a w końcu od konsumentów” (ww. w pkt 245 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 221, ww. w pkt 246 wyrok w sprawie Gencor przeciwko Komisji, pkt 163 oraz ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 59). Analiza prospektywna, jaką Komisja powinna przeprowadzić w ramach kontroli koncentracji, w przypadku zbiorowej pozycji dominującej „wymaga starannego badania w szczególności okoliczności, które w konkretnej rozpatrywanej sprawie okazują się istotne dla oceny wpływu koncentracji na grę konkurencji na rynku właściwym” (ww. w pkt 245 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 222 oraz ww. w pkt 45 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 63).

- 523 Jest to tym bardziej konieczne, że „nie chodzi o zbadanie wydarzeń, które zaszły w przeszłości i co do których dysponujemy zwykle licznymi materiałami pozwalającymi na zrozumienie ich przyczyn, ani nawet aktualnych wydarzeń, ale o dokonanie prognozy wydarzeń, które dopiero nastąpią w przyszłości, zgodnie z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, jeśli nie zostanie wydana żadna decyzja zakazująca lub określająca warunki takiej planowanej koncentracji” (ww. w pkt 232 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 42). Zatem „[t]aka analiza wymaga wyobrażenia szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo zaistnienia jest największe” (ww. w pkt 232 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 43).
- 524 Właśnie w świetle tych ustaleń należy zbadać, czy Komisja dokonała prawidłowej analizy ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej.
- 525 Na wstępie należy podkreślić niebywale skrótowy charakter badania dokonanego w tym zakresie w decyzji.
- 526 Komisja w motywie 156 wskazuje, że „w rozpatrywanej sprawie odpowiedź na pytanie, czy koncentracja prowadzi do stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, jest zasadniczo uzależniona od charakterystyki rynku”.
- 527 Analiza, jaką w tym względzie dokonuje Komisja, ogranicza się do następujących stwierdzeń zawartych w motywie 157 decyzji, który brzmi następująco:

„Jak wykazuje analiza dotycząca umocnienia zbiorowej pozycji dominującej, na podstawie poziomego paralelizmu, który daje się zaobserwować w zakresie średnich cen, nie można wnioskować, iż duże koncerny fonograficzne zajmują obecnie zbiorową pozycję dominującą na rynkach nagrań muzycznych. Zmniejszenie liczby dużych koncernów fonograficznych z pięciu do czterech zwiększa przejrzystość,

gdyż ilość dwustronnych relacji konkurencyjnych zostaje zredukowana z 10 do 6. W zasadzie monitorowanie rynku właściwego stałoby się łatwiejsze. Jak już było mówione w części dotyczącej umocnienia zbiorowej pozycji dominującej, rynki nagrań muzycznych posiadają pewne cechy pozwalające zakładać obecność warunków sprzyjających istnieniu zbiorowej pozycji dominującej. Jednakże Komisja nie znalazła dowodów wystarczających, by wykazać, że pięć dużych koncernów fonograficznych posiadało w przeszłości zbiorową pozycję dominującą; w szczególności wynika to ze stwierdzenia braku rzeczywistej przejrzystości na różnych poziomach, z charakterystyki produktu częściowo niejednorodnej oraz braku śladów świadczących o działaniach odwetowych w przeszłości. Jeśli chodzi o stworzenie zbiorowej pozycji dominującej dużych koncernów fonograficznych na rynku nagrań muzycznych, Komisja, aczkolwiek wzięła pod uwagę fakt, iż koordynacja pomiędzy pozostałymi czterema uczestnikami gry rynkowej stanie się generalnie łatwiejsza, nie znalazła jednak dość dowodów, aby wykazać, że zmniejszenie liczby koncernów fonograficznych z pięciu do czterech stanowi zmianę dostatecznie poważną, by skutkowałą prawdopodobnym stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej. Komisja przede wszystkim nie znalazła wystarczających dowodów, które by świadczyły, iż zmiana ilościowa z pięciu do czterech dużych koncernów fonograficznych poprawi przejrzystość i ułatwi działania odwetowe w takim stopniu, że należy przewidywać stworzenie zbiorowej pozycji dominującej czterech pozostałych dużych koncernów fonograficznych”.

528 Trzeba stwierdzić, że tych kilka bardzo powierzchownych, a wręcz czysto formalnych, uwag nie może zadośćuczynić ciężącemu na Komisji obowiązkowi przeprowadzenia analizy prospektywnej oraz starannego zbadania okoliczności, które w każdej rozpatrywanej sprawie okazują się istotne dla oceny wpływu koncentracji na grę konkurencji na rynku właściwym, a zwłaszcza wówczas, gdy, jak w rozpoznawanej sprawie, koncentracja rodzi poważne problemy. Niezależnie od oceny Sądu w zakresie pierwszego zarzutu, zarówno z okoliczności, iż Komisja musiała przeprowadzić w decyzji długi wywód, aby ustalić nieistnienie zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją, jak również z faktu, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, po pięciu miesiącach dochodzenia doszła do wniosku, że taka pozycja przed koncentracją istniała, wynika bowiem, iż kwestia, czy połączenie dwóch z pięciu głównych firm zagraża stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej, tym bardziej rodzi poważne problemy wymagające dogłębnego zbadania. Skoro takiego badania nie przeprowadzono, oznacza to, już z tego jednego powodu, że drugi zarzut jest uzasadniony.

529 Sąd zbada jednak, czy ustalenia dotyczące przejrzystości oraz środków odwetowych nie stanowią dodatkowo naruszenia prawa lub nie są dotknięte błędem w ocenie.

530 Z motywu 157 decyzji, a w szczególności z ostatniego zdania wynika, iż wniosek Komisji, że koncentracja nie stanowi zmiany dostatecznie poważnej, aby skutkowałą prawdopodobnym stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej, jest wyraźnie oparty na przesłankach związanych z przejrzystością rynku oraz ze środkami odwetowymi.

531 Co się tyczy przejrzystości, należy przede wszystkim przypomnieć, iż w związku z pierwszym zarzutem zostało stwierdzone, że wniosek Komisji, jakoby rabaty promocyjne powodowały ograniczenie przejrzystości w takim stopniu, że uniemożliwiałoby to istnienie zbiorowej pozycji dominującej, nie jest dostatecznie uzasadniony i jest dotknięty oczywistymi błędami w ocenie.

532 Ponadto, jeśli chodzi o ocenę ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, Komisji nie wolno było się opierać tylko na istniejącej sytuacji, lecz była zobowiązana wykonać analizę prospektywną i wziąć pod uwagę zmiany wynikające z przedmiotowej koncentracji. Motyw 157 decyzji, aczkolwiek również lakoniczny, dodaje w tym względzie, że koordynacja pomiędzy pozostałymi czterema uczestnikami gry rynkowej stanie się generalnie łatwiejsza. Natomiast decyzja nie zawiera żadnej analizy kwestii, czy koncentracja, w szczególności ze względu na fakt, iż oznacza mniejszą liczbę albumów do monitorowania, nie uczyni rynku dostatecznie przejrzystym, aby umożliwić rozwój zbiorowej pozycji dominującej. Trzeba też przypomnieć, iż w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja stwierdziła:

„Zamierzona koncentracja ułatwi monitorowanie koordynacji cenowej, gdyż każda z głównych firm będzie musiała brać pod uwagę zachowania w zakresie cen tylko trzech pozostałych głównych firm. W konsekwencji PCS będą jeszcze bardziej skoncentrowane w bardzo wąskich widełkach cenowych w przypadku większości najlepiej sprzedających się albumów. Zwiększy się również przejrzystość rabatów, ponieważ główne firmy przy okazji odwiedzania sklepów, a także kontaktów ze sprzedawcami detalicznymi będą musiały monitorować tylko trzy pozostałe główne firmy”.

533 Wynika stąd, iż uwagi dotyczące przejrzystości nie mogą stanowić uzasadnienia dla analizy stwierdzającej, że koncentracja nie zagraża stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej.

534 Jeśli chodzi o środki odwetowe, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, iż oświadczenie Komisji, zawarte w odpowiedzi na skargę, że nie zajmowała stanowiska w kwestii tego, czy różnego rodzaju możliwe mechanizmy odwetowe były wystarczające i że jej ocena nie obejmowała tego aspektu, nie jest — jak wynika z motywu 157 decyzji — zgodne z treścią decyzji.

535 Podobnie argumenty Komisji oraz interwenientów, że nie było potrzeby badania kwestii środków odwetowych od momentu, gdy Komisja stwierdziła, iż nie dysponuje dowodami wykazującymi, że ustalanie cen było dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić skuteczne monitorowanie, muszą zostać odrzucone, ponieważ decyzja wyraźnie opiera się na braku środków odwetowych oraz dlatego, że Sąd nie może zastępować swoją oceną oceny Komisji i korygować treści decyzji. W każdym razie nie można uznać słuszności tej argumentacji, skoro Sąd stwierdził, iż wniosek, że rynek nie był dostatecznie przejrzysty czy, tym bardziej że nie stanie

się dostatecznie przejrzysty po dokonaniu koncentracji, nie jest uzasadniony w wystarczający z prawnego punktu widzenia sposób i że jest on dotknięty oczywistym błędem w ocenie.

536 Trzeba też zauważyć, że w decyzji Komisja ograniczyła się do odesłania do analizy przeprowadzonej pod kątem istnienia zbiorowej pozycji dominującej oraz do wskazania, że nie znalazła wystarczających dowodów, które by świadczyły, iż koncentracja ułatwi „działania odwetowe w takim stopniu, że należy przewidywać stworzenie zbiorowej pozycji dominującej czterech pozostałych dużych koncernów fonograficznych”.

537 Jednakże w ramach tej analizy Komisja — jak wynika z pierwszego zarzutu — skupiła się nie na sprawdzaniu istnienia skutecznych mechanizmów odwetowych, lecz na szukaniu dowodów użycia środków odwetowych w przeszłości. Taki sposób działania oznacza w każdym razie błędną interpretację kryterium określonego w ww. w pkt 45 wyroku w sprawie Airtours przeciwko Komisji w celu ustalenia możliwości stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, ponieważ takie badanie musi się opierać na analizie prospektywnej. Jasne jest w istocie, że w tym kontekście szukanie dowodów użycia środków odwetowych w przeszłości nie może stanowić odpowiedniego testu, ponieważ warunek ten mógł być w zupełności spełniony przy braku jakichkolwiek środków odwetowych w przeszłości. Ponieważ ocena ryzyka stworzenia za pomocą koncentracji zbiorowej pozycji dominującej z definicji nie opiera się na wcześniejszym istnieniu wspólnej polityki, kryterium związane z niestosowaniem środków odwetowych w przeszłości nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. W związku z powyższym decyzja jest dotknięta błędem w tym zakresie.

538 Ponadto z decyzji oraz z akt sprawy wynika, że tego rodzaju wiarygodne i skuteczne środki odstrasżające wydają się w rozpoznawanym przypadku rzeczywiście istnieć,

w szczególności w postaci możliwości wykluczenia z kompilacji firmy fonograficznej dopuszczającej się odstępstw. W piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja zresztą wyraźnie stwierdziła skuteczność tego środka odstraszającego, a decyzja nie dostarcza żadnego wyjaśnienia powodów, dla których ostatecznie miałyby być inaczej. Wręcz przeciwnie, analizy zawarte w motywach 115–118 decyzji mogą stanowić potwierdzenie skuteczności tego środka odstraszającego. W motywach 115 i 116 decyzji Komisja najpierw bowiem przedstawia ekonomiczne znaczenie kompilacji złożonych z utworów wielu artystów lub wytwórni, stanowiących w przybliżeniu 15–20% całego rynku nagrań muzycznych, a także podkreśla, że włączenie do albumu utworów artystów »należących« do różnych wytwórni płytowych wydaje się być kluczowym elementem sukcesu kompilacji, następnie zaś stwierdza w motywie 117 decyzji, że „w przypadku powtarzających się »odstępstw« ze strony jednego z nich duże koncerty fonograficzne mogłyby więc go wykluczyć z nowo powstających wspólnych przedsięwzięć lub odmówić mu prawa do wykorzystania swoich utworów w jego kompilacjach, a nawet zakończyć niektóre wspólne przedsięwzięcia już rozpoczęte”. Wreszcie motyw 118 decyzji wskazuje, że Komisja nie znalazła jednak żadnej poszlaki wskazującej na wykluczenie w przeszłości innych dużych koncernów fonograficznych ze wspólnych przedsięwzięć związanych z kompilacjami ani nawet śladu tego rodzaju groźby, równocześnie dodaje, że „takie metody generalnie mogły stanowić wiarygodne środki odwetowe na rynkach nagrań muzycznych”.

539 W związku z powyższym Komisja nie mogła, nie popełniwszy błędu, bazować na braku dowodów użycia środków odwetowych w przeszłości, żeby sformułować wniosek, iż koncentracja nie pociągała za sobą ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej.

540 Należy ponadto przypomnieć, że — jak zostało stwierdzone w związku z pierwszym zarzutem — decyzja nie wspomina nawet o jednym przypadku odejścia którejkolwiek z głównych firm od wspólnej polityki, które nie pociągnęło za sobą działań odwetowych, a Komisja, zapytana przez Sąd, nie potrafiła wskazać najmniejszej czynności sprawdzającej wykonanej przed dojściem do wniosku, że nie znalazła żadnych dowodów wskazujących na stosowanie w przeszłości środków odwetowych lub samych groźb ich użycia.

541 Z powyższych ustaleń wynika, iż drugi zarzut nieważności jest również uzasadniony.

IV — *Wnioski ogólne*

542 Z całokształtu powyższych ustaleń wynika, że zarzuty pierwszy i drugi są zasadne, ponieważ decyzja jest wadliwa, z jednej strony, ze względu na niedostateczne uzasadnienie, z drugiej zaś — na oczywisty błąd w ocenie związany z faktem, iż materiał dowodowy, na którym oparto decyzję, nie obejmuje wszystkich mających znaczenie dla sprawy danych, jakie powinny być wzięte pod uwagę, i jest niewystarczający, aby uzasadnić wnioski wyciągnięte na jego podstawie.

543 W związku z powyższym, zważywszy, iż nie ma potrzeby badania zarzutu dotyczącego umocnienia lub stworzenia zbiorowej pozycji dominującej na rynku hurtowym licencji na muzykę w Internecie czy zarzutu dotyczącego koordynacji muzycznej działalności wydawniczej każdego uczestników koncentracji, należy stwierdzić nieważność decyzji.

W przedmiocie kosztów

544 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona strona przegrywająca sprawę, na żądanie strony przeciwnej. Jednakże na podstawie art. 87 § 3 wyżej wymienionego regulaminu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron oraz w przypadkach szczególnych, Sąd może postanowić, że koszty zostaną rozdzielone albo że każda ze stron poniesie własne koszty. Ponadto art. 87 § 4 regulaminu przewiduje, że Sąd może postanowić, iż interwenienci pokrywają własne koszty.

545 W rozpoznawanej sprawie należy stwierdzić nieważność decyzji, a skarżąca domagała się zasądzenia kosztów od Komisji. Niemniej jednak należy wziąć również pod uwagę następujące okoliczności:

546 Jeśli chodzi o skarżącą, należy stwierdzić, że chociaż usilnie nalegała, aby sprawa, pomimo swojej złożoności, słusznie podkreślonej przez Komisję, była rozpoznawana w trybie przyspieszonym, jednak jej zachowanie nie było odpowiednie do tych okoliczności, mimo iż w postanowieniu uwzględniającym wniosek o zastosowanie trybu przyspieszonego Sąd wyraźnie zaznaczył, że może cofnąć tę decyzję w zależności od rozwoju sprawy. Wprawdzie Sąd mógł oczywiście w związku z tym zmienić tryb postępowania na zwykły, należało jednak uwzględnić obiektywnie pilny charakter sprawy oraz poważny wysiłek włożony przez pozostałe strony, co w efekcie powodowało, iż w miarę upływu czasu możliwość zrezygnowania z trybu przyspieszonego stawała się coraz mniej odpowiednia. Postawa skarżącej, niezbyt zgodna z literą i duchem procedury przyspieszonej, radykalizowała się stopniowo w kolejnych stadiach postępowania.

547 Po pierwsze, obszerność skargi oraz ilość zarzutów i argumentów mocno wykraczały poza normy ustanowione po to, aby sprawa mogła być rozpoznana w trybie przyspieszonym, przy czym skarżąca nie przedłożyła wersji skróconej skargi ani nie odstąpiła od niektórych zarzutów.

548 Po drugie, w momencie, gdy środek organizacji postępowania mający umożliwić dostęp do niektórych poufnych dokumentów i informacji został właśnie ustalony w drodze wymiany korespondencji oraz w trakcie nieformalnego posiedzenia Sądu i zastosowany w odniesieniu do Komisji, interwenantów i Sądu, skarżąca złożyła wniosek o zmianę środka, co wywołało poważny sprzeciw pozostałych stron, a wreszcie ostatecznie wycofała ten wniosek.

- 549 Po trzecie, wystąpiwszy i uzyskawszy zgodę — wyjątkową w trybie przyspieszonym — na złożenie pisma procesowego w celu ustosunkowania się do dowodów przedstawionych przez Komisję w odpowiedzi na skargę, skarżąca bezpodstawnie zgłosiła sprzeciw wobec dopuszczenia możliwości, by również Komisja, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności, złożyła w odpowiedzi swoje uwagi dodatkowe.
- 550 Po czwarte, skarżąca najpierw nalegała na szybkie wyznaczenie terminu rozprawy, po czym nie mogła przyjąć żadnego z czterech terminów proponowanych przez Sąd, opóźniając w ten sposób przeprowadzenie rozprawy o wiele miesięcy.
- 551 Po piąte, po uzyskaniu zgody, w drodze absolutnego wyjątku, na złożenie uwag po rozprawie, pod warunkiem że ograniczą się wyłącznie do odpowiedzi Komisji na pisemne pytania Sądu, skarżąca — jak słusznie podkreśliła Komisja — złożyła pismo zawierające ponad 50 stron, nie licząc załącznika, w którym przedstawiła między innymi liczne argumenty i dowody niemające żadnego związku z wyżej wymienionymi pytaniami, a także nowe argumenty i dowody.
- 552 Ponadto, aczkolwiek skarżąca wygrała sprawę w zakresie dotyczącym zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych, niemniej jej żądania wyłączenia z akt sprawy wszystkich dowodów przedstawionych przez Komisję w załączniku do odpowiedzi na skargę, zostały oddalone. Podobnie żądania skarżącej związane z rzekomą indywidualną pozycją dominującą Sony na rynkach dystrybucji muzyki on-line są całkowicie bezzasadne, chociażby z tego względu, że w okresie, kiedy decyzja była wydawana, SonyConnect nie posiadała żadnego udziału w rynku,

podczas gdy inni uczestnicy gry rynkowej, zwłaszcza Apple, zajmowali już na nim znaczącą pozycję.

553 Jeśli chodzi o Komisję, godne ubolewania jest, iż w wielu punktach jej uwagi odbiegały, niekiedy dość znacznie, od analiz dokonanych w decyzji, zmuszając w ten sposób skarżącą i Sąd do ciągłego ich sprawdzania, co nie jest normalnie przyjęte. Na przykład twierdzenia, że, ze względu na fakt, iż zastosowanie mechanizmu odwetowego polegającego na wykluczeniu z kompilacji członka dopuszczającego się odstępstwa od wspólnej polityki mogło pociągnąć za sobą utratę zysków generowanych przez kompilacje, Komisja nie była w stanie sformułować wniosku, że mamy do czynienia z wiarygodnym mechanizmem lub nie zajęła stanowiska w kwestii środków odwetowych, są jawnie niezgodne z wnioskami przedstawionymi w motywach 115–118 decyzji, które, wręcz przeciwnie, uznają skuteczność tego mechanizmu odwetowego (jak zresztą zostało wyraźnie powiedziane w pkt 128–132 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów), natomiast wskazują, iż Komisja nie znalazła dowodów jego użycia. Podobnie twierdzenie Komisji, iż ustaliła w motywie 169 decyzji, że przejrzystość rynku na rynkach licencji na muzykę w Internecie była ograniczona ze względu na brak powszechnie znanych cen hurtowych licencji, nie zgadza się ze wzmianką, również figurującą w decyzji, że „przejrzystość na rynku licencji na muzykę on-line jest w każdym razie większa niż na tradycyjnym rynku nagrań muzycznych”.

554 W świetle powyższych stwierdzeń Sąd uważa, iż dokonuje słusznej oceny okoliczności sprawy, orzekając, że po pierwsze Komisja pokryje własne koszty, a także trzy czwarte kosztów poniesionych przez skarżącą, a po drugie, że interwencji pokryją własne koszty zgodnie z art. 87 § 4 regulaminu Sądu.

Z powyższych względów

SĄD (trzecia izba)

orzeka, co następuje:

- 1) **Stwierdza się nieważność decyzji Komisji C(2004) 2815 z dnia 19 lipca 2004 r. stwierdzającej zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa nr COMP/M.3333 — Sony/BMG).**
- 2) **Komisja pokrywa własne koszty oraz zostaje obciążona trzema czwartymi kosztów poniesionych przez skarżącą.**
- 3) **Skarżąca pokrywa jedną czwartą swoich kosztów.**
- 4) **Interwenienci pokrywają własne koszty.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 13 lipca 2006 r.

Sekretarz

Prezes

E. Coulon

M. Jaeger

Spis treści

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu	II - 2300
Przebieg postępowania i żądania stron	II - 2303
Co do prawa	II - 2307
I — W przedmiocie dowodów załączonych do odpowiedzi na skargę	II - 2308
A — Argumenty stron	II - 2308
B — Ocena Sądu	II - 2309
II — W przedmiocie pierwszego zarzutu dotyczącego umocnienia istniejącej wcześniej zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych	II - 2311
A — Argumenty skarżącej	II - 2312
1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu	II - 2312
a) W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia	II - 2313
Jednorodność produktu	II - 2314
Przejrzystość	II - 2314
Środki odstraszające	II - 2315
Przeciwwaga	II - 2315
b) W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie	II - 2316
Jednorodność produktu	II - 2316
Przejrzystość	II - 2317
— Argumentacja ogólna	II - 2317
— Uwagi ogólne w przedmiocie nowych dowodów	II - 2320
— Indywidualne badanie różnych dowodów	II - 2324
	II - 2487

Środki odstrasżające	II - 2333
Przeciwwaga	II - 2333
Brak rzeczywistej analizy wspólnej polityki	II - 2334
c) Nieprawidłowe stosowanie prawa o zbiorowej pozycji dominującej	II - 2335
2. W przedmiocie drugiej części zarzutu	II - 2336
B — Argumenty Komisji	II - 2337
1. Decyzja Komisji i materiał dowodowy, na którym się oparła	II - 2337
a) Kontekst	II - 2337
b) Pięć dużych rynków (Niemcy, Zjednoczone Królestwo, Francja, Włochy, Hiszpania)	II - 2338
Wyrównanie średnich cen netto i PCS	II - 2338
Złożony charakter oraz PCS	II - 2339
Wyrównanie i złożoność rabatów	II - 2341
Przejrzystość rabatów	II - 2350
Powiązania strukturalne	II - 2353
Środki odwetowe	II - 2354
c) Inne państwa członkowskie	II - 2355
2. Nieprawidłowe przedstawienie decyzji w skardze	II - 2356
3. W przedmiocie pierwszej części zarzutu	II - 2357
a) W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia	II - 2357
Jednorodność produktu	II - 2359
Przejrzystość	II - 2360
Środki odstrasżające	II - 2361
Przeciwwaga	II - 2361

IMPALA PRZECIWKO KOMISJI

b)	W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie oraz naruszenia prawa	II - 2362
	Jednorodność produktu	II - 2363
	Przejrzystość	II - 2363
	Środki odstraszające i przeciwwaga	II - 2373
	Analiza dotycząca wspólnej linii działania	II - 2373
4.	W przedmiocie drugiej części zarzutu	II - 2375
C —	Argumenty interwenientów	II - 2375
1.	Uwagi wstępne	II - 2375
2.	Badanie argumentów skarżącej	II - 2378
a)	W przedmiocie rabatów promocyjnych	II - 2378
b)	Brak wyrównania	II - 2379
c)	Brak przejrzystości	II - 2380
3.	W przedmiocie różnego rodzaju aspektów sprawy pominiętych w decyzji	II - 2380
D —	Ocena Sądu	II - 2381
1.	Uwagi ogólne	II - 2381
2.	Pojęcie zbiorowej pozycji dominującej	II - 2382
3.	Decyzja Komisji	II - 2385
4.	Przejrzystość	II - 2392
a)	W przedmiocie zarzutu niedostatecznego uzasadnienia	II - 2392
b)	W przedmiocie zarzutu opartego na oczywistym błędzie w ocenie	II - 2407
	Określone w decyzji czynniki przejrzystości	II - 2411
	Czynniki mogące zmniejszyć przejrzystość rynku	II - 2418
	— W przedmiocie nieprzejrzystości rabatów promocyjnych ..	II - 2430
	— W przedmiocie znaczenia dla sprawy rabatów promocyjnych	II - 2444
c)	Wnioski w przedmiocie przejrzystości	II - 2453
		II - 2489

5. Jednorodność	II - 2453
6. Środki odwetowe	II - 2454
7. Wnioski w przedmiocie pierwszego zarzutu	II - 2458
III — W przedmiocie drugiego zarzutu dotyczącego stworzenia zbiorowej pozycji dominującej na rynkach nagrań muzycznych	II - 2461
A — Argumenty skarżącej	II - 2461
1. W przedmiocie naruszenia prawa	II - 2461
a) Brak analizy prospektywnej	II - 2462
b) Przejrzystość	II - 2463
c) Środki odstrasżające	II - 2463
d) Przeciwwaga	II - 2464
2. W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia	II - 2464
3. W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie	II - 2467
B — Argumenty Komisji	II - 2468
1. W przedmiocie naruszenia prawa	II - 2468
a) Brak analizy prospektywnej	II - 2468
b) Przejrzystość	II - 2470
c) Środki odstrasżające i przeciwwaga	II - 2470
2. W przedmiocie naruszenia obowiązku uzasadnienia	II - 2471
3. W przedmiocie oczywistego błędu w ocenie	II - 2473
C — Argumenty interwenientów	II - 2474
D — Ocena Sądu	II - 2475
IV — Wnioski ogólne	II - 2482
W przedmiocie kosztów	II - 2482