

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 13 grudnia 2007 r.¹

Spis treści

| | |
|--|----------|
| I — Wprowadzenie | I - 4963 |
| II — Ramy prawne | I - 4963 |
| III — Podłoże sporu i przebieg postępowania | I - 4966 |
| A — Koncentracja | I - 4966 |
| B — Problem zbiorowej pozycji dominującej | I - 4967 |
| C — Postępowanie administracyjne i pierwsza decyzja zatwierdzająca Komisji | I - 4969 |
| D — Postępowanie sądowe w pierwszej instancji | I - 4970 |
| E — Postępowanie odwoławcze | I - 4970 |
| F — Ponowne postępowanie administracyjne i druga decyzja zezwalająca Komisji .. | I - 4971 |
| IV — Uwagi wstępne dotyczące procedury badania odwołania | I - 4972 |
| A — Dopuszczalność poszczególnych zarzutów | I - 4972 |
| 1. Dopuszczalność zarzutu piątego | I - 4973 |
| 2. Dopuszczalność pozostałych zarzutów | I - 4974 |
| 3. Wniosek wstępny | I - 4974 |
| B — Zdolność osiągnięcia zamierzonego celu przez odwołanie | I - 4975 |
| 1. W przedmiocie zarzucanego braku podważenia przez wnoszących odwo- łanie istotnych fragmentów zaskarżonego wyroku | I - 4975 |
| 2. W przedmiocie elementów zaskarżonego wyroku, które nie wspierają jego sentencji | I - 4976 |

1 — Język oryginału: niemiecki.

| | |
|---|----------|
| 3. Wniosek wstępny | I - 4977 |
| C — Dalsze istnienie interesu prawnego | I - 4977 |
| V — Zasadność odwołania | I - 4981 |
| A — Ciężar dochodzenia i uzasadnienia decyzji zatwierdzających Komisji (zarzuty pierwszy, drugi, trzeci i szósty) | I - 4982 |
| 1. W przedmiocie uzasadnienia decyzji zatwierdzających w zakresie kontroli koncentracji (pierwsza i trzecia część zarzutu szóstego) | I - 4982 |
| a) Zaskarżalność decyzji zatwierdzających z powodu braków w uzasadnieniu | I - 4983 |
| b) Zakres obowiązku uzasadnienia | I - 4985 |
| — Zaskarżony wyrok | I - 4986 |
| — Ocena | I - 4987 |
| c) Pozostałe względy | I - 4991 |
| d) Wniosek wstępny | I - 4993 |
| 2. W przedmiocie odniesień Sądu dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (zarzut pierwszy i druga część zarzutu szóstego) | I - 4993 |
| a) W przedmiocie ogólnego rozumienia przez Sąd stosunku pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów .. | I - 4994 |
| — Zaskarżony wyrok | I - 4994 |
| — Ocena | I - 4994 |
| b) W przedmiocie konkretnych odniesień Sądu dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów | I - 4997 |
| c) Wniosek wstępny | I - 5002 |
| 3. W przedmiocie wartości dowodowej okoliczności faktycznych przedstawionych w odpowiedzi na zarzuty (zarzut drugi, pierwsza część zarzutu trzeciego) | I - 5002 |
| a) Zaskarżony wyrok | I - 5002 |
| b) Ocena | I - 5003 |
| 4. W przedmiocie wymogów w zakresie dowodów w przypadku zezwolenia na koncentrację (druga część zarzutu trzeciego) | I - 5006 |
| | I - 4961 |

| | | |
|--------|--|----------|
| a) | W przedmiocie powoływanej asymetrii wymogów w stosunku do decyzji zatwierdzających i zakazujących w rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji | I - 5007 |
| — | Decyzje w sprawie kontroli koncentracji jako prognozy | I - 5007 |
| — | Symetria wymogów w stosunku do zezwoleń i zakazów | I - 5009 |
| — | Brak ogólnego domniemania zgodności ze wspólnym rynkiem | I - 5011 |
| — | Wniosek wstępny | I - 5013 |
| b) | W przedmiocie wymogów w zakresie dowodów stawianych przez Sąd w niniejszej sprawie | I - 5013 |
| c) | Wniosek wstępny | I - 5014 |
| B — | Granice swobodnej oceny przez Sąd stanu faktycznego i dowodów (zarzut czwarty) | I - 5014 |
| 1. | Granice swobodnego uznania Komisji i jego kontrola sądowa | I - 5015 |
| a) | Zaskarżony wyrok | I - 5015 |
| b) | Ocena | I - 5016 |
| 2. | W przedmiocie zarzutu wypaczenia dowodów | I - 5018 |
| a) | W przedmiocie pkt 425 zaskarżonego wyroku | I - 5019 |
| b) | W przedmiocie pkt 427 zaskarżonego wyroku | I - 5020 |
| c) | W przedmiocie pkt 434 zaskarżonego wyroku | I - 5021 |
| 3. | Wniosek wstępny | I - 5022 |
| C — | W przedmiocie wykorzystania w zaskarżonym wyroku informacji poufnych (zarzut siódmy) | I - 5023 |
| D — | Wniosek wstępny | I - 5025 |
| VI — | W przedmiocie zarzucanego odwołania wzajemnego | I - 5025 |
| VII — | W przedmiocie kosztów | I - 5026 |
| VIII — | Wnioski | I - 5027 |
| I - | 4962 | |

I — Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa umożliwia rozwinięcie orzecznictwa Trybunału w przedmiocie kontroli koncentracji przedsiębiorstw na terytorium WE. Przede wszystkim chodzi przy tym o nader istotne w praktyce pytanie dotyczące zakresu postępowania dowodowego i uzasadnienia, jakiego można wymagać od Komisji w przypadku, gdy *zezwala* ona na koncentrację przedsiębiorstw.

2. Niniejsza sprawa jawi się w kontekście postępowania w sprawie kontroli koncentracji, dotyczącego rynków nagrań muzycznych, muzyki on-line oraz istoty wydawania utworów muzycznych. Koncerny Bertelsmann i Sony uzgodniły, że pod koniec 2003 r. połączą prowadzoną na skalę światową działalność w zakresie nagrań muzycznych. Po początkowych wątpliwościach, decyzją z dnia 19 lipca 2004 r.² (zwaną dalej „pierwszą decyzją zatwierdzającą”), Komisja zezwoliła na tę koncentrację.

3. Koncentracji sprzeciwiło się Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), międzynarodowe stowarzyszenie prawa belgijskiego zrzeszające 2500 niezależnych producentów muzycznych. Wskutek jego skargi Sąd Pierwszej Instancji (zwany

dalej „Sądem”) w wyroku z dnia 13 lipca 2006 r.³ (zwanym dalej „zaskarżonym wyrokiem”) stwierdził nieważność pierwszej decyzji zatwierdzającej.

4. Następnie Bertelsmann i Sony wniosły do Trybunału odwołanie od zaskarżonego wyroku. Wnoszący odwołanie zasadniczo twierdzą, że Sąd przekroczył wymogi prawne odnośnie do decyzji zatwierdzającej Komisji i jej kontroli sądowej.

5. Na wstępie należy jednak przede wszystkim wyjaśnić, czy wnoszący odwołanie mają jeszcze interes prawny, ponieważ w międzyczasie Komisja w dniu 3 października 2007 r. ponownie zezwoliła na ich koncentrację.

II — Ramy prawne

6. Ramy prawne niniejszej sprawy wyznacza rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie kontroli

2 — Decyzja Komisji 2005/188/WE z dnia 19 lipca 2004 r. stwierdzająca zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i funkcjonowaniem porozumienia o EOG (sprawa nr COMP/M.3333 — SONY/BMG), notyfikowana jako dokument nr K(2004) 2815 (Dz.U. L 62, s. 30).

3 — Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie T-464/04 Impala przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2289.

koncentracji”⁴ zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1310/97⁵.

7. Przeprowadzenie koncentracji o wymiarze wspólnotowym w rozumieniu rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji podlega zawieszeniu, a koncentrację tę należy zgłosić Komisji (art. 4 i 7 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji). Komisja dokonuje oceny jej zgodności ze wspólnym rynkiem (art. 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

8. Zezwolenie na koncentrację lub zakaz koncentracji są uzależnione od tego, czy koncentracja ta stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego znacząco utrudniona zostałaby skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części. W tym celu art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przewiduje:

„(2) Koncentrację, która nie stwarza lub nie umacnia pozycji dominującej, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za zgodną ze wspólnym rynkiem.

(3) Koncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem”.

9. *Postępowanie w sprawie kontroli koncentracji* odbywa się w dwóch etapach: na pierwszym etapie przeprowadzana jest jedynie wstępna procedura kontroli koncentracji. Jeżeli badanie to wzbudza poważne wątpliwości co do zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, na drugim etapie należy przeprowadzić formalne postępowanie kontrolne wszczęte przez Komisję na mocy art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji⁶.

10. *Uprawnienia decyzyjne Komisji* w formalnym postępowaniu kontrolnym zostały określone w art. 8 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji w następujący sposób:

„(1) Każde postępowanie wszczęte zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. c) [...] zostaje zakończone decyzją przewidzianą w ust. 2–5.

4 — Dz.U. L 395, s. 1, ponownie opublikowane po sprostowaniu w Dz.U. 1990, L 257, s. 13.

5 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 180, s. 1, sprostowanie w Dz.U. 1998, L 3, s. 16 i Dz.U. 1998, L 40, s. 17).

6 — Jeżeli, co często występuje, koncentracja nie powoduje od razu poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem, zezwolenie udzielane jest *bez* wszczynania formalnego postępowania w zakresie kontroli koncentracji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji Komisja w takich przypadkach podejmuje zatem *decyzję o niezgłoszeniu sprzeciwu* i uznaje koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem.

(2) W przypadku gdy Komisja stwierdza, że po niezbędnych zmianach przeprowadzonych przez dane przedsiębiorstwa zgłaszana koncentracja spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 2, [...] wydaje decyzję uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem [...].

(3) W przypadku gdy Komisja stwierdza, że koncentracja spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 3, [...] wydaje decyzję uznającą koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

[...]”.

11. Przed wydaniem ewentualnej decyzji zakazującej na mocy art. 8 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji następuje wysłuchanie przedsiębiorstw mających być stronami koncentracji. W tym celu Komisja przesyła im pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w stosunku do którego mogą wnieść swoje uwagi na piśmie, a w razie potrzeby także ustnie. W tym celu art. 18 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji zawiera następujące postanowienia⁷:

„(1) Przed podjęciem decyzji, przewidzianej w [...] art. 8 ust. 3–5 [...], Komisja umożliwia zainteresowanym osobom, przedsię-

biorstwom i związkom przedsiębiorstw, na każdym etapie procedury aż do konsultacji komitetu doradczego, wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń skierowanych przeciwko nim.

[...]

(3) Komisja opiera swoją decyzję jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag. W postępowaniu gwarantuje się w pełni prawo do obrony [...]”.

12. Postępowanie w sprawie kontroli koncentracji w całości wiąże się z *wymogiem szybkiego działania*, realizowanym w pierwszej kolejności przez dokładnie uregulowany i względnie restrykcyjny system terminów, zmierzający do ograniczenia czasu trwania postępowań w sprawie kontroli koncentracji⁸. W przypadku niepodjęcia przez Komisję decyzji o zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem w wyznaczonym terminie występuje wówczas *fikcja zezwolenia*, która uregulowana jest w art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji w następujący sposób:

7 — Zobacz uzupełniająco art. 11–15 rozporządzenia Komisji (WE) nr 447/98 z dnia 1 marca 1998 r. w sprawie zgłoszeń, terminów i przesłuchań przewidzianych w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 61, s. 1).

8 — Wyroki: z dnia 25 września 2003 r. w sprawie C-170/02 P Schlüsselverlag J.S. Moser i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-9889, pkt 33 i z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie C-42/01 Portugalia przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6079, pkt 51; zob. także wyroki Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 listopada 1997 r. w sprawie T-290/94 Kaysersberg przeciwko Komisji, Rec. s. II-2137, pkt 113 i z dnia 20 listopada 2002 r. w sprawie T-251/00 Lagardère i Canal+ przeciwko Komisji, Rec. s. II-4825, pkt 108 oraz moją opinię z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-202/06 P Cementbouw Handel & Industrie przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-12129, pkt 41.

„W przypadku gdy Komisja nie podjęła decyzji zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b) lub c) lub art. 8 ust. 2 lub 3 w terminach ustanowionych odpowiednio w [...], uważa się koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem [...]”.

13. W przedmiocie skutków stwierdzenia nieważności decyzji Komisji ze strony sądu wspólnotowego art. 10 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji stanowi, co następuje:

„W przypadku gdy Trybunał Sprawiedliwości wyda wyrok uchylający w całości lub w części decyzję Komisji podjętą na podstawie niniejszego rozporządzenia, bieg terminu ustanowionego w niniejszym rozporządzeniu rozpoczyna się ponownie z dniem wydania wyroku”.

14. W większości postępowań w sprawie kontroli koncentracji Komisja działa także jako urząd kontroli konkurencji Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁹ i rozstrzyga o zgodności koncentracji z porozumieniem o EOG.

15. W 2004 roku rozporządzenie o kontroli koncentracji zostało w istotnych kwestiach zmienione. Rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji w brzmieniu *zmie-*

*nionym*¹⁰ zgodnie z art. 26 ust. 1 stosuje się jednak dopiero od dnia 1 maja 2004 r. W konsekwencji zmiana ta nie ma znaczenia, ponieważ zgodnie z ust. 2 powyższego artykułu, dawne przepisy w dalszym ciągu znajdują zastosowanie do przypadków takich jak niniejszy.

III — Podłoże sporu i przebieg postępowania

A — Koncentracja

16. Bertelsmann AG¹¹ 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 kontroluje¹².

⁹ — Artykuł 57 ust. 1 i 2 lit. a) porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, „porozumienie EOG”, Dz.U. 1994, L 1, s. 3.

¹⁰ — Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenie WE w sprawie kontroli koncentracji”), Dz.U. L 24, s. 1 (zwane dalej również „rozporządzeniem nr 139/2004”).

¹¹ — Zwana dalej „Bertelsmann”.

¹² — Zobacz w tym i dalszym zakresie pkt 3–6 zaskarżonego wyroku.

17. Sony Corporation of America¹³ należy do grupy Sony i prowadzi ogólnosiwiatową działalność w dziedzinie produkcji i wydawania utworów muzycznych, elektroniki przemysłowej i użytkowej oraz rozrywki. W sektorze nagrań muzycznych działa za pośrednictwem Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann i Sony uzgodniły zgodnie z Business Contribution Agreement (porozumieniem o połączeniu działalności) z dnia 11 grudnia 2003 r., że połączą swoją działalność prowadzoną na szczeblu światowym w dziedzinie nagrań muzycznych (z wyłączeniem działalności Sony w Japonii) przynajmniej w trzech nowo utworzonych spółkach. Planowano, że te przedsiębiorstwa joint venture będą prowadzone wspólnie pod nazwą Sony BMG.

19. Zgodnie z porozumieniem Sony BMG miała prowadzić działalność w dziedzinie odkrywania i lansowania artystów¹⁴ oraz promocji i sprzedaży nagrań muzycznych. Sony BMG nie będzie natomiast angażować się w działalność pokrewną, taką jak wydawanie utworów muzycznych, produkcja i dystrybucja.

20. Jak potwierdziły Bertelsmann i Sony w postępowaniu przed Trybunałem, koncentracja została całkowicie przeprowadzona w 2004 r.

13 — Zwana dalej „Sony”.

14 — Tak zwane „A & R” („Artists and Repertoire”).

B — Problem zbiorowej pozycji dominującej

21. Jak wszystkie koncentracje o wymiarze wspólnotowym, również koncentracja Bertelsmann i Sony, zgodnie z art. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, została poddana ocenie, czy stwarza ona lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego znacząco utrudniona byłaby skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części.

22. Nie chodzi tutaj konkretnie o ewentualną indywidualną dominację Sony BMG, lecz o niebezpieczeństwo stworzenia lub umocnienia *zbiorowej pozycji dominującej* między pięcioma działającymi na skalę światową producentami nagrań muzycznych¹⁵, tak zwanymi „koncernami fonograficznymi” („głównymi firmami fonograficznymi”) światowych przedsiębiorstw muzycznych, których liczba zmniejszyła się wskutek koncentracji z pięciu do czterech.

23. Trybunał w wyroku „Kali & Salz”¹⁶ wyjaśnił już, iż pod pojęciem pozycji dominującej w znaczeniu rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji rozumie się nie tylko indywidualną, lecz również zbiorową pozycję dominującą. Zbiorową pozycję dominującą

15 — W pierwszej decyzji zatwierdzającej, jak również w zaskarżonym wyroku rozumie się przez to następujących producentów: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WGM) oraz EMI Group (pierwotnie: Electric and Musical Industries).

16 — Wyrok z dnia 31 marca 1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95 Francja i in. przeciwko Komisji „Kali & Salz”, Rec. s. I-1375, pkt 164–178; zob. poza tym wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor przeciwko Komisji, Rec. s. II-753, pkt 123–156.

mogą posiadać dwa (duopol) lub więcej (oligopol) przedsiębiorstw¹⁷.

24. Zbiorowa pozycja dominująca nie oznacza koniecznie, że członkowie oligopolu muszą ze sobą współpracować w sposób *sprzeczny z prawem*, zawierając antykonkurencyjne porozumienia w rozumieniu art. 81 WE¹⁸. Ponadto zbiorowa pozycja dominująca może opierać się na *milczącej koordynacji zachowania konkurencyjnego*¹⁹ wszystkich członków oligopolu. Członkowie oligopolu ograniczają się wówczas do osiągniętych przez nich udziałów w rynku i nie dochodzi już między nimi do skutecznej wewnętrznej konkurencji²⁰.

25. Przesłanką do ustalenia zbiorowej pozycji dominacji jest wówczas fakt, iż dany rynek stale dopuszcza milczącą koordynację zachowania konkurencyjnego członków oligopolu. W tym kontekście należy rozpatrywać trzy kryteria, które Sąd Pierwszej Instancji w wyroku w sprawie *Airtours*²¹

rozwinął w celu stwierdzenia zbiorowej pozycji dominującej i podsumował w zaskarżonym tutaj wyroku w następujący sposób:

„Po pierwsze, rynek powinien być dostatecznie przejrzysty, 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 odstrasżającego 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”²².

26. W niniejszym przypadku w centrum zainteresowania znajduje się pierwszy z trzech tak zwanych „kryteriów *Airtours*”, a mianowicie pytanie, czy rynki nagrań muzycznych są dostatecznie przejrzyste, aby umożliwić pomiędzy głównymi koncertami fonograficznymi milczącą koordynację. W tym przypadku uczestnicy postępowania spierają się zasadniczo o zakres dochodzenia i uzasadnienia, jakiego może żądać Sąd od Komisji w tym zakresie.

17 — Wyroki: ww. w przypisie 16 w sprawie *Gencor* przeciwko Komisji, pkt 276, 277 i z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours* przeciwko Komisji, Rec. s. II-2585, pkt 59–61.

18 — Wyrok z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1365, pkt 45, dotyczący art. 82 WE.

19 — Zazwyczaj dzieje się to w drodze *antykonkurencyjnego paralelnego zachowania*. W sprawie COMP/M.2201 — *MAN* przeciwko *Auwärter*, Komisja oceniała jednak, czy koncentracja umożliwiła trwałą milczącą koordynację zachowania konkurencyjnego dwóch duopolistów z dala od klasycznych form antykonkurencyjnego zachowania paralelnego (Decyzja 2002/335/WE, Dz.U. L 116, s. 35, zob. tam w szczególności motywy 33–35).

20 — Zobacz odnośnie do całości również ww. w przypisie 16 wyrok w sprawie *Gencor* przeciwko Komisji, pkt 276.

21 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie *Airtours* przeciwko Komisji, pkt 62.

22 — Punkt 247 zaskarżonego wyroku. Podobnie wyrok z dnia 8 lipca 2003 r. w sprawie T-374/00 *Verband der freien Rohrwerke* i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-2275, pkt 186 oraz — odnośnie do art. 82 WE — wyrok z dnia 26 stycznia 2005 r. w sprawie T-193/02 *Piau* przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-209, pkt 111.

C — Postępowanie administracyjne i pierwsza decyzja zatwierdzająca Komisji

27. W dniu 9 stycznia 2004 r. Komisja otrzymała, zgodnie z art. 4 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, zgłoszenie zamiaru koncentracji²³.

28. Na etapie wstępnym („etap I” postępowania w sprawie kontroli koncentracji) Komisja w dniu 20 stycznia 2004 r. wysłała do niektórych podmiotów prowadzących działalność na tym rynku kwestionariusz.

29. Impala odpowiedziała na ten kwestionariusz i złożyła, w dniu 28 stycznia 2004 r., odrębne pismo, w którym przedstawiła powody, które — jej zdaniem — powinny skłonić Komisję do uznania koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem. Impala 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.

30. W dniu 12 lutego 2004 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie kontrolne na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji („etap II” postępowania w sprawie kontroli

koncentracji), uznając, że zgłoszona koncentracja wzbudza poważne wątpliwości co do zgodności ze wspólnym rynkiem i porozumieniem o EOG.

31. Na podstawie art. 11 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji postępowanie było zawieszono od 7 kwietnia do 5 maja 2004 r., ponieważ strony uczestniczące w koncentracji nie odpowiedziały w pełni na wezwanie do dostarczenia informacji²⁴.

32. 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 porozumieniem o EOG, ponieważ wzmocniłaby 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.

33. Strony uczestniczące w koncentracji udzieliły odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, a w dniach 14 i 15 czerwca 2004 r. odbyło się przesłuchanie przed funkcjonariuszem ds. przesłuchań Komisji, w którym uczestniczyła również Impala.

²³ — Zobacz w tym i dalszym zakresie pkt 2, 7–11 zaskarżonego wyroku.

²⁴ — Zobacz w tym zakresie sprawozdanie końcowe funkcjonariusza ds. przesłuchań (Dz.U. 2005, C 59, s. 2).

34. Pierwszą decyzją zatwierdzającą z dnia 19 lipca 2004 r. Komisja uznała wreszcie koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem o EOG na mocy art. 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji. Zezwolenie to zostało wydane bez warunków i obowiązków.

czwartą kosztów własnych. Interwencji pokryli własne koszty.

D — Postępowanie sądowe w pierwszej instancji

35. W dniu 3 grudnia 2004 r. Impala wniosła do Sądu Pierwszej Instancji skargę o stwierdzenie nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej²⁵, wnosząc jednocześnie o obciążenie Komisji kosztami postępowania. Komisja wniosła o oddalenie skargi i obciążenie Impala kosztami postępowania. Komisję popierały Bertelsmann i Sony, a także Sony BMG Music Entertainment, które postanowieniem prezesa trzeciej izby z dnia 4 lutego 2005 r. zostały przez Sąd dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów.

E — Postępowanie odwoławcze

37. Bertelsmann i Sony (zwane dalej „wnoszącymi odwołanie”) w odwołaniu złożonym wspólnie w sekretariacie Trybunału w dniu 13 lipca 2006 r. wniosły do Trybunału o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku,
 - oddalenie skargi Impala o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji lub ewentualnie przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Pierwszej Instancji oraz
 - obciążenie Impala kosztami niniejszego postępowania.
38. Sony BMG Music Entertainment przyłączyła się w całości do odwołania oraz żądań Bertelsmann i Sony.

36. Sąd w zaskarżonym wyroku stwierdził nieważność pierwszej decyzji zatwierdzającej i obciążył Komisję jej kosztami własnymi oraz trzema czwartymi kosztów poniesionych przez Impala. Impala została obciążona jedną

²⁵ — Impala żądała ewentualnie stwierdzenia nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej w określonych częściach; zob. pkt 29, tiret trzecie zaskarżonego wyroku.

39. Komisja wniosła do Trybunału o:

— uchylenie zaskarżonego wyroku,

— oddalenie skargi o stwierdzenie nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej lub ewentualnie przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Pierwszej Instancji oraz

— obciążenie Impala kosztami poniesionymi przez Komisję w niniejszym postępowaniu.

40. Impala wniosła do Trybunału o:

— oddalenie odwołania jako bezzasadnego lub odrzucenie go jako częściowo lub całkowicie niedopuszczalnego,

— utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku oraz

— obciążenie wnoszących odwołanie kosztami niniejszego postępowania.

41. W Trybunale odwołanie było najpierw przedmiotem procedury pisemnej, a następnie rozprawy, która odbyła się w dniu 6 listopada 2007 r.

F — *Ponowne postępowanie administracyjne i druga decyzja zezwalająca Komisji*

42. Wskutek stwierdzenia w zaskarżonym wyroku nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej Komisja ponownie przeprowadziła w niniejszej sprawie postępowanie w sprawie kontroli koncentracji²⁶ (zob. również art. 10 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji), które nieuchronnie toczyło się *równoległe do niniejszego postępowania odwoławczego*, ponieważ odwołanie nie ma skutku zawieszającego (art. 60 ust. 1 Statutu Trybunału Sprawiedliwości).

43. W dniu 31 stycznia 2007 r. została zgłoszona Komisji koncentracja celem ponownego jej zbadania z punktu widzenia prawa konkurencji, a w dniu 1 marca 2007 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie kontrolne („etap II”) na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji.

44. Postępowanie w sprawie kontroli koncentracji zostało zakończone decyzją

²⁶ — Zobacz w tym zakresie i odnośnie do dalszych danych komunikaty prasowe Komisji z dnia 1 marca 2007 r. (IP/07/272) oraz z dnia 3 października 2007 r. (IP/07/1437).

z dnia 3 października 2007 r., w której Komisja ponownie uznała koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem o EOG na mocy art. 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji (zwaną dalej „drugą decyzją zatwierdzającą”). Zezwolenie to wydane zostało bez warunków i obowiązków.

IV — Uwagi wstępne dotyczące procedury badania odwołania

45. Przed przeprowadzeniem badania odwołania w sprawie należy zbadać, czy dopuszczalne są poszczególne zarzuty podnoszone w odwołaniu (zob. jednocześnie A), czy za ich pośrednictwem w ogóle może zostać osiągnięty zamierzony przez wnoszących odwołanie cel (zob. poniżej B) oraz czy wskutek wydanej w międzyczasie drugiej decyzji zatwierdzającej przez Komisję wnoszący odwołanie nadal mają interes w dalszym prowadzeniu postępowania odwoławczego (zob. poniżej C).

A — *Dopuszczalność poszczególnych zarzutów*

46. Impala podważa dopuszczalność odwołania w całości, ponieważ zawiera ono jedynie żądanie przeprowadzenia kontroli dokonanej przez Sąd oceny okoliczności faktycznych.

47. W odniesieniu do niniejszego zarzutu stosowne wydaje się przypomnienie kryterium wynikającego z art. 225 ust. 1 WE oraz art. 58 akapit pierwszy Statutu Trybunału Sprawiedliwości, które znajduje zastosowanie w utrwalonym orzecznictwie Trybunału w postępowaniu odwoławczym²⁷: odwołanie należy ograniczyć do kwestii prawnych. Dlatego też jedynie Sąd uprawniony jest do ustalania istotnych okoliczności faktycznych i dokonywania ich oceny, a także do dokonywania oceny dowodów. Ocena tych faktów i dowodów nie stanowi — z wyjątkiem przypadków ich zniekształcenia — kwestii prawnej poddanej kontroli Trybunału w postępowaniu odwoławczym.

48. Kwestią prawną, która może być przedmiotem postępowania odwoławczego²⁸, jest zagadnienie, czy Sąd w stosunku do uzasadnienia decyzji przez Komisję zastosował przesadne wymogi oraz czy podczas dokonywanej przez niego oceny faktów i dowodów zastosował właściwe kryteria oraz czy w ogóle właściwie zastosował prawo w swoim wyroku. Tak samo przedstawia się podlegająca kontroli Trybunału kwestia prawna, czy Sąd dokonał właściwej kwalifikacji prawnej faktów i dowodów oraz czy wywiódł z nich

27 — Zobacz zamiast wielu wyrok z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawie C-24/05 P Storck przeciwko OHIM, Zb.Orz. s. I-5677, pkt 36 i wyrok z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawie C 25/05 P Storck przeciwko OHIM, Zb.Orz. s. I-5719, pkt 40; zob. także wyroki: z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8725, pkt 69, 70; z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie C-328/05 P SGL Carbon przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3921, pkt 41 i z dnia 25 października 2007 r. w sprawie C-167/06 P Komninou i in. przeciwko Komisji, pkt 40.

28 — Podobnie wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-403/04 Sumitomo Metal Industries przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-735, pkt 40; zob. także moją opinię z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2331, pkt 113. Szczegółowo odnośnie do wymogów obowiązku uzasadnienia zob. wyroki z dnia 20 listopada 1997 r. w sprawie C-188/96 P Komisja przeciwko V, Rec. s. I-6561, pkt 24 i z dnia 20 lutego 1997 r. w sprawie C-166/95 P Komisja przeciwko Daffix, Rec. s. I-983, pkt 35.

prawnie uzasadnione wnioski²⁹, przy zachowaniu wymogów proceduralnych dotyczących ciężaru dowodu i postępowania dowodowego³⁰.

49. Niniejsze odwołanie, w oparciu o powyższe kryterium, nie może zostać — wbrew twierdzeniom Impala — uznane za niedopuszczalne w całości. Należy natomiast dokonać rozróżnienia z jednej strony pomiędzy zarzutem piątym, a z drugiej strony pozostałymi zarzutami.

1. Dopuszczalność zarzutu piątego

50. W odniesieniu w pierwszej kolejności do zarzutu piątego, zajmującego się przesłankami stwierdzenia zbiorowej pozycji dominującej, należy stwierdzić, że składa się on z części wprowadzającej³¹ oraz kilku poszczególnych zarzutów³².

29 — Wyroki: z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. s. I-8417, pkt 23; ww. w przypisie 27 w sprawie Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, pkt 69; ww. w przypisie 28 w sprawie Sumitomo Metal Industries przeciwko Komisji, pkt 39 i ww. w przypisie 27 w sprawie SGL Carbon przeciwko Komisji, pkt 41.

30 — Wyroki: ww. w przypisie 29 w sprawie Baustahlgewebe przeciwko Komisji, pkt 24; ww. w przypisie 27 w sprawie Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji, pkt 70, ww. w przypisie 28 w sprawie Sumitomo Metal Industries przeciwko Komisji, pkt 38, 39; ww. w przypisie 27 w sprawie SGL Carbon przeciwko Komisji, pkt 41 oraz ww. w przypisie 27 w sprawie Komninou i in. przeciwko Komisji, pkt 40.

31 — Punkty 65–69 odwołania.

32 — Punkty 70–80 odwołania.

51. W części wprowadzającej poruszana jest przede wszystkim kwestia, czy w celu stwierdzenia zbiorowej pozycji dominującej należy mniej lub bardziej ściśle stosować kryteria ustalone swego czasu przez Sąd w wyroku w sprawie Airtours³³ w zależności od tego, czy chodzi o udowodnienie już istniejącej zbiorowej pozycji dominującej, czy też o przewidywanie niebezpieczeństwa powstania w przyszłości zbiorowej pozycji dominującej wskutek koncentracji. Ta część wprowadzająca zarzutu piątego dotyczy zatem wykładni kryteriów Airtours. Jest to kwestia prawna, która może być przedmiotem odwołania.

52. Inaczej wygląda sprawa pozostałych *poszczególnych zarzutów*, które zostały podniesione w ramach zarzutu piątego i można je podsumować w następujący sposób: Sąd pominął ceny hurtowe netto, a także znaczenie rabatów, decydujących dla przejrzystości rynku, a zamiast tego poprzestał na samym rozważeniu cen katalogowych i detalicznych. Sąd niesłusznie wywiódł przejrzystość rabatów z oddziaływania tych rabatów na średnie ceny netto. Poza tym Sąd, oceniając przejrzystość, niesłusznie uznał, że złożone struktury cenowe są nieistotne dla oceny przejrzystości. Wreszcie Sąd błędnie kwalifikuje różnice i zmienność cen jako nieistotne dla gadania przejrzystości.

33 — Zobacz w tym zakresie pkt 25 niniejszej opinii oraz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Airtours przeciwko Komisji, pkt 62.

53. Poszczególne zarzuty w rzeczywistości nie mają na celu badania kwestii prawnych, lecz raczej zmierzają do podważenia oceny konkretnych faktów i dowodów dokonanej przez Sąd w niniejszej sprawie. Nie można bowiem udzielić powszechnie obowiązującej odpowiedzi na pytanie, jakie znaczenie dla oceny przejrzystości określonego rynku mają ceny katalogowe, detaliczne, hurtowe ceny netto, średnie ceny netto, rabaty, złożoność struktur cenowych oraz określone różnice i zmienność cen, ponieważ zależy to od konkretnej oceny wszystkich okoliczności danego przypadku, a mianowicie od szczególnych warunków danego rynku.

54. Innymi słowy chodzi tutaj o doprowadzenie Trybunału do zastąpienia oceny Sądu własną oceną faktów i dowodów w tym konkretnym przypadku. Nie jest to jednak w postępowaniu odwoławczym dopuszczalne. Przed Trybunałem można podnieść, iż Sąd wypaczył okoliczności faktyczne lub środki dowodowe bądź też w ramach dokonywanej oceny faktów i dowodów naruszone zostały zasady logiki. Te dwa zarzuty *nie* zostały jednak w niniejszej sprawie podniesione i niezależnie od tych wyjątków do zadań Trybunału jako instancji odwoławczej nie może należeć ocena własna, jaką wymowę, w celu oceny przejrzystości rynku w podobnym przypadku, można przypisać tego rodzaju czynnikom jak ceny katalogowe, detaliczne, hurtowe ceny netto, średnie ceny netto, rabaty, złożoność struktur cenowych oraz określone różnice i zmienność cen.

55. W świetle powyższych rozważań zarzut piąty jest dopuszczalny wyłącznie w odniesieniu do części wprowadzającej, nie jest zaś dopuszczalny odnośnie do poszczególnych zarzutów.

2. Dopuszczalność pozostałych zarzutów

56. Uważam natomiast, że pozostałe zarzuty są w całości dopuszczalne, gdyż nie mają one za przedmiot dokonanej przez Sąd jako takiej oceny okoliczności faktycznych i dowodów. Ponadto każdy zarzut odnosi się do *kryteriów*, które zastosował Sąd, dokonując oceny zgodności z prawem pierwszej decyzji zatwierdzającej. Poza tym chodzi tutaj o *wymagania dowodowe*, którym podlega Komisja przy zatwierdzaniu koncentracji. Wszystko to są kwestie prawne, które jako dopuszczalne mogą być przedmiotem postępowania odwoławczego.

3. Wniosek wstępny

57. Podczas gdy w zarzucie piątym dopuszczalna jest jedynie jego część wprowadzająca, pozostałe zarzuty są w całości dopuszczalne.

B — *Zdolność osiągnięcia zamierzonego celu przez odwołanie*

58. Niezależnie od omawianej właśnie kwestii dopuszczalności poszczególnych zarzutów niniejszy przypadek porusza dodatkowe zagadnienie, a mianowicie, czy odwołanie w ogóle może osiągnąć zamierzony przez wnoszących odwołanie cel, to znaczy uchylenie zaskarżonego wyroku. Możliwe jest, że wnoszący odwołanie nie podważyli w odwołaniu istotnych fragmentów zaskarżonego wyroku (zob. w tym zakresie jednocześnie pkt 1) oraz że ich odwołanie może odnosić się do fragmentów uzasadnienia wyroku, które nie zawierają uzasadnienia sentencji zaskarżonego wyroku (zob. w tym zakresie poniżej pkt 2).

1. W przedmiocie zarzucanego braku podważenia przez wnoszących odwołanie istotnych fragmentów zaskarżonego wyroku

59. Przede wszystkim Impala przytacza, że odwołanie w całości nie może doprowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku, ponieważ wnoszący je nie podważyli istotnych fragmentów wyroku.

60. Zdaniem Impala, odwołanie ogranicza się bowiem do zakwestionowania wywodów Sądu w przedmiocie *umocnienia* istniejącej już zbiorowej pozycji dominującej, natomiast nie kwestionuje ono wywodów Sądu zawartych w pkt 528 zaskarżonego wyroku co do możliwości *powstania* zbiorowej pozycji

dominującej. Nawet gdyby odwołanie zostało w całości uwzględnione, nie mogłoby — zdaniem Impala — prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku, gdyż utrzymane zostałyby w mocy zawarte w pkt 528 ustalenia Sądu dotyczące innych naruszeń prawa w pierwszej decyzji zatwierdzającej.

61. Niniejszy argument mnie nie przekonuje.

62. Wprawdzie wnoszący odwołanie są zobowiązani do dokładnego wskazania zakwestionowanych części wyroku, do którego uchylenia dążą, oraz argumentów prawnych w szczegółowy sposób uzasadniających to żądanie³⁴. Nie oznacza to jednak, że przy formułowaniu odwołania będą się oni szczegółowo orientowali w układzie zaskarżonego wyroku, ani że muszą zaskarżyć każdy fragment wyroku w drodze osobnego zarzutu.

63. W niniejszym przypadku wnoszący odwołanie nie określili, iż ograniczają swoje odwołanie wyłącznie do pierwszej kwestionowanej tutaj części danego wyroku, to znaczy do wywodów Sądu w przedmiocie umocnienia istniejącej zbiorowej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych³⁵. Takie ograniczenie nie byłoby również zgodne z określonym przez nich celem, jakim jest uchylenie zaskarżonego

34 — Utrwalone orzecznictwo; zob. jedynie wyroki: z dnia 1 lutego 2007 r. w sprawie C-266/05 P Sison przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-1233, pkt 23 i z dnia 11 września 2007 r. w sprawie C-227/04 P Lindorfer przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-6767, pkt 45.

35 — Punkty 44–481 zaskarżonego wyroku.

wyroku w całości w drodze wniesionego przez nich odwołania. Niniejszy cel można osiągnąć jedynie wówczas, gdy odwołanie rozumiane będzie jako zarzut odnoszący się do obu kwestionowanych części zaskarżonego wyroku³⁶, zarówno odnośnie do części dotyczącej umocnienia istniejącej już pozycji dominującej, jak i do części dotyczącej utworzenia tej pozycji.

64. Za tym, że odwołanie nie odnosi się jedynie do jednej części wyroku, przemawiają również uwagi wprowadzające wnoszących odwołanie, zawarte we wstępie do odwołania. W odwołaniu, dokonując wyliczenia kwestionowanych w szczególny sposób fragmentów zaskarżonego wyroku, powołano się wyraźnie na sporny tutaj pkt 528, a ponadto na pkt 533, 539 i 541, które poświęcone są także zagadnieniu *powstania* zbiorowej pozycji dominującej³⁷. Poza tym wnoszący odwołanie w odwołaniu wielokrotnie wyraźnie włączają do swoich rozważań sformułowany przez Sąd Pierwszej Instancji w pkt 542 i 543 zaskarżonego wyroku ogólny wniosek³⁸.

65. W tych okolicznościach nie można twierdzić, że odwołanie ogranicza się wyłącznie do wywodów Sądu odnośnie do *umocnienia* istniejącej już pozycji dominującej i należy je oddalić w całości jako bezskuteczne.

36 — Punkty 44–481, jak również pkt 482–541 zaskarżonego wyroku.

37 — Punkt 17 odwołania. Podobne odniesienia znajdują się również w szczególności w pkt 26, 94 oraz w przypisie 6 odwołania.

38 — Punkty 17, 59, 81 odwołania.

2. W przedmiocie elementów zaskarżonego wyroku, które nie wspierają jego sentencji

66. Inaczej wygląda natomiast sprawa wprowadzającej części zarzutu piątego, która — jak już wspomniano³⁹ — stanowi jedyną dopuszczalną część tego zarzutu.

67. Przede wszystkim została tam poruszona kwestia, czy w celu stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej należy w mniejszym lub większym stopniu ściśle stosować kryteria ustalone przez Sąd w wyroku w sprawie *Airtours*⁴⁰ w zależności od tego, czy chodzi o udowodnienie istnienia zbiorowej pozycji dominującej, czy o przewidywanie niebezpieczeństwa powstania zbiorowej pozycji dominującej wskutek koncentracji. W pierwszym przypadku Sąd opowiada się za mniej ścisłym stosowaniem kryteriów wynikających z wyroku w sprawie *Airtours* niż w tym drugim⁴¹.

68. Głównym zarzutem wnoszących odwołanie jest przy tym pkt 251 zaskarżonego wyroku. Sąd twierdzi tam, że występowanie (już powstałej) zbiorowej pozycji dominującej „może zostać w razie potrzeby wykazane w sposób pośredni na podstawie zespołu poszlak i dowodów, które mogą mieć nawet bardzo różnorodny charakter, a dotyczących oznak, przejawów i zjawisk nieodłącznie

39 — Zobacz wyżej pkt 50–55 niniejszej opinii.

40 — Zobacz w tym zakresie pkt 25 niniejszej opinii oraz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie *Airtours* przeciwko Komisji, pkt 62.

41 — W tym znaczeniu pkt 249–253 zaskarżonego wyroku.

związanych z występowaniem zbiorowej pozycji dominującej”.

69. Jak słusznie zauważyli sami wnoszący odwołanie⁴², w przypadku spornych fragmentów, jak również powiązanych z nimi prawnych ocen wyrażonych przez Sąd chodzi o obiter dicta. W całej części obejmującej pkt 245–253 zaskarżonego wyroku Sąd nie bada bowiem podniesionego przez Impala w pierwszej instancji zarzutu nieważności, lecz przedstawia obiter dicta odnośnie do stosowania kryteriów w celu stwierdzenia zbiorowej pozycji dominującej.

70. Widać to szczególnie dokładnie podczas lektury spornych fragmentów wyroku w odniesieniu do pkt 254 zaskarżonego wyroku, gdzie Sąd wyraźnie ogranicza swoją kontrolę dotyczącą pierwszej decyzji zatwierdzającej do kwestii spełnienia kryteriów wynikających z wyroku w sprawie Airtours: „[...] Sąd w ramach badania podniesionych zarzutów ograniczy się do sprawdzenia, czy w decyzji prawidłowo zastosowano przesłanki wynikające z orzecznictwa w sprawie Airtours [...]”. W swoim wyroku Sąd nie wyjaśnia natomiast wyraźnie, czy istnienie pozycji dominującej można również przyjąć „bez konieczności pozytywnego ustalenia przejrzystości rynku”. Niniejsza kwestia „nie była rozpatrywana” w postępowaniu w pierwszej instancji.

42 — Punkt 67 odwołania.

71. Wprowadzająca część zarzutu piątego nie może prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku, gdyż nie odnosi się ona do głównych elementów uzasadnienia wyroku, lecz jedynie do dodatkowych wywodów Sądu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy oddalić niniejszą część odwołania jako bezskuteczną⁴³.

3. Wniosek wstępny

72. Należy zatem, w zakresie w jakim w ogóle jest dopuszczalny, oddalić jedynie zarzut piąty jako bezskuteczny. Wszystkie pozostałe zarzuty mogą natomiast osiągnąć zamierzony przez wnoszących odwołanie cel.

C — Dalsze istnienie interesu prawnego

73. W odniesieniu do dopuszczalnych i skutecznych zarzutów należy jeszcze zbadać, czy wnoszący odwołanie nadal mają interes w dalszym prowadzeniu postępowania odwoławczego.

43 — Wyroki: z dnia 18 marca 1993 r. w sprawie C-35/92 P Parlament przeciwko Frederiksen, Rec. s. I-991, pkt 31; z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-122/01 P T. Port przeciwko Komisji, Rec. I-4261, pkt 17; z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-5425, pkt 148 i z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-443/05 P Common Market Fertilizers przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-7209, pkt 137.

74. Konieczność istnienia interesu prawnego gwarantuje na płaszczyźnie proceduralnej, iż sądy nie będą zajmowały się doradczym wyjaśnianiem czysto hipotetycznych kwestii prawnych. Interes prawny jest zatem konieczną przesłanką dopuszczalności, która badana jest z urzędu i może być istotna na różnych etapach postępowania. Interes prawny musi zatem istnieć, nie wzbudzając wątpliwości, już w momencie wniesienia skargi lub odwołania, a ponadto musi istnieć w każdym momencie, aż do wydania orzeczenia sądowego w sprawie⁴⁴.

75. Interes prawny istnieje dopóty, dopóki odwołanie może doprowadzić do poprawy sytuacji strony, która je wniosła⁴⁵.

76. Bezsporne jest, że wnoszący odwołanie w momencie jego wniesienia mieli interes prawny. Od chwili stwierdzenia przez Sąd nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej Bertelsmann i Sony nie posiadały z mocą wsteczną zezwolenia wymaganego w celu ich koncentracji zgodnie z rozporządzeniem w sprawie kontroli koncentracji. Poprzez żądane w odwołaniu uchylenie zaskarżonego wyroku niniejsze zezwolenie mogłoby zostać przywrócone. Odwołanie mogłoby zatem doprowadzić do poprawy sytuacji wnoszących odwołanie.

44 — W przedmiocie wymogu dotyczącego interesu prawnego w postępowaniu odwoławczym zob. wyrok z dnia 19 października 1995 r. w sprawie C-19/93 P Rendo i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-3319, pkt 13; podobnie odnośnie do interesu prawnego w pierwszej instancji wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-362/05 P Wunenburger przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-4333, pkt 42 oraz postanowienie z dnia 17 października 2005 r. w sprawie T-28/02 First Data i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4119, pkt 35–37.

45 — Wyroki: ww. w przypisie 44 w sprawie Rendo i in. przeciwko Komisji, pkt 13; z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-174/99 P Parlament przeciwko Richard, Rec. s. I-6189, pkt 33 oraz z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie C-277/01 Parlament przeciwko Samper, Rec. s. I-3019, pkt 28.

77. Od chwili wydania drugiej decyzji zatwierdzającej zainteresowane przedsiębiorstwa posiadają jednak znów zezwolenie na ich koncentrację zgodnie z rozporządzeniem w sprawie kontroli koncentracji. Niniejsze drugie zezwolenie, w swojej części rozporządzającej, w niczym nie ustępuje pierwszemu, gdyż obydwie bezwarunkowo uznały koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem o EOG. Poprzez ponowne zezwolenie na koncentrację zakończył się, istniejący od stwierdzenia nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej, *stan zawieszenia*, w którym dane przedsiębiorstwa i rynki nie mogły być pewne, czy koncentracja została przeprowadzona zgodnie z prawem. Zgodnie z koncepcją zawartą w art. 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji⁴⁶, druga decyzja zatwierdzająca działa wstecz do momentu przeprowadzenia transakcji, które były dokonywane w celu przeprowadzenia niniejszej koncentracji („skutek ex-tunc”).

78. Wszystko to niekoniecznie oznacza, że niniejsze odwołanie jest *bezprzedmiotowe*. Niniejsze odwołanie nie odnosi się bowiem bezpośrednio do pierwszej decyzji zatwierdzającej Komisji, lecz do nadal znajdującego zastosowanie zaskarżonego wyroku Sądu. W związku z tym możliwiość uznania, iż nie ma potrzeby rozpatrywania skargi (art. 92 § 2 regulaminu Trybunału), nie znajduje zasto-

46 — Ponieważ koncentracja będąca przedmiotem sporu przeprowadzona została w chwili, gdy ważna była jeszcze pierwsza decyzja zatwierdzająca, w odniesieniu do stanu faktycznego niniejszego przypadku art. 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji nie znajduje zastosowania. Jednakże również w niniejszym przypadku zastosowanie może znaleźć łącząca u podstaw niniejszego przepisu koncepcja zawieszony nieważności i wsteczna konwalidacja stanu zawieszenia poprzez decyzję zatwierdzającą.

sowania w postępowaniu odwoławczym (zob. art. 118 regulaminu Trybunału)⁴⁷.

79. Istnienie drugiej decyzji zatwierdzającej nasuwa jednak pytanie, czy odwołanie może jeszcze doprowadzić do poprawy sytuacji wnoszących odwołanie, czy zatem są oni jeszcze zainteresowani kontynuowaniem postępowania odwoławczego.

80. Interesu prawnego wnoszących odwołanie nie uzasadnia jeszcze sama okoliczność, iż zostali oni obciążeni własnymi kosztami w postępowaniu w pierwszej instancji. Odwołanie dotyczące wyłącznie ustalenia wysokości kosztów postępowania jest bowiem niedopuszczalne na mocy art. 58 ust. 2 regulaminu Trybunału. Z tego samego powodu Trybunał odrzuca jako niedopuszczalne także odwołanie dotyczące ustalenia wysokości kosztów postępowania w pierwszej instancji, gdy jest to jedyny utrzymany zarzut i gdy już ustalono, że inne zarzuty nie

mogą zostać utrzymane⁴⁸. Mając na uwadze cel art. 58 ust. 2 regulaminu, również sam interes w uchyleniu rozstrzygnięcia o kosztach dokonanego w pierwszej instancji nie może uzasadniać kontynuowania postępowania odwoławczego. W celu kontynuowania postępowania odwoławczego konieczny jest zatem interes prawny wnoszących odwołanie wykraczający poza kwestię kosztów w pierwszej instancji.

81. W niniejszym przypadku wnoszący odwołanie mają oczywisty interes w otrzymaniu, tak szybko, jak to możliwe, nie tylko zezwolenia na swoją koncentrację, lecz także *ostatecznego* zezwolenia. Dopiero wówczas zainteresowane przedsiębiorstwa oraz rynki w ogólności będą miały ostateczną pewność prawa co do tego, że koncentracja została przeprowadzona zgodnie z prawem.

82. Druga decyzja zatwierdzająca nie może teraz zagwarantować takiej pewności prawa, gdyż nie może być ona ostateczna w najbliższym czasie. Decyzję należy bowiem — oprócz doręczenia jej adresatom (art. 254 ust. 3 WE) — opublikować w *Dzienniku*

47 — Pomijając powyższe, Trybunał okazynie uznaje odwołanie za rozpatrzone, gdy jest ustalone, że wnoszący odwołanie już osiągnął cel (postanowienia: z dnia 23 października 2001 r. w sprawie C-281/00 P Una Film „City Revue” przeciwko Parlamentowi i Radzie, niepublikowane w Zbiorze, pkt 4, 5 oraz w sprawie C-313/00 P Davidoff przeciwko Parlamentowi i Radzie, niepublikowane w Zbiorze, pkt 4, 5) lub gdy jest oczywiste, że nie będzie mógł już osiągnąć swego celu [wyrok z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-13/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb.Orz. s. I-1113, pkt 21–23; postanowienia: z dnia 27 lutego 2002 r. w sprawie C-477/01 P(R) Reisebank przeciwko Komisji, Rec. s. I-2117, pkt 24–28 i w sprawie C-480/01 P(R) Commerzbank przeciwko Komisji, Rec. s. I-2129, pkt 23–27]. Jak ukażą poniżej, w niniejszej sprawie nie występuje ani jedna, ani druga sytuacja.

48 — Zobacz np. wyroki: z dnia 14 września 1995 r. w sprawie C-396/93 P Henrichs przeciwko Komisji, Rec. s. I-2611, pkt 66; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych C-302/99 P i C-308/99 P Komisja i Francja przeciwko TF1, Rec. s. I-5603, pkt 31; z dnia 30 września 2003 r. w sprawach połączonych C-57/00 P i C-61/00 P Freistaat Sachsen i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-9975, pkt 124 oraz z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-301/02 P Tralli przeciwko BCE, Zb.Orz. s. I-4071, pkt 88.

Urzędowym Unii Europejskiej (art. 20 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji). Dopiero po opublikowaniu⁴⁹, co w niniejszym przypadku dotychczas nie nastąpiło, rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia skargi dla osoby trzeciej⁵⁰. Ogólne przewidywanie rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia skargi dla osoby trzeciej wchodziłoby w rachubę jedynie wówczas, gdyby druga decyzja zatwierdzająca już wcześniej w inny sposób została całkowicie udostępniona publicznie, na przykład w Internecie, a w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* została na ten temat zamieszczona wzmianka⁵¹. Natomiast sama okoliczność, że treść decyzji została podana do wiadomości danej osoby trzeciej — a mianowicie Impala — w niepoufnej wersji, nie wywiera wpływu na rozpoczęcie terminu do wnie-

sienia odwołania⁵² ani na moment, w którym decyzja stanie się ostateczna⁵³.

83. W przypadku gdyby Sąd na skutek skargi osoby trzeciej stwierdził nieważność również drugiej decyzji zatwierdzającej, powstałby następnie ponownie stan zawieszenia, w którym zainteresowane przedsiębiorstwa nie otrzymałyby żadnego zezwolenia na koncentrację zgodnie z rozporządzeniem w sprawie kontroli koncentracji. Taki stan niepewności trwający kilka miesięcy lub nawet lat może wywierać negatywny wpływ na zainteresowane przedsiębiorstwa i na rynku w ogólności.

84. Szczególne znaczenie dla wnoszących odwołanie, w celu uniknięcia ponownego stanu zawieszenia o negatywnych skutkach, ma kontynuowanie niniejszego postępowania odwoławczego oraz możliwie szybkie wydanie przez sąd wspólnotowy ostatecznej decyzji w przedmiocie legalności *pierwszej decyzji zatwierdzającej*. Nawet jeśli Trybunał, w przypadku uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie, nie wydałby

49 — Dokładniej mówiąc, bieg terminu do wniesienia skargi z art. 230 akapit 5 WE rozpoczyna się zgodnie z art. 102 § 1 regulaminu Sądu Pierwszej Instancji po upływie czternastu dni od opublikowania decyzji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Wymaga to zapewne, by w *Dzienniku Urzędowym* opublikować niepoufną wersję motywów w pełnym brzmieniu lub by w każdym przypadku była w tym samym czasie ogólnie dostępna w Internecie. Jeśli tak nie jest, bieg terminu do wniesienia skargi rozpoczyna się dopiero, gdy do potencjalnego skarżącego dotrze pełna wersja — o ile zresztą i tak już nie dotarła (w tym znaczeniu wyrok z dnia 6 lipca 1988 r. w sprawie 236/86 Dillinger Hüttenwerke przeciwko Komisji, Rec. s. 3761, pkt 14).

50 — Wyroki: z dnia 6 października 1999 r. w sprawie T-110/97 Kneissl Dachstein przeciwko Komisji, Rec. s. II-2881, pkt 41, 42 i w sprawie T-123/97 Salomon przeciwko Komisji, Rec. s. II-2925, pkt 42, 43, a także postanowienie z dnia 25 maja 2004 r. w sprawie T-264/03 Schmoltdt i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1515, pkt 51–53, 56.

51 — Wyrok z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie T-17/02 Olsen przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2031, pkt 80, potwierdzony postanowieniem z dnia 4 października 2007 r. w sprawie C-320/05 P Olsen przeciwko Komisji, oraz postanowienie z dnia 19 września 2005 r. w sprawie T-321/04 Air Bourbon przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3469, pkt 34, 37.

52 — Wyżej wymieniony w przypisie 51 wyrok w sprawie Olsen przeciwko Komisji, pkt 81. W przedmiocie subsydiarności momentu, kiedy skarżący dowiedział się o decyzji, którą należy opublikować w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, zob. także wyroki z dnia 10 marca 1998 r. w sprawie C-122/95 Niemcy przeciwko Radzie, Rec. s. I-973, pkt 35 i z dnia 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-296/97 Alitalia przeciwko Komisji, Rec. s. II-3871, pkt 61, jak również postanowienie z dnia 11 grudnia 2006 r. w sprawie T-392/05 MMT przeciwko Komisji, pkt 25.

53 — Jedynie w celu wyczerpania tematu należy jeszcze zaznaczyć, że nie jest możliwe *formalne doręczenie* (informacja) osobie trzeciej decyzji, poprzez które mógłby rozpocząć swój bieg termin do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 254 ust. 3 WE decyzje są notyfikowane jedynie „ich adresatom”. W przypadku kontroli koncentracji są to przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji oraz właściwe władze państw członkowskich. W tym samym znaczeniu — dla przyszłych przypadków — obecnie art. 8 ust. 8 rozporządzenia nr 139/2004.

samodzielnie ostatecznego orzeczenia, gdyż stan postępowania na to nie pozwala, lecz skierował sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd (art. 61 akapit 1 Statutu Trybunału Sprawiedliwości), byłoby całkiem prawdopodobne, że ostateczna decyzja w przedmiocie legalności *pierwszej* decyzji zatwierdzającej wydana byłaby wcześniej niż decyzja odnośnie do legalności *drugiej*.

85. W tych okolicznościach za kontynuowaniem niniejszego postępowania odwoławczego przemawia również wymóg szybkiego działania, charakterystyczny dla kontroli koncentracji na płaszczyźnie wspólnotowej⁵⁴. W ten sposób można ponadto zapobiec temu, by skargi o stwierdzenie nieważności wnoszone przez osoby trzecie opóźniały dłużej niż to konieczne wystąpienie pewności prawa dla przedsiębiorstw zainteresowanych koncentracją.

86. W ogólności jestem zatem zdania, że obecnie decyzja Trybunału może jeszcze doprowadzić do poprawy sytuacji wnoszących odwołanie i w konsekwencji mają oni wystarczający interes prawny w kontynuowaniu niniejszego postępowania odwoławczego.

87. Gdyby natomiast druga decyzja zatwierdzająca po zakończeniu rozprawy, lecz przed decyzją Trybunału w niniejszej sprawie nabrała ostatecznego charakteru, musiałyby to prowadzić — według posiadanych przeze mnie obecnie informacji — do wygaśnięcia interesu prawnego wnoszących odwołanie. Uznałabym wówczas za konieczne ponowne

wysłuchanie uczestników postępowania odnośnie do kwestii interesu prawnego.

88. W każdym razie za nieprzekonujący uważam pobieżnie omówiony na rozprawie pomysł kontynuowania niniejszego postępowania wyłącznie ze względu na to, że Komisja popiera niektóre zarzuty podniesione przez Bertelsmann i Sony. Instytucje wspólnotowe są oczywiście uprzywilejowane w przypadku wniesionych przez siebie odwołań (art. 56 akapit 2 i 3 Statutu Trybunału Sprawiedliwości), w szczególności nie muszą one wykazywać interesu prawnego⁵⁵. Jeżeli jednak instytucja sama nie wnosi odwołania, lecz jest jedynie innym uczestnikiem postępowania, braku interesu prawnego ze strony wnoszącego odwołanie nie może kompensować samo zainteresowanie tej instytucji wynikiem postępowania odwoławczego i wyjaśnieniem przez Trybunał określonych kwestii prawnych.

V — Zasadność odwołania

89. Wnoszący odwołanie kierują przeciwko zaskarżonemu wyrokowi łącznie siedem zarzutów. Powołane są w nich kwestie prawne o podstawowym znaczeniu dla systemu kontroli koncentracji na płaszczyźnie Wspólnoty. Chociaż niniejsze kwestie

54 — Zobacz w tym przedmiocie pkt 12 niniejszej opinii.

55 — Wyroki: z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Participazioni, Rec. s. I-4125, pkt 171 i z dnia 22 lutego 2005 r. w sprawie C-141/02 P Komisja przeciwko max.mobil, Zb.Orz. s. I-1283, pkt 48.

prawne pojawiły się jeszcze w odniesieniu do „dawnego” rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, to rozwiązanie tych zagadnień jest właściwe również dla nowej wersji rozporządzenia WE w sprawie kontroli koncentracji (rozporządzenie nr 139/2004), gdyż w spornych punktach niniejszej sprawy oba rozporządzenia nie różnią się od siebie w sposób istotny.

90. Ponieważ poszczególne zarzuty częściowo na siebie wzajemnie nachodzą, właściwe wydaje się pogrupowanie ich na podstawie zawartych w nich wspólnych kwestii merytorycznych i zbadanie ich w zmienionej kolejności. Jedynie zarzut piąty nie wymaga poniżej dalszego omówienia, ponieważ jest on — jak już wspomniano — częściowo niedopuszczalny, a częściowo bezskuteczny⁵⁶.

A — Ciężar dochodzenia i uzasadnienia decyzji zatwierdzających Komisji (zarzuty pierwszy, drugi, trzeci i szósty)

91. Zarzuty pierwszy, drugi, trzeci i szósty odnoszą się konkretnie do ciężaru dochodzenia i uzasadnienia, który musi ponieść Komisja, gdy zezwała na koncentrację przedsiębiorstw.

⁵⁶ — Zobacz powyżej pkt 50–55 i 66–71 niniejszej opinii.

92. Wnoszący odwołanie zasadniczo twierdzą, iż Sąd przekroczył wymogi prawne stawiane Komisji w odniesieniu do decyzji zatwierdzającej Komisji oraz dotyczące jego kontroli sądowej. W tym względzie częściowo popiera ich Komisja⁵⁷. Impala broni natomiast zaskarżonego wyroku Sądu w pełnym zakresie.

1. W przedmiocie uzasadnienia decyzji zatwierdzających w zakresie kontroli koncentracji (pierwsza i trzecia część zarzutu szóstego)

93. Swoją analizę rozpoczną od pierwszej i trzeciej części zarzutu szóstego⁵⁸. Wnoszący odwołanie podnoszą, że Sąd postawił niewłaściwe i zbyt surowe wymagania odnośnie do uzasadnień decyzji zatwierdzających Komisji w zakresie kontroli koncentracji.

94. Przede wszystkim należy wyjaśnić, czy w ogóle można stwierdzić nieważność decyzji

⁵⁷ — Komisja zgodnie ze swoją odpowiedzią na odwołanie popiera zarzut pierwszy i drugi, jak również pierwszą część zarzutu trzeciego.

⁵⁸ — W zarzucie szóstym zarzuca się, iż odniesienia Sądu do pisma przedstawiającego zarzuty naruszają prawo (część druga zarzutu szóstego), zbadam go później w związku z zarzutem pierwszym (zob. pkt 145–183 niniejszej opinii). Wymogi co do treści zawarte w zarzucie szóstym dotyczą decyzji zatwierdzającej (część czwarta zarzutu szóstego), zarzut ten zachodzi na zarzut trzeci i będzie sprawdzany w powiązaniu z nim (pkt 201–232 lub 233–268 niniejszej opinii).

zatwierdzających Komisji z powodu niedostatecznego uzasadnienia. W przypadku odpowiedzi twierdzącej należy ustalić zakres obowiązku uzasadnienia, a także ustalić, czy Sąd w niniejszym przypadku popełnił błąd prawny w tym zakresie.

przez niezależnych audytorów, lecz także skłaniać instytucje do kontroli wewnętrznej i uchronić przed nieprzemyślanymi lub słabo przemyślanymi krokami. Uzasadnianie decyzji przyczynia się do otwartości działań administracji⁶⁰.

a) Zaskarżalność decyzji zatwierdzających z powodu braków w uzasadnieniu

95. Wnoszący odwołanie twierdzą, że nie można w zakresie kontroli koncentracji stwierdzić nieważności decyzji zatwierdzającej Komisji z powodu braków w uzasadnieniu.

96. Nie jestem przekonana co do zasadności niniejszych twierdzeń.

97. Zgodnie z art. 253 WE decyzje Komisji są uzasadniane. Niniejszy obowiązek uzasadniania wypływa z zasady państwa prawa i znalazł także wyraz w związku z prawem do dobrej administracji na podstawie art. 41 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁵⁹. Powinien on umożliwiać nie tylko kontrolę działań instytucji przeprowadzaną

98. Obowiązek uzasadniania nie ogranicza się w żadnym razie do decyzji niekorzystnych dla ich adresatów. Zasady państwa prawa i dobrej administracji nakazują uzasadnianie również decyzji przysparzających. Znajduje to tym bardziej zastosowanie, jeśli decyzja może mieć negatywny wpływ na prawa i interesy osób trzecich, a w szczególności na gruncie prawa konkurencji. Dlatego też ani art. 253 WE, ani tiret trzecie art. 41 akapit 2 Karty Praw Podstawowych nie rozróżniają między decyzjami przyznającymi swoim adresatom uprawnienie a decyzjami, które wywołują negatywne dla nich skutki. Szczególnie w przypadku kontroli koncentracji oznacza to, iż decyzje zezwalające Komisji należy tak samo uzasadniać jak i decyzje zakazujące.

99. Po spełnieniu przesłanek określonych w art. 230 WE można przed sądem wspólnotowym, między innymi w formie skargi o stwierdzenie nieważności, podnieść — jako naruszenie istotnego wymogu proceduralnego — uchybienie obowiązkowi uzasadnienia.

59 — Dz.U. 2000, C 364, s. 1. Karta Praw Podstawowych nie wywołuje jeszcze porównywalnych z prawem pierwotnym wiążących skutków prawnych, lecz udziela ona wiedzy jako źródło wiedzy o prawie informacji o zagwarantowanych przez porządek prawa wspólnotowego prawach podstawowych; zob. w tym zakresie także wyrok z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie C-540/03 Parlament przeciwko Radzie „łączenie rodzin”, Zb.Orz. s. I-5769, pkt 38 i pkt 108 mojej opinii z dnia 8 września 2005 r. w tej sprawie, a ponadto wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 37.

60 — W przedmiocie zasady otwartości zob. także art. 1 akapit 2 TUE, zgodnie z którym w Unii Europejskiej „decyzje podejmowane są z możliwie najwyższym poszanowaniem zasady otwartości”.

100. Artykuł 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, na który w niniejszej sprawie powołują się wnoszący odwołanie, nie zawiera wyjątku odnośnie do zaskarżalności decyzji z powodu naruszenia obowiązku uzasadniania. Już z hierarchii norm wynika, że regulacje prawa wtórnego nie mogą ograniczać zakresu prawa pierwotnego, do którego zaliczają się również art. 230 WE i art. 253 WE. Przeciwnie, art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji należy interpretować i stosować w świetle prawa wyższego rangą, w szczególności w świetle art. 230 WE i art. 253 WE⁶¹.

101. Wprowadzenie wyjątku od obowiązku uzasadniania lub całkowite „uwolnienie” decyzji zatwierdzających Komisji od zarzutu braku uzasadnienia nie odpowiada ani brzmieniu, ani też celom i zakresowi art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji.

102. Artykuł 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji wprowadza jedynie *fikcję zezwolenia*, w przypadku gdy Komisja nie rozstrzygnie w terminie w przedmiocie zgodności zgłoszonej jej koncentracji ze wspólnym rynkiem⁶². Przepis ten nie uwalnia zatem Komisji

od jej prawnego obowiązku⁶³ wyraźnego rozstrzygnięcia w drodze uzasadnionej decyzji w przedmiocie wszystkich zgłoszonych jej koncentracji⁶⁴. Przeciwnie, przepis przewiduje środki zaradcze w przypadku, gdyby Komisja wyjątkowo nie spełniła tego obowiązku w terminie.

103. Niewątpliwie art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji jest oprócz tego wyrazem charakterystycznego dla całego postępowania w sprawie kontroli koncentracji wymogu szybkiego działania. Przepis ten wraz z uregulowanymi w nim ścisłymi terminami procesowymi przyczynia się do możliwie szybkiego zapewnienia pewności prawa, co stanowi korzyść nie tylko dla przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, lecz również dla rynków w ogólności.

104. Zgodna z prawem potrzeba pewności prawa nie może być jednak tak daleko posunięta, iż decyzja w sprawie koncentracji całkowicie lub częściowo nie będzie poddana kontroli sądowej. Dopiero w przypadku uchybienia terminowi na wniesienie skargi na mocy art. 230 ust. 5 WE lub gdy złożona skarga o stwierdzenie nieważności nie przyniesie rezultatu, decyzja zezwalająca na koncentrację staje się ostateczna i ostatecznie zapewnia pewność prawa w stosunku do wszystkich zainteresowanych.

61 — Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wspólnotowy akt prawa pochodnego należy interpretować, na ile jest to możliwe, w zgodzie z postanowieniami traktatu WE i ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego; zob. wyroki: z dnia 25 listopada 1986 r. w sprawach połączonych 201/85 i 202/85 Klensch i in., Rec. s. 3477, pkt 21; z dnia 27 stycznia 1994 r. w sprawie C-98/91 Herbrink, Rec. s. I-223, pkt 9; z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie C-1/02 Borgmann, Rec. s. I-3219, pkt 30 i z dnia 4 października 2007 r. w sprawie C-457/05 Schutzverband der Spirituosen-Industrie, Zb.Orz. s. I-8075, pkt 22.

62 — Obowiązuje wówczas *domniemanie* zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem (w przedmiocie pojęcia domniemania zob. również art. 7 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

63 — Obowiązek ten w przypadku etapu wstępnego wynika z art. 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, a w przypadku formalnego postępowania kontrolnego z art. 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji.

64 — Komisja jest zwolniona z tego obowiązku jedynie o tyle, o ile skieruje koncentrację zgodnie z art. 9 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji do krajowych władz dotyczących konkurencji, poza tym w przypadku wycofania zgłoszenia z powodu rezygnacji z zamiaru koncentracji.

105. Wbrew twierdzeniom wnoszących odwołanie, art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji nie traci w żaden sposób swojej skuteczności (*effet utile*) tylko dlatego, że kontroli sądowej podlega — wyraźna lub dorozumiana — decyzja w sprawie kontroli koncentracji. Grożąca w przypadku przekroczenia terminu fikcja zezwolenia („efekt gilotyny”) w każdym postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji ma natomiast niemożliwy do przecenienia dyscyplinujący wpływ na Komisję jako instytucję kontroli koncentracji⁶⁵. Poza tym zainteresowane przedsiębiorstwa same decydują o przeprowadzeniu koncentracji, gdy tylko Komisja zezwoli na koncentrację lub w przypadku wystąpienia fikcji zezwolenia⁶⁶; z tej możliwości skorzystali również wnoszący odwołanie, jak sami wskazali.

b) Zakres obowiązku uzasadnienia

107. Wnoszący odwołanie twierdzą ponadto, że w niniejszym przypadku Sąd niesłusznie wyszedł z założenia niedostatecznego uzasadnienia pierwszej decyzji zatwierdzającej. Sąd popadł tym samym w sprzeczność z utrwalonym orzecznictwem sądów wspólnotowych.

108. W istocie spór toczy się wokół pytania, jak szczegółowo musiała Komisja uzasadnić w pierwszej decyzji zatwierdzającej swoje stwierdzenie, że rynek nie jest na tyle przejrzysty, aby umożliwić koordynowanie cen⁶⁷.

106. Dochodzę zatem do wniosku, że można stwierdzić nieważność zezwolenia na koncentrację z powodu naruszenia obowiązku uzasadnienia, i to bez względu na to, czy udzielone ono zostało w sposób wyraźny, czy dorozumiany.

109. Niniejsze stwierdzenie było decydujące dla stwierdzenia przez Komisję, iż nie ma wystarczających podstaw do przyjęcia zbiorowej pozycji dominującej pięciu głównych koncernów na różnych krajowych rynkach nagrań muzycznych, a koncentracja prawdopodobnie również nie mogłaby prowadzić do stworzenia takiej zbiorowej pozycji dominującej⁶⁸. Zezwolenie na koncentrację nie opiera się ostatecznie na tym stwierdzeniu.

65 — O ile wiadomo, pierwszy raz w wieloletniej historii europejskiej kontroli koncentracji Komisja, na skutek błędu rachunkowego, uchybiła terminowi procesowemu [sprawa IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann; zob. w tym zakresie U. Von Koppenfels, w: *EU Competition Law*, vol. II — *Mergers and Acquisitions*, G. Drauz, C. Jones (red.), Leuven 2006, pkt 6.27].

66 — Ewentualne skargi o stwierdzenie nieważności złożone przez osoby trzecie nie mają zgodnie z art. 242 zdanie 1 WE skutku zawieszającego.

67 — Zobacz w tym zakresie pkt 278–325, w szczególności 287, 325 zaskarżonego wyroku.

68 — Motywy 153, 158, 183 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

— Zaskarżony wyrok

110. W zaskarżonym wyroku Sąd ponownie zbadał różne części pierwszej decyzji zatwierdzającej, by ocenić, czy zawierają one dostateczne uzasadnienie dla stwierdzenia ograniczonej przejrzystości rynku; w odniesieniu do każdej z tych części udzielił odpowiedzi przeczącej.

111. W pierwszej kolejności Sąd zbadał część pierwszej decyzji zatwierdzającej w szczególności poświęconą przejrzystości rynku⁶⁹ i stwierdził, że Komisja „nie doszła w niej do wniosku, iż rynek był nieprzejrzysty lub niewystarczająco przejrzysty, aby umożliwić zbiorową pozycję dominującą”. Należy też zaznaczyć, że Komisja w niniejszej części wymienia „jedynie czynniki zdolne zapewnić dużą przejrzystość rynku i ułatwić kontrolę przestrzegania zasad zмовy, z jednym wyjątkiem stwierdzenia — o dość zresztą ograniczonym zakresie i niepopartego dowodami — że rabaty promocyjne mogły ograniczać przejrzystość oraz utrudniać milczące porozumienia”. Należy zatem uznać, że ta część pierwszej decyzji zatwierdzającej „w oczywisty sposób nie może sama w sobie zostać uznana za wystarczające z punktu widzenia uzasadnienie wniosku, iż rynek nie był dostatecznie przejrzysty”⁷⁰.

112. W dalszej kolejności Sąd zajął się analizą wywodów Komisji dotyczących

ewentualnej „wspólnej polityki cenowej”⁷¹ pomiędzy pięcioma głównymi koncernami⁷² i ponownie je zbadał w celu odnalezienia w nich wskazówek, które umożliwiłyby wyjaśnienie zarzucanego braku przejrzystości rynku⁷³. Przeanalizował przy tym zarówno dane Komisji dotyczące cen katalogowych, jak również dotyczące rabatów (zwykłych i promocyjnych). Odnośnie do powyższego Sąd stwierdził z jednej strony, że „według brzmienia samej decyzji, ceny katalogowe [...] stanowiły czynnik przejrzystości rynku”⁷⁴. Z drugiej strony „kilka stwierdzeń dotyczących rabatów promocyjnych [...] ze względu na fakt, iż są one ogólnikowe, niepoparte dowodami, a więc sprzeczne z innymi ustaleniami figurującymi w decyzji, nie jest w stanie wykazać nieprzejrzystości rynku ani nawet nieprzejrzystości rabatów promocyjnych”⁷⁵. Wreszcie „dział dotyczący mniejszych krajów również nie zawiera uzasadnienia dla stwierdzenia, że rynek nie był przejrzysty z powodu rabatów promocyjnych”⁷⁶.

113. W odniesieniu w szczególności do wskazywanych przez Komisję rabatów promocyjnych Sąd nie zauważył konkretnych wskazówek w pierwszej decyzji zatwier-

69 — Motywy 111–113 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

70 — Punkt 294 zaskarżonego wyroku.

71 — Niemieckie tłumaczenie motywu 69 pierwszej decyzji zatwierdzającej jest w tym zakresie niedokładne, gdyż do wyrażenia „common price policy” użyto sformułowania „uzgodnienia cenowe”.

72 — Niniejsze wywody Komisji w swej istocie znajdują się w motywach 74–80 pierwszej decyzji zatwierdzającej; Sąd sprawdza przekazane tam dane odnośnie do sytuacji w Zjednoczonym Królestwie, zastępując uzasadnienie decyzji w pozostałej części.

73 — Punkty 295–324 zaskarżonego wyroku.

74 — Punkt 303 zaskarżonego wyroku.

75 — Punkt 320 zaskarżonego wyroku.

76 — Punkt 324 zaskarżonego wyroku.

dzającej, w szczególności „dotyczących charakteru rabatów promocyjnych; okoliczności, w jakich mogą być stosowane, stopnia ich nieprzejrzystości, ich rozpiętości albo wpływu na przejrzystość cen”⁷⁷. Jak ponadto stwierdził Sąd, „[twierdzenia Komisji na temat rabatów promocyjnych w większych krajach] 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 przeważać wszystkie pozostałe czynniki przejrzystości rynku wymienione w decyzji oraz wyeliminować przejrzystość niezbędną do istnienia zbiorowej pozycji dominującej”⁷⁸.

— Ocena

114. Do zadań Trybunału w ramach postępowania odwoławczego nie należy zastępowanie oceny pierwszej decyzji zatwierdzającej dokonanej przez Sąd swoją własną oceną. Z tego powodu Trybunał nie ma obowiązku badać decyzji zatwierdzającej i oceniać, czy jej uzasadnienie było wystarczające. Trybunał ma natomiast obowiązek rozstrzygnąć, czy w zaskarżonym wyroku Sąd podczas badania uzasadnienia decyzji zatwierdzającej naruszył prawo, a w szczególności, czy Sąd oparł swoje badanie na trafnych, czy też na nadmiernie surowych kryteriach.

77 — Punkt 289 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

78 — Punkt 320 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

115. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem uzasadnienie, jakiego wymaga art. 253 WE, powinno być dostosowane do charakteru aktu i przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt, pozwalając zainteresowanym poznać podstawy podjętej decyzji, a właściwemu sądowi dokonać jej kontroli⁷⁹.

116. 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. Nie ma wymogu, by uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne elementy faktyczne i prawne, ponieważ ocena, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi art. 253 WE, winna opierać się nie tylko na jego brzmieniu, ale także uwzględniać okoliczności jego wydania, jak również całość przepisów prawa z danej dziedziny⁸⁰.

117. Do szczególnych okoliczności postępowania w sprawie kontroli koncentracji zalicza się presję czasu, której poddana jest

79 — Zobacz jedynie wyroki: z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. s. I-1719, pkt 63; z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawach połączonych C-138/03, C-324/03 i C-431/03 Włochy przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10043, pkt 54 i ww. w przypisie 34 wyrok w sprawie Sison przeciwko Radzie, pkt 80.

80 — Wyżej wymieniony w przypisie 79 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 63; ww. w przypisie 79 wyrok w sprawie Włochy przeciwko Komisji, pkt 55 oraz ww. w przypisie 34 wyrok w sprawie Sison przeciwko Radzie, pkt 80.

Komisja z powodu obowiązującego w jego ramach wymogu szybkiego działania oraz ścisłych terminów procesowych⁸¹. Również Komisja podczas uzasadniania swoich decyzji w prawie konkurencji jest zorientowana na stopień trudności danego przypadku i wychodzi przy tym od stopnia wiedzy rozsądnego uczestnika obrotu gospodarczego, który jest obeznany ze stosunkami panującymi na rynku⁸²; powyższe stwierdzenie obowiązuje tym bardziej w przypadku, gdy obejmuje prawa lub interesy podmiotów działających na rynku, które — jak w niniejszym przypadku Impala — samodzielnie uczestniczyły w postępowaniu⁸³. Wnoszący odwołanie słusznie wskazali te dwa aspekty.

118. Dlatego też z pewnością nie można wymagać, by Komisja w swojej decyzji w sprawie zgłoszonej jej koncentracji odnosiła się również do kwestii, które w oczywisty sposób nie dotyczą sprawy lub nie mają znaczenia, bądź mają znaczenie drugoplanowe⁸⁴. Kwestie powszechnie znane nie muszą być szczególnie rozważane w decyzji. Poza tym Komisja nie musi swojej decyzji uzasadniać dokładniej niż jest to odpowiednie z uwagi na stopień trudności danego przypadku i wydaje się być konieczne

z punktu widzenia uczestnika obrotu gospodarczego, obeznanego ze stosunkami panującymi na rynku.

119. W każdym razie uzasadnienie zawsze musi pozwalać na zrozumienie względów faktycznych i prawnych stanowiących podstawę danej decyzji⁸⁵. Dlatego też uzasadnienie nie może być tak krótkie, że naruszy to jego jasność i zasadność⁸⁶. Następnie musi ono być logiczne⁸⁷, a ponadto nie może wykazywać wewnętrznych sprzeczności⁸⁸.

120. W niniejszym przypadku Sąd jednak nie sporządził takiego właśnie logicznego, zrozumiałego i wolnego od sprzeczności uzasadnienia.

121. Zasadniczo Sąd krytykuje w niniejszej sprawie dysproporcję uzasadnienia pierwszej decyzji zatwierdzającej, która zawiera wiele punktów odniesienia przemawiających za istnieniem przejrzystości rynku i również dokładnie je objaśnia⁸⁹, a odnośnie do czynnika rabatów promocyjnych, przemawiają-

81 — W przedmiocie wpływu warunków czasowych, w których wydawana jest decyzja, na obowiązek uzasadnienia zob. wyroki: z dnia 1 grudnia 1965 r. w sprawie 16/65 Schwarze, Rec. s. 1081, 1167; z dnia 14 lutego 1990 r. w sprawie C-350/88 Delacre i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-395, pkt 16 i ww. w przypisie 22 w sprawie Verband der freien Rohrwerke i in. przeciwko Komisji, pkt 186.

82 — Podobnie wyroki: z dnia 28 października 1981 r. w sprawach połączonych 275/80 i 24/81 Krupp Stahl przeciwko Komisji, Rec. s. 2489, pkt 13 i — w zakresie polityki medialnej — wyrok z dnia 19 lutego 1998 r. w sprawach połączonych T-369/94 i T-85/95 DIR International Film i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-357, pkt 119–121.

83 — Wyroki: z dnia 7 kwietnia 1987 r. w sprawie 32/86 SISMA przeciwko Komisji, Rec. s. 1645, pkt 9 i z dnia 22 października 1996 r. w sprawie T-266/94 Skibsverftsforeningen i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1399, pkt 239.

84 — Wyżej wymieniony w przypisie 79 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 64, ostatnie zdanie; zob. także wyrok z dnia 25 października 2005 r. w sprawach połączonych C-465/02 i C-466/02 Niemcy i Dania przeciwko Komisji, „Feta”, Zb.Orz. s. I-9115, pkt 106 i ww. w przypisie 22 wyrok w sprawie Verband der freien Rohrwerke i in. przeciwko Komisji pkt 186, ostatnie zdanie.

85 — Wyroki: z dnia 21 marca 1955 r. w sprawie 6/54 Niderlandy przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. s. 201, 215, 232; z dnia 4 lipca 1963 r. w sprawie 24/62 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. s. 131, 143, 155; z dnia 15 lipca 1970 r. w sprawie 41/69 ACF Chemiefarma przeciwko Komisji, Rec. s. 661, pkt 78 i z dnia 21 marca 2001 r. w sprawie T-206/99 Métropole télévision przeciwko Komisji, Rec. s. II-1057, pkt 44, ostatnie zdanie.

86 — Wyżej wymieniony w przypisie 85 wyrok w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, pkt 143.

87 — Wyżej wymieniony w przypisie 85 wyrok ACF Chemiefarma przeciwko Komisji, pkt 78.

88 — Wyżej wymieniony w przypisie 85 wyrok w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, s. 144 i wyrok z dnia 7 lipca 1981 r. w sprawie 158/80 Rewe, Rec. s. 1805, pkt 26.

89 — Zobacz pkt 294, 303, 319, 320, drugie zdanie, 321, ostatnie zdanie zaskarżonego wyroku.

cych prawdopodobnie *przeciwko* wystarczającej przejrzystości rynku, zawiera jedynie ogólnikowe stwierdzenia⁹⁰. Nie wyjaśniono przy tym, dlaczego rabaty promocyjne są istotne dla przejrzystości rynku, i nie sposób zrozumieć, dlaczego rabaty promocyjne mogłyby same przeważać wszystkie pozostałe czynniki przejrzystości rynku wymienione w decyzji oraz wyeliminować przejrzystość niezbędną do istnienia zbiorowej pozycji dominującej⁹¹. Poza tym Sąd wskazuje na wewnętrzne sprzeczności w uzasadnieniu decyzji⁹².

122. Zgadzam się ze zdaniem Sądu, iż Komisja nie może w decyzji, w której najpierw szczegółowo opisała wiele wskazówek przemawiających *za* istnieniem przejrzystości rynku, bez dokładniejszego uzasadnienia zakładać istnienia niewystarczającej przejrzystości rynku. Jeśli istnieje tylko jeden jedyny istotny czynnik — w niniejszym przypadku: rabaty promocyjne — który przemawia *przeciwko* istnieniu wystarczającej przejrzystości rynku oraz *przeciwko* stwierdzeniu zbiorowej pozycji dominującej, to tym bardziej dokładnie należy uzasadnić, jak niniejszy czynnik oddziałuje na rynek i w jakim zakresie właśnie ten czynnik mógłby przeważać wszystkie inne czynniki przemawiające na korzyść przejrzystości rynku.

123. W szczególności nie wystarczy wyjaśnić, że określony czynnik *powoduje* lub *mógłby powodować* mniejszą przejrzystość rynku; przeciwnie, należy przynajmniej wyjaśnić, dlaczego właśnie ten czynnik czyni rynek tak nieprzejrzystym, że nie można stwierdzić zbiorowej pozycji dominującej. W przeciwnym wypadku motywów decyzji nie byłyby logiczne i zrozumiałe. Sąd w swoim zaskarżonym wyroku⁹³ słusznie wskazał właśnie na powyższe.

124. Upraszczając, w decyzji w sprawie kontroli koncentracji, której obszerne fragmenty czyta się jak decyzję zakazującą, niezbędne jest — również dla rozsądnych czytelników, obeznanych ze stosunkami panującymi na rynku — wystarczająco dokładne przedstawienie tych wywodów, na podstawie których w końcu sytuacja się zmienia.

125. Stwierdzone przez Sąd braki w uzasadnieniu mają tym istotniejsze znaczenie, że sporne między uczestnikami postępowania zagadnienie przejrzystości rynku nie było marginalne, lecz miało decydujące znaczenie dla zakończenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji⁹⁴. Twierdzenie Komisji, iż rynek nie był wystarczająco przejrzysty, aby pozwać na koordynowanie cen, znalazło się bowiem w centrum jej wywodów odnośnie do jej pierwszej decyzji zatwierdza-

90 — Punkt 289 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

91 — Punkt 320 zaskarżonego wyroku, drugie zdanie; podobnie pkt 289 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

92 — Punkt 320 zaskarżonego wyroku, pierwsze zdanie.

93 — Zobacz ponownie w szczególności pkt 289, 294 i 320, w każdym ostatnie zdanie, zaskarżonego wyroku.

94 — To odróżnia niniejszą sprawę od sprawy *Kaysersberg przeciwko Komisji* (wyrok przywołany w przypisie 8, pkt 159 i 160), w której, zdaniem Sądu, kwestionowany brak w uzasadnieniu odnosił się do podstawowej części decyzji Komisji.

jącej⁹⁵. Sąd w tym punkcie słusznie postawił zatem wysokie wymagania w stosunku do uzasadnienia pierwszej decyzji zatwierdzającej i poddał to uzasadnienie intensywnemu badaniu.

126. Wysokie wymagania były w niniejszym przypadku również dlatego usprawiedliwione, że w odniesieniu do przejrzystości rynku wymagano od Komisji oceny złożonych, ekonomicznych związków, w której przysługuje jej — jak zwykle w przypadku kontroli koncentracji — nieopozbawiony znaczenia zakres swobodnego uznania⁹⁶. Jeśli jednak Komisja dysponuje tego rodzaju zakresem swobodnego uznania, uwzględnienie gwarancji, przyznawanych przez prawo wspólnotowe w postępowaniu administracyjnym, zyskuje tym większe znaczenie. Do tych gwarancji zalicza się w szczególności obowiązek wystarczającego uzasadnienia swojej decyzji⁹⁷.

127. Gdy Komisja w ramach swojego zakresu swobodnego uznania uwzględnia czynniki,

które mają wpływ na sposób funkcjonowania rynku, ma ona obowiązek nie tylko określić te czynniki w swojej decyzji, lecz również wskazać ich skutki⁹⁸.

128. Niniejsze przemyślenia można niewątpliwie odnieść również do prawa konkurencji i kontroli koncentracji: jeśli Komisja przypisuje, w ramach swojej oceny koncentracji z zakresu prawa konkurencji, szczególne znaczenie określonym czynnikom istotnym dla rynku, w swojej decyzji musi ona nie tylko wskazać te czynniki, lecz również w wystarczająco dokładny sposób opisać ich skutki odnośnie do funkcjonowania danych rynków.

129. W przypadku gdy wszystkie inne czynniki wskazują na przejrzystość rynku, czynnik decydujący z punktu widzenia Komisji, przemawiający *przeciwko* wystarczającej przejrzystości rynku, nie może być jedynie przelotnie wspomniany. Jak słusznie podkreśla Sąd, Komisja musi natomiast w swojej decyzji poprzeć skutki tych czynników konkretnymi wskazówkami⁹⁹; nie może się ona skupiać jedynie na niepewnie sformułowanym przypuszczeniu, że „dany czynnik *mógłby* czynić rynek mniej przejrzystym i utrudniać milczące porozumienia”¹⁰⁰, ani też na zwykłym domniemaniu, że „rabaty

95 — Zobacz w tym zakresie pkt 286, 289 zaskarżonego wyroku, według których — również według tezy wyrażonej przez Komisję w postępowaniu w pierwszej instancji — „przejrzystość stanowi w tej sprawie zasadniczy, a wręcz jedyny argument, na którym opiera twierdzenie, iż zbiorowa pozycja dominująca nie występuje na rynkach nagrań muzycznych” (pkt 289).

96 — Wyżej wymieniony w przypisie 16 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 223 i wyrok z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb.Orz. s. I-987, pkt 38; zob. ponadto ww. w przypisie 16 wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie Gencor przeciwko Komisji, pkt 246 i wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-5575, pkt 60.

97 — Wyroki: z dnia 21 listopada 1991 r. w sprawie C-269/90 Technische Universität München, Rec. s. I-5469, pkt 14; z dnia 7 maja 1992 r. w sprawach połączonych C-258/90 i C-259/90 Pesqueras De Bermeo i Naviera Laida przeciwko Komisji, Rec. s. I-2901, pkt 26; z dnia 22 listopada 2007 r. w sprawie C-525/04 P Hiszpania przeciwko Lenzing, Zb.Orz. s. I-9947, pkt 58. Zobacz ponadto już wyrok z dnia 15 lipca 1960 r. w sprawach połączonych od 36/59 do 40/59 Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft i in. przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. s. 857 i 891.

98 — Podobnie na przykładzie przypadku z zakresu polityki rolnej wyrok z dnia 7 kwietnia 1992 r. w sprawie C-358/90 Compagnia italiana alcool przeciwko Komisji, Rec. s. I-2457, pkt 42.

99 — Punkt 289 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

100 — Zobacz w tym zakresie motyw 111 pierwszej decyzji zatwierdzającej, przywołany w pkt 289 zaskarżonego wyroku (podkreślenie własne).

promocyjne są mniej przejrzyste niż zwykłe rabaty”¹⁰¹.

130. Dlatego też Sąd słusznie wskazał, iż Komisja nie może w stosunku do rozstrzygających dla jej decyzji czynników ograniczać się jedynie do „ogólnikowych stwierdzeń”¹⁰², które są stwierdzeniami „niepopartymi dowodami”, „o ograniczonym zakresie”¹⁰³ i są one sprzeczne¹⁰⁴.

131. W tym kontekście jestem zdania, że Sąd, stwierdzając niewystarczający charakter uzasadnienia pierwszej decyzji zatwierdzającej w odniesieniu do twierdzeń Komisji w przedmiocie (braku) przejrzystości rynku, nie naruszył prawa¹⁰⁵.

c) Pozostałe względy

132. Jedynie dla uzupełnienia rozważę poniżej niektóre z kolejnych argumentów podniesionych przez wnoszących odwołanie w ramach zarzutu szóstego.

101 — Zobacz w tym zakresie motyw 80 pierwszej decyzji zatwierdzającej, przywołany w pkt 315 i 316 zaskarżonego wyroku (podkreślenie własne).

102 — Punkt 289 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie.

103 — Punkt 294 zaskarżonego wyroku.

104 — Punkt 320 zaskarżonego wyroku.

105 — Punkt 325 zaskarżonego wyroku.

133. Po pierwsze, wnoszący odwołanie twierdzą, iż w stosunku do uzasadnienia decyzji zatwierdzającej należy stawiać niższe wymagania niż w stosunku do decyzji zakazującej, ponieważ osoba trzecia ze względu na swoją słabszą pozycję w postępowaniu nie może oczekiwać takiego samego stopnia dokładności uzasadnienia jak strony uczestniczące w koncentracji w przypadku jej zakazu.

134. Niniejszy argument nie jest zasadny. Ani art. 253 WE, ani art. 41 akapit 2 tiret trzecie Karty Praw Podstawowych nie różnicują wymogów uzasadnień decyzji przyznających swoim adresatom uprawnienie i decyzji, które wywierają na nich negatywny wpływ.

135. W każdym razie w przypadku gdy osoba trzecia zostanie włączona do postępowania w sprawie kontroli koncentracji i formalnie wysłuchana przez Komisję — jak w niniejszej sprawie Impala — obowiązek uzasadnienia służy wówczas również ochronie praw i interesów tego podmiotu. Osoba trzecia może wówczas oczekiwać przynajmniej logicznego, zrozumiałego i wolnego od sprzeczności uzasadnienia w odniesieniu do istotnych faktycznych i prawnych rozważań Komisji dotyczących decyzji zatwierdzającej. Właśnie te wymogi minimalne są przedmiotem niniejszej sprawy¹⁰⁶.

106 — Zobacz wyżej, pkt 119 i następane niniejszej opinii.

136. Nie ulega wątpliwości, że pozycja procesowa osoby trzeciej podczas kontroli koncentracji w *odniesieniu do jej wysłuchania* jest mniej wyrazista niż sytuacja uczestników koncentracji¹⁰⁷. Nie można z tego jednak wywodzić, że osoba trzecia w *odniesieniu do podnoszenia zarzutu braków w uzasadnieniu* także poddana jest ograniczeniom. Jeżeli dany podmiot jako osoba trzecia i z powodu faktu, że dana decyzja dotyczy go bezpośrednio i indywidualnie, może pokonać przeszkodę, jaką jest posiadanie interesu prawnego, ten sam podmiot może wnieść skargę na tym samych warunkach jak każdy inny skarżący (art. 230 akapit 4 WE); może podnosić te same co inni zarzuty nieważności, włącznie z brakiem w uzasadnieniu.

137. Po drugie, wnoszący odwołanie podnoszą, że zarówno Impala, jak i Sąd mogli w niniejszym przypadku bez problemów zrozumieć przyczyny pierwszej decyzji zatwierdzającej. Wywodzą oni z tego, iż wspomniana decyzja została w wystarczający sposób uzasadniona.

138. Niniejszy argument jest także nietrafny. Z pewnością fakt, że skarżący mógł we właściwy sposób podnieść przed Sądem swoje pozostałe zarzuty, może być bowiem pierwszą wskazówką wystarczającego uzasadnienia¹⁰⁸. Nie można jednak widzieć w tym nic więcej niż tylko wzruszalne domniemanie.

107 — Wyżej wymieniony w przypisie 8 wyrok w sprawie Kaysersberg przeciwko Komisji, pkt 105.

108 — Podobnie wyrok z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-342/03 Hiszpania przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-1975, pkt 59 i ww. w przypisie 8 wyrok w sprawie Kaysersberg przeciwko Komisji, pkt 160.

139. Kwestia, czy uzasadnienie ostatecznie odpowiada wymogom prawnym z art. 253 WE, zależy od obiektywnych kryteriów, do których należą w szczególności logika, możliwość zrozumienia i brak sprzeczności istotnych rozważań faktycznych i prawnych¹⁰⁹. Jeżeli — jak w niniejszym przypadku — istotny punkt uzasadnienia nie jest logiczny, zrozumiały lub jest sprzeczny, należy wówczas stwierdzić nieważność danej decyzji, nawet gdy ochrona prawna skarżącego w odniesieniu do jego pozostałych zarzutów nie została naruszona. W przeciwnym razie byłoby dla skarżącego praktycznie niemożliwe skuteczne powołanie się w skardze o stwierdzenie nieważności na brak uzasadnienia obok innych zarzutów skargi.

140. W przeciwieństwie do twierzeń wnoszących odwołanie, nie jest wewnętrznie sprzeczne to, że Sąd w niniejszym przypadku jednocześnie stwierdził brak w uzasadnieniu i oczywisty błąd w ocenie popełniony przez Komisję. Decyzja Komisji może być dotknięta zarówno formalnymi, jak i materialnoprawnymi brakami. Fakt, iż uzasadnienie decyzji jest wadliwe — przykładowo z powodu braku logiki — nie wyklucza, by ta sama decyzja była ponadto wadliwa rzeczowo.

141. Po trzecie wnoszący odwołanie utrzymują, że przy ustalaniu wymogów uzasadnienia decyzji w sprawie kontroli koncentracji należy mieć na uwadze poufność wrażliwych informacji handlowych przedsiębiorstwa. Zdaniem wnoszących odwołanie, z tego powodu Sąd naruszył prawo,

109 — Zobacz wyżej, pkt 119 niniejszej opinii.

wymagając od Komisji w pkt 411 zaskarżonego wyroku opublikowania szczegółów dotyczących polityki cenowej i rabatowej innych dużych koncernów.

142. Również niniejszy argument nie jest przekonujący. Opiera się on w widoczny sposób na błędnej interpretacji pkt 411 zaskarżonego wyroku. Sąd bowiem wcale nie zażądał w nim od Komisji, by ujawniła tajemnice handlowe poszczególnych uczestników rynku. Odrzucił on jedynie — i to trafnie — argument Komisji, że określone liczby, ze względu na ich poufny charakter, w ogóle nie mogły zostać przytoczone w pierwszej decyzji zatwierdzającej. Zobowiązanie do zachowania tajemnicy zawodowej (art. 287 WE) nie może być bowiem interpretowane tak szeroko, że podważa przez to wymóg uzasadnienia decyzji¹¹⁰.

143. O ile dane liczbowe zawierają tajemnice handlowe, odpowiada to zwyczajowo stosowanej przez Komisję praktyce w dziedzinie konkurencji polegającej na zastępowaniu w swoich decyzjach liczb widełkami wartości lub na podsumowaniu bądź opisanu w inny sposób. Sąd słusznie wskazuje na to¹¹¹, iż Komisja w innych punktach swojej pierwszej decyzji zatwierdzającej zawarła jednak dane liczbowe dotyczące polityki cenowej poszczególnych uczestników rynku¹¹².

110 — Wyrok z dnia 13 marca 1985 r. w sprawach połączonych 296/82 i 318/82 *Niderlandy i in. przeciwko Komisji*, Rec. s. 809, pkt 27.

111 — Punkt 413 zaskarżonego wyroku.

112 — Zobacz w tym zakresie motywy 74, 81, 88, 95 i 102 decyzji zatwierdzającej.

d) Wniosek wstępny

144. W konsekwencji Sąd nie popełnił żadnego błędu co do prawa, dochodząc w pkt 325–542 zaskarżonego wyroku do wniosku, że pierwsza decyzja zatwierdzająca była uzasadniona w niewystarczającym stopniu i z tego powodu należało stwierdzić jej nieważność. Pierwsza i trzecia część zarzutu szóstego jest zatem bezzasadna.

2. W przedmiocie odniesień Sądu dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (zarzut pierwszy i druga część zarzutu szóstego)

145. W zarzucie pierwszym i drugiej części zarzutu szóstego wnoszący odwołanie podnoszą, że Sąd niesłusznie uczynił pismo w sprawie przedstawienia zarzutów miarą dla sądowej kontroli pierwszej decyzji zatwierdzającej i niesłusznie żądał od Komisji uzasadnienia w swej decyzji ewentualnych odstępstw od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

146. Zaskarżony wyrok bezspornie zawiera liczne odniesienia dotyczące pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. W konsekwencji w pierwszej kolejności zajmę się ogólnie sposobem rozumienia przez Sąd stosunku pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów, a następnie bliżej zbadam konkretne odniesienia Sądu dotyczące poszczególnych

fragmentów pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

a) W przedmiocie ogólnego rozumienia przez Sąd stosunku pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów

147. Wnoszący odwołanie popierani przez Komisję ogólnie kwestionują wywody Sądu w przedmiocie stosunku pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów. Ich zdaniem, Sąd błędnie ocenił charakter i rolę pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, co miało wpływ na pozostałą część wyroku.

— Zaskarżony wyrok

148. W związku z rozpatrywaniem zarzutu braków w uzasadnieniu Sąd w ramach uwagi wstępnej przypomniał, że Komisja w piśmie w sprawie zarzutów „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”¹¹³.

113 — Punkt 282 zaskarżonego wyroku.

149. Wydane ostatnio zezwolenia na koncentrację Sąd określa jako „radykalną zmianę stanowiska Komisji”, która „może wydawać się dziwna, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, jak późno nastąpiła”¹¹⁴; poza tym wskazano na konieczność dotrzymania nieprzekraczalnych terminów w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji, co zdaniem Sądu „nie pozwala [Komisji] na przedłużanie dochodzenia, powodując w efekcie, że w miarę postępowania administracyjnego radykalna zmiana stanowiska staje się coraz mniej prawdopodobna”¹¹⁵.

— Ocena

150. Podobnie jak w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, tak i w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji przed wydaniem każdej decyzji, która może być niekorzystna dla danego przedsiębiorstwa, należy przestrzegać prawa do obrony¹¹⁶.

151. Do prawa do obrony zaliczana jest w szczególności zasada kontrydiktoryjności, będąca podstawową zasadą prawa

114 — Punkty 282, 283 zaskarżonego wyroku.

115 — Punkt 285 zaskarżonego wyroku.

116 — Wyrok z dnia 4 marca 1999 r. w sprawie T-87/96 Assicurazioni Generali i Unicredito przeciwko Komisji, Rec. s. II-203, pkt 88.

wspólnotowego¹¹⁷, która znalazła teraz wyraz również w art. 41 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji ta zasada została również wyrażona w art. 18 ust. 3 zdanie 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji.

152. Fakt przesłania przedsiębiorstwom uczestniczącym w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym oraz w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji pisma w wyrazem przedstawienia zarzutów¹¹⁸ jest wyrazem wykonania ich prawa do obrony. Poprzez pismo w sprawie przedstawienia zarzutów mają oni możliwość zapoznania się z dowodami, w których posiadaniu jest Komisja, zapewniając im w pełni skuteczne prawo do obrony¹¹⁹. Wnoszący odwołanie mogą odnieść się do zarzutów pisemnie oraz — na uzasadniony wniosek — ustnie¹²⁰. Artykuł 18 ust. 3 zdanie 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji wyjaśnia ponadto, że Komisja może opierać swoje decyzje jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag.

153. Z jego roli w postępowaniu administracyjnym wynika, że w przypadku pisma w sprawie przedstawienia zarzutów chodzi o dokument przygotowawczy, a zawarte w nim oceny mają charakter wyłącznie tymczasowy. Z tego powodu Komisja może

i musi uwzględnić wyniki postępowania administracyjnego, aby między innymi odstąpić od zarzutów, które okazały się udowodnione w sposób niewystarczający¹²¹.

154. Tego tymczasowego charakteru pisma w sprawie przedstawienia zarzutów nie zmienia również okoliczność, iż Komisja w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji, inaczej niż w zakresie stosowania art. 81 WE i 82 WE, podlega ścisłym terminom procesowym. Również w przypadku zainteresowanych przedsiębiorstw wymóg szybkiego działania w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji z natury rzeczy prowadzi do szczególnie krótkich terminów, w ciągu których mogą one skorzystać ze swego prawa do obrony. Pełne zachowanie prawa do obrony nakazuje jednak, by argumentacja obrony zainteresowanych w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji nie była brana pod uwagę w mniejszym stopniu niż w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym. Z tego powodu argumentacja przedstawiona w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji może, tak samo jak w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, prowadzić do zmiany stanowiska Komisji, nawet na krótko przed upływem terminu do wydania decyzji zatwierdzającej lub zakazującej.

155. W tym kontekście Sąd w zaskarżonym wyroku niefortunnie uznał „radikalną zmianę stanowiska Komisji”, która nastąpiła przed pierwszą decyzją zatwierdzającą, biorąc pod

117 — Utrwalone orzecznictwo od czasu wyroków: z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 9, 11 i z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1825, pkt 10.

118 — Na podstawie art. 13 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98 Komisja kieruje swoje zastrzeżenia w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji do stron zgłaszających i innych zaangażowanych stron na piśmie i ustala termin do powiadomienia Komisji o swoich poglądach na piśmie.

119 — Wyżej wymieniony w przypisie 27 wyrok w sprawie SGL Carbon przeciwko Komisji, pkt 55.

120 — Zobacz art. 13 ust. 2 i art. 14 rozporządzenia nr 447/98.

121 — Wyrok 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. s. I-123, pkt 67; podobnie już wyroki: ww. w przypisie 117 w sprawie Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji, pkt 14 i z dnia 17 listopada 1987 r. w sprawach połączonych 142/84 i 156/84 British American Tobacco i Reynolds przeciwko Komisji, Rec. s. 4487, pkt 70.

uwagę, „jak późno nastąpiła”, za „dziwną”¹²² oraz określił ogólnie możliwość całkowitej zmiany stanowiska Komisji jako „w miarę postępowania administracyjnego [...] coraz mniej prawdopodobną”¹²³.

156. W sytuacji gdy Komisja zmienia swoją ocenę zgłoszonej jej koncentracji wskutek argumentacji zainteresowanych dotyczącej w obronie zarzutów, ta zmiana sytuacji w postępowaniu nie następuje w żadnym razie „późno”, lecz w zwykłym momencie postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Niniejszy proces nie jest również „dziwny” lub „nieprawdopodobny”¹²⁴, lecz jest wyrazem zachowania prawa do obrony i udowodnienia, iż wysłuchanie zainteresowanych nie jest farszą.

157. Odmienne od opinii wnoszących odwołanie i Komisji, nie jestem jednak zadania, by zaskarżony wyrok wskutek nieco niefortunnym sformułowań Sądu naruszał prawo i wyrażał prawnie niesłuszne rozumienie charakteru i funkcji pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

158. Wraz ze swoimi wypowiedziami odnośnie do „dziwnego” i „opóźnionego” charakteru „radikalnej zmiany stanowiska Komisji” Sąd podkreśla mianowicie wyraźnie przygotowawczy charakter pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, również w przypadku kontroli koncentracji; uznaje przy tym, że Komisja, na podstawie ukształtowanego odnośnie do art. 81 WE i 82 WE orzecznictwa, nie jest zobowiązana do wyjaśniania ewentualnych różnic w stosunku do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów¹²⁵.

159. W związku z tym jestem zdania, że Sąd w swoich ogólnych wypowiedziach dotyczących stosunku pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów ostatecznie nie dokonał błędnej oceny charakteru i funkcji tego pisma.

160. Gdyby jednak przyjąć taki błąd co do prawa, nie usprawiedliwiłaby on uchylecia zaskarżonego wyroku, ponieważ, jak wyjaśnię poniżej¹²⁶, nie znalazł swego wyrazu w naruszającej prawo ocenie pierwszej decyzji zatwierdzającej i w związku z tym od początku nie mógł mieć wpływu na sentencję zaskarżonego wyroku¹²⁷.

122 — Punkt 283 zaskarżonego wyroku.

123 — Punkt 285 zaskarżonego wyroku.

124 — W historii europejskiej kontroli koncentracji istnieje wiele przykładów decyzji zatwierdzających, które poprzedzone były pismem w sprawie przedstawienia zarzutów. Wnoszący odwołanie słusznie wskazują w związku z tym przykładowe przypadki: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Parento/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals i COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Punkty 284, 285 zaskarżonego wyroku; podobnie pkt 300, 335, 410 i 446 zaskarżonego wyroku.

126 — Punkty 161–182 niniejszej opinii.

127 — Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odwołanie należy oddalić, jeśli z uzasadnienia wyroku Sądu wynika naruszenie prawa wspólnotowego, lecz jego rozstrzygnięcie okazuje się mieć oparcie w pozostałej części uzasadnienia (zob. przykładowo wyrok z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-167/04 P JCB Service przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8935, pkt 186; podobnie ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 89.

b) W przedmiocie konkretnych odniesień Sądu dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów

161. Należy zbadać krytyczne uwagi wnoszących odwołanie oraz Komisji odnośnie do licznych konkretnych odniesień Sądu dotyczących pisma w sprawie przedstawienia zarzutów w ramach badania przez niego legalności pierwszej decyzji zatwierdzającej. Należy zarzucić Sądowi, iż założenie przez niego niezgodności z prawem pierwszej decyzji zatwierdzającej opierało się niesłusznie na porównaniu decyzji i pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, zamiast tylko i wyłącznie na decyzji.

162. Również niniejszy argument nie jest zasadny.

163. Istotnie, w zaskarżonym wyroku w różny sposób odsyła się do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. W szczególności Sąd wielokrotnie podkreśla, że Komisja w pierwszej decyzji zatwierdzającej w porównaniu z pismem w sprawie przedstawienia zarzutów złagodziła¹²⁸ lub zmieniła¹²⁹ dokonane przez nią przedstawienie określonych okoliczności i ich ocenę.

164. Przeprowadzając jedynie powierzchowną analizę, Sąd oparł się w odniesieniu do stwierdzonego błędu co do prawa

w pierwszej decyzji zatwierdzającej na takich zwykłych rozbieżnościach w odniesieniu do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Z dokładniejszej analizy wynika bowiem, że stwierdzone przez Sąd zarówno braki w uzasadnieniu, jak i oczywisty błąd w ocenie wywodzą się z decyzji zatwierdzającej.

165. Co się tyczy *braku uzasadnienia*, stwierdzenia Sądu w specjalnej części pierwszej decyzji zatwierdzającej, dotyczącej przejrzystości rynku¹³⁰, nie odnoszą się w żaden sposób do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów¹³¹. Również w pozostałych rozważaniach Sądu w przedmiocie braku uzasadnienia¹³² rzadko występują wskazówki odnoszące się do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów; znajdują się one jedynie w pkt 300, 302 i 308 zaskarżonego wyroku i żadna z nich nie jest decydująca dla stwierdzenia, że odnośnie do podnoszonej tam niewystarczającej przejrzystości rynku pierwsza decyzja zatwierdzająca nie jest uzasadniona w wystarczającym stopniu.

— W pkt 308 zaskarżonego wyroku, poświęconym zmianom cenników brutto i netto dla sprzedawców, Sąd oparł się na treści pierwszej decyzji zatwierdzającej. Nie dokonuje on żadnego porównania niniejszej decyzji z pismem w sprawie przedstawienia zarzutów, a w konsekwencji nie stwierdza pomiędzy nimi żadnej rozbieżności. Wydaje się natomiast, iż Sąd chciałby wnioskować o identycznej

128 — Zobacz pkt 300, 302 i 338 zaskarżonego wyroku.

129 — Zobacz pkt 378, 379, 398 i 447 zaskarżonego wyroku.

130 — Motywy 111–113 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

131 — Punkty 289–294 zaskarżonego wyroku.

132 — Punkty 295–324 zaskarżonego wyroku.

wymowie obu dokumentów. Pismo w sprawie przedstawienia zarzutów służy Sądowi w tym zakresie jedynie do dodatkowego zilustrowania stwierdzeń, jakie wywiódł z decyzji.

- Również zawarte w pkt 302 zaskarżonego wyroku odniesienie do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów ma wyłącznie wyjaśniający charakter, gdyż zdaniem Sądu nawet ze złagodzonej oceny publicznych cen sprzedaży w pierwszej decyzji zatwierdzającej wynika jeszcze „dodatkowy czynnik sprzyjający przejrzystości rynku”.
- Fakt, iż odniesienie do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zawarte w pkt 300 zaskarżonego wyroku nie było decydujące dla argumentacji Sądu, wyjaśnia wyraźnie sam Sąd w następnym punkcie: „W każdym razie, *nawet przy uwzględnieniu tylko uwag przytoczonych w decyzji*, Komisja doszła do wniosku, że ceny katalogowe były raczej wyrównane”¹³³.

166. Dla przyjęcia przez Sąd braków w uzasadnieniu, które same w sobie doprowadziły już do stwierdzenia nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej¹³⁴, nie miały zatem znaczenia ewentualne rozbieżności pomiędzy tą decyzją a pismem w sprawie

przedstawienia zarzutów. W przeciwieństwie do twierdzeń wnoszących odwołanie i Komisji, pismo w sprawie przedstawienia zarzutów nie było zatem kryterium kontroli pierwszej decyzji zatwierdzającej.

167. Odnośnie do stwierdzonego przez Sąd *oczywistego błędu w ocenie*, to w zaskarżonym wyroku jest paradoksalnie więcej odniesień do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów; znajdują się one w pkt 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 i 538 zaskarżonego wyroku¹³⁵.

168. Odniesienia do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zawarte w pkt 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 i 538 zaskarżonego wyroku służy jedynie wyjaśnieniu i uzupełnieniu tego, co Sąd i tak już bezpośrednio wywnioskował z pierwszej decyzji zatwierdzającej. Całkowicie uzupełniający charakter niniejszych odniesień do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów w wymienionych punktach wyroku jest podkreślony również przez wyrażenia uzupełniające takie jak: „oprócz tego”, „w pozostałej części”, „ponadto”, „poza tym”, „zob. również” i „jest to tym bardziej konieczne, że [...]”. W żadnym miejscu nie jest podnoszona jakakolwiek sprzeczność pomiędzy decyzją zatwierdzającą a pismem w sprawie przedstawienia zarzutów. Pismo w sprawie przed-

133 — Punkt 301 zaskarżonego wyroku (podkreślenia własne).

134 — Punkt 325 zaskarżonego wyroku.

135 — Poza tym kwestionowany przez wnoszących odwołanie oraz Komisję pkt 491 zaskarżonego wyroku zawiera bezspornie również odesłanie do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Nie może on jednak z góry uzasadniać błędu co do prawa popełnionego przez Sąd, ponieważ zawiera on jedynie podsumowanie wyводу strony — Impala. Dlatego też niniejszy punkt zaskarżonego wyroku nie będzie dalej szczegółowo badany.

stawienia zarzutów *nie* stało się kryterium sądowej kontroli decyzji zatwierdzającej.

169. To samo odnosi się do pkt 378 i 379 zaskarżonego wyroku. Lektura tych punktów w powiązaniu z bezpośrednio poprzedzającym je pkt 377 zaskarżonego wyroku prowadzi do stwierdzenia, że one również służą jedynie wyjaśnieniu i uzupełnieniu tego, co Sąd wcześniej wywnioskował — w odniesieniu do przejrzystości rabatów — tylko i wyłącznie z decyzji zatwierdzającej i podsumował w następujący sposób: „[w] związku z tym należy uznać, że dowody, o których mowa w decyzji, nie mogą stanowić podstawy dla wniosków, jakie z nich wyciągnięto”¹³⁶.

170. Bardziej problematyczne wydają się natomiast odniesienia do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zawarte w pkt 335, 398, 408–410, 419, 424, 446, 447, 451 i 528 zaskarżonego wyroku. Na pierwszy rzut oka sprawia to rzeczywiście wrażenie, jakby Sąd chciał tam postawić Komisji zarzut, że w swojej pierwszej decyzji zatwierdzającej odstąpiła, bez dostatecznych wyjaśnień, od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów¹³⁷.

171. Zgodnie z orzecznictwem, na które w niniejszym przypadku wskazali także wnoszący odwołanie oraz Komisja, Komisja *nie jest zobowiązana* w swojej decyzji do wyjaśniania ewentualnych odstępstw od jej

pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, ponieważ pismo to ma charakter przygotowawczy, a jego ocena ma wyłącznie tymczasowy charakter¹³⁸. Decyzja Komisji w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym lub w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji nie może zostać z tego powodu następnie uznana za naruszającą prawo ani też nie można stwierdzić jej nieważności, gdyż bez dokładniejszego wyjaśnienia odbiega ona materialnie od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

172. Nie wyklucza to jednak, by decyzja odbiegająca od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów z *innych powodów* niż znajdujące się w danej decyzji naruszała prawo i by można było w drodze skargi stwierdzić jej nieważność.

173. W tym kontekście należy przypomnieć w szczególności, że w przypadku kontroli koncentracji wymaga się, by Komisja dokonała oceny złożonych związków ekonomicznych. Dysponuje przy tym, jak już wspomniano, znacznym zakresem swobodnego uznania¹³⁹, niemniej jednak podlega ona ciągłej kontroli sądów wspólnotowych. Sądy wspólnotowe mają w szczególności za zadanie zbadanie nie tylko materialnej dokładności przytoczonych dowodów, ich wiarygodności i spójności, lecz również zbadanie, czy dowody te stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji i czy

136 — Punkt 377 zaskarżonego wyroku.

137 — Następnie poświęcam szczególną uwagę pkt 335 zaskarżonego wyroku, gdyż był on krytykowany ze szczególnym naciskiem przez wnoszących odwołanie. Moje wywody odnoszą się odpowiednio również do innych spornych w niniejszej sprawie punktów zaskarżonego wyroku.

138 — Wyżej wymieniony w przypisie 121 wyrok British American Tobacco i Reynolds przeciwko Komisji, pkt 70.

139 — Zobacz w tym zakresie orzecznictwo przytoczone w przypisie 96.

mogą one stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie¹⁴⁰.

wniosków wyciągniętych na ich podstawie (wiarygodność *okoliczności*)¹⁴¹.

174. Nawet jeżeli Komisja w swojej decyzji dotyczącej zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem nie musiałaby orzekać, dlaczego pod względem materialnym odstąpiła od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, to jednak z jej decyzji muszą wynikać trzy rzeczy:

— po pierwsze, że okoliczności stanowiące podstawę decyzji były prawdziwe, a w szczególności że były poparte wiarygodnymi i spójnymi dowodami (*dokładność okoliczności*),

— po drugie, że w decyzji nie zostały pominięte istotne dane, które należałyby wziąć pod uwagę, dokonując oceny koncentracji (*kompletność okoliczności*) oraz

— po trzecie, że okoliczności, które uzasadniały decyzję, stanowią poparcie dla

175. Wskazówki dotyczące tego, czy Komisja w konkretnym przypadku całkowicie uwzględniła istotne dane, mogą wynikać z wszystkich okoliczności danego przypadku, a w szczególności ze wszystkich dokumentów, które składały się na akta postępowania w postępowaniu administracyjnym. Do takich dokumentów zalicza się także pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, gdyż wynika z niego podsumowanie wszystkich okoliczności faktycznych i dowodów, które Komisja uważała za decydujące na tamtym etapie postępowania.

176. W tym znaczeniu Sąd mógł więc w zaskarżonym wyroku bez naruszenia prawa przyjąć, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, pomimo swego tymczasowego charakteru, nie jest „całkowicie pozbawione wartości lub znaczenia dla sprawy”¹⁴².

177. Niewątpliwie w toku dalszego postępowania może okazać się, w szczególności wskutek argumentacji obrony przedstawionej

140 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39; tak samo ww. w przypisie 97 wyrok w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 57.

141 — Zobacz odnośnie do niniejszych trzech punktów ponownie ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval pkt 39 i ww. w przypisie 97 wyrok w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing pkt 57; szczególnie w przedmiocie kompletności okoliczności zob. również wyroki: ww. w przypisie 97 w sprawie Technische Universität München, pkt 14; ww. w przypisie 97 w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 58 i ww. w przypisie 27 w sprawie Komninou i in. przeciwko Komisji pkt 51, gdzie podkreślono obowiązek starannego i bezstronnego zbadania przez właściwą instytucję wszystkich istotnych aspektów danego przypadku.

142 — Punkt 335 przedostatnie zdanie zaskarżonego wyroku; zob. także pkt 410, 419 i 446 tego wyroku.

przez zainteresowane przedsiębiorstwa, że okoliczności faktyczne i dowody, które uzasadniały pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, były niekompletne i niesłuszne lub że nie mogły stanowić poparcia dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie. Sąd przyznał to zresztą słusznie, stwierdzając w zaskarżonym wyroku, iż Komisja 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”¹⁴³.

178. Jednakże sąd wspólnotowy może i musi upewnić się, czy Komisja w toku dalszego postępowania słusznie uznała stwierdzone przez nią okoliczności, na których oparła swoje pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, za nieprawidłowe lub niewiarygodne i w konsekwencji zrezygnowała z ich wykorzystania. Podobnie sąd wspólnotowy może i musi zbadać, czy ewentualne nowe okoliczności, na których teraz opiera się Komisja, są dokładne pod względem materialnym, czy są prawidłowe merytorycznie, czy ustalone w ten sposób okoliczności faktyczne są kompletne oraz czy mogą one stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych przez Komisję.

179. Musi istnieć możliwość sądowej kontroli dokładności, kompletności i wiarygodności okoliczności faktycznych stanowiących podstawę decyzji¹⁴⁴. Bez takiego zbadania podstaw faktycznych decyzji nie można zasadnie orzec, czy Komisja dzia-

łała w granicach przyznanego jej zakresu swobodnego uznania lub czy popełniła oczywisty błąd w ocenie.

180. Sąd słusznie więc dokonał takiej analizy w zaskarżonym wyroku i stwierdził jednocześnie, że Komisja powinna „w ramach postępowania przed Sądem być w stanie wyjaśnić co najmniej powody, dla których uznała, że dokonane tymczasowo oceny były nieprawidłowe” i 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”¹⁴⁵.

181. W przeciwieństwie do twierdzeń strony wnoszącej odwołanie oraz Komisji Sąd nie naraża przez to urzędu kontroli konkurencji na podwójne obciążenie. Nie jest od niego wymagane, by bronił swojej decyzji, a poza tym podważał pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, które mogłoby od niej odbiegać. Musi jedynie — w odpowiedzi na przytoczone szczegółowo uwagi skarżącej — być w stanie wyjaśnić, że okoliczności *jego decyzji* były dokładne i kompletne oraz że mogą one stanowić poparcie dla wniosków zawartych w decyzji. Ewentualne wyjaśnienia, dlaczego określone elementy okoliczności faktycznych zostały w toku postępowania administracyjnego uzupełnione, zaniechane bądź na nowo ocenione, są nierozłącznie związane z kwestią dokładności, komplet-

143 — Punkt 335 zdanie drugie zaskarżonego wyroku.

144 — Zobacz w tym zakresie ponownie ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39 i ww. w przypisie 97 wyrok w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 56; podobnie wyroki: ww. w przypisie 97 w sprawie Technische Universität München, pkt 14; ww. w przypisie 97 w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 58 i ww. w przypisie 27 w sprawie Komninou i in. przeciwko Komisji, pkt 51.

145 — Punkt 335 zaskarżonego wyroku, ostatnie zdanie; podobnie pkt 410, 419 i 446 niniejszego wyroku.

ności i wiarygodności podstawy faktycznej decyzji.

3. W przedmiocie wartości dowodowej okoliczności faktycznych przedstawionych w odpowiedzi na zarzuty (zarzut drugi, pierwsza część zarzutu trzeciego)

182. Ogólnie rzecz biorąc, Sąd w dozwolony sposób wykorzystał pismo w sprawie przedstawienia zarzutów *jako punkt odniesienia*, który służył do zbadania, czy pierwsza decyzja zatwierdzająca została wydana na podstawie dokładnych i kompletnych okoliczności, które mogły stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych przez Komisję. Sąd *stwierdził nieważność* pierwszej decyzji zatwierdzającej nie z powodu ewentualnych odstępstw od pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, lecz z powodu uzasadnienia jej w niewystarczający sposób oraz popełnionego w niej oczywistego błędu w ocenie. Sąd stwierdził błąd w ocenie, gdyż okoliczności decyzji nie były kompletne i nie były w stanie uzasadnić wniosków wyciągniętych przez Komisję na ich podstawie odnośnie do niewystarczającej przejrzystości rynku¹⁴⁶.

184. Zarzut drugi jest ściśle powiązany z pierwszą częścią zarzutu trzeciego, dlatego też proponuję, by oba zarzuty analizować łącznie. Wnoszący odwołanie zarzucają w nich Sądowi przede wszystkim, iż zastosował zbyt wysokie wymagania w stosunku do mocy dowodowej ich argumentów przedstawionych w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Następnie Sąd niesłusznie założył, iż Komisja, po przekazaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, ma obowiązek przeprowadzenia nowego badania rynku.

c) Wniosek wstępny

183. Podsumowując, należy zatem zauważyć, że zarzut pierwszy oraz druga część zarzutu szóste są nieuzasadnione.

a) Zaskarżony wyrok

185. W ramach badania pierwszej decyzji zatwierdzającej pod kątem oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do przejrzystości rynku Sąd wywodzi między innymi, że „uczestnicy koncentracji [nie mogą czekać] do ostatniej chwili z przekazaniem Komisji dowodów w celu odparcia zarzutów zgłoszonych w odpowiednim terminie przez Komisję, ponieważ wówczas nie byłaby już ona w stanie przeprowadzić niezbędnych czynności sprawdzających. Jest niemniej jednak wskazane w takim przypadku, aby dowody te były szczególnie wiarygodne, obiektywne, mające znaczenie dla sprawy

146 — Punkty 459 i 475 zaskarżonego wyroku.

i przekonujące, mogące skutecznie odeprzeć b) Ocena
zarzuty podniesione przez Komisję”¹⁴⁷.

186. Sąd twierdzi następnie, że Komisja „nie może 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”¹⁴⁸.

187. W różnych fragmentach zaskarżonego wyroku Sąd zarzuca ponadto Komisji, że po udzieleniu odpowiedzi przez uczestników koncentracji na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów nie przeprowadziła jednak kolejnego badania rynku, aby zweryfikować słuszność zmiany swojej oceny planu koncentracji¹⁴⁹.

147 — Punkt 414 zaskarżonego wyroku.

148 — Punkt 415 zaskarżonego wyroku; podobnie pkt 452 zaskarżonego wyroku.

149 — Zobacz np. pkt 398, 428 i 451 zaskarżonego wyroku.

188. Jak stwierdzono odnośnie do zarzutu pierwszego w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji, przed wydaniem każdej decyzji, która może obciążyć dane przedsiębiorstwo, konieczne jest uwzględnienie prawa do obrony¹⁵⁰ (zob. także art. 18 ust. 3 zdanie 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

189. Dlatego też nie można zarzucać zainteresowanym przedsiębiorstwom, że nie przedstawiły określonych — możliwe, że istotnych w danym przypadku — argumentów, okoliczności lub dowodów już na etapie zgłoszenia koncentracji lub podczas badania rynku przez Komisję, lecz uczyniły to dopiero w ramach swojej argumentacji obrony przeciwko pismu w sprawie przedstawienia zarzutów¹⁵¹. Uczestnicy koncentracji mogą dopiero z niniejszego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów szczegółowo wnioskować, które zarzuty Komisja podnosi przeciwko zamiarowi ich koncentracji, oraz na

150 — Zobacz w tym zakresie wyżej, w szczególności pkt 150–152 niniejszej opinii.

151 — Nie narusza to oczywiście obowiązku danych przedsiębiorstw dokonania prawdziwego i kompletnego zgłoszenia swojej koncentracji (zob. w tym zakresie art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 447/98). Poza tym uczestnicy koncentracji są zobowiązani odpowiedzieć na ewentualne żądanie przez Komisję informacji w sposób wyczerpujący, zgodny z prawdą oraz w terminie (art. 11 ust. 1 w związku z ust. 4 i ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

jakich argumentach i dowodach się w sposób szczegółowy opiera¹⁵².

190. Sama okoliczność, że uczestnicy koncentracji określone argumenty, okoliczności lub dowody przedstawili dopiero na etapie odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że zatrzymali oni te informacje „do ostatniej chwili”¹⁵³. Z prawa do obrony danych przedsiębiorstw wynika raczej prawo do przedstawienia, w ramach ich pisemnego i ustnego wysłuchania, to znaczy po otrzymaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, wszystkiego, co uważają za odpowiednie do podważenia zarzutów i skłonienia Komisji do zezwolenia na ich koncentrację. Niniejsze przedstawienie argumentacji nie jest spóźnione, lecz następuje w specjalnie przewidzianym momencie w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji.

191. Również odnośnie do argumentacji danych przedsiębiorstw w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów

152 — Przed pismem w sprawie przedstawienia zarzutów uczestnicy koncentracji wprawdzie również wiedzieli o stanie postępowania [odbywają się konsultacje, ponadto zgłaszający w chwili wszczęcia postępowania na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji dowiadują się, na jakich obszarach Komisja ma *poważne wątpliwości* dotyczące zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem], niniejsze informacje są jednak dużo mniej szczegółowe niż pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i mogą się jeszcze na bieżąco zmieniać, w zależności od przebiegu badania rynku.

153 — Gdyby zostało wykazane, że dane przedsiębiorstwa w ramach zgłoszenia koncentracji lub podczas odpowiedzi na żądanie informacji przez Komisję podały dane nieprawdziwe lub niekompletne, doprowadziłoby to do naruszenia obowiązku współpracy z Komisją w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji i mogłoby z drugiej strony pociągać za sobą przedstawione w art. 8 ust. 5 lit. a) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji oraz w art. 14 ust. 1 lit. b) oraz c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji skutki prawne (uchylenie decyzji zatwierdzającej i nałożenie grzywny).

nie można stawiać wyższych wymagań dotyczących ich mocy dowodowej i siły przekonywania niż w stosunku do argumentacji konkurentów, klientów i pozostałych osób trzecich, o którą Komisja występuje w trakcie postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Wprawdzie Komisja jest zobowiązana do starannego sprawdzenia argumentacji uczestników koncentracji pod kątem jej dokładności, kompletności i siły przekonywania oraz w przypadku uzasadnionych wątpliwości do pozostawienia jej bez rozpoznania, jednakże musi zastosować przy tym te same wymogi, co wobec argumentacji osób trzecich.

192. Prawo do obrony danych przedsiębiorstw miałyby mniejsze znaczenie, gdyby skorzystanie z niego poprzez przedstawienie argumentów odnoszące się do poszczególnych zarzutów nastąpiło po terminie lub gdyby ich argumentom od początku przyznana była mniejsza moc dowodowa i mniejsza siła przekonywania niż danym przekazanym przez osoby trzecie w ramach badania rynku.

193. Poza tym nie ma to nic wspólnego z „delegowaniem” czynności sprawdzających na dane przedsiębiorstwa, jeśli Komisja odnosi się w swojej decyzji do ich argumentów i na ich podstawie rozważa dotychczasowe wyniki swego dochodzenia oraz swoje tymczasowe wnioski dotyczące pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, jak również w razie potrzeby od nich odstępuje.

194. Wreszcie Komisja nie może być w każdym poszczególnym przypadku zobowiązana, po piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów oraz po wysłuchaniu danych

przedsiębiorstw, do przeprowadzenia kolejnych badań rynku. Już z powodu przymusu czasowego, wynikającego ze względnie restrykcyjnych terminów procesowych, niemożliwe jest, by Komisja tuż przed przesłaniem swojego projektu wstępnego decyzji do Komitetu Doradczego ds. Koncentracji¹⁵⁴ wysyłała jeszcze do licznych uczestników gry rynkowej obszerne wnioski o udzielenie informacji o kompleksowych zagadnieniach ekonomicznych. Zasadnie można w pozostałym krótkim okresie oczekiwać jedynie równie rzadko przydatnych wyników dochodzenia. Poza tym gdyby przykładowo chciano na nich oprzeć decyzję zakazującą, zainteresowane przedsiębiorstwa musiałyby zostać ponownie wysłuchane odnośnie do wyników dochodzenia. Dlatego też wnoszący odwołanie słusznie zauważyli, że skutkiem prawnym niejasnych dowodów *po* wysłuchaniu danych przedsiębiorstw nie może być wszczęcie nowych badań rynku, lecz przyjęcie decyzji na podstawie posiadanych informacji, za czym przemawia również art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, który przewiduje fikcję zezwolenia, w przypadku gdy Komisja nie podejmie decyzji w trakcie wyznaczonych terminów.

195. W tym kontekście uważam, że Sąd błędnie ocenił stan prawny, gdy wywodził, że strony uczestniczące w koncentracji nie mogą „czekać do ostatniej chwili z przekazaniem Komisji dowodów w celu odparcia zarzutów zgłoszonych w odpowiednim terminie przez Komisję”, a niniejsze dowody muszą być „szczególnie wiarygodne, obiektywne, mające znaczenie dla sprawy i przekonujące”, aby mogły skutecznie odeprzeć zarzuty podniesione przez Komisję; Sąd również

błędnie zakwestionował brak dalszych badań rynku po piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów i uchwycenie przez Komisję argumentów wnoszących odwołanie przyrównał do niedopuszczalnego przekazania badania stronom uczestniczącym w koncentracji¹⁵⁵.

196. Zarzut drugi i pierwsza część zarzutu trzeciego są zatem uzasadnione.

197. Nie wynika z tego jednak, że zaskarżony wyrok należałoby uchylić¹⁵⁶. Sąd nie krytykuje bowiem jedynie tego, że Komisja podczas swojej oceny przejrzystości rynku oparła się na argumentacji Bertelsmann oraz Sony i pominęła nowe badania rynku. Sąd weryfikuje ponadto również pod względem materialnym tok rozumowania Komisji w przedmiocie przejrzystości rynku pod kątem oczywistego błędu w ocenie.

198. W tym kontekście należy podnieść, iż Sąd stwierdził oczywisty błąd w ocenie nie dopiero w spornych tutaj fragmentach zaskarżonego wyroku, lecz już wyraźnie wcześniej, w pkt 377: „[w] związku z tym należy uznać, że dowody, o których mowa w decyzji, nie mogą stanowić podstawy dla wniosków, jakie z nich wyciągnięto”.

154 — Artykuł 19 ust. 3–7 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji.

155 — Zobacz w tym zakresie ponownie w szczególności pkt 414 i 415 zaskarżonego wyroku (podkreślenie własne).

156 — Zobacz w tym zakresie ponownie orzecznictwo powołane w przypisie 127.

Niniejsze stwierdzenie nie jest jeszcze powiązane ze sporną tutaj argumentacją uczestników koncentracji w przedmiocie rabatów promocyjnych ani z ich uwzględnieniem przez Komisję.

199. Również w pkt 384–387 zaskarżonego wyroku Sąd stwierdza oczywisty błąd Komisji w ocenie, który nie jest uzasadniony uwzględnieniem argumentacji uczestników koncentracji odnośnie do rabatów promocyjnych, lecz błędną pod względem merytorycznym oceną wyników badania rynku dokonaną przez Komisję, w szczególności odpowiedziami sprzedawców detalicznych.

200. Każdy z tych dwóch oczywistych błędów w ocenie przynosi już sam w sobie stwierdzenie przez Sąd nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej. Pomijając powyższe, jak już stwierdzono, również bezbłędnie stwierdzony przez Sąd brak w uzasadnieniu usprawiedliwia stwierdzenie nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej¹⁵⁷.

4. W przedmiocie wymogów w zakresie dowodów w przypadku zezwolenia na koncentrację (druga część zarzutu trzeciego)

201. Wnoszący odwołanie w drugiej części swojego zarzutu trzeciego podnoszą, że Sąd naruszył prawo poprzez zastosowanie niewłaściwych i zbyt surowych wymogów dowodowych w odniesieniu do decyzji Komisji zezwalających na koncentrację¹⁵⁸.

202. Swoją krytykę dotyczącą zaskarżonego wyroku wnoszący odwołanie uzasadniają w następujący sposób: Sąd ogólnie błędnie ocenił, że Komisja, wydając decyzje zatwierdzające i zakazujące, nie podlega tym samym wymogom dowodowym; twierdzą oni, iż istnieje asymetria wymogów dowodowych oraz ogólne domniemanie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. W niniejszym przypadku Sąd konkretnie niesłusznie wymagał od Komisji, by przeprowadziła pozytywny dowód *braku przejrzystości rynku*; Sąd mógłby w sposób prawidłowy, zdaniem wnoszących odwołanie, sprawdzić jedynie, czy Komisja w chwili wydania pierwszej decyzji zatwierdzającej dysponowała wystarczającą liczbą dowodów na *istnienie przejrzystości rynku*.

157 — Zobacz powyżej pkt 93–144 niniejszej opinii.

158 — Następujące wywody znajdują zastosowanie również do zawartej w pkt 98–100 i 102 odwołania części zarzutu szóstego.

a) W przedmiocie powoływanej asymetrii wymogów w stosunku do decyzji zatwierdzających i zakazujących w rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji

203. W pierwszej kolejności zajmę się argumentacją wnoszących odwołanie, iż wymogi dowodowe w rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji są asymetryczne i istnieje ogólne domniemanie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem.

— Decyzje w sprawie kontroli koncentracji jako prognozy

204. Na wstępie należy podkreślić, że decyzje w sprawie kontroli koncentracji wydane przez Komisję w istotnym punkcie różnią się od takich decyzji wydawanych w postępowaniu dotyczącym przeciwdziałania praktykom monopolistycznym na podstawie art. 81 WE oraz w postępowaniu dotyczącym karania za nadużywanie pozycji dominującej na podstawie art. 82 WE: W trakcie kontroli koncentracji nie wymaga się od Komisji, by oceniała — przypuszczalnie bezprawne — zachowanie przedsiębiorstw w przeszłości i w razie potrzeby ukarała, lecz raczej by dokonała *prognozy* odnośnie do przyszłego rozwoju rynku. Komisja musi ocenić, czy koncentracja umożliwi stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona (art. 2 ust. 2 i 3 oraz art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

205. Decyzja Komisji dotycząca zezwolenia na dokonanie określonej koncentracji lub zakazu takiej koncentracji opiera się zatem nieuchronnie na *uprzednio* dokonanej ocenie prawdopodobieństwa. Powyższe uznaje również Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, gdy wywodzi, że podczas kontroli koncentracji znaczenie ma „dokonanie prognozy wydarzeń, które dopiero nastąpią w przyszłości, zgodnie z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem”¹⁵⁹.

206. Podczas kontroli sądowej takiej oceny prawdopodobieństwa nie może chodzić tak bardzo o *możliwość udowodnienia*, lecz raczej o *prawdopodobieństwo* prognozy Komisji, czy koncentracja będzie oddziaływać pozytywnie lub negatywnie na konkurencję. Komisja musi przedłożyć dowody jedynie odnośnie do okoliczności, na których oparła swoją prognozę, jak na przykład odnośnie do ustalonych przez nią elementów struktury rynku (w niniejszym przypadku na przykład różnorodnych czynników, które przemawiają za domniemaniem lub przeciw domniemaniu przejrzystości rynku). Podobnie orzekł Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, iż „funkcją materiału dowodowego jest umocnienie oceny Komisji, według której [...] scenariusz dotyczący trendów ekonomicznych stałby się *prawdopodobny*”¹⁶⁰.

207. Standard, według którego prognozę Komisji dotyczącą oczekiwanego rozwoju rynku należy ocenić jako prawdopodobną

159 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 42; zob. również ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 64.

160 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 44 (odkreślenie własne).

lub nieprawdopodobną, powinien zostać zdefiniowany przy uwzględnieniu cech szczególnych postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Na podstawie art. 8 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji Komisja w swoich decyzjach w sprawie kontroli koncentracji nie wymierza żadnych sankcji ani też nie postanawia o naruszeniu swobody poruszania się oraz nietykalności osobistej osób fizycznych. Ponadto Komisja wydaje lub odmawia wydania zezwoleń administracyjnoprawnych na wykonywanie działalności gospodarczej, a mianowicie koncentracji przedsiębiorstw. Ponadto ma to miejsce w postępowaniu, które wiąże się z wymogiem szybkiego działania, wyróżniającym się realizowanym przez dokładnie uregulowany i względnie restrykcyjny system terminów¹⁶¹.

208. W odniesieniu do niniejszych cech postępowania w sprawie kontroli koncentracji wydaje się odpowiednią wskazówką to, iż Komisja musi wychodzić od takiego rozwoju rynku, który uważa za najbardziej prawdopodobny na koniec wielomiesięcznego, zgłębnego badania koncentracji (po angielsku: „balance of probabilities”). Bardzo trafnie podsumował to Sąd Pierwszej Instancji w niedawno wydanym wyroku w sprawie General Electric przeciwko Komisji: „analiza prospektywna [...] wymaga wyobrażenia szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem *wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest największe*”¹⁶².

209. Gdy stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej jest bardziej prawdopo-

dobne niż jej niewystąpienie, należy zakazać koncentracji; jeśli natomiast stworzenie lub umocnienie takiej pozycji jest mniej prawdopodobne niż jej niewystąpienie, należy wówczas wydać zezwolenie na koncentrację. Zadaniem sądu wspólnotowego jest zbadanie danej prognozy Komisji pod kątem oczywistego błędu w ocenie, a zatem odnośnie do tego, czy Komisja wzięła pod uwagę dokładne i kompletne okoliczności i czy okoliczności te mogą wesprzeć prognozę¹⁶³.

210. Uważam za niewłaściwe stawianie wyższych wymagań w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji oraz żądanie, by rozwój rynku, prognozowany przez Komisję musiał być „bardzo prawdopodobny” lub „szczególnie prawdopodobny”, aby mógł mieć znaczenie przed Sądem¹⁶⁴. Z jednej strony taki podwyższony standard prawdopodobieństwa wyraźnie osłabiłby funkcję Komisji w ramach jej polityki konkurencji. Komisja musiałaby wówczas, pomimo wiedzy o stanie faktycznym, zezwalać na koncentrację, chociaż prowadziłyby one prawdopodobnie do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej i dlatego miałyby szkodliwy wpływ na konkurencję. Komisja mogłaby interweniować jedynie w takich przypadkach, w których koncentracja oddziaływałaby w sposób „bardzo prawdopodobny” lub „szczególnie prawdopodobny” szkodliwie na konkurencję. Z drugiej strony

161 — Zobacz pkt 12 niniejszej opinii.

162 — Wyżej wymieniony przypis 96 wyrok w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 64, ostatnie zdanie (podkreślenie własne).

163 — Wyroki: ww. w przypisie 96 w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39; ww. w przypisie 97 w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 57 i ww. w przypisie 96 w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 63; zob. ponadto pkt 173 i 174 niniejszej opinii.

164 — Inaczej rzecznik generalny A. Tizzano w swojej opinii z dnia 25 maja 2007 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval (wyrok przywołany w przypisie 96, pkt 74), który w przypadku zakazu koncentracji wymaga, by zgłoszona koncentracja z *dużym prawdopodobieństwem* doprowadziła do stworzenia lub umocnienia takiej pozycji dominującej.

tego rodzaju podwyższony standard prawdopodobieństwa byłby trudny do pogodzenia ze swobodą uznania, która przysługuje Komisji podczas oceny złożonych związków ekonomicznych¹⁶⁵ i do której zasadniczych aspektów należy prognoza dotycząca oczekiwanego rozwoju rynku wskutek koncentracji przedsiębiorstw.

cji]¹⁶⁷. Po takiej dogłębnej analizie należy jednakże zezwolić na koncentrację pomimo na przykład pozostałych wątpliwości, przy założeniu, że stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej według prognozy Komisji jest mniej prawdopodobne niż jej brak. W odwrotnej sytuacji, gdy Komisja po dogłębnej analizie uważa za bardziej prawdopodobne stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej niż jej brak, należy zakazać koncentracji pomimo na przykład pozostałych wątpliwości.

211. Tym bardziej nie może mieć znaczenia to, czy Komisja na końcu swojego wielomiesięcznego, zgłębnego badania koncentracji jest w stanie bez rozsądnych wątpliwości przyjąć bądź wykluczyć stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej¹⁶⁶. Taki szczególnie wysoki standard znany jest przede wszystkim z postępowania karnego lub o podobnym charakterze. W postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji znajduje on jedynie zastosowanie na etapie wstępnym („etap I”), kompensując fakt, że w tej części postępowania koncentracja może być badana jedynie zwięźle. „Poważne wątpliwości” odnośnie do jego zgodności ze wspólnym rynkiem przeszkadzają wówczas jedynie *przedwcześnie zezwolić* na koncentrację oraz zmuszają Komisję do tego, by w pierwszej kolejności przeprowadzić dogłębną analizę podczas formalnego postępowania kontrolnego („etap II”) [art. 6 ust. 1 lit. b) i c) rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji].

— Symetria wymogów w stosunku do zezwoleń i zakazów

212. Nie mogę więc zauważyć żadnej różnicy pomiędzy wymogami prawa odnoszącymi się z jednej strony do decyzji zatwierdzających, a z drugiej do decyzji zakazujących. Wbrew opinii wnoszących odwołanie nie istnieje taka różnica ani odnośnie do stopnia prawdopodobieństwa uczynionej prognozy, ani do pewności wspierających ją okoliczności.

213. Zarówno art. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, który ustala ogólny program kontrolny w przypadku

165 — Zobacz w tym zakresie już pkt 126 i 173 zaskarżonego wyroku.

166 — Podobnie rzecznik generalny A. Tizzano w ww. opinii Komisja przeciwko Tetra Laval (wyrok przywołany w przypisie 96, pkt 74): „Nie można zatem żądać od Komisji, aby zakazując koncentracji, stwierdzała ona z *absolutną pewnością*, że koncentracja ta pociągnęłaby za sobą stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części zostałaby znacząco utrudniona” (podkreślenie własne).

167 — Jako przykład z prawa ochrony środowiska zob. wyrok z dnia 7 września 2004 r. w sprawie C-127/02 Waddenvvereniging i Vogelbeschermingsvereniging, Zb.Orz. s. I-7405, pkt 44, 55–59.

kontroli wniosków, jak również art. 8 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, który wylicza uprawnienia decyzyjne Komisji, są w strukturze ustępów 2 i 3 całkowicie symetryczne.

214. Symetria ta odzwierciedla ostatecznie fakt, iż Komisja musi w każdym poszczególnym przypadku doprowadzić do sprawiedliwego zrównania równorzędnych dóbr chronionych, które są ugruntowane w prawie pierwotnym¹⁶⁸, a mianowicie z jednej strony praw i interesów uczestników koncentracji, a z drugiej interesu publicznego odnośnie do zapewnienia niezakłóconej konkurencji [art. 3 ust. 1 lit. g) WE]¹⁶⁹. Wprawdzie wolność prowadzenia działalności gospodarczej danych przedsiębiorstw, jak również prawa do własności ich udziałowców (art. 16 i 17 Karty Praw Podstawowych) zawierają bez wątpienia prawo do realizowania koncentracji przedsiębiorstw; jednakże ma to zastosowanie tylko wtedy, gdy określone warunki lub obowiązki bądź nawet zakaz danej koncentracji nie są usprawiedliwione w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji.

215. Powoływany przez wnoszących odwołanie wyrok w sprawie Komisja przeciwko

Tetra Laval nie przemawia przeciw niniejszej symetrii wymogów w stosunku do decyzji zezwalających i zakazujących. W rezultacie poprzez wynikający stamtąd wymóg „przekonujących dowodów” (po angielsku: „convincing evidence”)¹⁷⁰ zostało przypomniane jedynie, że Komisja opiera swoją ocenę prawdopodobieństwa na wiarygodnych okolicznościach. Widać to zresztą również w innym miejscu wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, gdzie Trybunał określa „jakość” materiału dowodowego przedstawionego przez Komisję jako „szczególnie istotną”, „gdyż funkcją tego materiału jest umocnienie oceny Komisji, według której [...] scenariusz dotyczący trendów ekonomicznych stałby się prawdopodobny”¹⁷¹.

216. Wymóg „przekonujących” dowodów nie musi być błędnie interpretowany w ten sposób, że dla decyzji zakazujących stawiane są tym samym wyższe wymagania niż dla decyzji zatwierdzających. Jak mianowicie wyjaśnił Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, wymóg „przekonujących” dowodów w żaden sposób nie dodał „warunku odnoszącego się do wymaganego stopnia udowodnienia, lecz przypominał po prostu zasadniczą funkcję dowodu, jaką jest *przekonanie* co do zasadności danej tezy lub [...] zasadności decyzji [...]”¹⁷².

168 — Zobacz w tym zakresie z jednej strony trzeci i czwarty motyw rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji oraz z drugiej strony jego motyw piąty.

169 — Zobacz ponadto zarzut pierwszy, drugi i piąty rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji. Zapewnienie niezakłóconej konkurencji służy interesom wszystkich uczestników rynku, łącznie z konsumentami (zob. w tym zakresie wyroki: z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, Rec. s. 215, pkt 25; z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. 3461, pkt 125 i z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2331, pkt 106).

170 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 41; zob. poza tym ww. w przypisie 16 wyrok w sprawie „Kali & Salz”, pkt 228, gdzie jest mowa o „istotnych i przekonujących dowodach” (po angielsku: „cogent and consistent evidence”). Wydaje mi się, że niemieckie tłumaczenie wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, w którym jest mowa o „jednoznacznych” dowodach, nie oddaje w prawidłowy sposób angielskiego wyrażenia „convincing evidence”; dlatego też używam dla „convincing” tutaj i poniżej zawsze przymiotnika „przekonujący”.

171 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 44.

172 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 41; podkreślenie własne.

217. Zarówno z przywołanych fragmentów wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, że w przypadku zakazu koncentracji stosowane są wyższe wymagania niż w przypadku zezwolenia na nią, jak i z przypomnienia Trybunału nie wynika, iż Komisja przy wydawaniu prognozy swojej decyzji działała „z ostrożnością”¹⁷³. Udzielając zezwolenia na koncentrację, Komisja nie może działać „bez ostrożności” i opierać się na mniej „przekonujących” dowodach niż w przypadku zakazu koncentracji. W przeciwnym wypadku nie sprostałaby swojemu głównemu zadaniu, jakim jest zapewnienie niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym.

218. Jeśli więc stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej jest bardziej prawdopodobne niż jej brak, to należy zakazać koncentracji; jeżeli natomiast stworzenie lub umocnienie takiej pozycji jest mniej prawdopodobne niż jej brak, to należy zezwolić na koncentrację. Obydwie oceny prawdopodobieństwa to dwie strony jednego medalu. Każdą z nich należy wydać z ostrożnością oraz oprzeć na okolicznościach, które są nie tylko dokładne i kompletne — w tym celu potrzeba „przekonujących” dowodów — lecz mogą również stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie¹⁷⁴.

173 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 42.

174 — Wyroki: ww. w przypisie 96 w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39 i ww. w przypisie 96 w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 63; Zobacz następnie pkt 173i 174 niniejszej opinii.

— Brak ogólnego domniemania zgodności ze wspólnym rynkiem

219. Z opisanej wyżej symetrii oraz równorzędności danych dóbr chronionych¹⁷⁵ wynika, iż rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji nie zna *ogólnego domniemania* na rzecz zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. Komisja musi w każdym przypadku wyraźnie stwierdzić zgodność danej koncentracji ze wspólnym rynkiem¹⁷⁶, natomiast przed wydaniem takiej decyzji zainteresowanym przedsiębiorstwom wyraźnie zakazano wprowadzania w życie koncentracji (art. 7 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji).

220. Z wyroku w sprawie EDP przeciwko Komisji¹⁷⁷, do którego odnoszą się wnoszący odwołanie, nie wynika nic innego. Sąd wyjaśnia tam, że same tylko wątpliwości Komisji nie usprawiedliwiają jeszcze zakazu koncentracji. Nie może z tego jednak w żadnym razie a contrario wynikać ogólne domniemanie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. Na powyższe wskazuje również motyw 15 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, zgodnie z którym w przypadku koncentracji z niewielkim udziałem w rynku

175 — Niniejsze dobra chronione są to z jednej strony prawa i interesy uczestników koncentracji, a z drugiej interes publiczny odnośnie do zapewnienia niezakłóconej konkurencji; zob. w tym zakresie ponownie pkt 214 niniejszej opinii.

176 — Tak również ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 61.

177 — Wyrok z dnia 21 września 2005 r. w sprawie T-87/05 EDP przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3745, pkt 64.

można najwyżej założyć, że jest ona zgodna ze wspólnym rynkiem.

221. Jedynie wyjątkowo moim zdaniem można w następujących dwóch przypadkach domniemywać zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem.

222. Pierwszy przypadek obejmuje zgłoszone koncentracje, w stosunku do których Komisja — naruszając swój prawny obowiązek — nie wydała decyzji w terminie. Na podstawie art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji już z mocy prawa domniemywa się zgodność takich koncentracji ze wspólnym rynkiem (zob. również art. 7 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji). Jednakże z art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji, ze względu na jego wyjątkowy charakter i usytuowanie według systematyki w związku z regulacją dotyczącą terminów procesowych, *nie* można wnioskować dalej idącego *ogólnego* domniemania zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem¹⁷⁸.

223. Drugi przypadek obejmuje koncentracje, których badanie przeprowadzone przez Komisję wykazało na tyle niejasne dowody, że nie można w sposób pewny przewidzieć, czy ostatecznie będą one prowadziły do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, czy też nie. Rzecznik gene-

ralny A. Tizzano określił niniejsze sytuacje pojęciem „szara strefa”¹⁷⁹. Moim zdaniem nie można jednak niniejszego pojęcia interpretować błędnie w ten sposób, że chodził o większą liczbę przypadków. Sądzę, że dotyczyć to może jedynie niewielu rzadkich przypadków z pogranicza, w których również po intensywnym badaniu rynku nie jest jasne, na którą stronę przechylił się szala. Jedynie w takich przypadkach *non liquet* zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* powinna zostać stwierdzona zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem i wydane zezwolenie. Z istnienia niniejszego przypadku również nie wynika jednak dalej idące ogólne domniemanie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem.

224. Niezależnie od dokładnego zasięgu ostatnich dwóch przypadków oczywiste jest, że niniejszy przypadek nie podpada pod żaden z nich. Ani Komisja nie doprowadziła do sprzecznego z obowiązkami upływu terminu na wydanie decyzji w sprawie kontroli koncentracji, ani też na podstawie stwierdzeń Sądu nie powstała niejasna sytuacja dowodowa¹⁸⁰. Również sama Komisja w wielu miejscach jej pierwszej decyzji zatwierdzającej wspomniała o brakach dowodowych odnośnie do określonych okoliczności¹⁸¹, ale nigdy nie zakwalifikowała niniejszego przypadku, o ile wiadomo, jako przypadku z pogranicza, w którym

179 — Wyżej wymieniona opinia rzecznika generalnego A. Tizzano w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval (wyrok przywołany w przypisie 96), pkt 76–81, w szczególności pkt 76.

180 — Zobacz zamiast wielu pkt 290, 294, 303, 347, 362, 407 i 435 zaskarżonego wyroku.

181 — Zobacz np. motyw 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 i 158 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

178 — Zobacz odnośnie do art. 10 ust. 6 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji również stwierdzenia zawarte powyżej w pkt 102 niniejszej opinii.

doszłoby do non liquet. Ponadto podczas rozprawy wyraźnie podkreśliła przed Sądem, że dyskusja o przypadkach z pogranicza, w których sytuacja dowodowa przedstawia się niejasno, jest czysto hipotetyczna¹⁸².

— Wniosek wstępny

225. Argument wnoszących odwołanie, jakoby rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji opierało się na asymetrii wymagań dotyczących decyzji zatwierdzających i zakazujących oraz na ogólnym domniemaniu zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, należy zatem w całości oddalić. Nie można również przyjąć, że niniejsza sprawa mogłaby zostać zaliczona do jednego z dwóch przypadków, w których wyjątkowo stosuje się domniemanie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem.

b) W przedmiocie wymogów w zakresie dowodów stawianych przez Sąd w niniejszej sprawie

226. Należy zbadać, czy Sąd w niniejszym przypadku postawił właściwe wymogi w zakresie dowodów odnośnie do twierdzeń Komisji w przedmiocie przejrzystości rynku.

227. Wnoszący odwołanie argumentują, iż Sąd nie mógł wymagać od Komisji pozytywnego dowodu na *brak przejrzystości rynku*; ponadto Sąd musiałby poprzestać na zbadaniu, czy Komisja w chwili wydania pierwszej decyzji zatwierdzającej dysponowała wystarczającymi dowodami na *istnienie przejrzystości rynku*¹⁸³. Niniejsza argumentacja opiera się w oczywisty sposób na opinii, że wymogi w zakresie dowodów w przypadku zezwolenia na koncentrację muszą być mniejsze niż w przypadku jej zakazu.

228. Niniejsza argumentacja nie przekonuje mnie z dwóch powodów.

229. Po pierwsze z symetrii wymogów w zakresie dowodów w przypadku decyzji zatwierdzających i zakazujących wynika¹⁸⁴, że nie można różnicować ich w zależności od tego, czy Komisja bada przejrzystość rynku pod kątem ewentualnego zezwolenia, czy też zakazu koncentracji. Negatywne stwierdzenie, że rynek *nie jest na tyle przejrzysty, by mógł umożliwić zbiorową pozycję dominującą*, prowadzi do tego samego wniosku i wymaga takiej samej liczby dowodów jak pozytywne stwierdzenie, iż omawiany rynek *jest na tyle nieprzejrzysty, że wyklucza przyjęcie zbiorowej pozycji dominującej*. Oba stwierdzenia stanowią dwie strony tego samego medalu i oba usprawiedliwiają wyłączenie

182 — Również w postępowaniu przed pierwszą instancją Komisja podkreśliła, że może bronić swojej pierwszej decyzji zatwierdzającej na podstawie zasad „balance of probabilities” (zob. pkt 7 jej odpowiedzi na skargę z pierwszej instancji).

183 — Wnoszący odwołanie odnoszą się szczegółowo do pkt 289, 366, 381–387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449–457 i 459 zaskarżonego wyroku.

184 — Zobacz powyżej, pkt 212–218 niniejszej opinii.

czenie niebezpieczeństwa stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej przy założeniu, że okoliczności, na których zostały oparte, są dokładne, kompletne i odpowiednie do poparcia wniosków wyciągniętych na ich podstawie.

230. Po drugie wydaje mi się, iż zarzuty wnoszących odwołanie odnośnie do wymogów Sądu w zakresie dowodów opierają się na błędnej interpretacji zaskarżonego wyroku. Przy bliższej analizie Sąd w ogóle nie zarzuca Komisji, że jej ocena koncentracji z punktu widzenia konkurencji nie spełnia wymogów dowodowych. Ponadto Sąd podczas badania pierwszej decyzji zatwierdzającej sam skłania się ku twierdzeniom Komisji, że rynek jest „niewystarczająco przejrzysty, aby umożliwić zbiorową dominację”¹⁸⁵. Sąd, zgodnie z żądaniem wnoszących odwołanie, zbadał nawet, czy faktycznie niewystarczająco udowodniono istnienie przejrzystości rynku.

231. Stwierdzony przez Sąd oczywisty błąd w ocenie nie polegał na zaniechaniu pozytywnego dowodu dotyczącego ograniczonej przejrzystości rynku, lecz raczej na tym, że w pierwszej decyzji zatwierdzającej nie zostały ujęte wszystkie istotne dane oraz że uwzględnione okoliczności nie mogą stanowić oparcia dla samodzielnie wyciągniętych przez Komisję wniosków¹⁸⁶.

185 — Punkty 289, 459 zaskarżonego wyroku; zob. ponadto pkt 287, 366 i 371 niniejszego wyroku.

186 — Zobacz w szczególności pkt 377, 390, 459 i 542 zaskarżonego wyroku.

c) Wniosek wstępny

232. Druga część zarzutu trzeciego jest zatem bezzasadna. To samo odnosi się do wywodów zawartych w pkt 98–100 i 102 odwołania, które co do istoty zbiegają się z drugą częścią zarzutu trzeciego.

B — Granice swobodnej oceny przez Sąd stanu faktycznego i dowodów (zarzut czwarty)

233. W zarzucie czwartym wnoszący odwołanie zarzucają Sądowi, iż za bardzo rozszerzył zakres sądowej kontroli decyzji Komisji, tak że nie uwzględnił granic swobodnego uznania Komisji, a ocenę stanu faktycznego i dowodów dokonał przez Komisję wielokrotnie zastąpił swoją oceną, popełniając przy tym oczywiste błędy, a także zniekształcił dowody¹⁸⁷.

234. Podczas gdy Komisja wspiera niniejszy zarzut, Impala występuje w obronie zaskarżonego wyroku.

187 — Następujące wywody odnoszą się również do części zarzutu szóstego, zawartej w pkt 101 i 102 odwołania.

1. Granice swobodnego uznania Komisji i jego kontrola sądowa — Sąd przyznał rabatom promocyjnym „jedynie ograniczony wpływ na ceny”¹⁹⁰.

a) Zaskarżony wyrok

235. Na poparcie zarzutu, że Sąd nie uwzględnił granic swobodnego uznania Komisji oraz że ocenę stanu faktycznego i dowodów dokonana przez Komisję wielokrotnie zastąpił swoją oceną, wnoszący odwołanie wskazują następujące przykłady z zaskarżonego wyroku:

— Sąd określił wyrównanie cen katalogowych jako „w rzeczywistości bardzo wyraźne”, przy czym Komisja mówiła jedynie o „raczej wyrównanych” cenach katalogowych¹⁸⁸.

— Sąd zakwalifikował różnice ogólnych poziomów rabatów fakturowych stosowanych przez uczestników koncentracji jako „bardzo niewielkie”¹⁸⁹.

— Sąd mówi o „wysokim poziomie przejrzystości cen” bądź o „dużej przejrzystości rynku”¹⁹¹ i dostrzega w tygodniowych raportach przedstawicieli handlowych „dodatkowy czynnik przejrzystości rynku”¹⁹²; rabaty promocyjne uważa Sąd za „przeznaczone do ogłoszenia publicznie”¹⁹³ oraz za „ogólnie jawne i przejrzyste”¹⁹⁴.

— Różnice w gamie rabatów mogą być, zdaniem Sądu, „rezultatem różnic w wynikach” i nie można wykluczyć, „iż rabaty opierają się na grupie znanych reguł”¹⁹⁵.

— Niesłusznie Sąd odmawia znaczenia przedstawionym danym ekonomicznym odnośnie do tego, czy rabaty promocyjne

188 — Punkt 299 zaskarżonego wyroku.

189 — Punkt 307 zaskarżonego wyroku; wnoszący odwołanie wskazują poza tym pkt 421, 419, 424, 444 i 457 zaskarżonego wyroku, w których rozpoznają podobne wypowiedzi Sądu.

190 — Punkt 317 zaskarżonego wyroku.

191 — Punkty 347, 361 zaskarżonego wyroku.

192 — Punkt 354 zaskarżonego wyroku.

193 — Punkt 402 zaskarżonego wyroku. Należy wskazać, że niniejszy zarzut opiera się na oficjalnej angielskiej wersji językowej („destined to become *public knowledge*”), podczas gdy we francuskiej wersji językowej brzmi to: rabat promocyjny „semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de *publicité*”, co z angielskim wyrażeniem „*public knowledge*” ma raczej niewiele wspólnego; podkreślenia własne.

194 — Punkty 403, 405, 406 i 436 zaskarżonego wyroku.

195 — Punkt 420 zaskarżonego wyroku.

mają znaczenie również w przypadku najlepiej sprzedających się albumów¹⁹⁶.

decyzji w sprawie kontroli koncentracji pod kątem *oczywistego błędu w ocenie*¹⁹⁹.

b) Ocena

236. Jak już stwierdzono w innym miejscu¹⁹⁷, Komisja podczas kontroli koncentracji dysponuje znacznym zakresem swobodnego uznania w celu dokonania oceny złożonych związków ekonomicznych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykonywana przez sąd wspólnotowy kontrola powinna ograniczać się do zbadania, czy przestrzegano przepisów proceduralnych oraz czy akt został uzasadniony, a także czy dokonano prawidłowych ustaleń faktycznych, czy nie popełniono oczywistych błędów w ocenie oraz nie nadużyto władzy¹⁹⁸.

237. Krytykując powołane w pkt 235 fragmenty zaskarżonego wyroku, wnoszący odwołanie ostatecznie poddają pod dyskusję pytanie, jaki zakres swobodnego uznania Komisji rozciąga się na sądową kontrolę jej

238. W tej kwestii Trybunał wypowiedział się niedawno w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval w następujący sposób:

„Jeśli nawet Trybunał uzna, że Komisji przysługują pewne granice uznania w dziedzinie ekonomicznej, nie oznacza to, że sędzia wspólnotowy powinien powstrzymać się od kontroli interpretacji danych natury ekonomicznej dokonanej przez Komisję. W istocie sędzia 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 istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie”²⁰⁰.

239. W odniesieniu do niniejszego kryterium błędem byłoby przyjąć, że swobodne uznanie

196 — Punkt 456 zaskarżonego wyroku.

197 — Zobacz w szczególności wywody w przedmiocie zarzutów pierwszego i szóstego zawartych w pkt 126 i 173 zaskarżonego wyroku.

198 — Wyroki: z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie T-342/00 *Petrolescence i SG2R przeciwko Komisji*, Rec. s. II-1161, pkt 101; ww. w przypisie 177 w sprawie EDP przeciwko Komisji, pkt 151 i z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie T-177/04 *easyJet przeciwko Komisji*, Zb.Orz. s. II-1931, pkt 44.

199 — Jedynie na marginesie należy wspomnieć, że niektóre z twierdzeń krytykowanych przez wnoszących odwołanie, szczególnie te w pkt 299, 307 i 317 zaskarżonego wyroku, według ich stałej pozycji zaliczają się do *formalnego sprawdzania braków* w uzasadnieniu. Obowiązuje tutaj w pierwszej kolejności to, co zostało wypowiedziane powyżej w odniesieniu do trzeciej części zarzutu szóstego (zob. w szczególności pkt 114–131 niniejszej opinii). Ponieważ jednak wydaje się, że wnoszący odwołanie przyjmują, iż pkt 299, 307 i 317 zaskarżonego wyroku zawierają ponadto elementy materialnego badania pierwszej decyzji zatwierdzającej pod kątem oczywistego błędu w ocenie, zbadam je poniżej również z tego punktu widzenia.

200 — Wyżej wymieniony w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39; zob. ponadto również wyroki: ww. w przypisie 97 w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 56, 57 i ww. w przypisie 96 w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 63.

Komisji od początku zakazywałyby sądowi wspólnotowemu dokonywania własnej oceny okoliczności faktycznych oraz dowodów. Przeciwnie, własna ocena sądu wspólnotowego jest konieczna, gdy należy ustalić, czy okoliczności będące podstawą decyzji Komisji były dokładne, ściśle, spójne i odpowiednie, a także czy te okoliczności mogą stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych przez Komisję. W przeciwnym razie sąd wspólnotowy w ogóle nie mógłby rozsądnie orzekać, czy Komisja utrzymała się w granicach przyznanego jej swobodnego uznania, czy też popełniła oczywisty błąd w ocenie²⁰¹.

240. Granice kontroli sądowej decyzji Komisji w ramach kontroli koncentracji Sąd przekracza dopiero wtedy, gdy na podstawie okoliczności faktycznych i sytuacji dowodowej można wydać różne oceny, Komisja zdecydowałaby się na jedną z nich, a Sąd zastąpiłby opinię Komisji swoją własną opinią.

241. Po zbadaniu pod tym kątem przykładów z zaskarżonego wyroku wskazanych przez wnoszących odwołanie okazuje się, że chociaż Sąd dokonał własnej oceny okoliczności faktycznych oraz sytuacji dowodowej, to również w pełni przestrzegał granic kontroli sądowej decyzji Komisji wydanej w ramach kontroli koncentracji.

242. Po pierwsze nie można pod względem prawnym zarzucić Sądowi, że dokonał kontroli okoliczności faktycznych ustalonych przez Komisję, aby zbadać, czy i w jakim stopniu wskazują one na przejrzystość rynku lub jej brak. Stwierdzenia zawarte w pkt 299, 307, 317 347, 354 i 361 zaskarżonego wyroku, kwestionowane przez wnoszących odwołanie, były zatem zasadne; przykładowo wypowiedź, „że trzy czynniki wskazane w decyzji [...] są w stanie wpłynąć na wysoki poziom przejrzystości cen” (pkt 347).

243. Po drugie Sąd mógłby również wyrobić sobie własną opinię co do kwestii, czy i w jakim stopniu okoliczności ustalone przez Komisję wystarczają w przypadku rabatów, w szczególności rabatów promocyjnych, do wykluczenia wystarczającej przejrzystości rynku w celu umożliwienia zbiorowej pozycji dominującej. Stwierdzenia Sądu, takie jak kwestionowane przez wnoszących odwołanie w pkt 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 i 457 zaskarżonego wyroku, były zatem również słuszne, jak na przykład wypowiedź, że rabaty promocyjne stanowią tylko niewielką część ceny sprzedaży brutto albumów (pkt 457).

244. Zasadniczo w spornych punktach zaskarżonego wyroku Sąd zastosował stworzone przez Trybunał kryteria²⁰² i skontrolował w szczególności, czy okoliczności uzasadniające pierwszą decyzję zatwierdza-

201 — Zobacz w tym zakresie już — w innym kontekście — pkt 179 niniejszej opinii.

202 — Zobacz ponownie ww. w przypisie 96 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39; niedawno potwierdzone w ww. w przypisie 97 wyroku w sprawie Hiszpania przeciwko Lenzing, pkt 57.

jącą mogą stanowić poparcie dla wniosków Komisji, iż rynek nie jest wystarczająco przejrzysty w celu umożliwienia zbiorowej pozycji dominującej.

245. Sąd nie zastąpił własną oceną przejrzystości rynku oceny Komisji, której można było bronić, a także sam nie orzekał w kwestii zgodności spornej koncentracji ze wspólnym rynkiem²⁰³. Uznał on jedynie, że wnioski wyciągnięte przez Komisję w niniejszym przypadku nie wynikają z okoliczności stanowiących podstawę jej pierwszej decyzji zatwierdzającej²⁰⁴. Ta ocena Sądu jest częścią jego oceny stanu faktycznego oraz dowodów dokonywanej w pierwszej instancji i jako taka nie może już podlegać kontroli w postępowaniu odwoławczym — z zastrzeżeniem zniekształcenia okoliczności faktycznych oraz wypaczenia dowodów, które zostaną zaraz omówione.

246. Ogólnie dochodzę do wniosku, że Sąd podczas badania pierwszej decyzji zatwierdzającej pod względem materialnym nie naruszył zakresu swobodnego uznania Komisji.

2. W przedmiocie zarzutu wypaczenia dowodów

247. Wnoszący odwołanie twierdzą ponadto, że Sąd w pkt 425, 427 i 434 zaskarżonego wyroku wypaczył dowody. W spornych fragmentach zaskarżonego wyroku Sąd odnosi się do opinii Komisji, iż rabaty promocyjne są nieprzejrzyste.

248. Zanim rozważę szczegółowo wskazane punkty zaskarżonego wyroku, pozwolę sobie przywołać surowe kryteria stosowane przez Trybunał w utrwalonym orzecznictwie w przypadku badania zarzutu wypaczenia dowodów. Według powyższego, wypaczenie dowodów występuje wówczas, gdy — *bez potrzeby przeprowadzania nowych dowodów* — ocena dowodów istniejących okazuje się *oczywiście błędna*²⁰⁵. Nie chodzi więc o to, by zbadać, czy ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd jest *przekonująca* z punktu widzenia Trybunału; w przeciwnym razie ocenę Sądu Trybunał zastąpiłby swoją oceną dowodów, co nie jest jego zadaniem w postępowaniu odwoławczym. Dopóki ocena dowodów dokonana przez Sąd jest przynajmniej *do przyjęcia*, wypaczenie dowodów nie występuje.

203 — Zobacz pkt 479 zaskarżonego wyroku: „[w] istocie bowiem rolą Sądu nie jest orzekanie w zakresie zgodności koncentracji, lecz sprawowanie kontroli legalności ustaleń dokonanych w decyzji”.

204 — Punkt 452 zaskarżonego wyroku.

205 — Wyroki: z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-229/05 P PKK i KNK przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-445, pkt 37; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-326/05 P Industrias Químicas del Vallés przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6557, pkt 60 i z dnia 22 listopada 2007 r. w sprawie C-260/05 P Sniace przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10005, pkt 37.

249. Trybunał podejmuje badanie sprawy wyłącznie na podstawie dokumentów zawartych w aktach²⁰⁶.

a) W przedmiocie pkt 425 zaskarżonego wyroku

250. W punkcie 425 zaskarżonego wyroku Sąd zajmuje się niektórymi zestawieniami przedłożonymi przez Komisję i stwierdza:

„[...] obliczanie różnicy procentowej między najniższymi a najwyższymi rabatami w podziale na poszczególnych odbiorców [...] dla każdego z uczestników koncentracji zostało w większości przypadków wykonane nieprawidłowo, przy uwzględnieniu rabatów udzielonych przez drugą stronę, podczas gdy [...] obliczenie powinno być wykonane w oparciu o różnicę procentową między minimalnymi a maksymalnymi rabatami udzielonymi przez jedną i tę samą stronę różnym klientom”.

251. Zdaniem wnoszących odwołanie, w tym właśnie polega wypaczenie dowodów. Komisja stwierdziła bowiem przed Sądem w postępowaniu w pierwszej instancji, że wyliczyła różnicę między najniższymi i najwyższymi rabatami na podstawie rabatów do zafakturowanych kwot, które

uczestnik koncentracji udzielił temu samemu klientowi na każdy album z listy 20 najlepiej sprzedających się albumów. Wynika to z pkt 19–22 pisma Komisji z dnia 21 września 2005 r.²⁰⁷, a wyraźnie z załącznika E.2 do tego pisma.

252. Aby móc skutecznie zbadać zarzut wypaczenia dowodów, należy najpierw określić, na jakie zestawienia powołuje się konkretnie Sąd w pkt 425 zaskarżonego wyroku. Niestety autentyczna angielska wersja językowa wyroku jest tutaj w najwyższym stopniu niedokładna. Jednakże już z pkt 425 angielskiej wersji wynika, że Sąd powołuje się na zestawienia, „które powinny dokumentować najwyższe rabaty promocyjne, stosowane przez Sony i BMG w przypadku ich najlepiej sprzedających się albumów”²⁰⁸, i w których obliczana jest różnica procentowa między najniższymi i najwyższymi rabatami w podziale na poszczególnych odbiorców.

253. Bardziej precyzyjna jest w tym względzie francuska wersja językowa zaskarżonego wyroku. Chociaż nie jest ona w niniejszej sprawie wersją oryginalną, to ta wersja językowa, w której zaskarżony wyrok został sporządzony i prowadzona była nad nim narada, może stwarzać jednak dodatkowe punkty odniesienia dotyczące tego, na co Sąd

206 — Wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P General Motors przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3173, pkt 54; ww. w przypisie 127 w sprawie JCB Service przeciwko Komisji, pkt 108 i ww. w przypisie 44 w sprawie Wunenburger przeciwko Komisji, pkt 67.

207 — Pismo Komisji z dnia 21 września 2005 r. dotyczące odpowiedzi na pisemne pytania Sądu.

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

chciał się w rzeczywistości w pkt 425 powołać, a mianowicie „tabel w załączniku E.4.2”²⁰⁹. Faktycznie również w dokumentacji administracyjnej na stronie tytułowej załącznika E.4.2 widnieje tytuł, który wyraźnie podobny jest do wyrazów wprowadzających w pkt 425 zaskarżonego wyroku²¹⁰, a w zestawieniach w załączniku E.4.2 wskazana jest wspomniana w pkt 425 różnica procentowa między najniższymi i najwyższymi rabatami w podziale na poszczególnych odbiorców.

254. Wychodzę zatem z założenia, że pkt 425 zaskarżonego wyroku powołuje się na zestawienia znajdujące się w załączniku E.4.2. Z niniejszego załącznika nie można jednak wywnioskować niczego, co przemawiałoby za *oczywistym błędem* w stwierdzeniach Sądu zawartych w pkt 425. Tabele ujęte w tym załączniku nie zawierają żadnych elementów wyjaśniających, za wyjątkiem nazwy na stronie tytułowej załącznika. Jednakże już patrząc pobieżnie na pierwszą i drugą tabelę w załączniku E.4.2, widać, że krytyka Sądu jest uzasadniona: podczas obliczania różnicy procentowej między najniższymi i najwyższymi rabatami w podziale na poszczególnych odbiorców rzeczywiście czasem wartości Bertelsmann i Sony zostały pomieszone²¹¹.

255. Również z wywodów Komisji zawartych w pkt 19–22 jej pisma z dnia 21 września 2005 r. nie wynika, że Sąd w oczywiste błędny sposób zinterpretował zestawienia z załącznika E.4.2. Niniejsze wywody Komisji odnoszą się mianowicie, już według dosłownego ich brzmienia, jedynie do załączników B.6, B.8 i E.2. Natomiast cytowane przez wnoszących odwołanie fragmenty pisma Komisji nie zawierają żadnych wyjaśnień odnośnie do poddawanych tutaj w wątpliwość zestawień załącznika E.4.2.

256. W tym kontekście uważam zarzut wypaczenia zarzutów, w odniesieniu do pkt 425 zaskarżonego wyroku, za nieuzasadniony.

b) W przedmiocie pkt 427 zaskarżonego wyroku

257. W punkcie 427 zaskarżonego wyroku Sąd wyjaśnia, co następuje:

209 — We francuskiej wersji językowej pkt 425 zaskarżonego wyroku rozpoczyna się w następujący sposób: „S’agissant des tableaux de l’annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, [...]” (podkreślenie własne).

210 — Tytuł znajdujący się na stronie tytułowej załącznika E.4.2 brzmi: „Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums”.

211 — Przykładowo w trzeciej rubryce pierwszej tabeli załącznika E.4.2 porównuje się najniższy przyznawany przez Sony rabat (SMEI) z najwyższym rabatem Bertelsmann (BMG); tak samo zrobiono w trzeciej rubryce drugiej tabeli w załączniku E.4.2.

„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 [...] znaczenie tych różnic dla sprawy jest wątpliwe, [...] dlatego że ukazują one jedynie widełki, bez analizowania średnich ważonych i odchyień w stosunku do średnich [...]”.

258. Zdaniem wnoszących odwołanie, wiele danych zawartych w zestawieniach i wykresach przedłożonych przez Komisję w Sądzie Pierwszej Instancji w odpowiedzi na skargę z dnia 11 lutego 2005 r. opierało się natomiast na średnich ważonych. Wskazują przy tym na załączniki B.4, B.8, B.9, B.10 i B.13 oraz na dodatkowe wyjaśnienia Komisji zawarte w piśmie z dnia 14 marca 2007 r. złożonym w postępowaniu w pierwszej instancji.

259. Ponadto należy zauważyć, że Sąd w swoim wyroku wyraźnie rozróżnia pod względem językowym *zestawienia* i *wykresy*²¹². W pkt 427 zaskarżonego wyroku Sąd wyraźnie odnosi się do różnych przedłożonych przez Komisję *zestawień*. Dlatego też oczekiwałabym, że wnoszący odwołanie w celu udowodnienia swojego zarzutu wypaczenia dowodów odniosą się również do części dokumentacji administracyjnej zawierających *zestawienia*. Po przejrzaniu załączników B.4, B.8, B.9, B.10 i B.13 muszą jednak stwierdzić, że znajduje się tam wprawdzie wiele *wykresów*, ale żaden z wymienionych załączników nie zawiera jakiegokolwiek *zestawienia*. W tych okolicznościach wymienione załączniki są tak samo mało odpowiednie do udowodnienia podnoszonego wypaczenia dowodów, jak i ewentualne wyjaśnienia Komisji dotyczące tych załączników.

260. Bardziej prawdopodobne jest to, że Sąd w pkt 427 odniósł się do zestawień ujętych

212 — Zobacz na przykład pkt 393, 401, 415, 416, 420–428 i 455–457 zaskarżonego wyroku, gdzie jest mowa o zestawieniach (po angielsku: „tables”), natomiast przykładowo w pkt 129 i 419 danego wyroku o wykresach (po angielsku: „charts”).

w załącznikach B.6 i B.7, które zajmują się rabatami fakturowymi („invoice discounts”) oraz w których znajdują się zresztą również wspomniane przez Sąd „widelki”. Jednakże odnośnie do powyższego wnoszący odwołanie akurat niczego nie przedstawiają.

261. W tym kontekście uważam zarzut wypaczenia dowodów w odniesieniu do pkt 427 zaskarżonego wyroku za nieuzasadniony.

c) W przedmiocie pkt 434 zaskarżonego wyroku

262. W pkt 431–434 zaskarżonego wyroku Sąd wyjaśnia zagadnienie, czy będzie wolno ustalić sprzedawcom detalicznym ceny sprzedaży netto na podstawie detalicznych cen sprzedaży przez zastosowanie „odwrotnego toku rozumowania” (tak zwany „reverse engineering”). Podłożem jest argument podniesiony przez Impalę w pierwszej instancji, iż marże sprzedawców detalicznych generalnie są przejrzyste i wystarczająco dokładnie znane²¹³.

263. Punkt 434 zaskarżonego wyroku w fragmentach brzmi następująco:

213 — Niniejszy kontekst wynika z pkt 431, 433 zaskarżonego wyroku.

„[...] opracowanie przygotowane przez ekonomistów uczestników koncentracji nie przedstawia danych wystarczająco wiarygodnych, miarodajnych i porównywalnych [...]. 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 [...]”.

264. Wnoszący odwołanie krytykują, iż Sąd pominął opracowanie przygotowane przez ich ekspertów ekonomicznych i przedłożone przez Komisję jako załącznik B.17²¹⁴, w szczególności jego rozdział 2. Zawarty tam został obszerny ekonomiczny zestaw danych, z którego wynika niedokładność założenia przez Sąd, iż sprzedawcy detaliczni dążą do jednolitej polityki w zakresie marży.

265. Niniejszy argument mnie nie przekonuje. Sama lektura spornego pkt 434 zaskarżonego wyroku prowadzi do stwierdzenia, że Sąd wcale nie pominął tego opracowania, lecz dokonał jego analizy.

266. Odnośnie do treści tego opracowania słuszne jest wprowadzić to, że jego część 2 bada *politykę w zakresie marż* sprzedawców detalicznych, a w szczególności zagadnienie, czy sprzedawcy detaliczni stosują standaryzowane marże („standard mark-ups”). Sąd nie zauważył jednak w tym opracowaniu informacji wskazujących na to, czy „sprzedawca detaliczny stosował zróżnicowaną *politykę sprzedaży* dla tego samego typu albumów”²¹⁵. Po dokonaniu analizy opracowania zawartego w załączniku B.17 dochodzę w tym zakresie do takiego samego wniosku co Sąd.

267. W tym kontekście uważam zarzut wypaczenia dowodów w odniesieniu do pkt 434 zaskarżonego wyroku za nieuzasadniony.

3. Wniosek wstępny

268. W związku z powyższym zarzut czwarty jest w całości nieuzasadniony. To samo odnosi się do wywodów poczynionych w pkt 101 i 102 odwołania, które pod względem treści nachodzą na ten zarzut czwarty.

214 — Chodzi o załącznik B.17 odpowiedzi na skargę Komisji z pierwszej instancji.

215 — Punkt 434 zaskarżonego wyroku (podkreślenie własne).

C — W przedmiocie wykorzystania w zaskarżonym wyroku informacji poufnych (zarzut siódmy)

269. W zarzucie siódmym wnoszący odwołanie zarzucają Sądowi, że wyrok naruszył prawo poprzez oparcie się na dowodach, które nie zostały ujawnione stronom wnoszącym odwołanie, tak że nie mogły się do nich ustosunkować, i które nie zostały przedłożone również Komisji podczas wydawania pierwszej decyzji zatwierdzającej. Ponieważ środek dowodowy tego rodzaju nie może być dla Komisji podstawą do wydania decyzji, nie można na nim również oprzeć stwierdzenia nieważności pierwszej decyzji.

270. Głównym punktem zaczepienia niniejszego zarzutu są wywody Sądu w przedmiocie przejrzystości cen i w szczególności w przedmiocie — spornej — możliwości kontroli rynku sprzedawców detalicznych poprzez duże koncerty fonograficzne za pomocą tygodniowych raportów monitoringowych ich przedstawicieli handlowych²¹⁶. Przy tym Sąd w pierwszej kolejności podkreśla stwierdzenie Komisji, według którego w Sony i Bertelsmann istnieje *system cotygodniowych raportów*, które zawierają również informacje o konkurentach²¹⁷. Uzupełniając powyższe, Sąd w swoim wyroku odnosi się jednak także do pewnych pism przedłożonych przez Impala i zakwalifikowanych jako poufne²¹⁸.

216 — Punkty 352–361 i 451 zaskarżonego wyroku.

217 — Zobacz pkt 352 zaskarżonego wyroku, w którym cytowany jest motyw 113 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

218 — Punkty 356–360, 389 i 451 zaskarżonego wyroku.

271. Ponieważ strony wnoszące odwołanie zarzucają między innymi, że nie mogły odnieść się przed Sądem od tych pism, należy w pierwszej kolejności omówić możliwe naruszenie zasady postępowania kontrykcyjnego przed Sądem.

272. Niewątpliwie decyzja sądowa może nie opierać się na okolicznościach i pismach, których *same strony* lub jedna z nich nie przyjmują do wiadomości i do których nie mogły się również odnieść²¹⁹. W niniejszym przypadku wnoszący odwołanie nie mieli jednak w ogóle charakteru *strony*, lecz wstąpili jedynie do procesu po stronie Komisji jako *interwenienci*. Mają oni w trakcie postępowania słabszą pozycję niż strona skarżąca i strona pozwana.

273. W szczególności art. 116 § 2 zdanie 2 regulaminu Sądu Pierwszej Instancji wyraźnie przewiduje, że prezes może na wniosek jednej ze stron nie przekazać interweniencji dokumentów tajnych lub poufnych, co właśnie w postępowaniu dotyczącym konkurencji dość często się zdarza²²⁰. Szczególnie przeprowadzenie postępowania dowodowego w sprawach z zakresu wspólnotowego

219 — Wyroki: z dnia 22 marca 1961 r. w sprawach połączonych 42/59, 49/59 Snutap przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. s. 101, 169; z dnia 10 stycznia 2002 r. w sprawie C-480/99 P Plant i in. przeciwko Komisji i South Wales Small Mines, Rec. s. I-265, pkt 24 i z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-199/99 P Corus UK przeciwko Komisji, Rec. s. I-11177, pkt 19. Zobacz także wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 29 maja 1986 r. w sprawie Feldbrugge przeciwko Niderlandom (seria A, nr 99, s. 16, § 44) i z dnia 31 października 2006 r. w sprawie Aksoy (Eroglu) przeciwko Turcji (nr 59741/00, § 21 oraz powołane tam orzecznictwo).

220 — Zobacz np. postanowienie z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie T-271/03 Deutsche Telekom przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1747.

prawa konkurencji charakteryzuje się tym, że badane dokumenty zawierają często tajemnice handlowe lub inne informacje, które nie mogą zostać ujawnione albo mogą zostać ujawnione jedynie z zastrzeżeniem istotnych ograniczeń²²¹. Już w systematyce regulaminu założono, że Sąd może opierać swój wyrok na dowodach, do których skarżące nie miały dostępu (zob. w tym zakresie również art. 67 § 3 ust. 1 regulaminu Sądu Pierwszej Instancji, a ponadto art. 287 WE).

274. Poufne traktowanie pism złożonych przez Impała jest — inaczej niż się może zdawać na pierwszy rzut oka — w mniejszym stopniu zagadnieniem kontradiktoryjności postępowania przed Sądem, a bardziej zagadnieniem uwzględnienia prawa do obrony uczestników postępowania w sprawie kontroli koncentracji w *postępowaniu administracyjnym*.

275. Strony wnoszące odwołanie słusznie podnoszą, że Sąd, stwierdzając nieważność pierwszej decyzji zezwalającej, nie mógł opierać się na przedłożonych przez Impała spornych pismach, gdyż Komisja ze swojej strony nie mogła wykorzystać tych pism ze względu na ich poufny charakter. Jeśli Sąd uważa te dokumenty za tak dalece poufne, że zupełnie zataja ich treść przed przedsiębiorstwami uczestniczącymi w koncentracji²²², wówczas nie można rozsądnie

również od Komisji oczekiwać, że oprze się na tym w postępowaniu administracyjnym w celu uzasadnienia ewentualnej decyzji zakazującej lub osłabienia jedynie niektórych argumentów uczestników koncentracji.

276. W tym kontekście Sąd naruszył więc prawo, opierając się przy stwierdzeniu nieważności pierwszej decyzji zatwierdzającej na przedłożonych przez Impała poufnych dokumentach.

277. Niniejsze naruszenie prawa nie prowadzi jednak do uchylecia zaskarżonego wyroku. Istniały jeszcze inne powody przeprowadzonych przez Sąd wywodów, które nie miały nic wspólnego z przedłożonymi przez Impała poufnymi dokumentami. Odniesienie się do tych dokumentów przedstawia ostatecznie tylko jeden z wielu czynników, z których wynika zdanie Sądu, „że przejrzystość, która już była silna [...], została jeszcze zwiększona”²²³. Gdyby jednak Sąd, uwzględniając prawo do obrony, zrezygnował z poufnych dokumentów przedłożonych przez Impała, nie zmieniłoby to w żaden sposób wniosków wyciągniętych w zaskarżonym wyroku²²⁴.

278. W konsekwencji również zarzut siódmy jest nieuzasadniony.

221 — Wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-411/04 P Salzgitter Mannesmann przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-965, pkt 43.

222 — Aczkolwiek po przejrzeniu dokumentacji administracyjnej z pierwszej instancji mam istotne wątpliwości, czy takie postępowanie było w niniejszym przypadku usprawiedliwione, nie jest jednak zadaniem Trybunału w niniejszym postępowaniu odwoławczym sprawdzanie dokonanej przez Sąd oceny poufności omawianych pism.

223 — Punkty 348–362, w szczególności pkt 362 zaskarżonego wyroku.

224 — Podobnie wyroki: ww. w przypisie 121 w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 72, ww. w przypisie 117 w sprawie Musique Diffusion française i in. przeciwko Komisji, pkt 30 i z dnia 29 czerwca 1995 r. w sprawie T-30/91 Solvay przeciwko Komisji, Rec. s. II-1775, pkt 58.

D — *Wniosek wstępny*

279. Odwołanie należy zatem w całości oddalić.

VI — W przedmiocie zarzucanego odwołania wzajemnego

280. W odpowiedzi na odwołanie Komisji przy końcu znajduje się oddzielny rozdział z „uwagami dodatkowymi”²²⁵ do przyczyn zwanych przez Sąd „głównymi przyczynami” pierwszej decyzji zatwierdzającej.

281. Komisja podnosi tam, że Sąd niesłusznie zakwalifikował jej twierdzenia w kwestii środków odwetowych²²⁶ w pkt 474 i 476 zaskarżonego wyroku jako główną przyczynę pierwszej decyzji zatwierdzającej. Gdyby miało się w niniejszym przypadku okazać, że twierdzenia Komisji odnośnie do niewystarczającej przejrzystości rynku wbrew opinii Sądu nie były naruszeniem prawa, w związku z tym pierwsza decyzja zatwierdzająca musi istnieć bez względu na to, czy narusza prawo w odniesieniu do środków odwetowych.

225 — Punkty 37–39 odpowiedzi na odwołanie Komisji, które są opatrzone nagłówkiem „6. Additional observations: On the ‘essential grounds’ of the Decision”.

226 — Punkty 114–118 pierwszej decyzji zatwierdzającej.

282. Impala pojęła niniejsze wywody Komisji jako *odwołanie wzajemne* i powołując się na art. 117 § 2 regulaminu Trybunału, odpowiedziała na nie osobnym pismem. Prezes Trybunału zezwolił na składanie kolejnych pism odnośnie do tego zagadnienia.

283. Powyższe nie oznacza jednak jeszcze, że w niniejszym przypadku Trybunał stwierdził już w wiążący sposób istnienie odwołania wzajemnego. Zakwalifikowanie argumentu jako odwołania wzajemnego wymaga na mocy art. 117 § 2 regulaminu, by pismo to zawierało żądanie uchylecia w całości lub w części zaskarżonego wyroku na podstawie zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Czy sytuacja ta ma miejsce w niniejszym przypadku, należy stwierdzić na podstawie brzmienia, celu i związku spornych fragmentów odwołania Komisji.

284. Należy w tym względzie podkreślić, że Komisja w żadnym miejscu swojego pisma nie używa terminu „odwołanie wzajemne”. Ponadto nagłówek „uwagi dodatkowe” wskazuje na to, że chodzi o uzupełniające wywody, służące jedynie lepszemu zrozumieniu właściwej argumentacji Komisji w przedmiocie odwołania Bertelsmann i Sony. W szczególności jej „uwagi dodatkowe” zmierzają do wyjaśnienia, jakie skutki miałyby dla istnienia pierwszej decyzji zatwierdzającej uchylecie (w danym wypadku częściowe) zaskarżonego wyroku na żądanie Bertelsmann i Sony²²⁷.

227 — Zobacz w szczególności pkt 39, ostatnie zdanie, odpowiedzi na odwołanie Komisji.

285. Sama Komisja wyjaśniła w toku dalszego postępowania, że poprzez swoje „uwagi dodatkowe” w żaden sposób nie zamierzała składać odwołań wzajemnego i wyraźnie zresztą zastrzegła przejęcie ewentualnych kosztów z tego tytułu; podkreśliła ponadto, że jej „uwagi dodatkowe” nie mają samodzielnego znaczenia, lecz byłyby istotne tylko w przypadku (w danym wypadku częściowej) skuteczności złożonego przez Bertelsmann i Sony odwołania²²⁸.

286. W tym kontekście należy przyjąć, że już „uwagi dodatkowe” Komisji nie zawierają odwołań wzajemnego, co czyni niepotrzebnym odrębne orzekanie Trybunału w ich przedmiocie, a nawet *ultra petita*.

VII — W przedmiocie kosztów

287. Jeżeli odwołanie zostaje — tak jak proponuję w niniejszym przypadku — oddalone, Trybunał rozstrzyga o kosztach (art. 122 ust. 1 regulaminu), przy czym szczególne wyniki wynikają z art. 69 w związku z art. 118 rozporządzenia.

228 — Pismo Komisji z dnia 15 maja 2007 r. do sekretarza Trybunału.

288. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Gdy strona przegrywająca sprawę składa się z kilku osób, Trybunał rozstrzyga o podziale kosztów. Powyższą kwestię odmiennie reguluje art. 69 § 3 ust. 1 regulaminu, na podstawie którego Trybunał może postanowić, że koszty zostaną rozdzielone w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron; regulacja ta znajduje zastosowanie również w sytuacji, gdy odwołanie wprawdzie zostanie oddalone, lecz strona wnosząca odwołanie wygrała w części podnoszonej przez siebie argumentacji²²⁹.

289. Ponieważ wnoszące odwołanie: Bertelsmann i Sony w rezultacie przegrały sprawę swojego odwołania, ale bądź co bądź część ich zarzutów była uzasadniona pod względem materialnym, koszty należy rozdzielić. Proponuję zatem, aby obciążyć Bertelsmann i Sony w danym wypadku kosztami własnymi oraz kosztami Impala w wysokości trzech czwartych; ponieważ ponoszą one koszty Impala, właściwym wydaje się ponadto, aby Bertelsmann i Sony odpowiadały jak dłużnicy solidarni²³⁰. Natomiast Impala powinna ponieść jedną czwartą swoich kosztów.

290. Kolejnych uczestników postępowania, którzy poparli odwołanie wnioskami przed Trybunałem, można w danym wypadku, stosując odpowiednio art. 69 § 4, obciążyć kosztami własnymi. Ponieważ Komisja i Sony

229 — Wyroki z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-93/02 P Biret International przeciwko Radzie, Rec. s. I-10497, pkt 72 i w sprawie C-94/02 P Biret i Cie przeciwko Radzie, Rec. s. I-10565, pkt 75.

230 — Wyrok z dnia 31 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-122/99 P i C-125/99 P D i Szwecja przeciwko Radzie, Rec. s. I-4319, pkt 65.

BMG Music Entertainment poparły swoimi wnioskami odwołanie Bertelsmann i Sony i w rezultacie przegrały, właściwie wydaje się obciążenie ich kosztami własnymi²³¹.

VIII — Wnioski

291. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał orzekł, że:

- 1) Odwołanie zostaje oddalone.

- 2) Bertelsmann AG i Sony Corporation of America pokrywają własne koszty oraz jako dłużnik solidarny pokrywają trzy czwarte kosztów Independent Music Publishers and Labels Association; Independent Music Publishers and Labels Association pokrywa jedną czwartą własnych kosztów.

- 3) Komisja Wspólnot Europejskich i Sony BMG Music Entertainment BV pokrywają koszty własne.

²³¹ — Podobnie np. wyroki z dnia 26 lutego 2002 r. w sprawie C-23/00 P Rada przeciwko Boehringer, Rec. s. I-1873, pkt 56 i z dnia 2 października 2003 r. w sprawach połączonych C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P i C-180/01 P International Power i in. przeciwko NALOO, Rec. s. I-11421, pkt 187.