

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 13. decembra 2007<sup>1</sup>

Kazalo

I	– Uvod .....	I - 4963
II	– Pravni okvir .....	I - 4963
III	– Dejansko stanje in potek postopka .....	I - 4966
	A – Koncentracija .....	I - 4966
	B – Problem kolektivnega prevladujočega položaja .....	I - 4967
	C – Upravni postopek in prva odločba Komisije o odobritvi .....	I - 4969
	D – Postopek na prvi stopnji .....	I - 4970
	E – Pritožbeni postopek .....	I - 4970
	F – Ponovni upravni postopek in druga odločba Komisije o odobritvi .....	I - 4971
IV	– Predhodna vprašanja v zvezi s presojo pritožbe .....	I - 4972
	A – Dopustnost posameznih pritožbenih razlogov .....	I - 4972
	1. Dopustnost petega pritožbenega razloga .....	I - 4973
	2. Dopustnost preostalih pritožbenih razlogov .....	I - 4974
	3. Vmesni sklep .....	I - 4974
	B – Primernost pritožbe za dosego zastavljenega cilja .....	I - 4975
	1. Zatrjevana zamujena priložnost pritožnikov, da izpodbijata odločilni del izpodbijane sodbe .....	I - 4975
	2. Razlogi izpodbijane sodbe, ki ne podpirajo njenega izreka .....	I - 4976

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

3. Vmesni sklep .....	I - 4977
C – Nadaljnji obstoj pravnega interesa .....	I - 4977
V – Utemeljenost pritožbe .....	I - 4981
A – Obseg preiskave in obveznosti obrazložitve, ki se zahteva za odločbe Komisije o odobritvi (prvi, drugi, tretji in šesti pritožbeni razlog) .....	I - 4982
1. Obrazložitev odločb o odobritvi v okviru nadzora koncentracij (prvi in tretji del šestega pritožbenega razloga) .....	I - 4982
a) Izpodbojnost odločb o odobritvi zaradi pomanjkljive obrazložitve .....	I - 4983
b) Obseg obveznosti obrazložitve .....	I - 4985
– Izpodbijana sodba .....	I - 4986
– Presoja .....	I - 4987
c) Preostalo .....	I - 4991
d) Vmesni sklep .....	I - 4993
2. Sklicevanje Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih (prvi pritožbeni razlog in drugi del šestega pritožbenega razloga) .....	I - 4993
a) Razmerje med odločbo o odobritvi in izjavo o ugovorih, kot ga na splošno razume Sodišče prve stopnje .....	I - 4994
– Izpodbijana sodba .....	I - 4994
– Presoja .....	I - 4994
b) Konkretni sklici Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih .....	I - 4997
c) Vmesni sklep .....	I - 5002
3. Dokazna vrednost dejstev, predstavljenih v odgovoru na ugovore (drugi pritožbeni razlog; prvi del tretjega pritožbenega razloga) .....	I - 5002
a) Izpodbijana sodba .....	I - 5002
b) Presoja .....	I - 5003
4. Dokazni standard za odobritev koncentracij (drugi del tretjega pritožbenega razloga) .....	I - 5006
	I - 4961

a)	Zatrjevana nesorazmernost zahtev za odločbe o odobritvi in o prepovedi v Uredbi o združitvah .....	I - 5007
–	Odločbe s področja nadzora koncentracij so odločbe o napovedi ...	I - 5007
–	Sorazmernost zahtev za odobritve in prepovedi .....	I - 5009
–	Neobstoj splošne domneve o združljivosti s skupnim trgom .....	I - 5011
–	Vmesni sklep .....	I - 5013
b)	Dokazni standard, ki ga je v obravnavanem primeru uporabilo Sodišče prve stopnje .....	I - 5013
c)	Vmesni sklep .....	I - 5014
B –	Meje proste presoje dejstev in dokazov Sodišča prve stopnje (četrti pritožbeni razlog) .....	I - 5014
1.	Diskrecijska pravica Komisije in njen sodni nadzor .....	I - 5015
a)	Izpodbijana sodba .....	I - 5015
b)	Presoja .....	I - 5016
2.	Očitek izkrivljanja dokazov .....	I - 5018
a)	Točka 425 izpodbijane sodbe .....	I - 5019
b)	Točka 427 izpodbijane sodbe .....	I - 5020
c)	Točka 434 izpodbijane sodbe .....	I - 5021
3.	Vmesni sklep .....	I - 5022
C –	Uporaba zaupnih podatkov v izpodbijani sodbi (sedmi pritožbeni razlog) ....	I - 5023
D –	Vmesni sklep .....	I - 5025
VI –	Domnevna nasprotna pritožba .....	I - 5025
VII –	Stroški .....	I - 5026
VIII –	Predlog .....	I - 5027
I -	4962	

## I – Uvod

1. Obravnavani primer je priložnost za nadaljnji razvoj sodne prakse Sodišča na področju nadzora koncentracij na ravni Skupnosti. V bistvu gre pri tem za dejansko zelo pomembno vprašanje, kako obsežna preiskava in kako obsežna obrazložitev se lahko zahtevata od Komisije, kadar *odobri* koncentracijo podjetij.

2. Ozadje tega primera je postopek nadzora koncentracij, ki se nanaša na trge posnetih nosilcev zvoka, spletne glasbe in glasbenega založništva. Skupini družb Bertelsmann in Sony sta se konec leta 2003 dogovorili, da bosta združili globalni dejavnosti na področju nosilcev zvoka. Komisija je ta načrt koncentracije po začetnih dvomih odobrila z odločbo z dne 19. julija 2004<sup>2</sup> (v nadaljevanju: prva odločba o odobritvi).

3. Tej koncentraciji je nasprotoval Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), mednarodno združenje belgijskega prava, ki mu pripada 2500 neodvisnih podjetij, ki se ukvarjajo z glasbeno produkcijo. Na podlagi njegove tožbe je Sodišče prve stopnje s sodbo z dne

13. julija 2006<sup>3</sup> (v nadaljevanju: izpodbijana sodba) za nično razglasilo prvo odločbo o odobritvi.

4. Bertelsmann in Sony sta se s pritožbo zoper izpodbijano sodbo obrnila na Sodišče. Pritožnika v glavnem menita, da je Sodišče prve stopnje prekoračilo zahteve, ki jih pravo določa za odločbo Komisije o odobritvi in za njen sodni nadzor.

5. Predhodno pa je treba raziskati vprašanje, ali pritožnika sploh še imata pravni interes, saj je Komisija medtem 3. oktobra 2007 njuno koncentracijo ponovno odobrila.

## II – Pravni okvir

6. Pravni okvir tega primera je Uredba Sveta (EGS) št. 4064/89 z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij (v nadaljevanju: Uredba o združitvah),<sup>4</sup>

2 – Odločba Komisije 2005/188/ES z dne 19. julija 2004 o razglasitvi koncentracije za združljivo s skupnim trgov in delovanjem Sporazuma EGP (zadeva št. COMP/M.3333 – SONY/BMG), notificirana pod dokumentarno številko C(2004) 2815 (UL 2005, L 62, str. 30).

3 – Sodba Sodišča prve stopnje z dne 13. julija 2006 v zadevi Impala proti Komisiji (T-464/04, ZOdl., str. II-2289).

4 – UL L 395, str. 1; po popravku ponovno objavljena v UL 1990, L 257, str. 13.

kot je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 1310/97.<sup>5</sup>

7. Za koncentracije na ravni Skupnosti v smislu Uredbe o združitvah velja prepoved izvajanja in prigrasiti jih je treba Komisiji (člena 4 in 7 Uredbe o združitvah). Ta presodi, ali so združljive s skupnim trgom (člen 2(1) Uredbe o združitvah).

8. Odobritev ali prepoved koncentracije je odvisna od tega, ali ustvari ali krepi prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu. V zvezi s tem člen 2(2) in (3) Uredbe o združitvah določa:

„2. Koncentracija, ki ne ustvari ali krepi prevladujočega položaja, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu, se razglasi za združljivo s skupnim trgom.

3. Koncentracija, ki ustvari ali krepi prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu, se razglasi za nezdružljivo s skupnim trgom.“

9. *Postopek nadzora koncentracij* sestavljata dve fazi: prva faza vsebuje le predhodni preizkus načrta koncentracije. Če ta predhodni preizkus pokaže, da obstaja resen dvom glede združljivosti koncentracije s skupnim trgom, potem v drugi fazi sledi uradni postopek preizkusa, ki ga uvede Komisija v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe o združitvah.<sup>6</sup>

10. Člen 8 Uredbe o združitvah določa *pooblastila Komisije za odločanje* v uradnem postopku preizkusa:

„1. [...] [V]sak postopek, ki se začne na podlagi člena 6(1)(c), [se] konča z odločbo, v skladu z odstavki od 2 do 5 tega člena.

5 – Uredba 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, s popravki v UL 1998, L 3, str. 16, in UL 1998, L 40, str. 17).

6 – Če pri neki koncentraciji, kot je to pogosto v praksi, ne obstaja noben resen dvom glede njene združljivosti s skupnim trgom, potem pride do odobritve brez uvedbe uradnega postopka nadzora koncentracij že na podlagi predhodnega preizkusa. Komisija v takih primerih v skladu s členom 6(1)(b) Uredbe o združitvah *odloči, da koncentraciji ne bo nasprotovala*, in jo razglasi za združljivo s skupnim trgom.

2. Če Komisija ugotovi, da priglašena koncentracija po spremembi, ki so jo izvedla udeležena podjetja, če je to potrebno, izpolnjuje merilo, določeno v členu 2(2), [...] izda odločbo, na podlagi katere razglasi koncentracijo za združljivo s skupnim trgov. [...]

in podjetniškim združenjem možnost, da na vsaki fazi postopka vse do posvetovanja s Svetovalnim odborom predstavijo svoje poglede na očitke, ki jih zadevajo.

3. Če Komisija ugotovi, da koncentracija izpolnjuje merilo, določeno v členu 2(3), [...] izda odločbo, na podlagi katere razglasi koncentracijo za nezdružljivo s skupnim trgov.

[...]

[...]“

3. Odločba Komisije temelji le na ugovorih, o katerih so lahko stranke predstavile svoja stališča. Pravice do obrambe se v postopku povsem spoštujejo. [...]“

11. Pred morebitno izdajo odločbe o preprovidi v skladu s členom 8(3) Uredbe o združitvah se zaslišijo podjetja, udeležena pri koncentraciji. V ta namen jim Komisija posreduje pisno *izjavo o ugovorih*, h kateri lahko podajo pisne in po potrebi tudi ustne pripombe. Glede tega člen 18 Uredbe o združitvah določa:<sup>7</sup>

12. Celotni postopek nadzora koncentracij zaznamuje *zahteva po pospešitvi*, ki se uresničuje predvsem z dobro uravnoteženim, sorazmerno strogim režimom rokov in je namenjena omejitvi trajanja postopka nadzora koncentracij.<sup>8</sup> Če Komisija o združljivosti koncentracije s skupnim trgov ne odloči v predpisanem roku, nastane *fikcija odobritve*, ki je v členu 10(6) Uredbe o združitvah opisana tako:

„1. Pred sprejetjem kakršne koli odločbe, predvidene v [...] členu 8(3) do (5) [...], Komisija dá zadevnim osebam, podjetjem

8 – Sodbi z dne 25. septembra 2003 v zadevi Schlüsselverlag J. S. Moser in drugi proti Komisiji (C-170/02 P, Recueil, str. I-9889, točka 33) in z dne 22. junija 2004 v zadevi Portugalska proti Komisiji (C-42/01, ZOdl., str. I-6079, točka 51); glej tudi sodbi Sodišča prve stopnje z dne 27. novembra 1997 v zadevi Kaysersberg proti Komisiji (T-290/94, Recueil, str. II-2137, točka 113) in z dne 20. novembra 2002 v zadevi Lagardère in Canal+ proti Komisiji (T-251/00, Recueil, str. II-4825, točka 108) ter moje sklepne predloge z dne 26. aprila 2007 v zadevi Cementbouw Handel & Industrie proti Komisiji (C-202/06 P, še nerešena zadeva pred Sodiščem točka 41).

7 – Glej tudi člene od 11 do 15 Uredbe Komisije (ES) št. 447/98 z dne 1. marca 1998 o priligastvah, rokih in zaslišanjih, predpisanih z Uredbo Sveta (EGS) št. 4064/89 o nadzoru koncentracij podjetij (UL L 61, str. 1).

„Če Komisija ne sprejme odločbe v skladu s členom 6(1)(b) ali (c) ali členom 8(2) ali (3) v rokih, [...] se [...] razume, da je koncentracija razglašena za združljivo s skupnim trgov.“

*Uredba ES o združitvah*<sup>10</sup> pa se v skladu z njenim členom 26(1) uporablja šele od 1. maja 2004 in zato za obravnavani primer ni pomembna; v primerih, kot je obravnavani, se v skladu z drugim odstavkom te določbe še naprej uporabljajo dotedanji pravni predpisi.

13. Glede posledic razglasitve ničnosti odločbe Komisije s strani sodišča Skupnosti člen 10(5) Uredbe o združitvah določa:

### III – Dejansko stanje in potek postopka

„Če se na podlagi sodbe Sodišča Evropskih skupnosti odločba Komisije, sprejeta v skladu s to uredbo, v celoti ali delno razveljavi, začnejo roki, določeni v tej uredbi, ponovno teči od dneva izdaje sodbe.“

#### A – Koncentracija

14. Komisija v večini postopkov nadzora koncentracij deluje tudi kot organ Evropskega gospodarskega prostora za nadzor koncentracij<sup>9</sup> in odloča o združljivosti koncentracij s Sporazumom EGP.

16. Bertelsmann AG<sup>11</sup> je mednarodno dejavno medijsko podjetje z dejavnostmi po vsem svetu na področjih nosilcev zvoka in glasbenega založništva, televizije, radia, knjižnega in časopisnega založništva, tiskarskih in medijskih storitev ter knjižnih in glasbenih klubov. Bertelsmann na področju nosilcev zvoka deluje prek svoje 100-odstotno odvisne družbe Bertelsmann Music Group (BMG).<sup>12</sup>

15. Uredba o združitvah je bila v bistvenih točkah spremenjena leta 2004. *Novelirana*

9 – Člen 57(1) in (2)(a) Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru („Sporazum EGP“, UL 1994, L 1, str. 3).

10 – Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij („Uredba ES o združitvah“), UL L 24, str. 1 (v nadaljevanju tudi: Uredba št. 139/2004).

11 – V nadaljevanju: Bertelsmann.

12 – V zvezi s tem in nadaljnjim besedilom glej točke od 3 do 6 izpodbijane sodbe.

17. Sony Corporation of America<sup>13</sup> spada k skupini Sony in po vsem svetu deluje na področjih nosilcev zvoka, glasbenega založništva, industrijske in potrošniške elektronike ter zabave. Sony na glasbenem področju deluje prek podjetja Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann in Sony sta se z Business Contribution Agreement (sporazum o udeležbi podjetij) z dne 11. decembra 2003 dogovorila, da bosta globalno dejavnost na področju nosilcev zvoka (razen dejavnosti družbe Sony na Japonskem) združila in jo prenesla na vsaj tri nova podjetja. Ta podjetja v okviru skupnega podjetja naj bi delovala pod imenom „Sony BMG“.

19. Sony BMG naj bi v skladu s sporazumom skrbel za odkrivanje in spodbujanje izvajalcev<sup>14</sup> ter za trženje in prodajo posnetih nosilcev zvoka. Nasprotno pa naj k njegovim dejavnostim ne bi spadale sorodne dejavnosti, kot so izdaja, produkcija in dobava nosilcev zvoka.

20. Kot sta Bertelsmann in Sony potrdila v postopku pred Sodiščem, je bila koncentracija v letu 2004 v celoti izvedena.

B – *Problem kolektivnega prevladujočega položaja*

21. Kot vse koncentracije na ravni Skupnosti je bilo treba načrt družb Bertelsmann in Sony v skladu s členom 2 Uredbe o združitvah preizkusiti glede tega, ali bi lahko ustvaril ali krepil prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu.

22. Konkretno pri tem ni šlo morda za prevladujoči položaj Sony BMG na enem trgu, ampak za nevarnost nastanka ali krepitve *kolektivnega prevladujočega položaja* petih proizvajalcev posnetih nosilcev zvoka, ki delujejo po vsem svetu,<sup>15</sup> tako imenovanih „top skupin družb“ („Majors“) s področja svetovne glasbene industrije, katerih število se je zaradi koncentracije znižalo s pet na štiri.

23. Sodišče je že v sodbi „Kali & Salz“<sup>16</sup> pojasnilo, da s pojmom prevladujočega položaja v smislu Uredbe o združitvah ni mišljen le individualni, ampak tudi kolektivni prevladujoči položaj. Kolektivni prevladujoči položaj

13 – V nadaljevanju: Sony.

14 – Tako imenovani „A & R“ („Artists and Repertoire“).

15 – Prva odločba o odobritvi in tudi izpodbijana sodba pod tem izrazom razumeta naslednje proizvajalce: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WVG) in EMI Group (prvotno: Electric and Musical Industries).

16 – Sodba z dne 31. marca 1998 v združenih zadevah Francija in drugi proti Komisiji, „Kali & Salz“ (C-68/94 in C-30/95, Recueil, str. I-1375, točke od 164 do 178); glej tudi sodbo Sodišča prve stopnje z dne 25. marca 1999 v zadevi Gencor proti Komisiji (T-102/96, Recueil, str. II-753, točke od 123 do 156).



imata lahko dve podjetji (duopol) ali več podjetij (oligopol).<sup>17</sup>

prevladujočega položaja in v tu izpodbijani sodbi povzelo takole:

24. Kolektivni prevladujoči položaj ne pomeni nujno, da bi morali člani oligopola med seboj sklepati *dogovore*, na primer protikonkurenčne sporazume v smislu člena 81 ES.<sup>18</sup> Kolektivni prevladujoči položaj lahko namreč temelji tudi na *tihem usklajevanju konkurenčnega ravnanja*<sup>19</sup> vseh članov oligopola. Člani oligopola se potem zadovoljijo s tržnimi deleži, ki so jih dosegli, med njimi pa ni več nikakršne učinkovite konkurence.<sup>20</sup>

„Prvič mora biti trg tako pregleden, da udeležena podjetja lahko zadostno nadzirajo, ali se upoštevajo podrobna pravila usklajevanja. Drugič mora zaradi disciplinskih razlogov obstajati neke vrste odvrtilni mehanizem za odstopanja od skupnega ravnanja. Tretjič odzivi podjetij, ki niso udeležena pri usklajenem ravnanju, kot so na primer trenutni ali prihodnji konkurenti, ali odzivi kupcev ne smejo ogroziti predvidenega učinka usklajevanja.“<sup>22</sup>

25. Pogoj za domnevo kolektivnega prevladujočega položaja pa potem je, da zadevni trg trajno sploh dopušča tiho usklajevanje konkurenčnega ravnanja članov oligopola. Iz tega je mogoče razbrati tri merila, ki jih je Sodišče prve stopnje razvilo v sodbi *Airtours*<sup>21</sup> zaradi ugotovitve kolektivnega

26. V obravnavanem primeru je zlasti zanimivo prvo izmed teh treh tako imenovanih „meril *Airtours*“, torej vprašanje, ali so trgi posnetih nosilcev zvoka dovolj pregledni, da omogočajo tiho usklajevanje „top“ skupin družb. V bistvu so stranke postopka v sporu glede tega, kako obsežno preiskavo in obrazložitev je Sodišče prve stopnje lahko v zvezi s tem zahtevalo od Komisije.

17 – Sodbi *Gencor* proti Komisiji (navedena v opombi 16, točki 276 in 277) in z dne 6. junija 2002 v zadevi *Airtours* proti Komisiji (T-342/99, Recueil, str. II-2585, točke od 59 do 61).

18 – Sodba z dne 16. marca 2000 v zadevi *Compagnie maritime belge transports* in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točka 45), ki se nanaša na člen 82 ES.

19 – Običajno se to zgodi s *protikonkurenčno vzporednostjo ravnanj*. Komisija pa je v zadevi COMP/M.2201 – MAN/Auwärter preverjala koncentracijo glede tega, ali je omogočala trajno tiho usklajevanje konkurenčnega ravnanja dveh duopolistov zunaj klasičnih oblik protikonkurenčne vzporednosti ravnanj (odločba 2002/335/ES, UL 2002, UL L 116, str. 35, glej tam zlasti od 33. do 35. uvodne izjave).

20 – K vsemu temu glej tudi sodbo *Gencor* proti Komisiji (navedena v opombi 16, točka 276).

21 – Sodba *Airtours* proti Komisiji (navedena v opombi 17, točka 62).

22 – Točka 247 izpodbijane sodbe. V istem smislu sodba z dne 8. julija 2003 v zadevi *Verband der freien Rohrwerke* in drugi proti Komisiji (T-374/00, Recueil, str. II-2275, točka 186) in – nanašajoč se na člen 82 ES – sodba z dne 26. januarja 2005 v zadevi *Piau* proti Komisiji (T-193/02, ZOdL, str. II-209, točka 111).

*C – Upravni postopek in prva odločba Komisije o odobritvi* glede združljivosti s skupnim trgov in Sporazumom EGP.

27. Pri Komisiji je bil 9. januarja 2004 priglašen načrt koncentracije v skladu s členom 4 Uredbe o združitvah.<sup>23</sup>

28. Komisija je 20. januarja 2004 v fazi predhodnega preizkusa („faza I“ postopka nadzora koncentracij) številnim tržnim subjektom poslala vprašalnik.

29. Impala je izpolnil ta vprašalnik in poleg tega 28. januarja 2004 vložil še posebno vlogo, v kateri je obrazložil, zakaj mora Komisija po njegovem mnenju načrt razglasiti za nezdružljiv s skupnim trgov. Impala je v tem dopisu izrazil pomisleke zaradi večje koncentracije na trgu in vplivov, ki bi jih ta imela na dostop do trga, skupaj s prodajnim sektorjem, mediji in internetom, ter na odločitev potrošnika.

30. Komisija je nato 12. februarja 2004 v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe o združitvah uvedla uradni postopek preizkusa („faza II“ postopka nadzora koncentracij), saj naj bi priglašeni načrt sprožal resne dvome

31. Postopek je bil začasno ustavljen od 7. aprila do 5. maja 2004 v skladu s členom 11(5) Uredbe o združitvah, ker stranki koncentracije nista v celoti odgovorili na zahtevo Komisije po podatkih.<sup>24</sup>

32. Komisija je 24. maja 2004 strankama koncentracije poslala izjavo o ugovorih, v kateri je prišla do predhodne ugotovitve, da je priglašeni načrt nezdružljiv s skupnim trgov in Sporazumom EGP, saj naj bi krepil kolektivni prevladujoči položaj na trgu posnetih nosilcev zvoka in na trgu trgovine na debelo za licence za spletno glasbo in usklajeval ravnanje matičnih družb na način, ki je nedopusten v skladu s členom 81 ES.

33. Stranki koncentracije sta odgovorili na izjavo o ugovorih; pooblaščenec Komisije za zaslišanje je stranki zaslišal 14. in 15. junija 2004, zaslišanja pa se je udeležil tudi Impala.

23 – K temu in k nadaljnjemu besedilu glej točko 2 in točke od 7 do 11 izpodbijane sodbe.

24 – K temu glej končno poročilo pooblaščenca za zaslišanje (UL 2005, C 59, str. 2).

34. Komisija je naposled s prvo odločbo o odobritvi z dne 19. julija 2004 razglasila, da je načrt koncentracije v skladu s členom 8(2) Uredbe o združitvah združljiv s skupnim trgom in Sporazumom EGP. Ta odobritev ni vsebovala pogojev ali zahtev.

četrtnine lastnih stroškov. Intervenientom je naložilo plačilo lastnih stroškov.

#### D – Postopek na prvi stopnji

35. Impala je 3. decembra 2004 zoper prvo odločbo o odobritvi vložil tožbo pred Sodiščem prve stopnje in predlagal, naj se ta odločba razglasi za nično<sup>25</sup> in Komisiji naloži plačilo stroškov postopka. Komisija pa je predlagala, naj se tožba zavrne in družbi Impala naloži plačilo stroškov. Pri tem so jo podprli Bertelsmann in Sony ter Sony BMG Music Entertainment, ki jim je Sodišče prve stopnje s sklepom predsednika tretjega senata z dne 4. februarja 2005 dopustilo udeležbo kot intervenientom.

36. Sodišče prve stopnje je prvo odločbo o odobritvi z izpodbijano sodbo razglasilo za nično in Komisiji naložilo plačilo lastnih stroškov ter treh četrtin stroškov družbe Impala. Družbi Impala sami je naložilo plačilo ene

#### E – Pritožbeni postopek

37. Bertelsmann in Sony (v nadaljevanju tudi: pritožnika) sta s skupaj vloženo pritožbo, ki je v sodno tajništvo Sodišča prispela 13. julija 2006, Sodišču predlagala, naj

- razveljavi izpodbijano sodbo,
- zavrne predlog družbe Impala za razglasitev ničnosti odločbe Komisije ali, podredno, zadevo vrne v ponovno odločanje Sodišču prve stopnje, in
- družbi Impala naloži plačilo stroškov tega postopka.

38. Sony BMG Music Entertainment se v celoti pridružuje pritožbi ter predlogom družb Bertelsmann und Sony.

<sup>25</sup> – Impala je podredno predlagal, naj se prva odločba o odobritvi razglasi za nično v določenih točkah; k temu glej tretjo alineo točke 29 izpodbijane sodbe.

39. Komisija Sodišču predlaga, naj

– razveljavi izpodbijano sodbo,

– zavrne ničnostno tožbo zoper prvo odločbo o odobritvi ali, podredno, zadevo vrne v ponovno odločanje Sodišču prve stopnje, in

– družbi Impala naloži plačilo stroškov Komisije v tem postopku.

40. Impala Sodišču predlaga, naj

– pritožbo zavrne kot neutemeljeno, in/ali zavrže kot deloma nedopustno, ali zavrže kot v celoti nedopustno,

– ohrani v veljavi izpodbijano sodbo in

– pritožnikoma naloži plačilo stroškov tega postopka.

41. Postopek v zvezi s pritožbo pred Sodiščem je bil najprej pisni, nato je 6. novembra 2007 sledila obravnava.

*F – Ponovni upravni postopek in druga odločba Komisije o odobritvi*

42. Ker je bila z izpodbijano sodbo prva odločba o odobritvi razglašena za nično, je Komisija v tej zadevi znova izpeljala postopek nadzora koncentracij<sup>26</sup> (k temu glej tudi člen 10(5) Uredbe o združitvah), ki je nujno potekal *vzporedno z obravnavanim pritožbenim postopkom*, saj pritožba nima odložilnega učinka (člen 60(1) Statuta Sodišča).

43. Tako je bila koncentracija zaradi ponovnega preizkusa skladnosti s konkurenčnim pravom 31. januarja 2007 priglašena Komisiji, ki je 1. marca 2007 v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe o združitvah uvedla uradni postopek preizkusa („faza II“).

44. Postopek nadzora koncentracij je bil končan z odločbo z dne 3. oktobra 2007,

<sup>26</sup> – K temu in k nadaljnjim navedbam glej sporočili za javnost Komisije z dne 1. marca 2007 (IP/07/272) in z dne 3. oktobra 2007 (IP/07/1437).

s katero je Komisija v skladu s členom 8(2) Uredbe o združitvah ponovno razglasila koncentracijo za združljivo s skupnim trgom in Sporazumom EGP (v nadaljevanju: druga odločba o odobritvi). Ta odobritev ni vsebovala pogojev ali zahtev.

#### IV – Predhodna vprašanja v zvezi s presojo pritožbe

45. Pred presojo same pritožbe je treba preučiti, ali so njeni posamezni pritožbeni razlogi dopustni (glej spodaj pod A), ali je z njimi sploh mogoče doseči cilja, ki ga zasledujeta pritožnika (glej spodaj pod B), in ali še obstaja interes pritožnikov za nadaljevanje pritožbenega postopka, glede na to, da je Komisija medtem izdala drugo odločbo o odobritvi (glej spodaj pod C).

##### *A – Dopustnost posameznih pritožbenih razlogov*

46. Impala v celoti zanika dopustnost pritožbe, saj se z njo zahteva zgolj preizkus presoje dejstev, ki jo je opravilo Sodišče prve stopnje.

47. Spričo tega očitka se zdi primerno, da se spomni na merilo za presojo, ki izhaja iz člena 225(1) ES in iz člena 58(1) Statuta Sodišča in ki ga Sodišče uporablja v ustaljeni sodni praksi v pritožbenih postopkih<sup>27</sup>: pritožba je omejena na pravna vprašanja. Zato je samo Sodišče prve stopnje pristojno za ugotovitev in presojo relevantnih dejstev ter za presojo dokazov, presoja dejstev in dokazov pa, s pridržkom, da so izkrivljeni, ni pravno vprašanje, ki bi bilo kot takšno podvrženo nadzoru Sodišča v okviru pritožbe.

48. Ali je, nasprotno, Sodišče prve stopnje postavilo pretirane zahteve za obrazložitev odločbe Komisije, ali je pri presoji dejstev in dokazov uporabilo pravilna merila in ali je čisto na splošno pravilno uporabilo pravo v sodbi, je pravno vprašanje, ki je lahko predmet pritožbenega postopka.<sup>28</sup> Prav tako je pravno vprašanje, za katerega presojo je pristojno Sodišče, ali je Sodišče prve stopnje

27 – Glej na primer sodbi z dne 22. junija 2006 v zadevi Storck proti UUNT (C-24/05 P, ZOdl., str. I-5677, točka 36) in z dne 22. junija 2006 v zadevi Storck proti UUNT (C-25/05 P, ZOdl., str. I-5719, točka 40); glej tudi sodbe z dne 21. septembra 2006 v zadevi Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied proti Komisiji (C-105/04 P, ZOdl., str. I-8725, točki 69 in 70); z dne 10. maja 2007 v zadevi SGL Carbon proti Komisiji (C-328/05 P, ZOdl., str. I-3921, točka 41) in z dne 25. oktobra 2007 v zadevi Komninou in drugi proti Komisiji (C-167/06 P, točka 40).

28 – V tem smislu sodba z dne 25. januarja 2007 v zadevi Sumitomo Metal Industries proti Komisiji (C-403/04 P, ZOdl., str. I-735, točka 40); glej tudi moje sklepne predloge z dne 23. februarja 2006 v zadevi British Airways proti Komisiji (C-95/04 P, ZOdl., str. I-2331, točka 113). Posebej glede obveznosti obrazložitve glej sodbi z dne 20. novembra 1997 v zadevi Komisija proti V (C-188/96 P, Recueil, str. I-6561, točka 24) in z dne 20. februarja 1997 v zadevi Komisija proti Daffix (C-166/95 P, Recueil, str. I-983, točka 35).

pravno pravilno opredelilo dejstva in dokaze in iz njih izpeljalo pravno dopustne sklepe,<sup>29</sup> kot tudi, ali je upoštevalo predpise o dokaznem bremenu in dokaznem postopku.<sup>30</sup>

49. Če upoštevamo to merilo za presojo, potem obravnavane pritožbe v nasprotju s stališčem družbe Impala ni mogoče šteti za v celoti nedopustno. V tem smislu je namreč treba razlikovati med petim pritožbenim razlogom na eni strani in preostalimi pritožbenimi razlogi na drugi strani.

## 1. Dopustnost petega pritožbenega razloga

50. Najprej, kar zadeva peti pritožbeni razlog, ki se ukvarja s pogoji za določitev kolektivnega prevladujočega položaja, je ta sestavljen iz uvodnega dela<sup>31</sup> in več podrobnih točk kritike.<sup>32</sup>

29 – Sodbe z dne 17. decembra 1998 v zadevi Baustahlgewebe proti Komisiji (C-185/95 P, Recueil, str. I-8417, točka 23); Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 69); Sumitomo Metal Industries proti Komisiji (navedena v opombi 28, točka 39) in SGL Carbon proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 41).

30 – Sodbe Baustahlgewebe proti Komisiji (navedena v opombi 29, točka 24); Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 70); Sumitomo Metal Industries proti Komisiji (navedena v opombi 28, točki 38 in 39); SGL Carbon proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 41) in Komninou in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 40).

31 – Točke od 65 do 69 pritožbe.

32 – Točke od 70 do 80 pritožbe.

51. V *uvodnem delu* se v bistvu zastavlja vprašanje, ali se merila, ki jih je Sodišče prve stopnje nekoč samo razvilo v sodbi Airtours,<sup>33</sup> lahko različno strogo uporabijo pri ugotavljanju kolektivnega prevladujočega položaja, vsakič glede na to, ali je treba dokazati obstoj že obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja ali pa je treba za prihodnost podati napoved glede nevarnosti nastanka kolektivnega prevladujočega položaja zaradi koncentracije. S tem ta uvodni del petega pritožbenega razloga zadeva razlago meril iz sodbe Airtours. To je pravno vprašanje, ki je dopustno in je lahko predmet pritožbe.

52. Drugače velja za preostale *podrobne točke kritike*, ki se uveljavljajo v okviru petega pritožbenega razloga in ki jih je mogoče strniti takole: Sodišče prve stopnje naj bi zanemarilo neto cene trgovine na debelo ter pomen popustov, kar je oboje odločilno za preglednost trga, in se namesto tega zadovoljijo zgolj s preučevanjem cen po ceniku in maloprodajnih cen. Sodišče prve stopnje naj bi poleg tega preglednost popustov neustrezno izpeljevalo iz učinkov teh popustov na povprečne neto cene. Sodišče prve stopnje naj bi tudi nepravilno menilo, da je zapletena sestava cen nepomembna za presojo preglednosti. Končno, Sodišče prve stopnje naj bi napačno menilo, da za vprašanje preglednosti niso pomembne razlike v cenah in nihanja cen.

33 – K temu glej točko 25 teh sklepnih predlogov in sodbo Airtours proti Komisiji (navedena v opombi 17, točka 62).

53. Te podrobne točke kritike v resnici ne merijo na presojo pravnih vprašanj, ampak nasprotno na to, da se v obravnavanem primeru podvomi o konkretni presoji dejstev in dokazov Sodišča prve stopnje. Kajti na to, kako cene po ceniku, maloprodajne cene, neto cene trgovine na debelo, povprečne neto cene, popusti, zapletenost sestave cen ter določene razlike v cenah in nihanja cen vplivajo na presojo preglednosti določenega trga, ni mogoče splošno obvezujoče odgovoriti, saj je odgovor odvisen od konkretne presoje vseh okoliščin posamičnega primera, zlasti od posebnih danosti prizadetega trga.

54. Z drugimi besedami naj bi tu Sodišče v konkretnem posamičnem primeru z lastno presojo dejstev in dokazov nadomestilo presojo Sodišča prve stopnje. To pa v pritožbenem postopku ni dopustno. Pred Sodiščem bi se kvečjemu lahko izpodbijalo, da je Sodišče prve stopnje izkrivljalo dejstva ali dokaze ali da je v okviru presoje dejstev in dokazov kršilo zakone mišljenja. Ne eno ne drugo pa se tu *ni* uveljavljalo, in razen teh izjem tudi ne more biti naloga Sodišča kot pritožbenega organa, da samo oceni, kakšen pomen imajo za presojo preglednosti trga v takšnem primeru dejavniki, kot so cene po ceniku, maloprodajne cene, neto cene trgovine na debelo, povprečne neto cene, popusti, zapletenost sestave cen ter določene razlike v cenah in nihanja cen.

55. Glede na navedeno je dopusten le uvodni del petega pritožbenega razloga, ne pa njegove podrobne točke kritike.

2. Dopustnost preostalih pritožbenih razlogov

56. Za preostale pritožbene razloge menim, da so brez omejitev dopustni, saj njihov predmet ni presoja dejstev in dokazov Sodišča prve stopnje kot takšnih. Ti pritožbeni razlogi se nasprotno nanašajo na *merila*, ki jih je Sodišče prve stopnje uporabilo pri presoji zakonitosti prve odločbe o odobritvi. Poleg tega gre za *dokazni standard*, ki mu je Komisija podvržena pri odobritvi koncentracij. Vse to so pravna vprašanja, ki so na dopusten način lahko predmet pritožbenega postopka.

3. Vmesni sklep

57. Medtem ko je torej dopusten le uvodni del petega pritožbenega razloga, so preostali pritožbeni razlogi v celoti dopustni.

B – *Primernost pritožbe za dosego zastavljene cilja*

58. Če odmislimo pravkar preučeno vprašanje dopustnosti posameznih pritožbenih razlogov, se v obravnavanem primeru zastavlja dodatno vprašanje, ali je pritožba sploh primerna za dosego cilja, ki ga zasledujeta pritožnika, to pomeni, za razveljavitev izpodbijane sodbe. Po eni strani sta morda pritožnika izpustila priložnost, da bi izpodbijala odločilni del izpodbijane sodbe (glej spodaj pod 1), po drugi strani pa se pritožba morda nanaša na dele obrazložitve sodbe, ki ne vsebujejo glavnih razlogov za izrek izpodbijane sodbe (glej spodaj pod 2).

1. Zatrjevana zamujena priložnost pritožnikov, da izpodbijata odločilni del izpodbijane sodbe

59. Impala najprej navaja, da pritožba skupno ni primerna za razveljavitev izpodbijane sodbe, saj naj bi pritožnika zamudila priložnost, da bi s pritožbo izpodbijala odločilni del sodbe.

60. Impala meni, da se pritožba namreč omejuje na izpodbijanje ugotovitev Sodišča prve stopnje glede vprašanja *krepite* že obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja, nasprotno pa ne izpodbija ugotovitev Sodišča prve stopnje v točki 528 izpodbijane sodbe glede možnega *nastanka*

kolektivnega prevladujočega položaja. Četudi bi torej pritožba v celoti uspela, to ne bi – po mnenju družbe Impala – moglo pripeljati do razveljavitve izpodbijane sodbe, saj bi potem še vedno veljale ugotovitve Sodišča prve stopnje v točki 528 glede nadaljnje napačne uporabe prava v prvi odločbi o odobritvi.

61. Te trditve me ne prepričajo.

62. Pritožnika morata sicer jasno navesti izpodbijane elemente sodbe, katere razveljavitev je predlagana, ter pravne trditve, ki na poseben način utemeljujejo ta predlog.<sup>34</sup> To pa ne pomeni, da bi se morala pri sestavi pritožbe v vseh podrobnostih držati razčlenitve izpodbijane sodbe in vsak del te sodbe izpodbijati s posebnim pritožbenim razlogom.

63. Pritožnika v obravnavanem primeru svoje pritožbe z nobeno besedo nista omejila na zgolj prvega od tu spornih delov te sodbe, to pomeni na ugotovitve Sodišča prve stopnje glede krepitve že obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja na trgu nosilcev zvoka.<sup>35</sup> Takšna omejitev tudi ne bi ustrezala njenemu izraženemu cilju, da želita s pritožbo spodnesti izpodbijano sodbo v celoti. Ta cilj je namreč mogoče doseči le, če

34 – Ustaljena sodna praksa, glej le sodbi z dne 1. februarja 2007 v zadevi Sison proti Svetu (C-266/05 P, ZOdl., str. I-1233, točka 23) in z dne 11. septembra 2007 v zadevi Lindorfer proti Svetu (C-227/04 P, ZOdl., str. I-6767, točka 45).

35 – Točke od 44 do 481 izpodbijane sodbe.



se pritožba razume kot napad na oba sporna dela izpodbijane sodbe,<sup>36</sup> torej tako na del o krepitevi že obstoječega prevladujočega položaja kot tudi na del o nastanku takega položaja.

2. Razlogi izpodbijane sodbe, ki ne podpirajo njenega izreka

64. V prid temu, da se pritožba ne nanaša le na en del sodbe, govorijo tudi uvodne opombe pritožnikov na začetku pritožbe. Pri naštevanju zlasti kritiziranih delov izpodbijane sodbe se tam izrecno sklicujeta na tu sporno točko 528, dalje tudi na točke 533, 539 in 541, ki so prav tako namenjene vprašanju *nastanka* kolektivnega prevladujočega položaja.<sup>37</sup> Poleg tega pritožnika v pritožbi večkrat izrecno vključita v razmišljanja skupni sklep Sodišča prve stopnje iz točk 542 in 543 izpodbijane sodbe.<sup>38</sup>

66. Nekaj drugega pa nasprotno velja za uvodni del petega pritožbenega razloga, ki je, kot je bilo že omenjeno,<sup>39</sup> edini dopustni del tega pritožbenega razloga.

67. V bistvu se tu zastavlja vprašanje, ali se lahko merila, ki jih je Sodišče prve stopnje samo razvilo v sodbi *Airtours*,<sup>40</sup> različno strogo uporabijo pri ugotavljanju kolektivnega prevladujočega položaja, vsakič glede na to, ali je treba dokazati obstoj že obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja ali pa je treba za prihodnost podati napoved glede nevarnosti nastanka takega kolektivnega prevladujočega položaja zaradi koncentracije. Sodišče prve stopnje se je v prvem primeru izreklo za manj strogo uporabo meril *Airtours* kot v drugem primeru.<sup>41</sup>

65. Ob upoštevanju teh okoliščin ni mogoče trditi, da je pritožba omejena zgolj na ugotovitve Sodišča prve stopnje glede vprašanja *krepiteve* že obstoječega kolektivnega prevladujočega položaja in da jo je treba zato v celoti zavrnilo kot brezpredmetno (francosko: „inopérant“).

68. Pri tem je poglobljena točka kritike pritožnikov točka 251 izpodbijane sodbe. Sodišče prve stopnje v njej ugotavlja, da je mogoče obstoj (že obstoječega) kolektivnega prevladujočega položaja „po potrebi dokazati posredno z vrsto glede na okoliščine celo zelo heterogenih pokazateljev in dokazov, ki se nanašajo na znake, izjave in pojave, ki so

36 – Tako točke od 44 do 481 kot tudi točke od 482 do 541 izpodbijane sodbe.

37 – Točka 17 pritožbe. Podobna sklicevanja so tudi zlasti v točkah 26 in 94 ter v opombi 6 pritožbe.

38 – Točke 17, 59 in 81 pritožbe.

39 – Glej zgoraj točke od 50 do 55 teh sklepnih predlogov.

40 – K temu glej točko 25 teh sklepnih predlogov ter sodbo *Airtours* proti Komisiji (navedena v opombi 17, točka 62).

41 – V tem smislu točke od 249 do 253 izpodbijane sodbe.

neločljivo povezani z obstojem kolektivnega prevladujočega položaja.“

69. Kot pa sta pritožnika sama ustrezno pripomnila,<sup>42</sup> gre pri spornem delu besedila, kot tudi pri pravnih navedbah Sodišča prve stopnje, ki so z njim povezane, za *obiter dicta*. V celotnem delu od točke 245 do točke 253 izpodbijane sodbe Sodišče prve stopnje namreč ne preverja recimo nekega ničnostnega razloga, ki ga je Impala uveljavljal na prvi stopnji, ampak daje *obiter dicta* glede uporabe meril za ugotavljanje kolektivnega prevladujočega položaja.

70. To postane zlasti jasno, če se sporni del sodbe bere v povezavi s točko 254 izpodbijane sodbe, kjer Sodišče prve stopnje preizkusa prve odločbe o odobritvi izrecno omejuje na vprašanje, ali so izpolnjena merila Airtours: „[...] Sodišče prve stopnje bo pri preizkusu tožbenih razlogov le raziskalo, ali so bili v odločbi pravilno uporabljene pogoji iz sodbe Airtours [...]“. Nasprotno pa Sodišče prve stopnje v sodbi izrecno ne preuči vprašanja, ali se lahko obstoj prevladujočega položaja tudi predpostavlja, „ne da bi bilo treba pozitivno dokazati preglednost trga“. To vprašanje naj v prvostopenjskem postopku „ne bi bilo raziskano“.

42 – Točka 67 pritožbe.

71. Ker se torej uvodni del petega pritožbenega razloga ne nanaša na temeljne razloge sodbe, ampak zgolj na dodatne preudarke Sodišča prve stopnje, ne more utemeljiti razveljavitve izpodbijane sodbe. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba ta del pritožbe zavrniti kot brezpredmeten („inopérant“).<sup>43</sup>

### 3. Vmesni sklep

72. Zato je treba le peti pritožbeni razlog, kolikor je sploh dopusten, zavrniti kot brezpredmeten. Vsi drugi pritožbeni razlogi so nasprotno primerni za doseg cilja pritožnikov.

### C – Nadaljnji obstoj pravnega interesa

73. V zvezi s pritožbenimi razlogi, ki so dopustni in ne brezpredmetni, je treba še preučiti, ali ni medtem prenehal interes pritožnikov za nadaljevanje pritožbenega postopka.

43 – Sodbe z dne 18. marca 1993 v zadevi Parlament proti Frederiksen (C-35/92 P, Recueil, str. I-991, točka 31); z dne 8. maja 2003 v zadevi T. Port proti Komisiji (C-122/01 P, Recueil, str. I-4261, točka 17); z dne 28. junija 2005 v združenih zadevah Dansk Rørindustri in drugi proti Komisiji (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, ZOdl., str. I-5425, točka 148) in z dne 13. septembra 2007 v zadevi Common Market Fertilizers proti Komisiji (C-443/05 P, ZOdl., str. I-7209, točka 137).

74. Zahteva po obstoju pravnega interesa na postopkovni ravni zagotavlja, da se sodišča ne ukvarjajo z dajanjem izvedenskih mnenj na zgolj hipotetična pravna vprašanja. Pravni interes je zato nujni pogoj za dopustnost, ki se ugotavlja po uradni dolžnosti in ki lahko postane pomemben v različnih fazah postopka. Tako mora pravni interes nedvomno obstajati že v trenutku vložitve tožbe ali pritožbe, obstajati pa mora tudi po tem trenutku, vse do odločitve sodišča v zadevi.<sup>44</sup>

75. Pravni interes obstaja, dokler lahko stranka s pritožbo, ki jo je vložila, na koncu pridobi neko ugodnost.<sup>45</sup>

76. Pritožnika sta v trenutku vložitve pritožbe nedvomno imela pravni interes. Kajti Bertelsmann in Sony od razglasitve ničnosti prve odločbe o odobritvi s strani Sodišča prve stopnje nista razpolagala za nazaj z zahtevano odobritvijo za svojo koncentracijo, v skladu z Uredbo o združitvah. Z razveljavitvijo izpodbijane sodbe, ki jo zahtevata s pritožbo, bi ta odobritev spet lahko začela veljati. S pritožbo bi torej lahko pridobila to ugodnost.

44 – Glede zahteve po obstoju pravnega interesa v pritožbenem postopku glej sodbo z dne 19. oktobra 1995 v zadevi Rendo in drugi proti Komisiji (C-19/93 P, Recueil, str. I-3319, točka 13); v istem smislu, nanašajoč se na pravni interes na prvi stopnji, sodba z dne 7. junija 2007 v zadevi Wunenburger proti Komisiji (C-362/05 P, ZOdl., str. I-4333, točka 42) in sklep z dne 17. oktobra 2005 v zadevi First Data in drugi proti Komisiji (T-28/02, ZOdl., str. II-4119, točke od 35 do 37).

45 – Sodbe Rendo in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 44, točka 13); z dne 13. julija 2000 v zadevi Parlament proti Richard (C-174/99 P, Recueil, str. I-6189, točka 33) in z dne 3. aprila 2003 v zadevi Parlament proti Samper (C-277/01 P, Recueil, str. I-3019, točka 28).

77. Od izdaje druge odločbe o odobritvi pa je koncentracija udeleženi podjetij zopet odobrena v skladu z Uredbo o združitvah. Ta druga odobritev v dispozitivnem delu v ničemer ne zaostaja za prvo, saj sta obe brez določitve pogojev in zahtev koncentracijo razglasili za združljivo s skupnim trgom in Sporazumom EGP. Tudi *stanje negotovosti*, ki je obstajalo od razglasitve ničnosti prve odločbe o odobritvi, ko udeleženi podjetji in trgi niso mogli biti prepričani, ali je bila koncentracija izvedena zakonito, je s ponovno odobritvijo koncentracije zaenkrat prenehalo. Druga odločba o odobritvi namreč v skladu s pravno idejo iz člena 7(5) Uredbe o združitvah<sup>46</sup> učinkuje za nazaj od trenutka izvedbe transakcij, ki so bile opravljene za izvedbo te koncentracije („učinek *ex tunc*“).

78. Vse navedeno pa ne pomeni nujno, da bi bila obravnavana pritožba *brezpredmetna*. Kajti ta pritožba ni neposredno usmerjena proti prvi odločbi Komisije o odobritvi, ampak proti izpodbijani sodbi Sodišča prve stopnje, ki še naprej velja. Temu primerno tudi možnosti odločitve, da je treba postopek ustaviti (člen 92(2) Poslovnika), ni mogoče

46 – Ker je bila koncentracija, ki je predmet spora, izvedena v času, ko je bila prva odločba o odobritvi še veljavna, dejanskega člena 7(5) Uredbe o združitvah ni mogoče uporabiti v obravnavanem primeru. Idejo negotove veljavnosti in naknadne potrditve stanja negotovosti za nazaj prek odločbe o odobritvi, ki je podlaga tej določbi, pa je mogoče uporabiti tudi v obravnavanem primeru.

uporabiti v pritožbenem postopku (glej člen 118 Poslovnika).<sup>47</sup>

drugi pritožbenimi razlogi niso bili uspešni.<sup>48</sup> Prav tako v skladu s smislom in namenom člena 58(2) Statuta samo interes glede odprave prvostopenjske odločitve o stroških ne more upravičiti nadaljevanja pritožbenega postopka. Za nadaljevanje pritožbenega postopka je torej potreben pravni interes pritožnikov, ki je širši od interesa glede stroškov na prvi stopnji.

79. Ne glede na to pa obstoj druge odločbe o odobritvi odpira vprašanje, ali lahko pritožnika s pritožbo še pridobita kakšno ugodnost, ali imata torej še naprej interesa za nadaljevanje pritožbenega postopka.

80. Samo okoliščina, da je bilo pritožnikoma z izpodbijano sodbo naloženo plačilo njunih stroškov v prvostopenjskem postopku, vsekakor še ne utemeljuje nikakršnega pravnega interesa. Kajti v skladu s členom 58(2) Statuta Sodišča pritožba ni dovoljena glede stroškov. Iz istega razloga Sodišče kot nedopustnega zavrže pritožbeni razlog glede prvostopenjske odločitve o stroških, če je to edini preostali pritožbeni razlog izmed več pritožbenih razlogov in če je že jasno, da

81. V obravnavanem primeru pa imata pritožnika očiten interes glede tega, da čimprej pridobita ne le odobritev, ampak tudi *dokončno* odobritev koncentracije. Šele tedaj namreč za udeleženi podjetji, kot tudi za trge na splošno, nastopi dokončna pravna varnost glede tega, ali je bila koncentracija izvedena zakonito.

82. Druga odločba o odobritvi trenutno take pravne varnosti ne daje, ker v doglednem času verjetno ne bo postala dokončna. Odločbo je namreč treba – poleg tega, da je o njej treba obvestiti tiste, na katere je naslovljena (člen 254(3) ES) – objaviti v *Uradnem*

47 – Sodišče ne glede na to včasih razglasi, da se pritožbeni postopek ustavi, če je jasno, da je pritožnik cilj že dosegel (sklepa z dne 23. oktobra 2001 v zadevi Una Film „City Revue“ proti Parlamentu in Svetu, C-281/00 P, neobjavljen v Recueil, točki 4 in 5, ter Davidoff proti Parlamentu in Svetu, C-313/00 P, točki 4 in 5), ali če je jasno, da cilja ne more več doseči (sodba z dne 15. februarja 2005 v zadevi Komisija proti Tetra Laval, C-13/03 P, ZOdl., str. I-1113, točke od 21 do 23; sklepa z dne 27. februarja 2002 v zadevi Reisebank proti Komisiji, C-477/01 P(R), Recueil, str. I-2117, točke od 24 do 28, in Commerzbank proti Komisiji, C-480/01 P(R), Recueil, str. I-2129, točke od 23 do 27). Kot pa bom prikazala v nadaljevanju, tu ne gre niti za prvi niti za drugi primer.

48 – Glej na primer sodbe z dne 14. septembra 1995 v zadevi Henrichs proti Komisiji (C-396/93 P, Recueil, str. I-2611, točka 66); z dne 12. julija 2001 v združenih zadevah Komisija in Francija proti TF1 (C-302/99 P in C-308/99 P, Recueil, str. I-5603, točka 31); z dne 30. septembra 2003 v zadevi Freistaat Sachsen in drugi proti Komisiji (C-57/00 P in C-61/00 P, Recueil, str. I-9975, točka 124) in z dne 26. maja 2005 v zadevi Tralli proti ECB (C-301/02 P, ZOdl., str. I-4071, točka 88).

*listu Evropskih skupnosti* (člen 20(1) Uredbe o združitvah). Šele po taki objavi,<sup>49</sup> ki je do zdaj ni bilo, začne za tretje osebe sploh teči rok za vložitev tožbe.<sup>50</sup> Splošna predstavitev začetka teka roka za vložitev tožbe za tretje osebe na zgodnejši čas bi prišla v poštev le, če bi bila druga odločba o odobritvi javnosti v celoti dostopna že prej na drugačen način, denimo na svetovnem spletu, in če bi bilo v *Uradnem listu Evropske unije* na to primerno opozorjeno.<sup>51</sup> Nasprotno pa sama okoliščina, da je bilo besedilo odločbe posameznim tretjim osebam, to je družbi Impala, morebiti vnaprej posredovano v obliki nezaupne različice, nima nobenega vpliva na začetek teka

roka za vložitev tožbe,<sup>52</sup> in s tem na trenutek, ko odločba morebiti postane dokončna.<sup>53</sup>

83. Če bi Sodišče prve stopnje tudi drugo odločbo o odobritvi na podlagi tožbe neke tretje osebe razglasilo za nično, bi zopet nastalo stanje negotovosti, v katerem udeleženi podjetji ne bi imeli nikakršne odobritve za koncentracijo v skladu z Uredbo o združitvah. Takšno stanje negotovosti, ki bi trajalo več mesecev ali celo let, bi lahko negativno vplivalo na udeleženi podjetji in na trge na splošno.

84. Za pritožnika je zaradi izogitve ponovnemu stanju negotovosti z njegovimi negativnimi učinki posebnega pomena, da se ta pritožbeni postopek nadaljuje in da sodišče Skupnosti čim hitreje sprejme dokončno odločitev o zakonitosti *prve odločbe o odobritvi*. Četudi Sodišče v primeru, da bo pritožba uspela, ne bo samo dokončno odločilo o tem sporu, ker stanje postopka tega ne bo dovoljevalo, ampak bo zadevo vrnilo

49 – Natančneje začne rok za vložitev tožbe iz člena 230(5) ES v skladu s členom 102(1) Poslovnika Sodišča prve stopnje teči z iztekom 14. dne po objavi akta v *Uradnem listu Evropske unije*. To seveda predpostavlja, da je bila različica razlogov za odločitev, ki ni zaupna, v polnem besedilu objavljena v Uradnem listu ali pa je vsaj sočasno postala dostopna za javnost na svetovnem spletu. Če se to ni zgodilo, potem začne rok za vložitev tožbe teči šele, ko je bila mogoči tožeči stranki – če do tega že tako ali tako ni prišlo – taka popolna različica vročena (v tem smislu sodba z dne 6. julija 1988 v zadevi Dillinger Hüttenwerke proti Komisiji, 236/86, Recueil, str. 3761, točka 14).

50 – Sodbi z dne 6. oktobra 1999 v zadevi Kneissl Dachstein proti Komisiji (T-110/97, Recueil, str. II-2881, točka 41 in 42) in Salomon proti Komisiji (T-123/97, Recueil, str. II-2925, točki 42 in 43) ter sklep z dne 25. maja 2004 v zadevi Schmoldt in drugi proti Komisiji (T-264/03, ZOdl., str. II-1515, točke od 51 do 53 in točka 56).

51 – Sodba z dne 15. junija 2005 v zadevi Olsen proti Komisiji (T-17/02, ZOdl., str. II-2031, točka 80, potrjena s sklepom z dne 4. oktobra 2007 v zadevi Olsen proti Komisiji, C-320/05 P) in sklep z dne 19. septembra 2005 v zadevi Air Bourbon proti Komisiji (T-321/04, ZOdl., str. II-3469, točki 34 in 37).

52 – Sodba Olsen proti Komisiji (navedena v opombi 51, točka 81). Glede subsidiarnosti trenutka, v katerem tožeča stranka izve za odločbo, ki mora biti objavljena v *Uradnem listu Evropske unije*, glej tudi sodbi z dne 10. marca 1998 v zadevi Nemčija proti Svetu (C-122/95, Recueil, str. I-973, točka 35) in z dne 12. decembra 2000 v zadevi Alitalia proti Komisiji (T-296/97, Recueil, str. II-3871, točka 61) ter sklep z dne 11. decembra 2006 v zadevi MMT proti Komisiji (T-392/05, ZOdl., str. II-97, točka 25).

53 – Le zaradi celovitosti je treba še omeniti, da *uradno obvestilo* (sporočilo) o odločbi tretji osebi, s katerim bi lahko začel teči zanjo veljavni rok za vložitev tožbe, ne pride v poštev. V skladu s členom 254(3) ES se namreč o odločbah uradno obvesti le „tiste, na katere so naslovljene“. To so v okviru nadzora koncentracij podjetja, udeležena pri koncentraciji, in pristojni organi držav članic; v istem smislu – za prihodnje primere – sedaj člen 8(8) Uredbe št. 139/2004.

v razsojanje Sodišču prve stopnje (člen 61(1) Statuta Sodišča), je zelo verjetno, da bo dokončna sodna odločba o zakonitosti *prve* odločbe o odobritvi sprejeta prej kot tista o zakonitosti *druge*.

85. V teh okoliščinah tudi *zahteva po pospešitvi*, ki je značilna za nadzor koncentracij na ravni Skupnosti,<sup>54</sup> govori v prid nadaljevanja tega pritožbenega postopka. Na ta način je poleg tega mogoče preprečiti, da bi ničnostne tožbe tretjih oseb, dlje kot je to potrebno, zavlačevale nastop pravne varnosti za podjetja, udeležena pri koncentraciji.

86. Skupno zato menim, da trenutno odločitev Sodišča lahko pritožnikoma vsekakor še prinese ugodnost, kar pomeni, da imata zadostni pravni interes za nadaljevanje tega pritožbenega postopka.

87. Če pa bo, nasprotno, druga odločba o odobritvi postala dokončna po koncu ustnega postopka, vendar pred odločitvijo Sodišča v tej zadevi, bo to verjetno glede na podatke, s katerimi trenutno razpolagam, povzročilo, da pritožnika ne bosta več imela pravnega interesa. V tem primeru pa menim,

da bi bilo treba stranke v postopku ponovno zaslišati glede vprašanja pravnega interesa.

88. Vsekakor pa se mi ne zdi prepričljiva ideja, ki je bila površno omenjena na obravnavi, naj se ta postopek nadaljuje samo zato, ker Komisija v tem primeru podpira posamezne pritožbene razloge družb Bertelsmann in Sony. Institucije Skupnosti so sicer v primeru pritožb, ki jih same vložijo, v privilegiranem položaju (člen 56(2) in (3) Statuta Sodišča), zlasti jim za take pritožbe ni treba izkazati pravnega interesa.<sup>55</sup> Če pa, nasprotno, institucija ni sama pritožnica, ampak le druga stranka v postopku, potem samo njen interes glede izida pritožbenega postopka in glede razjasnitve določenih pravnih vprašanj s strani Sodišča ne more nadomestiti morebitnega manjkajočega pravnega interesa pritožnikov.

## V – Utemeljenost pritožbe

89. Pritožnika izpodbijano sodbo izpodbijata s skupno sedmimi pritožbenimi razlogi. Z njimi načenjata pravna vprašanja, ki so temeljnega pomena za sistem nadzora koncentracij na ravni Skupnosti. Ta pravna vprašanja se sicer zastavljajo še glede „stare“

54 – K temu glej točko 12 teh sklepnih predlogov.

55 – Sodbi z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni (C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točka 171) in z dne 22. februarja 2005 v zadevi Komisija proti max.mobil (C-141/02 P, Z.OdI., str. I-1283, točka 48).

Uredbe o združitvah, kljub temu pa je njihova rešitev pomembna tudi za novelirano različico Uredbe ES o združitvah (Uredba št. 139/2004), saj se uredbi glede tu spornih točk bistveno ne razlikujeta.

90. Ker se posamezni pritožbeni razlogi delno prekrivajo, je smiselno, da se glede na vsebinske stične točke razdelijo v skupine in skladno s tem obravnavajo v spremenjenem vrstnem redu. Le petega pritožbenega razloga v nadaljevanju ni treba več obravnavati, ker je, kot je bilo že omenjeno, delno nedopusten in delno brezpredmeten („inopérant“).<sup>56</sup>

*A – Obseg preiskave in obveznosti obrazložitve, ki se zahteva za odločbe Komisije o odobritvi (prvi, drugi, tretji in šesti pritožbeni razlog)*

91. Prvi, drugi, tretji in šesti pritožbeni razlog se nanašajo na konkretni obseg preiskave in obveznosti obrazložitve, ki ga mora zagotoviti Komisija pri odobritvi koncentracije podjetij.

<sup>56</sup> – Glej zgoraj točke od 50 do 55 in od 66 do 71 teh sklepnih predlogov.

92. Pritožnika v bistvu menita, da je Sodišče prve stopnje prekoračilo pravne zahteve za odločbo Komisije o odobritvi in za njen sodni nadzor. Pri tem ju delno podpira Komisija.<sup>57</sup> Impala nasprotno v celoti podpira izpodbijano sodbo Sodišča prve stopnje.

1. Obrazložitev odločb o odobritvi v okviru nadzora koncentracij (prvi in tretji del šestega pritožbenega razloga)

93. Preizkus začnjam s prvim in tretjim delom šestega pritožbenega razloga.<sup>58</sup> Pritožnika z njima uveljavljata, da je Sodišče prve stopnje postavilo napačne in pretirano visoke zahteve za obrazložitev odločb Komisije o odobritvi v okviru nadzora koncentracij.

94. Najprej je treba razjasniti, ali je mogoče odločbe Komisije o odobritvi sploh razgla-

<sup>57</sup> – Komisija v odgovoru na pritožbo podpira prvi in drugi pritožbeni razlog ter prvi del tretjega pritožbenega razloga.

<sup>58</sup> – Kolikor se s šestim pritožbenim razlogom izpodbija, da je bilo pri sklicevanju Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih napačno uporabljeno pravo (drugi del šestega pritožbenega razloga), ga bom preučila pozneje v povezavi s prvim pritožbenim razlogom (glej točke od 145 do 183 teh sklepnih predlogov). Šesti pritožbeni razlog se, kolikor zadeva vsebinske zahteve za odločbo o odobritvi (četrti del šestega pritožbenega razloga), prekriva z drugim delom tretjega pritožbenega razloga in s četrtem pritožbenim razlogom in ga bom preučila v povezavi z njima (točke od 201 do 232 oziroma od 233 do 268 teh sklepnih predlogov).

siti za nične zaradi nezadostne obrazložitve. Če je odgovor pritrديلen, je treba preučiti, kakšen obseg ima obveznost obrazložitve in ali je Sodišče prve stopnje v zvezi s tem v obravnavanem primeru napačno uporabilo pravo.

tovitev zunanjega nadzora nad ravnanjem institucij prek sodišč Skupnosti, ampak tudi spodbuditev institucij k lastnemu nadzoru in varstvo pred nepremišljenimi ali premalo pretehtanimi ukrepi. Obrazložitve odločb poleg tega prispeva k preglednosti upravnega delovanja.<sup>60</sup>

a) Izpodbojnost odločb o odobritvi zaradi pomanjkljive obrazložitve

95. Pritožnika menita, da odločbe Komisije o odobritvi v okviru nadzora koncentracij sploh ni mogoče razglasiti za nično zaradi pomanjkljive obrazložitve.

96. To stališče me ne prepriča.

97. V skladu s členom 253 ES se v odločbah Komisije navedejo razlogi za njihovo sprejetje. Ta obveznost obrazložitve je izraz načela pravne države, ki je v povezavi s pravico do dobrega upravljanja zapisana tudi v členu 41(2) Listine o temeljnih pravicah Evropske unije.<sup>59</sup> Njen namen ni zgolj zago-

98. Obveznost obrazložitve se nikakor ne omejuje na odločbe, ki naslovnike bremenijo. Načeli pravne države in dobrega upravljanja namreč zahtevata tudi obrazložitve odločb, ki so ugodne za naslovnike. To še toliko bolj velja, kolikor take odločbe lahko negativno vplivajo na pravice in interese tretjih oseb, nenazadnje na področju prava konkurence. Temu primerno niti člen 253 ES niti tretja alineja člena 41(2) Listine o temeljnih pravicah ne razlikujeta med odločbami, ki so za naslovnike ugodne, in tistimi, ki nanje negativno vplivajo. Posebej za nadzor koncentracij to pomeni, da mora Komisija odločbe o odobritvi prav tako obrazložiti kot odločbe o prepovedi.

99. Pred sodiščem Skupnosti se lahko kršitev obveznosti obrazložitve kot bistvena kršitev postopka med drugim uveljavlja z ničnostno tožbo v skladu s pogoji iz člena 230 ES.

59 – UL 2000, C 364, str. 1. Listina o temeljnih pravicah kot taka sicer še nima nobenih zavezujočih pravnih učinkov, ki bi bili primerljivi s primarnim pravom, vendar pa kot vir spoznavanja prava osvetljuje temeljne pravice, ki jih zagotavlja pravo Skupnosti; k temu glej tudi sodbo z dne 27. junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu, „združitev družine“ (C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 38) in točko 108 mojih sklepnih predlogov z dne 8. septembra 2005 v tej zadevi, dalje sodbo z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 37).

60 – K načelu preglednosti glej tudi člen 1(2) EU, v skladu s katerim se v Evropski uniji „odločitve sprejemajo čim bolj javno“.



100. Člen 10(6) Uredbe o združitvah, na katerega se sklicujeta pritožnika v obravnavanem primeru, ne določa nobene izjeme od izpodbijnosti odločb zaradi kršitve obveznosti obrazložitve. Že iz hierarhije predpisov izhaja, da določbe sekundarnega prava ne morejo omejiti dosega primarnega prava, h kateremu spadata tudi člen 230 ES in člen 253 ES. Člen 10(6) Uredbe o združitvah je namreč treba razlagati in uporabljati v luči primarnega prava, zlasti v luči člena 230 ES in člena 253 ES.<sup>61</sup>

101. Tako ali tako pa uvedba izjeme od obveznosti obrazložitve ali celo „imunizacija“ odločb Komisije o odobritvi zoper očitek pomanjkljive obrazložitve ne ustrežata niti besedilu niti ciljem in kontekstu ureditve člena 10(6) Uredbe o združitvah.

102. Člen 10(6) Uredbe o združitvah določa zgolj *fikcijo odobritve* za primer, da Komisija ne odloči pravočasno o združljivosti pri njej priglašene koncentracije s skupnim trgov.<sup>62</sup> Določba torej ne odvezuje Komisije od njene

zakonske obveznosti,<sup>63</sup> da z obrazloženo odločbo izrecno odloči o vseh pri njej priglašeni koncentracijah.<sup>64</sup> Ravno nasprotno, določba predvideva pomoč za primer, da Komisija v kakšnem primeru ne bi pravočasno izpolnila te obveznosti.

103. Člen 10(6) Uredbe o združitvah je poleg tega zanesljivo tudi izraz zahteve po pospešitvi, ki je značilna za celotni postopek nadzora koncentracij. Ta določba skupaj s strogimi procesnimi roki, določenimi v istem členu, prispeva k čimprejšnji vzpostavitvi pravne varnosti, kar ne koristi zgolj podjetjem, udeleženi pri koncentraciji, ampak tudi trgov na splošno.

104. Kljub temu pa legitimna potreba po pravni varnosti ne sme iti tako daleč, da bi bila odločba o koncentraciji v celoti ali delno izvzeta iz sodnega nadzora. Šele po tem, ko poteče rok za vložitev tožbe v skladu s členom 230(5) ES ali ko morebitna vložena ničnostna tožba ni bila uspešna, odobritev koncentracije postane dokončna in dokončno ustvari pravno varnost za vse udeležence.

61 – V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba določbo sekundarnega prava Skupnosti, če je mogoče, razlagati tako, da je združljiva s Pogodbo in splošnimi načeli prava Skupnosti; glej sodbe z dne 25. novembra 1986 v združenih zadevah Klensch in drugi (201/85 in 202/85, Recueil, str. 3477, točka 21); z dne 27. januarja 1994 v zadevi Herbrink (C-98/91, Recueil, str. I-223, točka 9); z dne 1. aprila 2004 v zadevi Borgmann (C-1/02, Recueil, str. I-3219, točka 30) in z dne 4. oktobra 2007 v zadevi Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Z.Od., str. I-8075, točka 22).

62 – Potem velja *domneva*, da je koncentracija združljiva s skupnim trgov (glede pojma domneve glej tudi člen 7(1) in (5) Uredbe o združitvah).

63 – Ta obveznost za fazo predhodnega preizkusa izhaja iz člena 6(1) Uredbe o združitvah in za uradni postopek preizkusa iz člena 8(1) Uredbe o združitvah.

64 – Komisija je te obveznosti odvezana le, če koncentracijo v skladu s členom 9 Uredbe o združitvah napoti na nacionalni organ, ki je pristojen za konkurenco, poleg tega tudi pri umiku priglasitve zaradi opustitve načrta koncentracije.

105. Člen 10(6) Uredbe o združitvah v nasprotju z mnenjem pritožnikov tudi nikakor ne izgubi praktične učinkovitosti („*effet utile*“) le zato, ker – izrecna ali domnevna – odobritev koncentracij ostane sodno preverljiva. Iz grozečega nastopa fikcije odobritve v primeru prekoračitve roka („učinek giljotine“) nasprotno v vsakem postopku nadzora koncentracij izhaja disciplinski učinek na Komisijo, kot organ nadzora koncentracij, ki ga ne gre podcenjevati.<sup>65</sup> Poleg tega lahko udeležena podjetja izvedejo koncentracijo takoj, ko jo Komisija odobri ali ko pride do fikcije odobritve;<sup>66</sup> to možnost sta v skladu z lastnimi navedbami izkoristila tudi pritožnika.

b) Obseg obveznosti obrazložitve

107. Pritožnika poleg tega menita, da je Sodišče prve stopnje v obravnavanem primeru nepravilno izhajalo iz nezadostne obrazložitve prve odločbe o odobritvi. S tem naj bi se Sodišče prve stopnje zapletlo v protislovje z ustaljeno sodno prakso sodišč Skupnosti.

108. Bistvo spora je vprašanje, kako podrobno bi morala Komisija v prvi odločbi o odobritvi obrazložiti svojo ugotovitev, da trg ni tako pregleden, da bi se cene lahko usklajevale.<sup>67</sup>

106. Moj skupni sklep je zato, da se odobritev koncentracije – ne glede na to, ali je izrecna ali implicitna – lahko razglasi za nično zaradi kršitve obveznosti obrazložitve.

109. Ta ugotovitev je bila pomembna za presojo Komisije, da ni zadostnih pokazateljev za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja petih „top“ skupin družb na različnih nacionalnih trgih posnetih nosilcev zvoka in da koncentracija predvidoma tudi ne bo pripeljala do nastanka takega kolektivnega prevladujočega položaja.<sup>68</sup> Na tej presoji nenazadnje temelji odobritev koncentracije.

65 – Kolikor je razvidno, je v dolgoletni zgodovini evropskega nadzora koncentracij Komisija le enkrat – zaradi napake v izračunu – zamudila procesni rok (zadeva IV/M.330 – McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); k temu glej Von Koppenfels, U., v: Drauz/Jones (ur.), *EU Competition Law*, zvezek II – *Mergers and Acquisitions*, Leuven, 2006, točka 6.27.

66 – Morebitne ničnostne tožbe tretjih oseb v skladu s členom 242, prvi stavek, ES nimajo odločilnega učinka.

67 – K temu glej točke od 278 do 325, zlasti točki 287 in 325, izpodbijane sodbe.

68 – 153., 158. in 183. uvodna izjava prve odločbe o odobritvi.

## – Izpodbijana sodba

110. Sodišče prve stopnje je v izpodbijani sodbi preučilo različne dele prve odločbe o odobritvi v zvezi s tem, ali je ugotovitev o nepreglednosti trga v zadostni meri obrazložena, in je v vseh primerih to zanikalo.

111. Sodišče prve stopnje je najprej preučilo posebni del prve odločbe o odobritvi, ki zadeva preglednost trga,<sup>69</sup> in ugotovilo, da Komisija v njem „ne pride do zaključka, da trg ni bil ali ni bil tako pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj“. Poleg tega naj bi se Komisija v tem delu sklicevala „le na dejavnike, ki lahko vzpostavijo veliko preglednost trga in olajšajo nadzor nad dogovarjanjem, z edino izjemo trditve, ki nima velike sporočilnosti in je nestvarna, da bi reklamni popusti lahko omejili preglednost in otežili tajne sporazume“. Samo ta posebni del prve odločbe o odobritvi naj tako „očitno ne bi mogel šteti za zadostno pravno utemeljitev trditve, da trg ni dovolj pregleden“.<sup>70</sup>

112. Sodišče prve stopnje se je nato posvetilo navedbam Komisije o morebitni „skupni

cenovni politiki“<sup>71</sup> med petimi „top“ skupinami družb<sup>72</sup> in prav tako preverilo, ali vsebujejo pokazatelje, ki bi lahko razložili zatrjevano nepreglednost trga.<sup>73</sup> Pri tem je preučilo tako navedbe Komisije glede cen po ceniku kot tudi tiste glede popustov (popusti za kupce in reklamni popusti). V zvezi s tem je Sodišče prve stopnje po eni strani ugotovilo, „da cena po ceniku glede na besedilo odločbe [...] predstavlja enega od dejavnikov preglednosti trga“.<sup>74</sup> Po drugi strani naj „redke navedbe glede reklamnih popustov [...], kolikor so netočne ali nestvarne ali so celo v nasprotju z drugimi ugotovitvami v odločbi, ne bi mogle dokazati niti manjkajoče preglednosti trga niti manjkajoče preglednosti reklamnih popustov“.<sup>75</sup> Končno naj „tudi del o majhnih državah ne bi vseboval nikakršne utemeljitve trditve, da trg zaradi reklamnih popustov ni pregleden“.<sup>76</sup>

113. Sodišče prve stopnje je zlasti glede reklamnih popustov, ki jih je navajala Komisija, v prvi odločbi o odobritvi pogrešalo konkretnije ugotovitve, posebno „glede

69 – Od 111. do 113. uvodne izjave prve odločbe o odobritvi.

70 – Točka 294 izpodbijane sodbe.

71 – Nemški prevod 69. uvodne izjave prve odločbe o odobritvi je v tem pogledu netočen, saj za „common price policy“ uporablja besedno zvezo „dogovori o cenah“.

72 – Te navedbe Komisije so v pretežnem delu zapisane v 74. do 80. uvodni izjavi prve odločbe o odobritvi; Sodišče prve stopnje preučuje tam navedene trditve glede stanja v Združenem kraljestvu, njegove ugotovitve pa veljajo tudi za obrazložitev odločbe v preostalem delu.

73 – Točke od 295 do 324 izpodbijane sodbe.

74 – Točka 303 izpodbijane sodbe.

75 – Točka 320 izpodbijane sodbe.

76 – Točka 324 izpodbijane sodbe.

narave reklamnih popustov, okoliščin, v katerih se lahko uporabijo reklamni popusti, stopnje njihove nepreglednosti, njihovega obsega ali njihovih vplivov na preglednost cen“. <sup>77</sup> Sodišče prve stopnje dalje očita, „da se [navedbe Komisije glede reklamnih popustov v velikih državah] poleg tega omejujejo na ugotovitev, da naj bi bili reklamni popusti manj pregledni kot popusti za kupce, nasprotno pa ne razložijo, zakaj so pomembni za preglednost trga in iz njih tudi ni mogoče razbrati, kako lahko reklamni popusti sami zase odtehtajo vse druge dejavnike preglednosti trga, ki jih omenja odločba, in s tem izključijo preglednost, ki je potrebna za kolektivni prevladujoči položaj“. <sup>78</sup>

– Presoja

114. V pritožbenem postopku ni naloga Sodišča, da presojo prve odločbe o odobritvi, ki jo je naredilo Sodišče prve stopnje, nadomesti s svojo. Temu ustrezno Sodišču samemu ni treba morebiti preučiti odločbe o odobritvi in presoditi, ali je bila njena obrazložitev pomanjkljiva ali zadostna. Sodišče mora nasprotno odločiti, ali je Sodišče prve stopnje v izpodbijani sodbi pri presoji obrazložitve odločbe o odobritvi napačno uporabilo pravo, zlasti, ali je Sodišče prve stopnje za presojo uporabilo primerna merila ali pa so bila ta pretirano stroga.

77 – Zadnji stavek točke 289 izpodbijane sodbe.

78 – Zadnji stavek točke 320 izpodbijane sodbe.

115. Kot izhaja iz ustaljene sodne prakse mora biti obrazložitev, ki se zahteva v členu 253 ES, prilagojena vrsti obravnavanega akta in jasno in nedvoumno izražati razlogovanje institucije, ki je akt izdala, tako da se lahko stranke seznanijo z utemeljitvijo sprejetega ukrepa in da pristojno sodišče izvrši nadzor. <sup>79</sup>

116. Zahtevo po obrazložitvi je treba presojati glede na okoliščine posameznega primera, zlasti vsebine zadevnega akta, lastnosti podanih razlogov in interesa za pojasnitev, ki ga imajo lahko naslovniki ali druge osebe, ki jih ukrep neposredno in posamično zadeva. Ni treba, da se v obrazložitvi podrobno navedejo vse upoštevne dejanske in pravne okoliščine, ker se vprašanje, ali obrazložitev izpolnjuje zahteve iz člena 253 ES, nanaša ne le na besedilo tega člena, ampak tudi na njegov okvir in vsa pravna pravila, ki urejajo zadevno področje. <sup>80</sup>

117. K posebnim okoliščinam postopka nadzora koncentracij spada časovni pritisk, ki mu je izpostavljena Komisija zaradi tam

79 – Glej le sodbe z dne 2. aprila 1998 v zadevi Komisija proti Sytraval in Brink's France (C-367/95 P, Recueil, str. I-1719, točka 63); z dne 24. novembra 2005 v združenih zadevah Italija proti Komisiji (C-138/03, C-324/03 in C-431/03, ZOdl., str. I-10043, točka 54) in Sison proti Svetu (navedena v opombi 34, točka 80).

80 – Sodbe Komisija proti Sytraval in Brink's France (navedena v opombi 79, točka 63); Italija proti Komisiji (navedena v opombi 79, točka 55) in Sison proti Svetu (navedena v opombi 34, točka 80).

veljavne zahteve po pospešitvi in strogih procesnih rokov.<sup>81</sup> Komisija se lahko pri obrazložitvi svojih odločb v pravu konkurence ravna po težavnostni stopnji konkretnega primera in pri tem izhaja iz vedenja razumnih gospodarskih subjektov, ki se spoznajo na tržne razmere;<sup>82</sup> to še toliko bolj velja, če so prizadeti pravice in interesi tržnih subjektov, ki so bili – tako kot Impala v obravnavanem primeru – sami udeleženi v postopku.<sup>83</sup> Pritožnika sta upravičeno opozorila na oba vidika.

z vidika razumnega gospodarskega subjekta, seznanjenega s tržnimi razmerami, nujno potrebno.

118. Zato zanesljivo ni dopustno od Komisije zahtevati, naj v svoji odločbi o koncentraciji, ki je pri njej priglašena, zavzame stališče tudi k vidikom, ki očitno niso povezani z zadevo ali ki nimajo pomena oziroma so očitno podredni.<sup>84</sup> Očitnega v odločbi ni treba posebej omenjati. Poleg tega Komisiji ni treba svoje odločbe obrazložiti izčrpnje, kot je to primerno glede na težavnostno stopnjo konkretnega primera in kot je to

119. Vsekakor pa morajo bistveni dejanski in pravni preudarki za izdajo odločbe vedno izhajati iz njene obrazložitve.<sup>85</sup> Zato obrazložitev ne sme biti tako skopa, da bi to vplivalo na njeno jasnost in sklepčnost.<sup>86</sup> Poleg tega mora biti dosledna<sup>87</sup> in ne sme vsebovati notranjih protislovij.<sup>88</sup>

120. Sodišče prve stopnje pa meni, da v obravnavanem primeru obrazložitev ni ravno tako sklepčna, razumljiva in neprotislovna.

121. Sodišče prve stopnje v bistvu tu kritizira nesorazmerje v obrazložitvi prve odločbe o odobritvi: vsebovala naj bi vrsto pokazateljev za obstoj preglednosti trga in te tudi izčrpno razlagala,<sup>89</sup> medtem ko naj bi glede dejavnika reklamnih popustov, ki domnevno

81 – Glede vpliva časovnih pogojev, pod katerimi je izdana odločba, na obveznost obrazložitve, glej sodbe z dne 1. decembra 1965 v zadevi Schwarze (16/65, Recueil, str. 1152, 1167); z dne 14. februarja 1990 v zadevi Delacre in drugi proti Komisiji (C-350/88, Recueil, str. I-395, točka 16) in Verband der freien Rohrwerke in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 22, točka 186).

82 – V tem smislu sodba z dne 28. oktobra 1981 v združenih zadevah Krupp Stahl proti Komisiji (275/80 in 24/81, Recueil, str. 2489, točka 13) in – za področje medijske politike – sodba z dne 19. februarja 1998 v združenih zadevah DIR International Film in drugi proti Komisiji (T-369/94 in T-85/95, Recueil, str. II-357, točke od 119 do 121).

83 – Sodbi z dne 7. aprila 1987 v zadevi SISMA proti Komisiji (32/86, Recueil, str. 1645, točka 9) in z dne 22. oktobra 1996 v zadevi Skibsværftsforeningen in drugi proti Komisiji (T-266/94, Recueil, str. II-1399, točka 239).

84 – Sodba Komisija proti Sytraval in Brink's France (navedena v opombi 79, točka 64, zadnji stavek); glej tudi sodbi z dne 25. oktobra 2005 v združenih zadevah Nemčija in Danska proti Komisiji, „Feta“ (C-465/02 in C-466/02, ZOdl., str. I-9115, točka 106) in Verband der freien Rohrwerke in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 22, točka 186, zadnji stavek).

85 – Sodbe z dne 21. marca 1955 v zadevi Nizozemska proti Visoki oblasti (6/54, Recueil, str. 215, 232); z dne 4. julija 1963 v zadevi Nemčija proti Komisiji (24/62, Recueil, str. 143, 155); z dne 15. julija 1970 v zadevi ACF Chemiefarma proti Komisiji (41/69, Recueil, str. 661, točka 78) in z dne 21. marca 2001 v zadevi Métropole télévision proti Komisiji (T-206/99, Recueil, str. II-1057, točka 44, zadnji stavek).

86 – Sodba Nemčija proti Komisiji (navedena v opombi 85, str. 155).

87 – Sodba ACF Chemiefarma proti Komisiji (navedena v opombi 85, točka 78).

88 – Sodbi Nemčija proti Komisiji (navedena v opombi 85, str. 156) in z dne 7. julija 1981 v zadevi Rewe-Markt Steffen, „Butterfahrten“ (158/80, Recueil, str. 1805, točka 26).

89 – Glej na primer točke 294, 303, 319, 320, drugi stavek, in 321, zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

govori *zoper* obstoj zadostne preglednosti trga, vsebovala le nejasne trditve.<sup>90</sup> Pri tem naj ne bi bilo razloženo, zakaj so reklamni popusti pomembni za preglednost trga, in naj ne bi bilo razvidno, kako lahko reklamni popusti sami zase odtehtajo vse druge dejavnike preglednosti trga, ki jih omenja odločba, in s tem izključijo preglednost, ki je potrebna za kolektivni prevladujoči položaj.<sup>91</sup> Sodišče prve stopnje poleg tega opozarja na notranja protislovja v obrazložitvi odločbe.<sup>92</sup>

123. Zlasti ne zadošča trditev, da en konkretni dejavnik vodi ali bi *lahko vodil* k *manjši* preglednosti trga; nasprotno je treba vsaj razložiti, zakaj ravno ta dejavnik povzroči, da je trg tako nepregleden, da ni mogoče domnevati kolektivnega prevladujočega položaja. Drugače razlogi odločbe niso sklepčni in razumljivi. Sodišče prve stopnje je v izpodbijani sodbi<sup>93</sup> ravno na to primerno opozorilo.

122. Strinjam se s Sodiščem prve stopnje, da Komisija v odločbi, v kateri je najprej izčrpno opisala vrsto pokazateljev za obstoj preglednosti trga, ne more brez podrobnejše obrazložitve izhajati iz nepreglednosti trga. Če obstaja celo le en sam omembe vreden dejavnik – tu: reklamni popusti –, ki govori *zoper* obstoj zadostne preglednosti trga in s tem *zoper* domnevo o kolektivnem prevladujočem položaju, potem mora biti toliko bolj izčrpno obrazloženo, kako ta dejavnik vpliva na trg in koliko lahko prav ta dejavnik odtehta vse druge dejavnike, ki govorijo v prid preglednosti trga.

124. Poenostavljeno rečeno je v primeru odločbe s področja nadzora koncentracije, ki se dolgo časa bere kot odločba o prepovedi, tudi za razumnega bralca, ki se spozna na tržne razmere, neobhodno potrebna dovolj natančna predstavitev tistih preudarkov, na podlagi katerih se stališče končno spremeni.

125. Pomanjkljivosti, ki jih je Sodišče prve stopnje ugotovilo v obrazložitvi, so toliko resnejše, kolikor vprašanje preglednosti trga, ki je sporno med strankami v postopku, ni bilo zgolj obrobno, ampak je imelo pomembno vlogo pri izidu postopka nadzora koncentracij.<sup>94</sup> Kajti ugotovitev Komisije, da trg ni tako pregleden, da bi bilo možno usklajevanje cen, je bila središče njenih preu-

90 – Točka 289, zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

91 – Točka 320, drugi stavek, izpodbijane sodbe; v istem smislu točka 289, zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

92 – Točka 320, prvi stavek, izpodbijane sodbe.

93 – Glej še enkrat zlasti točke 289, 294 in 320, pri vseh zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

94 – To obravnavani primer loči od zadeve Kaysersberg proti Komisiji (sodba navedena v opombi 8, točki 159 in 160), pri kateri se po mnenju Sodišča prve stopnje očitana pomanjkljiva obrazložitve ni nanašala na katerega od temeljnih delov odločbe Komisije.

darkov v prvi odločbi o odobritvi.<sup>95</sup> Sodišče prve stopnje je zato v tej točki upravičeno postavilo visoke zahteve za obrazložitev prve odločbe o odobritvi in to obrazložitev temeljito preučilo.

način delovanja trga, mora te dejavnike v odločbi ne le omeniti, ampak tudi navesti njihove učinke.<sup>98</sup>

126. V tem primeru so bile visoke zahteve upravičene tudi zato, ker je morala Komisija v zvezi s preglednostjo trga oceniti zapletene gospodarske povezave, za kar ima – kot je običajno za nadzor koncentracij – široko diskrecijsko pravico.<sup>96</sup> Če pa Komisija razpolaga s takšno diskrecijsko pravico, ima upoštevanje jamstev, ki jih pravni red Skupnosti priznava v upravnem postopku, še toliko večji pomen. K tem jamstvom nena zadnje spada tudi obveznost, da se odločba zadostno obrazloži.<sup>97</sup>

128. To razmišljanje je mogoče brez nadaljnega prenesti na pravo konkurence in na nadzor koncentracij: če Komisija v okviru svoje presoje koncentracije z vidika konkurenčnega prava pripisuje določenim dejavnikom, ki so pomembni za trg, poseben pomen, mora te dejavnike v odločbi ne le omeniti, ampak tudi dovolj natančno opisati njihove učinke na način delovanja zadevnih trgov.

127. Če Komisija v okviru svoje diskrecijske pravice upošteva dejavnike, ki vplivajo na

129. V primeru, ko vsi drugi dejavniki kažejo na preglednost trga, ni dovoljeno dejavnika *zoper* zadostno preglednost trga, ki je z vidika Komisije odločilen, omeniti zgolj pod razno. Kot pravilno poudarja Sodišče prve stopnje, mora Komisija namreč učinke tega dejavnika v odločbi podkrepiti s konkretnimi navedbami;<sup>99</sup> ne sme se zadovoljiti z zgolj obotavljivo izrečeno domnevo, „da bi ta dejavnik *lahko* povzročil slabšo preglednost trga in otežil tajne dogovore“<sup>100</sup>, prav tako ne zgolj s predpostavko, da so „posebne akcije

95 – K temu glej točki 286 in 289 izpodbijane sodbe, v skladu s katerima je – tudi po podanem stališču Komisije v prvostopenjskem postopku – „preglednost odločilni oziroma edini razlog, na katerem temelji ugotovitev, da na trgih nosilcev zvoka ne obstaja kolektivni prevladujoči položaj“ (točka 289).

96 – Sodbi „Kali & Salz“ (navedena v opombi 16, točka 223) in z dne 15. februarja 2005 v zadevi Komisija proti Tetra Laval (C-12/03 P, ZOdl., str. I-987, točka 38); glej tudi sodbi Sodišča prve stopnje Gencor proti Komisiji (navedena v opombi 16, točka 246) in z dne 14. decembra 2005 v zadevi General Electric proti Komisiji (T-210/01, ZOdl., str. II-5575, točka 60).

97 – Sodbe z dne 21. novembra 1991 v zadevi Technische Universität München (C-269/90, Recueil, str. I-5469, točka 14); z dne 7. maja 1992 v združenih zadevah Pesqueras De Bermeo in Naviera Laida proti Komisiji (C-258/90 in C-259/90, Recueil, str. I-2901, točka 26) in z dne 22. novembra 2007 v zadevi Španija proti Lenzing (C-525/04 P, ZOdl., str. I-9947, točka 58). Poleg tega glej že sodbo z dne 15. julija 1960 v združenih zadevah Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft in drugi proti Visoki oblasti (od 36/59 do 40/59, Recueil, str. 887, 921 in naslednja).

98 – V tem smislu, na primeru zadeve iz kmetijske politike, sodba z dne 7. aprila 1992 v zadevi Compagnia italiana alcool proti Komisiji (C-358/90, Recueil, str. I-2457, točka 42).

99 – Točka 289, zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

100 – K temu glej 111. uvodno izjavo prve odločbe o odobritvi, ki je navedena v točki 289 izpodbijane sodbe (moj poudarek).

verjetno [...] manj pregledne kot popusti za kupce“.<sup>101</sup>

130. Sodišče prve stopnje je zato nazadnje upravičeno zaključilo, da se Komisija pri dejavnikih, ki so odločilni za njeno odločbo, ne sme omejiti zgolj na „nejasne trditve“,<sup>102</sup> ki so „nestvarne“, „nimajo velike sporočilnosti“<sup>103</sup> in poleg tega vsebujejo notranja protislovja.<sup>104</sup>

131. Glede na navedeno menim, da Sodišče prve stopnje ni napačno uporabilo prava, ko je pri ugotovitvah Komisije glede (pomanjkljive) preglednosti trga izhajalo iz nezadostne obrazložitve prve odločbe o odobritvi.<sup>105</sup>

### c) Preostalo

132. Le zaradi celovitosti v nadaljevanju obravnavam še nekatere druge argumente, ki sta jih pritožnika navedla v okviru šestega pritožbenega razloga.

101 – K temu glej 80. uvodno izjavo prve odločbe o odobritvi, ki je navedena v točkah 315 in 316 izpodbijane sodbe (moj poudarek).

102 – Točka 289, zadnji stavek, izpodbijane sodbe.

103 – Točka 294 izpodbijane sodbe.

104 – Točka 320 izpodbijane sodbe.

105 – Točka 325 izpodbijane sodbe.

133. Prvič, pritožnika uveljavljata, da bi morale za obrazložitev odločbe o odobritvi veljati manjše zahteve kot za obrazložitev odločbe o prepovedi, ker tretje osebe zaradi svojega šibkejšega položaja v postopku ne bi smele pričakovati enake stopnje natančnosti pri obrazložitvi kot udeleženci koncentracije v primeru prepovedi.

134. Ta argument ni prepričljiv. Niti člen 253 ES niti tretja alineja člena 41(2) Listine o temeljnih pravicah pri zahtevah glede obrazložitve ne razlikujeta med odločbami, ki so za konkretnega naslovnika ugodne, in tistimi, ki so zanj neugodne.

135. Vsaj takrat, ko je tretja oseba vključena v postopek nadzora koncentracij in jo Komisija uradno zasliši – kot se je to zgodilo v primeru Impala –, je obveznost obrazložitve namenjena tudi varstvu njenih pravic in interesov. Tretja oseba lahko takrat pričakuje vsaj sklepčno, razumljivo in neprotislovno obrazložitev bistvenih dejanskih in pravnih preudarkov Komisije, ki jih je upoštevala pri izdaji odločbe o odobritvi. V obravnavanem primeru gre ravno za te minimalne zahteve.<sup>106</sup>

106 – Glej zgoraj točko 119 in naslednje teh sklepnih predlogov.



136. Sicer drži, da je procesnopравни položaj tretjih oseb v okviru nadzora koncentracij *glede njihovega zaslišanja* manj izrazit kot tisti udeležencev koncentracije.<sup>107</sup> Iz tega pa ni mogoče sklepati, da za tretjo osebo *pri uveljavljanju pomanjkljivosti obrazložitve* prav tako veljajo omejitve. Kajti kdor kot tretja oseba na podlagi neposredne in posamične prizadetosti pridobi pravico vložiti tožbo, jo lahko vloži pod enakimi pogoji kot vse druge tožeče stranke (člen 230(4) ES); uveljavlja lahko iste ničnostne razloge kot one, skupaj s pomanjkljivostmi pri obrazložitvi.

137. Drugič, pritožnika uveljavljata, da sta tako Impala kot tudi Sodišče prve stopnje brez težav v obravnavanem primeru razumela razloge za sprejetje prve odločbe o odobritvi. Iz tega sklepata, da naj bi bila zadevna odločba zadostno obrazložena.

138. Tudi ta argument ni trden. Dejansko je sicer lahko prvi pokazatelj za zadostno obrazložitev, če je tožeča stranka uspela pred Sodiščem prve stopnje zadostno uveljaviti preostale očitke.<sup>108</sup> Vendar pa v tem ni mogoče videti kaj več kot ovrgljive domneve.

107 – Sodba Kaysersberg proti Komisiji (navedena v opombi 8, točka 105).

108 – V tem smislu na primer sodbi z dne 10. marca 2005 v zadevi Španija proti Svetu (C-342/03, ZOdl., str. I-1975, točka 59) in Kaysersberg proti Komisiji (navedena v opombi 8, točka 160).

139. Ali neka obrazložitev končno ustreza pravnim zahtevam člena 253 ES, je odvisno od objektivnih meril, h katerim spadajo zlasti sklepčnost, razumljivost in neprotislovnost bistvenih dejanskih in pravnih preudarkov.<sup>109</sup> Če obrazložitev, kot v obravnavanem primeru, v neki bistveni točki ni sklepčna, razumljiva in neprotislovnost, je treba zadevno odločbo razglasiti za nično celo tedaj, če je bilo pravno varstvo tožeče stranke glede na preostale očitke primerno. Drugače bi bilo praktično nemogoče, da bi tožeča stranka z ničnostno tožbo, poleg preostalih ničnostnih razlogov, uspešno uveljavljala pomanjkljivosti v obrazložitvi.

140. Drugače kot menita pritožnika, v preostalem nikakor ne gre za notranje protislovje, če je Sodišče prve stopnje v obravnavanem primeru hkrati ugotovilo pomanjkljivost v obrazložitvi in očitno napako pri presoji Komisije. Odločba Komisije ima lahko tako postopkovne kot tudi materialnopravne pomanjkljivosti. To, da je obrazložitev odločbe – na primer zaradi nesklepčnosti – pomanjkljiva, ne izključuje, da je imela ista odločba poleg tega vsebinske napake.

141. Tretjič, pritožnika uveljavljata, da je treba pri določitvi zahtev za obrazložitev odločbe s področja nadzora koncentracij upoštevati zaupnost občutljivih poslovnih podatkov. Zato naj bi Sodišče prve stopnje napačno uporabilo pravo, ko je v točki 411 izpodbijane sodbe od Komisije zahtevalo,

109 – Glej zgoraj točko 119 teh sklepnih predlogov.

naj objavi podrobnosti cenovne politike in politike popustov drugih „top“ skupin družb. d) Vmesni sklep

142. Tudi te trditve niso prepričljive. Očitno temeljijo na napačni razlagi točke 411 izpodbijane sodbe. Sodišče prve stopnje tam namreč nikakor ni zahtevalo od Komisije, naj izda poslovne skrivnosti posameznih tržnih subjektov. Zavrnilo je le – in to upravičeno – stališče Komisije, da določenih številčnih podatkov sploh ni bilo mogoče vključiti v prvo odločbo o odobritvi zaradi njihove zaupnosti. Kajti obveznost varovanja poslovne skrivnosti (člen 287 ES) se ne sme razlagati tako široko, da bi se z njo izvotlila zahteva po obrazložitvi odločb.<sup>110</sup>

143. Če številčni material vsebuje poslovne skrivnosti, ustreza ustaljeni praksi Komisije na področju prava konkurence, da te številke v odločbi nadomesti z razponi ali jih na kakšen drugačen način povzame ali opiše. Sodišče prve stopnje pa ustrezno opozarja na to<sup>111</sup>, da je Komisija na drugih mestih v prvi odločbi o odobritvi navedla številčne podatke o cenovni politiki posameznih tržnih subjektov.<sup>112</sup>

110 – Sodba z dne 13. marca 1985 v združenih zadevah Nizozemska in drugi proti Komisiji (296/82 in 318/82, Recueil, str. 809, točka 27).

111 – Točka 413 izpodbijane sodbe.

112 – K temu glej na primer 74., 81., 88., 95. in 102. uvodno izjavo prve odločbe o odobritvi.

144. Skupno zato Sodišče prve stopnje ni napačno uporabilo prava, ko je v točkah 325 in 542 izpodbijane sodbe prišlo do sklepa, da prva odločba o odobritvi ni dovolj obrazložena in jo je zato treba razglasiti za nično. Prvi in tretji del šestega pritožbenega razloga sta tako neutemeljena.

2. Sklicevanje Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih (prvi pritožbeni razlog in drugi del šestega pritožbenega razloga)

145. Pritožnika s prvim pritožbenim razlogom in drugim delom šestega pritožbenega razloga uveljavljata, da je Sodišče prve stopnje napačno za merilo sodnega preizkusa prve odločbe o odobritvi uporabilo izjavo o ugovorih in od Komisije napačno zahtevalo, naj morebitna odstopanja od ugovorov obrazloži v odločbi.

146. Izpodbijana sodba se nesporno mnogokrat sklicuje na izjavo o ugovorih. V nadaljevanju v prvem koraku na splošno obravnavam razmerje med odločbo o odobritvi in izjavo o ugovorih, kot ga razume Sodišče prve stopnje, preden v drugem koraku podrobneje preučim konkretne sklice

Sodišča prve stopnje na posamezne dele izjave o ugovorih.

a) Razmerje med odločbo o odobritvi in izjavo o ugovorih, kot ga na splošno razume Sodišče prve stopnje

147. Pritožnika, ki ju podpira Komisija, čisto na splošno grajata navedbe Sodišča prve stopnje glede razmerja med odločbo o odobritvi in izjavo o ugovorih. Menita, da je Sodišče prve stopnje narobe presodilo naravo in vlogo izjave o ugovorih, kar se izraža v preostalem delu sodbe.

– Izpodbijana sodba

148. Sodišče prve stopnje pri presoji očitka pomanjkljivosti v obrazložitvi v okviru predhodne opombe spomni na to, da je Komisija v izjavi o ugovorih „zelo jasno zaključila, da naj bi bila koncentracija nezdružljiva s skupnim trgom, saj naj bi zlasti že pred načrtovano koncentracijo obstajal kolektivni prevladujoči položaj in trg nosilcev zvoka naj bi bil zelo pregleden in izredno primeren za usklajevanje“.<sup>113</sup>

113 – Točka 282 izpodbijane sodbe.

149. Sodišče prve stopnje odobritev koncentracije, ki je na koncu sledila, označuje za „popoln preobrat v stališču Komisije“, ki je „[verjetno] presenetljiv, zlasti spričo njegove zamude“;<sup>114</sup> poleg tega opozarja na zahtevo po upoštevanju imperativnih rokov v postopku nadzora koncentracij, kar Komisiji po mnenju Sodišča prve stopnje „preprečuje podaljševanje njene preiskave in s tem naredi toliko manj verjetno popolno spremembo stališča, kolikor upravni postopek napreduje.“<sup>115</sup>

– Presoja

150. Tudi v postopku nadzora koncentracij je treba, tako kot v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom, nujno upoštevati pravice obrambe pred sprejetjem vsake odločbe, ki bi lahko negativno vplivala na zadevna podjetja.<sup>116</sup>

151. K tem pravicam obrambe spada zlasti načelo pravice biti slišan, ki je temeljno

114 – Točki 282 in 283 izpodbijane sodbe.

115 – Točka 285 izpodbijane sodbe.

116 – Sodba z dne 4. marca 1999 v zadevi Assicurazioni Generali in Unicredito proti Komisiji (T-87/96, Recueil, str. II-203, točka 88).

načelo prava Skupnosti<sup>117</sup> in ki ga poslej priznava tudi člen 41(2) Listine o temeljnih pravicah. Poleg tega je to načelo za postopke nadzora koncentracij normirano v členu 18(3), drugi stavek, Uredbe o združitvah.

152. To, da je prizadetim podjetjem v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom in v postopku nadzora koncentracij vročena pisna tako imenovana izjava o ugovorih,<sup>118</sup> je izraz njihove pravice biti slišan. Ta izjava o ugovorih jim omogoča seznanitev z dokazi, s katerimi razpolaga Komisija, in učinkovito uveljavljanje njihovih pravic obrambe.<sup>119</sup> Dobijo priložnost, da pisno, na obrazložen predlog tudi ustno, predstavijo svoja stališča glede ugovorov.<sup>120</sup> Člen 18(3), prvi stavek, Uredbe o združitvah poleg tega določa, da odločba Komisije lahko temelji le na ugovorih, o katerih so stranke lahko predstavile svoja stališča.

153. Iz vloge izjave o ugovorih v upravnem postopku izhaja, da gre pri njej za pripravljani dokument, katerega dejanske in pravne presoje so zgolj začasne narave. Iz tega razloga Komisija lahko in mora

upoštevati rezultate upravnega postopka, in med drugim opustiti ugovore, za katere se izkaže, da niso dovolj utemeljeni.<sup>121</sup>

154. Glede te začasne narave izjave o ugovorih ničesar ne spremeni niti okoliščina, da za Komisijo v okviru nadzora koncentracij, drugače kot na področju uporabe členov 81 ES in 82 ES, veljajo strogi procesni roki. V skladu z naravo stvari tudi zahteva po pospešitvi za prizadeta podjetja vodi k zelo kratkim rokom, v okviru katerih lahko izvajajo pravice obrambe. Obsežno varstvo pravic obrambe pa zahteva, naj se navedbe prizadetih v njihovo obrambo v postopku nadzora koncentracij ne smejo upoštevati manj kot v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom. V skladu s tem lahko take navedbe v okviru nadzora koncentracij prav tako uspešno kot v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom spremenijo stališče Komisije, celo tik pred potekom roka za izdajo odločbe o odobritvi ali prepovedi.

155. Glede na navedeno je bilo zanesljivo ponesrečeno, da je Sodišče prve stopnje v izpodbijani sodbi videlo „popoln preobrat v stališču Komisije“, do katerega je prišlo pred izdajo prve odločbe o odobritvi, spričo

117 – Ustaljena sodna praksa od sodb z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točki 9 in 11) in z dne 7. junija 1983 v zadevi Musique Diffusion française in drugi proti Komisiji (od 100/80 do 103/80, Recueil, str. 1825, točka 10) dalje.

118 – Komisija v skladu s členom 13(2) Uredbe št. 447/98 v postopku nadzora koncentracij naslovi svoje pripombe strankam, ki priglašujejo, in drugim udeleženiim strankam pisno in jim določijo rok, v katerem ji lahko pisno sporočijo svoje mnenje.

119 – Sodba SGL Carbon proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 55).

120 – Glej člen 13(2) in člen 14 Uredbe št. 447/98.

121 – Sodba 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, točka 67); v istem smislu že sodbi Musique Diffusion française in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 117, točka 14) in z dne 17. novembra 1987 v združenih zadevah BAT in Reynolds proti Komisiji (142/84 in 156/84, Recueil, str. 4487, točka 70).

njegove „zamude“ kot „presenetljiv“, <sup>122</sup> in je na splošno za „toliko manj verjetno“ označilo popolno spremembo stališča Komisije, „kolikor upravni postopek napreduje“. <sup>123</sup>

156. Če Komisija spremeni presojo pri njej priglašene koncentracije, kar je posledica navedb udeležencev v obrambo v zvezi z ugovori, to novo stališče nikakor ni „prepozno“, ampak do njega pride v trenutku, ki je običajen za postopek nadzora koncentracij. Takšno dogajanje tudi ni „presenetljivo“ ali „neverjetno“, <sup>124</sup> ampak izraz upoštevanja pravic obrambe, kar dokazuje, da zaslišanje prizadetih ni farsa.

157. Drugače kot pritožnika in Komisija pa sama ne menim, da bi bilo v izpodbijani sodbi zaradi te nekoliko ponesrečene opredelitve Sodišča prve stopnje napačno uporabljeno pravo, s čimer bi prišlo do izraza pravno neustrezno temeljno razumevanje narave in vloge izjave o ugovorih.

122 – Točka 283 izpodbijane sodbe.

123 – Točka 285 izpodbijane sodbe.

124 – V zgodovini evropskega nadzora koncentracij obstajajo številni primeri odločb o odobritvi, pred izdajo katerih je bila sprejeta izjava o ugovorih. Pritožnika v tej zvezi upravičeno primeroma opozarjata na naslednje primere: COMP/M.1940 – Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum, COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 – BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 – MAN/Auwärter, COMP/M.2706 – Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 – Celanese/Degussa/European OXO Chemicals in COMP/M.3216 – Oracle/Peoplesoft.

158. Sodišče prve stopnje namreč v isti sapi s svojimi izjavami o „presenetljivosti“ in „prepoznosti“ „preobrta v stališču Komisije“ izrecno poudarja pripravljaln značaj izjave o ugovorih, tudi pri nadzoru koncentracij; poleg tega priznava, da Komisija v skladu s sodno prakso v zvezi s členu 81 ES in 82 ES ni zavezana pojasniti morebitnih odstopanj od izjave o ugovorih. <sup>125</sup>

159. Zato menim, da na koncu Sodišče prve stopnje v svojih splošnih navedbah glede razmerja med odločbo o odobritvi in izjavo o ugovorih ni napačno presodilo narave in vloge te izjave.

160. Četudi bi želeli izhajati iz take napačne uporabe prava, ta ne bi upravičevala razveljavitve izpodbijane sodbe, ker se, kot bom prikazala v nadaljevanju, <sup>126</sup> ni izrazila v pravno napačni presoji prve odločbe o odobritvi in tako že od vsega začetka ni mogla vplivati na izrek izpodbijane sodbe. <sup>127</sup>

125 – Točki 284 in 285 izpodbijane sodbe; v istem smislu točke 300, 335, 410 in 446 izpodbijane sodbe.

126 – Točke od 161 do 182 teh sklepnih predlogov.

127 – V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba pritožbo zavrniti, če obrazložitev sodbe Sodišča prve stopnje kaže na kršitev prava Skupnosti, vendar je njen izrek utemeljen z drugimi pravnimi razlogi (glej na primer sodbo z dne 21. septembra 2006 v zadevi JCB Service proti Komisiji, C-167/04 P, ZOdl., str. I-8935, točka 186; podobno sodba Komisija proti Tetra Laval, navedena v opombi 96, točka 89).

b) Konkretni sklici Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih

161. Preučiti je treba še očitke pritožnikov in Komisije glede vrste konkretnih sklicev Sodišča prve stopnje na izjavo o ugovorih v okviru njegove presoje zakonitosti prve odločbe o odobritvi. Sodišču prve stopnje očitajo, da se njegova domneva, da je prva odločba o odobritvi nezakonita, napačno opira na primerjavo med odločbo in izjavo o ugovorih, namesto da bi se ravnala zgolj po odločbi.

162. Tudi te trditve niso prepričljive.

163. Sicer drži, da izpodbijana sodba večkrat napotuje na izjavo o ugovorih. Sodišče prve stopnje zlasti večkrat poudari, da je Komisija v prvi odločbi o odobritvi svoje navedbe in presoje določenih dejstev v primerjavi z izjavo o ugovorih omilila<sup>128</sup> ali spremenila.<sup>129</sup>

164. Sodišče prve stopnje pa se je le na prvi pogled pri napačni uporabi prava v prvi odločbi o odobritvi, ki jo je ugotovilo,

oprlo samo na takšna razhajanja z izjavo o ugovorih. Podrobnejša obravnava namreč pokaže, da sta tako pomanjkljiva obrazložitev kot tudi očitna napaka pri presoji, ki ju je obe ugotovilo Sodišče prve stopnje, izpeljani iz same odločbe o odobritvi.

165. Kar zadeva *pomanjkljivo obrazložitev*, se ugotovitve Sodišča prve stopnje glede posebnega dela prve odločbe o odobritvi, ki se ukvarja s preglednostjo trga,<sup>130</sup> v nobeni točki ne sklicujejo na izjavo o ugovorih.<sup>131</sup> Tudi v preostalih navedbah Sodišča prve stopnje glede pomanjkljive obrazložitve<sup>132</sup> so sklici na izjavo o ugovorih redki; najdemo jih le v točkah 300, 302 in 308 izpodbijane sodbe, noben od njih pa ni odločilen za domnevo Sodišča prve stopnje, da prva odločba o odobritvi glede tam zatrjevane nepreglednosti trga ni dovolj obrazložena:

- v točki 308 izpodbijane sodbe, ki je namenjena gibanju bruto in neto cen po ceniku za trgovce, se Sodišče prve stopnje opira na vsebino prve odločbe o odobritvi. V nobeni točki ne primerja te odločbe z izjavo o ugovorih in temu ustrezno tudi ne ugotavlja nobenih odstopanj med njima. Nasprotno se zdi, da želi Sodišče prve stopnje iz obeh dokumentov ciljno razbrati isto sporočilo; v tem smislu izjava o ugovorih

128 – Glej na primer točke 300, 302 in 338 izpodbijane sodbe.

129 – Glej na primer točke 378, 379, 398 in 447 izpodbijane sodbe.

130 – Od 111. do 113. uvodne izjave prve odločbe o odobritvi.

131 – Točke od 289 do 294 izpodbijane sodbe.

132 – Točke od 295 do 324 izpodbijane sodbe.

Sodišču prve stopnje služi le za dodatni prikaz njegovih ugotovitev, pridobljenih iz odločbe same.

o ugovorih niso imela nobene vloge. Nasprotno mnenju pritožnikov in Komisije torej izjava o ugovorih tu ni služila Sodišču prve stopnje kot merilo za presojo prve odločbe o odobritvi.

- Tudi v točki 302 izpodbijane sodbe ima sklicevanje na izjavo o ugovorih zgolj ilustrativni značaj, saj po mnenju Sodišča prve stopnje celo iz omiljene ocene trgovskih cen po ceniku v prvi odločbi o odobritvi še izhaja „nadaljnji dokaz za preglednost trga“.

167. Kar zadeva *očitno napako pri presoji*, ki jo je ugotovilo Sodišče prve stopnje, je treba priznati, da se izpodbijana sodba večkrat sklicuje na izjavo o ugovorih, in sicer v točkah 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 in 538 izpodbijane sodbe.<sup>135</sup>

- Da končno sklicevanje na izjavo o ugovorih v točki 300 izpodbijane sodbe ni bilo odločilno za ugotovitve Sodišča prve stopnje, to sodišče celo samo izrecno pojasnjuje v naslednji točki: „Vsekakor je Komisija, *četudi se upoštevajo le ugotovitve iz odločbe*, zaključila, da so cene po ceniku bolj ali manj enake“.<sup>133</sup>

166. Za domnevo Sodišča prve stopnje, da je obrazložitev pomanjkljiva, kar je že samo po sebi pripeljalo do razglasitve ničnosti prve odločbe o odobritvi,<sup>134</sup> torej morebitna odstopanja med to odločbo in izjavo

168. Neproblematično sklici na izjavo o ugovorih v točkah 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 in 538 izpodbijane sodbe služijo spet le prikazu in dopolnitvi tistega, kar je Sodišče prve stopnje tako ali tako že neposredno razbralo iz prve odločbe o odobritvi. Zgolj dopolnilno naravo teh sklicev na izjavo o ugovorih v navedenih točkah sodbe ponaazarjajo tudi jezikovni dodatki, kot so „poleg tega“, „sicer“, „dalje“, „v preostalem“, „glej tudi“ in „[t]o toliko bolj velja, kolikor [...]“. Na nobenem mestu se ne graja kakršno koli protislovje med odločbo o odobritvi in izjavo

133 – Točka 301 izpodbijane sodbe (moj poudarek).

134 – Točka 325 izpodbijane sodbe.

135 – Točka 491 izpodbijane sodbe, ki jo pritožnika in Komisija prav tako kritizirajo, sicer nesporno tudi vsebuje napotilo na izjavo o ugovorih. Vendar pa pri njej že vnaprej ne more iti za napačno uporabo prava Sodišča prve stopnje, saj izključno povzema le navedbe družbe Impala. Zato te točke izpodbijane sodbe v nadaljevanju podrobneje ne obravnavam.

o ugovorih. Izjava o ugovorih *ni* bila merilo za sodno presojo odločbe o odobritvi.

za pripravljalni dokument, katerega presoje so zgoljčasne narave.<sup>138</sup> Zato ni dopustno odločbe Komisije v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom ali v postopku nadzora koncentracij razglasiti za nično zaradi napačne uporabe prava zgolj zato, ker brez podrobnejšega pojasnila vsebinsko odstopa od izjave o ugovorih.

169. Isto velja za točki 378 in 379 izpodbijane sodbe. Če se bereta v povezavi s predhodno točko 377 izpodbijane sodbe, tudi ti služita le prikazu in dopolnitvi tega, kar je Sodišče prve stopnje že prej – glede preglednosti popustov – ugotovilo zgolj na podlagi odločbe o odobritvi in takole povzelo: „Dokazi, navedeni v odločbi, tako ne utemeljujejo sklepov, ki so bili izvedeni iz njih.“<sup>136</sup>

172. To pa ne izključuje, da je v odločbi, ki odstopa od izjave o ugovorih, *zaradi drugih razlogov*, ki izvirajo iz same odločbe, pravo napačno uporabljeno in je zato na podlagi tožbe razglašena za nično.

170. Težavnejši se nasprotno zdijo sklici na izjavo o ugovorih v točkah 335, 398, od 408 do 410, 419, 424, 446, 447, 451 in 528 izpodbijane sodbe. Na prvi pogled dejansko kaže tako, kot da želi Sodišče prve stopnje Komisiji tam očitati, da se je v prvi odločbi o odobritvi brez zadostnega pojasnila oddaljila od izjave o ugovorih.<sup>137</sup>

173. V tej zvezi je treba zlasti spomniti na to, da mora Komisija pri nadzoru koncentracij ocenjevati zapletene gospodarske povezave. Pri tem ima sicer, kot je že bilo omenjeno, precejšnjo možnost diskrecijskega odločanja,<sup>139</sup> vendar pa je vseskozi podvržena nadzoru sodišča Skupnosti. To mora preveriti ne le vsebinsko točnost navedenih dokazov, njihovo zanesljivost in doslednost, ampak tudi, ali ti dokazi vsebujejo vse upoštevne podatke, ki jih je treba upoštevati

171. V skladu s sodno prakso, na katero so opozorili pritožnika in Komisija v obravnavanem postopku, Komisija v odločbi *ni dolžna* razlagati morebitnih odstopanj od svoje izjave o ugovorih, saj gre pri tej izjavi

136 – Točka 377 izpodbijane sodbe.

137 – V nadaljevanju posebno pozornost posvečam točki 335 izpodbijane sodbe, ker sta jo pritožnika še posebej grajala. Moje navedbe pa ustrezno veljajo tudi za druge tu sporne točke izpodbijane sodbe.

138 – Sodba BAT in Reynolds proti Komisiji (navedena v opombi 121, točka 70).

139 – K temu glej sodno prakso, navedeno v opombi 96.



pri presoji zapletenega položaja, in ali lahko utemeljijo iz njih izvedene sklepe.<sup>140</sup>

– tretjič, da lahko dejstva, na katerih temelji odločba, utemeljijo iz njih izvedene sklepe (*moč dejstev*).<sup>141</sup>

174. Četudi Komisiji torej v odločbi o združljivosti koncentracije s skupnim trgom ni treba razložiti, zakaj se je vsebinsko oddaljila od izjave o ugovorih, mora iz njene odločbe kljub temu izhajati troje:

– prvič, da so bila dejstva, na katerih temelji odločba, vsebinsko točna, zlasti, da so temeljila na zanesljivih in doslednih dokazih (*točnost dejstev*), in

175. Oporne točke za to, ali je Komisija v konkretnem primeru v celoti upoštevala vse relevantne podatke, lahko izhajajo iz vseh okoliščin posameznega primera, zlasti iz vseh dokumentov, ki so bili sestavni del upravnega spisa v upravnem postopku. K tem dokumentom nenazadnje spada tudi izjava o ugovorih. Kajti iz te izjave je mogoče razbrati povzetek vseh dejstev in dokazov, za katere je Komisija glede na takratno stanje postopka menila, da so pomembni za odločitev.

176. V tem smislu je lahko Sodišče prve stopnje v izpodbijani sodbi, ne da bi napačno uporabilo pravo, domnevalo, da izjava o ugovorih kljub svoji začasnosti ni „popolnoma nepomembna ali irelevantna“.<sup>142</sup>

177. Nedvomno se lahko v nadaljevanju postopka – zlasti na podlagi navedb udeležениh podjetij v njihovo obrambo – izkaže, da

– drugič, da v odločbi niso bili spregledani nobeni relevantni podatki, ki bi jih bilo treba upoštevati pri presoji koncentracije (*popolnost dejstev*), in

<sup>141</sup> – K tem trem točkam ponovno glej sodbi Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39) in Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 57); posebej glede popolnosti dejstev glej tudi sodbe Technische Universität München (navedena v opombi 97, točka 14); Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 58) in Komninou in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 51), ki poudarjajo obveznost pristojnega organa, da skrbno in nepristransko preveri vse upoštevne elemente posameznega primera.

<sup>142</sup> – Točka 335, predzadnji stavek, izpodbijane sodbe; glej tudi točke 410, 419 in 446 te sodbe.

<sup>140</sup> – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39); prav tako sodba Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 57).

so bili dejstva in dokazi, na katerih je temeljila izjava o ugovorih, nepopolni ali netočni ali da niso mogli utemeljiti iz njih izvedenih sklepov. To pravilno ugotavlja tudi Sodišče prve stopnje, ko v izpodbijani sodbi navaja, da mora Komisija „upoštevati dokaze, zbrane v upravnem postopku, ter argumente prizadetih podjetij, da bi lahko opustila ugovore, ki se na koncu izkažejo za neutemeljene“.<sup>143</sup>

178. Sodišče Skupnosti pa se lahko prepriča, in se tudi mora, ali je Komisija določena dejstva, ki jih je ugotovila in s katerimi je še utemeljila izjavo o ugovorih, v nadaljevanju postopka upravičeno označila za netočna ali nezanesljiva in jih je opustila. Prav tako sodišče Skupnosti lahko preveri, in mora, ali so morebitna nova dejstva, na katera se poslej opira Komisija, vsebinsko točna, ali je tako ugotovljeno dejansko stanje popolno in ali lahko utemelji sklepe Komisije.

179. Točnost, popolnost in moč gradiva o dejstvih, na katerem temelji odločba, so lahko predmet sodne presoje.<sup>144</sup> Brez takšne presoje dejstev odločbe sploh ne bi bilo mogoče smiselno presoditi, ali je Komisija ostala v mejah diskrecijskega odločanja, ki ji

143 – Točka 335, drugi stavek, izpodbijane sodbe.

144 – K temu ponovno glej sodbi Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39) in Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 56); v istem smislu sodbe Technische Universität München (navedena v opombi 97, točka 14); Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 58) in Komninou in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 27, točka 51).

je priznано, ali pa je naredila očitno napako pri presoji.

180. Sodišče prve stopnje je zato v izpodbijani sodbi upravičeno opravilo to presojo in pri tem izvedlo, da mora Komisija „vsaj v okviru postopka pred Sodiščem prve stopnje navesti razloge, zaradi katerih meni, da so bile njene začasne presoje napačne“, in predvsem bi morale biti „presoje v odločbi združljive z ugotovitvami o dejstvih v izjavi o ugovorih, če ni dokazano, da so bile te netočne“.<sup>145</sup>

181. Organ nadzora koncentracij s tem, drugače kot menijo pritožnika in Komisija, pred Sodiščem prve stopnje ni izpostavljen dvojni obremenitvi. Od njega se ne zahteva, naj brani svojo odločbo in poleg tega ovrže še morebitno izjavo o ugovorih, ki od nje odstopa. Ta organ mora biti zgolj sposoben – na podlagi tehtnih navedb tožeče stranke – predstaviti, da so bila dejstva v *njeni odločbi* točna in popolna in da lahko utemeljijo sklepe iz odločbe. Morebitna pojasnila, zakaj so bili določeni elementi dejanskega stanja v teku upravnega postopka dopolnjeni ali opuščeni ali na novo ocenjeni,

145 – Točka 335, zadnji stavek, izpodbijane sodbe; v istem smislu točke 410, 419 in 446 te sodbe.

so neločljivo povezana z vprašanjem točnosti, popolnosti in moči dejstev iz odločbe.

3. Dokazna vrednost dejstev, predstavljenih v odgovoru na ugovore (drugi pritožbeni razlog; prvi del tretjega pritožbenega razloga)

182. Skupno gledano je torej Sodišče prve stopnje na dopusten način kot *oporno točko* pritegnilo izjavo o ugovorih, kolikor je bilo treba preizkusiti, ali je bila prva odločba o odobritvi izdana na podlagi točnih in popolnih dejstev, ki lahko utemeljijo sklepe Komisije. Sodišče prve stopnje pa prve odločbe o odobritvi ni *razglasilo za nično* zaradi morebitnih odstopanj od izjave o ugovorih, ampak zato, ker ni bila zadostno obrazložena in zaradi očitne napake pri presoji. Sodišče prve stopnje je izhajalo iz napake pri presoji zato, ker naj bi bila dejstva iz odločbe nepopolna in ker naj ne bi mogla utemeljiti sklepov Komisije v zvezi z nepreglednostjo trga.<sup>146</sup>

184. Drugi pritožbeni razlog je v tesni zvezi s prvim delom tretjega pritožbenega razloga; zato predlagam, naj se preučita skupaj. Pritožnika Sodišču prve stopnje tu v bistvenem očitata, da je postavilo pretirane zahteve glede dokazne moči njunih navedb v odgovoru na izjavo o ugovorih. Sodišče prve stopnje naj bi dalje nepravilno izhajalo iz dolžnosti Komisije, da po izjavi o ugovorih opravi nove tržne raziskave.

a) Izpodbijana sodba

c) Vmesni sklep

183. Skupno je torej treba ugotoviti, da sta prvi pritožbeni razlog in drugi del šestega pritožbenega razloga neutemeljena.

185. Sodišče prve stopnje v okviru preizkusa, ali prva odločba o odobritvi vsebuje očitno napako pri presoji preglednosti trga, med drugim navaja, „da stranke koncentracije ne morejo do zadnjega trenutka čakati s tem, da Komisiji predložijo dokaze, s katerimi naj se ovržejo ugovori, ki jih je Komisija pravočasno predstavila, kajti Komisija potem ne bi bila več sposobna opraviti potrebnih preiskav. V tem primeru bi morali biti dokazi še posebej zanesljivi, objektivni, upoštevni in

<sup>146</sup> – Točki 459 in 475 izpodbijane sodbe.

prepričljivi, če naj bi se z njimi uspešno ovrgli ugovori, ki jih je predstavila Komisija.“<sup>147</sup> b) Presoja

186. Sodišče prve stopnje dalje meni, da Komisija ne sme „iti tako daleč, da odgovornost za izvedbo določenih delov preiskave brez nadzora prenese na stranke koncentracije, zlasti če so ti deli, kot v obravnavanem primeru, odločilni vidik, na katerem temelji odločba, in če so navedbe in ocene, ki so jih predstavile stranke koncentracije, diametralno nasprotno podatkom, ki jih je zbrala Komisija v svoji preiskavi, in sklepom, ki so bili izvedeni iz njih.“<sup>148</sup>

187. Sodišče prve stopnje poleg tega na različnih mestih izpodbijane sodbe Komisiji očita, da po odgovoru udeležencev koncentracije na izjavo o ugovorih ni opravila nobenih novih tržnih raziskav, da bi preverila trdnost svojega spremenjenega stališča do načrta koncentracije.<sup>149</sup>

147 – Točka 414 izpodbijane sodbe.

148 – Točka 415 izpodbijane sodbe; podobno točka 452 izpodbijane sodbe.

149 – Glej na primer točke 398, 428 in 451 izpodbijane sodbe.

188. Kot je bilo že omenjeno v zvezi s prvim pritožbenim razlogom, je treba v postopku nadzora koncentracij pred izdajo vsake odločbe, ki bi lahko negativno vplivala na prizadeta podjetja, upoštevati pravice obrambe<sup>150</sup> (glej tudi člen 18(3), drugi stavek, Uredbe o združitvah).

189. Zato prizadetim podjetjem ni mogoče očitati, če določenih trditev, dejstev ali dokazov, ki so morebiti odločilni v tem primeru, ne predstavijo že pri priglasitvi koncentracije ali med tržno raziskavo Komisije, ampak šele v okviru navedb v svojo obrambo zoper izjavo o ugovorih.<sup>151</sup> Šele iz te izjave o ugovorih lahko namreč udeleženci koncentracije natančno razberejo, kakšne ugovore Komisija uveljavlja zoper njihov

150 – K temu glej zgornje navedbe, zlasti točke od 150 do 152 teh sklepnih predlogov.

151 – To pa seveda ne vpliva na dolžnost prizadetih podjetij, da priglasitev koncentracije vsebuje vsebinsko točne in popolne podatke (k temu glej člen 3(1) Uredbe št. 447/98). Poleg tega morajo udeleženci koncentracije na morebitno zahtevo Komisije za predložitev podatkov odgovoriti izčrpno, po resnici in pravočasno (člen 11(1) v povezavi z odstavkoma 4 in 5 Uredbe o združitvah).

načrt koncentracije in na katere trditve in dokaze se za to v podrobnostih opira.<sup>152</sup>

190. Sama okoliščina, da udeleženci koncentracije določene trditve, dejstva ali dokaze navedejo šele v odgovoru na izjavo o ugovorih, tako nikakor ne upravičuje domneve, da so te podatke zadrževali „do zadnjega trenutka“.<sup>153</sup> Iz pravic obrambe prizadetih podjetij namreč izhaja pravica, da v okviru pisnega in ustnega zaslišanja, to pomeni po prejemu izjave o ugovorih, navedejo vse, za kar menijo, da bo lahko ovrglo ugovore in prepričalo Komisijo, da odobri njihovo koncentracijo. Take navedbe niso prepozne, ampak so podane v posebej za to predvidenem trenutku v postopku nadzora koncentracij.

191. Prav tako ni dopustno za navedbe prizadetih podjetij v odgovoru na izjavo o ugovorih določiti strožjih zahtev glede

152 – Pred izjavo o ugovorih so udeleženci koncentracije sicer prav tako obveščeni o napredovanju postopka (opravljeni so razgovori, dalje priglasitelji z uvedbo uradnega postopka preiskave v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe o združitvah izvedo, na katerih področjih Komisija *resno dvomi* o združljivosti koncentracije s skupnim trgovim), te informacije pa so mnogo bolj skope kot izjava o ugovorih in se lahko glede na potek tržne raziskave tudi še sproti spreminjajo.

153 – Če pa bi se seveda izkazalo, da so prizadeta podjetja v okviru priglasitve koncentracije ali v odgovoru na zahtevo Komisije za predložitev podatkov navedla netočne ali nepopolne podatke, bi to po eni strani pomenilo kršitev njihove dolžnosti, da s Komisijo v postopku nadzora koncentracij sodelujejo, in bi po drugi strani lahko pripeljalo do pravnih posledic, navedenih v členu 8(5)(a) Uredbe o združitvah in v členu 14(1)(b) in (c) Uredbe o združitvah (preklic odločbe o odobritvi in naložitev glob).

njihove dokazne vrednosti in njihove prepričljivosti kot za navedbe konkurentov, kupcev in preostalih tretjih oseb, ki jih Komisija izpraša v času trajanja postopka nadzora koncentracij. Komisija sicer mora navedbe udeležencev koncentracije skrbno preučiti glede njihove točnosti, popolnosti in prepričljivosti in jih v primeru upravičenih dvomov ne upoštevati, vendar pa mora pri tem uporabiti ista merila kot pri presoji navedb tretjih oseb.

192. Pravice obrambe prizadetih podjetij bi bile razvrednotene, če bi bile njihove navedbe v obrambo k posameznim točkam ugovorov Komisije izključene ali če bi že od vsega začetka veljalo, da imajo njihove navedbe v obrambo manjšo dokazno vrednost ali da so manj prepričljive kot pa na primer navedbe tretjih oseb, ki so podane v okviru tržnih raziskav.

193. Poleg tega nima nobene zveze s „prenosom“ preiskav na prizadeta podjetja, če Komisija v odločbi upošteva njihove navedbe v obrambo in jih vzame za izhodišče, da ponovno razmisli o svojih dosedanjih rezultatih preiskave in začasnih sklepah iz izjave o ugovorih ter po potrebi od njih odstopi.

194. Končno Komisija ne more biti v vsakem posameznem primeru zavezana, da po izjavi o ugovorih in po zaslišanju prizadetih podjetij opravi še nadaljnje tržne raziskave.

Že časovni pritiski, ki izhajajo iz razmeroma strogih procesnih rokov, Komisiji onemogočajo, da bi tik pred posredovanjem osnutka odločbe Svetovalnemu odboru za koncentracije<sup>154</sup> še številnim tržnim subjektom razpošiljala obsežne zahteve za predložitev podatkov v zvezi z zapletenimi gospodarskimi vprašanji. Realno gledano je mogoče v tem kratkem času, ki ostane, pričakovati le malo uporabnih rezultatov preiskave. Poleg tega bi bilo treba prizadeta podjetja ponovno zaslišati glede rezultatov preiskave, če bi se z njimi denimo želela utemeljiti odločba o prepovedi. Pritožnika sta zato upravičeno pripomnila, da pravna posledica nejasnega stanja dokazov *po* zaslišanju prizadetih podjetij ne more biti uvedba novih tržnih raziskav, ampak sprejetje odločbe na podlagi obstoječih podatkov; v prid temu govori tudi člen 10(6) Uredbe o združitvah, ki predvideva fikcijo odobritve za primer, da Komisija ne sprejme odločbe v predpisanih rokih.

195. Glede na navedeno menim, da je Sodišče prve stopnje napačno presodilo pravno stanje, ko je izpeljalo, da stranke koncentracije ne morejo „do zadnjega trenutka čakati s tem, da Komisiji predložijo dokaze, s katerimi naj se ovržejo ugovori, ki jih je Komisija pravočasno predstavila“, in da bi morali biti taki dokazi „še posebej zanesljivi, objektivni, upoštevni in prepričljivi“, da bi se z njimi lahko uspešno ovrgli ugovori Komisije; Sodišče prve stopnje je tudi neupravičeno grajalo, da po sprejetju izjave o ugovorih

niso bile opravljene nadaljnje tržne raziskave, upoštevanje navedb pritožnikov v njuno obrambo s strani Komisije pa je neupravičeno enačilo z nedopustnim prenosom preiskave na stranke koncentracije.<sup>155</sup>

196. S tem sta drugi pritožbeni razlog in prvi del tretjega pritožbenega razloga v bistvu utemeljena.

197. Iz tega pa še ne izhaja, da bi bilo treba izpodbijano sodbo razveljaviti.<sup>156</sup> Sodišče prve stopnje namreč ne graja le tega, da se je Komisija pri presoji preglednosti trga oprla na navedbe družb Bertelsmann in Sony v njuno obrambo in da ni opravila novih tržnih raziskav. Nasprotno tudi vsebinsko preverja, ali predarki Komisije glede preglednosti trga vsebujejo očitne napake pri presoji.

198. V tej zvezi je treba poudariti, da Sodišče prve stopnje ni šele v tu spornih delih izpodbijane sodbe ugotovilo očitne napake pri presoji, ampak že veliko prej, v točki 377: „Dokazi, navedeni v odločbi, tako ne utemeljujejo sklepov, ki so bili izvedeni iz njih.“ Ta ugotovitev še ni v nikakršni zvezi s tu spor-

154 – Člen 19, od (3) do (7), Uredbe o združitvah.

155 – K temu ponovno glej zlasti točki 414 in 415 izpodbijane sodbe (moj poudarek).

156 – K temu ponovno glej sodno prakso, navedeno v opombi 127.

nimi navedbami udeležencev koncentracije v obrambo glede reklamnih popustov in z upoštevanjem teh navedb s strani Komisije.

4. Dokazni standard za odobritev koncentracij (drugi del tretjega pritožbenega razloga)

199. Sodišče prve stopnje tudi v točkah od 384 do 387 izpodbijane sodbe ugotavlja očitno napako Komisije pri presoji, ki ni utemeljena z upoštevanjem navedb udeležencev koncentracije v obrambo glede reklamnih popustov, ampak s tem, da je Komisija vsebinsko napačno analizirala rezultate tržne raziskave, zlasti odgovore trgovcev na drobno.

200. Vsaka od teh dveh očitnih napak pri presoji že sama zase utemeljuje razglasitev ničnosti prve odločbe o odobritvi s strani Sodišča prve stopnje. Ne glede na to pa, kot je že bilo omenjeno, tudi pomanjkljiva obrazložitev, ki jo je s pravilno uporabo prava ugotovilo Sodišče prve stopnje, upravičuje razglasitev ničnosti prve odločbe o odobritvi.<sup>157</sup>

201. Pritožnika z drugim delom tretjega pritožbenega razloga uveljavljata, da je Sodišče prve stopnje napačno uporabilo pravo, saj je določilo napačen in pretiran dokazni standard za odobritev koncentracij s strani Komisije.<sup>158</sup>

202. Pritožnika kritiko izpodbijane sodbe utemeljujeta tako: Sodišče prve stopnje naj bi na splošno narobe presodilo, da za Komisijo v primeru odločb o odobritvi in odločb o prepovedi velja isti dokazni standard; trdita, da obstaja nesorazmernost dokaznega standarda in splošna domneva o združljivosti koncentracij s skupnim trgov. Sodišče prve stopnje naj bi konkretno v obravnavanem primeru od Komisije neupravičeno zahtevalo, naj priskrbi pozitivni dokaz za *neobstoj preglednosti trga*; po mnenju pritožnikov bi Sodišče prve stopnje lahko zgolj preizkusilo, ali je Komisija v trenutku izdaje prve odločbe o odobritvi razpolagala z zadostnimi dokazi za *obstoj preglednosti trga*.

157 – Glej zgoraj točke od 93 do 144 teh sklepnih predlogov.

158 – Naslednje ugotovitve veljajo tudi za tisti del šestega pritožbenega razloga, ki ga vsebujejo točke od 98 do 100 ter točka 102 pritožbe.

a) Zatrjevana nesorazmernost zahtev za odločbe o odobritvi in o prepovedi v Uredbi o združitvah

203. Najprej bom obravnavala argument pritožnikov, da je dokazni standard v Uredbi o združitvah nesorazmeren in da obstaja splošna domneva o združljivosti koncentracij s skupnim trgom.

– Odločbe s področja nadzora koncentracij so odločbe o napovedi

204. Uvodoma je treba poudariti, da se odločbe Komisije s področja nadzora koncentracij od odločb, izdanih v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom v skladu s členom 81 ES in v postopku sankcioniranja zlorab prevladujočega položaja v skladu s členom 82 ES, razlikujejo v eni bistveni točki: pri nadzoru koncentracij se od Komisije ne zahteva, naj presodi – domnevno protizakonito – ravnanje podjetij v preteklosti in ga po potrebi kaznuje, ampak nasprotno, da poda *napoved* o prihodnjem razvoju trga. Presoditi mora, ali bi lahko koncentracija ustvarila ali krepila prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu (člen 2(2) in (3) ter člen 8(2) in (3) Uredbe o združitvah).

205. Odločitev Komisije, da konkretno koncentracijo odobri ali prepove, se tako nujno opira na *ex ante* sprejeto verjetnostno sodbo. To priznava tudi Sodišče v sodbi Komisija proti Tetra Laval, ko navaja, da gre pri nadzoru koncentracij za „napovedovanje dogodkov, ki se bodo bolj ali manj verjetno zgodili v prihodnosti“.<sup>159</sup>

206. Pri sodnem preizkusu takšne verjetnostne sodbe ne more iti toliko za *dokazljivost* kot nasprotno za *verodostojnost* napovedi Komisije, da bo koncentracija pozitivno ali negativno vplivala na konkurenco. Komisija mora biti zmožna dokazati le dejstva, s katerimi je utemeljila svojo napoved, tako na primer elemente sestave trga, ki jih je ugotovila (v obravnavanem primeru denimo različne dejavnike, ki govorijo za oziroma proti domnevi preglednosti trga). V tem smislu Sodišče v sodbi Komisija proti Tetra Laval ugotavlja, da „morajo ti dokazi utemeljiti ugotovitve Komisije, da bi bil [...] scenarij ekonomskega razvoja, ki ga le-ta predvideva, *verodostojen*“.<sup>160</sup>

207. Standard, po katerem se napoved Komisije o pričakovanem razvoju trga oceni za *verodostojno* ali *neverodostojno*, bi se

159 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 42); glej tudi sodbo General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 64).

160 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 44; moj poudarek).



moral določiti z upoštevanjem posebnosti postopka nadzora koncentracij. Komisija v odločbah s področja nadzora koncentracij v skladu s členom 8 Uredbe o združitvah ne naloži nobenih kazni, prav tako ne posega v svobodo gibanja ali telesno nedotakljivost fizičnih oseb. Komisija nasprotno zgolj izda ali zavrne izdajo upravnopravnih odobritev za neko ekonomsko dejavnost, namreč za koncentracijo podjetij. Poleg tega do tega pride v postopku, za katerega sta značilna zahteva po pospešitvi in dobro uravnovežen, sorazmerno strog režim rokov.<sup>161</sup>

izostanek, je treba koncentracijo prepovedati; če sta nasprotno nastanek ali krepitev prevladujočega položaja manj verjetna kot njun izostanek, je treba koncentracijo odobriti. Naloga sodišča Skupnosti je, da pri vsaki napovedi Komisije preveri, da ni bila narejena očitna napaka pri presoji, torej da preveri, ali jo je Komisija oprla na točna in popolna dejstva in ali lahko ta dejstva utemeljijo napoved.<sup>163</sup>

208. Spričo teh lastnosti postopka nadzora koncentracij se mi zdi primerno vodilo, da mora Komisija izhajati iz takšnega razvoja trga, ki se ji ob koncu večmesečne poglobljene presoje koncentracije zdi najverjetnejši (angleško: „balance of probabilities“). Sodišče prve stopnje je to na primer nedavno zelo ustrezno povzelo v sodbi General Electric proti Komisiji: „Preiskava domnevnega razvoja [...] zahteva, da se preučijo različne vzročne zveze *in da se izhaja iz tiste, ki je najverjetnejša*“.<sup>162</sup>

210. Zdelo bi se mi neprimerno, če bi se merilo pri nadzoru koncentracij poostrilo in bi se na primer zahtevalo, da mora biti razvoj trga, kot ga napoveduje Komisija, „zelo verjeten“ ali „še posebej verjeten“, da bi ga Sodišče prve stopnje upoštevalo.<sup>164</sup> Po eni strani bi tak poostren standard verjetnosti znatno oslabil konkurenčopolitično funkcijo Komisije. Komisija bi potem namreč morala z odprtimi očmi odobriti koncentracije, čeprav bi te verjetno ustvarile ali krepile prevladujoči položaj in s tem škodljivo vplivale na konkurenco. Komisija bi lahko posredovala le še v tistih primerih, pri katerih bi koncentracija „zelo verjetno“ ali „še posebej verjetno“ imela take škodljive

209. Če sta torej nastanek ali krepitev prevladujočega položaja verjetnejša kot njun

161 – Glej točko 12 teh sklepnih predlogov.

162 – Sodba General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 64, zadnji stavek; moj poudarek).

163 – Sodbe Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39); Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 57) in General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 63); glej tudi točki 173 in 174 teh sklepnih predlogov.

164 – Drugače generalni pravobranilec Tizzano v sklepnih predlogih z dne 25. maja 2004 v zadevi Komisija proti Tetra Laval (C-12/03 P, sodba navedena v opombi 96, točka 74), ki za prepoved zahteva, da bi priglašena koncentracija *zelo verjetno* ustvarila ali krepila prevladujoči položaj.

vplive na konkurenco. Po drugi strani bi bil tako poostren standard verjetnosti le težko združljiv z diskrecijsko pravico, ki jo ima Komisija pri presoji zapletenih gospodarskih povezav<sup>165</sup> in katere bistvo je tudi njena napoved pričakovanega razvoja trga zaradi koncentracije podjetij.

(člen 6(1)(b) in (c) Uredbe o združitvah).<sup>167</sup> Po takem poglobljenem preizkusu pa mora biti koncentracija odobrena kljub morebitnim preostalim dvomom, pod pogojem, da sta nastanek ali krepitev prevladujočega položaja v skladu z napovedjo Komisije manj verjetna kot njun izostanek. Obratno je treba koncentracijo kljub morebitnim preostalim dvomom prepovedati, če Komisija po opravljenem poglobljenem preizkusu meni, da sta nastanek ali krepitev prevladujočega položaja verjetnejša kot njun izostanek.

211. Še zlasti ne more biti odločilno, ali je Komisija ob koncu svojega večmesečnega poglobljenega preizkusa koncentracije sposobna nastanek ali krepitev prevladujočega položaja predpostaviti oziroma izključiti *onstran razumnega dvoma*.<sup>166</sup> Ta posebno visoki standard je značilen zlasti za kazenske postopke ali postopke, ki so tem podobni. V postopku nadzora koncentracij se uporablja le v fazi predhodnega preizkusa („faza I“) in sicer kot izravnavna za to, da je mogoče v tem delu postopka koncentracijo preučiti zgolj na splošno. „Resen dvom“ glede njene združljivosti s skupnim trgom potem tudi samo prepreči, da bi bila koncentracija *prenagljeno odobrena*, in prisili Komisijo, da najprej opravi poglobljen preizkus v okviru uradnega postopka preizkusa („faza II“)

– Sorazmernost zahtev za odobritve in prepovedi

212. Kar zdaj zadeva pravne zahteve za odločbe o odobritvi po eni strani in odločbe o prepovedi po drugi strani, med njimi ne vidim nobene razlike. Takšna razlika, v nasprotju z mnenjem pritožnikov, ne obstaja niti glede stopnje verodostojnosti napovedi, ki jo mora sprejeti Komisija, niti glede trdnosti dejstev, na katerih temelji.

213. Odstavka 2 in 3 tako člena 2 Uredbe o združitvah, ki na splošno opredeljuje program preizkusa za nadzor načrta

165 – K temu glej že točki 126 in 173 izpodbijane sodbe.

166 – Podobno generalni pravobranilec Tizzano v sklepnih predlogih z dne 25. maja 2004 v zadevi Komisija proti Tetra Laval (C-12/03 P, sodba navedena v opombi 96, točka 74): „Zato ni mogoče zahtevati, da bi morala Komisija, če bi hotela prepovedati koncentracijo, s *popolno gotovostjo* ugotoviti, da bi ta ustvarila ali krepila prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu“ (moj poudarek).

167 – Za primer s področja okoljskega prava glej sodbo z dne 7. septembra 2004 v zadevi Waddenvereniging in Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, ZOdl., str. I-7405, točka 44 in točke od 55 do 59).

koncentracije s strani Komisije, kot tudi člena 8 Uredbe o združitvah, ki našteva pooblastila Komisije za odločanje, sta sestavljena popolnoma sorazmerno.

214. Ta sorazmernost končno zrcali, da mora Komisija v vsakem posamičnem primeru pravično izravnovati enakovrstne interese, ki jih varuje primarno pravo,<sup>168</sup> namreč po eni strani pravice in interese udeležencev koncentracije in po drugi strani javni interes glede varstva konkurence pred izkrivljanjem (člen 3(1)(g) ES).<sup>169</sup> Sicer tako pravica udeleženih podjetij do gospodarske pobude kot tudi lastninske pravice njihovih delničarjev (člena 16 in 17 Listine o temeljnih pravicah) nedvomno vključujejo pravico do uresničitve koncentracij podjetij; to pa velja le, če varstvo konkurence pred izkrivljanjem ne upravičuje določenih pogojev ali zahtev ali celo prepovedi konkretne koncentracije.

215. Sodba Komisija proti Tetra Laval, na katero se sklicujeta pritožnika, ne govori

proti tej sorazmernosti zahtev za odločbe o odobritvi in prepovedi. Kajti zahteva po „prepričljivih dokazih“ (angleško: „convincing evidence“),<sup>170</sup> ki jo vsebuje ta sodba, terja le, da Komisija svojo verjetnostno sodbo utemelji z zanesljivimi dejstvi. To se sicer kaže tudi na drugih mestih v sodbi Komisija proti Tetra Laval, kjer Sodišče „kakovost“ dokazov, ki jih je predložila Komisija, označuje za „posebej pomembno“, „saj morajo ti dokazi utemeljiti ugotovitve Komisije, da bi bil [...] scenarij ekonomskega razvoja, ki ga le-ta predvideva, verodostojen.“<sup>171</sup>

216. Zahteva po „prepričljivih“ dokazih se ne sme napačno razumeti tako, da bi bilo s tem merilo za odločbe o prepovedi strožje kot za odločbe o odobritvi. Kot je namreč Sodišče pojasnilo v sodbi Komisija proti Tetra Laval, z zahtevo po „prepričljivih“ dokazih „nikakor ni dodalo nove zahteve glede potrebnega dokaznega standarda, ampak je zgolj opozorilo na bistveno vlogo dokaza, ki je v tem, da *prepričljivo utemelji* veljavnost rešitve, oziroma [...] odločbe [...]“.<sup>172</sup>

168 – K temu glej tretjo in četrto uvodno izjavo Uredbe o združitvah po eni strani in njeno peto uvodno izjavo po drugi strani.

169 – Glej tudi prvo, drugo in peto uvodno izjavo Uredbe o združitvah. Varstvo pred izkrivljanjem konkurence služi interesom vseh tržnih subjektov, skupaj s potrošniki (k temu glej sodbe z dne 21. februarja 1973 v zadevi Europemballage in Continental Can proti Komisiji, 6/72, Recueil, str. 215, točka 25; z dne 9. novembra 1983 v zadevi Michelin proti Komisiji, 322/81, Recueil, str. 3461, točka 125, in z dne 15. marca 2007 v zadevi British Airways proti Komisiji, C-95/04 P, Z.Odl., str. I-2331, točka 106).

170 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 41); glej tudi sodbo „Kali & Salz“ (navedena v opombi 16, točka 228), ki govori o „tehtnih in prepričljivih dokazih“ (angleško: „cogent and consistent evidence“). Menim, da nemški prevod sodbe Komisija proti Tetra Laval, ki govori o „jasnih“ dokazih, ne izraža pravilno angleškega izraza „convincing evidence“; zato tu in v nadaljevanju za „convincing“ vedno uporabljам pridevnik „prepričljiv“.

171 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 44).

172 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 41); moj poudarek.

217. Da bi za *prepoved* načrta koncentracije veljale strožje zahteve kot za njeno odobritev, iz navedenih delov sodbe Komisija proti Tetra Laval ni mogoče zaključiti, kot tudi ne iz opozorila Sodišča, da mora biti Komisija pri sprejetju svoje odločbe o napovedi „pozorna“.<sup>173</sup> Komisija namreč nikakor ne sme biti „nepozorna“ pri *odobritvi* koncentracije in se opirati na manj „prepričljive“ dokaze kot pri njeni prepovedi. Drugače ne bi mogla izpolniti svoje ključne naloge varstva konkurence pred izkrivljanjem na notranjem trgu.

218. Če sta torej nastanek ali krepitev prevladujočega položaja verjetnejša kot njun izostanek, je treba koncentracijo prepovedati; če pa sta nasprotno nastanek ali krepitev takega položaja manj verjetna kot njun izostanek, je treba koncentracijo odobriti. Ti verjetnostni sodbi sta dve plati iste medalje. Pri sprejetju vsake izmed njiju je treba biti pozoren in jo podkrepiti z dejstvi, ki niso le točna in popolna – za to so potrebni „prepričljivi“ dokazi –, ampak lahko tudi utemeljijo iz njih izvedene sklepe.<sup>174</sup>

173 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 42).

174 – Sodbi Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39) in General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 63); glej tudi točki 173 in 174 teh sklepnih predlogov.

– Neobstoj splošne domneve o združljivosti s skupnim trgom

219. Iz zgoraj opisane sorazmernosti in iz enakovrednosti prizadetih interesov<sup>175</sup> izhaja tudi, da Uredba o združitvah ne pozna *splošne domneve* v korist združljivosti koncentracij s skupnim trgom. Komisija mora v vsakem posameznem primeru izrecno odločiti o združljivosti ali nezdružljivosti zadevne koncentracije s skupnim trgom,<sup>176</sup> pred tako odločitvijo pa je udeleženi podjetjem izrecno prepovedano, da bi koncentracijo izvajala (člen 7(1) in (5) Uredbe o združitvah).

220. Nič drugega ne izhaja iz sodbe EDP proti Komisiji,<sup>177</sup> na katero se sklicujeta pritožnika. Tam Sodišče prve stopnje sicer pojasni, da samo dvomi Komisije še ne upravičujejo prepovedi koncentracije. Iz tega pa nikakor ni mogoče izpeljati nasprotnega sklepa o splošni domnevi združljivosti koncentracije s skupnim trgom. To izhaja tudi iz 15. uvodne izjave Uredbe o združitvah, v skladu s katero se lahko kvečjemu za

175 – Ti interesi so po eni strani pravice in interesi udeležencev koncentracije in po drugi strani javni interes glede varstva konkurence pred izkrivljanjem; glej ponovno točko 214 teh sklepnih predlogov.

176 – Tako tudi sodba General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 61).

177 – Sodba z dne 21. septembra 2005 v zadevi EDP proti Komisiji (T-87/05, ZODl, str. II-3745, točka 64).

koncentracije, ki imajo omejen tržni delež, domneva, da so združljive s skupnim trgov.

221. Menim, da se lahko le zelo izjemoma v obeh naslednjih skupinah primerov domneva, da je koncentracija združljiva s skupnim trgov.

222. Prva skupina primerov se nanaša na priglašene koncentracije, o katerih Komisija v nasprotju s svojo zakonsko dolžnostjo ni odločila v predpisanem roku. Združljivost takih koncentracij s skupnim trgov se v skladu s členom 10(6) Uredbe o združitvah domneva že na podlagi zakona (glej tudi člen 7(1) in (5) Uredbe o združitvah). Širša *splošna* domneva o združljivosti koncentracij s skupnim trgov pa iz določbe člena 10(6) Uredbe o združitvah *ne* izhaja zaradi njene narave izjeme in zaradi njene umeščenosti v predpis, ki je povezana z ureditvijo procesnih rokov.<sup>178</sup>

223. Druga skupina primerov se nanaša na koncentracije, pri katerih je po opravljeni preiskavi Komisije stanje dokazov tako nejasno, da ni mogoče zanesljivo napovedati, ali bodo na koncu ustvarile ali krepile

prevladujoči položaj ali ne. Generalni pravobranilec Tizzano je za te primere uporabil izraz „sivo območje“.<sup>179</sup> Menim pa, da se tega izraza ne sme narobe razumeti v tem smislu, da bi obstajalo večje število takih primerov. Mislim, da gre le za nekaj redkih mejnih primerov, pri katerih tudi po obširnih raziskavah trga ni jasno, na katero stran se obrača jeziček za tehtnici. Le taki primeri *non liquet* naj bi se v skladu z načelom *in dubio pro libertate* razglasili za združljive s skupnim trgov in odobrili. Širša *splošna* domneva o združljivosti koncentracij s skupnim trgov pa tudi iz obstoja te skupine primerov ne more izhajati.

224. Ne glede na natančni doseg zadnjih dveh skupin primerov pa je jasno, da obravnavani primer ne spada v nobeno od njiju. Niti Komisija ni v nasprotju s svojo obveznostjo zamudila roka za odločitev o koncentraciji niti Sodišče prve stopnje ni ugotovilo nejasnega stanja dokazov.<sup>180</sup> Tudi Komisija sama je sicer na več mestih v prvi odločbi o odobritvi govorila o tem, da za določena dejstva ni dovolj dokazov,<sup>181</sup> vendar pa obravnavanega primera ni nikoli, kolikor je razvidno, opredelila za mejnega, pri katerem bi prišlo do položaja *non liquet*. Nasprotno je na obravnavi pred Sodiščem izrecno

179 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizzana z dne 25. maja 2004 v zadevi Komisija proti Tetra Laval (C-12/03 P, sodba navedena v opombi 96, točke od 76 do 81, zlasti točka 76).

180 – Glej na primer točke 290, 294, 303, 347, 362, 407 in 435 izpodbijane sodbe.

181 – Glej na primer 80., 87., 94., 101., 108., 111., 113., 150., 153. in 158. uvodno izjavo prve odločbe o odobritvi.

178 – K členu 10(6) Uredbe o združitvah glej tudi besedilo v točki 102 teh sklepnih predlogov.

poudarila, da je razprava o mejnih primerih, v katerih je stanje dokazov nejasno, zgolj hipotetična.<sup>182</sup>

– Vmesni sklep

225. Skupno je tako treba zavrtni navedbe pritožnikov, da Uredba o združitvah temelji na nesorazmernosti zahtev za izdajo odločb o odobritvi in o prepovedi ter na splošni domnevi o združljivosti koncentracij s skupnim trgom. Predpostavljati tudi ni mogoče, da obravnavani primer spada v eno od obeh skupin primerov, pri katerih izjemoma velja domneva o združljivosti koncentracije s skupnim trgom.

b) Dokazni standard, ki ga je v obravnavanem primeru uporabilo Sodišče prve stopnje

226. Preučiti je še treba, ali je Sodišče prve stopnje v obravnavanem primeru za ugotovitve Komisije v zvezi s preglednostjo trga uporabilo pravilni dokazni standard.

227. Pritožnika trdita, da Sodišče prve stopnje ne bi smelo od Komisije zahtevati pozitivnega dokaza o *neobstoju preglednosti trga*; Sodišče prve stopnje bi se moralo namreč zadovoljiti s tem, da preveri, ali je Komisija v trenutku izdaje prve odločbe o odobritvi razpolagala z zadostnimi dokazi za *obstoj preglednosti trga*.<sup>183</sup> To stališče očitno temelji na prepričanju, da bi moral biti dokazni standard za odobritev koncentracije nižji od tistega za njeno prepoved.

228. To stališče me iz dveh razlogov ne prepriča.

229. Po eni strani iz sorazmernosti dokaznega standarda za odločbe o odobritvi in o prepovedi izhaja,<sup>184</sup> da to, ali Komisija preučuje preglednost trga z vidika morebitne odobritve ali pa z vidika morebitne prepovedi koncentracije, ne more utemeljiti nikakršnega razlikovanja. Negativna ugotovitev, da *trg ni tako pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj*, vodi do istega sklepa in zahteva isto stopnjo dokazov kot pozitivna ugotovitev, da je zadevni trg *tako nepregleden, da izključuje domnevo o kolektivnem prevladujočem položaju*. Obe ugotovitvi sta dve plati iste medalje. Obe tudi

182 – Komisija je tudi v prvostopenjskem postopku poudarila, da je sposobna prvo odločbo o odobritvi braniti v skladu z načeli „balance of probabilities“ (glej točko 7 njenega odgovora na tožbo na prvi stopnji).

183 – Navedbe pritožnikov se v podrobnostih nanašajo na točke 289, 366, od 381 do 387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, od 449 do 457 in 459 izpodbijane sodbe.

184 – Glej zgoraj točke od 212 do 218 teh sklepnih predlogov.

utemeljmeta izključitev nevarnosti, da bo nastal ali da se bo krepil kolektivni prevladujoči položaj, pod pogojem, da so vsakokratna dejstva, na katerih temeljita, točna, popolna in da lahko utemeljijo iz njih izvedene sklepe.

c) Vmesni sklep

230. Po drugi strani se mi zdi, da očitek pritožnikov glede zahtevanega dokaznega standarda Sodišča prve stopnje temelji na napačni razlagi izpodbijane sodbe. Če natančneje pogledamo, Sodišče prve stopnje Komisiji sploh ne očita, da pri presoji koncentracije z vidika konkurence ni zadostila zahtevanemu dokaznemu standardu. Sodišče prve stopnje se namreč pri svoji presoji prve odločbe o odobritvi ravna po ugotovitvi Komisije, da trg „ni tako pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj“.<sup>185</sup> Sodišče prve stopnje je torej celo preučilo, kot sta zahtevala pritožnika, ali je dejansko obstajalo zatrjevano pomanjkanje zadostnih dokazov za obstoj preglednosti trga.

231. Za očitno napako pri presoji, ki jo je ugotovilo Sodišče prve stopnje, ni šlo zato, ker ni bil predložen pozitivni dokaz za neobstoj preglednosti trga, ampak nasprotno zato, ker v prvi odločbi o odobritvi niso bili upoštevani vsi relevantni podatki in ker tudi upoštevana dejstva niso mogla utemeljiti sklepa, ki ga je izvedla Komisija sama.<sup>186</sup>

232. Drugi del tretjega pritožbenega razloga je tako neutemeljen. Isto velja za navedbe v točkah od 98 do 100 in v točki 102 pritožbe, ki se vsebinsko prekrivajo z drugim delom tretjega pritožbenega razloga.

*B – Meje proste presoje dejstev in dokazov Sodišča prve stopnje (četrti pritožbeni razlog)*

233. Pritožnika s četrtnim pritožbenim razlogom Sodišču prve stopnje očitata, da je prekoračilo obseg sodnega preizkusa odločbe Komisije, s tem da ni upoštevalo diskrecijske pravice Komisije in da je njeno presojo dejstev in dokazov večkrat nadomestilo s svojo, pri čemer je storilo očitne napake in izkrivilo dokaze.<sup>187</sup>

234. Medtem ko Komisija podpira ta pritožbeni razlog, Impala brani izpodbijano sodbo.

185 – Točki 289 in 459 izpodbijane sodbe; glej tudi točke 287, 366 in 371 te sodbe.

186 – Glej zlasti točke 377, 390, 459 in 542 izpodbijane sodbe.

187 – Naslednje ugotovitve veljajo tudi za tisti del šestega pritožbenega razloga, ki ga vsebujeta točki 101 in 102 pritožbe.

1. Diskrecijska pravica Komisije in njen sodni nadzor – Reklamnim popustom naj bi Sodišče prve stopnje pripisalo „le omejen vpliv na cene“.<sup>190</sup>

a) Izpodbijana sodba

235. Pritožnika kot dokaz za očitke, da Sodišče prve stopnje ni upoštevalo diskrecijske pravice Komisije in je njeno presojo dejstev in dokazov večkrat nadomestilo s svojo, opozarjata na naslednje primere iz izpodbijane sodbe:

– Sodišče prve stopnje naj bi prilagajanje cen po ceniku označilo za „dejansko zelo jasno“, medtem ko naj bi Komisija govorila le o „bolj ali manj enakih“ cenah po ceniku.<sup>188</sup>

– Sodišče prve stopnje naj bi nihanje splošne višine popustov, ki so jih priznavale stranke koncentracije, označilo kot „le zelo neznatno“.<sup>189</sup>

188 – Točka 299 izpodbijane sodbe.

189 – Točka 307 izpodbijane sodbe; pritožnika poleg tega napotujeta na točke 421, 419, 424, 444 in 457 izpodbijane sodbe, kjer sta našla podobne izjave Sodišča prve stopnje.

– Sodišče prve stopnje naj bi govorilo o „veliki preglednosti cen“ oziroma o „veliki preglednosti trga“<sup>191</sup> in naj bi v tedenskih poročilih trgovskih zastopnikov videlo „dodatni dokaz za preglednost trga“;<sup>192</sup> za reklamne popuste naj bi Sodišče prve stopnje menilo, da so „namenjeni temu, da za njih izve javnost“<sup>193</sup> in da so „splošno znani in pregledni“.<sup>194</sup>

– Razlike v razponih popustov bi lahko bile po mnenju Sodišča prve stopnje „posledica različnih storitev“ in naj ne bi bilo mogoče izključiti, „da popusti temeljijo na znani vrsti pravil“.<sup>195</sup>

– Sodišče prve stopnje naj bi predloženim gospodarskim podatkom neupravičeno odrekalo pomembnost v zvezi z vpraša-

190 – Točka 317 izpodbijane sodbe.

191 – Točki 347 in 361 izpodbijane sodbe.

192 – Točka 354 izpodbijane sodbe.

193 – Točka 402 izpodbijane sodbe. Opozoriti je treba na to, da ta očitek temelji na – zavezujoči – angleški jezikovni različici sodbe („destined to become *public knowledge*“), medtem ko je v francoski jezikovni različici zapisano, da reklamni popust „semble, par essence, avoir vocation à revêtir *un caractère de publicité*“, kar ima bolj malo zveze z angleškim izrazom „*public knowledge*“; moji poudarki.

194 – Točke 403, 405, 406 in 436 izpodbijane sodbe.

195 – Točka 420 izpodbijane sodbe.



njem, ali so reklamni popusti pomembni tudi za najboljše prodajane albume.<sup>196</sup>

njenih odločb s področja nadzora koncentracij glede *očitnih napak pri presoji*.<sup>199</sup>

## b) Presoja

236. Kot je bilo že omenjeno na drugih mestih,<sup>197</sup> ima Komisija pri nadzoru koncentracij na voljo široko diskrecijsko pravico za presojno zapletenih gospodarskih povezav. V skladu z ustaljeno sodno prakso lahko nadzor sodišča Skupnosti v tej zvezi obsega samo preverjanje spoštovanja postopkovnih pravil in pravil glede obrazložitve, vsebinske točnosti dejstev ter neobstoja očitne napake pri presoji in zlorabe pooblastil.<sup>198</sup>

238. Glede tega je Sodišče ravno pred kratkim v sodbi Komisija proti Tetra Laval ugotovilo:

„Čeprav je Sodišče Komisiji priznalo območje proste presoje glede ekonomskih zadev, to ne pomeni, da se morajo sodišča Skupnosti vzdržati nadzora nad razlago podatkov ekonomske narave, ki jo opravi Komisija. Sodišča Skupnosti morajo zlasti preveriti ne samo vsebinsko točnost navedenih dokazov, njihovo zanesljivost in doslednost, ampak tudi, ali ti dokazi vsebujejo vse upoštevne podatke, ki jih je treba upoštevati pri presoji kompleksnega položaja, in ali lahko utemeljijo iz njih izvedene sklepe.“<sup>200</sup>

237. Pritožnika na koncu s kritiko delov besedila iz točke 235 izpodbijane sodbe odpirata vprašanje, kakšne meje diskrecijska pravica Komisije določa sodnemu preizkusu

239. Spričo tega merila pri presoji bi bilo napačno domnevati, da diskrecijska pravica

196 – Točka 456 izpodbijane sodbe.

197 – Glej zlasti navedbe k prvemu in šestemu pritožbenemu razlogu v točkah 126 in 173 izpodbijane sodbe.

198 – Sodbe z dne 3. aprila 2003 v zadevi *Petrolescence* in *SG2R* proti Komisiji (T-342/00, Recueil, str. II-1161, točka 101); EDP proti Komisiji (navedena v opombi 177, točka 151) in z dne 4. julija 2006 v zadevi *easyJet* proti Komisiji (T-177/04, ZOdI., str. II-1931, točka 44).

199 – Le obrobno je treba omeniti, da nekatere ugotovitve, ki jih kritizirata pritožnika, natančneje tiste v točkah 299, 307 in 317 izpodbijane sodbe, zaradi svojega sistematičnega položaja spadajo k *formalnemu preizkusu* prve odločbe o odobritvi glede *pomanjkljivosti v obrazložitvi*. Zanje v prvi vrsti velja tisto, kar je bilo navedeno zgoraj k tretjemu delu šestega pritožbenega razloga (glej zlasti točke od 114 do 131 teh sklepnih predlogov). Ker pa pritožnika očitno menita, da točke 299, 307 in 317 izpodbijane sodbe poleg tega vsebujejo elemente vsebinskega preizkusa prve odločbe o odobritvi glede očitnih napak pri presoji, jih bom v nadaljevanju preučila še s tega vidika.

200 – Sodba Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39); poslej glej tudi sodbi Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točki 56 in 57) in General Electric proti Komisiji (navedena v opombi 96, točka 63).

Komisije sodišču Skupnosti že vnaprej onemogoča vsako lastno presojo dejstev in dokazov. Taka lastna presoja sodišča Skupnosti je ravno nasprotno neobhodno potrebna, kadar je treba raziskati, ali so bila dejstva, na katerih temelji odločba Komisije, točna, zanesljiva, dosledna in popolna in ali so lahko ta dejstva utemeljila sklepe Komisije. Drugače sodišče Skupnosti sploh ne bi moglo smiselno presoditi, ali je Komisija ostala v mejah diskrecijskega odločanja, ki ji je priznано, ali pa je naredila očitno napako pri presoji.<sup>201</sup>

240. Sodišče prve stopnje meje sodnega preizkusa odločbe Komisije pri nadzoru koncentracij prestopi šele takrat, če se zdi, da dejstva in dokazi dopuščajo različne presoje, Komisija se je odločila za eno od njih, Sodišče prve stopnje pa kljub temu to presojo Komisije nadomesti s svojo, drugačno presojo.

241. Če s tega zornega kota pogledamo primere iz izpodbijane sodbe, ki sta jih navedla pritožnika, se pokaže, da je Sodišče prve stopnje sicer v vseh primerih opravilo lastno presojo dejstev in dokazov, da pa je vsekakor ostalo v mejah sodnega nadzora nad odločbo Komisije pri nadzoru koncentracij.

242. Po eni strani s pravnega vidika ni mogoče očitati, da je Sodišče prve stopnje dejstva, ki jih je ugotovila Komisija, preučilo glede tega, ali in v kolikšnem obsegu vsebujejo znake za oziroma proti preglednosti trga. Ugotovitve, kot so tiste v točkah 299, 307, 317, 347, 354 in 361 izpodbijane sodbe, ki sta jih kritizirala pritožnika, so bile torej zakonite, tudi na primer izjava, „da lahko trije dejavniki, navedeni v odločbi[...] utemeljijo veliko preglednost cen“ (točka 347).

243. Po drugi strani si je Sodišče prve stopnje lahko ustvarilo tudi svoje mnenje glede vprašanja, ali in v kolikšnem obsegu so dejstva glede popustov, zlasti glede reklamnih popustov, ki jih je ugotovila Komisija, zadoščala za to, da se je lahko izključila zadostna preglednost trga za možnost domneve kolektivnega prevladujočega položaja. Ugotovitve Sodišča prve stopnje, kot so tiste v točkah 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 in 457 izpodbijane sodbe, ki sta jih kritizirala pritožnika, so bile torej prav tako zakonite, tudi na primer izjava, da so reklamni popusti pomenili le zelo majhen del bruto prodajne cene albumov (točka 457).

244. Sodišče prve stopnje je namreč v bistvu v spornih točkah izpodbijane sodbe uporabilo merila, ki jih je samo razvilo Sodišče,<sup>202</sup> in zlasti preverilo, ali so lahko dejstva, na katerih je temeljila prva odločba o odobritvi,

201 – K temu glej že – v drugi zvezi – točko 179 teh sklepnih predlogov.

202 – Glej še enkrat sodbo Komisija proti Tetra Laval (navedena v opombi 96, točka 39), pred kratkim potrjeno s sodbo Španija proti Lenzing (navedena v opombi 97, točka 57).

utemeljila sklep Komisije, da trg ni dovolj pregleden, da bi omogočal kolektivni prevladujoči položaj.

## 2. Očitek izkrivljanja dokazov

245. Sodišče prve stopnje ni na primer lastne presoje preglednosti trga postavilo na mesto prav tako sprejemljive presoje Komisije, in tudi si ni nikakor vzelo pravice, da bi samo sodilo o združljivosti ali nezdružljivosti sporne koncentracije s skupnim trgom.<sup>203</sup> Presodilo je zgolj, da sklepi Komisije v obravnavanem primeru niso temeljili na dejstvih iz njene prve odločbe o odobritvi.<sup>204</sup> Zadnja presoja Sodišča prve stopnje je del njegove presoje dejstev in dokazov v prvostopenjskem postopku in je kot take v pritožbenem postopku – s pridržkom vprašanja izkrivljanja dejstev in dokazov, ki ga obravnavam v nadaljevanju – ni več mogoče preizkusiti.

246. Skupno menim, da je Sodišče prve stopnje pri vsebinski presoji prve odločbe o odobritvi spoštovalo diskrecijsko pravico Komisije.

247. Pritožnika dalje očitata, da je Sodišče prve stopnje v točkah 425, 427 in 434 izpodbijane sodbe izkrivljalo dokaze. V sporni delih besedila izpodbijane sodbe se Sodišče prve stopnje ukvarja s stališčem Komisije, da naj bi bili reklamni popusti nepregledni.

248. Preden se posvetim posameznim omenjenim točkam izpodbijane sodbe, bom spomnila na stroga merila, ki jih je Sodišče v ustaljeni sodni praksi določilo za preizkus očitka izkrivljanja dokazov. V skladu z njimi je izkrivljanje dokazov podano, če se zdi presoja obstoječih dokazov, *ne da bi bilo treba poseči po novih dokazih, očitno napačna*.<sup>205</sup> Ne gre torej za to, da se preveri, ali je presoja dokazov, ki jo opravi Sodišče prve stopnje, z vidika Sodišča *prepričljiva*; drugače bi namreč Sodišče na mesto presoje dokazov Sodišča prve stopnje postavilo lastno presojo, kar v pritožbenem postopku ni njegova naloga. Dokler je presoja dokazov Sodišča prve stopnje vsaj *sprejemljiva*, ni podano izkrivljanje dokazov.

203 – Glej točko 479 izpodbijane sodbe: „Naloga Sodišča prve stopnje namreč ni, da odloča o združljivosti koncentracije s skupnim trgom, ampak je, da preveri zakonitost ugotovitev, sprejetih v odločbi.“

204 – Točka 452 izpodbijane sodbe.

205 – Sodbe z dne 18. januarja 2007 v zadevi PKK in KNK proti Svetu (C-229/05 P, ZOdl., str. I-445, točka 37); z dne 18. julija 2007 v zadevi Industrias Químicas del Vallés proti Komisiji (C-326/05 P, ZOdl., str. I-6557, točka 60) in z dne 22. novembra 2007 v zadevi Sniace proti Komisiji (C-260/05 P, ZOdl., str. I-10005, točka 37).

249. Sodišče presojo opravi izključno na podlagi podatkov iz spisa.<sup>206</sup>

kupcu za vsakega od svojih 20 najbolj prodajanih albumov. To naj bi izhajalo iz točk od 19 do 22 dopisa Komisije z dne 21. septembra 2005<sup>207</sup> in naj bi jasno sledilo iz Priloge E.2 k temu dopisu.

a) Točka 425 izpodbijane sodbe

250. V točki 425 izpodbijane sodbe se Sodišče prve stopnje ukvarja z nekaterimi razpredelnicami, ki jih je predložila Komisija, in ugotavlja:

„[...] Izračun razlike med najnižjimi popusti in najvišjimi popusti na kupca [...] je bil zmotno v večini primerov narejen ob upoštevanju popustov, ki jih je priznala druga stranka, čeprav [...] je treba ta izračun narediti na podlagi razlike med najnižjimi popusti in najvišjimi popusti, ki jih je ista stranka priznala različnim kupcem.“

251. Pritožnika menita, da gre pri tem za izkrivljanje dokazov. Komisija naj bi namreč v prvostopenjskem postopku Sodišču prve stopnje razložila, da je razliko med najnižjimi popusti in najvišjimi popusti izračunala na podlagi popustov na znesek računa, ki jih je ena stranka koncentracije priznala istemu

252. Da bi se očitek izkrivljanja lahko smiselno preučil, je treba najprej raziskati, na natančno katere razpredelnice se Sodišče prve stopnje sklicuje v točki 425 izpodbijane sodbe. Žal je zavezujoča angleška jezikovna različica sodbe tu pretežno nenatančna. Kljub temu pa že iz te angleške jezikovne različice točke 425 izhajajo, da se Sodišče prve stopnje sklicuje na razpredelnice, „ki naj dokažejo najvišje reklamne popuste, ki sta jih Sony in BMG priznavala za svoje najbolj prodajane albume“,<sup>208</sup> in v katerih je izračunana razlika med najnižjimi in najvišjimi popusti na kupca.

253. Francoska jezikovna različica izpodbijane sodbe je v tem pogledu natančnejša. Čeprav v obravnavanem primeru ni zavezujoča, lahko ta jezikovna različica, v kateri je bila izpodbijana sodba sestavljena in obravnavana, vendarle ponudi dodatne oporne točke za to, na kaj se je Sodišče prve stopnje resnično želelo sklicevati v točki 425,

206 – Sodbe z dne 6. aprila 2006 v zadevi General Motors proti Komisiji (C-551/03 P, ZOdl., str. 1-3173, točka 54); JCB Service proti Komisiji (navedena v opombi 127, točka 108) in Wunenburger proti Komisiji (navedena v opombi 44, točka 67).

207 – Dopis Komisije z dne 21. septembra 2005, s katerim je odgovorila na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje.

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

namreč na „razpredelnice iz Priloge E.4.2“.<sup>209</sup> Dejansko je tudi na naslovnici Priloge E.4.2 v procesnem spisu zapisan naslov, ki je zelo podoben uvodnim besedam točke 425 izpodbijane sodbe,<sup>210</sup> in razpredelnice v Prilogi E.4.2 prikazujejo razliko med najnižjimi in najvišjimi popusti na kupca, omenjeno v točki 425.

254. Zato izhajam iz tega, da se točka 425 izpodbijane sodbe nanaša na razpredelnice v Prilogi E.4.2. Iz te priloge pa ni mogoče razbrati ničesar, kar bi kazalo na *očitno nepravilnost* ugotovitev Sodišča prve stopnje v točki 425. Razpredelnice v tej prilogi sicer – z izjemo naslova na naslovnici priloge – ne vsebujejo nobenih dodatnih pojasnil. Vendar pa že bežen pogled na prvo in drugo razpredelnico v Prilogi E.4.2 kaže, da je očitek Sodišča prve stopnje upravičen: pri izračunu razlike med najnižjimi in najvišjimi popusti na kupca so bile dejansko včasih vrednosti družb Bertelsmann in Sony vržene v isti koš; pogovorno bi lahko rekli, da so bila jabolka primerjana s hruškami.<sup>211</sup>

209 – Točka 425 izpodbijane sodbe se v francoski jezikovni različici začne tako: „S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, [...]“ (moj poudarek).

210 – Naslov na naslovnici Priloge E.4.2 je „Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums“.

211 – V tretjem stolpcu prve razpredelnice Priloge E.4.2 se na primer najnižji popust, ki ga priznava Sony (SMEI), primerja z najvišjim popustom, ki ga priznava Bertelsmann (BMG); isti način je uporabljen v tretjem stolpcu druge razpredelnice Priloge E.4.2.

255. Tudi iz navedb Komisije v točkah od 19 do 22 njenega dopisa z dne 21. septembra 2005 ne izhaja, da bi Sodišče prve stopnje razpredelnice iz Priloge E.4.2 razlagalo očitno napačno. Te navedbe Komisije se namreč že glede na njihovo besedilo nanašajo le na priloge B.6, B.8 in E.2. Nasprotno pa del dopisa Komisije, na katerega se sklicujeta pritožnika, ne vsebuje nobenih pojasnil glede tu spornih razpredelnic iz Priloge E.4.2.

256. Zato menim, da je očitek izkrivljanja dokazov, kar zadeva točko 425 izpodbijane sodbe, neutemeljen.

b) Točka 427 izpodbijane sodbe

257. Sodišče prve stopnje v točki 427 izpodbijane sodbe ugotavlja:

„Četudi bi lahko posamezne razpredelnice, ki so jih pripravile stranke koncentracije in ki jih je predložila Komisija, dejansko dokazale domnevna večja ali manjša nihanja, je [...] pomembnost teh nihanj vsaj v toliko dvomljiva, kolikor razpredelnice [...] kažejo le razpone, ne da bi analizirale ponderirane povprečne vrednosti in nihanja v razmerju do povprečnih vrednosti [...]“

258. Pritožnika pa nasprotno menita, da je veliko podatkov v razpredelnicah in grafih, ki jih je Komisija na prvi stopnji predložila Sodišču prve stopnje v odgovoru na tožbo z dne 11. februarja 2005, temeljilo na ponderiranih povprečnih vrednostih. V zvezi s tem napotujeta na priloge B.4, B.8, B.9, B.10 in B.13 ter na dodatna pojasnila Komisije na prvi stopnji, ki izhajajo iz njenega dopisa z dne 14. marca 2007.

259. V zvezi s tem je treba pripomniti, da Sodišče prve stopnje v svoji sodbi jezikovno jasno razlikuje med *razpredelnicami* in *grafi*.<sup>212</sup> Sodišče prve stopnje se v točki 427 izpodbijane sodbe izrecno sklicuje na različne *razpredelnice*, ki jih je predložila Komisija. Zato bi pričakovala, da se bosta pritožnika v dokaz za očitke izkrivljanja dokazov prav tako sklicevala na dele procesnega spisa, ki vsebujejo *razpredelnice*. Po pregledu priloge B.4, B.8, B.9, B.10 in B.13 pa moram ugotoviti, da te sicer vsebujejo številne *grafe*, v nobeni od njih pa ni *razpredelnic*. Navedene priloge v teh okoliščinah prav tako ne morejo dokazati zatrjevanega izkrivljanja dokazov, kot tega ne morejo morebitna pojasnila Komisije k prav tem prilogam.

260. Veliko verjetneje je, da se je Sodišče prve stopnje v točki 427 sklicevalo na

212 – Glej na primer točke 393, 401, 415, 416, od 420 do 428 in od 455 do 457 izpodbijane sodbe, kjer je govora o razpredelnicah (angleško: „tables“), medtem ko na primer točki 129 in 419 te sodbe omenjata grafe (angleško: „charts“).

razpredelnice, kot so na primer tiste v prilogah B.6 in B.7, ki se ukvarjajo s popusti na znesek računa („invoice discounts“) in ki poleg tega vsebujejo tudi „razpone“, ki jih omenja Sodišče prve stopnje. Pritožnika pa ravno s tem v zvezi ničesar ne navajata.

261. Zato menim, da je očitek izkrivljanja dokazov, kar zadeva točko 427 izpodbijane sodbe, neutemeljen.

c) Točka 434 izpodbijane sodbe

262. Sodišče prve stopnje se v točkah od 431 do 434 izpodbijane sodbe ukvarja z vprašanjem, ali je mogoče neto prodajne cene, uporabljene nasproti trgovcem na drobno, ugotoviti z „nasprotnim sklepanjem“ (tako imenovani „reverse engineering“) na podlagi vsakokratnih maloprodajnih cen. Ozadje tega vprašanja je trditev družbe Impala na prvi stopnji, da so marže trgovcev na drobno na splošno pregledne in zelo natančno znane.<sup>213</sup>

263. Točka 434 izpodbijane sodbe se v odlomkih glasi:

213 – Ta kontekst izhaja iz točk 431 in 433 izpodbijane sodbe.

„[...] raziskava gospodarskih strokovnjakov strank koncentracije ne vsebuje dovolj zanesljivih, upoštevanih in primerljivih podatkov [...] Verjetno je sicer, da različni trgovci na drobno (samopostrežne trgovine, neodvisni trgovci, specializirane trgovine in tako naprej) uporabljajo različno maržno politiko in da obstajajo razlike znotraj vsake skupine tržnih subjektov in celo pri vsakem posamičnem tržnem subjektu glede na vrsto albuma ali njegov uspeh. Malo verjetno pa je, in tudi raziskava v tem smislu ne vsebuje nobenih podatkov, da trgovec na drobno za isto vrsto albuma uporablja različno prodajno politiko [...]“

264. Pritožnika očitata, da Sodišče prve stopnje ni upoštevalo raziskave, ki so jo pripravili njuni gospodarski strokovnjaki in ki jo je Komisija predložila kot Prilogo B.17,<sup>214</sup> zlasti njenega Dela 2. Vsebovala naj bi obsežne gospodarske podatke, ki naj bi kazali na to, da je domneva Sodišča prve stopnje, da trgovci na drobno uporabljajo enotno maržno politiko, napačna.

265. Ta trditev me ne prepriča. Že samo iz branja tu sporne točke 434 izpodbijane sodbe izhaja, da tam Sodišče prve stopnje omenjene raziskave nikakor ne ignorira, ampak jo nasprotno obravnava.

266. Kar zdaj zadeva vsebino raziskave, sicer drži, da se njen Del 2 ukvarja z *maržno politiko* trgovcev na drobno in zlasti z vprašanjem, ali trgovci na drobno uporabljajo standardne marže („standard mark-ups“). Sodišče prve stopnje pa je v raziskavi pogrešalo podatke glede vprašanja, ali „trgovec na drobno za isto vrsto albuma uporablja različno *prodajno politiko*“.<sup>215</sup> Po preučitvi raziskave v Prilogi B.17 pridem v zvezi s tem do istega sklepa kot Sodišče prve stopnje.

267. Zato menim, da je očitke izkrivljanja dokazov, kar zadeva točko 434 izpodbijane sodbe, neutemeljen.

### 3. Vmesni sklep

268. S tem je četrti pritožbeni razlog v celoti neutemeljen. Isto velja za navedbe v točkah 101 in 102 pritožbe, ki se vsebinsko prekrivajo s tem četrtim pritožbenim razlogom.

214 – Gre za Prilogo B.17 k odgovoru Komisije na tožbo na prvi stopnji.

215 – Točka 434 izpodbijane sodbe (moj poudarek).

C – Uporaba zaupnih podatkov v izpodbijani sodbi (sedmi pritožbeni razlog)

269. Pritožnika s sedmim pritožbenim razlogom Sodišču prve stopnje očitata, da je sodbo z napačno uporabo prava utemeljilo z dokazi, ki jima niso bili razkriti, do katerih nikoli nista mogla zavzeti stališča in ki tudi Komisiji niso bili predloženi ob sprejetju prve odločbe o odobritvi. Ker takšna dokazna sredstva niso mogla biti podlaga za odločbo Komisije, tudi razglasitev ničnosti prve odločbe o odobritvi ne bi smela biti utemeljena z njimi.

270. Glavni očitek tega pritožbenega razloga so navedbe Sodišča prve stopnje glede preglednosti cen in zlasti glede – sporne – možnosti nadzora „top“ skupin družb nad maloprodajnim trgom s pomočjo tedenskih nadzornih poročil njihovih trgovskih zastopnikov.<sup>216</sup> Pri tem Sodišče prve stopnje najprej poudarja ugotovitev Komisije, da naj bi pri družbah Sony in Bertelsmann obstajal sistem tedenskih poročil, ki naj bi vsebovala tudi podatke o konkurentih.<sup>217</sup> Poleg tega pa se Sodišče prve stopnje v sodbi sklicuje tudi na določene dokumente, ki jih je predložil Impala in ki imajo oznako zaupno.<sup>218</sup>

216 – Točke od 352 do 361 in točka 451 izpodbijane sodbe.

217 – Glej točko 352 izpodbijane sodbe, ki navaja iz 113. uvodne izjave prve odločbe o odobritvi.

218 – Točke od 356 do 360 ter točki 389 in 451 izpodbijane sodbe.

271. Ker pritožnika med drugim trdita, da glede zadnjih dokumentov pred Sodiščem prve stopnje nista mogla zavzeti stališča, je treba najprej preučiti možno kršitev načela kontradiktornosti postopka pred Sodiščem prve stopnje.

272. Nedvomno sodna odločba ne sme temeljiti na dejstvih in dokumentih, za katere stranke same – ali ena od njih – niso vedele in glede katerih zato tudi niso mogle zavzeti stališča.<sup>219</sup> V obravnavanem primeru pa pritožnika v prvostopenjskem postopku sploh nista imela položaja stranke v sporu, ampak sta v spor vstopila zgolj kot *interveniencia* na strani Komisije. Kot takšna imata v postopku šibkejši položaj kot tožeča in tožena stranka.

273. Zlasti člen 116(2), drugi stavek, Poslovnika Sodišča prve stopnje izrecno predvideva, da lahko predsednik na predlog stranke izloči tajne ali zaupne listine, preden jih prejme intervenient, kar se ravno v konkurenčnopravnem postopku neredko zgodi.<sup>220</sup>

219 – Sodbe z dne 22. marca 1961 v združenih zadevah Snutat proti Visoki oblasti (42/59 in 49/59, Recueil, str. 111, 169); z dne 10. januarja 2002 v zadevi Plant in drugi proti Komisiji in South Wales Small Mines (C-480/99 P, Recueil, str. I-265, točka 24) in z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Corus UK proti Komisiji (C-199/99 P, Recueil, str. I-11177, točka 19). Glej tudi sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 29. maja 1986 v zadevi Feldbrugge proti Nizozemski (serija A, št. 99, str. 16, člen 44) in z dne 31. oktobra 2006 v zadevi Aksoy (Eroğlu) proti Turčiji (št. 59741/00, § 21, in tam navedena sodna praksa).

220 – Glej na primer sklep z dne 15. junija 2006 v zadevi Deutsche Telekom proti Komisiji (T-271/03, ZOdL, str. II-1747).



Za presojo dokazov v zadevah konkurenčne prava Skupnosti je namreč značilno to, da preučeni dokumenti pogosto vsebujejo poslovne skrivnosti ali druge informacije, ki se ne smejo razkriti ali se smejo razkriti le z znatnimi omejitvami.<sup>221</sup> Torej že iz ureditve Poslovnika izhaja, da lahko Sodišče prve stopnje po potrebi sodbo utemelji z dokazi, ki intervenientom niso bili dostopni (k temu glej tudi člen 67(3)(1) Poslovnika Sodišča prve stopnje, dalje tudi člen 287 ES).

274. Zaupna obravnava dokumentov, ki jih je predložil Impala, je potem tudi – drugače kot se morda zdi na prvi pogled – manj težava kontradiktornega postopka *pred Sodiščem prve stopnje* kot nasprotno vprašanje upoštevanja pravic obrambe udeležencev koncentracije *v upravnem postopku*.

275. Pritožnika upravičeno uveljavljata, da Sodišče prve stopnje razglasitve ničnosti prve odločbe o odobritvi ne bi smelo utemeljiti s spornimi dokumenti, ki jih je predložil Impala, saj Komisija s svoje strani teh dokumentov ne bi smela uporabiti zaradi njihove zaupnosti. Če namreč Sodišče prve stopnje meni, da so določeni dokumenti tako zaupni, da podjetij, udeleženih pri koncentraciji, v celoti ne seznanjajo z njihovo vsebino,<sup>222</sup> potem seveda tudi od Komisije ni mogoče

pričakovati, da se bo v upravnem postopku nanje oprla, da bi z njimi utemeljila morebitno odločbo o prepovedi ali da bi z njimi tudi samo ovrgla določene argumente udeležencev koncentracije.

276. Glede na navedeno je Sodišče prve stopnje napačno uporabilo pravo, ko je razglasitev ničnosti prve odločbe o odobritvi utemeljilo z zaupnimi dokumenti, ki jih je predložil Impala.

277. Kljub temu pa ta napačna uporaba prava ne vodi k razveljavitvi izpodbijane sodbe. Za ugotovitve Sodišča prve stopnje so namreč obstajali še drugi razlogi, ki niso imeli nobene zveze z zaupnimi dokumenti, ki jih je predložil Impala. Tako so sklici na te dokumente na koncu pomenili le enega od več dejavnikov, iz katerih po mnenju Sodišča prve stopnje izhaja, „da je že tako ali tako velika preglednost [...] še večja“.<sup>223</sup> Četudi bi se torej Sodišče prve stopnje zaradi upoštevanja pravic obrambe odpovedalo zaupnim dokumentom, ki jih je predložil Impala, to nikakor ne bi spodkopalo njegovih sklepov iz izpodbijane sodbe.<sup>224</sup>

278. Zato je tudi sedmi pritožbeni razlog neutemeljen.

221 – Sodba z dne 25. januarja 2007 v zadevi Salzgitter Mannesmann proti Komisiji (C-411/04 P, ZOdl., str. I-959, točka 43).

222 – Četudi po pregledu upravnega spisa iz postopka na prvi stopnji močno dvomim, da je bilo takšno postopanje v tem primeru upravičeno, ni naloga Sodišča v obravnavanem pritožbenem postopku, da preverja pravilnost presoje Sodišča prve stopnje glede zaupnosti zadevnih dokumentov.

223 – Točke od 348 do 362, zlasti točka 362, izpodbijane sodbe.

224 – V istem smislu sodbe Aalborg Portland in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 121, točka 72); Musique Diffusion française in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 117, točka 30) in z dne 29. junija 1995 v zadevi Solvay proti Komisiji (T-30/91, Recueil, str. II-1775, točka 58).

D – *Vmesni sklep*

279. Pritožbo je torej treba zavrniti v celoti.

282. Impala je te navedbe Komisije razumel kot nasprotno pritožbo in s sklicevanjem na člen 117(2) Poslovnika nanje odgovoril s posebno vlogo. K tej temi so bile z dovoljenjem predsednika Sodišča vložene nadaljnje vloge.

VI – **Domnevna nasprotna pritožba**

280. Odgovor Komisije na pritožbo proti koncu vsebuje poseben del z „dodatnimi opombami“<sup>225</sup> k „bistvenim razlogom“ prve odločbe o odobritvi, kot jih je imenovalo Sodišče prve stopnje.

283. Samo to pa nikakor še ne pomeni, da je Sodišče v obravnavanem primeru že zavezujoče ugotovilo obstoj nasprotne pritožbe. V skladu s členom 117(2) Poslovnika opredelitev navedbe kot nasprotne pritožbe predpostavlja, da se z njo predlaga delna ali celotna razveljavitev izpodbijane sodbe na podlagi razloga, ki v pritožbi ni bil naveden. Ali gre tu za tak primer, je treba preučiti na podlagi besedila, cilja in konteksta spornega dela besedila iz odgovora Komisije na pritožbo.

281. Komisija tam uveljavlja, da je Sodišče prve stopnje njene ugotovitve glede povračilnih ukrepov<sup>226</sup> v točkah 474 in 476 izpodbijane sodbe nepravilno označilo za bistveni razlog prve odločbe o odobritvi. Če se bo namreč v obravnavanem postopku izkazalo, da pri ugotovitvah Komisije glede nepreglednosti trga, v nasprotju z mnenjem Sodišča prve stopnje, pravo ni bilo napačno uporabljeno, bi morala prva odločba o odobritvi ostati v veljavi, ne glede na to, ali je bilo pri njej v zvezi s povračilnimi ukrepi pravo napačno uporabljeno.

284. V tem smislu je treba poudariti, da Komisija na nobenem mestu v svoji vlogi ni uporabila pojma „nasprotna pritožba“. Nasprotno naslov „dodatne opombe“ kaže na to, da gre za dopolnilne navedbe, ki so namenjene zgolj boljšemu razumevanju dejanskih navedb Komisije v odgovor na pritožbo družb Bertelsmann in Sony. Njene „dodatne opombe“ so zlasti namenjene ponazoritvi tega, kakšne posledice bi za veljavo prve odločbe o odobritvi imele, če bi bila izpodbijana sodba na predlog družb Bertelsmann in Sony (po potrebi delno) razveljavljena.<sup>227</sup>

225 – Točke od 37 do 39 odgovora Komisije na pritožbo z naslovom „6. Additional observations: On the ‚essential grounds‘ of the Decision“.

226 – Točke od 114 do 118 prve odločbe o odobritvi.

227 – Glej zlasti točko 39, zadnji stavek, odgovora Komisije na pritožbo.

285. Komisija sama je v nadaljnjem poteku postopka pojasnila, da z „dodatnimi opombami“ nikakor ni nameravala vložiti nasprotno pritožbe in poleg tega je izrecno nasprotovala prevzemu morebitnih stroškov v zvezi s tem; dalje je poudarila, da njene „dodatne opombe“ nimajo samostojnega pomena, ampak bi postale pomembne le v primeru (po potrebi delnega) uspeha pritožbe, ki sta jo vložila Bertelsmann in Sony.<sup>228</sup>

286. Na podlagi navedenega je treba izhajati iz tega, da „dodatne opombe“ Komisije ne vsebujejo nasprotno pritožbe in da posebna odločitev Sodišča glede njih ni potrebna, bila bi celo *ultra petita*.

## VII – Stroški

287. Če se pritožba, kot predlagam v obravnavanem primeru, zavrne, Sodišče odloči o stroških (člen 122(1) Poslovnika) v skladu s členom 69 v povezavi s členom 118 Poslovnika.

228 – Dopis Komisije z dne 15. maja 2007 sodnemu tajniku Sodišča.

288. V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni; če je več neuspehlih strank, Sodišče odloči o porazdelitvi stroškov. Sodišče pa lahko v skladu s členom 69(3)(1) Poslovnika odloči, da se stroški delijo, če vsaka stranka uspe samo deloma; to velja tudi, če se pritožba sicer zavrne, pritožnik pa je uspel z enim delom trditev.<sup>229</sup>

289. Ker pritožnika Bertelsmann in Sony s pritožbo na koncu nista uspela, vendar pa je bil kljub temu del njunih pritožbenih razlogov vsebinsko utemeljen, je treba stroške deliti. Zato predlagam, naj se družbama Bertelsmann in Sony naloži plačilo njunih stroškov in treh četrtn stroškov družbe Impala; ker nosita stroške družbe Impala, se mi poleg tega zdi primerno, da Bertelsmann in Sony odgovarjata solidarno.<sup>230</sup> Impala naj nasprotno nosi eno četrtno svojih stroškov.

290. Drugim strankam v postopku, ki s predlogi pred Sodiščem podpirajo pritožbo, se lahko z ustrežno uporabo člena 69(4) naložijo lastni stroške. Ker sta Komisija in

229 – Sodbi z dne 30. septembra 2003 v zadevi Biret International proti Svetu (C-93/02 P, Recueil, str. I-10497, točka 72) in Biret in Cie proti Svetu (C-94/02 P, Recueil, str. I-10565, točka 75).

230 – Šodba z dne 31. maja 2001 v združenih zadevah D in Švedska proti Svetu (C-122/99 P in C-125/99 P, Recueil, str. I-4319, točka 65).

Sony BMG Music Entertainment pritožbo družb Bertelsmann in Sony podprla s svojimi predlogi in z njimi na koncu nista uspela, se mi zdi primerno, da se jima naloži plačilo njunih stroškov.<sup>231</sup>

## VIII – Predlog

291. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj razsodi:

1. Pritožba se zavrne.
2. Bertelsmann AG in Sony Corporation of America nosita lastne stroške ter solidarno tri četrtine stroškov Independent Music Publishers and Labels Association; Independent Music Publishers and Labels Association nosi eno četrtino lastnih stroškov.
3. Komisija Evropskih skupnosti in Sony BMG Music Entertainment BV nosita lastne stroške.

231 – V tem smislu na primer sodbi z dne 26. februarja 2002 v zadevi Svet proti Boehringer (C-23/00 P, Recueil, str. I-1873, točka 56) in z dne 2. oktobra 2003 v združenih zadevah International Power in drugi proti NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P in C-180/01 P, Recueil, str. I-11421, točka 187).