

SODBA SODIŠČA PRVE STOPNJE (tretji senat)  
z dne 13. julija 2006\*

V zadevi T-464/04,

**Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, mednarodno združenje)**, s sedežem v Bruslju (Belgija), ki ga zastopajo S. Crosby in J. Golding, solicitors, ter I. Wekstein-Steg, odvetnik,

tožeča stranka,

proti

**Komisiji Evropskih skupnosti**, ki jo zastopata A. Whelan, zastopnik, in K. Mojzesowicz, zastopnica,

tožena stranka,

\* Jezik postopka: angleščina.

ob sodelovanju

**Bertelsmann AG**, s sedežem v Güterslohu (Nemčija), ki ga zastopajo J. Boyce, solicitor, ter P. Chappatte in D. Loukas, odvetnika,

ter

**Sony BMG Music Entertainment BV**, s sedežem v Vianenu (Nizozemska),

in

**Sony Corporation of America**, s sedežem v New Yorku, New York (Združene države),

ki ju zastopajo N. Levy, barrister, ter R. Snelders in T. Graf, odvetnika,

intervenienti,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti odločbe Komisije C(2004)2815 z dne 19. julija 2004 o razglasitvi koncentracije za združljivo s skupnim trgov in delovanjem Sporazuma EGP (zadeva COMP/M.3333 – Sony/BMG),

SODIŠČE PRVE STOPNJE  
EVROPSKIH SKUPNOSTI (tretji senat),

v sestavi M. Jaeger, predsednik, J. Azizi, sodnik, in E. Cremona, sodnica,  
sodni tajnik: I. Natsinas, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 22. septembra 2005

izreka naslednjo

## **Sodbo**

### **Dejansko stanje**

- <sup>1</sup> Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) je mednarodno združenje belgijskega prava, ki združuje 2500 neodvisnih podjetij, ki se ukvarjajo z glasbeno produkcijo.
- <sup>2</sup> Komisija je 9. januarja 2004 v skladu s členom 4 Uredbe Sveta (EGS) št. 4064/89 z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij (UL L 395, str. 1), kakor je bila popravljena (UL 1990, L 257, str. 13) in spremenjena z Uredbo Sveta (ES) št. 1310/97 z dne 30. junija 1997 o spremembi Uredbe (EGS) št. 4064/89 o nadzoru koncentracij podjetij (UL L 180, str. 1, v nadaljevanju: Uredba), prejela prigrasitev

načrta koncentracije, s katerim sta družbi Bertelsmann AG in Sony Corporation of America, ki sta del skupine Sony (v nadaljevanju: Sony), nameravali združiti svetovne dejavnosti na področju glasbenih posnetkov.

- 3 Bertelsmann je mednarodna medijska družba, katere dejavnosti na svetovni ravni zajemajo glasbeno produkcijo in založništvo, televizijo, radio, izdajanje knjig, revij in časopisov, tiskarske in medijske storitve, literarne in glasbene klube. Bertelsmann deluje na področju glasbenih posnetkov s hčerinsko družbo, ki jo nadzira v celoti, in sicer Bertelsmann Music Group (BMG). Glasbene znamke družbe BMG so predvsem Arista Records, Jive Records, Zomba in Radio Corporation of America (RCA) Records.
  
- 4 Sony na svetovni ravni deluje na področjih glasbene produkcije in založništva, industrijske elektronike in elektronike za široko potrošnjo ter zabave. V sektorju glasbenih posnetkov deluje s Sony Music Entertainment. Znamke družbe Sony so Columbia Records Group, Epic Records Group in Sony Classical.
  
- 5 Predlagana koncentracija zajema vključitev svetovnih dejavnosti članic koncentracije na področju glasbenih posnetkov (razen dejavnosti družbe Sony na Japonskem) v tri nove družbe ali še več, v družbe, ustanovljene na podlagi „Business Contribution Agreement“ (sporazum o povezovanju dejavnosti) z dne 11. decembra 2003. Načrtuje se, da bi ta skupna podjetja delovala pod imenom Sony BMG.
  
- 6 V skladu s sporazumom bi družba Sony BMG delovala na področju odkrivanja in podpiranja izvajalcev (dejavnost umetniškega vodenja, imenovana A & R (izvajalci in repertoar)) ter promocije in prodaje plošč, ki bi pri tem nastale. Družba Sony BMG se ne bo ukvarjala s povezanimi dejavnostmi, kot so glasbeno založništvo, produkcija in distribucija.

- 7 Komisija je 20. januarja 2004 nekaterim akterjem na trgu poslala vprašalnik. Tožeča stranka je odgovorila na ta vprašalnik in 28. januarja 2004 vložila ločeno vlogo (priloga A.5), v kateri je pojasnila, zakaj naj bi po njenem mnenju Komisija morala razglasiti koncentracijo za nezdružljivo s skupnim trgom. Tožeča stranka je izrazila strah glede večje koncentracije na trgu in njenega učinka na dostop do trga, vključno s sektorjem distribucije, mediji, internetom in izbiro potrošnikov.
  
- 8 Komisija je v odločbi z dne 12. februarja 2004 ugotovila, da priglašena koncentracija zbuja resen dvom glede njene združljivosti s skupnim trgom in delovanjem Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru (EGP), in začela postopek v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe.
  
- 9 Komisija je 24. maja 2004 poslala članicama koncentracije obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, v katerem je začasno ugotovila, da je priglašena koncentracija nezdružljiva s skupnim trgom in delovanjem Sporazuma EGS, ker krepí kolektivni prevladujoči položaj na trgu glasbenih posnetkov in na trgu na debelo za dovoljenja za glasbo na spletu in ker usklajuje ravnanje matičnih družb tako, da je to nezdružljivo s členom 81 ES.
  
- 10 Članici koncentracije sta odgovorili na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, obravnava pred pooblaščenecem za zaslišanje pa je bila 14. in 15. junija 2004 ob navzočnosti predvsem tožeče stranke.
  
- 11 Komisija je z odločbo z dne 19. julija 2004 razglasila koncentracijo za združljivo s skupnim trgom na podlagi člena 8(2) Uredbe (v nadaljevanju: Odločba).

- 12 Tožeča stranka je na zahtevo z dne 26. julija 2004 nezaupni izvod Odločbe prejela 23. septembra 2004.

### **Postopek in predlogi strank**

- 13 Tožeča stranka je tožbo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje vložila 3. decembra 2004.
- 14 Tožeča stranka je z ločeno vlogo, vloženo isti dan, vložila predlog, naj Sodišče prve stopnje odloči o tožbi po hitrem postopku v skladu s členom 76a Poslovnika Sodišča prve stopnje.
- 15 Komisija je v dopisu z dne 17. decembra 2004 izrazila dvom glede primernosti hitrega postopka v obravnavanem primeru in poleg zapletenosti zadeve poudarila predvsem razlike, ki bi nastale, ker bi za razlago razlogov Odločbe morala uporabiti zelo obsežne in zapletene podatke in ker bi taka obramba poleg tega zahtevala zapletena pogajanja s članicama koncentracije in tretjimi strankami glede stopnje razkritja zaupnih podatkov, ki bi jih Komisija lahko morala razkriti.
- 16 Z vlogami, vloženimi pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 10., 11. in 19. januarja 2005, so družbe Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment in Sony Corporation of America predlagale, naj se jim dovoli intervencija v podporo predlogom Komisije. Tem predlogom je bilo ugodeno s sklepom predsednika tretjega senata z dne 4. februarja 2005.

- 17 Medtem je Sodišče prve stopnje s sklepom z dne 13. januarja 2005 na podlagi ukrepov procesnega vodstva iz člena 64(3)(e) Poslovnika stranke pozvalo, naj se udeležijo neuradnega srečanja 24. januarja 2005, da bi preučili možnost obravnave zadeve po hitrem postopku, zlasti ob upoštevanju vprašanja zaupnosti nekaterih delov spisa, ki ga je postavila Komisija.
- 18 Komisija je z vlogo, vloženo 18. januarja 2005, v dogovoru s tožečo stranko vložila predlog o ukrepih procesnega vodstva, da bi se Komisiji v bistvu omogočilo predložiti dokumente in informacije, ki so ji bili poslani zaupno, tako da bi jih sporočila samo svetovalcem tožeče stranke, ne pa sami tožeči stranki.
- 19 S sklepom z dne 24. januarja 2005 je Sodišče prve stopnje, ki je obravnavalo predvsem dogovor med tožečo stranko in intervenienti, ugodilo predlogu o ukrepih procesnega vodstva. Prav tako je ugodilo predlogu za hitro obravnavo, vendar je pojasnilo, da je to odločitev mogoče kadar koli ponovno preučiti glede na razvoj spisa in postopka. Določeni so bili tudi roki za vložitev vlog.
- 20 Tožeča stranka je z vlogo, vloženo 11. februarja 2005, vložila predlog za spremembo ukrepa procesnega vodstva. Tožena stranka in intervenienti so z dopisom z dne 18. februarja 2005 vložili stališča glede tega predloga. Tožeča stranka je z vlogo, vloženo 22. februarja 2005, umaknila predlog za spremembo ukrepa procesnega vodstva.
- 21 Medtem je Komisija 11. februarja 2005 vložila odgovor na tožbo. Družbe Bertelsmann, Sony BMG in Sony so 25. februarja 2005 vložile intervencijske vloge.

- 22 Medtem je tožeča stranka v dopisu z dne 15. februarja 2005 predlagala, naj se ji dovoli vložiti stališča glede novih informacij v odgovoru Komisije na tožbo. Sodišče prve stopnje je s sklepom z dne 21. februarja 2005 ugodilo temu predlogu in toženi stranki dalo možnost, da do 4. marca 2005 predlaga, naj se ji dovoli vložitev dodatnih stališč, kar je dejansko storila. Tožeča stranka je v dopisu z dne 1. marca 2005 ugovarjala temu predlogu. Komisija je 14. marca 2005 vložila dodatna stališča.
- 23 Na podlagi poročila sodnika poročevalca je Sodišče prve stopnje (tretji senat) odločilo, da začne ustni postopek, in na podlagi ukrepov procesnega vodstva Komisijo pozvalo, naj predloži več dokumentov in pisno odgovori na nekatera pisna vprašanja.
- 24 Komisija je z dopisom z dne 19. septembra 2005 predlagala podaljšanje roka za predložitev odgovorov na vprašanja Sodišča prve stopnje, ki je temu ugodilo. Komisija je z dopisom z dne 21. septembra 2005 predložila odgovore na vprašanja Sodišča prve stopnje.
- 25 Stranke so na obravnavi 22. septembra 2005 podale ustne navedbe in odgovorile na vprašanja Sodišča prve stopnje.
- 26 Komisija je z dopisom z dne 26. septembra 2005 predložila dokumente po obravnavi in predlagala, naj se ji dovoli, da pisno komentira morebitna stališča, ki bi jih tožeča stranka predložila o odgovorih Komisije na pisna vprašanja z dne 21. septembra 2005. Temu predlogu je Sodišče prve stopnje ugodilo.
- 27 Tožeča stranka je 29. septembra 2005 vložila vlogo glede odgovorov Komisije na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje.



28 Komisija je 11. oktobra 2005 vložila pisna stališča glede stališč tožeče stranke o odgovorih Komisije na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje.

29 Tožeča stranka Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

- izključi dokumente, ki jih je Komisija priložila k odgovoru na tožbo;
- Odločbo razglasi za nično;
- podredno razglasi Odločbo za nično v delu, ki se nanaša na eno ali drugo od naslednjih točk:
  - kolektivni prevladujoči položaj na trgu za dovoljenja za glasbo na spletu;
  - posamični prevladujoči položaj na trgu za distribucijo glasbe na spletu;
  - usklajevanje dejavnosti članic koncentracije na področju glasbenega založništva;
- Komisiji naloži plačilo stroškov.

30 Komisija ob sodelovanju družb intervenientk Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

- tožbo zavrne kot neutemeljeno;
  
  
- tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

## Pravo

31 Tožeča stranka v podporo ničnostni tožbi navaja pet tožbenih razlogov, razdeljenih v več delov. Tožeča stranka s prvim tožbenim razlogom trdi, da je Komisija, s tem ko ni ugotovila obstoja kolektivnega prevladujočega položaja pred načrtovano koncentracijo na trgu glasbenih posnetkov in krepitve tega položaja, kršila člen 253 ES ter storila očitno napako pri presoji in nepravilno uporabila pravo. Tožeča stranka z drugim tožbenim razlogom trdi, da je Komisija, s tem ko ni ugotovila, da bi načrtovana koncentracija ustvarila kolektivni prevladujoči položaj na trgu glasbenih posnetkov, kršila člen 253 ES ter storila očitno napako pri presoji in nepravilno uporabila pravo. Tretji tožbeni razlog se nanaša na kršitev člena 2 Uredbe, ker Komisija ni ugotovila, da nastaja in se krepi kolektivni prevladujoči položaj na svetovnem trgu za dovoljenja za glasbo na spletu. Tožeča stranka s četrtem tožbenim razlogom trdi, da je Komisija, s tem ko ni ugotovila, da bi družba Sony dosegla kolektivni prevladujoči položaj na trgu za distribucijo glasbe na spletu, kršila člen 253 ES in storila očitno napako pri presoji. Tožeča stranka s petim tožbenim razlogom trdi, da je Komisija, s tem ko je ugotovila, da se z načrtovano koncentracijo ne bi uskladile dejavnosti članic koncentracije na področju glasbenega založništva, storila očitno napako pri presoji in kršila člen 81 ES v povezavi s členom 2, četrta pododstavek, Uredbe.

I – *Dokazi, priloženi k odgovoru na tožbo*

A – *Trditve strank*

- 32 Tožeča stranka ugotavlja, da iz odgovora na tožbo izhaja, da se je Komisija v upravnem postopku oprla na dokumente in informacije, do katerih je dobila vpogled šele, ko je prejela odgovor na tožbo, čeprav so imeli ključno vlogo, ker jih je Komisija upoštevala za utemeljitev svoje oddaljitve od stališča, ki ga je sprejela v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, da naj bi načrtovana koncentracija ustvarjala ali krepila kolektivni prevladujoči položaj in bila nezdružljiva s skupnim trgom.
- 33 Tožeča stranka trdi, da bi, če bi te dokumente, ki vsebujejo nepopolne informacije in so zavajajoči, videla med upravnim postopkom, lahko dokazala njihove bistvene pomanjkljivosti, Odločba pa bi bila drugačna ali bi morala vsaj vsebovati izrecno obrazložitev zavrnitve njenih pripomb. Komisiji očita, da je imela te dokumente in se oprla nanje, ne da bi jih navzkrižno preučila ali jih predložila tretjim strankam, da bi te lahko predložile pripombe.
- 34 Čeprav tožeča stranka priznava, da mora Komisija varovati poslovne skrivnosti in da zanjo ne velja nobena obveznost, da tretjim strankam razkrije vse informacije v spisu v upravnih postopkih nadzora koncentracij, trdi, da to Komisiji ne dovoljuje, da tem strankam odvzame možnost predložitve stališč o zadevi, s tem ko na primer pripravi nezaupno in skrajšano različico zadevnih informacij.
- 35 Tožeča stranka pojasnjuje, da ne navaja tožbenega razloga, ki se nanaša na kršitev bistvenih procesnih zahtev, ampak meni, da je Komisija predložila nove dokaze

prepozno, da bi rešili odločitev o temelju, in da so poskus naknadne odprave pomanjkljivosti Odločbe. Tožeča stranka, ki opozarja, da nepredložitve dokumentov v upravnem postopku ni mogoče nadomestiti v sodnem postopku (sodba Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Hercules Chemicals proti Komisiji, C-51/92 P, Recueil, str. I-4235, točka 78), trdi, da je treba zadevne dokumente izločiti.

36 Komisija predlaga, naj se ta predlog zavrne.

#### B – *Presoja Sodišča prve stopnje*

37 Uvodoma je treba ugotoviti, da so bili dokazi, katerih izločitev iz spisa tožeča stranka predlaga Sodišču prve stopnje, predloženi v prilogi k odgovoru na tožbo, ki ga je Komisija vložila v skladu z določbami člena 46 Poslovnika. Tožeča stranka ne navaja, zakaj naj bi bila predložitve teh listin Komisije v nasprotju s Poslovníkom.

38 Nato je treba ugotoviti, da niti razlogi, zakaj tožeča stranka predlaga izločitev teh listin iz spisa, niti sam smisel njenega predloga niso jasni.

39 Prvič, čeprav tožeča stranka trdi, da so predloženi dokumenti poskus naknadne odprave pomanjkljivosti Odločbe, vseeno ne trdi, da so bili ti dokumenti zbrani ali sestavljeni po sprejetju Odločbe, ampak nasprotno trdi, da so imeli ključno vlogo v upravnem postopku, ker naj bi se Komisija oprla na te dokumente, da bi utemeljila Odločbo. Vendar to dejstvo, če je dokazano, vsekakor ne more povzročiti izločitve navedenih dokumentov. Poleg tega, čeprav tožeča stranka Komisiji očita, da skuša

naknadno odpraviti pomanjkljivosti Odločbe, vsaj v podporo temu predlogu ne navaja kršitve načela, da mora biti obrazložitev navedena v sami odločbi in da se odločbe ne sme prvič pojasniti pred Sodiščem prve stopnje (sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. septembra 1998 v združenih zadevah *European Night Services* in drugi proti Komisiji, T-374/94, T-375/94, T-384/94 in T-388/94, Recueil, str. II-3141, točka 95). Vsekakor se morebitna nezadostnost obrazložitve kaznuje z razveljavitvijo izpodbijanega akta in ne z izločitvijo dokumentov. Vprašanje, ali je Odločba pravno zadostno obrazložena, se bo v obravnavanem primeru preučilo pri različnih tožbenih razlogih, ki jih je navedla tožeča stranka.

- 40 Drugič, čeprav tožeča stranka trdi, da za Komisijo ne velja nobena obveznost, da v upravnih postopkih nadzora koncentracij tretjim strankam razkrije vse informacije v spisu, opozarja, da na podlagi sodne prakse nepredložitve dokumentov v upravnem postopku ni mogoče popraviti v sodnem postopku. Ne da bi bilo treba preučiti obseg pravic tretjih strank do obrambe ali vpogleda v spis v postopkih nadzora koncentracij, je dovolj ugotovitev, da tožeča stranka izrecno poudarja, da ne namerava podati novega tožbenega razloga, ki se nanaša na kršitev postopkovnih pravil. Predlogu torej ni mogoče ugoditi v delu, ki temelji na tem tožbenem razlogu. Vsekakor je kršitev pravic do obrambe mogoče kaznovati samo, če se dokaže, da je nerazkritje dokumentov lahko v škodo tožeče stranke vplivalo na vsebino zadevne odločbe, kar se ne bi moglo zgoditi brez preučitve navedenih dokumentov.

- 41 Tretjič, tožeča stranka trdi, da dokumenti vsebujejo nepopolne informacije in so zavajajoči ter da bi lahko, če bi v upravnem postopku imela vpogled v navedene dokumente, dokazala njihove bistvene pomanjkljivosti, zaradi česar bi bila sprejeta drugačna odločba. Čeprav to dejstvo lahko pelje do preudarne presoje dokazov, ki jih je predložila Komisija, nasprotno ne more omogočiti, da se sprejme ukrep, ki ga

predlaga tožeča stranka. Prav nasprotno, ta ukrep bi tožeči stranki odvzel možnost, da dokaže domnevno nezanesljivost ali neupoštevnost spornih dokumentov v okviru tožbenih razlogov, ki se nanašajo na očitno napako pri presoji.

<sup>42</sup> Nazadnje, podredni predlog tožeče stranke, naj Sodišče prve stopnje razglasi dokumente za neprepričljive ali neupoštevne, je treba iz istih razlogov prav tako zavrniti. Vsekakor je ta predlog temeljno vprašanje, ki bo preučeno pri različnih tožbenih razlogih in trditvah tožbe.

<sup>43</sup> Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da je treba zavrniti predlog tožeče stranke, naj se listine, ki jih je Komisija predložila v podporo odgovoru na tožbo, izločijo ali razglasijo za neupoštevne.

*II – Prvi tožbeni razlog: krepitev prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja na trgu glasbenih posnetkov*

<sup>44</sup> Prvi tožbeni razlog je razdeljen na dva dela, prvi se nanaša na nepravilnost trditve Komisije, da na trgu glasbenih posnetkov pred načrtovano koncentracijo ni bilo kolektivnega prevladujočega položaja, drugi pa na napako, ki je posledica dejstva, da ni bila ugotovljena krepitev navedenega prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja zaradi načrtovane koncentracije.

*A – Trditve tožeče stranke*

## 1. Prvi del

- <sup>45</sup> Tožeča stranka uvodoma ugotavlja, da obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah in Odločba vsebujeta številne dokaze, da je imel trg glasbenih posnetkov pred koncentracijo vse značilnosti trga, na katerem obstaja kolektivni prevladujoči položaj, ki izpolnjuje merila, določena v sodni praksi (sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. junija 2002 v zadevi Airtours proti Komisiji, T-342/99, Recueil, str. II-2585).
- <sup>46</sup> Prvič, tožeča stranka v zvezi s tem opozarja, da so velike družbe (v nadaljevanju: glavne založbe) opisane, kot da imajo vse značilnosti skupine s prevladujočim položajem: veliki tržni deleži, velika finančna moč (uvodna izjava 53 Odločbe), ohranjanje visokih cen (uvodna izjava 56 Odločbe), oligopolna struktura (uvodna izjava 148 Odločbe) in torej medsebojna odvisnost.
- <sup>47</sup> Drugič, tožeča stranka poudarja, da je Komisija ugotovila, da ima trg vse značilnosti, ugodne za tihe dogovore, in olajšuje spremljanje te koncentracije (točke od 93 do 116 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah), in preučila deset dejavnikov, ki nakazujejo tihi dogovor (glej prilogo A.15), ki se niso spremenili od obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah. Format proizvoda naj bi bil homogen in potrošnik naj bi kupoval plošče več izvajalcev in več zvrsti, s čimer se je ustvarjal „prostor za zamenljivost“ (uvodna izjava 110 Odločbe). Trg naj bi bil zelo ugoden za usklajevanje, ki naj bi se dejansko zgodilo (uvodna izjava 112 Odločbe). Obstajala naj bi stalna baza strank (uvodna izjava 112 Odločbe) in članici koncentracije naj bi nadzirali trg za distribucijo (uvodna izjava 113 Odločbe).

48 Tretjič, cene naj bi kazale, da obstaja kolektivni prevladujoči položaj. Obstajala naj bi vzporednost med dejanskimi neto cenami (točke od 76 do 80 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah ter uvodne izjave 75, 82, 89, 96 in 103 Odločbe). Javne prodajne cene (v nadaljevanju: JPC) naj bi bile znane, število referenčnih cen pa omejeno (uvodni izjavi 111 in 112 Odločbe). Neto prodajne cene naj bi bile tesno povezane z JPC (uvodne izjave 77, 84, 91, 98 in 105 Odločbe). JPC in dejanske neto cene naj bi bile zelo usklajene in pregledne, na preglednost povprečnih dejanskih neto cen pa naj popusti ne bi vplivali (točke 88, 90 in 92 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah ter opombe 45, 49, 52, 55 in 57 v Odločbi).

49 Četrtrič, Komisija naj bi ugotovila, da obstajajo potencialno učinkoviti mehanizmi odvrčanja (točke od 128 do 132 obvestila o obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah in uvodna izjava 118 Odločbe), glavne založbe pa naj ne bi bile podvržene tem učinkovitim konkurenčnim pritiskom.

50 Tožeča stranka trdi, da na podlagi trditev Komisije, ki se nanašajo na heterogenost vsebine albumov, nezadostno preglednost cen zaradi akcijskih popustov in neobstoja dokaza o kakršnih koli povračilnih ukrepih, ni mogoče zavrniti ugotovitve obstoja kolektivnega prevladujočega položaja ter da analiza Komisije ni obrazložena in vsebuje očitno napako pri presoji in nepravilno uporabo prava.

a) Kršitev obveznosti obrazložitve

51 Z Odločbo naj bi bil kršen člen 253 ES, saj naj ne bi vsebovala obrazložitve dejanskih in pravnih okoliščin, na katere se je institucija oprla, tako da bi Sodišče lahko izvajalo nadzor ter da bi se države članice in zainteresirane osebe seznanile z okoliščinami, v katerih so institucije Skupnosti uporabile Pogodbo (sodba Sodišča z dne 26. marca 1987 v zadevi Komisija proti Svetu, 45/86, Recueil, str. 1493).



## Homogenost proizvoda

- 52 Prvič, glede homogenosti proizvoda, tožeča stranka očita Komisiji, da ni navedla, zakaj dejavnik homogenosti vsebine prevladuje nad dejavnikom obstoja „prostora za zamenljivost“, po katerem večina potrošnikov kupuje glasbo zelo različnih izvajalcev in zvrsti, ali dejavnikom homogenosti formata, v zvezi s cenami in preglednostjo. Komisija naj prav tako ne bi navedla, zakaj naj bi ugotovitev, da so cene albumov zelo standardne, ovrгла splošna trditev, da so cene odvisne od „uspeha albuma“. Uvodna izjava 110 Odločbe naj bi v zvezi s tem vsebovala nasprotujoče si ugotovitve.

## Preglednost

- 53 Drugič, glede preglednosti, tožeča stranka trdi, da trditve in argumenti Komisije o popustih, katerih posledica je zavrnitev vseh dokazov o preglednosti, niso ustrezno obrazloženi.
- 54 Komisija naj bi tako trdila, da je v velikih državah preglednost cen, ki izhajajo iz JPC, odpravljena zaradi akcijskih popustov, ne da bi pojasnila funkcijo in pomen teh popustov za sistem cen.
- 55 Pri majhnih državah naj razlogi, zakaj je Komisija pripisovala tolikšen pomen akcijskim popustom in ne običajnim popustom, čeprav je v točki 150 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah trdila, da so, „kot na večjih ozemljih, največji popusti v vseh državah običajni popusti“, ne bi bili jasno navedeni. Sicer pa naj ne bi

bilo natančno opisano, kaj so običajni popusti. Komisija naj bi pri presoji preglednosti v majhnih državah brez pojasnila izjemoma uporabljala primerjavo običajnih popustov in akcijskih popustov, tako da bi težko ugotovili, ali so bili v študiji preučeni akcijski ali običajni popusti.

- 56 Tožeča stranka poleg tega trdi, da se Odločba sklicuje samo na dokaze o popustih v zvezi z družbama Sony in BMG in ne pokriva drugih glavnih založb (uvodna izjava 71 in opomba 43 v Odločbi). Obrazložitev naj bi bila torej nepopolna.

#### Sredstva odvracanja

- 57 Tretjič, glede sredstev odvracanja naj Komisija ne bi pojasnila, zakaj naj bi bilo zaradi dejstva, čeprav bi bilo točno, da ni mogla dokazati, da so se povračilni ukrepi kdaj uporabili, mogoče zavrnila vse dokaze o obstoju učinkovitih sredstev odvracanja.

#### Protiutež

- 58 Nazadnje, četrtič, Odločba naj v nasprotju z obvestilom o ugotovitvah o možnih kršitvah ne bi vsebovala nobene presoje obstoja protiuteži na trgu niti pojasnila o tem neobstoju, kar naj bi bilo enakovredno popolnemu neobstoju obrazložitve.

## b) Očitna napaka pri presoji

- 59 Tožeča stranka opozarja na sodno prakso, po kateri Komisija stori očitno napako pri presoji, kadar pri tehtanju protislovnih trditev pripisuje prevelik pomen eni od njih (sodba Sodišča prve stopnje z dne 10. oktobra 2001 v zadevi British American Tobacco International (Investments) proti Komisiji, T-111/00, Recueil, str. II-2997, točka 58) ali kadar razlogi, navedeni za utemeljitev odločitve, dejansko ne podpirajo te odločitve. Prav tako bi bilo treba za presojo Komisije, kadar je ne podpirajo določeni dokazi ali dejstva, šteti, da ni bila opravljena ustrezno in razumno (sodba Sodišča z dne 22. oktobra 1991 v zadevi Nölle, C-16/90, Recueil, str. I-5163). Vendar naj potrditev neobstoja kolektivnega prevladujočega položaja ne bi bila potrjena z upoštevnimi dejstvi, sklepanjem ali dokazi in Komisija naj ne bi izpolnila obveznosti, da presodi vse upoštevne dejavnike.
- 60 Tožeča stranka trdi, da Odločba vsebuje očitne napake pri presoji pri ugotovitvi homogenosti proizvoda, preglednosti in obstoja sredstev odvracanja, presoji protiuteži in analizi skupne politike.

## Homogenost proizvoda

- 61 Komisija naj bi storila očitno napako pri presoji, ko je ugotovila, da heterogenost vsebine prevladuje nad homogenostjo formata, čeprav je sprejela trditev, da potrošnik kupuje plošče več izvajalcev in zvrsti in da torej obstaja „prostor za zamenljivost“. Vsekakor naj bi bil dejavnik heterogenosti proizvoda upošteven samo, če bi se cene določale na podlagi posameznih naslovov in ne kot v obravnavanem

primeru na podlagi nekaj referenčnih cen (uvodni izjavi 110 in 111 Odločbe). Če bi sledili logiki Komisije, kolektivni prevladujoči položaj ne bi nikoli obstajal v industrijah, povezanih z intelektualno lastnino, ker v teh nikoli ne more obstajati popolna homogenost vsebine.

## Preglednost

### – Splošna trditev

<sup>62</sup> Tožeča stranka trdi, da predloženi dokazi kažejo, da so cene, ki jih uporabljajo glavne založbe, seveda dovolj pregledne, da jim omogočajo usklajevanje cen. Komisija naj ne bi predložila nobenega dokaza za zavrnitev te analize, ampak naj bi samo sklepala iz domnevnih sprememb popustov, da je preglednost mogoče tako zelo odpraviti ali zmanjšati, da ne bi več omogočala usklajevanja cen.

<sup>63</sup> Napaka pri presoji naj bi izhajala iz ugotovitev Komisije, da:

— naj bi obstajala vzporednost in razmeroma podobno gibanje cen pri glavnih založbah za povprečne neto cene (uvodne izjave 75, 82, 89, 96 in 103 Odločbe);

— bi se JPC lahko uporabile kot osrednja točka za usklajevanje (uvodne izjave 76, 83, 90, 97 in 104 Odločbe);

— naj bi se JPC in povprečne neto cene gibale vzporedno (uvodne izjave 77, 84, 91, 98 in 105 Odločbe).

<sup>64</sup> Tožeča stranka opozarja, da so JPC pregledne in maloprodajne cene znane, da se povprečne neto cene spreminjajo vzporedno z JPC in da so marže distributerjev dovolj znane. Iz tega naj bi sledilo, da so neto cene trgovcev na drobno (torej JPC minus popusti) pregledne kljub popustom. To naj bi sicer izhajalo tudi iz obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah (točke od 81 do 92) in uvodne izjave 77 Odločbe, v kateri Komisija trdi, da bi se, „če bi se glavne družbe zelo oddaljile od dogovorjenih politik določanja cen, s tem ko bi odobrile popuste, [...] to odstopanje kazalo v povprečnih neto cenah“.

<sup>65</sup> Tožeča stranka trdi, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko je pripisala prevelik pomen popustom in zlasti akcijskim popustom, saj:

— naj bi se oprla na informacije o popustih, ki sta jih poslali družbi Sony in BMG, in ne na informacije o vzporednosti JPC in neto cen za vse glavne založbe (opomba 43 v Odločbi);

— naj bi bili popusti glede na informacije, ki so jih poslali trgovci na drobno, pregledni; 20 od 26 trgovcev na drobno, ki jih je Komisija zaslišala, naj bi potrdilo, da glavne založbe poznajo popuste, ki jih uporabljajo druge glavne založbe. To naj bi veljalo zlasti za običajne popuste, ki so najpomembnejši, ker se o njih pogajajo vsako leto;

- naj bi družbi Sony in BMG predložili tedenska poročila o nadzoru trga za distribucijo, ki vsebujejo informacije o njihovih konkurentih (uvodna izjava 113 Odločbe);
  
- naj bi glavne založbe za kompilacije sklenile dogovore o skupni distribuciji in partnerstvu, v okviru katerih se razkrijejo običajni popusti;
  
- naj bi obstajala visoka stopnja prestopa direktorjev med glasbenimi založbami;
  
- naj bi tedenske lestvice uspešnic ponujale informacije o prodaji po naslovih, tako da je mogoče zlahka ugotoviti naslove, ki postanejo uspešnice in ustvarjajo večji delež prodaje (uvodna izjava 73 Odločbe);
  
- naj bi bile glede na poročilo Office of Fair Trading (britanski organ, pristojen za konkurenco) informacije o konkurentih lažje na voljo na trgu glasbenih posnetkov kot v kateri koli drugi industriji (priloga A.16 k tožbi).

<sup>66</sup> Tožeča stranka opozarja, da je Komisija na podlagi teh dejstev v točki 81 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah sicer ugotovila, da so bili „popusti večinoma [...] stabilni in se [niso uporabljali] za učinkovito spreminjanje politike cen“. Dejstva naj se od takrat ne bi spremenila.

- 67 Vsekakor naj se akcijski popusti ne bi uporabljali za plošče na lestvicah uspešnic, ki ustvarijo približno 80 % prihodkov, ampak samo za spodbujanje potrošnikov, da izbirajo med prejšnjimi izdajami („back catalogue“) (priloga A.17 k tožbi), in naj bi imeli samo majhen vpliv na vzorec, ki ga je preučila Komisija (uvodni izjavi 70 in 71 Odločbe). Poleg tega, ker se podatki, ki jih je Komisija preučila glede navedenih akcijskih popustov, nanašajo samo na družbi Sony in BMG, naj bi bila njihova upoštevnost toliko manjša.
- 68 Delež strukture cen glavnih založb, na katere bi lahko vplivala nepreglednost, naj bi bil torej majhen, kot izhaja iz poročila, priloženega k tožbi, v katerem je pojasnjen sistem cen in popustov v Evropi (priloga A.17).
- 69 Tožeča stranka trdi, da je imela Komisija na voljo dovolj dokumentov, na podlagi katerih je lahko preverila analize, vendar tega ni storila, zlasti pri dokazih o trgovcih na drobno. Komisija je, s tem ko ni pravilno presodila dejstev in je pripisala prevelik pomen popustom, zlasti akcijskim, storila očitno napako pri presoji.

– Splošne ugotovitve o novih dokazih

- 70 Na podlagi novih informacij, ki jih je Komisija predložila v prilogi k odgovoru na tožbo, tožeča stranka sklepa, da se zdi, da je Komisija presojo, da trg ni pregleden, oprla na zapletenost posameznih sprememb popustov glede na kupce in glede na posamezne naslove. Vendar obstoj takih posameznih sprememb, ki so včasih velike, ne izključuje možnosti, da določitev cen ureja omejeno število znanih struktur in pravil, zaradi katerih so povprečne cene predvidljive in katerih vsako veliko in sistematično odstopanje bi bilo očitno.

- 71 Taka pravila verjetno ne omogočajo napovedati ceno vsake posamezne izdaje, ki se zaračuna vsakemu posameznemu trgovcu na drobno in kadar koli, vendar naj bi omogočala dovolj zanesljivo poznavanje neto cen, ki izhajajo iz skupine JPC, in ugotovitev, ali so konkurenti ravnali v skladu s temi pravili ali ne. Torej naj bi zagotavljale zahtevano preglednost za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja. Usklajevanje ravnanja, ki izhaja iz vzporednega gibanja JPC in povprečnih neto cen, bi torej lahko nastalo prej na podlagi splošno znanih in dobro razumljenih struktur in pravil, ki jih je mogoče nadzirati, kot na podlagi odličnega in popolnega poznavanja vsake individualne odločitve o cenah.
- 72 Komisija naj ne bi raziskala, ali je bila opazovana vzporednost povprečnih (bruto in neto) cen lahko posledica uskladitve ravnanja na podlagi takih pravil, ampak naj bi sklepala, da ni tako, ker so obstajale posamezne spremembe, ne da bi preučila, ali so bile statistično pomembne in imele stvarni učinek na povprečja.
- 73 Taka pravila naj ne bi veljala za vse primere, ampak samo za bistveni del prodaje v vsaki kategoriji plošč vsake velike glasbene založbe (nove izdaje, nov izvajalec, katalog „full price“, „mid price“, „budget“ itd.), za vsako od teh pa naj bi obstajalo omejeno število splošnih prodajnih strategij, ki urejajo večino prodaje (zamenjava plošče na lestvici uspešnic, sodelovanje v promocijskih akcijah, nakup prostora v izložbi itd.). Te prodajne strategije bi se seveda lahko spreminjale glede na ozemlje in glede na stranke (supermarketi, specializirane verige, neodvisne trgovine itd.), vendar bi bile vseeno številčno omejene in bi jih vodje prodaje poznali. Ta pravila ali strukture naj ne bi bili dovolj za usklajevanje cen, ne da bi bilo potrebno posebno poznavanje neto in bruto cen za posamezne izdaje, in bi poleg tega v okolju, kjer se povpraševanje po posameznih naslovih spreminja ali kjer uspeha albuma ni mogoče zanesljivo napovedati, ponujali potrebno prilagodljivost za prilagoditev v posameznih primerih, ne da bi to ogrozilo celotno strukturo cen.



- 74 Zaradi posameznih sprememb ne bi smeli prezreti, da naj bi bile vse neto cene tesno usklajene z bruto cenami in da naj bi bilo verjetno tako, ker vse družbe upoštevajo nekatera splošna pravila, zaradi katerih so cene na njihovem ozemlju zelo predvidljive in sistematične razlike očitne. Torej naj bi obstajala preglednost.
- 75 Preučitev novih dokazov, priloženih k odgovoru na tožbo, naj bi pokazala, da se je Komisija osredotočila na posamične spremembe, ne da bi preučila, ali so statistično pomembne. Komisija naj ne bi opravila pravilne statistične analize osnovnih podatkov ali preučila pomena razponov cen ali popustov ali upoštevnosti sprememb znotraj običajnih razponov cen niti zaslišala trgovcev na drobno, da bi preverila, ali posamične spremembe sodijo v okvir splošnih pravil sistema cen ali ne. Komisija naj bi nepravilno sklepala, da samo obstoj sprememb izključuje možnost, da ta sprememba nastane zaradi nekaj posameznih primerov, medtem ko naj bi bil obseg prodaje odvisen od cen, določenih na podlagi znanih in predvidljivih pravil.
- 76 Poleg tega naj bi Komisija preučila dokaze po napačni metodi in ne da bi opravila potrebne teste.
- 77 Tožeča stranka navaja naslednje splošne ugotovitve o novih dokazih, ki jih je predložila Komisija:
- velik del podatkov naj ne bi bil prilagojen glede na prodajo za namene presoje pomena razponov cen in popustov. Kjer so podatki pravilno zbrani – torej pri vseh akterjih in prilagojeni glede na prodajo –, bi bile spremembe manjše;

- v večini primerov naj podatki ne bi bili statistično analizirani, torej naj ne bi bilo mogoče presoditi, ali so z vidika različnih skupin proizvodov spremembe pomembne;
- razen nekaj podatkov, uporabljenih v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, naj bi podatki vsebovali samo primerjavo cen članic koncentracije. Trditev Komisije, da ugotovitev nepreglednih praks popustov dveh glavnih založb zadostuje za minimaliziranje preglednosti, naj bi bila napačna, ker imata družbi Sony in BMG zelo različen uspeh na trgu in ker naj bi se razpon cen in popustov zaradi različnega uspeha pri vrsti izdaj spreminjal celo v sistemu enotne cene. Poleg tega sta bili članici koncentracije zgodovinsko dve najbolj različni glavni založbi, tako da naj koncentracija ne bi zmanjšala samo števila akterjev, ampak bi bili ti zaradi nje bolj podobni;
- Komisija naj ne bi raziskala, ali pri glavnih založbah obstajajo dovolj pomembni podatki, ki neposredno izpodbijajo trditev o raznolikosti in zapletenosti cen, in sicer proračuni ali drugi podatki, v katerih so predvidene prav neto in bruto cene in tudi popusti, katerih sestava je pri konkurentih vzporedna in stabilna skozi čas;
- pričanja vodstvenih delavcev članov koncentracij naj se ne bi nanašala na ključna vprašanja – kot sta obstoj splošnih pravil o cenah in spremljanje cen – in niso bila preverjena.

78 Stališče Komisije, da so povprečne neto cene izraz številnih precej različnih individualnih odločitev, kar mora biti mogoče preveriti z zadostno zanesljivostjo, da se omogoči dejansko usklajevanje neto cen, naj bi bilo napačno, saj bi bilo dovolj, da je vsaka družba sposobna preveriti, ali se pri odločitvah vseh družb o cenah pri

njihovih izdajah upoštevajo določena pravila o cenah, da bi bila gibanja cen znana vsem in bi se ohranil tihi dogovor.

79 Spremembe, ki jih je Komisija ugotovila na podlagi podatkov, ki sta jih predložili članici koncentracije, poleg tega, da so manj konkretne, kot meni Komisija, se ne morejo šteti za dokaz nepreglednosti cen, saj bi bilo kot v celotni industriji sektorja intelektualne lastnine, kjer se uspeh posameznega naslova spreminja in je odvisen od različnih dejavnosti trženja, čeprav zbirne vrste takih naslovov upoštevajo splošno znana pravila, popolnoma mogoče pojasniti vsako spremembo obsega popustov in cen z vidika nekaterih splošno znanih načel.

80 Tožeča stranka se poleg tega čudi, da je Komisija vključila zelo malo dokazov, uporabljenih v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, od katerih so bili nekateri tehtani in so pokrivali celotno industrijo, ampak se je oprla na informacije, ki sta jih predložili družbi Sony in BMG in niso imele teh značilnosti. Torej bi bilo treba uskladiti razlike pred zavrnitvijo prve skupine podatkov in Komisiji ne bi bilo treba opraviti uravnotežene presoje.

– Posamezna preučitev različnih dokazov

81 Pričanja vodstvenih delavcev družb Sony in BMG, navedena v prilogi B.2, naj bi samo potrjevala obstoj različnih popustov za različne stranke, ne da bi se nanašala na vprašanje, ali so bili ti popusti v glavnem določeni na podlagi vrste splošnih pravil ali ne. Medtem ko naj bi izjave poudarjale veliko zapletenost mehanizma določanja cen, naj bi bila v prilogi B.14, v kateri je dokazana zapletenost akcijskih popustov, ta zapletenost v resnici zavrnjena, s tem ko je njihovo delovanje v njej opisano samo na eni strani. Treba bi se bilo vprašati, ali obstajajo standardne marže, povezane z različnimi kategorijami cen, in ali naj bi bil največji del popustov znotraj ozkih

razponov. Zdi se, da so bila vprašanja pripravljena tako, da bi se preprečilo razkritje, da so bile marže lahko znane kot splošna pravila in jih torej ne bi bilo treba poznati redno za vsako posamezno izdajo ter da obratno oblikovanje posameznih cen nikakor ni potrebno, da bi velika glasbena založba nadzirala cene, ki jih uporabljajo njeni konkurenti. Ta vprašanja naj prav tako ne bi bila postavljena trgovcem na drobno, kar bi omogočilo primerjavo odgovorov.

82 Glede priloge B.3, v kateri so prikazani odstotni deleži prodaje na debelo članic koncentracije v njunih desetih najvišjih JPC v obdobju med 1998 in 2003, ki naj bi po mnenju Komisije prikazovali nepredvidljivost uspeha in torej potrebo vsake glavne založbe, da nadzira JPC več kot 80 albumov konkurentov, tožeča stranka ugotavlja nekatere neskladnosti v podatkih (kot so spremembe v posameznih obdobjih) in trdi, da dokazujejo samo, da članici koncentracije prodajata proizvode po različnih JPC. To naj ne bi bilo pomembno, ker naj bi bilo v Odločbi navedeno, da so JPC precej pregledne. Poleg tega naj bi v nasprotju s trditvijo Komisije iz uvodne izjave 111 Odločbe izhajalo, da morajo „glavne založbe [...] nadzirati samo referenčne cene omejenega števila albumov med najbolj prodajanimi, da bi spremljale večino prodaje“. Te informacije naj tudi ne bi izpodbijale ugotovitev Komisije na zaslišanju, da je večina prodaje vsake glavne založbe odvisna od zelo malo JPC. Cen več kot 80 albumov ne bi bilo treba nadzirati, saj naj bi bilo, ker obstajajo splošno razumljena načela in pravila, za nadzor splošnega upoštevanja usklajevanja dovolj, da se samo za nekaj naslovov ugotovi, ali se ta pravila upoštevajo in ali so nepravilnosti sistematične. Sklep, ki ga je Komisija oblikovala na podlagi spremembe odstotnih deležev bruto prodaje članic koncentracije, naj torej ne bi bil utemeljen.

83 Poleg tega naj bi bil v teh tabelah poudarjen en dejavnik, in sicer nepredvidljivost uspeha, ki naj bi bil v nasprotju s ključnimi izjavami v Odločbi, da so, prvič, JPC pregledne in osrednja točka za usklajevanje (uvodne izjave 76, 83, 90, 97 in 104 Odločbe), drugič, da je bil nadzor seznamov cen drugih glavnih založb mogoč (uvodne izjave 76, 83, 90, 97 in 104 Odločbe) in, tretjič, da glavnim založbam

zadostuje samo nadzor referenčnih cen omejenega števila najbolj prodajanih albumov za spremljanje večine prodaje (uvodna izjava 111 Odločbe). Nazadnje, čeprav bi bilo treba nadzirati JPC več kot 80 albumov (ali 60 po koncentraciji), to ne bi bilo tako drago, kot trdi Komisija.

- 84 Glede prilog B.4 in B.5 o povprečnih popustih na račun, ki jih družbi Sony in BMG odobrita desetim najboljših strankam v štirih od petih velikih držav članic, se tožeča stranka najprej sprašuje, koliko razlike med povprečnimi popusti na račun prikazujejo različnejše obravnavanje različnih strank in ne različen uspeh portfelja članic koncentracije, ker naj bi moč izdaj velike glasbene založbe in tudi mešanica njenih dejavnosti (izdaje na lestvicah uspešnic, dejavnosti v supermarketih, katalog, specializirane in promocijske dejavnosti) vplivale na povprečni popust, odobren strankam. Dalje, to, da članici koncentracije morebitno različno obravnavata stranke, naj ne bi pomenilo, da so njune odločitve o cenah nepregledne, saj bi bile te razlike lahko sistematične, predvidljive in stabilne skozi čas.
- 85 Priloga B.5, v kateri naj bi bili prikazani primeri, ko ni korelacije ali vzporednega gibanja, naj ne bi bila upoštevana, saj bi jo bilo mogoče pojasniti z različnim uspehom portfeljev članic koncentracije, in naj bi poleg tega vsebovala pomembne podobnosti (nižji popusti, ki se odobrijo isti stranki ali se hkrati spreminjajo, ali stabilne razlike v določenem obdobju). Samo primer stranke št. 1 v Nemčiji naj bi se ujemal s stališčem, da ena od glavnih založb lahko zniža dejanske cene, ne da bi ji konkurenti sledili, vendar samo ena posebna sprememba v določenem letu na danem ozemlju za določeno stranko ne bi bila prepričljiva. Poleg tega, ker se v tabelah preučujejo samo podatki družb Sony in BMG in ker ti podatki niso tehtani, bi bile spremembe pretirane. To naj bi veljalo zlasti za prospektivno analizo, ki bi jo morala opraviti Komisija, saj koncentracija lahko poveča simetričnost in homogenost ter torej verjetnost tihega dogovora, ker povezuje zelo različno uspešne družbe.

- 86 Glede prilog B.6 in B.7, v katerih so predstavljeni domnevni dokazi o spremembah popustov na račun, ki sta jih članici koncentracije v petletnem obdobju odobrili desetim najboljšim strankam za 20 najbolj prodajanih zgoščenk, tožeča stranka ugotavlja, da so v tabelah predstavljeni samo razponi in da so ti lahko zavajajoči, ker prikazujejo bolj skrajnosti kot povprečja in statistično pomembne spremembe teh povprečij. Široke razpone popustov bi bilo mogoče pojasniti z nekaj redkimi izjemami, saj je velika večina popustov na isti ravni. Poleg tega naj bi bile v teh tabelah, razen njihovih metodoloških pomanjkljivosti, prikazane zanimive pravilnosti. Na primer v prilogi B.6 naj bi članici koncentracije v svoji državi A na splošno ponujali večje popuste trgovcem na debelo kot supermarketom in trgovcem na drobno, v prilogi B.7 k odgovoru na tožbo pa naj bi bilo prikazano presenetljivo dobro usklajeno razmerje med razponi popustov.
- 87 Glede prilog B.8 in B.9, ki po mnenju Komisije kažeta, da članici koncentracije nista upoštevali enotne prakse popustov, da so se njune prakse spreminjale v določenem časovnem obdobju in da leta 2003 razčlenitev popustov članic koncentracije ni bila zelo podobna, tožeča stranka znova poudarja, da so razlike, ugotovljene v razponih popustov v določenem obdobju in med članicama koncentracije, lahko posledica njune različne uspešnosti in da to nikakor ne pomeni, da popusti ne izhajajo iz znane zbirke pravil. Poleg tega naj bi podatki, predstavljeni v prilogi B.8, kazali drugačno stanje, kot je navedla Komisija (struktura predvsem stabilnih in podobnih popustov ali približnih popustov, visok korelacijski faktor).
- 88 Tožeča stranka meni, da se strukture popustov v določenem obdobju ne spreminjajo toliko, kot kaže analiza Komisije. Številke, navedene v prilogi D.3, naj bi pomenile korelacijski koeficient strukture popustov vsake članice koncentracije v danem letu in strukturo popustov v preteklem letu. Čeprav mešanica dejavnosti vpliva na popuste, naj bi visoki splošni korelacijski koeficienti kazali, da ostajajo strukture popustov razmeroma stabilne v določenem obdobju in da se tako dobijo neto cene, ki jih je mogoče predvideti na podlagi preglednih JPC.

- 89 Poleg tega bi predstavitev podatkov v zelo ozkih stolpcih s posebnimi razmejitenimi točkami lahko poudarila razlike (na primer, če se popust poveča z nekaj manj kot 15 % na nekaj več kot 15 %, se stolpec spremeni brez velike spremembe). Nazadnje, tožeča stranka poudarja, da če bi uspešnost temeljila na uspehu 20 najbolje prodajanih albumov članic koncentracije, bi opazili spremembo cen na zelo konkurenčnem trgu. Ker ni tako, tožeča stranka iz tega sklepa, da mehanizem popustov ni zares močan konkurenčni element ali vir nepreglednosti.
- 90 Glede priloge B.10, v kateri je prikazana razdelitev neto cen za pet najboljših strank družb Sony in BMG leta 2003, tožeča stranka meni, da je pomen sklepa, ki ga je Komisija izpeljala iz tega, da različne stranke opravijo zelo različne deleže nakupov pri glavni založbi v različnih razponih neto cen, dvomljiv, ker preglednost in predvidljivost cen ne zahteva, da so nakupni vzorci strank dveh glasbenih založb enaki ali podobni. Ker so odločilni dejavniki za raven popustov, potrebnih za doseganje prodajnih ciljev, mešanica proizvodov in uspeh novih glavnih izdaj pri strankah, bi bilo težko razumeti, kako je Komisija sklepala, da na splošno obstaja razlika v razdelitvi neto cen za dve glavni založbi.
- 91 Poleg tega, čeprav se ti podatki nanašajo samo na družbi Sony in BMG, bi bili vseeno primernejši, ker so tehtani. Podrobnejša preučitev razdelitev po posameznih državah naj bi pokazala pomembne podobnosti, ki so predstavljene v diagramu v prilogi D.4.
- 92 Poleg tega se sklep Komisije, da je v prilogi B.10 prikazano razlikovanje med obema članicama koncentracije, ne ujema z oceno v uvodnih izjavah 74 in 75 Odločbe, da so bile povprečne neto cene družb Sony in BMG razmeroma podobne, kar naj bi glede na ravnotežje verjetnosti predpostavljalo uporabo pravil o določanju cen, ki zagotavljajo, da je večina cen osredotočena okoli nekaj referenčnih cen. Namesto da

bi ti dokazi podpirali stališče, da zapleteno določanje cen povzroča njihovo nepreglednost, se zdi, da podpirajo nasprotno stališče, da so cene predvidljive in podobne kljub očitni zapletenosti individualnih odločitev o določanju cen.

- 93 Tožeča stranka meni, da priloga B.11, v kateri so prikazane četrtletne povprečne neto cene družbe Sony po posameznih albumih v najpogosteje uporabljenih JPC, ne ponuja nobenega podatka o nepreglednosti, saj tabela trpi zaradi težave, povezane z razponi, in sicer so v njej prikazane samo skrajnosti, ne da bi bila analizirana tehtana povprečja in spremembe glede na povprečja. Poleg tega naj ta priloga ne bi bila upoštevana, saj zadeva samo družbo Sony in torej ni primerjalna.
- 94 Naslednja priloga (B.12) naj prav tako ne bi bila upoštevana, saj ni primerjalna in naj bi bilo v njej prikazano samo, da družba BMG trgovcem na drobno ponuja različne ravni popustov.
- 95 Tožeča stranka Komisiji tudi očita, da ni navedla, ali je očitne spremembe ravni akcijskih popustov mogoče pojasniti z nekaj preprostimi načeli. To bi bilo presenetljivo, ker načela, ki jih je Komisija določila v eni od prilog k odgovoru na tožbo (priloga B.14), predpostavljajo obstoj in preprostost takih pravil o akcijskih popustih, in sicer da:

— se akcijski popusti spreminjajo glede na velikost naročila (razen v posebnem primeru Francije);



- se akcijski popusti spreminjajo glede na vrsto potrošnika (na primer, v Nemčiji trgovci na debelo in glasbeni klubi na splošno dobijo večje popuste);
  
- se akcijski popusti spreminjajo glede na naslov ali izdajo (na primer glede na priljubljenost izvajalca, ciljno poslušalstvo);
  
- se akcijski popusti osredotočajo na stranke, ki slovijo po tem, da prodajajo posebno zvrst, na podlagi narave trgovca na drobno in demografskih značilnosti baze strank;
  
- se akcijski popusti spreminjajo z naravo akcije (na primer, samo en naslov ali košarica naslovov, običajno katalog);
  
- se akcijski popusti spreminjajo glede na višino izdatkov za trženje, ki jih je trgovec na drobno pripravljen zagotoviti v zameno.

<sup>96</sup> Tožeča stranka meni, da čeprav so ta pravila splošno znana, ne bi smelo biti težko z razumno natančnostjo napovedati ravni popustov, ki jih je mogoče pričakovati od glavne založbe za določeno stranko za določen naslov v okviru posebne akcije in torej ugotoviti, ali so dejanski popusti skladni s temi pravili. Zdi se, da Komisija ni raziskala tega vprašanja.

- 97 Še več, ker priloga B.13 vsebuje podatke samo za eno leto, ni prepričljiva, ker na njeni podlagi ni mogoče presoditi, ali so ravni popustov stabilne in torej predvidljive.
- 98 Glede priloge B.15, v kateri so združena nekatera poročila o spremljanju (monitoring), ki sta jih Sodišču prve stopnje predložili članici koncentracije, tožeča stranka ugotavlja, da ti dokazi ne kažejo, da ni bilo mehanizma določanja cen, ki bi zajemal vrsto splošnih pravil in smernic o načinu določanja cen. Komisija se torej ne bi smela osredotočiti na vprašanje, ali je obstajalo posebno spremljanje posameznih popustov, ampak ali je obstajala potreba po takem spremljanju, ker so spremembe v sistemu določanja cen izjeme od referenčnih cen, ki se uporabljajo za večino prodaje.
- 99 Glede priloge B.17, ki vsebuje študijo družbe za gospodarsko svetovanje RBB Economics (v nadaljevanju: študija RBB), po kateri glasbena založba ne more sklepati o veleprodajnih cenah iz opazovanih prodajnih cen, po katerih se prodajajo proizvodi konkurentov, tožeča stranka opozarja, da se ta študija osredotoča predvsem na cene posameznih izdaj in ne na vprašanje, ali obstaja sistematična povezava med JPC in neto veleprodajnimi cenami za večino izdaj v primernem obdobju. Različni trgovci na drobno bi seveda lahko uporabili različne strategije za določanje svojih prodajnih cen, vendar bi bilo presenetljivo, če ne bi bilo jasnega in sistematičnega razmerja med povprečnimi neto cenami izdaj v posebni kategoriji, prodanimi posebnemu trgovcu na drobno, in njihovimi dejanskimi veleprodajnimi cenami za dovolj široko ponudbo naslovov v primernem obdobju. Dejstvo, da ni edine in enotne marže, ki bi se samodejno uporabljala za veleprodajne cene, ne pomeni, da so maloprodajne in veleprodajne cene tako zelo različne, da bi bil nadzor upoštevanja splošnih načel določanja cen nemogoč. Obstajala naj bi splošna raven marž za različne skupine proizvodov (top price, super top price, mid price, developping artists, budget itd.).



## Sredstva odvracanja

- 101 Tožeča stranka trdi, da Komisija ni podrobno preučila vseh mogočih oblik povračilnih ukrepov, ampak samo tiste, ki so povezane s sporazumi o partnerstvu za kompilacije. Če bi velika glasbena založba morala uvesti politiko znižanja cen za trgovce na drobno, bi drugi to veliko glasbeno založbo lahko kaznovali tako, da bi trgovce na drobno spodbujali k zavračanju politike nižjih cen, s tem ko bi jim ponujali večje popuste in povečanje sodelovanja pri oglaševanju. Drugo sredstvo odvracanja bi bilo omejevanje uvrščanja na lestvice uspešnic za proizvode „odstopajoče“ glasbene založbe, ki jih ta prodaja po nižji ceni, ali proizvode, ki so enostranska novost. Merila za izpolnjevanje pogojev za uvrstitev na nacionalne lestvice uspešnic običajno določijo komisije, ki jih v celoti sestavljajo glasbene založbe, včasih skupaj s trgovci na drobno, in se nanašajo predvsem na formate ali najnižje cene.
- 102 Tožeča stranka meni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, s tem ko je, čeprav je ugotovila obstoj verodostojnih mehanizmov odvracanja, sklepala, da ne obstajajo, ker ni našla dokazov o njihovi uporabi. Vendar je najučinkovitejše sredstvo odvracanja tisto, ki ga ni treba uporabiti.

## Protiutež

- 103 Tožeča stranka trdi, da analiza Komisije ni popolna, ker Odločba ne vsebuje preučitve protiuteži na trgu. Poleg tega poudarja, da je Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ugotovila, da niti neodvisni trgovci niti trgovci na drobno glavnim založbam ne narekujejo dejanskih konkurenčnih pritiskov glavnim založbam.

## Neobstoj dejanske analize skupne politike

- 104 Komisija naj bi se pri analizi osredotočila na cenovno konkurenco in popolnoma zanemarila vrsto drugih vprašanj, čeprav ima lahko usklajevanje na podlagi Obvestila o horizontalnih združitvah (UL 2004, C 31, str. 5) različne oblike.
- 105 Komisija bi tako morala preučiti, ali bi bilo za glavne založbe dobro ali ne, da bi si raje vneto prizadevale za pridobitev tržnih deležev, ne pa sprejele skupno politiko. Dejstvo, da so tržni deleži glavnih založb razmeroma stabilni in da so spremembe predvsem posledica pridobitev neodvisnih trgovcev ali njihovih združitvev, naj bi kazalo na dejanski neobstoj cenovne konkurence ali skupno politiko, ki predvsem pomeni, da se konkurenčna dejavnost ne izvaja tam, kjer je trg oligopolen (sodba Sodišča z dne 17. novembra 1987 v združenih zadevah BAT in Reynolds proti Komisiji, 142/84 in 156/84, Recueil, str. 4487, točka 43).
- 106 Komisija naj tudi ne bi preučila, ali imajo glavne založbe vzporedno politiko o dovoljenjih za glasbo na spletu ali za podpisovanje pogodb z izvajalci. Komisija naj ne bi preučila vseh značilnosti, podrobno naštetih v točkah od 96 do 116 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, ki dokazujejo, da je trg glasbenih posnetkov „posebno ugoden za usklajevanje in olajšuje nadzor takega usklajevanja“ (točka 94 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah). Vendar naj bi opredelila deset dejavnikov, ki nakazujejo tih dogovor, ki vključuje strukturne povezave, sporazume o dovoljenjih in distribuciji ter sporazume o partnerstvih in kompilacije (glej seznam v prilogi A.15 k tožbi).
- 107 Komisija naj tudi ne bi preučila, ali bi koncentracija lahko ustvarila možnost zmanjšanja ponudbe pri številu novih naslovov ali izvirnosti novih izdaj in ali bi koncentracija zmanjšala ustvarjalnost, kakovost in raznolikost izbire glasbe (glej

Odločbo Komisije 2004/422/ES z dne 7. januarja 2004 o razglasitvi koncentracije za združljivo s skupnim trgom in Sporazumom EGP (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (UL L 125, str. 54, uvodna izjava 674) ali vplivala na izbiro potrošnikov, kot je storila v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah v zadevi Time Warner/EMI (COMP/M.1852 – Time Warner/EMI) (UL C 136, str. 4) (glej točko 55 o marginalizaciji neodvisnih trgovcev in vplivu na izbiro in raznolikost glasbe, ponujene javnosti). Nazadnje, Komisija pri analizi ni upoštevala člena 151(4) ES in kulturne raznolikosti.

c) Napačna uporaba prava o kolektivnih prevladujočih položajih

108 Tožeča stranka trdi, da je Komisija storila tri napake pri uporabi prava.

109 Prvič, Komisija naj bi ugotovila, da cene niso pregledne, ker ni zanesljivo, da je preglednost popolna, čeprav je v skladu s točko 62 v točki 45 zgoraj navedene sodbe Airtours proti Komisiji test „test zadostne preglednosti na trgu“, ki omogoča vsem članom oligopola, da „dovolj natančno in hitro“ izvejo, kako se spreminja ravnanje drugih članov na trgu. V obravnavanem primeru naj bi obstajala zadostna preglednost.

110 Drugič, Komisija naj bi menila, da ni skupne politike zaradi popustov, ne da bi ugotovila, da so popusti povzročili velika znižanja cen, tako da naj bi bila konkurenca s popusti obrobna. V skladu s točko 60 v točki 45 zgoraj navedene sodbe Airtours proti Komisiji obrobna konkurenca sama po sebi ne izpodbija ugotovitve kolektivnega prevladujočega položaja. Gospodarski subjekt bi se moral zavedati, da bi „njegovo zelo konkurenčno delovanje za povečanje njegovega tržnega deleža (na primer znižanje cen) povzročilo enako delovanje pri drugih“. Komisija bi

predvsem morala samo dokazati „neobstoj dejanske konkurence med gospodarskimi subjekti [...] člani prevladujočega oligopola“ in ne odprave vsakršne konkurence (v zvezi s tem glej sodbo Sodišča prve stopnje z dne 30. septembra 2003 v združenih zadevah Atlantic Container Line in drugi proti Komisiji, T-191/98 in od T-212/98 do T-214/98, Recueil, str. II-3275, točka 645).

- 111 Tretjič, Komisija je nepravilno uporabila pravo, s tem ko je analizo oprla na neobstoj prejšnjih dokazov o povračilnih ukrepih, čeprav ji v skladu s točko 195 v točki 45 zgoraj navedene sodbe Airtours proti Komisiji ne bi bilo treba nujno dokazati obstoja določenega bolj ali manj strogega „mehanizma povračilnih ukrepov“, ampak obstoj dejavnikov odvratanja.

## 2. Drugi del

- 112 Tožeča stranka opozarja, da mora Komisija za ugotovitev, ali koncentracija krepri prevladujoči položaj, preučiti njen učinek na referenčne trge s prospektivno analizo (v točki 45 zgoraj navedena sodba Airtours proti Komisiji, točki 58 in 59). Vendar Komisija ni opravila prospektivne analize in nikakor ni preučila vprašanja krepitve prevladujočega položaja, saj naj bi po retrospektivni analizi nepravilno ugotovila, da ni prej obstoječega prevladujočega položaja, ki bi se lahko krepil.
- 113 Ker se je krepitev prevladujočega položaja preučila na podlagi retrospektivne analize, naj bi Odločba vsebovala pomanjkljivo obrazložitev ali očitno napako pri presoji iz razlogov, predstavljenih v prvem delu tega tožbenega razloga, medtem ko naj bi bil neobstoj prospektivne analize nepravilna uporaba prava.

B – *Trditve Komisije*

- 114 Komisija meni, da se trije razlogi za razglasitev ničnosti, ki jih je navedla tožeča stranka, glede trga glasbenih posnetkov zelo prekrivajo in da je torej koristno najprej predstaviti obrazložitev Odločbe in dokaze, na katere je oprla sklepe, preden bi nato preučila nekatere napačne predstavitve vsebine Odločbe, navedene v tožbi, ter nato nazadnje analizirala posebne trditve, ki jih je navedla tožeča stranka.

## 1. Odločba Komisije in dokazi, na katere se je oprla

## a) Ozadje

- 115 Komisija glede sistema določanja cen, ki se uporablja za glasbene posnetke, navaja, da vsaka glavna založba in tudi neodvisna glasbena založba redno določa razpon različnih načrtovanih katalognih cen za svoje albume, imenovanih „javne prodajne cene“. Vsaka velika glasbena založba naj bi imela običajno več kot 50 takih JPC različnega pomena, ki se lahko dodelijo kategorijam „visokih“, „povprečnih“ in „nizkih“ cen, in določala katalogno ceno za vsak album, ki ga izda, glede na eno od teh JPC. Vendar naj bi bila neto cena, ki se dejansko zahteva od stranke (trgovca na drobno ali debelo), nižja od katalogne cene zaradi popustov na račun (običajni ali akcijski popusti), ki se lahko spreminjajo od stranke do stranke v določenem časovnem obdobju ali od albuma do albuma (pri akcijskih popustih). Vsaka glasbena založba se pogaja z vsako stranko o letnem običajnem popustu (po potencialno različnih stopnjah za popularno glasbo, klasično glasbo in albume, ki se oglašujejo na televiziji), ki se uporablja za vso prodajo zadevni stranki. Nasprotno naj bi se akcijski popusti določili za vsak primer posebej in s spremenljivimi obdobji veljavnosti za



posamezne albume ali skupine albumov, ki jih glasbena založba želi spodbujati; ti popusti naj se ne bi nujno odobrili vsem strankam in njihov znesek naj ne bi bil nujno isti. Komisija opozarja na dejstvo, da je treba neto ceno danega albuma za dano stranko razlikovati od povprečne neto cene za vse albume, ki jih dana glasbena založba proda v danem letu; ta cena je enaka količniku delitve vsote vseh neto cen (potencialno zelo različnih) posameznih albumov, prodanih posameznih strankam, s skupnim številom albumov, ki jih proda zadevna glasbena založba.

- 116 Komisija naj bi ugotovila bistveno zmanjšanje povpraševanja in cen glasbenih posnetkov na zgoščenkah od leta 1999 (uvodne izjave od 55 do 59 Odločbe).

b) Pet velikih trgov (Nemčija, Združeno kraljestvo, Francija, Italija, Španija)

- 117 Komisija naj bi najprej preučila, ali je mogoče opredeliti obstoječ tihi dogovor o cenah, ki so ga sklenile glavne založbe v petih velikih državah članicah (uvodne izjave od 69 do 108 Odločbe). Preverila naj bi, ali obstaja vzporednost cen, tako da je opazovala gibanje dejanskih povprečnih neto cen glavnih založb, in ali je morebitno ugotovljeno vzporednost mogoče pojasniti z usklajevanjem. Komisija naj bi zato najprej preučila JPC kot morebitne osrednje točke, nato pa preverila, ali so bili popusti usklajeni in dovolj pregledni, da so omogočili učinkovito spremljanje morebitnega usklajevanja neto cen (uvodna izjava 73 Odločbe).

Uskladitev povprečnih neto cen in JPC

- 118 Komisija je na petih velikih trgih ugotovila samo delno podobno gibanje dejanskih povprečnih neto cen. Dejanske povprečne neto cene vsake velike glasbene založbe so v vsaki državi večino časa nihale v razponu približno 10 % ali več glede na druge. Komisija je menila, da taka stopnja podobnega gibanja ni prepričljiva (uvodne izjave

75, 82, 89, 96 in 103 Odločbe) iz očitnih razlogov. Prvič, vzporednost dejanskih povprečnih neto cen naj nikakor ne bi bila dokazana. Drugič, vzporedna ravnanja naj na splošno ne bi zadostovala za ugotovitev obstoja usklajevanja, če mehanizmov tega usklajevanja ni mogoče opredeliti. Tretjič, Komisija naj v obravnavanem primeru ne bi ugotovila, da so ali so lahko druge glavne založbe poznale gibanje povprečnih neto cen vsake glavne založbe. Povprečne neto cene naj bi odražale zelo veliko raznolikost individualnih odločitev o določanju cen (glej na primer prilogo B.10) in te odločitve naj bi bilo mogoče opredeliti dovolj zanesljivo, da bi bilo mogoče bistveno usklajevanje neto cen.

- 119 Komisija naj bi dejansko odkrila nekaj elementov, ki kažejo, da se katalogne cene (to je JPC) lahko uporabijo kot podlaga za usklajevanje. V vsaki od petih velikih držav članic je bila velika večina skupne prodaje vsake velike glasbene založbe (več kot 55 % in celo 85 % v eni od držav) izvedena ob uporabi 5 JPC in celo samo od 1 do 3 JPC za polovico ali več od 100 najbolj prodajanih malih plošč v letu 2003 (razen v Španiji). Poleg tega naj bi bile JPC razmeroma pregledne, ker so navedene v katalogih glavnih založb (uvodne izjave 76, 83, 90, 97 in 104 Odločbe).
- 120 Vendar je Komisija ugotovila dve vrsti ovir za uporabo JPC kot referenčnih točk za tiho usklajevanje neto cen in kot sredstva za nadzor upoštevanja tega usklajevanja – ena se nanaša na stopnjo zapletenosti, značilno za same JPC, druga na zapletenost in nepreglednost povezav med katalognimi in neto cenami.

## Zapletenost in JPC

- 121 Glede JPC, albumi niso popolnoma homogeni zaradi različne vsebine (uvodna izjava 110 Odločbe). Čeprav „kontinuum zamenljivosti“ omogoča, da se vsaj za albume

določene zvrsti šteje, da so del samo enega trga proizvodov (uvodne izjave od 9 do 13 in 110 Odločbe), naj albumi zato ne bi bili manj različni heterogeni proizvodi. Zato, čeprav sta določanje cen in trženje albumov razmeroma standardna na ravni prodaje na debelo (elementi standardizacije za določanje veleprodajnih cen so: tri velike kategorije cen, standardna serija JPC vsake velike glasbene založbe, dejstvo, da se običajni popusti, letno določeni za vsakega kupca, in dogovorjene stopnje vračila za neprodane izvode običajno določijo glede na omejeno število parametrov), imajo posamezni albumi različne stopnje pričakovanega ali dejanskega uspeha, kar naj bi vplivalo na prvotno določitev JPC ob izdaji albuma in na njihovo prihodnje gibanje.

122 Še več, nepredvidljivost uspeha bi verjetno od vsake velike glasbene založbe, ki želi skrbno nadzirati splošno upoštevanje usklajevanja neto cen drugih velikih založb, zahtevalo, da spremlja JPC več kot 80 albumov, ki jih njeni konkurenti vsako leto izdajo v dani državi (ali več kot 60 takih albumov na leto po koncentraciji, če 20 najbolje prodajanih albumov vsake velike glasbene založbe pomeni vsaj 30 % njene skupne prodaje in več kot 50 % v številnih primerih) (uvodna izjava 111 Odločbe). Založba, ki bi želela imeti popolnejši pregled trga, bi morala močno okrepiti spremljanje, saj bi 100 najbolje prodajanih albumov vsake velike založbe v vsakem letu običajno pokrivalo od 70 do 80 % njene celotne prodaje glasbe (uvodna izjava 71 Odločbe), ta izčrpna študija pa naj bi vključevala spremljanje skoraj 400 albumov. Članici koncentracije naj bi predložili dokaze, da so se kombinacije JPC, ki ustrezajo njunim 20 najboljšim malim ploščam, pogosto zelo močno spreminjale od enega četrtertletja do drugega (glej prilogo B.3). Čeprav tedenske lestvice uspešnic olajšujejo tako spremljanje, ker poudarjajo naslove, ki postanejo „uspešnice“ (uvodna izjava 112 Odločbe), ne odpravljajo težave.

123 Glede ugotovitve v Odločbi, da „nekateri elementi [dokazujejo], da se JPC lahko uporabljajo kot podlaga za uskladitev cen velikih glasbenih založb“, Komisija poudarja, da to ni dokončna ugotovitev. Čeprav je ugotovila, da se zdi nadzor katalognih cen mogoč, spremembe uporabe različnih JPC, navedenih v prilogi B.3

k odgovoru na tožbo, kažejo, da bi se za tako spremljanje skupaj s prizadevanji za odkrivanje praks na področju popustov kvečjemu porabilo veliko sredstev.

### Uskladitev in zapletenost popustov

- <sup>124</sup> Komisija je v petih velikih državah članicah ugotovila tesno povezavo med gibanjem bruto povprečnih cen in dejanskih povprečnih neto cen družb Sony in BMG v šestletnem obdobju, z zelo veliko stabilnostjo razmerja med neto in bruto cenami v določenem obdobju in za vse albume skupaj (uvodne izjave 77, 84, 91, 98 in 105 Odločbe). Vendar bi stabilna povezava med bruto cenami in povprečnimi neto cenami (torej povprečni popust) vsake članice koncentracije za vse albume skupaj v dani državi nujno izravnala učinke različnih vrst popustov na račun (običajnih in akcijskih), razlike med popusti na račun (običajnimi in akcijskimi), odobrenimi različnim strankami, in razlike med popusti na račun (običajnimi in akcijskimi), odobrenimi za posamične albume. Sklep o stabilnosti razmerja med povprečnimi neto in bruto cenami bi bilo prav tako treba opredeliti z metodološkimi omejitvami analize. Komisija v zvezi s tem pojasnjuje, da so se po eni strani upoštevali samo podatki družb Sony in BMG, saj so druge glavne založbe navedle, da zaračunavajo samo neto cene, in da sta po drugi strani članici koncentracije za rešitev težave, povezane z dejstvom, da ima lahko dani album več JPC v enem letu, dodelili enotno bruto ceno za vsak album, ki ustreza JPC, po kateri se album največ prodaja v zadevnem letu (bruto prodaja po posameznih albumih se je torej izračunala samo s pomnožitvijo JPC s številom prodanih albumov). Bruto cena, evidentirana za vsak album in uporabljena za izračun povprečne bruto cene vsake velike glasbene založbe, naj bi bila torej približek.

- <sup>125</sup> Še več, stabilno razmerje med povprečnimi bruto cenami in povprečnimi neto cenami ni dovolj, da se dokaže obstoj preteklega usklajevanja ali verjetnega prihodnjega usklajevanja, ker ni dokazljivega mehanizma, ki glavnim založbam

omogoča nadziranje pojava te povezave med bruto in neto cenami na podlagi številnih individualnih odločitev o določanju cen. Komisija naj ne bi odkrila zadostnih dokazov o obstoju takega mehanizma.

126 Komisija naj bi najprej ugotovila, da popusti na račun (običajni in akcijski popusti) družb Sony in BMG, ki sta članici koncentracije, niso bili največji popusti v vsaki od velikih držav članic (razen v Franciji pri družbi BMG). Splošne ravni popustov na račun, ki sta jih uporabljali članici koncentracije, so se spreminjale, kadar so bile izražene v deležu njune skupne bruto prodaje 20 najboljšim strankam v teh državah članicah (razlika med temi ravnmi je bila [zaupno] odstotnih točk njune skupne bruto prodaje v Italiji, [zaupno] odstotnih točk v Združenem kraljestvu in Španiji, [zaupno] odstotnih točk v Nemčiji in [zaupno] odstotnih točk v Franciji).

127 Poleg tega naj Komisija ne bi odkrila dokazov, da so bili popusti na račun dovolj usklajeni med članicama koncentracije od ene stranke do druge, da bi bilo mogoče ugotoviti usklajevanje in preglednost. V uvodnih izjavah 79, 86, 93, 100 in 107 Odločbe so navedene razlike med skupnimi popusti na račun obeh članic koncentracije za posamezne stranke, izražene v deležu bruto prodaje vsaki od teh strank. Komisija je ugotovila, da so se povprečni popusti na račun, ki sta jih članici koncentracije odobrili vsaki od svojih desetih najboljših strank v velikih državah članicah, razen v Franciji, za obdobje od 2000 do 2003, spreminjali od 2 do 5 % (Združeno kraljestvo, Nemčija, Španija) ali od 1 do 3 % (Italija). V Združenem kraljestvu, Nemčiji in Španiji so se povprečni letni popusti obeh članic koncentracije za nekatere od njunih pomembnih strank v nekaterih letih spreminjali za več kot 5 % njune bruto prodaje tem strankam. V Franciji (uvodna izjava 86 Odločbe) so se povprečni popusti na račun, ki sta jih članici koncentracije odobrili vsaki od svojih petnajstih najboljših skupnih strank, zelo spreminjali in so lahko dosegli tudi 10 %.

Zaradi obsega popustov za nazaj in „pogodbenih popustov“ družbe BMG v Franciji je Komisija preučila tudi skupne popuste. Med članicama koncentracije je ugotovila razlike, ki so lahko dosegle 3 % leta 2003 v tej skupini strank in približno 5 % za tri od njih. Ta nihanja je v vseh velikih državah članicah mogoče pripisati predvsem akcijskim popustom.

128 Komisija naj bi prav tako upoštevala (uvodne izjave 79, 86, 93, 100 in 107 Odločbe) informacije iz vseh velikih držav članic, ki so dokazovale, da so se popusti, ki sta jih odobrili članici koncentracije, spreminjali na tri načine (ti sklepi naj bi se opirali na podatke v prilogah od B.A do B.14):

- za dano stranko so se popusti spreminjali skozi čas;
- za dano stranko so se popusti spreminjali od albuma do albuma;
- za dani album so se popusti spreminjali od stranke do stranke.

129 Čeprav je v prilogi B.4, ki jo sestavljajo diagrami, priloženi k obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, in v kateri so povzeti povprečni popusti na račun, ki sta jih članici koncentracije odobrili vsaki od svojih desetih najboljših strank (to je za vsako leto skupni popusti na račun, odobreni dani stranki, deljeni z vsoto bruto prodaje tej stranki) v Združenem kraljestvu, Nemčiji, Italiji in Španiji v letih med 2000 in 2003, prikazana splošna stabilnost popustov skozi čas (točka 88 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah), sta članici koncentracije vseeno na podlagi teh diagramov trdili, da se je njuna obravnava nekaterih strank v Združenem kraljestvu, Nemčiji in Španiji zelo razlikovala (glej prilogo B.5, odgovor na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, točka 4.21).

130 Glede ugotovitve tožeče stranke, da „še zdaleč ni jasno, da so razlike med popusti, ki jih je dobilo deset največjih strank, izraz različnega obravnavanja in ne toliko izraz različnih rezultatov v zvezi s portfelji vsake članice koncentracije“, Komisija opozarja, da če to ni jasno niti za opazovalca, ki ima dostop do vseh podatkov, si je težko predstavljati, kako bi glavne založbe v razmerah tihega usklajevanja in povsem nepopolnega obveščanja na trgu lahko odpravile „motnje“, nastale zaradi sestave portfelja, da bi imele natančno predstavo o praksi ali osnovni politiki na področju popustov.

131 V prilogi B.6 k odgovoru na tožbo, v kateri so povzeti dokazi, ki sta jih predložili članici koncentracije in pokrivajo petletno obdobje, so za vsako od petih velikih držav članic prikazane spremembe v včasih zelo širokem razponu popustov na račun, ki jih je vsaka članica koncentracije odobrila desetim najboljšim strankam za 20 najbolj prodajanih malih plošč v danem letu, ki pomenijo velik del splošnega prometa glavnih založb, tako da je vidna in enaka obravnava na ravni JPC in popustov eden od bistvenih elementov morebitnega usklajevanja neto cen. Vsaka tabela naj bi za dano glasbeno založbo v dani državi kazala hkrati, da so nekatere stranke dobile zelo različne popuste v danem letu ali v določenih letih za te najbolj prodajane albume in da obstajajo očitne razlike med najvišjimi in/ali najnižjimi popusti, odobrenimi različnim strankam v danem letu, in to celo za stranke, ki sodijo v isto kategorijo (na primer trgovci na debelo, specializirani trgovci na drobno, supermarketi).

132 Poleg tega naj bi bilo mogoče iz primerjave tabel v navedeni prilogi za družbi Sony in BMG za katero koli državo sklepati, da se popusti, ki jih katera koli od teh družb odobri kateri koli stranki za katero koli leto, pogosto zelo spreminjajo glede zneska najvišjih in najnižjih popustov, odobrenih v tem obdobju, in tudi razlike med tema zneskoma.

- 133 Komisija dvomi o upoštevnosti sklepa tožeče stranke, da tabele sodijo med „zanimive pravilnosti“, in opozarja, da vsaka taka „pravilnost“ ne zmanjšuje pomena spremembe popustov kot dokaza o zapletenosti in nepreglednosti določanja neto cen.
- 134 Priloga B.8, ki vsebuje razčlenitev po razponih popustov, ki sta jih članici koncentracije odobrili za 20 najbolj prodajanih albumov v obdobju od 1998 do 2003 v petih velikih državah članicah, naj bi Komisiji omogočila, da preveri, kolikšen je bil delež prodaje 20 najbolj prodajanih malih plošč vsake od njiju vsem strankam, ki jo je vsaka od obeh glavnih založb izvedla z danim popustom (izraženim v ozkih razponih po 2,5 %) v primerjavi s katalognimi cenami zadevnih albumov. Splošneje naj bi bilo v stolpcu, ki v teh tabelah ustreza vsakemu letu, prikazano, da ne glede na leto ali državo nobena od teh dveh glavnih založb ni izvajala enotne prakse na področju popustov, niti za ta omejeni izbor svojih najbolj prodajanih albumov. Vrstice, ki se nanašajo na različne ozke razpone popustov, naj bi tudi kazale, da se je praksa obeh članic koncentracije na področju popustov spreminjala od enega leta do drugega.
- 135 Poleg tega naj bi ena od prilog k odgovoru na tožbo (priloga B.9) kazala, da je razdelitev popustov, ki sta jih družbi Sony in BMG odobrili za 20 najbolj prodajanih albumov v letu 2003, bistveno drugačna.
- 136 Ugotovitev tožeče stranke, da razlike v razponu popustov ne izključujejo, da popusti temeljijo na znani zbirki pravil, naj bi temeljila na napačni domnevi, da bi bilo dovolj, da je zbirka pravil znana, da bi vse glavne založbe zanesljivo vedele, da se ta pravila upoštevajo.



137 Komisija opozarja, da se analiza korelacije, ki jo je tožeča stranka opravila v prilogi D.3, nanaša na popuste samo ene članice skozi čas in ne na uskladitev med članicama koncentracije. Poleg tega, tudi če bi ta analiza pokazala, da so bile strukture popustov vsake članice koncentracije razmeroma stabilne skozi čas kljub spremembam v sestavi dejavnosti, bi to dejansko potrdilo trditev Komisije, da lahko številke povprečnih neto cen prikrijejo velika nihanja na ravni albumov in strank. Nazadnje, v nasprotju s trditvijo tožeče stranke naj bi ozki razponi popustov (2,5 %) v diagramih dejansko zmanjševali dovzetnost analize za majhne spremembe popustov.

138 Poleg tega Komisija meni, da so ugotovitve tožeče stranke o nekaterih diagramih, da naj bi bila v njih prikazana bolj stabilnost popustov ali visok korelacijski faktor med članicami koncentracije, neutemeljene.

139 Priloga B.10, v kateri je za pet velikih držav članic prikazana razdelitev neto cen med pet glavnih strank vsake od obeh članic koncentracije, naj bi kazala, da:

— se razdelitev neto cen močno razlikuje za obe glavni založbi in tudi na splošno za določene stranke;

— je način razdelitve nakupov različnih strank od dane založbe med različne razpore neto cen zelo različen. Ta ugotovitev naj bi veljala celo za stranke, ki sodijo v isto kategorijo (kot so trgovci na debelo, specializirani trgovci na drobno, supermarketi), če je v tabeli navedena več kot ena stranka iz dane kategorije.

- 140 Komisija se strinja s tožečo stranko, da je spremembe delitve neto cen, ki so jih velike stranke plačale različnim glavnim založbam, mogoče pripisati razlikam med njihovimi nakupnimi navadami in ponodbami proizvodov glasbene založbe. Vendar naj nikakor ne bi bile neupoštevne. Čeprav je velika glasbena založba lahko odkrila različne neto cene, ki jih je skupna stranka plačala za različne albume velike glasbene založbe (kar se glede na razpoložljive dokaze ne zdi verjetno), ne more povedati, ali so te cene izraz strinjanja z nujno zapletenimi pravili, ki jih je določila tožeča stranka, ali odstopanja od teh pravil, ne da bi vsaj imela na voljo številnejše informacije o albumih, na katere se te cene nanašajo.
- 141 Poleg tega, če bi ponudba proizvodov in spremenljive stopnje uspeha morale pojasniti vse ali večino tehtanih sprememb delitve cen, navedene v tej prilogi, bi to kazalo tudi na nesmiselnost vsakršnega poskusa usklajevanja na podlagi vseh povprečnih neto cen, kot trdi tožeča stranka.
- 142 Komisija izpodbija upoštevnost dokazov, ki jih je navedla tožeča stranka, da bi se ugotovilo, da dokumenti, priloženi k odgovoru na tožbo, ne dokazujejo velikega spreminjanja cen.
- 143 Komisija naj bi poleg tega imela na voljo dokaze o JPC kategorije visokih cen (glej prilogo B.11), da so nekatere zelo pomembne stranke ene od članic koncentracije v danem letu (2003) tej glasbeni založbi plačale različne neto cene (povedano drugače, so dobile različne popuste) za albume z isto JPC. Razlika med najvišjo in najnižjo neto ceno, plačano za albume z določeno JPC, naj bi bila pogosto velika.

144 Iz dokazov, ki jih je predložila družba BMG (glej prilogo B.12), o delu skupnega povprečnega popusta, odobrenega vsaki od desetih najboljših strank, naj bi izhajalo, da so se v eni državi (država F) povprečni akcijski popusti gibali med približno 8,5 % in 13 %, kar zelo presega povprečne običajne popuste (ki se gibljejo med 3 in 10 %) za skoraj vse stranke, medtem ko je v drugi državi (država C) povprečni akcijski popust (ki se je gibal med 2 in 5 %) pomenil približno polovico, celo več, najvišjega popusta, ki se uporablja na splošno, to je z izključitvijo posebnega veleprodajnega popusta. V treh drugih državah (države B, D in A) naj bi se raven povprečnih akcijskih popustov očitno spreminjala glede na posamezne stranke in se gibala od 0,5 in 12,5 %, od 0,5 do 13 % in od približno 2,5 % do 14,5 %. V treh državah naj bi povprečni akcijski popusti presegli povprečne običajne popuste za eno od najboljših strank, medtem ko naj bi bili dosti manjši za druge.

145 V nasprotju s trditvijo tožeče stranke dejstvo, da so v vsaki od prilog prikazane samo razlike v neto cenah ali popustih ene od prigrasiteljic, ne pomeni, da te niso upoštevne. Dejstvo, da se popusti samo ene velike glasbene založbe spreminjajo glede na stranke (vključno s strankami iste vrste, od katerih je mogoče pričakovati, da se zanimajo za podobne elemente njene ponudbe proizvodov), naj bi namreč kazalo, da čeprav bi se konkurent moral seznaniti s popusti, ki jih je ta velika glasbena založba odobrila stranki, tega védenja ni mogoče ekstrapolirati na splošno prakso navedene glasbene založbe na področju popustov. Poleg tega naj bi bili načini izvajanja usklajevanja, ki pokrivajo posamične stranke in tudi vrste strank, dosti preveč zapleteni.

146 Komisija naj bi prejela tudi „izjave prič“, da je ista glasbena založba odobrila akcijske popuste za predstavitvene albume in tudi za prejšnje izdaje (priloga B.2).

147 To naj bi bilo potrjeno v prilogi B.13, sestavljeni iz diagramov, ki sta jih predložili članici koncentracije in v katerih so za vsako od petih velikih držav prikazani popusti na račun, ki jih je odobrila vsaka od njihju najboljšim skupnim strankam za svoje

najbolje prodajane albume v letu 2002 z zelo podobnimi JPC iz kategorije visokih cen. Komisija je opozorila, da bi moral biti za vsako glasbeno založbo in vsako stranko običajni popust stabilen za vse albume v danem letu, iz česar sklepa, da je treba spreminjanje popustov na račun, ki jih je velika glasbena založba odobrila dani stranki za različne albume z isto JPC, pripisati akcijskim popustom, ki so bili v danem trenutku odobreni za zadevne predstavitevne albume. Diagrami naj bi razkrivali take razlike v praksah zaračunavanja vsake glasbene založbe priglasiteljice vsaj za nekatere stranke v vseh zadevnih državah.

- 148 Komisija poudarja, da ji tožeča stranka očita, da ni preučila „nekaterih preprostih načel, ki razlikujejo med albumi po isti referenčni ceni in bi lahko pojasnila razlike v višini akcijskih popustov“, vendar za njihov opis navaja šest meril, ki naj bi, ker so načeloma medsebojno združljiva, povzročila močno povečanje števila kombinacij pravil, ki se potencialno lahko uporabljajo za akcijske popuste. Tožeča stranka naj poleg tega ne bi poskušala izvesti količinske opredelitve, čeprav bi ta morala biti bistvena, če morajo načini izvajanja usklajevanja na ravni cen omogočiti, da se z razumno natančnostjo napove višina popusta za dani naslov v dani promocijski akciji – in očitno ugotovi, ali so dejanski popusti v skladu s temi pravili, ali pa se oddaljujejo od skupnih načel določanja cen.
- 149 Spremembe akcijskih popustov kažejo nekateri primeri: različne vrste strank naj bi dobile različne višine popustov za albume iste glasbene zvrsti, različne stranke naj bi dobile različne popuste za isti album, ista stranka naj bi dobila različne popuste za različne albume, ista stranka naj bi dobila časovno omejene popuste za določen album.
- 150 Nazadnje, splošno ugotovitev Komisije, da obstaja „določeno spreminjanje višine popustov, ki jih uporabljajo velike založbe“ na velikih trgih (uvodne izjave 78, 85, 92, 99 in 106 Odločbe), naj bi potrjevali tudi finančni dokazi o popustih petih glavnih

založb. Na podlagi informacij, ki jih je Komisija dobila od petih glavnih založb v zvezi z njihovimi popusti na račun, ki so jih uporabljale leta 2003, so ekonomski izvedenci članic koncentracije v študiji RBB ugotovili naslednje:

„Primerjali smo tudi razdelitev popustov na račun, ki so jih stranke A, B, C, D in E odobrile v vsaki od petih glavnih držav leta 2003. Analiza poudarja pomembne razlike v razdelitvi takih popustov, ki so jih odobrile glavne založbe. To potrjuje, da njihove politike določanja cen zdaj niso usklajene.“

## Preglednost popustov

- 151 V Odločbi naj bi bilo poudarjeno, da so glede na mnenje več strank v velikih državah članicah glavne založbe imele „določeno vedenje“ o (stabilnejših) običajnih popustih, ki so jih uporabljali njihovi konkurenti (glej opombe 45, 49, 52, 55 in 57 v Odločbi). O tem vprašanju se je obsežno razpravljalo na zaslišanju, ki ga je pripravila Komisija. Članici koncentracije naj bi trdili, da se nekateri pritrilni odgovori nanašajo samo na JPC ali ne razlikujejo med JPC in popusti. Samo v petih odgovorih (iz Belgije, Francije in Italije) od skupaj 36 razpoložljivih odgovorov iz vseh držav naj bi bilo izrecno navedeno, da obstaja določena preglednost popustov; nasprotno stališče naj bi se izrecno zagovarjalo v 11 odgovorih. Komisija naj bi na podlagi odgovorov trgovcev na drobno, „izjav prič“ nacionalnih vodstvenih delavcev družb Sony in BMG (glej upoštevne izvlečke v prilogi B.2) ter neobstoja informacij o popustih, ugotovljenih v poročilih o spremljanju trgovskih zastopnikov, ki jih je prejela (glej prilogo B.15), sklepala, da čeprav so nekaterih trgovci na drobno opazili, da imajo glavne založbe določeno vedenje o politiki zaračunavanja cen drugih glavnih založb, bi se to vedenje lahko nanašalo na razmeroma pregledne JPC in delno na običajne popuste, o katerih se pogajajo vsako leto, vendar se verjetno ne bi nanašalo tudi na akcijske popuste, o katerih se pogajajo za vsak primer posebej. Na podlagi odnosov

med glavnimi družbami in stabilno bazo strank (uvodna izjava 112 Odločbe) bi bilo mogoče dobiti nekatere informacije o letnih popustih, vendar se zdi, da ti odnosi ne spodbujajo preglednosti na področju kratkotrajnih promocijskih akcij.

- 152 Komisija naj bi ugotovila, da so bili akcijski popusti manj pregledni od običajnih popustov in da bi njihovo spremljanje zahtevalo skrbno opazovanje promocij na maloprodajnem trgu (uvodne izjave 80, 87, 94, 101 in 108 Odločbe). Sistem tedenskih poročil, ki jih predložijo prodajne ekipe družb Sony in BMG (ki vsebujejo ugotovitve o konkurentih), naj vseeno ne bi dosegal zahtevane stopnje preglednosti glede teh popustov. Komisija naj predvsem ne bi odkrila zadostnih dokazov, da so spremljanje maloprodajnih cen ali stiki med trgovci na drobno glavnim založbam omogočili odpraviti pomanjkanje preglednosti popustov, zlasti akcijskih popustov.
- 153 Poročila o spremljanju trga, ki sta jih predložili članici koncentracije, navedena v prilogi B.15, naj ne bi vsebovala vrste podrobnih informacij o popustih konkurentov, na podlagi katerih bi bilo mogoče učinkovito spremljanje neto cen, ki so se za posamične albume zahtevale od različnih strank. Poleg tega so bila ta poročila v drugih državah veliko krajša ali jih celo ni bilo. Predvsem predstavniki družbe BMG naj bi predložili uradna poročila o spremljanju samo v Franciji in Avstriji.
- 154 Čeprav se Komisija strinja, da ni mogoče zlahka dokazati neobstoja mehanizma določanja cen, ki bi zajemal vrsto splošnih pravil, opozarja, da se tožeča stranka ni potrudila predložiti pozitivnega dokaza o tem, kako naj bi bil tak mehanizem določanja cen zasnovan in se nato uporabljal za neznano število individualnih pogodb niti kako naj bi se zagotavljalo njegovo upoštevanje.
- 155 Komisija se poleg tega čudi, da tožeča stranka neposredno izpodbija nujnost spremljanja, da se ugotovi kolektivni prevladujoči položaj.

- 156 Sklep Komisije o neučinkovitosti spremljanja prodaje na drobno naj bi se opiral tudi na zapletenost in nepreglednost določanja maloprodajnih cen. Študija, ki sta jo predložili članici koncentracije (priloga B.17), naj bi kazala, da obstajajo velike razlike med maloprodajnimi cenami, ki jih glavni trgovci na drobno zaračunavajo za primerljive albume v vsakem velikem cenovnem razredu (visoke, povprečne in nizke cene), in da je določanje maloprodajnih cen tako zapleteno kot določanje veleprodajnih cen. Poleg tega naj bi se maloprodajne cene za dani album iz istega izbora petih najbolje prodajanih albumov pogosto hkrati spreminjale skozi čas za katerega koli trgovca na drobno in zelo očitno kadar koli od enega trgovca na drobno do drugega.
- 157 Dokazi (navedeni v prilogi B.17, oddelek 2) naj bi kazali, da naj intenzivno spremljanje glavnih založb v zvezi z gibanjem maloprodajnih cen, ki jih vsak trgovec na drobno zaračunava za vsak pomemben album, veliki glasbeni založbi ne bi omogočalo, da iz tega sklepa o praksah določanja neto cen (JPC, znižana za popust na račun) glavnih konkurentov za dani album. Vsi trgovci na drobno naj namreč ne bi sistematično uporabljali istega zvišanja veleprodajnih cen v danem trenutku niti za vse kategorije albumov niti za vse albume iz bolj omejene kategorije visokih cen (tabela 2.1).
- 158 Nazadnje, Komisija naj ne bi ugotovila nobene dokazljive povezave med maloprodajnimi cenami in popusti na račun, odobrenimi za albume z isto JPC. Nasprotno naj bi študija, ki sta jo predložili članici koncentracije, dokazovala, da za albume iz kategorije visokih cen in tudi za druge albume razlike med maloprodajnimi cenami danega albuma v danem trenutku na različnih maloprodajnih mestih nimajo nobene natančne povezave s popusti na račun, odobrenimi tem trgovcem na drobno za ta album (tabela 3.1).
- 159 Zaradi tako različnih in nepredvidljivih praks določanja maloprodajnih cen velika glasbena založba ne more zanesljivo sklepati, da naj bi dani trgovec na drobno za enakovredne albume drugih velikih založb uporabljal isto raven ali shemo zvišanja kot za njene albume, in ne more oblikovati zanesljive slike o neto cenah konkurentov niti za dani album niti na splošno na podlagi razmerja med

maloprodajnimi in veleprodajnimi cenami, ki ga dani trgovec na drobno uporablja za njene albume posamično ali v celoti.

- 160 Komisija poudarja, da trditev tožeče stranke, da naj bi bilo „presenetljivo, da ni dobro opredeljenega in sistematičnega razmerja med povprečnimi maloprodajnimi cenami albumov določene kategorije, prodanih določenemu trgovcu na drobno, in njihovimi dejanskimi veleprodajnimi cenami, v dovolj široki ponudbi naslovov in v primernem obdobju“, ni podprta z nobenim dokazom. Dovolj visoka stopnja seštevanja po albumih in času naj bi prikrila spremembe na ravni posameznih naslovov – s pogosto visokimi ravnmi prodaje –, ki bi jih tiho usklajevanje na ravni cen neizogibno moralo zadevati. Velika glasbena založba ne more na podlagi razmerja med maloprodajno in veleprodajno ceno svojih albumov – ki vedno pomenijo posebno ponudbo proizvodov, kot tožeča stranka ves čas poudarja v stališčih – zanesljivo ugotoviti, ali to razmerje velja tudi za druge glavne založbe.
- 161 Komisija trdi, da so kritike tožeče stranke glede študije RBB in domnevne neizpolnitve obveznosti Komisije, da to študijo predloži subjektom na trgu, omejene na nekatere nepodprte trditve.

### Strukturne povezave

- 162 Glede kompilacij naj bi članici koncentracije pokazali, da partnerji skupnega podjetja prejmejo samo podatke o povprečni višini popustov (nerazčlenjeno po vrstah popustov ali strankah) glede prodaje zadevnega kompilacijskega albuma. Ob upoštevanju sprememb, ugotovljenih v praksi popustov glede na albume in stranke v določenem časovnem obdobju, pomena akcijskih popustov in verjetnih razlik pri akcijskih popustih med kompilacijami in malimi ploščami, naj kompilacije ne bi mogle zagotoviti potrebne preglednosti in naj torej ne bi bile upoštevne za njeno analizo.



- 163 Prav tako naj bi sporazume o distribuciji ali dovoljenjih redko sklenili več kot dve glavni založbi in naj torej ne bi bili ustrezen nosilec za večstransko izmenjavo zelo zapletenih informacij o praksah določanja neto cen vseh glavnih družb, ki bi bile potrebne za tiho usklajevanje na tej podlagi. Nazadnje, ker naj bi bila pogajanja o pristojbinah na področju glasbenega založništva kolektivna in naj bi se jih udeležila nacionalna združenja glasbenih založb (velike založbe in neodvisne založbe) in nacionalne družbe kolektivnega upravljanja (ki zastopajo izdajatelje in avtorje) ter naj bi se na njih obravnavalo samo določanje cen glasbenih posnetkov, je Komisija sklepala, da niso upoštevna za analizo preglednosti.

### Povračilni ukrepi

- 164 Iz uvodnih izjav 114 in 118 Odločbe naj bi izhajalo, da naj Komisija ne bi poskušala preveriti obstoja morebitnih verodostojnih povračilnih mehanizmov (odkrila naj bi nekatere potencialne verodostojne mehanizme), ampak predvsem ugotoviti, ali je vzporednost in stabilnost popustov, ugotovljenih v nekaterih zelo splošnih fazah analize, mogoče pripisati tihemu usklajevanju kljub zapletenosti individualnih odločitev o določanju neto cen, razpršitvi posameznih neto cen na več ravni in očitnemu neobstoju zadostne preglednosti. Očitni dokazi o povračilnih ukrepih, ki so jih uporabile druge glavne založbe kot odgovor na „odstopanje“ od običajnih ravni povprečnih neto cen ali povprečnih popustov na račun, bi bili lahko pokazatelj (čeprav zelo očitno neodločilen) obstoja usklajevanja. Neobstoj dokazov o povračilnih ukrepih v obliki splošne uporabe večje konkurence na ravni cen ali kompilacij, glasbe na spletu ali glasbenega založništva bi bilo mogoče šteti za „negativni“ pokazatelj, da stopnja uskladitve, ugotovljena na splošni ravni, ni posledica tihega usklajevanja.
- 165 Glede splošnejšega vprašanja, ali obstajajo dovolj verodostojni povračilni mehanizmi za zagotavljanje trajnega usklajevanja na trgu glasbenih posnetkov, naj bi Komisija morebitno izključitev odstopajočega podjetja iz kompilacijskih albumov ali njegovo

zavrnitev sodelovanja pri njegovih kompilacijah (razen vrnitve k cenovni konkurenci) očitno štela za morebitno metodo, ki najbolj zasluži zanimanje. Elementi, ki jih je Komisija predstavila v uvodnih izjavah 116 in 117 Odločbe, niso prepričljivi. Po eni strani naj bi glavne založbe dejansko imele mrežo skupnih podjetij za kompilacije (uvodna izjava 116 Odločbe), ti albumi pa naj bi pomenili velik delež trga glasbenih posnetkov (od 15 do 20 %) in ustvarjali večino velike prodaje (uvodna izjava 115 Odločbe). Po drugi strani se zdi, da je mešanica izvajalcev, ki pripadajo različnim glasbenim založbam, ključen dejavnik tega uspeha (uvodna izjava 115 Odločbe), ker pri kompilacijah sodelujejo dve ali tri glavne založbe, katerih glasba se daleč najbolje prodaja (uvodna izjava 116 Odločbe). Očitno lahko uporaba tega povračilnega mehanizma povzroči izgubo dodatnih dobičkov, ki bi lahko nastali s kompilacijo, pri kateri sodelujejo izvajalci odstopajočega podjetja. Ob upoštevanju te mešanice spodbujajočih in odvrčajočih elementov in zaradi neobstoja dokazov, da so se taki povračilni ukrepi v preteklosti izvajali ali uporabljali kot grožnja, Komisija ni mogla sklepati, da mehanizem, ki lahko „na splošno pomeni verodostojne povračilne ukrepe za glavne založbe“, je ali bi lahko bil dovolj verodostojen za zagotavljanje preteklega ali prihodnjega usklajevanja.

### c) Druge države članice

<sup>166</sup> V drugih manjših državah članicah naj bi se večina skupne prodaje vsake velike založbe (od 50 do 60 % in od 90 do 100 %) izvajala ob uporabi petih JPC, dve JPC vsake velike založbe (razen v Avstriji) pa naj bi pomenili od 30 do 40 % in od 60 do 70 % skupne prodaje zgoščenk vsake velike glasbene založbe v letu 2003.

<sup>167</sup> Poleg tega naj bi se popusti na račun zelo spreminjali od stranke do stranke za vsako od članic koncentracije. Najmanjša razlika med najvišjimi in najnižjimi povprečnimi popusti, ki jih je ena od članic koncentracije odobrila desetim najboljšim strankam (petim najboljšim na Irskem), je bila 5,7 %, medtem ko razlika med najvišjimi in

najnižjimi povprečnimi popusti, odobrenimi stranki, ki je med desetimi najboljšimi, ni bila nižja od 10 % v nobenih državi za obe članici prigrasiteljici.

- 168 Komisija je ugotovila (uvodne izjave od 148 do 152 Odločbe) določene podobnosti med trgi majhnih držav in petimi velikimi trgi. Na podlagi dokazov, predloženih glede majhnih držav, bi bilo nemogoče dokazati obstoj resničnega tihega usklajevanja med glavnimi založbami na teh trgih.

## 2. Nepravilna predstavitev Odločbe v tožbi

- 169 Komisija najprej opozarja, da obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah ni začasni pripravljalni akt (sodba Sodišča z dne 11. novembra 1981 v zadevi International Business Machines proti Komisiji, 60/81, Recueil, str. 2639) in da ni posebej dolžna navesti, zakaj odstopa od začasnega stališča. Ni dovolj, da tožeča stranka opozori, da se značilnosti trga niso spremenile v obdobju od obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah do sprejetja Odločbe. Čeprav je to lahko večinoma točno z objektivnega vidika, nikakor ne bi bilo točno glede obsega védenja in razumevanja Komisije o trgu. Komisija bi za sprejetje končnega stališča morala pravilno upoštevati podrobne pripombe, ki sta jih članici koncentracije predložili v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah.

- 170 Komisija ugotavlja, da tožeča stranka predstavlja izkrivljen pogled na Odločbo v več točkah.

- 171 Najprej, v Odločbi naj ne bi bilo navedeno, da imajo glavne založbe „vse značilnosti prevladujoče skupine“.
- 172 Nato naj v Odločbi ne bi bilo ugotovljeno, da glavne založbe lahko ohranjajo visoke cene. V uvodni izjavi 56 Odločbe naj bi bilo predvsem navedeno, da so se cene znižale, vendar manj očitno, kot sta trdili članici koncentracije, uvodna izjava 58 Odločbe pa naj bi se nanašala samo na raven cen zgoščenk, ki se je zdela visoka.
- 173 Nazadnje, Komisija naj v Odločbi ne bi ugotovila, da ima trg vse značilnosti, ugodne za tiho usklajevanje. V Odločbi naj predvsem ne bi bilo zatrjeno, da se je usklajevanje dejansko zgodilo, ampak samo, da je Komisija odkrila nekatere dokaze o usklajevanju (uvodna izjava 109 Odločbe). Čeprav Komisija v uvodnih izjavah 112 in 113 Odločbe poudarja določeno stabilnost strank in obstoj nadzora, ne meni, da ta nadzor zadostuje za odpravo pomanjkljive preglednosti popustov, zlasti akcijskih popustov.

### 3. Prvi del

#### a) Kršitev obveznosti obrazložitve

- 174 Komisiji se zdi potrebno, da pred preučitvijo posebnih trditev, ki jih je navedla tožeča stranka, predstavi splošne zahteve iz člena 253 ES.

- 175 Prvič, Komisija poudarja, da je treba razlikovati med domnevnim neobstojem dovolj jasne obrazložitve sprejetja akta in navedbo razlogov, ki temeljijo na napačno ugotovljenem dejanskem stanju, napakah pri presoji in nepravilni uporabi prava, pri čemer drugi primer zadeva bolj vsebinsko vprašanje kot pa kršitev postopkovnih pravil in ne pomeni kršitve člena 253 ES (sodbi Sodišča prve stopnje z dne 7. novembra 1997 v zadevi Cipeke proti Komisiji, T-84/96, Recueil, str. II-2081, točki 46 in 47, in z dne 14. maja 1998 v zadevi Buchmann proti Komisiji, T-295/94, Recueil, str. II-813, točki 44 in 45).
- 176 Drugič, Komisija opozarja, da mora biti na podlagi ustaljene sodne prakse obrazložitev, zahtevana v členu 253 ES, prilagojena naravi zadevnega akta in jasno in nedvoumno izražati sklepanje institucije ter da Komisija ni dolžna komentirati vseh dejanskih in pravnih okoliščin, ki jih je vsaka od zainteresiranih strank navedla v upravnem postopku, ampak mora upoštevati ozadje in tudi vsa pravna pravila, ki urejajo zadevno področje.
- 177 Med upoštevnimi dejavniki glede okoliščin je stopnja predhodnega poznavanja ugotovitev ali upoštevnih dejstev pri osebah, ki jih akt zadeva, ker se poznavanje sektorja lahko pričakuje od nekaterih oseb ali se lahko pridobi s tesnim sodelovanjem zadevnih oseb v postopku, ki se konča s sprejetjem akta, ali povezanem postopku. Nujnost hitrosti pri nadzoru koncentracij naj bi bila pomembna tudi za ugotovitev ustreznosti obrazložitve.
- 178 Kadar za nekatera upoštevana dejstva velja obveznost poslovne skrivnosti, določena v členu 287 ES, mora pristojna institucija vseeno zagotavljati, da se bistveni del njene obrazložitve sporoči zadevnim osebam.

- 179 Kadar smisel besedila ni jasen ob prvem branju, člen 253 ES vseeno ni kršen, če je ob običajnem prizadevanju za razlago mogoče odpraviti dvoumnosti, ki jih vsebuje obrazložitev.
- 180 Prav tako bi bilo treba navesti, da je Sodišče sklepalo, da „Komisija ni dolžna pojasniti morebitne razlike v primerjavi z obvestilom o ugotovitvah o možnih kršitvah, ker je to pripravljalni dokument, v katerem so presoje zgolj začasne in namenjene določitvi obsega predmeta upravnega postopka proti podjetjem, ki so predmet tega postopka“.
- 181 Nazadnje, če koncentracija ne spremeni konkurenčnega položaja na danem trgu ali ga spremeni samo v omejenem obsegu, ni mogoče zahtevati od Komisije, da predloži posebno obrazložitev v zvezi s tem vprašanjem. Komisija naj tudi ne bi kršila obveznosti obrazložitve, če v odločbo ne vključi natančne obrazložitve v zvezi s presojo nekaterih vidikov koncentracije, ki se ji zdijo očitno neustrezni, nepomembni ali jasno podredni za presojo te koncentracije.

## Homogenost proizvoda

- 182 Komisija glede očitka tožeče stranke, da je ugotovitev o homogenosti proizvoda nezadostno obrazložena, potrjuje, da ni ugotovila, da bi „heterogenost proizvoda morala imeti večjo težo od homogenosti formata“, ampak samo sklepala, da je treba upoštevati oba vidika. Prav tako naj standardizacije številnih vidikov postopka določanja veleprodajnih cen zgoščenk (z uporabo najobičajnejših JPC in običajnih popustov za vsako stranko) ne bi „izpodbijala“, ampak relativizirala omemba vloge uspeha pri določanju cen posameznih albumov. Skratka, male plošče naj ne bi bile

primerljive z naftnimi sodčki in, ker se lahko za več albumov šteje, da sodijo na isti trg (prek „kontinuumu zamenljivosti“), ne bi postale popolnoma homogene z vidika samega proizvoda ali procesa določanja cen. Rezultat ne bi bil „vrsta nasprotujočih si ugotovitev“, ampak odraz zapletene stvarnosti.

## Preglednost

- 183 Tožeča stranka naj ne bi mogla trditi, da ni razumela izpodbijane odločbe, ker naj Komisija ne bi opredelila tega, kar razume z izrazom „akcijski popusti“, ker je tožeča stranka sektorsko združenje, ki je dejavno sodelovalo pri razpravi na zaslišanju, ki ga je organizirala Komisija, in trdi, da je seznanjena z delovanjem teh popustov. Vsekakor naj bi bilo v Odločbi pravno zadostno obrazloženo, kaj pokrivajo različne vrste popustov (uvodne izjave 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 in 113).
- 184 Prav tako naj bi tožeča stranka nepravilno trdila, da se splošna analiza manjših držav, ki jo je Komisija opravila v uvodni izjavi 148 in naslednjih, nanaša samo na običajne popuste. Komisija naj bi v uvodni izjavi 150 Odločbe samo opozorila, da so običajni popusti najpomembnejši v vseh državah, in nato analizirala najširšo kategorijo popustov na račun (ki zajema običajne in akcijske popuste), kot je že naredila za posamezne države v uvodnih izjavah od 119 do 146. Tu ni ne zmede ne negotovosti.
- 185 Komisija je v Odločbi pripisala velik pomen akcijskim popustom, saj naj bi bile za učinkovito usklajevanje pomembne neto cene. „Določeno védenje“ o običajnih popustih naj ne bi bilo dovolj, če so akcijski popusti vzrok nihanja popustov za

nekatero stranke v določenem obdobju in od enega albuma do drugega, ki je tako močno kot nihanja, omenjena v uvodnih izjavah 79, 86, 100 in 107 Odločbe.

- 186 Komisija naj bi preučila popuste drugih glavnih založb, vendar se teh števil ne sme razkriti priglasiteljicama, zato jih ni bilo mogoče vključiti v Odločbo. To sicer ne bi bilo potrebno, saj naj bi bile nepregledne prakse dveh glavnih založb na področju popustov dovolj, da se vsem glavnim založbam prepreči učinkovito spremljanje neto cen. Poleg tega naj bi trditve tožeče stranke o določitvi cen, navedene v prilogi A.17, temeljile na domnevi, da vse glasbene založbe enako določijo svoje neto cene.

#### Sredstva odvrčanja

- 187 Iz Odločbe (zlasti iz uvodne izjave 114) izhaja, da je Komisija preučila grožnjo uporabe ali dejansko uporabo morebitnih povračilnih mehanizmov v preteklosti kot dodatnega sredstva za preverjanje, ali je določeno stopnjo uskladitve cen na splošni ravni mogoče pripisati tihemu usklajevanju. Zaradi neobstoja dokazov o njihovi dejanski učinkovitosti Komisija ni mogla sprejeti dokončnega stališča o zadostnosti različnih morebitnih povračilnih ukrepov, omenjenih v Odločbi.

#### Protiutež

- 188 Ker so pogoji za ugotovitev zdajšnjega ali prihodnjega kolektivnega prevladujočega položaja kumulativni, Komisiji ne bi bilo treba oblikovati sklepov, kakšno moč prisile imajo konkurenti in potrošniki, in torej navesti obrazložitve v zvezi s tem.



b) Očitna napaka pri presoji in nepravilna uporaba prava

189 Ker Komisija meni, da se razlogi za razglasitev ničnosti, ki se nanašajo na očitno napako pri presoji in nepravilno uporabo prava, prekrivajo, jih je preučila skupaj.

190 Komisija najprej navaja dve ugotovitvi.

191 Po eni strani Komisija v zvezi s trditvijo, da kadar mora uravnotežiti nasprotujoče si trditve, ne sme pripisati prevelikega pomena eni od njih, opozarja na diskrecijsko pravico, ki jo ima, kadar je treba opraviti zapletene ekonomske analize, in trdi, da so sklepi v Odločbi vseeno izjemno preiščeni in da tožeča stranka v zvezi s tem med dokazi, ki jih je imela Komisija na voljo, ne omenja nobenega, ki bi mu Komisija po njenem mnenju pripisala prevelik ali premajhen pomen.

192 Po drugi strani glede trditve, da Odločba, v kateri niso navedeni dovolj podrobni dejanski dokazi v podporo njenim sklepom, vsebuje očitno napako pri presoji, Komisija pojasnjuje, da je to predvsem vprašanje obrazložitve, in trdi, da v odločbah ni dolžna navesti podrobnosti pogosto obsežnih (in zaupnih) dokazov, ki jih je upoštevala. Zadostovalo naj bi, da jasno navede splošno vsebino dokazov, ki jih je preučila, in razloge za sklepe, ki jih je izpeljala iz teh dokazov, tako da bi zainteresiranim strankam in zlasti tistim, ki poznajo sektor in so že tesno sodelovali v upravnem postopku, omogočila, da oblikujejo mnenje o zakonitosti njenih sklepov. V obravnavanem primeru naj bi različne presoje o delovanju trgov glasbenih posnetkov, ki jih je navedla v Odločbi, podpirali obsežni zapleteni dokazi.

## Homogenost proizvoda

- 193 Komisija trdi, da se tožeča stranka moti, ko trdi, da heterogenost vsebine ni upoštevna, ker se cene določijo na podlagi omejenega števila referenčnih cen. Referenčne cene namreč zadevajo samo katalogne cene albumov, ne pa popustov na račun. Predvsem akcijski popusti naj bi se spreminjali od albuma do albuma.
- 194 Komisija trdi, da je mogoče teže odkriti kolektivni prevladujoči položaj na trgih, za katere je značilna diferenciacija proizvodov, zlasti kadar ta diferenciacija „poudarja težave pri obveščanju na nepreglednih trgih“ (glej Smernice Komisije o presoji horizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij (UL 2004, C 31, str. 5, točka 45).

## Preglednost

- 195 Komisija meni, da je treba pred preučitvijo različnih trditev tožeče stranke nujno komentirati štiri temeljne napake v tožbi, in sicer dve pravni in konceptualni napaki in dve napaki pri razlagi Odločbe.
- 196 Prvič, tožeča stranka naj bi storila temeljno konceptualno napako, ker meni, da je ugotovitev velike vzporednosti povprečnih neto cen glavnih založb ali velike stabilnosti povprečnih popustov dane glasbene založbe zadosten dokaz o tistem usklajevanju in tudi preglednosti, potrebni za trajno zagotavljanje tega usklajevanja

pod opredeljenimi pogoji. Določena stopnja skladnosti ali stabilnosti na splošni ravni ne more nadomestiti pomembnih in skladnih dokazov o obstoju zadostne preglednosti, da se podjetjem z oligopolnim položajem omogoči medsebojni nadzor njihovih ravnanj na trgu, in zaradi neobstoja dokazov o zadostni preglednosti ni mogoče domnevati, da se je vsako podjetje z oligopolnim položajem odločilo za ravnanje na trgu ob dovolj natančnem poznavanju ravnanja konkurentov.

197 Drugič, tožeča stranka naj bi storila temeljno pravno napako, ko Komisiji očita, da se je oprla na dokaze o popustih, ne da bi ugotovila, da so uporabljeni popusti povzročili velika znižanja cen, in ko trdi, da je konkurenca na področju popustov v resnici povsem obrobna. Ta trditev naj ne bi temeljila na dejstvih: povprečni popusti na račun članic koncentracije naj bi nasprotno bili zelo velik del njihove povprečne bruto prodaje (uvodne izjave 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 in 146 Odločbe), nekateri albumi in stranke pa naj bi bili deležni še večjih popustov (uvodne izjave 79, 86, 93, 100 in 107 Odločbe). Popusti naj bi bili torej izjemno pomemben element procesa določanja cen in bi lahko bili najverjetnejše in zanesljivo najmanj pregledno sredstvo, s katerim bi glavna založba lahko izvedla „zelo konkurenčno akcijo za povečanje tržnega deleža (na primer z znižanjem cen)“. Namen zanimanja Komisije za preglednost popustov naj ne bi bil neposredno preveriti, ali so glavne založbe v preteklosti upoštevale hipotetično skupno politiko, ampak ali so podjetja z oligopolnim položajem lahko trajno upoštevala (ali bi lahko trajno upoštevala po koncentraciji) tako skupno politiko z ustreznim medsebojnim spremljanjem. Torej po mnenju Komisije ni treba dokazati, da je ena ali več glavnih založb dejansko znižala cene v primerjavi s cenami drugih, in sicer z visokimi dodatnimi popusti.

198 Tretjič, tožeča stranka naj bi storila temeljno napako pri razlagi Odločbe, s tem ko Komisiji očita, da zamenjuje „zadostno preglednost trga“ v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, z zahtevo po popolni preglednosti, uporabljeni v Odločbi. V Odločbi naj bi bila stalno omenjena

„zadostna stopnja preglednosti“ (uvodne izjave 73, 80, 87, 94, 108 in 120 Odločbe). Tožeča stranka naj bi poleg tega ne upoštevala značaja študije, ki jo je Komisija opravila v zvezi s sistemom določanja cen. Komisija naj bi preučila elemente neto cene posameznega albuma, prodanega posamezni stranki (JPC, običajni popust, morebitni akcijski popust), in ugotovila, da bi bila potrebna zadostna stopnja preglednosti vseh elementov, da bi velika glasbena založba lahko razumno vedela, da pozna dejanske prakse določanja neto cen druge glasbene založbe, kot se kažejo na ravni strank in albumov. Komisija trdi, da ni mogla tako sklepati ob dokazih o relativni preglednosti JPC, nekaj dokazih o določeni preglednosti običajnih popustov in trdnih dokazih o nepreglednosti in zapletenosti akcijskih popustov.

199 Četrtrič, tožeča stranka naj bi storila temeljno napako pri razlagi, s tem ko trdi, da naj bi Komisija ugotovila, da so se JPC in povprečne neto cene gibale vzporedno. Ta trditve naj bi bila napačna. Komisija naj bi ugotovila, da so se na vseh velikih trgih povprečne dejanske bruto cene in povprečne dejanske neto cene prijaviteljic gibale vzporedno (uvodne izjave 77, 84, 91, 98 in 105 Odločbe), vendar so bili povprečni popusti enaki za obe članici koncentracije (uvodne izjave 78, 85, 92 in 99 Odločbe in stališča glede priloge B.6). Komisija poudarja, da se popusti spreminjajo glede na stranke in albume skozi čas (uvodne izjave 79, 86, 93, 100 in 107 Odločbe in komentarji o temeljnih dokazih). Zadevni dokazi naj ne bi dokazovali, da se bo dana JPC sistematično znižala za fiksni in predvidljiv popust ne glede na te spremenljivke (glej predvsem prilogo B.13).

200 Komisija nato meni, da je treba vnesti nekatere popravke ali pojasnila v trditve tožeče stranke:

- razmeroma podobna gibanja cen glavnih založb naj bi bila v razponu, ki je običajno presegal 10 % (glej na primer prilogo B.10);

- uporabo omejenega števila ključnih JPC kot podlago bi omilila potreba, da se vsako leto spremlja vsaj 80 uspešnih albumov, katerih JPC nihajo;
  
- maloprodajne cene so javne in jih je torej mogoče opazovati, vendar bi glavne založbe težko spremljale stalno gibanje teh cen od enega trgovca na drobno do drugega in ves čas;
  
- bilo naj ne bi nobenega dokaza, da poročila članic koncentracije o spremljanju nekaterih trgov vsebujejo koristne informacije o neto cenah konkurentov ali maržah trgovcev na drobno;
  
- tožeča stranka naj ne bi predložila nobenega dokaza v podporo trditvi, da so marže trgovcev na drobno pregledne in dovolj natančno znane; to nepodprto trditev naj bi izpodbijali dokazi v spisu (priloga B.17), ki naj bi kazali, da je določanje maloprodajnih cen zapleteno in nepredvidljivo. Ugotovitev Komisije, da naj bi se znatno odstopanje od cenovnih politik s popusti kazalo v povprečnih neto cenah velike glasbene založbe, naj ne bi bila povezana s tem vprašanjem. Ta ugotovitev naj bi bila namreč neupoštevna z dveh vidikov: prvič, nanašala naj bi se na pojav, ki bi ga Komisija lahko opazovala, če bi se zgodil, z izvajanjem preiskovalnih pooblastil, vendar ga nobena velika glasbena založba, gledano posamično, ne bi mogla opaziti, ker niti splošne ravni popustov velikih založb niti njihove povprečne neto cene niso pregledne, in, drugič, interakcija splošnih ravni popustov in povprečnih neto cen ne kaže na obstoj trdne in pregledne povezave med maloprodajnimi cenami in veleprodajnimi neto cenami;
  
- obstajalo naj bi samo malo zanesljivih dokazov, da glavne založbe podrobno poznajo vzajemne ravni običajnih in akcijskih popustov, in pomembnih dokazov

o nasprotnem, med drugim objektivna zapletenost akcijskih popustov, ki se spreminjajo glede na stranke in albume in tudi skozi čas;

- Komisija naj bi se dovolj osredotočila na popuste, ki sta jih uporabljali članici koncentracije, da je ugotovila neobstoje stopnje vzajemne preglednosti med podjetji z oligopolnim položajem, ki bi bila potrebna za delovanje tihega usklajevanja;
  
- sodelovanje različnih glavnih družb pri kompilacijah in distribuciji naj ne bi moglo razkriti zadostnih informacij o zapletenih individualnih odločitvah vseh glavnih založb o popustih;
  
- tožeča stranka naj ne bi predložila nobenega dokaza, da obstaja visoka stopnja prestopa vodstvenih delavcev med glavnimi založbami ali da je ta stopnja višja od stopnje v drugih sektorjih, kjer obstaja koncentracija, ali da naj bi bilo vedenje enega vodstvenega delavca o praksah na področju popustov, ki so zapletene in se spreminjajo na ravni posameznih albumov z omejeno „življenjsko dobo“, ko zapusti eno glasbeno založbo, dolgo koristno ali trajno omogočalo usklajevanje med vsemi glavnimi založbami;
  
- čeprav objavljene lestvice uspešnic olajšujejo identifikacijo albumov, ki se najbolje prodajajo, pa naj bi le redko dajale informacije o JPC in nikoli o popustih;
  
- Odločbe ni mogoče grajati samo zato, ker se razlikuje od obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah.

- 201 V nasprotju s trditvijo tožeče stranke naj ne bi bilo „razmeroma lahko“ določiti ravni popustov, to pa naj bi bilo skoraj nemogoče za akcijske popuste. Trditev tožeče stranke, da akcijski popusti pomenijo od ene četrte do ene tretjine vseh popustov, bi bilo mogoče na splošno sprejeti kot podlago za razpravo, vendar bi jo bilo treba osvetliti z več vidikov.
- 202 Prvič, splošna raven teh popustov naj bi se verjetno spreminjala od ene velike glasbene založbe do druge po zgledu ravni popustov na splošno.
- 203 Drugič, povprečja, navedena v spisu, naj bi kazala, da so akcijski popusti pomenili razmeroma visok delež popustov na račun v več državah leta 1998; popusti na račun naj bi imeli največji neposredni vpliv na odločitve strank o nakupu nekaterih albumov.
- 204 Tretjič, ta povprečna številka naj ne bi natančno odražala nenavadne zapletenosti in nepreglednosti razdelitve akcijskih popustov glede na albume in stranke in tudi skozi čas. Čeprav je mogoče, da so drugi pogoji sodelovanja v akcijah razmeroma standardni in preprosti, dokazi, ki jih je imela na voljo Komisija, očitno izpodbijajo vsak pojem standardizacije ali preprostosti v tedenskih pogajanjih o znesku in trajanju teh akcij ter upravičenosti nekaterih albumov in strank.
- 205 Četrtrič, samo dejstvo, da so akcijski popusti usmerjeni na nekatere albume in akcije ter da je znesek prilagojen za vsakega trgovca na drobno, bi verjetno omogočilo, da bi ti popusti imeli večji učinek na prodajo zadevnih albumov.

- 206 Še pomembnejše je dejstvo, da tožeča stranka ni predložila dokazov, ki zanesljivo dokazujejo, da je Komisija storila napako, ko je sklepala, da so akcijski popusti zelo pomembni na trgih, kjer 100 najbolj prodajanih albumov vsake velike glasbene založbe pomeni večji del njene skupne prodaje za dano leto in državo, ker veliko teh albumov ni navedenih na lestvici uspešnic.
- 207 Komisija naj bi nasprotno imela dokaze (priloga B.13), ki kažejo, da so bili celo nekateri albumi družbe Sony in BMG, ki so se prodajali po visoki ceni in so bili najbolj uspešni, deležni akcijskih popustov.
- 208 Komisija dodaja, da so dokazi o dejanski praksi akcijskih popustov v danem trenutku upoštevni samo za presojo dejanske stopnje usklajenosti neto cen (medtem ko v Odločbi meni, da popusti običajno niso bili dovolj usklajeni, da bi iz tega lahko sklepali, da obstaja skupna politika). Vendar naj bi bila preglednost popustov pomembna za vprašanje, ali je sistem določanja cen dovolj notranje pregleden, da lahko glavne založbe natančno in pravočasno odkrijejo, ali se je ena od njih oddaljila od skupne politike določanja neto cen albumov, tako da je zvišala akcijske popuste. Če ne upoštevamo neutemeljenih komentarjev o preglednosti marž trgovcev na drobno tožeče stranke, ta ni navedla niti trditev niti konkretnih dokazov o tej točki, tako da njen tožbeni razlog vsekakor ne bi uspel.
- 209 Komisija meni, da ugotovitev o stopnji preglednosti neto cen na trgu glasbenih posnetkov očitno ni temeljila na „domnevi“ ali „nepodprtem in subjektivnem dvomu“, ampak nasprotno na konkretnih dokazih o zelo zapletenem in premalo preglednem načinu določanja elementov končne neto cene (JPC, običajni in akcijski popust) za prodajo danega albuma s posebno vsebino dani stranki. V teh okoliščinah razpoložljivih dokazov ni mogoče razlagati tako, da z vso verjetnostjo dokazujejo obstoj zadostne preglednosti, ki bi omogočala ustrezno in pravočasno spremljanje upoštevanja skupne politike določanja cen.



- 210 Glede trditve tožeče stranke, da so zaradi omejenega števila znanih in prepoznavnih struktur in pravil povprečne cene predvidljive, Komisija opozarja, da določena stopnja gibanja povprečnih neto cen albumov ni dovolj, da se dokaže usklajevanje, ker so cene lahko zelo usklajene v konkurenčnih in tudi tajno dogovorjenih razmerah, saj se podjetja odzivajo na podobne zunanje dejavnike (na primer cene skupnih vložkov) in tudi na ravnanja drugih podjetij na trgu. Komisija trdi, da tožeča stranka zamenjuje opredelitev načinov izvajanja usklajevanja („znana in prepoznavna pravila“) in načine nadzora upoštevanja teh podrobnih pravil („zahtevana preglednost“), in sicer toliko bolj, ker nobena velika glasbena založba običajno nima dostopa do vseh ali vsaj do najpomembnejših podatkov o določanju cen vseh velikih glasbenih založb v vseh preučenihih kategorijah albumov in strank, ki bi bili potrebni za določitev povprečnih neto cen.
- 211 Poleg tega naj tožeča stranka, čeprav priznava, da so posledica teh prodajnih pravil in strategije lahko cene in popusti, ki se zelo spreminjajo glede na kategorije zgoščenk ali strank, ne bi navedla, kakšna naj bi bila ta pravila, niti kako naj bi se določila s tihim usklajevanjem za tako zelo različne okoliščine. Vendar naj glavne založbe ne bi mogle ugotoviti, ali je spremembe njihovih povprečnih neto cen mogoče pripisati odstopanju ali spremembam ponudbe proizvodov ali uspeha teh proizvodov, ne da bi imele hkrati podrobne informacije o teh spremembah sestave in uspeha njihovih ponudb proizvodov, in Komisija naj ne bi odkrila zadostnih dokazov, da imajo dostop do tako podrobnih informacij.
- 212 Tožeča stranka naj ne bi mogla samo trditi, da je usklajevanje dejansko potekalo na ravni velikih strateških odločitev vsake velike glasbene založbe o maržah in splošnih proračunih za popuste, ne da bi navedla, kakšna je lahko vsebina take odločitve ali kako bi glavne založbe lahko sklepale o teh načinih izvajanja usklajevanja ali kako bi lahko spremljale njihovo upoštevanje. Komisija naj ne bi bila zavezana preiskati tako nejasnih in nepodprtih trditev.

- 213 Glede kritike tožeče stranke o metodi, po kateri večina podatkov, ki jih je predložila Komisija, ni bila tehtana glede na obseg, Komisija poudarja, da je vprašanje ustreznosti dane metode neločljivo povezano s predpostavko, ki naj bi jo ta metoda potrdila ali ovrgla. Čeprav je združevanje tehtanih podatkov dejansko pomembno za ugotavljanje, ali obstaja temeljna usklajenost velikih glasbenih založb bodisi splošno bodisi za nekatere vrste albumov (na primer 20 najbolje prodajanih albumov), to tehtanje podatkov vseeno ni pomembno za preučitev zapletenosti in njenih učinkov na preglednost. Preučiti bi bilo treba še spremenljivost cen posameznih naslovov, da bi lahko razumeli raven zapletenosti določanja cen in stopnjo preglednosti trga.
- 214 Komisija opozarja, da je nerealno določiti načine izvajanja usklajevanja, ki bi temeljili na povprečnih neto cenah. Vendar opozarja, da so bile številke o stopnji podobnosti povprečnih neto cen velikih glasbenih založb, ki jo je mogoče opazovati (ob neobstoju vzporednosti), ki jih je navedla v Odločbi, tehtane glede na obseg in da to velja tudi za diagrame v prilogi B.4, ki temeljijo na povprečnih letnih popustih na račun, odobrenih različnim skupnim strankam članic koncentracije. Velike količine drugih podatkov, predstavljenih v odgovoru na tožbo, zlasti podatki v prilogah B.8, B.9, B.10 in B.13, naj bi bile prav tako tehtane glede na obseg, to pa naj bi v vsakem primeru izhajalo iz narave izvajanja.
- 215 Vsi zgoraj navedeni dokazi, tehtani glede na obseg, naj bi bili potencialno upoštevni za ugotovitev, ali obstaja visoka stopnja usklajenosti praks velikih glasbenih založb, in glede vprašanja, ali je določanje cen zapleteno ali ne, kar je pomembno za presojo preglednosti. V tem okviru naj vprašanje tehtanja glede na obseg ne bi bilo zelo pomembno. Spremenljivost neto cen in popustov glede na naslove in stranke (čeprav iste vrste) in skozi čas naj bi bila pomembna, ne glede na prodane količine. Tako naj bi bilo v prilogah B.6 in B.7 k odgovoru na tožbo prikazano, da naj bi celo za 20 najbolje prodajanih albumov vsake članice koncentracije obstajale velike spremembe v popustih. Če glavne založbe niso opremljene za dovolj natančno spremljanje teh

sprememb, lahko glavna založba odstopa od vsakega načina izvajanja usklajevanja neto cen, tako da uporablja velike popuste, zlasti akcijske popuste, ne da bi jo odkrili. To naj bi veljalo toliko bolj, če se za načine izvajanja usklajevanja meni, da so tako prilagodljivi, da bi bilo treba odkriti pomembno prakso popustov, ki presegajo tiho dogovorjeno pravilo, da bi bile druge velike glasbene založbe dovolj prepričane, da se je založba, ki jih uporablja, oddaljila od dogovorjene ravni.

216 Glede analize korelacij, ki jo je tožeča stranka opravila predvsem v prilogah D.2 in D.3, in implicitne kritike Komisije, da teh podatkov ni preverila, Komisija opozarja, da vprašanja metode ni mogoče presoјati abstraktno brez upoštevanja predmeta preiskave, ki zadeva vprašanje, ali obstaja stopnja usklajenosti, ki razkriva usklajevanje, in ali obstaja preglednost, ki omogoča spremljanje ravnanja na trgu.

217 Komisija želi najprej opozoriti, da sta članici koncentracije v upravnem postopku predstavili veliko podatkov o korelaciji, ki so prikazovali na splošno nizke korelacijske faktorje, vendar je te prispevke vseeno obravnavala zelo previdno.

218 Prav tako naj določena stopnja stabilnosti popustov skozi čas, ki jih je odobrila dana velika glasbena založba, ne bi sama po sebi dokazovala usklajevanja (glej prilogo D.3), saj bi tudi tu lahko bila večinoma posledica stabilnih dejavnikov, kot so velikost stranke, vrste kupljene glasbe itd. Celo visoka stopnja statistične predvidljivosti naj ne bi dokazovala obstoja usklajevanja, in sicer iz različnih razlogov: razumne individualne odločitve so lahko zelo predvidljive; brez informacij, na podlagi katerih je mogoče presoditi take ravni predvidljivosti, bi to ostala zanimiva intelektualna možnost brez praktičnih posledic in prav tako brez dostopa

do informacij o dejanski praksi ne bi bilo mogoče preveriti resničnosti napovedi (nadaljevanje izvajanja domnevnega tihega dogovora). Čeprav bi glavne založbe lahko uporabljale taka statistična orodja za svojo prakso določanja cen v preteklosti, to ne bi moglo nadomestiti spremljanja trga.

- 219 Komisija opozarja, da v nasprotju s trditvijo tožeče stranke ni „zavrnila“ podatkov, uporabljenih v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, ki so bili tehtani glede na obseg in na ravni sektorja, v korist podatkov, ki sta jih predložili članici koncentracije in niso bili ne eno ne drugo. Velik del teh podatkov naj bi bil naveden v Odločbi (na primer o podobni stopnji gibanja povprečnih neto cen), nekateri pa naj bi bili priloženi k odgovoru na tožbo (priloga B.4). Komisija naj bi spremenilačasne ugotovitve o tem, kaj so lahko dokazovali ti podatki, ob upoštevanju dodatnih informacij in trditev, ki sta jih predložili družbi Sony in BMG.

#### Sredstva odvrčanja in protiutež

- 220 Komisija trdi, da s tem, ko ni sprejela stališča o drugih dveh pogojih, ni storila očitne napake pri presoji in ni nepravilno uporabila prava, saj je ugotovila, da eden od treh kumulativnih pogojev (preglednost) ni izpolnjen.

#### Analiza skupne politike

- 221 Komisija najprej trdi, da očitek tožeče stranke temelji na napačni dejanski predpostavki, in sicer da se sklep o preglednosti nanaša izključno na „eno samo obliko popusta, to je akcijski popust“. Čeprav imajo akcijski popusti bistveno mesto

v analizi, naj bi se ta splošneje nanašala na način določanja cen, ki je na splošno zelo zapleten na ravni albuma in stranke in tudi skozi čas, in zato tudi na JPC in običajne popuste.

222 Komisija nato trdi, da je tožeča stranka očitno nepravilno uporabila pravo, ker se zdi, da trdi, da bi bilo pomanjkanje preglednosti manjše, če bi Komisija lahko dokazala, da bi bilo za glavne založbe koristno slediti skupni politiki. Ta trditev ni v skladu s sodno prakso. Razen zadostne preglednosti, ki omogoča delovanje spremljanja in odvracanja, Komisija ni poznala drugih načinov – in tožeča stranka ni predlagala nobenega drugega –, da bi dokazala, da bi bila tiho dogovorjena skupna protikonkurenčna politika koristna za skupino podjetij z oligopolnim položajem in zato razumna.

223 Če lahko razmeroma stabilni tržni deleži ustvarijo ugodne okoliščine za nastanek kolektivnega prevladujočega položaja, naj vseeno ne bi zadostovali za ugotovitev dejanskega ali verjetnega tihega usklajevanja, ker ni zadostnih dokazov, da je to usklajevanje razumno in v skladu s kumulativnimi gospodarskimi razmerami kolektivnega prevladujočega položaja, priznanimi v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji. Tožeča stranka naj ne bi predložila dodatnih dokazov o obstoju skupne politike, ki je bila prepričati „zelo konkurenčne akcije“. Torej naj na nobeni podlagi ne bi bilo mogoče trditi, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker ni odkrila take skupne politike glavnih založb.

224 Komisija glede izbire potrošnikov in kulturne raznolikosti najprej ugotavlja, da če ni dolžna v končni odločbi navesti razlogov, zakaj se je oddaljila od začasnih sklepov v obvestilu o ugotovitvah o končnih kršitvah v dani zadevi, mora to toliko bolj veljati, kadar se oddalji od sklepov v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, izdanem

več kot štiri leta prej v drugi zadevi. Nato opozarja, da tožeča stranka izrecno ne navaja nobenega vsebinskega argumenta ali dokaza o usklajenem zmanjšanju ustvarjalnosti, kakovosti ali raznolikosti glasbene ponudbe.

#### 4. Drugi del

<sup>225</sup> Komisija meni, da trije tožbeni razlogi o tem, da Komisija ni ugotovila, da naj bi se kolektivni prevladujoči položaj okrepil zaradi koncentracije, ne dopolnjujejo tožbenih razlogov, ki zadevajo predhodni obstoj takega kolektivnega prevladujočega položaja. Namreč, če bi bilo treba sprejeti enega od zadnjenavedenih tožbenih razlogov tožeče stranke, bi bila Odločba vsekakor razglašena za nično, medtem ko bi, če ne bi bil sprejet, to pomenilo, da se je Komisija pravilno odločila, da ne preuči zatrjevanih učinkov krepitve koncentracije.

### C – *Trditve intervenientov*

#### 1. Uvodne ugotovitve

<sup>226</sup> Intervenienti menijo, da je treba pred preučitvijo različnih tožbenih razlogov in trditev tožeče stranke navesti štiri ugotovitve o okoliščinah, v katerih je bila Odločba sprejeta in v katerih jo je treba presojeti, in štiri splošne pripombe o tožbi.

227 Prvič, Komisija naj bi opravila izjemno temeljito preiskavo, ki je trajala več kot šest mesecev. Članici koncentracije naj bi že na začetku predložili zelo trdne podatke in pojasnila o glasbeni industriji v Evropi in učinku koncentracije na konkurenco, zlasti na cene zgoščenk, kulturno raznolikost, izbiro potrošnikov, konkurenčne priložnosti za neodvisne glasbene založbe, razvoj glasbe na spletu ali tveganje usklajevanja dejavnosti, ki sta jih obdržali družbi Sony in BMG (glej prilogo C.1). Komisija je z več vprašalniki, ki so vsebovali več kot 250 vprašanj in jih je poslala skoraj 1240 gospodarskim subjektom na trgu (članici koncentracije, druge glavne založbe, neodvisne založbe, trgovci na drobno, drugi izdajatelji, izvajalci, distributerji na spletu), iskala in dobila dokaze in zelo obsežne podatke o vseh upoštevni vprašanih. Članici koncentracije naj bi predložili več kot 30 milijonov referenčnih cen, ekonomisti pa naj bi opravili podrobno analizo povprečnih neto prodajnih cen petih glavnih založb v petih velikih državah. Več neodvisnih založb naj ne bi imelo enakih skrbi kot tožeča stranka, ampak naj bi menilo, da bo koncentracija povečala njihove konkurenčne priložnosti. Komisija naj bi na podlagi teh podatkov, mnenj dveh zelo znanih ekonomistov v industriji, podrobnih analiz veleprodajnih in prodajnih cen, navedenih v študiji RBB, in podrobnih pojasnil, izraženih v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah ali na zaslišanju (glej prilogo C.3), sklejala, da njeni začetni pomisleki, zlasti glede tveganja kolektivnega prevladujočega položaja, niso bili utemeljeni.

228 Drugič, tožeča stranka naj ne bi razumela predmeta in pravnega statusa obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, katerega glavni namen naj bi bil omogočiti članicama koncentracije razumevanje prvotnih ugovorov Komisije, da bi lahko predstavili nasprotno argumente in dokaze (glej člen 18(1) in (3) Uredbe). Komisija bi morala, ko so ji predloženi dokazi o napakah, opustiti očitke, ki bi se izkazali za neutemeljene (sodba Sodišča z dne 7. januarja 2004 v združenih zadevah Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123), kot je storila v 14 zadevah od 62 v zadnjih petih letih (glej prilogo C.5). Upravni proces Komisije naj bi bil podvržen popolnemu notranjemu nadzoru, upravni postopek naj bi vsem zainteresiranim strankam zagotovil možnost predstaviti argumente in dokaze (glej poročila pooblaščenca za zaslihanje, priloga C.6), svetovalni odbor pa naj bi glasoval za brezpogojno dovoljenje (priloga C.7).

- 229 Tretjič, vsi organi, pristojni za konkurenco, po svetu (Združene države, Avstralija, Kanada, Češka republika, Madžarska, Poljska, Romunija, Rusija, Švica, Mehika, Južnoafriška republika) naj bi ugotovili, da mora biti operacija dovoljena brez-pogojno, in nobena od teh odločitev ni bila izpodbijana. Prav tako noben nacionalni organ, pristojen za konkurenco, ki je prej preučil trg glasbene industrije v Evropi, ne bi menil, da je ta industrija predmet tihega usklajevanja (glej predvsem sklep Office of Fair Trading iz septembra 2002, po katerem kolektivni prevladujoči položaj ni bil dokazan, priloga A.16, točka 6.11).
- 230 Četrtrič, koncentracija naj bi bila prokonkurenčni odgovor na upadanje (padec prodajnih cen zgoščenk za 20 % v treh letih, nedovoljeno prenašanje glasbe po internetu, večja konkurenca alternativnih proizvodov za prosti čas, kot so filmi na DVD) in stalno spreminjanje glasbene industrije. Zaradi nestabilnosti povpraševanja in negotovosti glede prihodnjih poslovnih modelov naj bi bilo tiho dogovarjanje – že neverjetno glede na značilnosti trga – še težje uresničiti ali ohraniti (zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 139, in točka 45 Smernic o horizontalnih koncentracijah). Prav tako, ker se razmere, ki prevladujejo v industriji, zelo razlikujejo od razmer, kakršne so bile, ko je Komisija preučila koncentracijo družb EMI in Time Warner leta 2000, naj po naravi začasni sklepi Komisije v tej zadevi ne bi bili upoštevni.
- 231 Petič, obrazložitev odločbe naj bi bila jasna, prepričljiva in podprta s številnimi osnovnimi dokazi, ker Komisija ni dolžna navesti razlogov za presojo vseh pravnih ali dejanskih okoliščin (sodba Sodišča prve stopnje z dne 8. julija 2003 v zadevi Verband der freien Rohrwerke in drugi proti Komisiji, T-374/00, Recueil, str. II-2275, točke od 185 do 187). Iz tožbe naj bi bilo razvidno, da je tožeča stranka razumela razloge za odobritev koncentracije.
- 232 Šestič, odločbe o prepovedi naj bi zahtevale več kot samo ravnotežje možnosti, saj mora ob večji ali manjši negotovosti o združljivosti te koncentracije s skupnim



trgom prevladati interes podjetij, ki nameravajo uresničiti koncentracijo (sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizzana k sodbi Sodišča z dne 15. februarja 2005 v zadevi Komisija proti Tetra Lavalu, C-12/03 P, Recueil, str. I-987, I-992, točke od 74 do 79).

- 233 Sedmič, intervenienti opozarjajo, da čeprav Sodišče prve stopnje v celoti preuči pravna in dejanska vprašanja, pri zapletenih ekonomskih presojah, kakršne se opravijo pri presoji nastanka ali krepitev kolektivnega prevladujočega položaja, preuči samo očitno napako (sodba Sodišča prve stopnje z dne 3. aprila 2003 v zadevi Petrolessence in SG2R proti Komisiji, T-342/00, Recueil, str. II-1161, točka 101). Vendar naj bi tožeča stranka večkrat pozvala Sodišče prve stopnje, naj presoji Komisije nadomesti s svojo, pri čemer je na primer trdila, da Komisija pripisuje neprimeren pomen heterogenosti proizvoda in popustom.
- 234 Osmič, glede testa kolektivnega prevladujočega položaja ni vprašanje, ali se družbe spodbuja, da ravnajo v skladu s tihim dogovorom, ampak bolj, ali imajo glede na značilnosti trga možnost doseči in tiho ohraniti pogoje usklajevanja (zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 62). Predvsem naj bi bilo pomembno preučiti, ali je trg dovolj pregleden.

## 2. Preučitev trditev tožeče stranke

### a) Akcijski popusti

- 235 Intervenienti trdijo, da če usklajevanja cen ni mogoče doseči ali ohraniti brez zadostne preglednosti trenutnih neto veleprodajnih cen, ugotovitev nepreglednosti akcijskih popustov sama po sebi zadostuje za potrditev Odločbe.

236 V Odločbi naj bi bila pravilno ugotovljena povezava med heterogenostjo vsebine albumov ter velikimi spremembami akcijskih popustov in nepreglednostjo, ki izhaja iz tega za neto veleprodajne cene (glej tudi prilogo C.4, str. 27). Domnevni dokazi naj bi kazali, da so akcijski popusti veliki za albume na lestvicah uspešnic in tudi za albume prejšnjih izdaj, da se zelo spreminjajo glede na stranko in album ter skozi čas in da niso usklajeni med glavnimi založbami (priloge B.2, od B.4 do B.14 in zaupno poročilo „data room“). Ker so ti popusti spremenljivi, ni mogoče izpeljati zanesljivih sklepov samo na podlagi opazovanja JPC. Prav tako naj bi se marže trgovcev na drobno zelo spreminjale od ene izdaje do druge in skozi čas ter naj torej ne bi omogočale, da bi se iz prodajnih cen sklepalo o neto cenah (glej prilogo B.17). Poleg tega naj družbi Sony in BMG ne bi metodično spremljali prodajnih cen konkurentov ali od trgovcev na drobno sistematično dobivali zanesljivih informacij o popustih, ki jih ponujajo konkurenti. Nazadnje, domnevni dokazi naj bi kazali, da glasbene založbe niso izvajale povračilnih ukrepov niti pri zelo spremenljivih cenah, kar naj bi vsakemu mehanizmu kaznovanja odvzelo verodostojnost (glej prilogo C.4, str. 5 in 10).

## b) Neskladnost

237 Podatki o povprečnih neto cenah, JPC in popustih na račun naj ne bi dokazovali usklajenosti, ampak kvečjemu delno podoben razvoj, in na njihovi podlagi naj ne bi bilo mogoče ugotoviti usklajevanja cen.

238 Podatki o povprečnih neto cenah naj bi razkrivali: prvič, visoko stopnjo zapletenosti; drugič, veliko razpršenost in veliko spremenljivost; tretjič, veliko nestabilnost v hierarhičnih razvrstitvah glavnih založb; četrtič, velik razpon v cenah velikih založb; petič, neobstoj vzporednosti.

239 Velik del 100 najbolje prodajanih albumov naj bi bil zunaj JPC, opredeljenih v Odločbi (uvodne izjave 76, 83, 90, 97 in 107 Odločbe).

240 Iz prilog k odgovoru na tožbo (od B.4 do B.14) naj bi izhajalo, da se popusti na račun in neto ceno zelo spreminjajo od ene glavne založbe do druge.

### c) Neobstoj preglednosti

241 V Odločbi naj ne bi bil naveden noben prepričljiv dokaz o preglednosti niti za druge elemente cene poleg akcijskih popustov. Previdne formulacije v Odločbi naj bi zmanjševale dejansko moč osnovnih dokazov o neobstoju zadostne preglednosti. Poleg tega, da JPC v nekaterih državah niso bile niti znane niti lahko dostopne, naj glasbene založbe tako ne bi imele točnih informacij o JPC, uporabljenih za določen album v katerem koli trenutku. Običajni popusti naj ne bi bili dovolj pregledni, da bi bili lahko predmet tihega usklajevanja. Od 161 vprašanih trgovcev na drobno jih je samo 5 trdilo, da so konkurenti delno poznali popuste drugih, medtem ko jih je 10 trdilo nasprotno.

### 3. Različni vidiki, ki niso omenjeni v Odločbi

242 Intervenienti trdijo, da preučeni teorij o morebitni škodi za konkurenco ni mogoče sprejeti niti v zvezi z različnimi vidiki, ki niso omenjeni v Odločbi. Prvič, Komisija naj bi se po nepotrebnem osredotočila na povprečne neto cene, saj naj se usklajevanje ne bi moglo izvajati na ravni povprečnih cen, ker cena posameznih albumov ni določena zato, da se dobi posamezna povprečna neto cena, in druge

glavne založbe naj nikakor ne bi mogle opazovati tega povprečja. Povprečja bi lahko zakrila velika razhajanja med posameznimi cenami albumov (glej prilogo C.4, opomba 12). Drugič, JPC naj ne bi bile osrednja točka usklajevanja. Vsaka velika glasbena založba naj bi za najboljše albume uporabljala celo zelo različne JPC, ki naj bi se skozi čas spreminjale za isto ploščo. Tretjič, tržni deleži naj ne bi bili stalni in majhni premiki bi se lahko kazali v velikih razlikah glede donosnosti.

## D – Presoja Sodišča prve stopnje

### 1. Splošne ugotovitve

<sup>243</sup> Tožeča stranka trdi, da so ugotovitve o heterogenosti proizvoda, preglednosti trga, sredstvih odvrčanja in neobstoju protiteži, na katerih temelji ugotovitev, da glavne založbe na trgih glasbenih posnetkov niso imele kolektivnega prevladujočega položaja pred načrtovano koncentracijo, nezadostno obrazložene, vsebujejo očitno napako pri presoji in nepravilno uporabo prava.

<sup>244</sup> Pred preučitvijo različnih očitkov, ki jih je navedla tožeča stranka, je treba najprej navesti nekatere ugotovitve o pojmu kolektivnega prevladujočega položaja, nato na kratko predstaviti metodo preučitve, ki jo je uporabila Komisija in na podlagi katere je prišla do spornega sklepa, ter različne upoštevne dejavnike in elemente o uporabi pojma kolektivnega prevladujočega položaja v obravnavanem primeru, kot so navedeni v Odločbi, in nazadnje natančneje navesti razloge, na katerih temelji sklep v Odločbi o neobstoju prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja.

## 2. Pojem kolektivnega prevladujočega položaja

<sup>245</sup> Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da mora Komisija glede domnevnega kolektivnega prevladujočega položaja v skladu z prospektivno analizo referenčnega trga presoditi, ali je posledica predložene koncentracije položaj, v katerem učinkovito konkurenco na zadevnem trgu resno ovirajo podjetja, ki so udeleženci koncentracije, in eno ali več drugih podjetij, ki lahko skupaj, zlasti zaradi korelacijskih dejavnikov med njimi, usklajeno ravnajo na trgu in večinoma ravnajo neodvisno od drugih konkurentov, kupcev in nazadnje potrošnikov (sodba Sodišča z dne 31. marca 1998 v združenih zadevah Francija in drugi proti Komisiji, imenovana „Kali & Salz“, C-68/94 in C-30/95, Recueil, str. I-1375, točka 221).

<sup>246</sup> Sodišče prve stopnje je razsodilo, da kolektivni prevladujoči položaj, ki resno ovira učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali njegovem znatnem delu, lahko nastane po koncentraciji, kadar bi bil njen rezultat – ob upoštevanju značilnosti zadevnega trga in spremembe teh značilnosti zaradi izvršitve koncentracije –, da bi vsak član zadevnega oligopola ob zavedanju skupnih interesov menil, da je mogoče ekonomsko donosno in ugodneje sprejeti politiko trajnega usklajenega ravnanja na trgu s ciljem prodaje nad konkurenčnimi cenami, ne da bi bilo treba skleniti sporazum ali se zateči k usklajenemu ravnanju v smislu člena 81 ES, in to ne da bi se lahko sedanji ali prihodnji konkurenti ali celo kupci in potrošniki učinkovito odzvali (glej v tem smislu sodbo Sodišča prve stopnje z dne 25. marca 1999 v zadevi Gencor proti Komisiji, T-102/96, Recueil, str. II-753, točka 276).

<sup>247</sup> Sodišče prve stopnje je v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji (točka 62), kot je navedeno v uvodni izjavi 68 Odločbe, razsodilo, da morajo biti izpolnjeni trije pogoji, da lahko nastane tako opredeljen kolektivni prevladujoči položaj. Prvič, trg mora biti dovolj pregleden, da podjetja, ki usklajujejo svoje ravnanje, lahko zadostno spremljajo, ali se načini usklajevanja upoštevajo. Drugič,

disciplina zahteva, da obstaja oblika mehanizma odvracanja ob odstopajočem ravnanju. Tretjič, zaradi odzivov podjetij, ki niso člani koncentracije, kot so zdajšnji ali prihodnji konkurenti, in tudi odzivov strank ne bi smeli biti vprašljivi pričakovani rezultati usklajevanja.

248 Poleg tega iz sodne prakse Sodišča (zgoraj v točki 245 navedena sodba Kali & Salz, točka 222) in Sodišča prve stopnje (zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 63) izhaja, da prospektivna analiza, ki jo mora Komisija opraviti pri nadzoru koncentracij ob kolektivnem prevladujočem položaju, zahteva podrobno preučitev zlasti okoliščin, ki so za vsak primer posebej upoštevne za presojo učinkov koncentracije na konkurenco na referenčnem trgu, in da mora Komisija predložiti trdne dokaze.

249 Opozoriti je treba, da je ta sodna praksa, kot izhaja iz samega besedila zgoraj navedenih razlogov, nastala v okviru presoje tveganja, da bi s koncentracijo nastal kolektivni prevladujoči položaj, in ne, kot se obravnava v prvem delu tega tožbenega razloga, ugotovitve obstoja kolektivnega prevladujočega položaja.

250 Čeprav mora Komisija za presojo tveganja nastanka takega položaja hipotetično pripraviti občutljivo napoved verjetnega razvoja trga in pogojev konkurence na podlagi prospektivne analize, kar vključuje zapletene ekonomske presoje, za katere ima Komisija široko diskrecijsko pravico, ugotovitev obstoja kolektivnega prevladujočega položaja temelji na konkretni analizi položaja, ki je obstajal ob sprejetju Odločbe. Ugotovitev obstoja kolektivnega prevladujočega položaja mora temeljiti na vrsti dokazanih preteklih ali zdajšnjih dejstev, ki kažejo veliko oviro za konkurenco

na trgu zaradi možnosti, ki so jo dobila nekatera podjetja, da skupaj sprejmejo večinoma enako ravnanje na tem trgu, ne glede na konkurente, stranke in potrošnike.

251 Iz tega izhaja, da se pri presoji obstoja kolektivnega prevladujočega položaja trije pogoji, ki jih je Sodišče prve stopnje določilo v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji in izhajajo iz teoretične analize pojma kolektivnega prevladujočega položaja, če so seveda tudi potrebni, lahko po potrebi ugotovijo posredno na podlagi vseh, lahko celo zelo raznovrstnih, indecev in dokazov o znakih, izrazih in pojavih, povezanih z obstojem kolektivnega prevladujočega položaja.

252 Tako bi posebno dolgotrajna tesna usklajenost cen, zlasti če so nad konkurenčno ravno, skupaj z drugimi značilnimi dejavniki kolektivnega prevladujočega položaja lahko zaradi neobstoja druge razumne razlage zadostovala za dokaz obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, čeprav ne bi obstajali trdni neposredni dokazi o veliki preglednosti trga, ob upoštevanju dejstva, da v takih okoliščinah lahko sklepa o preglednosti.

253 Iz tega izhaja, da bi v obravnavanem primeru uskladitev bruto in neto cen v zadnjih šestih letih, čeprav proizvodi niso enaki (vsaka plošča ima drugo vsebino), in tudi njihovo ohranjanje na dovolj stabilni ravni, ki se šteje za visoko kljub velikemu upadu povpraševanja, skupaj z drugimi dejavniki (moč podjetij z oligopolnim položajem, stabilnost tržnih deležev itd.), kot jih je Komisija ugotovila v Odločbi, lahko zaradi neobstoja vsake druge razlage predpostavljala ali kazala, da usklajenost cen ni posledica običajnega delovanja učinkovite konkurence in da je trg dovolj pregleden, ker je omogočil tiho usklajevanje cen.

254 Vendar, ker je tožeča stranka utemeljitev oprla bolj na napačno uporabo različnih pogojev, zahtevanih za kolektivni prevladujoči položaj, kot so opredeljeni v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji, in zlasti pogoj preglednosti trga, manj pa na trditev, da bi lahko ugotovitev dolgotrajne skupne politike, povezane z obstojem vrste drugih dejavnikov, značilnih za kolektivni prevladujoči položaj, v nekaterih okoliščinah in zaradi neobstoja druge razlage zadostovala za dokaz obstoja takega položaja v nasprotju z njegovim nastankom, ne da bi bilo treba pozitivno dokazati preglednost trga, bo Sodišče prve stopnje pri preučitvi navedenih tožbenih razlogov samo preverilo, ali so bili v Odločbi napačno uporabljeni pogoji, ki izhajajo iz sodne prakse Airtours. Ne da bi se bilo treba vprašati, ali bi Sodišče prve stopnje z nasprotnim pristopom preseglo okvir spora, kot so ga opredelile stranke, ali pa bi bil tak pristop samo uporaba prava v okviru tožbenega razloga, ki ga je navedla tožeča stranka, je ta pristop potreben na podlagi načela kontradiktornosti, ker se to vprašanje ni obravnavalo pred Sodiščem prve stopnje.

### 3. Odločba Komisije

255 Upoštevne elemente Odločbe za preučitev prvega tožbenega razloga je mogoče povzeti tako.

256 Stranke ne izpodbijajo ugotovitev Komisije o različnih trgih proizvodov in geografskih trgih. Komisija je v uvodni izjavi 12 Odločbe ugotovila, da „[n]i treba ugotoviti, ali obstajajo trgi proizvodov, ločenih po zvrsteh, in ali obstaja trg ločenih proizvodov za kompilacije“. V uvodni izjavi 15 je ugotovila, da so se „zadevni geografski trgi [...] obravnavali kot nacionalni“.



- 257 Prav tako ni sporno, da imajo različni nacionalni trgi oligopolno strukturo s petimi glavnimi založbami, ki imajo v posameznih državah od 72 do 93 % trga, in številnimi znatno manjšimi glasbenimi založbami (v nadaljevanju: neodvisne glasbene založbe), ki imajo približno od 15 do 20 % trga.
- 258 Za pet glavnih založb so poleg tega značilni, prvič, prisotnost na svetovnem trgu, drugič, delna vertikalna integracija, tretjič, vstopne naložbe na področju glasbenega založništva in na trgih razširjanja programa in širjenja glasbe na spletu, četrtič, znatna finančna moč, zaradi katere lahko ponujajo izvajalcem privlačnejše finančne ugodnosti, in, petič, velika in raznolika izbira izvajalcev s sklenjenimi pogodbami in obsežen seznam že izdanih naslovov.
- 259 Poleg tega razvoj povpraševanja kaže, da prodaja upada od leta 1999 (padec za 13 % v EGP med letoma 1999 in 2002 in za več kot 7 % v letih 2002 in 2003). Cene so vseeno ostale precej stabilne. Preiskava trga, ki jo je opravila Komisija, je za ta upad prodaje izpostavila druga pojasnila poleg tistih, ki sta jih navedli članici koncentracije, in sicer: raven cene zgoščenk, ki se dojemata kot visoka, splošna upočasnitev gospodarske dejavnosti, nezmožnost glasbenih založb, da zadovoljijo okus potrošnikov, neobstoj kakovostnih vsebin in inovativnih izvajalcev ter nezmožnost glasbenih založb prilagoditi se tehnološkemu izzivu interneta.
- 260 Glede metodologije, ki jo je uporabila Komisija, je v uvodni izjavi 69 Odločbe navedeno, da je Komisija za ugotovitev obstoja kolektivnega prevladujočega položaja preučila, ali je pet glavnih založb v zadnjih treh ali štirih letih dejansko upoštevalo politiko usklajevanja cen.

- 261 Prvič, Komisija je zato analizirala četrletno gibanje povprečnih neto cen 100 najbolj prodajanih malih plošč za vsako glasbeno založbo, ki so pomenile najmanj od 70 do 80 % njihove skupne prodaje glasbe v petih največjih državah članicah, ker je menila, da so povprečne cene dober instrument za ugotovitev, ali velike glasbene založbe vodijo vzporedno politiko določanja cen. Komisija je tako preučila gibanje povprečnih neto cen, JPC, razmerja med bruto in neto cenami in tudi popuste na račun in popuste za nazaj (uvodna izjava 72 Odločbe).
- 262 Drugič, Komisija je preučila možnost, da bi se na podlagi vzporednosti povprečnih cen katalogne cene lahko uporabile kot osrednje točke za usklajevanje cen.
- 263 Tretjič, Komisija je preučila, ali so bili popusti, ki so jih odobrile različne glasbene založbe, usklajeni in dovolj pregledni, da so omogočili učinkovit nadzor vsakršnega usklajevanja cen tudi na ravni neto cen (uvodna izjava 73 Odločbe).
- 264 Take skoraj enako izražene ugotovitve Komisije za vsako od petih velikih držav je mogoče povzeti:
- Komisija trdi, da „je ugotovila določeno vzporednost dejanskih povprečnih neto cen in precej primerljivo gibanje cen glavnih založb“, vendar „te ugotovitve same po sebi niso bile dovolj prepričljive, da bi bilo mogoče dokazati, da so glavne založbe v preteklosti usklajevale svoje cene“; „zato je Komisija nato preučila, ali so bili dodatni elementi, in sicer katalogne cene in popusti, usklajeni in dovolj pregledni, da so bili zadosten dokaz o obstoju usklajevanja“;

- Komisija „je odkrila nekatere dokaze, da so se JPC lahko uporabljale kot podlaga za uskladitev cen glavnih založb“. Vsaka velika glasbena založba naj bi s tremi od svojih glavnih JPC ustvarila več kot od 55 do 80 % skupne neto prodaje 100 najboljše prodajanih malih plošč v letu 2003. Komisija tako meni, da se „ob upoštevanju teh ugotovitev zdi, da so katalogne cene najboljše prodajanih albumov precej usklajene“ (Združeno kraljestvo, Francija in Italija, ali usklajene v določenem obsegu v Nemčiji in Španiji);
  
- Komisija je poleg tega ugotovila, da so JPC precej pregledne, ker so navedene v katalogih glavnih založb. Torej se zdi mogoče nadzirati katalogne cene drugih glavnih založb;
  
- neto prodajne cene so tesno povezane z bruto cenami (JPC) zaradi vzporednega gibanja povprečnih bruto cen in dejanskih povprečnih neto cen družb Sony in BMG v zadnjih šestih letih in zelo velike stabilnosti razmerja med neto in bruto cenami za vse albume skupaj kadar koli;
  
- Komisija je vseeno ugotovila določene spremembe ravni popustov, ki so jih uporabljale različne velike založbe, in tudi razlike za od 2 do 5 odstotnih točk med popusti na račun družb Sony in BMG za večino njunih desetih glavnih strank in za več kot 5 odstotnih točk za nekatere stranke v nekaterih letih (položaj je nekoliko drugačen na francoskem trgu);
  
- članici koncentracije sta poslali podatke, ki kažejo, da so se popusti na račun za dano stranko spreminjali skozi čas in od enega albuma do drugega in da so popusti, odobreni za dani album, nihali od ene stranke do druge. Preiskava, opravljena na trgu, je pokazala, da so ta nihanja posledica predvsem akcijskih

popustov, ki so se uporabljali prožneje kot običajni popusti, ki se na splošno določijo vsako leto. Na podlagi teh ugotovitev ni mogoče dokazati, da so popusti na račun dovolj usklajeni med članicama koncentracije (položaj je nekoliko drugače v Franciji);

- glede preglednosti popustov so odgovori strank na preiskavo, ki jo je Komisija opravila na trgu, večinoma pokazali, da so glavne založbe nekoliko poznale običajne popuste, ki so jih odobrili njihovi konkurenti, zaradi stalne interakcije z istimi strankami. Vendar se zdi, da so akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti in da njihov nadzor zahteva tudi strogo opazovanje gibanja te vrste popustov na maloprodajnem trgu. Čeprav je ugotovila, da sta družbi Sony in BMG vzpostavili sistem tedenskih poročil, ki jih pripravijo njune prodajne ekipe, Komisija ni mogla dokazati, da ta poročila zagotavljajo zadostno stopnjo preglednosti akcijskih popustov, ki jih odobrijo konkurenti.

<sup>265</sup> Komisija je nato v uvodni izjavi 109 Odločbe sklepala, da „ker je podrobna analiza gibanja cen glavnih založb v petih glavnih državah članicah pokazala nekatere znake usklajevanja, ki sami po sebi ne zadostujejo za dokaz obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, je Komisija opravila temeljitejšo analizo, da bi ugotovila, ali imajo trgi glasbenih posnetkov značilnosti, ki olajšujejo to vrsto prevladujočega položaja“.

<sup>266</sup> Komisija je zato preučila homogenost proizvoda (uvodna izjava 110 izpodbijane odločbe), preglednost trga (uvodne izjave od 111 do 113 Odločbe) in izvajanje povračilnih ukrepov (uvodne izjave od 114 do 118 Odločbe).

- 267 Komisija je glede homogenosti proizvoda ugotovila, da heterogenost vsebine in njeni učinki na cene zmanjšujejo preglednost na trgu in otežujejo tihe dogovore, ker ti zahtevajo določen nadzor na ravni posameznega proizvoda, in sicer albuma.
- 268 Glede preglednosti trga je Komisija ugotovila, da morajo glavne založbe nadzirati samo referenčne cene omejenega števila albumov med najbolj prodajanimi, da bi lahko spremljale večino prodaje. Vendar Komisija trdi, da je tudi nadzor na ravni albumov potreben predvsem v zvezi z akcijskimi popusti in da so zaradi te potrebe tihi dogovori lahko težji (uvodna izjava 111 Odločbe).
- 269 Glede povračilnih ukrepov je v uvodni izjavi 118 Odločbe navedeno, da Komisija ni odkrila dokazov o izvajanju takih ukrepov v preteklosti, kar bi bil dokaz o kolektivnem prevladujočem položaju.
- 270 Ne da bi v tej fazi Odločbe oblikovala sklep o obstoju kolektivnega prevladujočega položaja v petih velikih državah, je Komisija nato preučila trge v majhnih državah in ugotovila podobno.
- 271 Predvsem je ugotovila, da obstaja visoka raven vzporednosti med JPC različnih glavnih založb. Ugotovila je, da se kot v velikih državah najpogosteje uporabljajo običajni popusti. Popusti na račun niso niti standard niti javni in povzročajo zmanjšanje preglednosti. Zaradi pomena popustov na račun in razlik med njimi Komisija ni odkrila dovolj dokazov, da se vzporednost povprečnih neto cen lahko pripiše tihemu dogovoru glavnih založb, čeprav so JPC zelo usklajene in so se načeloma lahko uporabljale kot podlaga za tihi dogovor (uvodna izjava 150 Odločbe).

272 Poleg tega ugotovitve o homogenosti proizvoda, preglednosti trga in povračilnih ukrepih za velike države veljajo tudi za majhne države EGP.

273 Komisija v uvodni izjavi 153 iz tega sklepa, da „v teh okoliščinah ni zadostnih dokazov za sklepanje o obstoju kolektivnega prevladujočega položaja [glavnih založb] na nacionalnih trgih glasbenih posnetkov [v majhnih državah]“.

274 Komisija je na podlagi zgornjih ugotovitev v uvodni izjavi 154 sklepala, da ne obstajajo zadostni dokazi, da bi projekt koncentracije povzročil krepitev kolektivnega prevladujočega položaja na trgih glasbenih posnetkov v kateri koli državi EGP.

275 Iz zgornjega izhaja, da je Komisija na podlagi homogenosti proizvoda, preglednosti trga in izvajanja povračilnih ukrepov ugotovila neobstoj kolektivnega prevladujočega položaja.

276 To potrjuje uvodna izjava 157, v kateri je navedeno:

„[...] kot je bilo preučeno v oddelku o krepitvi kolektivnega prevladujočega položaja, imajo trgi glasbenih posnetkov nekatere značilnosti, ki lahko kažejo, da obstajajo ugodni pogoji za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja. Vendar Komisija ni odkrila zadostnih dokazov, da so [glavne založbe] imele v preteklosti kolektivni

prevladujoči položaj; to je predvsem posledica ugotovljene nezadostne dejanske preglednosti, delno heterogenih značilnosti proizvoda in pomanjkanja dokazov o obstoju povračilnih ukrepov v preteklosti“.

277 Ob upoštevanju teh ugotovitev je treba preučiti različne očitke, ki jih navaja tožeča stranka.

#### 4. Preglednost

a) Očitek, ki se nanaša na nezadostno obrazložitev

278 Tožeča stranka v bistvu trdi, da v Odločbi niso pravno zadostno pojasnjeni razlogi, zakaj popusti, zlasti akcijski, ovirajo preglednost, ki je potrebna za razvoj kolektivnega prevladujočega položaja.

279 Najprej je treba opozoriti, da mora biti v skladu z ustaljeno sodno prakso obrazložitev, zahtevana v členu 253 ES, prilagojena naravi zadevnega akta ter jasno in nedvoumno izražati sklepanje institucije, ki je sprejela akt, tako da se zainteresirane stranke seznanijo z utemeljitvami sprejetega ukrepa in lahko pristojno sodišče izvaja nadzor. Zahtevo po obrazložitvi je treba presoditi glede na okoliščine obravnavanega primera, predvsem glede na vsebino akta, naravo navedenih razlogov in interes za prejem pojasnil, ki ga lahko imajo naslovniki ali druge osebe, ki jih akt neposredno in posamično zadeva (glej sodbo Sodišča z dne 2. aprila 1998 v zadevi Komisija proti Sytraval in Brink's France, C-367/95 P, Recueil, str. I-1719, točka 63 in navedena sodna praksa).

- 280 Vprašanje, ali obrazložitev akta izpolnjuje zahteve iz člena 253 ES, je treba presoјati ne samo na podlagi njegovega besedila, ampak tudi na podlagi okoliščin in vseh pravnih pravil, ki urejajo zadevno področje (sodba Sodišča z dne 29. februarja 1996 v zadevi Belgija proti Komisiji, C-56/93, Recueil, str. I-723, točka 86, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 27. novembra 1997 v zadevi Kaysersberg proti Komisiji, T-290/94, Recueil, str. II-2137, točka 150).
- 281 Kadar Komisija razglasi koncentracijo za združljivo s skupnim trgom na podlagi člena 6(1)(b) Uredbe, je potreben in zadosten pogoj v zvezi z obveznostjo obrazložitve, da so v tej odločbi jasno in nedvoumno izraženi razlogi, zakaj Komisija sklepa, da sporna koncentracija ne zbuja resnih dvomov o združljivosti s skupnim trgom. Vendar iz te obveznosti ni mogoče sklepati, da mora Komisija v takem primeru obrazložiti presojo vseh pravnih ali dejanskih okoliščin, ki so lahko povezane s priglašeno koncentracijo in/ali so bile navedene v upravnem postopku (glej zgoraj v točki 231 navedeno sodbo Verband der freien Rohrwerke in drugi proti Komisiji, točka 185 in navedena sodna praksa).
- 282 Najprej je treba preučiti vpliv okoliščine, ki jo je poudarila tožeča stranka, da je Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah zelo očitno sklepala, da je koncentracija nezdružljiva s skupnim trgom, predvsem ker je obstajal kolektivni prevladujoči položaj pred načrtovano koncentracijo in ker je bil trg glasbenih posnetkov pregleden in posebno ugoden za usklajevanje.
- 283 Ta temeljna sprememba stališča Komisije se seveda lahko zdi presenetljiva, zlasti ob upoštevanju, kako pozno se je to zgodilo. Namreč, kot je razvidno iz spisa in razprav pred Sodiščem prve stopnje, je Komisija v celotnem upravnem postopku na podlagi vseh informacij, ki jih je v petih mesecih preiskave prejela od različnih gospodarskih subjektov na trgu in članic koncentracije, menila, da je trg dovolj pregleden, da



omogoča tiho usklajevanje cen, in je šele po utemeljitvi, ki sta jo članici koncentracije, ki jima je pomagal njun ekonomski svetovalec, predstavili na zaslišanju 15. in 16. junija 2004, ne da bi opravila nove preiskave o trgu, sprejela nasprotno stališče in 1. julija 2004 poslala predlog Odločbe svetovalnemu odboru.

284 Vendar, kot Komisija pravilno trdi, iz sodne prakse (zgoraj v točki 105 navedena sodba BAT in Reynolds proti Komisiji) izhaja, da kadar Komisija zavrne zahtevo, vloženo na podlagi člena 3 Uredbe Sveta št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prva uredba o izvajanju členov [81] in [82] Pogodbe (UL 13, str. 204), zadostuje, da navede razloge, zakaj je menila, da ni mogoče ugotoviti obstoja kršitve pravil konkurence, ne da bi bila pri tem zavezana pojasniti morebitne razlike v primerjavi z obvestilom o ugotovitvah o možnih kršitvah, ker je to pripravljalni dokument, v katerem so presoje zgolj začasne in namenjene določitvi obsega predmeta upravnega postopka proti podjetjem, ki so predmet tega postopka, niti razpravljati o vseh dejanskih in pravnih vidikih, obravnavanih v upravnem postopku. Sodišče je v zgoraj v točki 228 navedeni sodbi Aalborg Portland in drugi proti Komisiji opozorilo na začasnost obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah in obveznost Komisije, da upošteva dokaze, ki izhajajo iz upravnega postopka, zlasti pri zavrnitvi očitkov, ki bi bili neutemeljeni.

285 Opozoriti je treba, da se je ta sodna praksa res razvila v zvezi s postopki izvajanja členov 81 ES in 82 ES in ne na posebnem področju nadzora koncentracij, v okviru katerega spoštovanje zavezujočih rokov za sprejetje odločb Komisije tej ne omogoča podaljšanja preiskave in zato zmanjšuje možnost, da bi Komisija bistveno spremenila stališče v nadaljevanju upravnega postopka. Komisija je v končnih stališčih poleg tega poudarila, da ukrepi preiskave po zaslišanju zajemajo v glavnem posvetovanje z udeleženci na trgu glede predlaganih zavez in se ne nanašajo na očitke proti priglašeni koncentraciji. Vendar ostaja dejstvo, da je obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah le pripravljalni dokument in da mora biti končna odločba

obrazložena le glede vseh okoliščin in dokazov, upoštevni za presojo vplivov nameravane koncentracije na konkurenco na referenčnih trgih. Iz tega izhaja, da edina okoliščina, da Komisija v odločbi ni obrazložila spremembe stališča glede na stališče, ki izhaja iz obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, kot taka ne more pomeniti neobstoja ali nezadostnosti obrazložitve.

286 Komisija poleg tega navaja tudi sodno prakso, na podlagi katere, če koncentracija samo zelo omejeno spreminja konkurenčni položaj na danem trgu, ni dolžna navesti posebne obrazložitve o tem vprašanju, prav tako pa ne krši obveznosti obrazložitve, če v odločbo ne vključi natančne obrazložitve glede presoje nekaterih vidikov koncentracije, ki se ji zdijo očitno nepomembni ali neupoštevni. Če so te trditve točne, je treba ugotoviti, da niso pomembne za ta očitek. Namreč, po eni strani se ta učinek ne nanaša na omejeno spremembo, ki je nastala zaradi koncentracije, ampak na prej obstoječi položaj, in po drugi strani ni sporno, da je neobstoj zadostne preglednosti trga bistveni, celo edini vidik, na katerem temelji sporna presoja neobstoja prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja.

287 Ob upoštevanju teh uvodnih ugotovitev je treba preučiti, ali Odločba vsebuje zadostno obrazložitev ugotovitve, da trg ni dovolj pregleden, da bi omogočal usklajevanje cen.

288 Vprašanje preglednosti trga je preučeno v oddelku *ad hoc* v uvodnih izjavah od 111 do 113 Odločbe. Vendar se zdi, da Odločba vsebuje tudi sklepanje v zvezi s preglednostjo v oddelku, v katerem je preučena skupna politika določanja cen glavnih založb v petih velikih državah članicah, v uvodnih izjavah od 69 do 108, na katerega se sklicuje oddelek *ad hoc*, in tudi v oddelku o presoji kolektivnega prevladujočega položaja na trgih majhnih držav v uvodnih izjavah od 148 do 153, na katerega se oddelek *ad hoc* ne sklicuje. Torej je treba zaporedoma preučiti razloge, navedene v teh treh oddelkih.

289 Glede oddelka *ad hoc* je treba najprej opozoriti, da vsebuje samo tri uvodne izjave, čeprav je preglednost v obravnavanem primeru na podlagi Odločbe in zlasti stališča Komisije v vlogah, ki jih je vložila na Sodišču prve stopnje, bistveni, celo edini razlog, na katerem temelji trditev, da ni kolektivnega prevladujočega položaja na trgih glasbenih posnetkov. Opozoriti je tudi treba, da Komisija v tem oddelku ni sklepala, da trg ni pregleden, niti da ni dovolj pregleden, da bi omogočal tiho dogovarjanje. Kvečjemu je navedeno, v uvodni izjavi 111 *in fine*, da bi potreba po nadzoru na ravni albumov, zlasti za akcijske popuste, „lahko zmanjšala preglednost na trgu in otežila tihe dogovore“, in v uvodni izjavi 113 *in fine*, da „Komisija vseeno ni odkrila dovolj dokazov, da so velike glasbene založbe, s tem ko so nadzirale maloprodajne cene ali uporabljale te stike s trgovci na drobno, lahko v preteklosti nadomestile pomanjkanje preglednosti na področju akcijskih popustov, navedeno v zvezi s petimi velikimi državami članicami“. Očitno take nejasne trditve brez kakršnih koli podrobnosti, ki se nanašajo predvsem na naravo akcijskih popustov, okoliščine, v katerih se lahko uporabljajo, stopnjo njihove nepreglednosti, obseg ali učinek na preglednost cen, ne morejo pravno zadostno obrazložiti ugotovitve, da trg ni dovolj pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj.

290 Nato se zdi, da razen dveh zgoraj navedenih odlomkov vsi dejavniki, navedeni v uvodnih izjavah od 111 do 113 Odločbe, še zdaleč ne dokazujejo nepreglednosti trga, ampak nasprotno poudarjajo njegovo preglednost.

291 Tako sta v uvodni izjavi 111 navedena omejeno število referenčnih cen in dejstvo, da morajo glavne založbe samo nadzirati referenčne cene omejenega števila albumov med najbolje prodajanimi, da lahko spremljajo večino prodaje, ker 20 najbolje prodajanih naslovov pomeni najmanj polovico letne prodaje v vseh državah skupaj.

292 Še več, v uvodni izjavi 112 je navedeno, da „na trgu obstajajo drugi mehanizmi, ki povečujejo preglednost in bi lahko olajšali nadzor upoštevanja dogovora“. Med temi je najprej navedena objava tedenskih lestvic uspešnic, ki ponujajo informacije o prodaji po naslovih in omogočajo zelo lahko odkrivanje naslovov, ki postanejo „uspešnice“, kar – kot je pojasnjeno – „velikim glasbenim založbam bistveno olajšuje nadzor“. Nato je navedeno, da je narava trga glasbenih posnetkov taka, da mora „trgovec z glasbo na drobno za ekonomski uspeh [...] ponujati proizvode vseh velikih založb“ in da so „za sektor [...] torej značilna trdna in trajna razmerja med trgovci na drobno in velikimi glasbenimi založbami“. Komisija tudi ugotavlja, da je „poleg tega velik del prodaje glasbenih posnetkov [glavnih založb] usmerjen k omejenemu številu strank“, in iz tega sklepa, da „ta položaj, za katerega je značilna prisotnost majhnega števila akterjev na trgu, spodbuja sprejetje strategij sodelovanja, ki služijo interesom velikih glasbenih založb, ter olajšuje tudi nadzor in pretok informacij“.

293 Ugotoviti je tudi treba, da se to naštevanje mehanizmov in dejavnikov, ki povečujejo preglednost in olajšujejo nadzor upoštevanja dogovorov, nadaljuje v zadnji uvodni izjavi oddelka *ad hoc* o preglednosti trga. Komisija namreč v uvodni izjavi 113 pojasnjuje, da je „drug vir preglednosti [...] nadzor maloprodajnega trga“. V zvezi s tem pojasnjuje, da je „preiskava trga [...] pokazala, da sta družbi Sony in BMG vzpostavili sistem tedenskih poročil [...], ki vključujejo informacije o konkurentih“. Komisija nazadnje navaja, da je preiskava „tudi potrdila, da imajo prodajne ekipe velikih glasbenih založb redne in stalne stike s trgovci na drobno in debelo, ker pogajanja o podpori in akcijskih popustih pogosto potekajo vsak teden“.

294 Iz zgornjega izhaja, da Komisija v oddelku *ad hoc* v Odločbi, v katerem je preučila preglednost, ne samo da ni ugotovila, da je trg nepregleden ali ni dovolj pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj, ampak je navedla samo dejavnike, ki lahko ustvarjajo veliko preglednost trga in olajšujejo nadzor upoštevanja tajnega dogovora, razen precej omejene in nepodprte trditve, da bi akcijski popusti lahko

zmanjšali preglednost in otežili tihe dogovore. Torej je treba ugotoviti, da za ta oddelek sam po sebi očitno ni mogoče šteti, da vsebuje pravno zadostno obrazložitev trditve, da trg ni dovolj pregleden.

295 Nato je treba preučiti, ali je taka obrazložitev navedena v oddelku o analizi skupne politike določanja cen glavnih založb.

296 Najprej je treba opozoriti, da so uporabljena metoda in ugotovitve, ob upoštevanju zelo velikih sprememb, enake za trge v petih velikih državah, tako da naslednje ugotovitve o Združenem kraljestvu smiselno veljajo za vseh pet velikih trgov.

297 Komisija je potem, ko je ugotovila delno podobno gibanje dejanskih povprečnih neto cen in primerljivo gibanje cen glavnih založb v Združenem kraljestvu, v uvodni izjavi 75 Odločbe navedla, da je nato preučila, ali so dodatni elementi, in sicer katalogne cene in popusti, usklajeni in dovolj pregledni, da bi bili zadosten dokaz o usklajevanju.

298 Najprej je treba ugotoviti, da je Komisija v tem oddelku želela preučiti, ali je ravnanje glavnih založb lahko dokaz obstoja usklajevanja. Komisija je v vlogah, ki jih je vložila pri Sodišču prve stopnje, večkrat poudarila, da je nujno ne zamenjevati skupne politike akterjev na trgu z dokazom o preglednosti trga, ko je natančneje pojasnila, da celo znatna uskladitev uporabljenih pogojev ne more dokazati preglednosti trga. Iz tega sledi, da so v skladu s samo trditvijo Komisije ugotovitve o praksah glavnih založb glede določanja cen in popustov neupoštevne za presojo preglednosti trga.

V teh okoliščinah ugotovitve v tem oddelku ne bi smele nadomestiti zgoraj ugotovljene nezadostne obrazložitve. Vendar, ker ta trditev ni v skladu z Odločbo, Sodišče prve stopnje meni, da je treba preučiti, ali so ugotovitve v tem oddelku lahko zadostna obrazložitev ugotovitve neobstoja preglednosti trga.

299 Prvič, glede JPC je Komisija ugotovila, da je vsaka velika glasbena založba s tremi glavnimi JPC ustvarila več kot 80 % celotne neto prodaje 100 najbolj prodajanih malih plošč v letu 2003 in da sta tudi ena ali dve JPC, zajeti v razponu 17 penijev (med 8,98 in 9,15 GBP), pomenili več kot 47 % 100 najbolj prodajanih albumov (številke so podobne v drugih velikih državah: ena ali dve JPC v razponu 0,36 EUR – med 12,55 in 12,91 EUR – sta na primer pomenili več kot 60 % 100 najbolj prodajanih albumov v Italiji). Iz tega sklepa, da se „katalogne cene najbolj prodajanih albumov zdijo usklajene“. Treba je ugotoviti, da je to vsaj previden sklep, ker je usklajenost dejansko zelo opazna.

300 Poleg tega je treba v zvezi s tem ugotoviti, da Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ni odkrila, da so cene samo „bolj ali manj usklajene“, ampak da so „zelo usklajene“ (v skladu s točko 82 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah so „JPC zelo blizu druga druge“ in v točki 87 je omenjena „znatna usklajenost“). Glede 20 najbolj prodajanih plošč je Komisija celo poudarila skoraj popolno usklajenost (glej točki 85 in 86 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah), vendar ta element analize ni bil povzet v Odločbi, čeprav Komisija, ko je bila vprašana o tem na obravnavi, ni trdila, da je analiza netočna ali da ne more pojasniti razlogov za črtanje tega elementa analize. Poleg tega so v uvodni izjavi 72 Odločbe omenjeni samo štirje elementi, na katerih temelji analiza skupne politike določanja cen, čeprav je v točki 75 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah omenjen peti element. Čeprav je obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, kot je navedeno zgoraj, samo začasni

dokument in ima Komisija pravico, celo dolžnost, da spremeni stališče na podlagi informacij, ki jih dobi med preiskavo, nasprotno ne more črtati nekaterih upoštevnihih elementov samo zato, ker bi lahko bili nezdržljivi z novo presojo.

301 Vsekakor je Komisija, celo ob upoštevanju samo ugotovitev v Odločbi, sklepala, da so katalogne cene bolj ali manj usklajene.

302 Prav tako je v uvodni izjavi 76 Odločbe navedeno, da so JPC „dovolj pregledne, ker so navedene v katalogih velikih glasbenih založb“, in da „se zdi torej mogoče nadzirati katalogne cene drugih velikih glasbenih založb“. Čeprav je ta presoja tudi tu zelo previdna in zelo zadržana v primerjavi s presojo v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah (v točki 81 tega obvestila je namreč navedeno, da „Komisija meni, da glavne založbe zelo lahko nadzirajo JPC, po katerih se na trg dajo uspešni novi albumi, saj so te JPC na voljo javnosti v katalogih glavnih založb“), ostaja dejstvo, da poudarja dodaten element, ki spodbuja preglednost trga. Javni značaj bruto cen (katalogne cene) je seveda zelo pomemben za preglednost na področju cen.

303 Tako se zdi, da so katalogne cene glede na samo besedilo Odločbe z dveh vidikov, ki ju je preučila Komisija, in sicer usklajenosti in preglednosti, dejavnik preglednosti trga.

304 Drugič, glede popustov je v uvodni izjavi 78 Odločbe navedeno, da je Komisija ugotovila „določene spremembe popustov, ki jih uporabljajo velike založbe“, in da so „popusti na račun v primerjavi z drugimi oblikami popustov (sporazumi o trgovinskem sodelovanju in popusti za nazaj) daleč največja znižanja uporabljenih cen“. Nato je preverila usklajenost popustov na račun na eni strani in njihovo preglednost na drugi strani.

305 Glede usklajenosti popustov je v uvodni izjavi 79 Odločbe pojasnjeno, da je „Komisija [...] ugotovila določeno stopnjo nihanja od ene stranke do druge in tudi razlike za od 2 do 5 odstotnih točk med popusti na račun družb Sony in BMG za večino njunih glavnih strank in za več kot 5 odstotnih točk za nekatere stranke v nekaterih letih“. V tej uvodni izjavi je med drugim navedeno, da so „ta nihanja [...] predvsem posledica akcijskih popustov, ki se uporabljajo prožneje kot običajni popusti, ki se na splošno določajo vsako leto“, iz česar je Komisija sklepala, da „na podlagi teh ugotovitev ni mogoče dokazati, da so popusti na račun dovolj usklajeni med članicama [koncentracije]“.

306 Najprej je treba opozoriti, da se analiza, kot je navedeno zgoraj, torej nanaša na ravnanje, ki so ga sprejele glavne založbe, in ne na objektivne značilnosti trga, tako da je upoštevna kvečjemu za presojo stopnje preglednosti trga. Komisija je v zvezi s tem poudarila, da ugotovitev vzporednosti povprečnih neto cen velikih glasbenih založb ali velike stabilnosti povprečnih popustov dane glasbene založbe ni niti dokaz tihega usklajevanja niti dokaz potrebne preglednosti in da „stopnja usklajenosti ali stabilnosti na splošni ravni ne more nadomestiti pomembnih in skladnih dokazov zadostne preglednosti, ki bi [podjetjem v oligopolnem položaju] omogočala vzajemni nadzor ravnanj na trgu“. Iz tega je treba sklepati, da preučitev usklajenosti popustov po mnenju Komisije ni primeren test za presojo preglednosti trga, ker po mnenju Komisije celo usklajenost popustov ne more biti dokaz te preglednosti. Test je namreč lahko primeren samo, če je z njim mogoče ugotoviti tako preglednost kot nepreglednost. Vendar, ker ta trditev Komisije, kot je bilo navedeno zgoraj, ni dovolj podprta v Odločbi, bo Sodišče prve stopnje preučilo, ali ugotovitve v uvodnih izjavah 78 in 79 pravno zadostno dokazujejo neobstoje preglednosti trga.

307 Najprej je treba ugotoviti, da je sprememba splošnih ravni popustov na račun, ki jih uporabljata članici koncentracije, kot je ugotovljeno v uvodni izjavi 78 Odločbe, samo zelo majhna, in sicer [zaupno] od 2 do 5 % njune skupne bruto prodaje v Združenem kraljestvu. V Italiji je ta sprememba celo skoraj nič, in sicer [zaupno]



od 0 do 5 % (uvodna izjava 99 Odločbe). Prav tako so zelo majhne v uvodni izjavi 79 Odločbe ugotovljene razlike za od 2 do 5 % [*zaupno*] med popusti na račun članic koncentracije za večino njenih desetih glavnih strank. Iz tega sledi, da s podatki, navedenimi v uvodnih izjavah 78 in 79 Odločbe ter v ustreznih uvodnih izjavah za druge velike države, ni mogoče upravičiti sklepa, da popusti na račun niso dovolj usklajeni.

308 Nato se zdi, da glede na besedilo Odločbe ta majhna sprememba ni pomembna. V skladu z uvodno izjavo 77 Odločbe je namreč „[a]naliza Komisije [...] pokazala, da so neto prodajne cene tesno povezane z bruto cenami (JPC) zaradi vzporednega gibanja povprečnih bruto cen in dejanskih povprečnih neto cen družb Sony in BMG v zadnjih šestih letih in tudi zaradi zelo velike stabilnosti razmerja med neto in bruto cenami za vse albume skupaj kadar koli“. Poleg tega v nasprotju s trditvijo Komisije v uvodni izjavi 77 Odločbe ni navedeno samo vzporedno gibanje povprečnih bruto in neto cen za vse albume (ali stabilnost povprečnega popusta za vse prodajane albume), ki bi tako prikrivalo morebitne razlike v popustih, odobrenih za posamezne albume, ampak je v njej ugotovljena tudi stabilnost popustov po posameznih albumih in skozi čas. Če se drugi del povedi uvodne izjave 77, kot trdi Komisija, nanaša na razmerje med povprečnimi bruto in neto cenami, bi bila namreč odveč, ker je tako razmerje sopomenka za razliko med bruto in neto cenami, katere stabilnost je ugotovljena v prvem delu povedi. To zelo jasno izhaja iz verodostojne različice Odločbe, ker je v njej uporabljen izraz „razmerja“ v množini (zelo stabilna razmerja med bruto in neto cenami po posameznih albumih in skozi čas). V točki 90 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah je sicer navedeno tudi, da je Komisija ugotovila, da so „razmerja med bruto in neto cenami [...] zelo stabilna po posameznih albumih in skozi čas za posamezne izdaje, ki jih je preučila Komisija“. Poleg tega je v točki 75(iv) obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah navedeno, da je Komisija preučila razvoj bruto in neto prodaj posameznih albumov in v opombi 47 pojasnila, da je bila „analiza bruto in neto cen [...] opravljena posamično za deset najbolje prodajanih albumov družb BMG in Sony v letu 2002“.

- 309 Poleg tega iz zadnje povedi uvodne izjave 77 Odločbe izhaja, da popusti ne morejo dejansko vplivati na preglednost trga na področju cen, ki izhajajo predvsem iz javnih katalognih cen, če je ugotovljeno, da „če bi se velike glasbene založbe oddaljile od dogovorjenih politik določanja cen, s tem ko bi odobrile popuste, bi se to odstopanje kazalo v njihovih povprečnih neto cenah“.
- 310 Poleg tega je treba, čeprav Komisija v vlogah trdi, da iz podatkov o povprečnih neto cenah in povprečnih popustih ni mogoče ugotoviti usklajenosti ali usklajevanja in da so pomembne samo individualne odločitve o določanju cen, ugotoviti, da ta utemeljitev v Odločbi ni podprta. Tako je v uvodni izjavi 70 Odločbe predvsem navedeno, da „Komisija meni, da so povprečne cene dober instrument za ugotovitev, ali velike glasbene založbe ravnajo vzporedno“. Poleg tega, če ugotovitve o cenovni politiki niso upoštevne za presojo preglednosti, kot je Komisija trdila pred Sodiščem prve stopnje, bi iz tega sledilo, da ugotovitve o popustih, navedene v uvodnih izjavah od 78 do 80 Odločbe (in v ustreznih uvodnih izjavah za trge v drugih velikih državah), ne morejo vsebovati obrazložitve neobstoja preglednosti, ker so popusti sestavni del cen in se analizirajo pri preučitvi usklajevanja pri določanju cen.
- 311 Iz zgornjega izhaja, da ugotovitve o usklajenosti popustov na račun v uvodnih izjavah 78 in 79 Odločbe (in v ustreznih uvodnih izjavah za druge velike države) ne morejo obrazložiti trditve o nezadostni preglednosti trga.
- 312 Glede preglednosti popustov je v uvodni izjavi 80 Odločbe navedeno, da so „odgovori britanskih strank na preiskavo, ki jo je Komisija opravila na trgu, [...] večinoma pokazali, da so velike glasbene založbe nekoliko poznale običajne popuste, ki so jih odobrili njihovi konkurenti, zaradi stalne interakcije z istimi strankami“. Ta ugotovitev je z enakimi besedami povzeta v zvezi s petimi velikimi državami (uvodne

izjave 87, 94, 101 in 108 Odločbe). Ne da bi bilo treba pri preučitvi očitka, ki se nanaša na kršitev obveznosti obrazložitve, preučiti utemeljenost te ugotovitve, je že treba ugotoviti, da pomeni stopnjo preglednosti trga v zelo zadržani obliki glede na elemente, na katerih temelji. Predvsem v zvezi z Italijo ni mogoče razumeti, kako je Komisija lahko razumela, da so odgovori strank „večinoma“ pokazali, da so glavne založbe samo „nekoliko“ poznale popuste, ki so jih odobrili njihovi konkurenti, ker je v opombi 55 v Odločbi navedeno, da je „pet italijanskih trgovcev na drobno, ki so odgovorili na vprašanje, [...] navedlo, da velike glasbene založbe poznajo JPC in popuste, ki jih uporabljajo njihovi konkurenti“. Prav tako za Francijo iz opombe 49 v Odločbi izhaja, da so trije od štirih trgovcev na drobno navedli, da velike glasbene založbe poznajo JPC in popuste, ki jih uporabljajo njihovi konkurenti.

- 313 Nato je treba ugotoviti, da v pojasnjevalnih opombah za nobeno državo ni navedeno nobeno razlikovanje med običajnimi in akcijskimi popusti, tako da niso očitni razlogi, zakaj je Komisija iz odgovorov strank sklepal, da so glavne založbe nekoliko poznale samo običajne popuste in ne akcijskih popustov.
- 314 Vsekakor je treba ugotoviti, da je Komisija, kot je navedeno v sami Odločbi, menila, da obstaja določena preglednost običajnih popustov.
- 315 Tako se zdi, da je edini element nepreglednosti, naveden v Odločbi, trditev v uvodni izjavi 80 (in v ustreznih uvodnih izjavah za druge velike države), da se „vseeno zdi, da so akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti in da njihov nadzor zahteva tudi strogo opazovanje gibanja takih popustov na maloprodajnem trgu“.

- 316 V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da ni navedeno, da so akcijski popusti nepregledni, ampak samo, da so „manj pregledni kot običajni popusti“ in da njihov nadzor zahteva strogo opazovanje. Poleg tega je natančneje pojasnjeno, da je Komisija ugotovila, da sta družbi Sony in BMG vzpostavili sistem tedenskih poročil, ki jih predložijo njune prodajne ekipe, ne da bi bilo mogoče dokazati, da ta poročila zagotavljajo zadostno stopnjo preglednosti navedenih akcijskih popustov.
- 317 Nato je treba opozoriti, da so glavni popusti, ki se uporabljajo v vseh državah, običajni popusti, kot je razvidno iz druge povedi uvodne izjave 150 Odločbe. Iz tega sledi, da imajo v skladu z Odločbo akcijski popusti samo omejen vpliv na cene. Poleg tega iz uvodne izjave 77 izhaja, da popusti (običajni in akcijski) v zadnjih šestih letih niso vplivali na dogovorjene politike določanja cen.
- 318 Ugotoviti je tudi treba, da v Odločbi ni navedeno, da je trg nepregleden, niti da ni dovolj pregleden, da bi omogočil usklajevanje cen, ampak kvečjemu da naj bi bili akcijski popusti manj pregledni, ne da bi bila v Odločbi navedena kakršna koli informacija o njihovi naravi, okoliščinah, v katerih se odobrijo, ali njihovem dejanskem vplivu na neto cene, niti o njihovem učinku na preglednost cen.
- 319 Poleg tega je treba opozoriti, da je Komisija, kot je bilo navedeno zgoraj, v Odločbi navedla številne elemente in dejavnike, ki spodbujajo preglednost trga in olajšujejo nadzor upoštevanja dogovora.
- 320 Iz tega sledi, da nekaj trditev o akcijskih popustih v oddelku Odločbe, v katerem je Komisija preučila usklajevanje cen v velikih državah, ker so netočne, nepodprte in jih

celo izpodbijajo druge ugotovitve v Odločbi, ne more dokazati nepreglednosti trga niti akcijskih popustov. Te trditve poleg tega navajajo samo, da naj bi bili akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti, vendar ne pojasnjujejo, zakaj naj bi bili upoštevni za preglednost trga, in na njihovi podlagi tudi ni mogoče razumeti, kako bi lahko sami po sebi nadomestili vse dejavnike preglednosti trga, opredeljene v Odločbi, in tako odpravili potrebno preglednost za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja.

321 Nazadnje, glede ugotovitev v oddelku Odločbe o presoji položaja v majhnih državah Komisija najprej v uvodni izjavi 149 Odločbe ugotavlja, da se JPC uporabljajo precej primerljivo v velikih državah. V zvezi s tem opozarja, da se je za večino prodaje uporabilo nekaj JPC in da glavne založbe uporabljajo JPC vzporedno, in pojasnjuje, da sta „[k]ot dokazujejo številke, navedene za vsako od majhnih držav, glede Nizozemske in Belgije dve glavni JPC družbi Sony in BMG pravzaprav enaki“. Iz tega sklepa, da obstaja visoka raven podobnega gibanja JPC velikih glasbenih založb. Tako iz uvodne izjave 149 izhaja, da je Komisija v majhnih državah ugotovila še očitnejšo preglednost in usklajenost JPC kot v velikih državah.

322 Glede popustov, odobrenih v majhnih državah, je treba ugotoviti, da zadevni oddelek ne vsebuje nobene ugotovitve o akcijskih popustih in da ti niso omenjeni. Prav nasprotno, Komisija v uvodni izjavi 150 Odločbe trdi, da so kot v petih velikih državah glavni popusti, ki se uporabljajo v vseh majhnih državah, običajni popusti.

323 Poleg tega, čeprav Komisija trdi, da sta družbi Sony in BMG odobrili zelo velike popuste na račun, da se njihov znesek spreminja od ene stranke do druge in da se njihova raven razlikuje tudi med družbama BMG in Sony, da niso javni in povzročijo

zmanjšanje preglednosti, vseeno ne navaja nobene številke v zvezi z njihovim obsegom ali spremembami. Poleg tega ni pojasnjeno, ali so zaradi značilnosti trga, in če je tako, običajni popusti tako kot v velikih državah vsaj pregledni. Prav tako ni navedeno, ali običajni in/ali akcijski popusti ustvarjajo različne neto cene, ker se zdi, da trditev, da „Komisija ni dokazala obstoja zadostnih dokazov, da bi se vzporednost povprečnih neto cen lahko pripisala tihemu dogovoru“, prej kaže, da ni tako.

324 Iz tega sledi, da oddelek o majhnih državah ne vsebuje niti obrazložitve ugotovitve, da naj trg ne bi bil pregleden zaradi akcijskih popustov. Vsekakor obstoječi položaj v majhnih državah ne more biti veljavna obrazložitev ugotovitve v zvezi s stopnjo preglednosti trgov v velikih državah.

325 Iz vsega zgornjega izhaja, da je očitek, ki se nanaša na nezadostno obrazložitev ugotovitve o preglednosti trga, utemeljen, kar samo po sebi upravičuje razglasitev ničnosti Odločbe.

326 Sodišče prve stopnje bo podredno vseeno poleg tega preučilo očitke in trditve tožeče stranke, da elementi, ki jih je Komisija navedla za dokaz nezadostne preglednosti trga, vsebujejo očitno napako pri presoji.

b) Očitek, ki se nanaša na očitno napako pri presoji

327 Uvodoma je treba opozoriti, da ima na podlagi temeljnih pravil Uredbe in zlasti člena 2 te uredbe Komisija določeno diskrecijsko pravico, zlasti pri ekonomski

presoji. Zato mora sodišče Skupnosti nadzor nad izvajanjem te diskrecijske pravice, ki je bistvena za opredelitev pravil glede koncentracij, opraviti ob upoštevanju proste presoje, ki posredno izhaja iz gospodarskih določb, ki so del pravil o koncentracijah (zgoraj v točki 245 navedena sodba Kali & Salz, točki 223 in 224; zgoraj v točki 232 navedena sodba Komisija proti Tetra Lavalu, točka 38; zgoraj v točki 246 navedena sodba Sodišča prve stopnje Gencor proti Komisiji, točki 164 in 165; zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 64; sodbi Sodišča prve stopnje z dne 25. oktobra 2002 v zadevi Tetra Laval proti Komisiji, T-80/02, Recueil, str. II-4519, točka 119, in z dne 14. decembra 2005 v zadevi General Electric proti Komisiji, T-210/01, ZOdl., str. II-5575, točka 60).

328 Sodišče je vseeno pojasnilo naslednje:

„Čeprav je Sodišče Komisiji priznalo prosto presojo glede ekonomskih zadev, to ne pomeni, da se mora sodišče Skupnosti vzdržati nadzora nad razlago gospodarskih podatkov, ki jo poda Komisija. Sodišča Skupnosti morajo poleg vsebinske pravilnosti, zanesljivosti in doslednosti navedenih dokazov preveriti tudi, ali ti dokazi vsebujejo vse podatke, ki jih je treba upoštevati pri presoji zapletene okoliščine, in ali lahko utemeljijo iz njih izvedene sklepe.“ (zgoraj v točki 232 navedena sodba Komisija proti Tetra Lavalu, točka 39)

329 Ob upoštevanju teh ugotovitev je treba preučiti, ali presoje Komisije o preglednosti trga vsebujejo očitno napako.

330 Tožeča stranka najprej opozarja, da so se pred sprejetjem Odločbe trgi glasbenih posnetkov šteli za dovolj pregledne, da so omogočali kolektivni prevladujoči položaj.

- 331 Tožeča stranka v zvezi s tem opozarja, da je Komisija pri preučitvi načrta koncentracije med družbama EMI in Time Warner ugotovila, da so za trg glasbenih posnetkov značilni proizvodi po standardnih cenah (standardised pricing products) in da je ta trg „zelo pregleden“ (glej točke 37, 38 in 57 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah v zvezi z načrtom koncentracije med družbama EMI in Time Warner).
- 332 Tožeča stranka dodaja, da je Office of Fair Trading v poročilu iz septembra 2002 o trgu glasbenih posnetkov v Združenem kraljestvu („Wholesale supply of compact discs“) tudi presodil, da je za trg značilna visoka stopnja preglednosti, in opredelil vrsto dejavnikov (zlasti tedensko objavo lestvic uspešnic, skupno prodajo in redne obiske trgovcev na drobno zaradi preverjanja zalog), ki so ponujali več informacij o konkurentih kot v številnih drugih industrijah (glej točko 114 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah).
- 333 Tožeča stranka nazadnje trdi, da je Komisija v obravnavanem primeru po prvi preučitvi načrta koncentracije med družbama Sony in Bertelsmann, priglašene 9. januarja 2004, in prvi preiskavi na trgu, zlasti pri trgovcih na drobno in glavnih založbah, v Odločbi z dne 12. februarja 2004 sklepala, da koncentracija zbuja resne dvome o združljivosti s skupnim trgom, in začela postopek v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe. Komisija je v tem postopku nadaljevala preiskavo in poslala vrsto zahtev za informacije članicama koncentracije (19. februarja, 5. marca, 17. marca, 23. marca, 1. aprila in 10. maja 2004), drugim glavnim založbam (11. marca in 10. maja 2004) in tudi različnim akterjem na trgu (glej zlasti vprašalnik z dne 16. aprila 2004, ki ga je poslala trgovcem na drobno). Komisija je na podlagi preučitve vseh dobljenih podatkov in informacij in tudi razprav z družbama Sony in BMG 24. maja 2004 izdala obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, v katerem je začasno ugotovila, da je koncentracija nezdružljiva s skupnim trgom, predvsem ker naj bi krepila kolektivni prevladujoči položaj na trgu glasbenih posnetkov.



334 Tožeča stranka poudarja, da je Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ugotovila vzporednost bruto in neto cen glavnih založb ter menila, da je trg dovolj pregleden, da omogoča razvoj kolektivnega prevladujočega položaja glavnih založb in spremljanje usklajevanja cen (glej predvsem točko 93 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah). Komisija je v točkah od 94 do 115 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah v zvezi s tem analizirala deset dejavnikov, zaradi katerih je trg glasbenih posnetkov posebno ugoden za usklajevanje in ki olajšujejo nadzor tega usklajevanja. Komisija je tako ugotovila (a) homogenost proizvoda, (b) omejeno število JPC, (c) omejeno število upoštevanih albumov, (d) tedensko objavljanje lestvic uspešnic, (e) stabilnost strank, (f) relativno stabilnost tržnih deležev, (g) veliko stikov zaradi vertikalne integracije glavnih založb, (h) veliko strukturnih povezav med glavnimi založbami, kot so „joint ventures“ za kompilacije in distribucijo in sporazumi o dovoljenjih in distribuciji, (i) skupno sodelovanje v združenjih industrije ter (j) skupno pogajanje o avtorskih pravicah.

335 Čeprav se tako zdi, da sta v nasprotju s presojo Komisije v Odločbi Komisija in organ, pristojen za konkurenco v Združenem kraljestvu, štela zadevni trg, glede britanskega trga, za zelo preglednega in vsekakor dovolj preglednega, da omogoča potrebno spremljanje tihega usklajevanja cen, samo to vseeno samo po sebi ne zadostuje za ugotovitev, da nasprotno stališče, ki ga je Komisija sprejela v Odločbi, vsebuje očitno napako pri presoji. Presoje nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, namreč nikakor ne morejo zavezovati Komisije pri njeni analizi, kot je bilo ugotovljeno zgoraj pa je obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah tudi samo pripravljani dokument, katerega presoje so povsemčasne, in Komisija mora upoštevati elemente, ki jih je zbrala v upravnem postopku, in trditve, ki so jih navedla zadevna podjetja, da bi opustila očitke, ki bi se nazadnje izkazali za neutemeljene. Ta ugotovitev seveda *a fortiori* velja začasne presoje, opravljene več let prej v okviru preučitve druge koncentracije, ali presoje, ki jih je v drugačnih okoliščinah izdal drug organ, pristojen za konkurenco. To vseeno ne pomeni, da je obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah popolnoma brez vrednosti ali neupoštevno. Komisija bi namreč, razen če bi se upravnemu postopku preiskave

odvzela vsakršna vrednost, morala biti sposobna, seveda ne v Odločbi, ampak vsaj v postopku pred Sodiščem prve stopnje, pojasniti razloge, zakaj meni, da so te začasne presoje napačne, predvsem pa morajo biti presoje v Odločbi skladne z ugotovitvami dejanskega stanja v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, če ni dokazano, da te niso pravilne.

336 Tožeča stranka nato primarno trdi, da vsi dokazi, ki jih je zbrala Komisija in so navedeni v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, kažejo, da so cene, ki jih uporabljajo glavne založbe, pregledne in seveda dovolj pregledne, da omogočajo tiho usklajevanje. Komisija naj ne bi predložila dokaza o nepreglednosti trga, ampak naj bi iz domnevnih sprememb popustov samo sklepala, da lahko zmanjšujejo preglednost. Tožeča stranka navaja vrsto očitkov v zvezi z ugotovitvami o popustih in trdi, da je Komisija pripisala čezmeren pomen popustom, zlasti akcijskim, ne da bi preučila njihovo upoštevnost.

337 Zaporedoma je treba preučiti očitke in trditve o dejavnih preglednosti trga, navedenih v Odločbi, in nato tiste, katerih namen je izpodbijati domnevne dejavnike nepreglednosti, tako da se jih sočasno primerja s trditvami in dokazi, ki so jih navedli tožena stranka in intervenienti, čeprav so številni elementi ali trditve medsebojno povezani in mora presoja preglednosti trga temeljiti na splošni analizi vseh upoštevanih elementov.

### Dejavniki preglednosti, ugotovljeni v Odločbi

338 Prvič, opozoriti je treba, da so bruto prodajne cene, ki jih glavne založbe uporabljajo za stranke (trgovci na drobno, supermarketi itd.), javne, ker so navedene v njihovih katalogih. To je nesporno zelo pomemben vir preglednosti določanja cen. Seveda je

v uvodni izjavi 76 Odločbe navedeno samo, da so „JPC dovolj pregledne, ker so navedene v katalogih velikih glasbenih založb“ in ker „se zdi torej mogoče nadzirati katalogne cene drugih velikih glasbenih založb“. Vendar ta zadržana formulacija ne more relativizirati ugotovitve preglednosti bruto cen, ker Komisija niti v Odločbi niti v postopku pred Sodiščem prve stopnje ni navedla nobenega elementa, da bi pojasnila, da so bruto cene samo „bolj ali manj pregledne“. Komisija je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah (točka 81) sicer v zvezi s tem navedla naslednje:

„Komisija meni, da glavne založbe zelo lahko spremljajo JPC, po katerih se uspešni novi albumi dajo na trg, saj so te JPC na voljo javnosti v katalogih glavnih založb“.

339 Drugič, poudariti je treba, da je v Odločbi navedeno, da je Komisija, čeprav sta članici koncentracije trdili, da uporabljata več kot 100 JPC, ugotovila, da vsaka glavna založba s tremi glavnimi JPC ustvari glede na državo od več kot 55 do več kot 80 % celotne prodaje svojih 100 najbolj prodajanih albumov. Posledica te koncentracije bistvenega dela prodaje albumov po zelo omejenem številu referenčnih cen, ki so jo potrdili odgovori glavnih založb, je lažje usklajevanje cen, kot je sicer Komisija poudarila v točki 96 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah: „Ta sistem določanja cen olajšuje usklajevanje, ker ponuja informacije, ki jih je lahko razlagati, v zvezi z ravno, na kateri glavne založbe določijo ceno večine prodajanih albumov“.

340 Komisija je v odgovoru na tožbo seveda navedla zapletenost določanja veleprodajnih cen, ker so posamezni albumi različno uspešni, kar naj bi vplivalo na prvotno določitev JPC ob izdaji albuma in na njene prihodnje spremembe, tako da naj bi bilo težko ugotoviti, ali se JPC albuma spremeni zaradi podpore upadajočemu uspehu ali v okviru strategije „odstopanja“. Najprej je treba ugotoviti, da ta utemeljitev ni podprta v Odločbi in je celo v nasprotju z ugotovitvami v tej odločbi. Kot je navedeno zgoraj, je Komisija v uvodni izjavi 76 Odločbe (in ustreznih uvodnih izjavah za druge države) ugotovila, da glavne družbe, čeprav so trdile, da uporabljajo

več kot 100 JPC, uporabljajo samo dve ali tri JPC za večino prodajanih albumov. Poleg tega je v uvodni izjavi 110 Odločbe pojasnjeno, da se „[k]ljub tej heterogenosti vsebine načini določanja cen in trženja albumov na veleprodajnih trgih [...] zdijo bolj ali manj standardni“. Nato je treba ugotoviti, da bodo glavne založbe, ker je stopnja uspeha albuma kadar koli znana zaradi lestvic uspešnic, v nasprotju s trditvijo Komisije zlahka ugotovile, ali je sprememba JPC danega albuma del dogovorjene politike cen ali ne.

341 Tretjič, v uvodni izjavi 111 Odločbe je navedeno:

„[...] Čeprav se albumi prodajajo po omejenem številu referenčnih cen, bi raznolikost albumov, ponujenih po različnih katalognih cenah, lahko zapletla nadzor upoštevanja dogovora. Vendar morajo glavne založbe nadzirati referenčne cene samo omejenega števila albumov med najbolje prodajanimi, da bi spremljale večino prodaje. Iz podatkov, ki sta jih predložili članici koncentracije, je razvidno, da 20 najbolje prodajanih naslovov v vsakem letu pomeni najmanj polovico letne prodaje družbe BMG v vseh državah, razen v Nemčiji“ (glej tudi točko 85 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah).

342 Komisija je vseeno v odgovoru na tožbo trdila, da ker ravni prihodnjega uspeha ni mogoče povsem zanesljivo predvideti pred izdajo danega albuma (nič bolj kot trajanje njegovega uspeha po izdaji), bi uspešno usklajevanje zahtevalo stalno spremljanje JPC večjega števila posameznih albumov od števila albumov, za katere se naknadno šteje, da so največ prispevali k prometu vsake glavne založbe.

343 Ugotoviti je treba, da ta trditev ni podprta v Odločbi, kjer je navedeno, da morajo glavne založbe nadzirati referenčne cene samo omejenega števila albumov med

najbolje prodajanimi, da bi lahko spremljale večino prodaje. To spremljanje v preostalem zelo olajšujejo lestvice uspešnic, ki v vsakem trenutku ponujajo zelo natančne podatke o razvoju uspeha različnih albumov.

344 Poleg tega je v Odločbi, kot upravičeno poudarja tožeča stranka, navedeno tudi, da je „Komisija odkrila nekatere dokaze, da bi se JPC lahko uporabljale kot podlaga za uskladitev cen“. Trditve Komisije, da ta ugotovitev ni dokončna, očitno ni mogoče sprejeti, ker je Odločba po definiciji zadnja faza postopka preiskave koncentracije in se Komisija ne sklicuje na noben drug element v Odločbi, ki bi ovrigel ali omilil to ugotovitev. Komisija kvečjemu navaja dejstvo, da sta članici koncentracije predložili dokaze, da se kombinacije JPC, ki ustrezajo njunim 20 najbolj prodajanim albumom, pogosto zelo spreminjajo od enega četrtertja do drugega in da bi morala vsaka glavna založba zaradi nepredvidljivosti uspeha spremljati JPC več kot 80 albumov (ali 60 albumov po koncentraciji), ki jih izdajo njuni konkurenti. Vendar prav ta ugotovitev ni bila povzeta v Odločbi in jo prav nasprotno ugotovitve v tej odločbi izpodbijajo.

345 Ugotoviti je treba tudi, da podatki, ki so jih pripravili ekonomisti članic koncentracije, poleg tega, da ni jasno, zakaj bi bilo mogoče na njihovi podlagi oblikovati sklep, ki ga je iz njih izpeljala Komisija, niso jasni in se ne zdijo zanesljivi. Tako je vsaj presenetljivo, da bi se JPC lahko zvišale od enega četrtertja do drugega v navedenih deležih [*zaupno*].

346 Vsekakor se zdi, da število albumov, ki bi jih bilo treba spremljati po mnenju Komisije, ni tako veliko, da bi bilo spremljanje nemogoče ali celo posebno težko ali drago, zlasti ker tedenske lestvice uspešnic znatno olajšujejo spremljanje, kot priznava Komisija.

- 347 Iz zgornjega izhaja, da trije dejavniki – javni značaj bruto cen (JPC), omejeno število referenčnih cen in omejeno število albumov, ki jih je treba spremljati –, ki so navedeni v Odločbi, lahko ustvarijo veliko preglednost cen.
- 348 Poleg tega, kot je navedeno v uvodni izjavi 112 Odločbe, „na trgu obstajajo drugi mehanizmi, ki povečujejo preglednost in bi lahko olajšali nadzor upoštevanja dogovora“.
- 349 Prvič, Komisija je v uvodni izjavi 112 navedla, da „objava tedenskih [lestvic uspešnic], ki ponujajo informacije o prodaji po naslovih, omogoča zelo lahko odkrivanje naslovov, ki postanejo ‚uspešnice‘ in ustvarijo večino prodaje“. Lestvice uspešnic so tako pomemben vir preglednosti, ker ne omogočajo samo, da se kadar koli opredelijo najbolj prodajani albumi, ampak tudi da se preveri, ali se albumi prodajajo po ceni, ki ustreza njihovem uspehu, ker so JPC javne. V Odločbi je sicer pojasnjeno, da to „tedensko objavljane prodaje po naslovih glavnim založbam zelo olajšuje nadzor“.
- 350 Drugič, za trg so „značilni trdni in trajni odnosi med trgovci na drobno in glavnimi založbami“, saj mora vsak trgovec na drobno ponujati proizvode vseh glavnih založb (uvodna izjava 112 Odločbe).
- 351 Tretjič, v skladu z Odločbo obstaja samo omejeno število izvajalcev na trgu, ker je velik del prodaje usmerjen k omejenemu številu strank. Kot je navedeno v uvodni izjavi 112 *in fine*, ta položaj „spodbuja sprejetje strategij o sodelovanju, ki služijo interesom velikih založb, in olajšuje nadzor in pretok informacij“.

352 Četrtrič, Komisija je ugotovila, da obstaja nadzor maloprodajnega trga. V uvodni izjavi 113 je navedeno, da je „preiskava pokazala, da sta družbi Sony in BMG vzpostavili sistem tedenskih poročil, ki vključujejo informacije o konkurentih“.

353 Komisija v odgovoru na tožbo seveda trdi, da poročila, ki sta ji jih predložili članici koncentracije, niso vsebovala informacij o popustih in da ni mogla dokazati, da ta poročila zagotavljajo zadostno stopnjo preglednosti akcijskih popustov, ki jih odobrijo konkurenti.

354 V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da so ta poročila ne glede na natančnost informacij o bruto in neto prodajnih cenah ali maloprodajnih cenah ali popustih, ki jih vsebujejo, dodaten dejavnik preglednosti trga, kot je sicer navedeno v Odločbi. Poleg tega iz tedenskih poročil, ki jih je predložila Komisija, izhaja, da vsebujejo informacije o zalogah albumov konkurentov in njihovem gibanju.

355 Nato je treba pripomniti, da je to samo nekaj primerov tedenskih poročil, ki sta jih predložili članici koncentracije.

356 *[zaupno]*

357 *[zaupno]*

358 *[zaupno]*

359 [zaupno]

360 [zaupno]

361 Petič, v uvodni izjavi 113 Odločbe je navedeno, da imajo prodajne enote glavnih založb redne in stalne stike s trgovci na drobno in debelo, ker pogajanja o podpori in akcijskih popustih pogosto potekajo vsak teden. Če stiki s trgovci na drobno niso nič neobičajnega, pogostost stikov vseeno omogoča prodajnim enotam, da dobijo natančnejše informacije o konkurenci in pogojih, ki jih ta uporablja, in spremljajo skoraj v realnem času razvoj uspeha različnih albumov konkurentov. To toliko bolj velja v obravnavanem primeru, ker je, kot je navedeno v uvodni izjavi 112 Odločbe, trg tak, da mora vsak trgovec na drobno ponujati proizvode vseh glavnih založb, tako da je vsaka glavna založba v stalnem stiku z vsemi strankami konkurentov in lahko tako dobi natančne informacije o pogojih, ki jih ti uporabljajo. Ugotovljeno je tudi, da je bistveni del prodaje usmerjen k omejenemu številu strank. Ti elementi lahko ustvarijo veliko preglednost na trgu. Komisija je sicer v uvodni izjavi 112 Odločbe ugotovila, da ta položaj „spodbuja sprejetje strategij o sodelovanju, ki služijo interesom velikih glasbenih založb, in olajšuje nadzor in pretok informacij“.

362 Iz teh petih dodatnih elementov izhaja, da je že sicer velika preglednost, ki je posledica prvih treh zgoraj navedenih dejavnikov (zlasti objavljanja prodajnih cen), še večja. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je Komisija v uvodni izjavi 116 Odločbe sicer ugotovila, da je „struktura trga taka, da informacije lahko krožijo in da je njihovo spremljanje smernic vsake od glavnih založb samo rutina“.



363 Zdaj je treba preučiti, ali so elementi, ki jih je Komisija navedla kot vir nepreglednosti trga, tako pomembni, da je na njihovi podlagi mogoče opustiti sklep, da je trg dovolj pregleden za omogočanje spremljanja upoštevanja skupne politike določanja cen.

Elementi, ki lahko povzročijo nepreglednost trga

364 Kljub številnim zgoraj navedenim virom preglednosti trga je Komisija, kot izhaja iz uvodne izjave 157 Odločbe, vseeno ugotovila neobstoj kolektivnega prevladujočega položaja zaradi ugotovljene nezadostne dejanske preglednosti.

365 Iz oddelka *ad hoc*, v katerem je preučena preglednost trga, izhaja, da ta presoja temelji na trditvi, navedeni v uvodni izjavi 111 Odločbe, da je „določen nadzor na ravni posameznega proizvoda, to je albuma, [...] tudi pomemben, zlasti za akcijske popuste“. V tej uvodni izjavi je tudi navedeno, da „[p]reiskava trga kaže, da bi ta potreba lahko zmanjšala preglednost na trgu in otežila tihe dogovore“ in da „Komisija ni odkrila dovolj dokazov za ugotovitev, da je bilo v preteklosti mogoče premagati te težave“. V zvezi s tem je v uvodni izjavi 113 Odločbe navedeno, da Komisija ni „odkrila dovolj dokazov, da so velike glasbene založbe, ko so nadzirale maloprodajne cene ali uporabljale te stike s trgovci na drobno, lahko v preteklosti nadomestile pomanjkanje preglednosti na področju akcijskih popustov“. Iz tega sledi, da je Komisija zaradi popustov ali vsaj akcijskih popustov menila, da trg ni dovolj pregleden, da bi omogočal uvedbo kolektivnega prevladujočega položaja.

366 V zvezi s tem je treba najprej ugotoviti, da Komisija v Odločbi ni sklepala, da trg zaradi popustov ni pregleden niti da popusti vplivajo na preglednost ali stopnjo preglednosti, potrebno za kolektivni prevladujoči položaj, ampak da kvečjemu lahko „otežujejo tihe dogovore“. V teh okoliščinah ter zaradi javnosti in torej preglednosti JPC in vseh drugih dejavnikov, ki glede na besedilo Odločbe povečujejo preglednost trga in olajšujejo nadzor upoštevanja dogovora, s stališči in ugotovitvami v oddelku *ad hoc*, v katerem je preučena preglednost trga, ni mogoče – kot je bilo odločeno pri očitku o obrazložitvi – upravičiti presoje, da trg ni dovolj pregleden.

367 Vendar je Komisija v oddelku, v katerem je preučila skupno politiko cen, ugotovila – in ugotovitev enako izrazila za pet velikih držav – nihanja popustov, ki so predvsem posledica akcijskih popustov, in navedla, da ni mogla dokazati zadostne stopnje preglednosti akcijskih popustov (uvodni izjavi 79 in 80 Odločbe za Združeno kraljestvo ter uvodne izjave 86 in 87, 93 in 94, 100 in 101 ter 107 in 108 za druge države).

368 Presoja Komisije temelji na zamisli, ki jo je izrecno navedla v svojih vlogah in na kateri temelji Odločba, da je tiho usklajevanje pri določanju cen lahko učinkovito samo, če zadeva neto prodajne cene, to je bruto cene – oziroma v obravnavanem primeru JPC, od katerih so odšteti popusti. Upoštevanje skupne politike na ravni JPC in možnost spremljanja njenega upoštevanja namreč ne bi bilo koristno, če bi tajni in nepregledni popusti odpravili učinke tega usklajevanja katalognih cen.

369 Iz Odločbe (uvodna izjava 73) izhaja, da glavne založbe odobrijo različne vrste popustov: (običajne ali akcijske) popuste na račun, popuste za nazaj in plačila na podlagi sporazumov o trgovinskem sodelovanju. Ni sporno, da je Komisija kot upoštevne za presojo preglednosti štela samo popuste na račun. Po eni strani je

v skladu z uvodno izjavo 73 (in tudi uvodno izjavo 151) preiskava pokazala, da so izdatki na podlagi sporazumov o trgovinskem sodelovanju bolj nekakšno plačilo trženja kot dejanski popust, po drugi strani pa so popusti za nazaj v skladu z uvodnimi izjavami 78, 92, 99 in 106 Odločbe neobstoječi ali majhni in, kot je navedeno v uvodni izjavi 151 Odločbe, ker je njihov „namen biti nekakšen ‚popust za zvestobo‘, nimajo neposrednega učinka na cenovno konkurenco“. Vse uvodne izjave Odločbe o preglednosti popustov (uvodni izjavi 111 in 113 oddelka *ad hoc* o preglednosti in uvodni izjavi 79 in 80 oddelka o skupni politiki določanja cen za Združeno kraljestvo ter ustrezne uvodne izjave za druge velike države) vsebujejo sicer samo ugotovitve o preglednosti (običajnih in akcijskih) popustov na račun. Prav tako je Komisija v vlogah, ki jih je vložila pri Sodišču prve stopnje, navedla samo pomanjkanje preglednosti popustov na račun.

370 Najprej je treba ugotoviti, da uvodni izjavi 111 in 113 Odločbe ne vsebujeta posebnih ugotovitev, ampak se v resnici samo sklicujeta na ugotovitve, predstavljene v oddelku o preučitvi skupne politike določanja cen (oziroma uvodni izjavi 79 in 80 za Združeno kraljestvo ter ustrezne uvodne izjave za druge velike države, ki so izražene popolnoma enako).

371 Vendar je treba poudariti, da se sklicevanje vsaj izrecno nanaša samo na akcijske popuste in ne na običajne popuste. Namreč, po eni strani se uvodna izjava 111 sklicuje na potrebo po nadzoru na ravni albuma, „zlasti v zvezi z akcijskimi popusti“, po drugi strani pa je v uvodni izjavi 113 *in fine* omenjeno „pomanjkanje preglednosti na področju popustov, zlasti akcijskih, navedeno v zvezi s petimi velikimi državami članicami“. Tako iz ugotovitev v oddelku *ad hoc* o preglednosti izhaja, da je nepreglednost posledica samo akcijskih popustov. Ta analiza je sicer potrjena v uvodnih izjavah 79 in 80. Tako je v uvodni izjavi 79 Odločbe ugotovljeno, da so nihanja popustov „predvsem posledica akcijskih popustov, ki se uporabljajo prožneje kot običajni popusti, ki se na splošno določijo vsako leto“. Prav tako je v uvodni

izjavi 80 Odločbe navedeno, da so glavne založbe „nekoliko poznale običajne popuste, ki so jih odobrili njihovi konkurenti, zaradi stalne interakcije z istimi strankami“, in da so „akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti“. Sicer pa ni nikjer v Odločbi potrjeno in še manj dokazano, da naj bi bili običajni popusti nepregledni ali ne dovolj pregledni.

372 Komisija je v vlogah, ki jih je vložila pri Sodišču prve stopnje, tudi priznala bolj ali manj nepregleden značaj običajnih popustov, zlasti določajo vsako leto in se uporabljajo za vso prodajo stranki (po potencialno različnih stopnjah za popularno glasbo, klasično glasbo ali albume, ki se oglašujejo na televiziji), in je sicer navedla trditve, samo da bi ugotovila nepreglednost akcijskih popustov. V odgovoru na tožbo je tudi pojasnila, da je pripisala tak pomen akcijskim popustom zaradi potrebe po nadzoru vseh sestavnih delov neto cen, ker razmeroma pregledne JPC in določeno poznavanje običajnih popustov ne zadostujejo, če so nepregledni visoki akcijski popusti vir nihanja neto cen. Poleg tega je navedla, da ni mogla ugotoviti, da so glavne založbe zanesljivo poznale dejanske prakse določanja neto cen druge glavne založbe „zaradi obstoja dokaza o relativni preglednosti JPC, nekaj dokazov o določeni preglednosti običajnih popustov in trdnih dokazov o nepreglednosti in zapletenosti akcijskih popustov“. Nazadnje je Komisija v končnih stališčih celo izrecno navedla, da je v Odločbi ugotovila „visoko stopnjo preglednosti tudi JPC in običajnih popustov“.

373 Zato iz same Odločbe in utemeljitve, ki jo je Komisija predstavila pred Sodiščem prve stopnje, izhaja, da naj bi bil edini zatrjevani element nepreglednosti trga posledica manjše preglednosti akcijskih popustov.

374 Najprej je treba ugotoviti, da se samo uvodna izjava 80 Odločbe (in ustreznih uvodnih izjav 87, 94, 101 in 108 za druge štiri velike države, katerih besedilo je enako) izrecno nanaša na preglednost popustov. V tej uvodni izjavi je navedeno:

„[G]lede preglednosti popustov so odgovori [...] strank na preiskavo, ki jo je Komisija opravila na trgu, večinoma pokazali, da so velike glasbene založbe nekoliko poznale običajne popuste, ki so jih odobrili njihovi konkurenti, zaradi stalne interakcije z istimi strankami. Vendar se zdi, da so akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti in da njihov nadzor zahteva strogo opazovanje gibanja te vrste popustov na maloprodajnem trgu.“

375 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da za večino velikih držav odgovori, navedeni v pojasnjevalnih opombah pod uvodnimi izjavami 80, 87, 94, 101 in 108 Odločbe, vseeno kažejo stopnjo preglednosti, ki je višja od stopnje, navedene v Odločbi. Tako je v opombi 55 natančneje pojasnjeno, da je „pet italijanskih trgovcev na drobno, ki so odgovorili na vprašanje, navedlo, da so velike glasbene založbe poznale JPC in popuste, ki so jih uporabljali njihovi konkurenti“, enako so navedli trije od štirih francoskih trgovcev na drobno, medtem ko je četrti izjavil, da ne more izraziti svojega mnenja o tem (glej opombo 49). Razen za eno britansko stranko ni za nobeno drugo državo v pojasnjevalni opombi navedeno, da je vsaj en trgovec na drobno odgovoril, da glavne založbe ne poznajo popustov. Tako glede na pojasnjevalne opombe razen enega trgovca na drobno od osmih v Nemčiji noben trgovec na drobno ni navedel, da naj bi glavne založbe samo nekoliko poznale popuste, ki jih uporabljajo konkurenti.

376 Poleg tega je treba poudariti, da v nobeni pojasnjevalni opombi ni natančneje navedeno, da naj bi trgovci na drobno odgovorili, da glavne založbe poznajo samo običajne popuste in ne akcijskih, ker se odgovori sklicujejo na popuste, ne da bi razlikovali med njimi.

377 Zato je treba ugotoviti, da na podlagi dokazov, kot so navedeni v Odločbi, ni mogoče podpreti ugotovitev, ki izhajajo iz njih.

378 Nato se zdi, da se sklepi, ki so iz teh dokazov izpeljani v Odločbi, zelo jasno razlikujejo tudi od ugotovitev v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah.

379 V obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah je tako v točki 81 navedeno, da „Komisija meni, da obstaja dovolj dokazov, da so glavne založbe seznanjene s poslovnimi pogoji drugih glavnih založb“. Še več, iz tega obvestila izhaja, da to ni toliko presoja Komisije, ki jo je mogoče spremeniti, ampak dejanska ugotovitev, ki izhaja iz preiskave. V točki 92 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah je namreč natančneje pojasnjeno: „Iz informacij, dobljenih od trgovcev na drobno, je razvidno, da so glavne založbe ne samo poznale cenike drugih glavnih založb, ampak so poleg tega poznale njihove popuste in poslovne prakse. Nekateri od največjih trgovcev na drobno v Franciji, Združenem kraljestvu in Nemčiji so Komisiji sporočili svoje mnenje, da glavne založbe dobro poznajo poslovne pogoje drugih glavnih založb.“ Prav tako je v pojasnjevalni opombi 54 v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah navedeno, da so trgovci na drobno izjavili: „Glavne založbe dobro poznajo razpone popustov, ki jih uporabljajo njihovi konkurenti. Javno znano je, da komercialne ekipe glavnih družb poznajo popuste na trgovinske transakcije, ki jih odobrijo glasbene založbe. Ena stranka je izjavila, da glavne založbe poznajo popuste drugih do od 0,5 do 1 % natančno.“ Komisija nato v uvodni izjavi 92 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah nadaljuje: „Številni trgovci na drobno tudi mislijo, da je splošna praksa uporabljati pogoje, ki jih dosežejo pri eni od glavnih založb, za pogajanje o položaju pri drugih glavnih založbah“, in v pojasnjevalni opombi 55 navaja naslednji odgovor trgovca na drobno: „Na trgovinskih pogajanjih se sklicujemo na pogoje in popuste, ki jih uporabljajo druge glavne založbe. Omejeno število dobaviteljev velikim založbam zlahka omogoča, da imajo popolno predstavo o pogojih, ki jih uporabljajo, in se temu ustrezno uskladijo.“ Nazadnje, čeprav je to bolj presoja kot ugotovitev, je Komisija

v uvodni izjavi 129 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah navedla: „Preiskava trga je potrdila, da so prodajne enote glavnih založb v rednem in stalnem stiku s trgovci na drobno in debelo [...] Ker so objavljene različne razvrstitve, lahko glavne založbe tudi zlahka nadzirajo, ali druge glavne založbe ponujajo dodatne popuste za najboljše prodajane albume.“

380 Ob branju odgovora Komisije na tožbo se postavlja več vprašanj. V opombi 45 pod uvodno izjavo 51 odgovora Komisije na tožbo Komisija navaja: „Priglasiteljici naj bi trdili, da se nekateri pritrilni odgovori nanašajo samo na JPC ali da ti odgovori ne razlikujejo med JPC in popusti. Samo v petih odgovorih od skupno 36 razpoložljivih odgovorov iz vseh držav je bilo izrecno navedeno, da obstaja določena preglednost popustov; nasprotno stališče pa se izrecno zagovarja v enajstih odgovorih.“ Čeprav je v prvi povedi seveda navedeno, da je to samo trditev članic koncentracije, je druga poved nasprotno predstavljena kot dejanska ugotovitev Komisije. Vendar je treba ugotoviti, da je ta trditev v očitnem nasprotju s predstavitvijo odgovorov trgovcev na drobno v Odločbi, saj je v pojasnjevalnih opombah 49, 52, 55 in 57 v Odločbi navedeno, kot je pojasnjeno zgoraj, da je večina trgovcev na drobno odgovorila, da glavne založbe poznajo popuste svojih konkurentov, ne da bi bilo sicer natančneje pojasnjeno, da je to poznavanje samo delno ali približno, in da nihče (razen enega britanskega trgovca na drobno) ni navedel, da naj ti popusti ne bi bili pregledni. Trditve Komisije torej ni mogoče sprejeti. Poleg tega se Komisija v odgovoru na tožbo sklicuje samo na odgovore 36 trgovcev na drobno, čeprav jih je najmanj 42, kar sta članici koncentracije sicer komentirali v obvestilu o preglednosti z dne 17. junija 2004.

381 Nato iz odgovorov Komisije na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje izhaja, da je sklepne ugotovitve preiskave pri trgovcih na drobno mogoče delno pojasniti s tem, da je sledila utemeljitvi, ki sta jo članici koncentracije predstavili v odgovoru na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah in v obvestilu o preglednosti cen,

vložnem 17. junija 2004 po zaslišanju pred Komisijo, in sicer da je treba zavreči pritrtilne odgovore trgovcev na drobno, v katerih ni jasno navedeno, ali se sklicujejo na JPC in/ali popuste.

382 Pred preučitvijo utemeljenosti tega pojasnila je treba najprej izraziti začudenje, da je bilo podano tako pozno. Ker je stopnja preglednosti v obravnavanem primeru namreč bistveno vprašanje, je težko razumeti, da to pojasnilo o glavnem dokazu ni navedeno v Odločbi niti predvsem v odgovoru na tožbo in celo niti v dodatnih stališčih, ampak je bilo navedeno šele dan pred obravnavo v odgovoru na posebno vprašanje Sodišča prve stopnje.

383 Glede utemeljenosti trditve je treba opozoriti, da je bilo v vprašalniku, ki ga je Komisija poslala trgovcem na drobno, postavljeno naslednje vprašanje: „Ali glede na izkušnje vaše prodajne službe glasbene založbe poznajo JPC in popuste konkurentov?“ Kot je upravičeno trdila tožeča stranka, ni nobenega veljavnega razloga za sklepanje, da se pritrtilni odgovori (v preostalem včasih izraženi zelo kategorično, kot „očitno“, „absolutno“ ali „seveda“) trgovcev na drobno, v katerih niso pojasnili, ali se sklicujejo na cene in/ali popuste, ne morejo upoštevati. Odgovor na vprašanje, kot je bilo izraženo, naj bo pritrtilen ali nikalen, je treba namreč logično razumeti, da se nanaša na obe zadevni točki, če ne vsebuje omejitve ali pojasnila. Če bi Komisija menila, da vseeno ostaja dvom glede točnega pomena odgovorov, bi morala zlasti zaradi pomena te točke za Odločbo to preveriti pri zadevnih trgovcih na drobno, kar bi bilo sicer mogoče narediti zelo hitro.

384 Vsekakor je treba ugotoviti, da je trditev priglasiteljic, ki jo je Komisija potrdila, da je „samo v petih odgovorih od skupno 36 izrecno navedeno, da obstaja določena preglednost, medtem ko se nasprotno stališče izrecno zagovarja v enajstih odgovorih“, očitno napačna.



385 Glede domnevnih enajstih odgovorov, v katerih je izrecno navedeno, da ne obstaja preglednost popustov, je treba ugotoviti, da je iz obvestila družb Sony in BMG z dne 17. junija 2004 (priloga C.9 k intervencijski vlogi) razvidno, najprej, da je navedeno število deset nikalnih odgovorov in ne enajst (glej str. 213) in da je v resnici v obvestilu navedenih samo sedem, od katerih se samo štirje nanašajo na velike države, ki so predmet glavne preučitve v Odločbi. Poleg tega se zdi, da skoraj nobenega od teh štirih odgovorov ni mogoče brati tako, da vsebuje izrecno negativen odgovor. Jasn je, da odgovora [zaupno] „po našem mnenju poznajo JPC konkurentov“ ni mogoče razumeti tako, da izrecno navaja, da glavne založbe ne poznajo popustov konkurentov. V drugem odgovoru o nemškem trgu je navedeno, da „sicer ne podrobno, vendar poznajo najnižjo ceno konkurence“, kar tudi ni izrecno nikalen odgovor. Odgovor na strani 61 [zaupno] o trgu v Združenem kraljestvu je edini izrecno nikalen odgovor „JPC – Da. Popusti – Ne“, vendar je v njem vseeno takoj natančneje pojasnjeno, da „vendar, če se za neki album uporablja splošen popust pri trgovcih na drobno, bo znižanje povprečne maloprodajne cene, ki izhaja iz tega, očitno za celoten trg“. Nazadnje, drugi domnevno nikalni odgovor [zaupno], naveden v obvestilu z dne 17. junija 2004 („nismo seznanjeni, da so glasbene založbe seznanjene z JPC in popusti konkurentov“), ni naveden v spisu. Namreč, v štirih drugih odgovorih o trgu v Združenem kraljestvu (kot je razvidno iz Odločbe in dokumentov, ki jih je Komisija poslala Sodišču prve stopnje, je odgovorilo pet britanskih trgovcev na drobno) je navedeno „JPC – Da. Popusti – V razponu od 0,5 do 1 %“ (str. 56), „Očitno“ (str. 58), „Da“ (str. 63), „glasbene založbe so seveda seznanjene z JPC konkurentov [...] meni, da so tudi dokaj dobro seznanjene z razponi popustov, ki jih uporabljajo konkurenti“ (str. 65) (ta trgovec na drobno v odgovoru na naslednje vprašanje tudi navaja, da se „pri trgovinskih pogajanjih sklicuje na pogoje in popuste, ki jih uporabljajo druge glavne založbe“, in da „omejeno število dobaviteljev velikim založbam zlahka omogoča, da imajo popolno predstavo o pogojih, ki jih uporabljajo, in se temu ustrezno uskladijo“). Ugotoviti je treba, da vsi odgovori britanskih strank še zdaleč niso izrecno nikalni, ampak nasprotno jasno kažejo, da obstaja dokaj velika preglednost JPC in popustov.

386 Poleg tega je iz preučitve navedenih odgovorov trgovcev na drobno, ki jih je Komisija predložila dan pred obravnavo, razvidno, da ne potrjujejo sklepov, ki jih je izpeljala iz njih. Številni odgovori namreč navajajo preglednost popustov ali da jih glavne založbe poznajo.

387 Iz zgornjega izhaja, da presoja odgovorov trgovcev na drobno, ki jo je opravila Komisija, vsebuje očitno napako pri presoji.

388 Dalje, glede razlikovanja med preglednostjo običajnih popustov in preglednostjo akcijskih popustov v Odločbi iz odgovora na tožbo izhaja, da je Komisija na podlagi analize, ki sta jo članici koncentracije opravili glede odgovorov trgovcev na drobno, izjav nacionalnih vodstvenih delavcev družb Sony in BMG (priloga B.2) in poročil o spremljanju trgovskih potnikov, sklepala, da če se preglednost lahko nanaša na JPC in nekoliko na običajne popuste, verjetno ne velja za akcijske popuste, ki so predmet pogajanj za vsak primer posebej.

389 Vendar noben od teh treh virov ne more podpreti sklepa Komisije. Prvič, kot je navedeno zgoraj, presoja odgovorov trgovcev na drobno, ki jo je opravila Komisija, na podlagi analize članic koncentracije vsebuje očitno napako pri presoji. Poleg tega noben trgovec na drobno v odgovoru, naj bo pritrdilen ali nikalen, ne razlikuje med običajnimi in akcijskimi popusti. Drugič, jasno je, da samo izjave predstavnikov članic koncentracije ne morejo biti veljaven dokaz o nepreglednosti akcijskih popustov. Tretjič, tedenska poročila o spremljanju, ki jih pripravijo trgovinski zastopniki in vsebujejo informacije o konkurentih, so, kot je pojasnjeno v uvodni izjavi 113 Odločbe, dodaten vir preglednosti trga. Zato kljub domnevi, da ne vsebujejo zelo natančnih informacij o popustih, zlasti akcijskih, nikakor ne morejo dokazati nepreglednosti teh popustov. Poleg tega, kot je bilo ugotovljeno zgoraj [zaupno].

390 Iz zgornjega izhaja, da presoja preglednosti trga v Odločbi vsebuje očitno napako pri presoji, ker se opira na elemente, ki ne morejo podpreti sklepov, izpeljanih iz njih.

391 Poleg tega bo Sodišče prve stopnje vseeno preučilo tudi trditve, ki se nanašajo na spremembe in zapletenost akcijskih popustov.

392 Komisija je v uvodnih izjavah 79, 86, 93, 100 in 107 Odločbe ugotovila določeno stopnjo nihanja in tudi razlike med popusti na račun, ki sta jih družbi Sony in BMG uporabljali za večino glavnih strank v petih velikih državah (od 2 do 5 % v Združenem kraljestvu, Nemčiji in Španiji; od 1 do 3 % v Italiji, medtem ko je bil položaj nekoliko drugačen v Franciji, vendar so bile razlike enako velike, če upoštevamo vse popuste). Komisija je navedla naslednje:

„Še več, [članici koncentracije] sta poslali podatke, ki kažejo, da so se popusti na račun za dano stranko spreminjali skozi čas in od enega albuma do drugega in da so popusti, odobreni za dani album, nihali od ene stranke do druge. Preiskava, opravljena na trgu, je pokazala, da so ta nihanja posledica predvsem akcijskih popustov, ki so se uporabljali prožneje kot običajni popusti.“

393 Komisija je v odgovoru na tožbo predstavila številne tabele, da bi dokazala spremembe in zapletenost popustov. Iz teh tabel naj bi bilo razvidno, da so akcijski popusti manj pregledni kot običajni popusti in da bi njihovo spremljanje zahtevalo skrbno opazovanje promocij na maloprodajnem trgu, Komisija pa naj ne bi odkrila zadostnih dokazov, da so velike družbe ravnale tako. Komisija je v odgovoru na tožbo pojasnila, da je preučila elemente neto cene posameznega albuma (JPC, običajni popust, morebitni akcijski popust) in sklepala, da bi bila potrebna zadostna stopnja preglednosti vseh elementov, da bi bila velika glasbena založba lahko razumno prepričana, da pozna resnične prakse določanja neto cen druge glasbene založbe, kot se kažejo na ravni strank in albumov in da „ne more oblikovati takega sklepa na podlagi dokazov o relativni preglednosti JPC, nekaj dokazov o določeni preglednosti običajnih popustov in trdnih dokazov o nepreglednosti in zapletenosti akcijskih popustov“.

394 V zvezi s to utemeljitvijo Komisije je treba navesti naslednje ugotovitve.

395 Prvič, presenetljivo je, da se Komisija opira na spremembe popustov, da bi dokazala neobstoj preglednosti. Komisija je v vlogah, ki jih je vložila na Sodišču prve stopnje, dejansko večkrat poudarila neupoštevnost stabilnosti ali vzporednosti neto cen ali popustov za presojo preglednosti trga. Tako je predvsem trdila, da velika stabilnost (povprečnih) popustov neke glasbene založbe ne more biti zadosten dokaz o potrebnih preglednosti, da cilj zanimanja Komisije za preglednost popustov ni bil preveriti, ali so glavne založbe upoštevale skupno politiko, da so bili dokazi o dejanski praksi akcijskih popustov v danem trenutku upoštevni samo za presojo dejanske stopnje usklajenosti cen, da je treba tesno usklajenost na kateri koli ravni šteti za zadosten dokaz o usklajevanju, da določena stopnja stabilnosti popustov, ki jih je odobrila velika glasbena založba, skozi čas ni dokaz sam po sebi in da visoka stopnja statistične predvidljivosti ne dokazuje obstoja usklajevanja.

396 Prav tako sta članici koncentracije v obvestilu z dne 17. junija 2004 o dokazih v zvezi s preglednostjo, ki sta ga poslali po zaslišanju pred Komisijo, trdili, da vprašanje 28 v vprašalniku Phase II, poslanem strankam („Ali ste opazili usklajenost JPC, popustov ali drugih pogojev med [glavnimi založbami]?“), ni bilo povezano s preglednostjo cen („Jasno, glede na samo besedilo se to vprašanje ne nanaša na preglednost cen“).

397 Drugič, opozoriti je treba, da se ugotovitve o popustih, navedene v oddelku *ad hoc* Odločbe, v katerem se obravnava preglednost trga (uvodne izjave od 111 do 113 Odločbe), glede akcijskih popustov samo sklicujejo na ugotovitve v oddelku o preučitvi skupne politike cen v petih velikih državah (oziroma uvodne izjave od 77 do 80 za Združeno kraljestvo in ustrezne uvodne izjave za druge velike države). Komisija je v uvodni izjavi 70 Odločbe, da bi ugotovila, ali so glavne založbe

dejansko upoštevale politiko usklajevanja cen, navedla, da so „povprečne cene [...] dober instrument za ugotavljanje, ali velike glasbene založbe ravnajo vzporedno pri določanju cen“. Iz tega sledi, da je glede na samo Odločbo Komisija, da bi presodila preglednost, menila, da se lahko opre na povprečne podatke in ne na posebne spremembe, vključno z akcijskimi popusti.

398 Vsaj ne zdi se, da je Komisija resno preučila posebne spremembe akcijskih popustov in njihov učinek na preglednost trga ali cen. Sicer pa iz uvodne izjave 72 Odločbe, v kateri so navedeni različni elementi, ki jih je preučila Komisija, izhaja, da so bili preučeni samo povprečni podatki o popustih na račun (glej opombo 43 v Odločbi). Komisija je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah in tudi v celotnem upravnem postopku menila, da je mogoče na podlagi podatkov o bruto in neto cenah in povprečnih popustih presoditi, ali obstaja kolektivni prevladujoči položaj in torej tudi, ali je trg dovolj pregleden. Komisija je šele po zaslišanju 14. in 15. junija 2004 spremenila presojo in sprejela trditev, ki sta jo zagovarjali članici koncentracije, da zapletenost in spremembe akcijskih popustov odpravljajo potrebno preglednost, ne da bi opravila nove preiskave na trgu, s katerimi bi preverila utemeljenost teh novih sklepov.

399 Tretjič, trditve in dokazi o domnevnih spremembah akcijskih popustov, ki jih je Komisija navedla v Odločbi in vlogah, ki jih je vložila pri Sodišču prve stopnje, poleg tega zahtevajo vrsto ugotovitev, ki se nanašajo na njihovo stopnjo nepreglednosti in njihovo upoštevnost.

– Nepreglednost akcijskih popustov

400 Najprej je treba opozoriti, da Komisija niti v Odločbi niti v nobeni vlogi, ki jo je vložila na Sodišču prve stopnje, ni natančno opredelila akcijskih popustov, pogojev,

pod katerimi se odobrijo in ki veljajo zanje, njihove pogostosti in zneska ali vrste albumov, za katere naj bi se uporabljali. Vendar se zdi, da iz spisa in zlasti iz redkih odlomkov odgovorov konkurentov, ki jih je predložila Komisija, izhaja, da so to posebni popusti s precej visokim odstotkom, ki se odobrijo za določeno količino posameznih albumov in omejeno obdobje v posebnih primerih, običajno zaradi prodaje velike zaloge.

401 V skladu z uvodno izjavo 79 Odločbe (in ustreznimi uvodnimi izjavami za druge velike države) sta „[članici koncentracije] poslali podatke, ki kažejo, da se popusti na račun za dano stranko spreminjajo skozi čas in od enega albuma do drugega in da so popusti, odobreni za dani album, nihali od ene stranke do druge“ Čeprav je v tej točki Odločbe navedena splošnejša kategorija popustov na račun, je treba sklepati, da se ugotovitev v resnici nanaša samo na akcijske popuste. Kot izhaja iz Odločbe in vlog Komisije, se založbe namreč o običajnih popustih pogajajo z vsako stranko za celo leto, ti popusti pa se uporabljajo za vso prodajo zadevne stranke. Komisija nato v uvodni izjavi 79 Odločbe nadaljuje in pojasnjuje, da so ta nihanja predvsem posledica akcijskih popustov. Komisija trdi, da te tri vrste sprememb (po strankah, albumih in skozi čas) povzročajo nepreglednost akcijskih popustov. Komisija je v podporo tej trditvi v prilogi k odgovoru na tožbo predstavila vrsto tabel, ki naj bi kazale te različne spremembe (v nadaljevanju: novi dokazi).

402 V zvezi s tem je treba najprej povedati, da se zdi, da je namen akcijskega popusta (campaign discount), kot je upravičeno trdila tožeča stranka, v bistvu biti javen. Akcijski popust, ki pomeni visok odstotek in se prišteva k običajnemu popustu, bo glasbena založba logično odobrila trgovcu na drobno samo, če ta popust prenese na končnega potrošnika (z jasnim znižanjem cene ali boljšo postavitvijo v izložbi) zaradi povečanja prodaje albuma, na katerega se popust nanaša. To toliko bolj velja, ker se „royalties“ (avtorske pravice), kot izhaja iz točke 115 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, izračunajo na JPC albuma in ne na neto ceno, tako da je v interesu glavnih založb, da čim bolj omejijo odobritev popustov.

403 Nato je treba ugotoviti, da edini trije izvlečki iz odgovorov konkurentov na zahtevo za informacije na podlagi člena 11 Uredbe, ki jih je Komisija predložila pred Sodiščem prve stopnje, ne potrjujejo trditve Komisije, ampak nasprotno bolj kažejo, da so akcijski popusti javni in pregledni.

404 Tako je ena od glavnih založb odgovorila:

„[Akcijski popusti] se lahko uporabljajo za novo izdajo zaradi promocije novega izvajalca, podpore novi trgovini, podpore posebnemu programu ali akciji (to najpogosteje zadeva celo kategorijo plošč) ali promocije posebnega dogodka. Ta vrsta popustov lahko pomeni velik del JPC [*zaupno*] in je pomembna, ker je njen namen razvijati določene prodaje“.

405 Pojasnila o pogojih, pod katerimi se ti popusti odobrijo, ki so navedena v edinem drugem odgovoru glavnih založb, ki ga je predložila Komisija, tudi kažejo, da se popusti nanašajo na posebne dogodke, ki jih konkurenti zlahka odkrijejo. Ta glavna založba je namreč navedla:

[Akcijski popusti] „so popusti, ponujeni v okviru posebnih promocijskih akcij. Povezani so z izdajami ali skupinami posebnih izdaj. Na primer, če je izvajalec na turneji za promocijo novega albuma, se lahko ponudi popust zaradi povečanja obsega prodaje tega albuma med turnejo izvajalca. Prav tako so lahko nekatere sezonske zaloge (božična glasba) povezane s posebno akcijo. Akcijski popusti se včasih nanašajo na starejše posnetke, ki niso več uspešni. Običajno [...] se skuša prodati veliko količino določene plošče (ali vrste plošč), ki so se prodajale s popustom pri nekem trgovcu na drobno, ki jih nato ponovno prodaja v obliki

posebne ponudbe. Popusti za nove izdaje se včasih odobrijo za prednaročila, da se zagotovi določena prisotnost na prodajnem mestu. [...] Ta vrsta popusta se odobri za nove izvajalce ali izvajalce v vzponu, kadar [...] se želi spodbuditi prodaja s ciljno usmerjeno promocijsko akcijo.“

406 Nazadnje, iz odgovora neodvisnega proizvajalca je razvidno, da se akcijski popusti vidno kažejo v nižji ceni za prodajo potrošniku in boljši postavitvi zadevnih albumov v trgovini ter da akcije pogosto začnejo sami trgovci na drobno, ki k sodelovanju povabijo različne proizvajalce (glej v tem smislu tudi izjave predstavnikov družb Sony in BMG, priloga B.2), kar jim torej omogoča, da so seznanjeni z obstojem akcijskih popustov.

407 Iz tega sledi, da nobeno obveščanje tretjih oseb niti v Odločbi niti v novih dokazih, ki jih je predložila Komisija, ne potrjuje nepreglednosti akcijskih popustov.

408 Vendar je iz uvodne izjave 79 Odločbe in vlog, ki jih je Komisija vložila na Sodišču prve stopnje, razvidno, da sta članici koncentracije predložili podatke, ki naj bi kazali, da akcijski popusti niso dovolj usklajeni, ker se spreminjajo skozi čas po posameznih strankah in albumih. Komisija in intervenienti v bistvu trdijo, da zaradi sprememb in zapletenosti navedenih popustov trg ni dovolj pregleden.

409 V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da je Komisija v točkah od 88 do 90 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah na podlagi preučitve podatkov vseh glavnih založb sklepal, da se popusti spreminjajo, vendar so stabilni, da so razen nekaj izjem razlike omejene, da ni nobenega dokaza o njihovi uporabi za bistveno spremembo



cenovnih politik niti posebej za vpliv na povprečne neto cene uspešnih izdaj (new hit releases), ker so razmerja med bruto in neto cenami zelo stabilna skozi čas in po posameznih albumih.

410 Čeprav je Komisija, kot je bilo opozorjeno zgoraj, seveda upravičeno spremenila svojo presojo, opravljeno v upravnem postopku, zlasti zaradi upoštevanja pripomb zadevnih strank, in tega ni dolžna obrazložiti v Odločbi, mora nasprotno biti mogoče utemeljiti ugotovitve v Odločbi, vsaj v postopku pred Sodiščem prve stopnje, na podlagi predhodno opravljenih ugotovitev dejanskega stanja, po potrebi tako, da se dokaže, zakaj so te ugotovitve napačne. Komisija v obravnavanem primeru, kot upravičeno poudarja tožeča stranka, ni ponovno preučila podatkov o popustih vseh glavnih založb, ampak je ugotovitve utemeljila samo na podlagi podatkov, ki sta jih predložili članici koncentracije.

411 Komisija je v odgovoru na tožbo seveda trdila, da je preučila popuste drugih glavnih založb, vendar jih ni bilo mogoče vključiti v Odločbo, ker teh števil ni smela razkriti članicama koncentracije. Vendar te utemeljitve ni mogoče sprejeti.

412 Prvič, iz Odločbe (glej zlasti uvodno izjavi 79 in opombo 43 v Odločbi), drugih točk v vlogah Komisije (glej zlasti odlomek iz odgovora na tožbo, kjer je Komisija izrecno navedla, da so se „upoštevali [...] samo podatki družb Sony in BMG, saj so druge velike glasbene založbe navedle, da zaračunavajo samo neto cene“) in novih dokazov, ki jih je predložila Komisija, je jasno razvidno, da presoja v Odločbi, ki izhaja iz sprememb popustov, temelji samo na podatkih o popustih članic koncentracije. Sicer v nobeni uvodni izjavi Odločbe ni navedeno, da naj bi Komisija preučila

podatke o popustih drugih glavnih založb, niti *a fortiori*, da naj bi ti dokazovali zapletenost in spremembe akcijskih popustov.

413 Drugič, Komisija očitno ne more trditi, da pri preučitvi načrta koncentracije ne more upoštevati podatkov drugih gospodarskih subjektov na trgu in svoje sklepe po potrebi opreti na te podatke. Zaradi te trditve naj bi bilo v večini primerov nemogoče preučiti združljivost načrta koncentracije s skupnim trgom. Poleg tega je treba ugotoviti, da večina dejavnikov poleg popustov (tržni deleži, bruto in neto cene itd.), preučenih v Odločbi, temelji na podatkih različnih gospodarskih subjektov na trgu.

414 Tretjič, Komisija, ki je v končnih stališčih, ki jih je vložila po obravnavi, poudarila omejitve, ki so posledica strogih rokov, ki urejajo postopek preučitve načrtov koncentracije, in nujnost spoštovanja pravic priglasiateljic do obrambe, je trdila, da številne trditve tožeče stranke, da naj Komisija ne bi pravilno preiskala nekaterih bistvenih vprašanj, povezanih z opredeljenimi očitki, in bi morala preiskati tudi druge očitke, temeljijo na napačnem dožemanju postopka nadzora koncentracij, ker se preiskava v zvezi z vprašanji konkurence, ki jih postavlja koncentracija, opravi predvsem pred sprejetjem obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah. Čeprav tožeča stranka dejansko ne more očitati Komisiji, da ni opravila preiskave v zvezi z vprašanji, ki so bila prvič postavljena pred Sodiščem prve stopnje, med katerimi so nekatera sicer očitno nedopustna, ker so bila predstavljena samo v repliki ali stališčih, vloženi po obravnavi, ta ugotovitev Komisije vseeno ne upošteva dveh vidikov. Po eni strani ni sporno, da je Komisija že na začetku postopka opredelila vprašanje preglednosti in popustov in je v zvezi s tem zaslišala tretje stranke in tudi članici koncentracije. Po drugi strani je posledica časovnih omejitev, da članici koncentracije ne moreta čakati do zadnje minute, da bi Komisiji predložili dokaze, s katerimi bi ovrgli očitke, ki jih je Komisija pravočasno navedla, ker ta zato ne bi več mogla opraviti potrebnih preiskav. V tem primeru morajo biti vsaj ti dokazi posebno zanesljivi, objektivni, upoštevni in prepričljivi, da se lahko z njimi ovržejo očitki, ki jih je navedla Komisija.

- 415 Najprej je treba v zvezi s tem ugotoviti, da iz besedila uvodne izjave 79 Odločbe („[članici koncentracije] sta poslali podatke“) in preučitve novih dokazov (priloženih k odgovoru na tožbo) izhaja, da ne samo, da ugotovitve v zvezi z akcijskimi popusti temeljijo samo na podatkih o članicah koncentracije, ampak da sta tabele, ki povzemajo te podatke, pripravili navedeni članici (oziroma njuni ekonomisti) po metodologiji in na podlagi podatkov, ki sta jih sami izbrali, ne da bi bilo videti, da je Komisija preverila njihovo pravilnost, upoštevnost ali objektivnost in reprezentativnost. Čeprav postopek nadzora koncentracije, kot je Komisija trdila na obravnavi, seveda nujno temelji predvsem na zaupanju, ker Komisija ne more biti dolžna na lastno pobudo podrobno preveriti zanesljivosti in resničnosti vseh poslanih informacij, Komisija nasprotno ne more nenadzorovano podeliti odgovornosti za izvedbo nekaterih delov preiskave članicama koncentracije, zlasti kadar so ti deli, kot v obravnavanem primeru, ključni element, na katerem temelji Odločba, podatki in presoje, ki sta jih predložili članici koncentracije, pa so diametralno v nasprotju z informacijami, ki jih je Komisija zbrala med preiskavo, in sklepi, ki jih je izpeljala iz teh informacij.
- 416 Četrtrič, tožeča stranka je poudarila, ne da bi ji Komisija nasprotovala in kot je priznано v točki 146 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, da sta družbi Sony in BMG dosegli zelo različne uspehe v letih, ki so bila predmet preiskave. Ker je moč izdaj lahko vplivala na cene in popuste, so v tabelah, v katerih so bili preučeni samo podatki obeh članic koncentracije, spremembe povečane.
- 417 Petič, preučitev novih dokazov, ki jih je predložila Komisija, ob upoštevanju zgornjih ugotovitev zahteva vrsto premislekov.
- 418 Komisija v odgovoru na tožbo trdi, da se je oprla na podatke, priložene k odgovoru, da bi ugotovila, da so se popusti spreminjali na tri načine (skozi čas, po posameznih albumih in po posameznih strankah).

419 V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da je od vseh teh domnevnih dokazov samo eno od prilog (B.4) pripravila sama Komisija, čeprav se je oprla samo na podatke o popustih, ki sta jih odobrili družbi Sony in BMG. Zadevna priloga vsebuje diagrame, v katerih so povzeti povprečni popusti na račun, ki sta jih članici koncentracije v letih od 2000 do 2003 odobrili vsaki od svojih desetih najboljših skupnih strank v velikih državah, razen v Franciji, saj je Komisija ugotovila, da so predloženi podatki glede Francije neskladni. Komisija se je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah (točka 88) oprla na te diagrame, da bi dokazala splošno stabilnost popustov. Komisija ni izpodbijala točnosti te presoje pred Sodiščem prve stopnje, ampak je samo navedla, da sta članici koncentracije trdili, da se njuni obravnavi nekaterih strank zelo razlikujeta, in k prilogi B.5 priložila izvleček iz njunih pripomb. Vendar je treba ugotoviti, da te pripombe ne morejo ovreči splošnega vtisa, ki izhaja iz navedenih diagramov. Tako je na italijanskem trgu, za katerega sta značilna stabilnost in dokazana vzporednost, če sta dve stranki, kot opozarjata članici koncentracije, seveda bili upravičeni do precej nižjih popustov kot druge stranke, toliko pomembneje, da sta družbi Sony in BMG te nižje popuste odobrili istima strankama, da sta obe glavni založbi odobrili popuste na skoraj isti ravni in da so se popusti spreminjali vzporedno.

420 Glede tabel v prilogah B.8 in B.9 k odgovoru na tožbo, ki naj bi po mnenju Komisije kazali, da je bila razdelitev popustov na račun, ki sta jih družbi Sony in BMG odobrili za 20 najbolj prodajanih albumov v vsaki od petih velikih držav članic, zelo različna, je treba najprej ugotoviti, da se nanašajo na najsplošnejšo kategorijo popustov na račun in ne samo na akcijske popuste ter da bi bile razlike v razponu popustov skozi čas, kot je opozorila tožeča stranka, lahko posledica različnega uspeha, in ne izključujejo, da popusti temeljijo na znani zbirki pravil.

421 Nato je treba ugotoviti, da če se razčlenitev med razponi popustov med letoma 1998 in 2003 dejansko spreminja skozi čas po posameznih državah, se vseeno spreminja podobno za obe članici koncentracije, in sicer skozi čas in tudi po posameznih

državah. To je še bolj razvidno iz tabele (priloga B.9), ki vsebuje primerjavo razčlenitve popustov, odobrenih za leto 2003 v vsaki od petih velikih držav, ker se popusti obeh članic koncentracije, čeprav se razčlenitev spreminja od ene države do druge, razvijajo vzporedno (glej zlasti podatke o državah A in C). Medtem ko so popusti družb Sony in BMG v državi A predvsem v razponu [zaupno], so v državi B predvsem v razponih [zaupno] in [zaupno], v državi C v razponu [zaupno] in v državah D in E v višjih razponih. Tako je iz teh tabel v prilogah razvidno ne samo to, da je razčlenitev popustov med različne razpone v vsaki državi precej podobna, ampak da so poleg tega spremembe po posameznih državah zelo podobne.

422 Glede zlasti akcijskih popustov se Komisija sklicuje predvsem na dve svoji prilogi (B.13 in E.4.2) v podporo trditvi, da so akcijski popusti nepregledni zaradi izjemne zapletenosti in pomena. Vendar se zdi, da tabel, navedenih v teh prilogah, ki zadevajo samo popuste družb Sony in BMG za eno leto in sta jih ti družbi v celoti sami pripravili, ni mogoče šteti za dovolj upoštevne in zanesljive.

423 Glede tabel v prilogi B.13, ki vsebujejo primerjavo popustov na račun, ki sta jih članici koncentracije odobrili šestim najboljšim strankam za najbolj prodajane albume v letu 2002, „navedene na seznamih JPC po podobnih cenah“ (listed at similar prices), je tako treba predvsem ugotoviti, da je Komisija v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje navedla, da je izbrana JPC za vsako državo ena od najpomembnejših JPC teh članic glede ustvarjene prodaje, in hkrati pojasnila, da sta na primer za Nemčijo za družbo BMG to tretja in četrta najpomembnejša JPC, za družbo Sony pa najpomembnejša in šesta JPC. Ker je v Odločbi pojasnjeno, da sta članici koncentracije ustvarili glavni del prodaje z uporabo ene, dveh ali največ treh JPC, se postavlja vprašanje, koliko upoštevani albumi dejansko pomenijo njune

najbolje prodajane albume. Poleg tega je iz opombe, ki se nanaša na tabele, razvidno, da se je JPC številnih albumov spremenila med letom, kar je lahko vplivalo na odobrene popuste in torej povečalo primerjalne spremembe. Prav tako je iz navedenih tabel razvidno, da se podatki družbe BMG nanašajo na leto 2002, medtem ko se podatki družbe Sony nanašajo na poslovno leto 2002/2003.

424 Nazadnje, čeprav je branje teh tabel vsekakor zapleteno, ker so v njih izmenoma sopostavljeni podatki družb Sony in BMG, medtem ko je treba primerjati popuste, ki jih je vsaka od članic koncentracije odobrila svojim različnim strankam, in ne popustov, odobrenih za albume ene od navedenih članic, s popusti, odobrenimi za albume druge članice, pozorna preučitev tabel pokaže, da se zdijo spremembe nazadnje precej omejene. Poleg tega je treba v zvezi s tem opozoriti, da iz točke 75 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah in opombe 47 v tem obvestilu izhaja, da je Komisija posamično analizirala bruto in neto cene družb Sony in BMG za njihovih deset najbolje prodajanih albumov in v točki 90 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah sklepala, da so bila „razmerja med bruto in neto cenami [...] zelo stabilna po posameznih albumih in skozi čas za preučene posamezne izdaje“. Vendar niti Komisija niti intervenienti niso trdili niti *a fortiori* dokazali, da naj bi bila ta ugotovitev netočna.

425 Glede tabel v prilogi E.4.2, ki prikazujejo najvišje akcijske popuste, ki sta jih družbi Sony in BMG odobrili za najbolje prodajane albume, je treba ugotoviti, da vsebujejo zelo številne napake, ki povečujejo popuste. Opozoriti je namreč treba, da je bila razlika med najnižjimi in najvišjimi popusti po posameznih strankah (ki je po mnenju Komisije enaka akcijskemu popustu) za vsako članico koncentracije v večini primerov napačno izračunana ob upoštevanju popustov, ki jih je odobrila druga članica, medtem ko je treba ta izračun, kot pojasnjuje sama Komisija, izvesti na podlagi razlike med najnižjimi in najvišjimi popusti, ki jih je ena sama članica odobrila različnim strankam.

426 Iz teh dveh primerov je razvidno, da poleg potrebne previdnosti, s katero je treba upoštevati različne tabele, ki sta jih predložili članici koncentracije, ker so bile pripravljene po parametrih, ki sta jih izbrali sami in ki v preostalem še vedno niso jasno razvidni, obstaja možnost, da te vsebujejo vsebinske napake, ki jih je v tem primeru mogoče odkriti že z bežno preučitvijo.

427 Vsekakor ob domnevi, da različne tabele, ki sta jih pripravili članici koncentracije in jih je predložila Komisija, dejansko lahko pokažejo bolj ali manj velike zatrjevane spremembe, ostaja dejstvo, da je upoštevnost teh sprememb, kot je upravičeno ugotovila tožeča stranka, dvomljiva, ker po eni strani prikazuje samo razpone in ne analizirajo tehtanih povprečij in sprememb glede na povprečja ter po drugi strani ne izključujejo, da lahko te spremembe, vsaj strokovnjak iz sektorja, brez težav pojasni z določenimi splošnimi ali posebnimi pravili, ki urejajo odobritev popustov, v zvezi s katerimi Komisija ni opravila potrebnih preiskav.

428 Čeprav tožeča stranka, kot je poudarila Komisija, res ni natančno pojasnila, katera naj bi bila ta različna pravila, ki urejajo odobritev akcijskih popustov, ali je po mnenju Komisije navedla preveč takih pravil, zaradi česar naj bi bila njihova uporaba zapletena in torej nepregledna, ostaja dejstvo, da Komisija, kot je bilo že ugotovljeno, v zvezi s tem ni opravila preiskave na trgu ali vsaj ni predložila nobenega dokaza o nepreglednosti akcijskih popustov, razen tabel članic koncentracije, katerih edini namen je, poleg njihovih nepopolnosti, dokazati obstoj določenih sprememb navedenih popustov, vendar ne dokazujejo, da teh sprememb strokovnjak v sektorju ne bi mogel bolj ali manj zlahka pojasniti. Tožeči stranki sicer ni mogoče očitati, da ni tega sama pokazala, ker v tabelah niso navedeni albumi, stranke, zneski in čas, kdaj so bili ti popusti odobreni, in ker niti tožeča stranka niti Sodišče prve stopnje zato ne moreta preveriti, ali so bili navedeni popusti odobreni v skladu s splošnimi pravili sektorja, ki jih opredeljuje tožeča stranka.

429 Glede trditve Komisije, da naj bi bila merila, na podlagi katerih se običajno odobrijo akcijski popusti, tako številna, da bi bila zaradi njih uporaba teh popustov nepregledna, je treba najprej ugotoviti, da je tožeča stranka pojasnila, da za različne kategorije plošč (nove izdaje, nov izvajalec, katalog „full price“, katalog „mid price“, katalog „budget“) obstaja omejeno število splošnih prodajnih strategij (zamenjava plošče na lestvici uspešnic, sodelovanje v promocijskih akcijah, zakup prostora v trgovini), ki se lahko razlikujejo glede na vrste strank (supermarketi, specializirane verige, neodvisne trgovine). Čeprav je posledica kombinacije spremenljivk nujno povečanje števila predpostavk, Komisija vseeno ni dokazala, da bi zato bila naloga pretirano težka za poznavalca trga. Nato je treba opozoriti, da obrazložitev nekaterih načel, ki urejajo odobritev akcijskih popustov, ki sta jo članici koncentracije navedli v prilogi B.14, prav tako potrjuje obstoj splošnih pravil, ki jih zatrjuje tožeča stranka, in tudi neobstoj čezmerne zapletenosti. Nazadnje je treba ugotoviti, da celo precej številna pravila, ki so na videz zapletena in jih je po potrebi celo težko izčrпно naštet, strokovnjaku ne preprečujejo nujno, da brez težav ugotovi, ali se *a priori* ali v celoti upoštevajo. Tako naj bi pravila o pravilnem vedenju ali bontonu zahtevala veliko dela, da bi bila podrobno predstavljena, vendar lahko oseba, ki je vsaj nekoliko seznanjena s temi pravili, brez težav ugotovi, ali je ravnanje druge osebe v bistvenem delu skladno z njimi.

430 Vsekakor, kot je poudarila tožeča stranka, niti iz Odločbe niti iz dokazov, ki jih je predložila Komisija, ne izhaja, da je preiskala obstoj splošno znanih pravil, ki urejajo odobritev akcijskih popustov, ali možnost, da glavne založbe ugotovijo, ali so popusti, ki so jih odobrile druge glavne založbe, v skladu s temi pravili ali pa ne upoštevajo skupnih načel.

431 Poleg tega je tožeča stranka še trdila, da so bile neto cene za trgovce na drobno pregledne, ker so marže trgovcev na drobno običajno pregledne in zelo natančno znane.



432 Komisija je v odgovoru na tožbo v zvezi s tem trdila, da njen sklep o neučinkovitosti spremljanja prodaje na drobno temelji tudi na zapletenosti in nepreglednosti maloprodajnih cen. Trdi, da iz študije, priložene k navedenemu odgovoru, izhaja, da naj glavna založba na podlagi intenzivnega spremljanja prodaje na drobno ne bi mogla sklepati o praksah določanja neto cen (JPC, zmanjšana za popuste na račun) konkurentov za dani album, ker vsi trgovci na drobno ne uporabljajo sistematično istega zvišanja veleprodajne cene v danem trenutku za vse kategorije albumov ali celo za vse albume iz bolj omejene kategorije visokih cen. Komisija naj ne bi ugotovila nobene dokazljive povezave med maloprodajnimi cenami in popusti na račun, odobrenimi za albume z isto JPC.

433 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da v nobeni uvodni izjavi Odločbe ni navedena ta domnevna nezmožnost, da se neto prodajne cene za trgovce na drobno določijo na podlagi maloprodajnih cen z obratnim sklepanjem (reverse engineering). Poleg tega noben element v spisu ne kaže, da je Komisija v upravnem postopku kakor koli preučila povezavo med maloprodajnimi in veleprodajnimi cenami niti da je zbrala informacije o maloprodajnih cenah. Zato ni mogoče upoštevati niti utemeljitve Komisije niti študije, priložene k odgovoru na tožbo.

434 Poleg tega je treba ugotoviti, kot je trdila tožeča stranka, da v študiji, ki so jo pripravili ekonomisti članic koncentracije, niso navedeni dovolj zanesljivi, upoštevni in primerljivi podatki in da ta študija ne more podpreti sklepov, ki jih iz nje izvaja Komisija. Dejstvo, da vsi trgovci na drobno vedno sistematično ne uporabljajo istega zvišanja veleprodajnih cen, če je dokazano, je vsekakor neupoštevno. Čeprav je seveda verjetno, da različne vrste trgovcev na drobno (supermarketi, neodvisne trgovine, specializirane trgovske verige itd.) uporabljajo različno politiko marž in da obstajajo razlike znotraj vsake kategorije gospodarskih subjektov in celo za vsak posamičen gospodarski subjekt razlike glede na vrste albumov ali njihov uspeh, je nasprotno zelo malo verjetno, da trgovec na drobno uporablja drugačno prodajno politiko za isto vrsto albuma, o čemer ni v študiji nobenega podatka. Ker so vsi

trgovci na drobno stranke glavnih založb, lahko vsaka glavna založba ugotovi maržo, ki jo določeni trgovec na drobno uporablja za njene albume, in tako iz nje sklepa o marži, ki jo ta običajno uporablja za albume njenih konkurentov, ki imajo podobne značilnosti. Nazadnje je treba opozoriti, da se v skladu z izjavo direktorjev prodaje družb Sony in BMG za Francijo (v prilogi B.2) maloprodajna cena na splošno določi tako, da se veleprodajni ceni prišteje DDV.

435 Iz zgornjih ugotovitev sledi, da se novi dokazi, ki jih je predložila Komisija, ne zdijo dovolj zanesljivi, upoštevni in prepričljivi, da bi dokazali nepreglednost akcijskih popustov.

436 Nazadnje je treba poleg tega ugotoviti, da kadar akcijski popust ne bi bil pregleden, ker ga trgovec na drobno, če mu je to dovoljeno, ne bi prenesel na končnega potrošnika, ampak bi ga ohranil za povečanje svojega dobička, Komisija ni pojasnila, zakaj bi bil tak primer upošteven v obravnavanem primeru. Če je pri popolnoma homogenih proizvodih tajen in nepregleden popust, ki ga proizvajalec odobri trgovcu na drobno, lahko upošteven za presojo preglednosti, potrebne za tiho usklajevanje, ker navedeni popust proizvajalcu omogoča povečati prodajo v škodo drugih članov oligopola, to ne velja nujno za prodajo drugačnih proizvodov posrednikom. Tako bo v obravnavanem primeru, ker je vsaka plošča drugačna, trgovec na drobno, ki kupuje od glavnih založb samo za nadaljnjo prodajo končnemu potrošniku, praviloma od dane glavne založbe kupil manj plošč samo, če je končni potrošnik zaradi akcijskega popusta spodbujen, da raje kupi ploščo konkurenčne glavne založbe, ki je trgovcu na drobno odobrila navedeni akcijski popust. Poleg tega, čeprav bi bilo to mogoče in celo verjetno, niti Komisija niti intervenienti niso trdili niti *a fortiori* dokazali, da naj bi bila odobritev akcijskega popusta povezana z nevračanjem neprodanih proizvodov. V teh okoliščinah se zdi, da akcijski popust, ki ga glavna založba odobri trgovcu na drobno in ni pregleden, ker ni prenesen na končnega potrošnika, ne more vplivati na obseg prodaje zadevnega albuma ali škoditi skupni politiki cen, ki izhaja iz tihega usklajevanja.

Komisija bi morala vsaj preučiti in pojasniti, zakaj bi akcijski popust, ki je nepregleden, ker ga trgovec na drobno ne prenese, lahko bil ovira za potrebno preglednost trga, ker ne prikriva ravnanja, ki lahko škodi tihemu usklajevanju.

– Upoštevnost akcijskih popustov

<sup>437</sup> Tožeča stranka navaja vrsto očitkov, s katerimi v bistvu trdi, da se je Komisija nepravilno oprla na nujnost popolne preglednosti trga, da ni preučila upoštevnosti akcijskih popustov za presojo preglednosti trga in ni dokazala, da akcijski popusti odpravljajo ali zmanjšujejo potrebno preglednost, ker samo obrobno zadevajo albume na lestvicah uspešnic ali najboljše prodajane albume in ne vplivajo v resnici na neto cene, zlasti ker pomenijo samo od ene četrtnine do ene tretjine vseh popustov.

<sup>438</sup> Prvič, glede očitka, da naj bi Komisija zamenjala zahtevo po zadostni preglednosti trga, kot je bila opredeljena v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, z zahtevo po popolni preglednosti, uporabljeno v Odločbi, je treba ugotoviti, da ni v nobeni uvodni izjavi Odločbe navedena potreba po popolni preglednosti, kot Komisija pravilno poudarja.

<sup>439</sup> Vendar je treba preveriti, ali ni Komisija v praksi zahtevala popolne preglednosti ali vsaj preglednosti, ki bi bila večja od preglednosti, potrebne za nastanek kolektivnega prevladujočega položaja.

440 Kot izhaja iz točke 62 zgoraj v točki 45 navedene sodbe Airtours proti Komisiji, je potrebna preglednost ta, ki vsakemu članu prevladujočega oligopola omogoča poznavanje ravnanja drugih članov, da lahko tako preveri, ali ravnajo enako ali ne, torej mora imeti na voljo način, kako izvedeti, ali drugi gospodarski subjekti sprejemajo enako strategijo in ali jo ohranjajo. Preglednost na trgu bi zato morala zadostovati, da je vsakemu članu prevladujočega oligopola omogočeno, da se dovolj natančno in hitro seznanijo z razvojem ravnanja vseh drugih članov na trgu. Zahtevana preglednost ne pomeni, da lahko vsak član kadar koli do podrobnosti pozna natančne pogoje vsake prodaje, ki jo opravijo drugi člani oligopola, ampak mora omogočati opredelitev pogojev tihega usklajevanja in ustvariti veliko tveganje, da bodo drugi člani oligopola odkrili odstopanje, ki lahko ogrozi tiho usklajevanje.

441 Komisija pojasnjuje, da je „preučila elemente neto cene posameznega albuma, prodanega posamezni stranki (JPC, običajni popust, morebitni akcijski popust) in je v bistvu ugotovila, da bi bila potrebna zadostna stopnja preglednosti vseh elementov, da bi velika glasbena založba lahko razumno vedela, da pozna dejansko prakso določanja neto cen druge glasbene založbe, kot se kaže na ravni strank in albumov“. Iz tega pojasnila izhaja, da se zdi, da je Komisija zahtevala posebno visoko raven preglednosti, čeprav je v Odločbi omenjena samo zadostna preglednost brez drugih pojasnil.

442 Komisija prav tako predvsem trdi, da pomen akcijskih popustov izhaja iz tega, da morajo „velike glasbene založbe [...], da lahko usklajujejo neto cene, imeti možnost nadzirati vse njihove sestavne dele, razmeroma pregledne JPC in različne popuste na račun“. Komisija v zvezi s tem pojasnjuje, da „določeno poznavanje običajnih popustov nikakor ni dovolj, če so akcijski popusti razlog za nihanje popustov (to je za nestabilnost neto cen) za nekatere stranke skozi čas in od enega albuma do drugega, ki je tako veliko kot nihanja, omenjena v uvodnih izjavah 79, 86, 93, 100 in 107 [Odločbe], in če se izkaže, da so ti popusti manj pregledni“.

443 Po eni strani je treba v zvezi s tem ugotoviti, da je Komisija poleg številnih drugih dejavnikov preglednosti, navedenih v uvodnih izjavah od 111 do 113 Odločbe (zlasti stalni stiki s stabilnim in omejenim številom strank, skupnih vsem glavnim založbam, in tudi tedensko objavljane lestvic uspešnic), v Odločbi menila, da obstaja preglednost bruto cen in tudi običajnih popustov. Čeprav je Komisija v vlogah, ki jih je vložila na Sodišču prve stopnje, sicer v precej spremenljivih deležih glede na trditve, na katere je odgovarjala, relativizirala stopnjo preglednosti teh dveh glavnih sestavnih delov neto cen, je v končnih ugotovitvah celo izrecno navedla sklep, da obstaja „visoka stopnja preglednosti JPC in tudi običajnih popustov“.

444 Po drugi strani naj bi bilo nihanja popustov, ki naj bi bila posledica akcijskih popustov, težko opredeliti kot „tako velika“, saj so v Odločbi navedene razlike za od 2 do 5 odstotnih točk za Združeno kraljestvo, Nemčijo in Španijo, za od 1 do 3 odstotnih točk za Italijo in do 3 odstotne točke za Francijo za večino glavnih strank (ali glavnih skupnih strank). Poleg tega, kot je trdila tožeča stranka in je Komisija priznala (predvsem v točki 13 dodatnih stališč), ponudbe različnih proizvodov in spremenljiv uspeh ter vrsta strank lahko pojasnijo spremembe popustov, tako da ni mogoče sklepati, da je ugotovljene precej majhne spremembe mogoče dejansko pripisati akcijskim popustom.

445 Drugič, glede očitkov tožeče stranke, s katerimi izpodbija upoštevnost popustov, je treba najprej opozoriti, kot poudarja tožeča stranka, da je Komisija v uvodnih izjavah Odločbe 77, 84, 91, 98 in 105 ugotovila, da so neto prodajne cene tesno povezane z bruto cenami zaradi vzporednega gibanja povprečnih bruto cen in dejanskih povprečnih neto cen družb Sony in BMG v teh zadnjih šestih letih. Čeprav je Komisija v vlogah, ki jih je vložila na Sodišču prve stopnje, trdila, da podatki o povprečnih cenah lahko izravnajo posamične spremembe, je treba ugotoviti, da je v uvodni izjavi 70 Odločbe navedla, da so povprečne cene dober instrument, da se

ugotovi, ali glavne založbe ravnajo vzporedno pri določanju cen, in da je v uvodni izjavi 77 Odločbe vsekakor tudi ugotovila zelo veliko stabilnost razmerij med neto in bruto cenami po posameznih albumih in skozi čas. Ker se običajni popusti določijo za dano stranko in dano leto, ni mogoče vedeti, kako lahko spremenljivi akcijski popusti vplivajo na neto cene zadevnih albumov.

446 Zdi se, da upoštevnost popustov na splošno sicer resno izpodbijajo presoje same Komisije. Komisija je tako v uvodnih izjavah 88 in 89 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah navedla, da je „po preučitvi podatkov ugotovila, da popusti ne spreminjajo relativnih cen glavnih založb“, in da „ni absolutno nobenega dokaza, da so se popusti uporabljali za temeljno spremembo cen“. Čeprav ima Komisija, kot je bilo opozorjeno zgoraj, seveda pravico spremeniti svojo po definiciji začasno presojo, opravljeno v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, morajo biti presoje in sklepi v Odločbi vseeno združljivi z ugotovitvami dejanskega stanja, opravljenimi v upravnem postopku, razen če se vsaj v postopku pred sodiščem Skupnosti dokaže, da so napačni. Ugotovitev, da ni nobenega dokaza, da so popusti znatno vplivali na cene, je bolj ugotovitev dejanskega stanja kot presoja. Vsekakor se zdi, da Komisija ni spremenila mnenja o tej točki, ker je v uvodni izjavi 77 Odločbe navedla, da „[č]e bi se velike glasbene založbe znatno oddaljile od dogovorjenih politik določanja cen, s tem ko bi odobrile popuste, bi se to odstopanje kazalo v njihovih povprečnih neto cenah“.

447 Tretjič, ugotoviti je treba, da Odločba ne vsebuje nikakršne informacije, s katero bi bilo mogoče dokazati dejanski vpliv, ki naj bi ga akcijski popusti imeli na neto cene zadevnih albumov. Edina navedba v zvezi s tem je v uvodni izjavi 150 Odločbe, vendar nasprotno bolj zanika ta vpliv, ker je Komisija navedla, da so „[e]nako kot na večjih ozemljih glavni popusti, ki se uporabljajo v vseh majhnih državah, običajni popusti“. Komisija je sicer na obravnavi navedla predpostavko, da je to tipkarska napaka, vendar je sama povzela to ugotovitev v odgovoru na tožbo. Opozoriti je sicer treba, da se Komisiji v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah, pripravljenem pet

mesecev po preiskavi, med katero je zaslišala glavne založbe in neodvisne proizvajalce ter trgovce na drobno predvsem o pomenu različnih vrst popustov, vključno z akcijskimi popusti (glej zlasti vprašanji 19 in 24 vprašalnikov, ki jih je 20. januarja 2004 poslala trgovcem na drobno in konkurentom, navedenih v prilogi E.4.1), sploh ni zdelo potrebno navesti akcijskih popustov.

448 Komisija, ki jo je Sodišče prve stopnje pozvalo, naj navede skupno vrednost akcijskih popustov v odstotkih skupne prodaje 100 in 20 najbolj prodajanih albumov vsake od petih glavnih založb (oziroma povprečni akcijski popust, odobren za te albume) in tudi relativno vrednost akcijskih popustov glede na običajne popuste za navedene albume, je odgovorila, da jih ni bilo mogoče izračunati na podlagi informacij v spisu.

449 Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da je Komisija ugotovila nezadostnost preglednosti trga kljub preglednosti bruto cen in običajnih popustov in številnih drugih dejavnikov preglednosti, ugotovljenih v Odločbi, samo zato, ker naj bi bili akcijski popusti manj pregledni, vendar vseeno ni preučila, ali so navedeni akcijski popusti dovolj pomemben element cene zadevnih albumov, da bi imeli dejanski učinek na preglednost cen navedenih albumov. Iz tega sledi, da je očitok tožeče stranke, da Odločba vsebuje očitno napako pri presoji, ker Komisija ni preučila ali vsaj pravno zadostno dokazala upoštevnosti akcijskih popustov, utemeljen.

450 Te ugotovitve ni mogoče ovreči s trditvijo Komisije, da je lahko na podlagi drugih informacij, ki jih je prejela v upravnem postopku, sklepala, da so akcijski popusti bistveni element določanja cen, in izračunala povprečne akcijske popuste za leto 2002, ki so se uporabljali za vse albume. Predvsem elementov, na katerih temelji ta utemeljitev, ni mogoče šteti za dovolj skladne, zanesljive in upoštevne, niti take, da bi lahko upravičili sklepe, izpeljane iz njih.

451 Prvič, iz kronologije poteka preiskave ni razvidno, da je Komisija preučila upoštevnost akcijskih popustov za presojo stopnje preglednosti trga, niti *a fortiori* da je to lahko storila na podlagi vseh upoštevni in zanesljivih podatkov. V zvezi s tem je treba opozoriti, da je Komisija do zaslišanja 14. in 15. junija 2004, sicer začasno, na podlagi preučitve vseh elementov, zbranih med preiskavo, sklepal, da je kolektivni prevladujoči položaj obstajal pred koncentracijo, da je zlasti obstajala preglednost trga in popustov in da ti niso mogli vplivati na usklajevanje cen. Komisiji se glede na odgovore glavnih založb in konkurentov ter trgovcev na drobno na njene vprašalnike o pomenu različnih popustov, zlasti običajnih in akcijskih, ni zdelo potrebno omeniti akcijskih popustov v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah (vsaj kot je razvidno iz zaupne različice, predložene Sodišču prve stopnje). Iz spisa ni razvidno in tudi Komisija tega ni trdila, da je v tej fazi opravila kakršno koli preučitev akcijskih cen. Vendar tudi ni očitno, da je Komisija v kratkem času med zaslišanjem 14. in 15. junija 2004, po katerem je spremenila presojo, in 1. julijem 2004, ko je osnutek Odločbe poslala posvetovalnemu odboru, opravila preiskavo, da bi preverila upoštevnost akcijskih popustov in tudi stopnjo njihove preglednosti. Edini preiskovalni ukrep po zaslišanju, ki ga je omenila Komisija, je bila zahteva za informacije z dne 21. junija 2004, ki jo je poslala priglasiateljicama in se ni nanašala na upoštevnost akcijskih popustov, ampak na dejavnosti spremljanja trga glavnih založb. Reprezentativnost poročil o spremljanju, ki so jih pripravili trgovski zastopniki družb Sony in BMG in so bila predložena (priloga B.15) v odgovor na to zahtevo, v preostalem, kot je bilo ugotovljeno zgoraj, resno postavljajo pod vprašaj zaupni dokumenti, ki jih je predložila tožeča stranka (priloga B.16). Nazadnje, Komisija v končnih stališčih sama poudarja, da pravica priglasiateljic do zaslišanja omejuje možnosti dodatne preiskave po zaslišanju in izključuje množično posvetovanje glede očitkov z gospodarskimi subjekti na trgu. Komisija meni, da preiskovalni ukrepi po zaslišanju zajemajo predvsem posvetovanje z gospodarskimi subjekti na trgu glede predlaganih zavez in se ne nanašajo na očitke proti priglasiateljicam koncentraciji.

452 Drugič, čeprav je Komisija v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje navedla, da je na podlagi informacij, ki sta jih priglasiateljici predložili v upravnem



postopku, lahko izračunala povprečne akcijske popuste, je na obravnavi vseeno priznala, da ni sama opravila izračunov, in morala ekonomistom članic koncentracije prepustiti, da pojasnijo, zakaj so se popusti lahko izračunali za vse albume, ne pa za 20 ali 100 najboljše prodajanih, čeprav so se preiskava in podatki, ki jih je zbrala Komisija, nanašali samo na te albume.

453 Tretjič, čeprav je Komisija navedla, da so se izračuni izvedli na podlagi podatkov, ki so se uporabili kot podlaga za eno od prilog k odgovoru na tožbo (B.12), so v tej prilogi vseeno navedeni samo podatki o družbi BMG in ne o družbi Sony.

454 Četrto, podatki se ne zdijo dovolj skladni, zanesljivi in upoštevni.

455 Najprej je treba opozoriti, da se tabele, ki jih je Komisija navedla v odgovoru na vprašanja Sodišča prve stopnje, nanašajo samo na leto 2002, ne da bi bili navedeni razlogi, zakaj sta prigrasiteljici izbrali to leto, čeprav se Odločba nanaša na cene in popuste v obdobju od 1998 do 2003. Prav tako, čeprav se je za družbo BMG delež bruto prodaje izračunal samo za deset največjih strank, ta delež zadeva samo od pet do deset največjih strank (po posameznih državah), ne da bi bilo navedeno kakršno koli pojasnilo v zvezi s tem. Opozoriti je tudi treba, da se razponi akcijskih popustov, navedeni v tabelah (ki zadevajo vse albume in vse stranke), ne ujemajo z razponi, navedenimi v tabelah v drugih prilogah (B.6/E.2) (ki zadevajo samo 20 najboljše prodajanih albumov desetim najboljšim strankam). Ker je število albumov in strank, upoštevano v tabelah, večje od števila v navedenih prilogah, bi moral biti največji akcijski popust v tabelah [zaupno] enak ali večji od popusta, navedenega v zadevnih prilogah za isto leto [zaupno]. Vsota popustov na račun vsake od prigrasiteljic in razlika med popusti, ki jih je vsaka odobrila, se tudi razlikujeta od vsote in razlike, navedene v Odločbi. Seveda se Odločba nanaša na najboljše prodajane albume v letu

2003 in ne kot tabele na vse albume, prodane v letu 2002, vendar to samo potrjuje, da se rezultat lahko razlikuje glede na izbrane parametre in torej potrebo, da Komisija ohrani nadzor nad koncentracijami ali vsaj preveri upoštevnost podatkov, ki sta jih predložili članici koncentracije.

456 Nato je treba ugotoviti, da čeprav se tabele nanašajo na povprečen akcijski popust za vse prodane albume in ne 100 ali 20 najbolje prodajanih albumov, niso upoštevne, saj predpostavljajo prav to, kar morajo pravzaprav dokazati, in sicer da imajo akcijski popusti pomembno vlogo tudi za najbolje prodajane albume ali nove izdaje, uvrščene na lestvice uspešnic (new hit releases), in da ne zadevajo primarno samo albumov z dna seznama, kot trdi tožeča stranka. Trditve Komisije, da bi bilo zaradi pomena 100 najbolje prodajanih albumov v skupnih prihodkih od prodaje glasbe presenetljivo, če se povprečne ravni akcijskih popustov, izračunanih za vse prodane albume, ne bi znatno prenesle na cene 100 najbolje prodajanih albumov, saj bi to pomenilo, da se povprečni akcijski popusti, ki bi bili mnogokratnik splošnega povprečja, uporabljajo za vse albume, ni mogoče sprejeti. Čeprav v Odločbi ni navedena nobena informacija o tem in Komisija v vlogah ni navedla nobenih pojasnil, samo elementi v spisu kažejo, da so akcijski popusti dejansko visoki, celo zelo visoki. Tako je glavna založba v odgovoru na vprašalnik Komisije navedla, da „ta vrsta popusta lahko pomeni velik delež JPC (na primer do [zaupno])“. Prav tako so v tabelah v prilogi E.2, ki jih je predložila Komisija in vsebujejo presoje najvišjih akcijskih popustov, navedene stopnje popustov, ki sta jih članici koncentracije odobrili desetim najboljšim strankam in so pogosto zelo visoke in segajo do [zaupno]. Komisija je poleg tega te presoje opredelila kot previdne, saj so številke podane na letni podlagi, medtem ko je akcijski popust običajno časovno omejen. Ker akcijski popusti celo na podlagi tabele, ki jo je predložila Komisija, pomenijo samo nizek povprečni odstotek prodajne cene [zaupno] vseh prodanih albumov, se zato smejo uporabljati samo za zelo omejeno število albumov. Nazadnje, kot je bilo ugotovljeno zgoraj, je samo v izjavah glavnih založb, ki jih je predložila Komisija, navedeno, da se akcijski popusti uporabljajo za posebne primere (izvajalec na turneji, nekatere sezonske zaloge, stari albumi, ki se ne prodajajo več zelo dobro). V teh okoliščinah ni mogoče predvidevati, da povprečne stopnje akcijskih popustov,

odobrenih za vse albume, pomenijo akcijske popuste, odobrene za 100 najbolj prodajanih albumov, niti *a fortiori* za nove „hit releases“. Poleg tega je treba v zvezi s tem opozoriti, da je Komisija v točkah 87 in 90 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah navedla mnenje, da se sezname cen novih izdaj uporabljajo za usklajevanje in spremljanje politik cen, in da ni odkrila nobenega dokaza, da se popusti uporabljajo za znatno spremembo povprečnih neto cen novih „hit releases“.

457 Petič, kljub domnevi, da so tabele točne in reprezentativne, je treba ugotoviti, da akcijski popusti pomenijo samo zelo majhen del bruto prodajne cene albumov v treh od petih velikih držav za družbo BMG, in sicer [zaupno] % v državi B, [zaupno] % v državi C in [zaupno] % v državi D, ter v dveh od petih velikih držav za družbo Sony, in sicer [zaupno] % v državi C in [zaupno] % v državi D. Poleg tega v nasprotju s trditvijo Komisije ni mogoče sklepati, da tabele kažejo, da se povprečni akcijski popusti obeh priglasiateljic zelo razlikujejo v večini držav, ker je v treh od petih držav razlika med akcijskimi popusti, ki jih uporabljata družbi Sony in BMG, manjša od [zaupno] %. Vendar je v skladu z Odločbo vsaka država trg in koncentracijo, ki ustvarja ali krepi prevladujoči položaj, kar povzroča resne ovire za učinkovito konkurenco na samo enem od zadevnih trgov, je treba razglasiti za nezdržljivo s skupnim trgov. V teh okoliščinah, celo če bi se akcijski popusti lahko šteli za manj pregledne, bi Komisija morala, ker bi v nasprotnem primeru morala uporabiti zahtevo po popolni preglednosti, v Odločbi vsaj pojasniti, zakaj so lahko kljub njihovem zelo majhnemu dejanskemu učinku na cene in prisotnosti številnih dejavnikov preglednosti, ugotovljenih v Odločbi, ti popusti odpravili zadostno preglednost trga, potrebno za kolektivni prevladujoči položaj.

458 Vsekakor niti pojasnila, navedena v sodnem postopku pred Sodiščem prve stopnje, niti *a fortiori* preiskave, ki so se nanašale na bistveni vidik Odločbe, ne morejo nadomestiti pomanjkljivosti preiskave ob sprejetju Odločbe ali odpraviti očitne napake pri presoji, ki jo zaradi tega vsebuje Odločba, in to celo ob predpostavki, da

ta napaka ni imela nobenega vpliva na rezultat presoje (glej po analogiji sodbo Sodišča z dne 22. januarja 2004 v zadevi Mattila proti Svetu in Komisiji, C-353/01 P, Recueil, str. I-1073, točki 31 in 37).

### c) Sklep o preglednosti

<sup>459</sup> Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da ugotovitve v Odločbi glede preglednosti trga niso pravno zadostno obrazložene in vsebujejo očitno napako pri presoji, ker ne temeljijo na preučitvi vseh upoštevanih podatkov, ki bi se morali upoštevati, in ne morejo podpreti sklepa, da trg ni dovolj pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj.

## 5. Homogenost

<sup>460</sup> Glede merila homogenosti proizvoda je treba opozoriti, da je Komisija v uvodni izjavi 157 Odločbe sklepala, da ne obstaja kolektivni prevladujoči položaj, ko je poleg pomanjkljivosti na ravni preglednosti in neobstoja dokazov o obstoju povračilnih ukrepov v preteklosti razkrila delno heterogene značilnosti proizvoda. Vendar je treba opozoriti, da je Komisija v uvodni izjavi 110 Odločbe, v kateri je preučila homogenost proizvoda, poudarila, da je po eni strani format glasbenih posnetkov homogen, da se po drugi strani kljub heterogenosti vsebine načini določanja cen in trženja albumov na veleprodajnih trgih zdijo bolj ali manj standardni in da nazadnje pri popustih in stopnjah vračila, dogovorjenih za neprodane proizvode, glavne

založbe običajno ne razlikujejo med glasbenimi zvrstmi ali vrstami albumov. V vsaj očitnem nasprotju s to trditvijo in brez drugega pojasnila je dodala, da je določanje cen seveda odvisno tudi od uspeha albuma in da obstaja razlika med akcijskimi popusti na ravni albumov. Komisija je iz zgornjega sklepala, da heterogenost vsebine in njeni zgoraj navedeni učinki na cene zmanjšujejo preglednost.

<sup>461</sup> Iz tega sledi, da je Komisija menila, da odkriti elementi heterogenosti vplivajo samo na akcijske popuste. Vendar, kot je bilo pojasnjeno zgoraj, elementi, odkriti v Odločbi, in trditve, ki jih je Komisija navedla v pisanjih, ne zadostujejo za ugotovitev, da na trgu ni zahtevane stopnje preglednosti, da bi lahko obstajal kolektivni prevladujoči položaj. Zato iz samih sicer protislovnih ugotovitev o elementih heterogenosti proizvoda ni mogoče sklepati, da tak kolektivni prevladujoči položaj ni obstajal na trgu.

<sup>462</sup> V preostalem je treba ugotoviti, da dejstvo, da je proizvod heterogen vsaj po vsebini in da bi bilo tako treba pričakovati, da se njegova cena spreminja od enega albuma do drugega, daje zelo poseben pomen ugotovitvi same Komisije v uvodnih izjavah 76 in 77 glede trga v Združenem kraljestvu (in ustreznih uvodnih izjavah o drugih trgih), da se zdijo katalogne cene najbolje prodajanih albumov usklajene in da so neto prodajne cene tesno povezane z bruto cenami.

## 6. Povračilni ukrepi

<sup>463</sup> Komisija je v uvodnih izjavah od 114 do 118 Odločbe preučila, ali so glavne založbe v preteklosti sprejele „povračilne ukrepe“ za katero izmed njih, in ugotovila, da ni odkrila „nobenega dokaza, da je v preteklosti odločitev glavne založbe, da zavrne upoštevanje usklajenih ravnanj, lahko povzročila kot povračilni ukrep izključitev

drugih glavnih založb iz skupnega podjetja za kompilacije ali (začasno) vrnitev k resnično konkurenčnim praksam“, niti ni odkrila „sledu take grožnje“.

464 Tožeča stranka trdi, da ta ugotovitev ni obrazložena ter vsebuje očitno napako pri presoji in nepravilno uporabo prava. Očitki, predstavljeni v teh treh delih, se prekrivajo in v bistvu izpodbijajo dejstvo, da je Komisija analizo oprla na neobstoje dokazov o prejšnjem izvajanju povračilnih ukrepov, čeprav bi morala samo preveriti obstoj učinkovitih mehanizmov odvratanja.

465 Iz sodne prakse (zgoraj v točki 45 navedena sodba *Airtours* proti Komisiji, točka 62) izhaja, da mora za možnost ekonomskega preživetja kolektivnega prevladujočega položaja obstajati dovolj odvratajočih dejavnikov za trajno zagotavljanje spodbude, da se ne odstopa od skupne politike, kar pomeni, da mora vsak član prevladujočega oligopola vedeti, da bi njegovo zelo konkurenčno ravnanje, namenjeno povečanju njegovega tržnega deleža, povzročilo enako ravnanje pri drugih članih, tako da ne bi imel nobene koristi od svoje pobude (glej v tem smislu zgoraj v točki 246 navedeno sodbo *Gencor* proti Komisiji, točka 276).

466 Že sam obstoj učinkovitih mehanizmov odvratanja je namreč praviloma dovolj, tako da ni treba uporabiti sankcije, če člani ravnaajo v skladu s skupno politiko. Kot poudarja tožeča stranka, je poleg tega najučinkovitejše sredstvo odvratanja tisto, ki ga ni treba uporabiti.

467 Poleg tega je Komisija v točkah od 128 do 132 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah izrecno ugotovila, da je izključitev iz skupnih podjetij za kompilacije posebno učinkovit povračilni mehanizem, v Odločbi pa je, čeprav se tega ne priznava tako izrecno, ta analiza potrjena, čeprav Komisija v pisanjih trdi nasprotno. Namreč,

potem ko je Komisija v uvodnih izjavah 115 in 116 Odločbe poudarila ekonomski pomen kompilacij več izvajalcev ali znamk, ki pomenijo približno od 15 do 20 % skupnega trga glasbenih posnetkov, in poudarila, da se zdi prisotnost izvajalcev, ki „pripadajo“ različnim glasbenim založbam, na nekem albumu ključni dejavnik uspeha kompilacije, v uvodni izjavi 117 Odločbe pojasnjuje, da bi „ob vztrajnem ,odstopanju‘ ene od njih velike glasbene založbe [...] lahko torej to založbo izključile iz ustanavljanja novih skupnih podjetij ali ji zavrnilo pravico do uporabe njihovih naslovov v kompilaciji in celo ukinile nekatera obstoječa skupna podjetja“. Nazadnje, v uvodni izjavi 118 Odločbe je navedeno, da Komisija vendarle ni odkrila nobenega dokaza o izključitvi drugih velikih glasbenih založb iz skupnega podjetja za kompilacijo v preteklosti niti sledu o taki grožnji, in hkrati pojasnjeno, da bi „ti ukrepi [...] lahko na splošno bili verodostojni povračilni ukrepi na trgih glasbenih posnetkov“.

468 Vendar, glede ugotovitve obstoja kolektivnega prevladujočega položaja in ne njegovega nastanka v tem tožbenem razlogu, bi se lahko menilo, da namen pogoja o povračilnih ukrepih ni preveriti samo obstoj povračilnih mehanizmov kot v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, ampak preučiti, ali je bila skupna politika kršena, ne da bi tem kršitvam sledili povračilni ukrepi. Čeprav v Odločbi ni navedeno, da mora biti test drugačen za ugotovitev obstoja kolektivnega prevladujočega podjetja in da Komisija tega ni trdila v vlogah, bo Sodišče prve stopnje vseeno preučilo, ali ugotovitve v Odločbi izpolnjujejo ta test.

469 Dva kumulativna dejavnika sta potrebna, da se za neizvajanje povračilnega ukrepa lahko šteje, da pogoj o povračilnih ukrepih ni izpolnjen, in sicer dokaz o odstopanjih od skupne politike, brez katerega ni treba preučiti izvajanja povračilnih ukrepov, in nato dejanski dokaz o neobstoju povračilnih ukrepov. Vendar je treba ugotoviti, da

Komisija v Odločbi ni predložila potrebnih dokazov o nobenem od teh dveh dejavnikov.

470 Prvič, Komisija ni niti v oddelku *ad hoc*, v katerem je obravnavala povračilne ukrepe, niti v preostalem delu Odločbe jasno opredelila kakršnega koli primera kršitve skupne politike določanja cen. Komisija je v odgovoru na tožbo seveda navedla dva primera, ko naj bi bila odstopanja od skupne politike ugotovljena v Odločbi (v Združenem kraljestvu v letih 2000 in 2001, uvodna izjava 74, in v Nemčiji zaradi počasnejšega razvoja ene od glavnih založb, uvodna izjava 88). Vendar iz Odločbe ni razvidno, da sta se ta primera obravnavala kot kršitev skupne politike, ampak samo, da kažeta, da vzporednost cen ni bila vedno dosežena.

471 Drugič, vsekakor je treba ugotoviti, da Komisija, ki jo je Sodišče prve stopnje na obravnavi zaslišalo o preiskovalnih ukrepih, ki jih je izvedla, preden je oblikovala sklep, da ni odkrila niti dokazov o izvajanju povračilnih ukrepov v preteklosti niti take grožnje, ni mogla navesti nobenega ukrepa, ki naj bi ga izvedla ali začela izvajati za ta namen. Poleg tega, ker je Komisija v fazi obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah v preiskavi preverila obstoj verodostojnih mehanizmov odvrčanja in ne dejanskega izvajanja povračilnih ukrepov in je šele po zaslišanju pred njo spremenila presojo o koncentraciji, se zdi težko določiti, kako in kdaj bi lahko dejansko poskusila dokazati izvajanje povračilnih ukrepov. V preostalem izhaja iz spisa, da Komisija po zaslišanju ni opravila preiskave na trgu. Zato naj bi bil edini ukrep preiskave, da je poslala vprašanje prigrasiteljicama, o čemer ni pred Sodiščem prve stopnje predložila nobenega dokaza, prigrasiteljici pa seveda nista bili najbolj primerni, da bi Komisiji predložili dokaze o izvajanju povračilnih ukrepov.

472 Nazadnje je treba ugotoviti, da trditve Komisije, da bi bili „očitni dokazi o povračilnih ukrepih, ki jih druge velike založbe uporabljajo v odgovor na , odstopanje‘ od običajnih ravni povprečnih neto cen ali povprečnih popustov na



račun, [...] lahko pokazatelj (čeprav očitno ne odločilen) obstoja usklajevanja kljub težavam pri odkrivanju dovolj jasnih pogojev usklajevanja in dovolj učinkovitih načinov za nadzor njihovega upoštevanja“, ni mogoče sprejeti. Po eni strani je ta trditev namreč v nasprotju z Odločbo, v kateri je navedeno, da bi se lahko „za vsakega pokazatelja povračilnih ukrepov [...] lahko dejansko štelo, da opozarja na obstoj kolektivnega prevladujočega položaja na teh trgih“ (uvodna izjava 114 Odločbe) in da „torej v tej zadevi ni odkrila nobenega dokaza, da so se taki ukrepi ali grožnje uporabljali v preteklosti, kar bi bil dokaz kolektivnega prevladujočega položaja“. Po drugi strani Komisija v utemeljitvi trdi, da je bila njena preučitev pogoja o povračilnih ukrepih neprimerna, ker naj bi bili celo „očitni dokazi o povračilnih ukrepih“ samo „zelo očitno neodločilen“ pokazatelj.

473 Iz zgornjega izhaja, da je očitek tožeče stranke, da presoje v Odločbi v zvezi s povračilnimi ukrepi vsebujejo nepravilno uporabo prava in očitno napako pri presoji, utemeljen.

474 Ker so te presoje, kot izhaja zlasti iz uvodne izjave 157 Odločbe, bistveni razlog, na katerem temelji Odločba, je treba to odločbo razglasiti za nično.

## 7. Sklep o prvem tožbenem razlogu

475 Iz zgornjega izhaja, da trditev, da trgi glasbenih posnetkov niso dovolj pregledni za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja, ni pravno zadostno obrazložena in vsebuje očitno napako pri presoji, ker so elementi, na katere se opira, nepopolni in ne zajemajo vseh upoštevanih podatkov, ki bi jih Komisija morala upoštevati, in ne morejo podpreti iz njih izpeljanih sklepov. Ker je ta trditev, kot izhaja iz Odločbe in

zlasti uvodne izjave 157 te odločbe ter razprave pred Sodiščem prve stopnje, bistveni razlog, na podlagi katerega je Komisija v Odločbi sklepala, da kolektivni prevladujoči položaj ne obstaja, je treba Odločbo razglasiti za nično samo na podlagi tega razloga.

<sup>476</sup> Prav tako, ker je analiza povračilnih ukrepov pravno nepravilna ali vsaj vsebuje očitno napako pri presoji in ker je ta analiza drugi bistveni razlog, na podlagi katerega je Komisija v Odločbi sklepala, da kolektivni prevladujoči položaj ne obstaja, tudi ta napaka upravičuje razglasitev ničnosti Odločbe.

<sup>477</sup> Nazadnje, če je potrebno, je treba še ugotoviti, da z nobeno od trditvev, ki so jo navedli intervenienti, kot je izrecno ali implicitno razvidno iz vseh zgornjih ugotovitev, ni mogoče ovreči teh sklepov in da Odločba celo izrecno nasprotuje več tem trditvam.

<sup>478</sup> Prvič, glede uvodnih ugotovitev, ki so jih navedli intervenienti, je treba ugotoviti, da so že bile zavrjene ali so neupoštevne. Tako zatrjevano dejstvo, da naj bi Komisija opravila izjemno temeljito analizo, samo po sebi ne more dokazati, da je Komisija dejansko zbrala, analizirala in pravilno presodila vse upoštevne podatke. Poleg tega je treba v zvezi s tem ugotoviti, da intervenienti poudarjajo, da so po vročitvi Odločbe predložili zelo trdne podatke in pojasnila o glasbeni industriji v Evropi. Vendar je iz spisa razvidno, da je Komisija na podlagi teh informacij in drugih elementov informacij, ki jih je zbrala na trgu v petih mesecih preiskave, v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah sklepala, da je koncentracija nezdružljiva, in da je Komisija šele po obrazložitvi strank in njihovih ekonomistov na zaslišanju 14. in 15. junija 2004 spremenila presojo in dva tedna pozneje svetovalnemu odboru

poslala osnutek odločbe o odobritvi koncentracije. Tudi okoliščina, da naj bi organi, pristojni za konkurenco, po svetu odobrili koncentracijo, ni upoštevna. Nazadnje je treba zavrni tudi trditev, da naj bi bila koncentracija odgovor, naklonjen konkurenci, na zaton glasbene industrije in zlasti na padec prodajnih cen zgoščenk. Ne samo da Odločba nikakor ne temelji na domnevnem ravnotežju med različnimi ugodnostmi in slabimi stranmi koncentracije, ampak so bile poleg tega trditve intervenientov o gibanju povpraševanja izrecno zavrjnene v točkah od 55 do 59 Odločbe.

479 Drugič, glede trditve intervenientov, s katerimi izpodbijajo utemeljenost očitkov tožeče stranke o akcijskih popustih, usklajenosti cen in preglednosti, je dovolj ugotoviti, da so povezane s trditvami Komisije in so že bile zavrjnene zgoraj ali jih ni mogoče upoštevati, če jih izrecno izpodbijajo ugotovitve v Odločbi. Tako sta bili trditev o domnevni neusklajenosti cen in trditev, da naj bi se večina 100 najbolj prodajanih albumov prodala zunaj JPC, opredeljenih v Odločbi, izrecno zavrjnjeni v Odločbi. Tudi trditev, da naj bi Komisija v Odločbi zmanjševala moč osnovnih dokazov o neobstoju zadostne preglednosti, je neupoštevna. Sodišču prve stopnje namreč ni treba odločiti o združljivosti koncentracije, ampak mora opraviti nadzor zakonitosti ugotovitev v Odločbi. Poleg tega je treba znova ugotoviti, da ugotovitve v Odločbi izrecno izpodbijajo trditve intervenientov v zvezi s tem, da naj JPC ne bi bile niti znane niti dostopne ali da naj običajni popusti ne bi bili dovolj pregledni.

480 Nazadnje, glede, tretjič, trditve o različnih vprašanjih, ki niso omenjena v Odločbi, je treba ugotoviti, da so povsem neupoštevne, ker se Sodišče prve stopnje pri preizkusu omejuje na nadzor zakonitosti te odločbe.

481 Sodišče prve stopnje vseeno meni, da je treba podredno preučiti drugi tožbeni razlog.

### III – *Drugi tožbeni razlog: nastanek kolektivnega prevladujočega položaja na trgih glasbenih posnetkov*

#### A – *Trditve tožeče stranke*

482 Tožeča stranka opozarja, da je Komisija preučila vprašanje, ali koncentracija ustvarja kolektivni prevladujoči položaj, na manj kot eni strani. Čeprav je Komisija trdila, da bi zmanjšanje števila akterjev lahko na nekaterih oligopolnih trgih povzročilo nastanek kolektivnega prevladujočega položaja preostalih podjetij in da bi bilo to predvsem odvisno od značilnosti trga, vseeno ni opredelila teh odločilnih značilnosti, ampak se je samo sklicevala na analizo, opravljeno glede kolektivnega prevladujočega položaja, ki je obstajal pred koncentracijo, in v uvodni izjavi 157 Odločbe sklepala, da ni odkrila „dovolj dokazov, da naj bi bilo zmanjšanje števila glasbenih založb s petih na štiri dovolj pomembna sprememba, ki bi povzročila verjeten nastanek kolektivnega prevladujočega položaja“, zlasti glede preglednosti in povračilnih ukrepov.

#### 1. Nepravilna uporaba prava

483 Komisija naj bi štirikrat nepravilno uporabila pravo pri izvajanju testa kolektivnega prevladujočega položaja.

## a) Neobstoj prospektivne analize

484 Komisija naj bi nepravilno uporabila pravo pri uporabi predpisov o kolektivnih prevladujočih položajih, ker naj ne bi opravila prospektivne analize, da bi ugotovila, ali je zaradi koncentracije dejansko nastal kolektivni prevladujoči položaj. Test, katerega namen je ugotoviti, ali koncentracija ustvarja tak položaj ali ne, naj bi se bistveno razlikoval od testa, s katerim se preverja zdajšnji obstoj takega položaja, ker ta zahteva naknadno analizo, medtem ko prvi zahteva predhodno analizo, ki jo je treba opraviti ob sklicevanju na raven konkurence, ki je vladala na trgu pred koncentracijo.

485 Iz zgoraj v točki 45 navedene sodbe Airtours proti Komisiji naj bi izhajalo, da je treba pri prospektivni analizi upoštevati ne samo stanje v zvezi s tem položajem ob izvedbi koncentracije, ampak ga je treba tudi dinamično presoditi, pri čemer se upoštevajo predvsem „notranje ravnotežje, stabilnost in vprašanje, ali se lahko vzporedno protikonkurenčno ravnanje, ki ga lahko povzroči, ohrani skozi čas“. Iz uvodne izjave 157 Odločbe naj bi bilo razvidno, da je Komisija, namesto da bi opravila zahtevano ločeno prospektivno analizo, oblikovala ugotovitev na podlagi – naknadnih – istih dokazov, ki jih je uporabila za zanikanje obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, obstoječega pred koncentracijo.

486 Naknadna analiza naj vseeno ne bi bila prepričljiva. Komisija naj bi sicer ugotovila, da imajo „trgi glasbenih posnetkov [...] nekatere značilnosti, ki so ugodne za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja“ (uvodna izjava 157 Odločbe), vendar naj bi samo navedla, da ni odkrila dovolj dokazov, da je kolektivni prevladujoči položaj že

obstajal, tako da naj bi se vsaka sprememba dejavnikov, ki povečujejo možnost tihih dogovorov, analizirala zelo previdno. Edini dokaz, ki ga je Komisija preučila, je poročilo o tem, kaj se je dogajalo v preteklosti, kar naj bi bilo implicitno priznanje Komisije, da ni opravila prospektivne analize.

#### b) Preglednost

<sup>487</sup> Tožeča stranka trdi, da je Komisija pri preverjanju, ali je nastal kolektivni prevladujoči položaj, nepravilno uporabila pravo iz enakih razlogov, kot so navedeni pri preučitvi prvega tožbenega razloga, tako da je uporabila test popolne preglednosti trga, čeprav je treba na podlagi zgoraj v točki 45 navedene sodbe Airtours proti Komisiji samo preveriti, ali je trg dovolj pregleden, da omogoča usklajevanje ravnanja.

#### c) Sredstva odvrčanja

<sup>488</sup> Tožeča stranka očita Komisiji, da ni opravila prospektivne analize, da bi preverila obstoj odvrčajočih ukrepov, ampak da se je oprla na sklepe, ki jih je, s tem ko se je nepravilno oprla na neobstoje dokazov o povračilnih ukrepih v preteklosti, sprejela v okviru krepitve prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja, da bi zavrnila vsako trditev, da bi zmanjšanje števila glavnih založb s pet na štiri olajšalo povračilne ukrepe na trgu.

489 Pri prospektivni analizi, ki bi jo morala opraviti, bi bilo treba ugotovitev, da obstajajo ukrepi, ki so lahko verodostojne možnosti povračila glavnih založb (uvodna izjava 118 Odločbe), šteti za zadosten dokaz, zlasti ker se je število glavnih založb zmanjšalo na štiri.

#### d) Protiutež

490 Tožeča stranka trdi, da je Komisija nepravilno uporabila pravo, ko sploh ni preučila tretjega pogoja, določenega v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji, za preverjanje obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, in sicer zmožnosti strank ali konkurentov, da z ukrepi ogrožajo rezultate vsake skupne politike, ki jo sprejmejo glavne založbe.

## 2. Kršitev obveznosti obrazložitve

491 Tožeča stranka trdi, da prospektivna analiza, ki jo mora Komisija opraviti, da preveri tveganje nastanka kolektivnega prevladujočega položaja, vključuje temeljito preučitev upoštevnihih okoliščin glede učinka koncentracije na trg. Vendar Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ni preučila niti možnosti nastanka kolektivnega prevladujočega položaja, analiza Komisije v Odločbi pa tudi ni niti prospektivna niti podrobna. Komisija naj bi iz tega, da ni ugotovila obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, sklepala, da ni dovolj dokazov, da bo prevladujoči položaj nastal v prihodnosti.

492 Tožeča stranka trdi, da bi Komisija, če bi opravila zahtevano prospektivno analizo, morala obravnavati naslednja vprašanja:

- koliko bi zmanjšanje števila glavnih založb pomenilo:
  - da glavne založbe postajajo bolj medsebojno odvisne ena od druge zaradi zmanjšanja števila akterjev s petih na štiri;
  - da trg, ki je po vseh sprejetih standardih koncentriran že pred koncentracijo, postane zaradi koncentracije še veliko bolj koncentriran;
  - da bi bilo usklajevanje med glavnimi založbami še lažje nadzirati in ohranjati skozi čas in da bi bila preglednost cen tudi večja zaradi simetričnosti, ki naj bi olajševala nadzor tudi na zelo pomembnem trgu lestvic uspešnic;
  - da bi postalo lažje opredeliti osrednjo točko in ohraniti skupno razumevanje tega, kar naj bi bilo v skupnem interesu glavnih založb, ker bi bilo njihovo število manjše;
  - da bi se ravnotežje med dolgoročnim dobičkom od zvestobe dogovoru in kratkoročnim dobičkom od prodaje po nižji ceni od tekmecev, spremenilo, če bi bilo na trgu manj družb;



- koliko bi se raven simetričnosti na trgu povečevala, ker bi bila družba Sony BMG podobna družbi Universal glede velikosti in tržnih deležev, sledili pa bi jima dve drugi glavni založbi EMI in Time Warner z enako simetričnimi tržnimi deleži. Ta točka naj bi bila pomembna, ker bi simetričnost velikosti in tržnih deležev olajševala ohranjanje tihega dogovora. Družbi Sony BMG in Universal naj bi imeli skupaj 50-odstotni tržni delež na svetovnem trgu glasbenih posnetkov in ta delež bi bil bolj od 60- do 70-odstoten na zelo pomembnem trgu lestvic uspešnic, katerega pomena naj Komisija ne bi preučila. Ta segment trga naj bi bil pomemben tudi za zdajšnjo konkurenco in kot pokazatelj dolgoročne moči na trgu, ker nove izdaje postajajo prejšnje izdaje;
  
- koliko bi se simetričnost povečala in konkurenca zmanjšala, ker bi dve glavni založbi, ki sta imeli v zadnjih letih različne rezultate, postali ena sama založba;
  
- koliko bi razpoložljivi odvratajoči ukrepi postali učinkovitejši;
  
- koliko bi neodvisne založbe postale še bolj odvisne od glavnih založb, ker bi se število neizogibnih poslovnih partnerjev, ki so na voljo neodvisnim založbam, zmanjšalo za 20 %;
  
- koliko bi postala šibkejša vsakršna konkurenčna protiutež za glavne založbe.

<sup>493</sup> Komisija naj ne bi podrobno preučila nobenega od teh vprašanj, tako da naj njene ugotovitve, da kolektivni prevladujoči položaj ni nastal (uvodna izjava 158 Odločbe), ne bi podpiralo nobeno sklepanje ali naj bi ta ugotovitev temeljila na očitno neustreznem sklepanju.

### 3. Očitna napaka pri presoji

- <sup>494</sup> Neobstoj prospektivne analize naj bi tudi napaka pri presoji. Komisija naj bi se oprla na prejšnje dokaze o prej obstoječem kolektivnem prevladujočem položaju, ne da bi podrobno preučila učinek sprememb, ki so posledica koncentracije. Poleg tega naj bi bili ti domnevni dokazi sami po sebi napačni iz razlogov, navedenih v okviru prvega tožbenega razloga.
- <sup>495</sup> Tožeča stranka ugotavlja, da čeprav Komisija na kratko navaja, da se bo preglednost povečala, vseeno ne navaja podrobnih informacij o ravni, ki bo dosežena, ali posledičnem učinku, ampak samo poudarja neobstoj zadostnih dokazov. Komisija bi poleg tega morala preučiti, koliko je zmanjšanje števila akterjev na trgu olajšalo tihe dogovore in jih naredilo privlačnejše, ker naj bi se dobički delili med manj družb. Komisija naj ne bi navedla niti katere dokaze je zbrala, niti zakaj so nezadostni, niti kateri dokazi bi bili potrebni.
- <sup>496</sup> Glede povračilnih ukrepov naj bi analiza temeljila na prejšnjih dokazih, ki pokrivajo obdobje, za katerega Komisija trdi, da v njem ni bilo kolektivnega prevladujočega položaja. Komisija naj ne bi preučila vprašanja morebitnih povračilnih ukrepov po koncentraciji.
- <sup>497</sup> Tožeča stranka opozarja, da je Komisija skoraj ugotovila obstoj kolektivnega prevladujočega položaja, ki je obstajal pred koncentracijo, vendar je nepravilno menila, da so dokazi nezadostni. Isti sklep o trgu po koncentraciji, ki je povečala preglednost, naj bi kazal na očitno napako pri presoji.

498 Nazadnje, tožeča stranka trdi, da je sklep Komisije posebno presenetljiv, ker je Komisija štiri leta prej ugotovila, da je z združitvijo družb EMI in Time Warner nastal kolektivni prevladujoči položaj na trgu glasbenih posnetkov (točka 57 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah v tej zadevi v prilogi A.13).

## B – *Trditve Komisije*

### 1. Nepravilna uporaba prava

#### a) Neobstoj prospektivne analize

499 Komisija trdi, da očitki tožeče stranke, da naj ne bi opravila prospektivne analize in naj bi se oprla na iste naknadne dokaze kot pri analizi morebitnega prehodnega obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, čeprav se merila bistveno razlikujejo, niso utemeljeni. Najprej navaja dve načelni ugotovitvi.

500 Po eni strani bi morale odločitve o nadzoru koncentracij nespremenljivo temeljiti na prospektivni analizi, saj naj bi bila odločitev o tem, ali je neka koncentracija združljiva s skupnim trgom ali ne, odvisna od sprememb, ki bi lahko na trgu nastale zaradi še neizvedene koncentracije (zgoraj v točki 245 navedena sodba Kali & Salz, točke od 109 do 111). Torej bi bilo treba v vseh primerih prospektivno analizo opreti na jasno sliko razmer konkurence pred koncentracijo. Že zbrani in presojeni dokazi o zdajšnjem položaju na trgu (ki jih je mogoče zlahka opredeliti kot naknadne dokaze), naj bi ostali upoštevni kot izhodišče za analizo.

501 Po drugi strani presoja morebitnega zdajšnjega obstoja kolektivnega prevladujočega položaja predpostavlja upoštevanje istih štirih pogojev kot presoja morebitnega nastanka takega prevladujočega položaja: pokazatelji tihega usklajevanja, zadostna preglednost, tveganje povračilnih ukrepov, protiutež konkurentov in strank (sodba Sodišča prve stopnje z dne 26. januarja 2005 v zadevi Piau proti Komisiji, T-193/02, ZOdl., str. II-209, točka 111). Kadar je bil kot v obravnavanem primeru odgovor na eno ali več vprašanj glede zdajšnjega položaja že nikalen, bi prospektivna analiza nujno pomenila, da je treba ugotoviti, ali in kako bi koncentracija lahko dala pritrdilen odgovor v predvidljivi prihodnosti.

502 Ker sklep, da ni dovolj dokazov o obstoječem kolektivnem prevladujočem položaju, temelji predvsem na tem, da pogoj o zadostni preglednosti ni bil izpolnjen, naj bi se Komisija zanimala predvsem za učinek koncentracije na ta parameter. Čeprav bi koncentracija samodejno povzročila zmanjšanje števila dvostranskih odnosov z deset na šest, kar bi praviloma olajšalo spremljanje, ta v bistvu aritmetična ugotovitev vseeno ne bi bila odločilna, predvsem ker ovire za preglednost niso posledica števila glavnih založb, ki jih je treba spremljati, ampak zapletenosti individualnih odločitev vsake velike glasbene založbe, s katerimi določa neto ceno posameznih albumov, heterogene vsebine in spremenljivega poslovnega uspeha za posamezne stranke zaradi kombinacije JPC, običajnih in akcijskih popustov. Glede popustov na račun bi bilo redke razpoložljive informacije (ki se nanašajo predvsem na običajne popuste) vsekakor lažje dobiti od strank kot od glavnih založb, koncentracija pa ne bi spremenila odnosa preostalih glavnih založb s strankami, ki se ne spremenijo zaradi koncentracije. Zato naj bi Komisija – prospektivno – ugotovila nezadostnost dokazov, da naj bi sprememba strukture trga, ki bi jo morala povzročiti

koncentracija, olajševala preglednost, tako da bi se dosegla zahtevana raven preglednosti za nastanek kolektivnega prevladujočega položaja (uvodna izjava 157, *in fine*, Odločbe).

503 Komisija trdi, da so ti elementi zadostna analiza kumulativnih pogojev za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja.

b) Preglednost

504 Ker tožeča stranka samo ponavlja trditev, navedeno v prvem tožbenem razlogu, naj bi bila ta trditev neutemeljena v tem okviru.

c) Sredstva odvrčanja in protiutež

505 Čeprav je Komisija v uvodni izjavi 157 Odločbe menila, da ni dovolj dokazov, da naj bi koncentracija olajševala povračilne ukrepe, ni sprejela dokončnega stališča o tem, da bi utemeljila svojo presojo. Ker je namreč ugotovila, da nima dovolj dokazov, da naj bi bilo določanje cen dovolj pregledno za učinkovito spremljanje, naj ji ne bi bilo več treba obravnavati vprašanja povračilnih ukrepov oziroma vprašanja zavezujoče moči z vidika „nastanka“ in ne „krepitve“.

## 2. Kršitev obveznosti obrazložitve

506 Komisija trdi, da večina očitkov tožeče stranke ni povezanih s pomanjkljivo obrazložitvijo. Dejstvo, da naj bi Komisija domnevno ne upoštevala različnih elementov, naj bi se nanašalo na zakonitost presoje in ne na obrazložitev. Komisija pojasnjuje, da iz tega, da ni sprejela sklepa o nekaterih vprašanjih, sledi, da ji ni bilo treba navesti razlogov za ta neobstoječi sklep.

507 Nedopustno bi bilo, da bi tožeča stranka v poznejši fazi tega postopka skušala spremeniti tožbeni razlog tako, da bi iz formalnega razloga (neobstoj obrazložitve) naredila vsebinski razlog (nepravilna uporaba prava ali očitna napaka pri presoji), očitna neupoštevnost njenih posebnih trditev z vidika člena 253 ES pa naj bi bila zadostna podlaga za zavrnitev tega razloga za razglasitev ničnosti.

508 Komisija je torej samo povsem podredno na kratko preučila te trditve.

509 Komisija se glede trditve tožeče stranke, da mora biti analiza podrobna, sklicuje na ugotovitve, predstavljene pri preučitvi prejšnjega tožbenega razloga.

510 Dejstvo, da se Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ni ukvarjala z mogočim nastankom kolektivnega prevladujočega položaja, naj ne bi bilo povezano

z zadostnostjo razlogov, navedenih v Odločbi. Komisija se glede svoje domnevne trditve, da ni imela dovolj dokazov za pripravo sklepov o neobstoju obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja, sklicuje na razpravo o naravi prosopektivne analize.

511 Zvišanje ravni koncentracije na trgih glasbenih posnetkov in stopnje simetričnosti tržnih deležev ter morebitno zvišanje ravni medsebojne odvisnosti naj ne bi zelo pripomogli k odpravi ovir za usklajevanje, ki so bile navedene pri analizi morebitnega zdajšnjega obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, in sicer zapletenosti in neobstoja dokazov o zadostni preglednosti splošnega procesa določanja cen (JPC plus običajni popust plus akcijski popust) posameznih albumov za posamezne stranke skozi čas.

512 Čeprav bi se lahko zaradi večje koncentracije na trgu abstraktno spremenile spodbude za upoštevanje skupne politike, naj v obravnavanem primeru ne bi imela bistvenega učinka na temeljni odvrtačoči element, ki zadeva nezmožnost podjetij v oligopolnem položaju, da odkrijejo ter posledično kaznujejo odstopanja in odvrtačo od njih. Ker ni zadostne preglednosti, glavne založbe niso mogle biti prepričane, da ena od njih ne bo skušala izkoristiti hkrati dolgoročne ugodnosti tihega usklajevanja in kratkoročne ugodnosti uporabe cen, nižjih od cen tekmecev, zaradi te negotovosti pa naj bi bilo tiho usklajevanje nestabilno in naj bi ga bilo nemogoče ohranjati.

513 Tudi ugotovitve tožeče stranke o simetričnosti bi bilo treba zavriniti, ker ne obstaja očitna povezava med simetričnostjo in preglednostjo.

514 Nazadnje, druge trditve tožeče stranke naj bi se nanašale predvsem na drugi in tretji kumulativni pogoj za trajni kolektivni prevladujoči položaj. Vendar Komisiji ne bi

bilo treba sprejeti stališča o teh pogojih, ker je ugotovila, da ni dovolj dokazov o izpolnjevanju prvega pogoja.

### 3. Očitna napaka pri presoji

<sup>515</sup> Trditve tožeče stranke o neobstoju prospektivne presoje je bilo treba zavrniti iz razlogov, navedenih v oddelku o nepravilni uporabi prava.

<sup>516</sup> Trditve tožeče stranke, ki se nanašajo na spodbude, zaradi katerih naj bi podjetja v oligopolnem položaju sprejela skupno politiko, je treba znova zavrniti, ker ne upoštevajo neobstoja zadostne preglednosti.

<sup>517</sup> Trditev tožeče stranke, da bi Komisija, ker naj bi zmanjšanje števila glavnih založb na splošno povečalo verjetnost tihega usklajevanja, morala sklepati, da naj bi nastal kolektivni prevladujoči položaj, razen če ima koncentracija druge značilnosti, zaradi katerih bi bilo tiho usklajevanje manj verjetno, naj bi sploh ne upoštevala ločenosti različnih pogojev za trajni kolektivni prevladujoči položaj. Zvišanje stopnje koncentracije na zadevnih trgih ne more povzročiti ustreznega zmanjšanja zahtev po dokazih glede ločenega pogoja zadostne preglednosti, če ni dokazano, da ta večja koncentracija bistveno spreminja presojo zadnjenavedenega pogoja.



- 518 Nazadnje, Komisija opozarja, da zakonitosti Odločbe ni mogoče presojati z vidika začasnih sklepov v dveh obvestilih o ugotovitvah o možnih kršitvah, od katerih je bilo eno izdano štiri leta prej v drugi zadevi.

### *C – Trditve intervenientov*

- 519 Intervenienti trdijo, da odločitev o začetku druge faze preiskave kaže, da je Komisija na začetku preučila možnost nastanka in tudi krepitve kolektivnega prevladujočega položaja. Komisija naj bi se pravilno osredotočila na bistvene značilnosti trga in zlasti na vprašanje, ali so cene dovolj pregledne, da bi omogočale tiho usklajevanje (zgoraj v točki 246 navedena sodba Gencor proti Komisiji, točka 227). Ker značilnosti trga v zvezi s cenami ne podpirajo sklepa, da je v preteklosti obstajalo tiho dogovarjanje, bi morala Komisija pravilno sklepati, da naj zmanjšanje števila glavnih založb s pet na štiri ne bi zadostovalo za premostitev materialnih ovir za tiho dogovarjanje (zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točki 75 in 76).

- 520 Značilnosti trga naj bi ostale nezdružljive s tihim usklajevanjem cen in drugih dejavnikov (število, izvornost, ustvarjalnost, kulturna raznolikost novih izdaj, sklepanje pogodb z izvajalci). Intervenienti trdijo, da so glasbeni posnetki heterogen proizvod, da se glavne založbe zelo spodbuja k povečanju prodaje „uspešnic“, da se odločitve o cenah in popustih sprejmejo za vsako izdajo albuma ob dajanju na trg ter v njegovi življenjski dobi in za vsakega posameznega trgovca na drobno, da glasbene založbe izvajajo diskrecijsko pravico v zvezi z JPC ob izdaji in skozi čas, kar je stvar subjektivne presoje zaposlenih v marketinškem oddelku, da vse družbe odobrijo različne popuste in odškodnino, ki jih njihovi konkurenti ne poznajo in se spreminjajo skozi čas, po posameznih albumih in trgovcih na drobno, in, nazadnje, da zaradi nepredvidljivosti in nevidnosti popustov ni mogoče sprejeti zanesljivih

sklepov o neto cenah na podlagi opazovanja JPC, tako da usklajevanje JPC, čeprav se je zgodilo, ni imelo učinka na dejanske cene (glej tudi prilogo C.4, str. 6).

#### D – *Presoja Sodišča prve stopnje*

- 521 Tožeča stranka v bistvu trdi, da trditev, da naj koncentracija ne bi povzročila nastanka kolektivnega prevladujočega položaja na trgu glasbenih posnetkov, ni dovolj obrazložena ter vsebuje očitno napako pri presoji in nepravilno uporabo prava.
- 522 Opozoriti je treba, da mora Komisija, kadar preučuje tveganje nastanka kolektivnega prevladujočega položaja, „v skladu s prospektivno analizo referenčnega trga presoditi, ali je posledica predložene koncentracije položaj, v katerem učinkovito konkurenco na zadevnem trgu resno ovirajo podjetja, udeleženci koncentracije, in eno ali več drugih podjetij, ki lahko skupaj, zlasti zaradi med njimi obstoječih korelacijskih dejavnikov, usklajeno ravnajo na trgu in ravnajo večinoma neodvisno od drugih konkurentov, kupcev in nazadnje potrošnikov“ (zgoraj v točki 245 navedena sodba Kali & Salz, točka 221; zgoraj v točki 246 navedena sodba Gencor proti Komisiji, točka 163, in zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 59). Prospektivna analiza, ki jo mora Komisija opraviti pri nadzoru koncentracij, glede kolektivnega prevladujočega položaja „zlasti zahteva podrobno preučitev okoliščin, ki so pri vsakem primeru upoštevne pri presoji učinkov koncentracije na pogoje konkurence na referenčnem trgu“ (zgoraj v točki 245 navedena sodba Kali & Salz, točka 222, in zgoraj v točki 45 navedena sodba Airtours proti Komisiji, točka 63).

- 523 To je toliko bolj res, „ker ne gre niti za preučitev preteklih dogodkov, za katere je pogosto na voljo veliko dokaznih elementov, ki omogočajo razumevanje razlogov, niti za preučitev sedanjih dogodkov, ampak za napovedovanje dogodkov, ki se bodo, če ne bo sprejeta nobena odločba, ki bi prepovedovala ali določala pogoje za koncentracijo, bolj ali manj verjetno zgodili v prihodnosti“ (zgoraj v točki 232 navedena sodba Komisija proti Tetra Lavalu, točka 42). Tako si je treba „za tako analizo [...] zamisliti različen niz razlogov in učinkov, da se ugotovi, kateri izmed njih je najverjetnejši“ (zgoraj v točki 232 navedena sodba Komisija proti Tetra Lavalu, točka 43).
- 524 Ob upoštevanju teh ugotovitev je treba preučiti, ali je Komisija pravilno analizirala tveganje nastanka kolektivnega prevladujočega položaja.
- 525 Najprej je treba opozoriti, da je bilo to v Odločbi preučeno zelo na kratko.
- 526 Komisija v uvodni izjavi 156 navaja, da je „vprašanje, ali lahko koncentracija v obravnavanem primeru povzroči nastanek kolektivnega prevladujočega položaja, [...] odvisno predvsem od značilnosti trga“.
- 527 Analiza Komisije v zvezi s tem vprašanjem je omejena na naslednje ugotovitve v uvodni izjavi 157 Odločbe:

„Kot kaže analiza krepitve kolektivnega prevladujočega položaja, iz ravni vzporednosti, ki jo je mogoče opaziti pri povprečnih cenah, ni mogoče sklepati, da imajo velike glasbene založbe zdaj kolektivni prevladujoči položaj na trgu glasbenih posnetkov. Zmanjšanje števila velikih glasbenih založb s pet na štiri povečuje preglednost, ker bi se število dvostranskih konkurenčnih odnosov zmanjšalo z 10 na

6. Praviloma naj bi bil zaradi tega nadzor zadevnega trga lažji. Kot je bilo preučeno v oddelku o krepitvi kolektivnega prevladujočega položaja, imajo trgi glasbenih posnetkov nekatere značilnosti, iz katerih je mogoče sklepati o obstoju ugodnih pogojev za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja. Vendar Komisija ni odkrila zadostnih dokazov, da je pet velikih založb imelo v preteklosti kolektivni prevladujoči položaj; to je predvsem posledica pomanjkljivosti, ugotovljenih na ravni dejanske preglednosti, delno heterogenih značilnosti proizvoda in pomanjkanja dokazov o obstoju povračilnih ukrepov v preteklosti. Glede nastanka kolektivnega prevladujočega položaja velikih glasbenih založb na trgu glasbenih posnetkov Komisija kljub upoštevanju dejstva, da bo usklajevanje med štirimi preostalimi akterji v celoti postalo lažje, ni odkrila dovolj dokazov, da bi bilo zmanjšanje števila glasbenih založb s pet na štiri dovolj velika sprememba, da bi povzročila verjeten nastanek kolektivnega prevladujočega položaja. Komisija predvsem ni odkrila zadostnih dokazov, da bi prehod s petih glasbenih založb na štiri toliko olajšal preglednost in povračilne ukrepe, da je treba predvideti nastanek kolektivnega prevladujočega položaja preostalih štirih velikih glasbenih založb.“

528 Ugotoviti je treba, da teh nekaj ugotovitev, ki so glede tega vprašanja površne in celo popolnoma formalne, ne more izpolniti obveznosti Komisije, da opravi prospektivno analizo in pozorno preuči okoliščine, ki so za vsak posamezen primer upoštevne za presojo učinkov koncentracije na konkurenco na referenčnem trgu, zlasti kadar koncentracija kot v obravnavanem primeru povzroča resne težave. Ne glede na presojo Sodišča prve stopnje o prvem tožbenem razlogu iz dejstva, da je morala Komisija v Odločbi navesti dolga sklepanja, preden je ugotovila, da kolektivni prevladujoči položaj pred koncentracijo ni obstajal, in dejstva, da je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah po petih mesecih preiskave ugotovila obstoj takega predhodnega položaja, izhaja, da vprašanje, ali lahko združitev dveh od petih glavnih založb ustvari kolektivni prevladujoči položaj, *a fortiori* povzroča resne težave, ki jih je treba temeljito preučiti. Ker niso bile preučene, to pomeni, da je drugi tožbeni razlog že samo iz tega razloga utemeljen.

529 Sodišče prve stopnje bo podredno vseeno preučilo, ali ugotovitve o preglednosti in povračilnih ukrepih ne vsebujejo tudi nepravilne uporabe prava ali napake pri presoji.

530 Iz uvodne izjave 157 Odločbe in zlasti druge povedi te uvodne izjave izhaja, da sklep Komisije, da koncentracija ni dovolj velika sprememba, ki bi lahko povzročila verjeten nastanek kolektivnega prevladujočega položaja, izrecno temelji na pogojih o preglednosti trga in povračilnih ukrepih.

531 Glede preglednosti je treba najprej opozoriti, da je bilo pri prvem tožbenem razlogu ugotovljeno, da ugotovitev Komisije, da je posledica akcijskih popustov tako zmanjšanje preglednosti, da preprečuje obstoj kolektivnega prevladujočega položaja, ni dovolj obrazložena in vsebuje očitne napake pri presoji.

532 Poleg tega se Komisija pri presoji tveganja nastanka kolektivnega prevladujočega položaja ni mogla opreti samo na obstoječi položaj, ampak je morala opraviti prospektivno analizo in upoštevati spremembe, nastale zaradi zadevne koncentracije. V uvodni izjavi 157 Odločbe je, čeprav kvečjemu jedrnato, poleg tega v zvezi s tem navedeno, da bo usklajevanje med štirimi preostalimi akterji v celoti lažje. V Odločbi vseeno ni preučeno vprašanje, ali zaradi koncentracije, zlasti ker vključuje zmanjšanje števila albumov, ki jih je treba spremljati, trg ne bo postal dovolj pregleden, da bi omogočil kolektivni prevladujoči položaj. Poleg tega je treba v zvezi s tem opozoriti, da je Komisija v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah ugotovila:

„Načrtovana koncentracija naj bi olajšala spremljanje usklajevanja cen, ker bi vsaka glavna založba morala upoštevati samo ravnanje drugih treh akterjev pri določanju cen. Posledično bi bile JPC še bolj osredotočene na zelo omejen razpon cen za večino najboljše prodajanih albumov. Preglednost popustov bo tudi večja, ker bodo glavne založbe morale spremljati samo tri druge glavne založbe ob obisku trgovin in v stikih s trgovci na drobno.“

533 Iz tega sledi, da ugotovitve o preglednosti ne podpirajo analize, da koncentracija ne pomeni tveganja nastanka kolektivnega prevladujočega položaja.

534 Glede povračilnih ukrepov je treba najprej ugotoviti, da trditev Komisije v odgovoru na tožbo, da ni sprejela stališča o zadostnosti različnih mogočih povračilnih mehanizmov in da njena presoja ni zadevala tega vidika, kot izhaja iz uvodne izjave 157 Odločbe, ni združljiva z Odločbo.

535 Prav tako je treba trditev Komisije in intervenientov, da ni treba obravnavati vprašanja povračilnih ukrepov, ko Komisija ugotovi, da nima dokazov o zadostni preglednosti določanja cen za omogočanje dejanskega spremljanja, zavrniti, ker Odločba izrecno temelji na neobstoju povračilnih ukrepov in ker Sodišče prve stopnje presoje Komisije ne more nadomestiti s svojo in popraviti Odločbe.

Vsekakor utemeljitve ni mogoče sprejeti, ker je bilo razsojeno, da trditev, da trg ni bil dovolj pregleden, ali *a fortiori* trditev, da trg ne bi postal pregleden po koncentraciji, ni pravno zadostno obrazložena in vsebuje očitno napako pri presoji.

536 Nato je treba ugotoviti, da se je Komisija v Odločbi samo sklicevala na preučitev, ki jo je opravila v zvezi z obstojem kolektivnega prevladujočega položaja, in navedla, da ni odkrila zadostnih dokazov, da naj bi koncentracija olajševala „povračilne ukrepe, tako da je treba predvideti nastanek kolektivnega prevladujočega položaja preostalih štirih velikih glasbenih založb“.

537 Komisija pri tej preučitvi, kot je razvidno iz prvega tožbenega razloga, ni poskušala preveriti, ali obstajajo učinkoviti mehanizmi odvracanja, ampak odkriti dokaze o izvajanju povračilnih ukrepov v preteklosti. Ta pristop je vsekakor napačna razlaga pogoja, določenega v zgoraj v točki 45 navedeni sodbi Airtours proti Komisiji, glede preučitve ugotovitve nastanka kolektivnega prevladujočega položaja, ker mora ta temeljiti na prospektivni analizi. Jasno je namreč, da iskanje dokazov o izvajanju povračilnih ukrepov v preteklosti ne more biti veljaven test, ker je pogoj mogoče izpolniti kljub neobstoju vsakršnega povračilnega ukrepa v preteklosti. Ker presoja tveganja nastanka kolektivnega prevladujočega položaja zaradi koncentracije po definiciji ne temelji na obstoju predhodne skupne politike, merilo neizvajanja povračilnih ukrepov ni upoštevno. Odločba zato v tej točki vsebuje napako.

538 Poleg tega je iz Odločbe in spisa razvidno, da taka verodostojna in učinkovita sredstva odvracanja dejansko obstajajo v obravnavanem primeru, zlasti možnost

kaznovanja glasbene založbe, ki odstopa, tako da se jo izključi iz kompilacij. Komisija je v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah sicer jasno ugotovila učinkovitost tega sredstva odvratanja in Odločba ne vsebuje nobenega pojasnila o razlogih, zakaj naj ne bi bilo nazadnje tako. Prav nasprotno, analize v uvodnih izjavah od 115 do 118 Odločbe lahko potrdijo učinkovitost tega sredstva odvratanja. Namreč, potem ko je Komisija v uvodnih izjavah 115 in 116 Odločbe poudarila ekonomski pomen kompilacij več izvajalcev ali znamk, ki pomenijo približno od 15 do 20 % skupnega trga glasbenih posnetkov, in poudarila, da se zdi prisotnost izvajalcev, ki „pripadajo“ različnim glasbenim založbam, na nekem albumu ključni dejavnik uspeha kompilacije, v uvodni izjavi 117 Odločbe pojasnjuje, da bi „ob vztrajnem ‚odstopanju‘ ene od njih velike glasbene založbe [...] lahko torej to založbo izključile iz ustanavljanja novih skupnih podjetij ali ji zavrnilo pravico do uporabe njihovih naslovov v kompilaciji, in celo ukinile nekatera obstoječa skupna podjetja“. Nazadnje, v uvodni izjavi 118 Odločbe je navedeno, da Komisija vseeno ni odkrila nobenega dokaza o izključitvi drugih velikih glasbenih založb iz skupnega podjetja za kompilacijo v preteklosti, niti sledu o taki grožnji, in hkrati pojasnjeno, da bi „ti ukrepi [...] lahko na splošno bili verodostojni povračilni ukrepi na trgih glasbenih posnetkov“.

539 Posledično se Komisija, ne da bi storila napako, ni mogla opreti na neobstoječe dokazov o izvajanju povračilnih ukrepov v preteklosti, da bi ugotovila, da koncentracija ni mogla povzročiti nastanka kolektivnega prevladujočega položaja.

540 Poleg tega je treba opozoriti, da v Odločbi, kot je bilo ugotovljeno pri prvem tožbenem razlogu, ni naveden niti en primer, ko bi glavna založba odstopala od skupne politike določanja cen, ne da bi to povzročilo izvajanje povračilnega ukrepa, in da Komisija, ko jo je o tem vprašalo Sodišče prve stopnje, ni mogla navesti niti ene preiskave, ki naj bi jo opravila, da bi ugotovila, da ni odkrila nobenega dokaza, da so se v preteklosti uporabljali povračilni ukrepi ali vsaj grožnje v tem smislu.



541 Iz tega sledi, da je tudi drugi tožbeni razlog za razglasitev ničnosti utemeljen.

#### IV – *Splošni sklep*

542 Iz vseh zgornjih ugotovitev izhaja, da sta prvi in drugi tožbeni razlog utemeljena, ker Odločba po eni strani ni zadostno obrazložena in po drugi strani vsebuje očitno napako pri presoji, ker elementi, na katerih temelji, niso vsi upoštevni podatki, ki jih je treba upoštevati, in ne zadostujejo, da se podprejo sklepi, izpeljani iz teh podatkov.

543 Iz tega sledi, ne da bi bilo treba preučiti tožbeni razlog o krepitvi ali nastanku kolektivnega prevladujočega položaja na trgu na debelo za dovoljenja za glasbo na spletu ali tožbeni razlog o usklajevanju dejavnosti članic koncentracije na področju glasbenega založništva, da je treba Odločbo razglasiti za nično.

#### **Stroški**

544 V skladu s členom 87(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Vendar lahko Sodišče prve stopnje v skladu s členom 87(3) tega poslovnika, če vsaka stranka uspe samo deloma ali v izjemnih okoliščinah, odloči, da se stroški delijo ali da vsaka stranka nosi svoje stroške. Nazadnje, v skladu s členom 87(4) Poslovnika lahko Sodišče prve stopnje intervenientu naloži, da nosi svoje stroške.

545 V obravnavanem primeru je treba Odločbo razglasiti za nično in tožeča stranka je predlagala, naj se Komisiji naloži plačilo stroškov. Vendar je treba upoštevati naslednje okoliščine.

546 Glede tožeče stranke je treba ugotoviti, da čeprav je zelo vztrajala, da se zadeva kljub zapletenosti, ki jo je Komisija upravičeno poudarila, obravnava po hitrem postopku, vseeno ni sprejela ustreznega ravnanja, čeprav je Sodišče prve stopnje v odločbi, s katero je ugodilo predlogu za obravnavanje po hitrem postopku, izrecno poudarilo, da se ta odločba lahko razveljavi zaradi razvoja zadeve. Čeprav bi Sodišče prve stopnje seveda lahko končalo navedeni hitri postopek, je bilo treba vseeno upoštevati objektivno nujnost zadeve in močno prizadevanje drugih strank, zaradi česar je postajala ta možnost vedno manj primerna. Vendar se je pristop, ki ga je sprejela tožeča stranka in ni združljiv z obliko in vsebino hitrega postopka, postopno razvijal skozi različne faze postopka.

547 Prvič, obseg tožbe ter število tožbenih razlogov in trditev sta zelo presegala priporočene standarde za uporabo hitrega postopka in tožeča stranka ni predložila skrajšane različice tožbe niti ni odstopila od nekaterih tožbenih razlogov.

548 Drugič, ker so se Komisija, intervenienti in Sodišče prve stopnje dogovorili o ukrepu procesnega vodstva, s katerim bi se omogočil vpogled v nekatere zaupne dokumente ali elemente, in ga izpopolnili ob izmenjavi različnih obvestil in na neuradnem srečanju Sodišča prve stopnje, je tožeča stranka predlagala spremembo tega ukrepa, ki je sprožila pomembne ugovore drugih strank, in nazadnje umaknila ta predlog.

- 549 Tretjič, tožeča stranka je, potem ko je zaprosila za pravico in jo dobila, kar je sicer neobičajno v hitrem postopku, da predloži odgovor na dokaze, ki jih je Komisija navedla v odgovoru, nepravilno nasprotovala temu, da lahko Komisija v skladu z načelom upoštevanja kontradiktornosti odgovori z dodatnimi stališči.
- 550 Četrtrič, potem ko je tožeča stranka vztrajala pri hitri obravnavi, vseeno ni mogla potrditi razpoložljivosti za nobenega od štirih datumov, ki jih je predlagalo Sodišče prve stopnje, zaradi česar je bila obravnava preložena za več mesecev.
- 551 Petič, ker ji je bilo dovoljeno, da povsem izjemoma vloži stališča po obravnavi, če bodo strogo omejena na odgovore Komisije na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, je tožeča stranka, kot je Komisija upravičeno poudarila, vložila vlogo z več kot 50 stranmi brez prilog, v kateri je predvsem navedla številne trditve in dokaze, ki niso bili povezani z navedenimi vprašanji, ter navedla nove trditve in dokaze.
- 552 Poleg tega, čeprav je tožeča stranka uspela glede kolektivnega prevladujočega položaja na trgu glasbenih posnetkov, so bili njeni predlogi, naj se iz spisa izključijo vsi dokazi, ki jih je Komisija priložila odgovoru na tožbo, zavrtnjeni. Prav tako so njeni predlogi o domnevnem individualnem prevladujočem položaju družbe Sony na trgih za distribucijo glasbe na spletu popolnoma neutemeljeni, čeprav samo zato, ker

družba SonyConnect ob sprejetju Odločbe ni imela nobenega tržnega deleža, medtem ko so drugi akterji, zlasti družba Apple, že imeli pomemben položaj.

553 Glede Komisije, njene ugotovitve žal v več točkah včasih zelo odstopajo od analiz, ki jih je opravila v Odločbi, zaradi česar sta morala tožeča stranka in Sodišče prve stopnje stalno opravljati neobičajna preverjanja. Tako se trditve, da Komisija glede povračilnega mehanizma, ker njegova uporaba, ki zajema izključitev člana, ki odstopa od skupne politike za kompilacije, lahko povzroči izgubo dobičkov, ustvarjenih s kompilacijo, ni mogla sklepati, da je to verodostojen mehanizem, ali ni sprejela stališča o vprašanju povračilnih ukrepov, očitno ne ujemajo z ugotovitvami v uvodnih izjavah od 115 do 118 Odločbe, v katerih nasprotno priznava učinkovitost tega povračilnega mehanizma (kot je bilo že izrecno ugotovljeno v točkah od 128 do 132 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah), ampak kažejo, da Komisija ni odkrila dokaza o njegovem izvajanju. Prav tako se trditve Komisije, da je v uvodni izjavi 169 Odločbe sklepala, da je preglednost trga na trgih za dovoljenja za glasbo na spletu omejena zaradi neobstoja splošno znanih veleprodajnih cen za dovoljenja, ne ujema s trditvijo, ki je tudi navedena v Odločbi, da je „preglednost vsekakor večja na trgu za dovoljenja za glasbo na spletu kot na tradicionalnem trgu glasbenih posnetkov“.

554 Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišče prve stopnje meni, da bodo okoliščine primera pravično presojene, če se odloči, da Komisija nosi svoje stroške in tri četrtine stroškov, ki jih je priglasila tožeča stranka, intervenienti pa nosijo svoje stroške v skladu s členom 87(4) Poslovnika.

Iz teh razlogov je

**SODIŠČE PRVE STOPNJE (tretji senat)**

razsodilo:

- 1. Odločba Komisije C(2004)2815 z dne 19. julija 2004 o razglasitvi koncentracije za združljivo s skupnim trgov in delovanjem Sporazuma EGP (zadeva COMP/M.3333 – Sony/BMG) se razglasi za nično.**
- 2. Komisija nosi svoje stroške in tri četrtine stroškov, ki jih je priglasila tožeča stranka.**
- 3. Tožeča stranka nosi eno četrtino svojih stroškov.**
- 4. Intervenienti nosijo svoje stroške.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourggu, 13. julija 2006.

Sodni tajnik

Predsednik

E. Coulon

M. Jaeger

## Stvarno kazalo

Dejansko stanje .....	II - 2300
Postopek in predlogi strank .....	II - 2303
Pravo .....	II - 2307
I – Dokazi, priloženi k odgovoru na tožbo .....	II - 2308
A – Trditve strank .....	II - 2308
B – Presoja Sodišča prve stopnje .....	II - 2309
II – Prvi tožbeni razlog: krepitev prej obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja na trgu glasbenih posnetkov .....	II - 2311
A – Trditve tožeče stranke .....	II - 2312
1. Prvi del .....	II - 2312
a) Kršitev obveznosti obrazložitve .....	II - 2313
Homogenost proizvoda .....	II - 2314
Preglednost .....	II - 2314
Sredstva odvrčanja .....	II - 2315
Protiutež .....	II - 2315
b) Očitna napaka pri presoji .....	II - 2316
Homogenost proizvoda .....	II - 2316
Preglednost .....	II - 2317
– Splošna trditev .....	II - 2317
– Splošne ugotovitve o novih dokazih .....	II - 2320
– Posamezna preučitev različnih dokazov .....	II - 2324
	II - 2487

Sredstva odvrčanja .....	II - 2333
Protiutež .....	II - 2333
Neobstoj dejanske analize skupne politike .....	II - 2334
c) Napačna uporaba prava o kolektivnih prevladujočih položajih .	II - 2335
2. Drugi del .....	II - 2336
B – Trditve Komisije .....	II - 2337
1. Odločba Komisije in dokazi, na katere se je oprla .....	II - 2337
a) Ozadje .....	II - 2337
b) Pet velikih trgov (Nemčija, Združeno kraljestvo, Francija, Italija, Španija) .....	II - 2338
Uskladitev povprečnih neto cen in JPC .....	II - 2338
Zapletenost in JPC .....	II - 2339
Uskladitev in zapletenost popustov .....	II - 2341
Preglednost popustov .....	II - 2350
Strukturne povezave .....	II - 2353
Povračilni ukrepi .....	II - 2354
c) Druge države članice .....	II - 2355
2. Nepravilna predstavitev Odločbe v tožbi .....	II - 2356
3. Prvi del .....	II - 2357
a) Kršitev obveznosti obrazložitve .....	II - 2357
Homogenost proizvoda .....	II - 2359
Preglednost .....	II - 2360
Sredstva odvrčanja .....	II - 2361
Protiutež .....	II - 2361

IMPALA PROTI KOMISIJI

b)	Očitna napaka pri presoji in nepravilna uporaba prava .....	II - 2362
	Homogenost proizvoda .....	II - 2363
	Preglednost .....	II - 2363
	Sredstva odvracanja in protiutež .....	II - 2373
	Analiza skupne politike .....	II - 2373
4.	Drugi del .....	II - 2375
C –	Trditve intervenientov .....	II - 2375
1.	Uvodne ugotovitve .....	II - 2375
2.	Preučitev trditev tožeče stranke .....	II - 2378
a)	Akcijski popusti .....	II - 2378
b)	Neskladnost .....	II - 2379
c)	Neobstoj preglednosti .....	II - 2380
3.	Različni vidiki, ki niso omenjeni v Odločbi .....	II - 2380
D –	Presoja Sodišča prve stopnje .....	II - 2381
1.	Splošne ugotovitve .....	II - 2381
2.	Pojem kolektivnega prevladujočega položaja .....	II - 2382
3.	Odločba Komisije .....	II - 2385
4.	Preglednost .....	II - 2392
a)	Očitek, ki se nanaša na nezadostno obrazložitev .....	II - 2392
b)	Očitek, ki se nanaša na očitno napako pri presoji .....	II - 2407
	Dejavniki preglednosti, ugotovljeni v Odločbi .....	II - 2411
	Elementi, ki lahko povzročijo nepreglednost trga .....	II - 2418
	– Nepreglednost akcijskih popustov .....	II - 2430
	– Upoštevnost akcijskih popustov .....	II - 2444
c)	Sklep o preglednosti .....	II - 2453
		II - 2489



5. Homogenost .....	II - 2453
6. Povračilni ukrepi .....	II - 2454
7. Sklep o prvem tožbenem razlogu .....	II - 2458
III – Drugi tožbeni razlog: nastanek kolektivnega prevladujočega položaja na trgih glasbenih posnetkov .....	II - 2461
A – Trditve tožeče stranke .....	II - 2461
1. Nepravilna uporaba prava .....	II - 2461
a) Neobstoj prospektivne analize .....	II - 2462
b) Preglednost .....	II - 2463
c) Sredstva odvrčanja .....	II - 2463
d) Protiutež .....	II - 2464
2. Kršitev obveznosti obrazložitve .....	II - 2464
3. Očitna napaka pri presoji .....	II - 2467
B – Trditve Komisije .....	II - 2468
1. Nepravilna uporaba prava .....	II - 2468
a) Neobstoj prospektivne analize .....	II - 2468
b) Preglednost .....	II - 2470
c) Sredstva odvrčanja in protiutež .....	II - 2470
2. Kršitev obveznosti obrazložitve .....	II - 2471
3. Očitna napaka pri presoji .....	II - 2473
C – Trditve intervenientov .....	II - 2474
D – Presoja Sodišča prve stopnje .....	II - 2475
IV – Splošni sklep .....	II - 2482
Stroški .....	II - 2482