

ROZSUDOK SÚDU PRVÉHO STUPŇA (tretia komora)
z 13. júla 2006 *

Vo veci T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), so sídlom v Bruseli (Belgicko), v zastúpení: S. Crosby a J. Golding, solicitors, a I. Wekstein-Steg, advokát,

žalobca,

proti

Komisii Európskych spoločností, v zastúpení: A. Whelan a K. Mojzesowicz, splnomocnení zástupcovia,

žalovanej,

* Jazyk konania: angličtina.

ktorú v konaní podporujú:

Bertelsmann AG, so sídlom v Güterslohu (Nemecko), v zastúpení: J. Boyce, solicitor, P. Chappatte a D. Loukas, advokáti,

a

Sony BMG Music Entertainment BV, so sídlom vo Vianene (Holandsko),

a

Sony Corporation of America, so sídlom v New Yorku, New York (Spojené štáty),

v zastúpení: N. Levy, barrister, R. Snelders a T. Graf, advokáti,

vedľajší účastníci konania,

ktorej predmetom je návrh na zrušenie rozhodnutia Komisie K(2004) 2815 z 19. júla 2004, ktorým sa koncentrácia vyhlasuje za zlučiteľnú so spoločným trhom a s vykonávaním Dohody o EHP (vec COMP/M.333 – Sony/BMG),

SÚD PRVÉHO STUPŇA
EURÓPSKÝCH SPOLOČENSTIEV (tretia komora),

v zložení: predseda komory M. Jaeger, sudcovia J. Azizi a E. Cremona,
tajomník: I. Natsinas, referent,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 22. septembra 2005,

vyhlásil tento

Rozsudok

Skutkové okolnosti

- 1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) je medzinárodným združením podľa belgického práva, ktoré združuje 2 500 nezávislých spoločností v oblasti výroby hudby.

- 2 Komisii bolo 9. januára 2004 doručené oznámenie podľa článku 4 nariadenia Rady (EHS) č. 4064/89 z 21. decembra 1989 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Ú. v. ES L 395, s. 1; Mim. vyd. 08/001, s. 31), v opravenom znení (Ú. v. ES L 257, 1990, s. 13), zmeneného a doplneného nariadením Rady (ES) č. 1310/97 z 30. júna 1997 (Ú. v. ES L 180, s. 1; Mim. vyd. 08/001, s. 164, ďalej len „nariadenie“),

o zamýšľanej koncentrácii, ktorou spoločnosť Bertelsmann AG a spoločnosť Sony Corporation of America patriaca do skupiny Sony (ďalej len „Sony“) zamýšľali spojiť svoje celosvetové činnosti v oblasti hudobných nahrávok.

- 3 Bertelsmann je medzinárodná mediálna spoločnosť, medzi ktorej činnosti v celosvetovom meradle patrí výroba a vydávanie hudby, televízne a rozhlasové vysielanie, vydávanie kníh, časopisov a novín, tlačiarenské a mediálne služby, literárne a hudobné kluby. Spoločnosť Bertelsmann pôsobí v oblasti hudobných nahrávok prostredníctvom svojej dcérskej spoločnosti, Bertelsmann Music Group (BMG), ktorú plne ovláda. Medzi hudobné značky BMG patria predovšetkým Arista Records, Jive Records, Zomba a Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Spoločnosť Sony celosvetovo pôsobí v oblastiach výroby a vydávania hudby, priemyselnej a spotrebnej elektroniky a zábavy. V odvetví hudobných nahrávok pôsobí prostredníctvom Sony Music Entertainment. Medzi značky spoločnosti Sony patria Columbia Records Group, Epic Records Group a Sony Classical.
- 5 Navrhovaná transakcia spočíva v integrácii celosvetových činností účastníkov koncentrácie v oblasti hudobných nahrávok (s výnimkou činností Sony v Japonsku) do troch alebo viacerých nových spoločností vytvorených podľa „Business Contribution Agreement“ (dohoda o integrácii činností) z 11. decembra 2003. Navrhuje sa, aby tieto spoločné podniky boli prevádzkované spoločne pod názvom Sony BMG.
- 6 Podľa dohody bude Sony BMG pôsobiť v oblasti objavovania umelcov a ich uvádzania na scénu [činnosť umeleckého riadenia nazývaná A & R (Umelec a repertoár)] a v oblasti propagácie a predaja diskov, ktoré z nej vyplývajú. Sony BMG sa nebude zúčastňovať súvisiacich činností, akými sú vydávanie hudby, výroba a distribúcia.

- 7 Dňa 20. januára 2004 Komisia zaslala určitému počtu hráčov na trhu dotazník. Žalobca na tento dotazník odpovedal a 28. januára 2004 predložil samostatné vyjadrenie (príloha A.5), v ktorom vysvetlil dôvody, ktoré podľa neho mali viesť Komisiu k tomu, aby koncentráciu vyhlásila za nezlučiteľnú so spoločným trhom. Žalobca v ňom vyjadril svoje obavy, pokiaľ ide o zvýšenú mieru koncentrácie na trhu a jej účinok na prístup na trh, vrátane odvetvia distribúcie, médií, internetu, ako aj na rozhodovanie spotrebiteľov.
- 8 Komisia rozhodnutím z 12. februára 2004 dospela k záveru, že oznámená transakcia vyvoláva vážne pochybnosti, pokiaľ ide o jej zlučiteľnosť so spoločným trhom a s vykonávaním Dohody o Európskom hospodárskom priestore (EHP), a začala konanie podľa článku 6 ods. 1 písm. c) nariadenia.
- 9 Dňa 24. mája 2004 zaslala Komisia účastníkom koncentrácie oznámenie o výhradách, v ktorom dospela k predbežnému záveru, že oznámená transakcia je nezlučiteľná so spoločným trhom a s vykonávaním Dohody o EHP, pretože by posilnila kolektívne dominantné postavenie na trhu s hudobnými nahrávkami a na veľkoobchodnom trhu s licenciami pre hudbu on-line a pretože by koordinovala správanie materských spoločností spôsobom nezlučiteľným s článkom 81 ES.
- 10 Účastníci koncentrácie odpovedali na oznámenie o výhradách a 14. a 15. júna 2004 sa pred úradníkom povereným vypočutím uskutočnilo vypočutie okrem iného za prítomnosti žalobcu.
- 11 Komisia rozhodnutím z 19. júla 2004 vyhlásila koncentráciu za zlučiteľnú so spoločným trhom podľa článku 8 ods. 2 nariadenia (ďalej len „rozhodnutie“).

- 12 Žalobcovi bola 23. septembra 2004 doručená na jeho žiadosť z 26. júla 2004 nedôverná verzia rozhodnutia.

Konanie a návrhy účastníkov konania

- 13 Žalobca návrhom podaným do kancelárie Súdu prvého stupňa 3. decembra 2004 podal žalobu, na základe ktorej sa začalo toto konanie.
- 14 Samostatným podaním, ktoré bolo podané v ten istý deň, podal žalobca návrh, aby Súd prvého stupňa rozhodol o žalobe v rámci skráteného súdneho konania v súlade s článkom 76a Rokovacieho poriadku Súdu prvého stupňa.
- 15 Komisia listom zo 17. decembra 2004 oznámila svoje pochybnosti, pokiaľ ide o vhodnosť použitia skráteného súdneho konania v prejednávanej veci, pričom predovšetkým zdôraznila zložitosť veci, ťažkosti vyplývajúce z toho, že pri vysvetľovaní dôvodov svojho rozhodnutia bude nútená použiť rôzne a komplexné údaje a že taký spôsob obrany si bude vyžadovať okrem iného chýlostivé rokovania s účastníkmi koncentrácie a tretími osobami týkajúce sa úrovne prístupnosti dôverných informácií, ktoré Komisia mohla byť nútená poskytnúť.
- 16 Vyjadreniami podanými do kancelárie Súdu prvého stupňa 10., 11. a 19. januára 2005 Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment a Sony Corporation of America požiadali o vstup do konania na podporu návrhov Komisie. Predseda tretej komory vyhovel týmto návrhom uznesením zo 4. februára 2005.

- 17 Medzitým Súd prvého stupňa rozhodnutím z 13. januára 2005 v rámci opatrení na zabezpečenie priebehu konania stanovených článkom 64 ods. 3 písm. e) rokovacieho poriadku vyzval účastníkov konania, aby sa zúčastnili na neformálnej schôdzi 24. januára 2005, aby sa preskúmala možnosť prejednať vec v skrátrenom súdnom konaní s prihliadnutím predovšetkým na otázku dôverylosti niektorých častí spisu, ktorá bola vznesená Komisiou.
- 18 Komisia vyjadrením podaným 18. januára 2005 v zhode so žalobcom podala návrh na opatrenie na zabezpečenie priebehu konania, ktoré by v podstate umožnilo Komisii predložiť dokumenty a informácie, ktoré jej boli dôverne odovzdané, len právnym zástupcom žalobcu s vylúčením žalobcu samotného.
- 19 Rozhodnutím z 24. januára 2005 Súd prvého stupňa s prihliadnutím najmä na dohodu uzavretú medzi žalobcom a vedľajšími účastníkmi konania vyhovel návrhu na opatrenie na zabezpečenie priebehu konania. Vyhovel aj návrhu na prejednanie veci v skrátrenom súdnom konaní s tým, že uvedené rozhodnutie môže byť kedykoľvek prehodnotené vo svetle vývoja súdneho spisu a konania. Bol tiež stanovený harmonogram na predkladanie vyjadrení účastníkov konania.
- 20 Vyjadrením podaným 11. februára 2005 podal žalobca návrh na zmenu opatrenia na zabezpečenie priebehu konania. Listom z 18. februára 2005 žalovaná a vedľajší účastníci konania predložili svoje vyjadrenia k uvedenému návrhu. Listom z 22. februára 2005 vzal žalobca svoj návrh na zmenu opatrenia na zabezpečenie priebehu konania späť.
- 21 Medzitým 11. februára 2005 Komisia podala svoje vyjadrenie k žalobe. Dňa 25. februára 2005 predložili spoločnosti Bertelsmann, Sony BMG a Sony svoje vyjadrenia vedľajšieho účastníka konania.

- 22 Medzitým žalobca listom z 15. februára 2005 požiadal o povolenie predložiť vyjadrenie k novým informáciám obsiahnutým vo vyjadrení Komisie k žalobe. Rozhodnutím z 21. februára 2005 Súd prvého stupňa tejto žiadosti vyhovel a poskytol žalovanej možnosť požiadať do 4. marca 2005 o povolenie predložiť dodatočné vyjadrenia, čo žalovaná skutočne urobila. Listom z 1. marca 2005 sa žalobca postavil proti tejto žiadosti. Dňa 14. marca 2005 Komisia predložila svoje dodatočné vyjadrenia.
- 23 Na základe správy sudcu spravodajcu Súd prvého stupňa (tretia komora) rozhodol o otvorení ústnej časti konania a v rámci opatrení na zabezpečenie priebehu konania vyzval Komisiu, aby predložila niekoľko dokumentov a písomne odpovedala na sériu písomných otázok.
- 24 Listom z 19. septembra 2005 požiadala Komisia o predĺženie lehoty na predloženie jej odpovedí na otázky Súdu prvého stupňa, ktoré jej bolo poskytnuté. Listom z 21. septembra 2005 Komisia predložila svoje odpovede na otázky Súdu prvého stupňa.
- 25 Prednesy účastníkov konania a ich odpovede na otázky, ktoré im Súd prvého stupňa položil, boli vypočuté na pojednávaní 22. septembra 2005.
- 26 Listom z 26. septembra 2005 predložila Komisia v nadväznosti na pojednávanie dokumenty a požiadala o povolenie písomne sa vyjadriť k prípadným vyjadreniam, ktoré by žalobca predložil k jej odpovediam na písomné otázky z 21. septembra 2005. Tejto žiadosti sa vyhovel.
- 27 Dňa 29. septembra 2005 žalobca predložil vyjadrenie týkajúce sa odpovedí Komisie na písomné otázky Súdu prvého stupňa.

28 Dňa 11. októbra 2005 Komisia predložila svoje záverečné vyjadrenia k vyjadreniam žalobcu týkajúcim sa jej odpovedí na písomné otázky Súdu prvého stupňa.

29 Žalobca navrhuje, aby Súd prvého stupňa:

- neprihliadal k dokumentom predloženým Komisiou v prílohe jej vyjadrenia k žalobe,
- zrušil rozhodnutie,
- subsidiárne zrušil rozhodnutie v rozsahu, v akom sa týka niektorého z týchto bodov:
 - kolektívneho dominantného postavenia na trhu s licenciami na hudbu on-line,
 - individuálneho dominantného postavenia na trhu distribúcie hudby on-line,
 - koordinácie príslušných činností účastníkov koncentrácie v oblasti vydávania hudby,
- zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

30 Komisia, ktorú v konaní podporujú vedľajší účastníci konania, navrhuje, aby Súd prvého stupňa:

- zamietol žalobu ako nedôvodnú,

- zaviazal žalobcu na náhradu trov konania.

Právny stav

31 Žalobca uvádza na podporu svojej žaloby o neplatnosť päť dôvodov, ktoré sa delia na niekoľko častí. Svojím prvým žalobným dôvodom žalobca tvrdí, že Komisia tým, že nekonštatovala existenciu kolektívneho dominantného postavenia pred zamýšľanou koncentráciou na trhu s hudobnými nahrávkami a posilnenie tohto postavenia, porušila článok 253 ES a dopustila sa zjavne nesprávneho posúdenia a nesprávneho právneho posúdenia. Svojím druhým žalobným dôvodom žalobca tvrdí, že Komisia porušila článok 253 ES a dopustila sa zjavne nesprávneho posúdenia a nesprávneho právneho posúdenia tým, že sa domnievala, že zamýšľaná koncentrácia nevytvorí kolektívne dominantné postavenie na trhu s hudobnými nahrávkami. Tretí žalobný dôvod vychádza z porušenia článku 2 nariadenia, keďže Komisia nedospela k záveru, že dochádza k vytvoreniu alebo posilneniu kolektívneho dominantného postavenia na svetovom trhu s licenciami na hudbu on-line. Svojím štvrtým žalobným dôvodom žalobca tvrdí, že Komisia porušila článok 253 ES a dopustila sa zjavne nesprávneho posúdenia tým, že nedospela k záveru, že Sony nedosiahne individuálne dominantné postavenie na trhu distribúcie hudby on-line. Svojím piatym žalobným dôvodom žalobca tvrdí, že Komisia sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia a porušila článok 81 ES v spojení s článkom 2 štvrtým odsekom nariadenia tým, že dospela k záveru, že zamýšľaná koncentrácia nebude mať za účinok koordináciu príslušných činností účastníkov koncentrácie v oblasti vydávania hudby.

I — *O dôkazoch pripojených k vyjadreniu k žalobe*A — *Tvrdenia účastníkov konania*

- 32 Žalobca poznamenáva, že z vyjadrenia k žalobe vyplýva, že Komisia sa v priebehu správneho konania opierala o dokumenty a informácie, ku ktorým získal prístup až na základe vyjadrenia k žalobe, hoci tieto dokumenty a informácie hrali hlavnú úlohu, keďže Komisia ich použila na to, aby sa odklonila od stanoviska, ktoré zaujala v oznámení o výhradách, podľa ktorého by zamýšľaná koncentrácia vytvorila alebo posilnila kolektívne dominantné postavenie a bola by nezlučiteľná so spoločným trhom.
- 33 Žalobca tvrdí, že keby bol videl tieto dokumenty, ktoré obsahujú neúplné informácie a sú klamlivé, v priebehu správneho konania, bol by schopný dokázať ich zásadné nedostatky a rozhodnutie by bolo odlišné, alebo by aspoň muselo obsahovať výslovné odôvodnenie odmietajúce jeho pripomienky. Vytýka Komisii, že disponovala týmito dokumentmi a opierala sa o nich bez toho, aby ich podrobila testu spočívajúcemu v krížovom preskúmaní alebo pripomienkam tretích osôb.
- 34 Žalobca síce uznáva, že Komisia je povinná chrániť obchodné tajomstvo a nemá žiadnu povinnosť sprístupniť tretím osobám všetky informácie zo spisu počas správnych konaní kontroly koncentrácií, tvrdí však, že to neumožňuje Komisii, aby zbavila posledných uvedených možnosti predložiť svoje stanoviská k veci napríklad pri príprave verzie neobsahujúcej dôverné údaje a zhŕňajúcej dotknuté informácie.
- 35 Žalobca upresňuje, že neuvádza žalobný dôvod založený na porušení podstatných formálnych náležitostí, ale domnieva sa, že nové dôkazy predložené Komisiou

prichádzajú príliš neskoro na to, aby zachránili rozhodnutie vo veci samej, a že sú pokusom o nápravu rozhodnutia *a posteriori*. Žalobca pripomína, že nepredloženie dokumentov v priebehu správneho konania nemôže byť nahradené v priebehu súdneho konania (rozsudok Súdneho dvora z 8. júla 1999, Hercules Chemicals/Komisia, C-51/92 P, Zb. s. I-4235, bod 78), a tvrdí, že dotknuté dokumenty treba odmietnuť.

36 Komisia navrhuje, aby sa tento návrh zamietol.

B — Posúdenie Súdom prvého stupňa

37 Na úvod treba konštatovať, že dôkazné prostriedky, o ktorých vylúčenie zo spisu žalobca žiada Súd prvého stupňa, boli predložené v prílohe k vyjadreniu k žalobe podanému Komisiou v súlade s ustanoveniami článku 46 rokovacieho poriadku. Žalobca neuvádza, v čom je predloženie týchto dokumentov Komisiou v rozpore s rokovacím poriadkom.

38 Treba potom konštatovať, že ani dôvody, pre ktoré žalobca žiada vylúčiť tieto dokumenty zo spisu, ani samotný zmysel jeho žiadosti nie sú jasné.

39 Po prvé žalobca síce tvrdí, že predložené dokumenty sú pokusom *a posteriori* napraviť rozhodnutie, netvrdí však, že tieto dokumenty boli prijaté alebo vytvorené až po prijatí rozhodnutia, ale naopak tvrdí, že hrali ústrednú úlohu v priebehu správneho konania, keďže Komisia sa o nich opierala na odôvodnenie rozhodnutia. Táto okolnosť by však aj v prípade, ak by bola preukázaná, nemohla v žiadnom

prípade viesť k vylúčeniu uvedených dokumentov. Okrem toho, žalobca síce vytýka Komisii, že sa pokúsila napraviť rozhodnutie *a posteriori*, neuvádza, aspoň nie na podporu prejednávaneho návrhu, porušenie zásady, podľa ktorej rozhodnutie musí obsahovať odôvodnenie uvedené v jeho texte a nemôže byť po prvýkrát formulované pred Súdom prvého stupňa (rozsudok Súdu prvého stupňa z 15. septembra 1998, *European Night Services* a i./Komisia, T-374/94, T-375/94, T-384/94 a T-388/94, Zb. s. II-3141, bod 95). Prípadná nedostatočnosť odôvodnenia sa v každom prípade postihuje zrušením napadnutého aktu a nie vylúčením dokumentov. Otázka, či je rozhodnutie dostatočne odôvodnené z právneho hľadiska, bude v prejednávanej veci preskúmaná v rámci jednotlivých žalobných dôvodov uvedených žalobcom.

40 Po druhé žalobca síce uvádza, že Komisia nemá žiadnu povinnosť sprístupniť tretím osobám v priebehu správneho konania pri preskúmaní koncentrácií všetky informácie, ktoré sa nachádzajú v spise, pripomína však, že podľa judikatúry nepredloženie dokumentov počas správneho konania nemôže byť napravené počas súdneho konania. Bez toho, aby bolo potrebné preskúmať dosah práva na obranu alebo na prístup k spisu tretími osobami v konaniach týkajúcich sa koncentrácií, stačí konštatovať, že žalobca výslovne zdôrazňuje, že nezamýšľa formulovať nový žalobný dôvod založený na porušení podstatných formálnych náležitostí. Návrhu teda nemožno vyhovieť v rozsahu, v akom sa opiera o tento dôvod. V každom prípade môže byť porušenie práv na obranu sankcionované len za predpokladu, že sa preukáže, že nesprístupnenie dokumentov mohlo na škodu žalobcu ovplyvniť obsah dotknutého rozhodnutia, čo nemožno vykonať bez preskúmania týchto dokumentov.

41 Po tretie žalobca tvrdí, že dokumenty obsahujú neúplné informácie a že sú klamlivé a že ak by mal prístup k uvedeným dokumentom v priebehu správneho konania, bol by schopný preukázať ich zásadné chyby, čo mohlo viesť k odlišnému rozhodnutiu. Aj keď však táto okolnosť môže viesť k obozretnému posúdeniu dôkazov predložených Komisiou, nemôže však viesť k tomu, že sa vyhovie opatreniu požadovanému žalobcom. Naopak, toto opatrenie by zbavilo žalobcu možnosti

preukázať údajný nedostatok dôveryhodnosti alebo relevantnosti sporných dokumentov v rámci svojich žalobných dôvodov založených na zjavne nesprávnom posúdení.

42 Nakoniec, subsidiárny návrh žalobcu smerujúci k tomu, aby Súd prvého stupňa vyhlásil dokumenty za nepresvedčivé alebo irelevantné, musí byť z rovnakých dôvodov tiež zamietnutý. Tento návrh v každom prípade predstavuje meritórnu otázku, ktorá bude preskúmaná v rámci jednotlivých žalobných dôvodov a tvrdení v žalobe.

43 Z vyššie uvedených poznámok vyplýva, že návrh žalobcu na vylúčenie dokumentov predložených Komisiou na podporu jej vyjadrenia k žalobe, alebo návrh na to, aby boli vyhlásené za irelevantné, treba zamietnuť.

II — O prvom žalobnom dôvode týkajúcom sa posilnenia už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia na trhu s hudobnými nahrávkami

44 Prvý žalobný dôvod je rozdelený na dve časti, pričom prvá z nich sa týka nesprávnosti tvrdenia Komisie, podľa ktorého na trhu s hudobnými nahrávkami neexistovalo pred zamýšľanou koncentráciou kolektívne dominantné postavenie, a druhá z nich sa týka omylu vyplývajúceho z toho, že nedošlo ku konštatovaniu posilnenia uvedeného už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia zamýšľanou koncentráciou.

A — *Tvrdenia žalobcu*

1. O prvej časti

- ⁴⁵ Žalobca na úvod poznamenáva, že tak oznámenie o výhradách, ako aj rozhodnutie obsahujú viacero dôkazov, že trh s hudobnými nahrávkami vykazoval pred koncentráciou všetky znaky trhu, na ktorom prevláda kolektívne dominantné postavenie zodpovedajúce kritériám stanoveným judikatúrou (rozsudok Súdu prvého stupňa zo 6. júna 2002, *Airtours/Komisia*, T-342/99, Zb. s. II-2585).
- ⁴⁶ Po prvé žalobca v tejto súvislosti uvádza, že veľké spoločnosti sú opísané ako spoločnosti majúce všetky znaky skupiny s dominantným postavením: veľké trhové podiely, značná finančná sila (odôvodnenie č. 53 rozhodnutia), udržiavanie vysokých cien (odôvodnenie č. 56 rozhodnutia), oligopolná štruktúra (odôvodnenie č. 148 rozhodnutia), a teda vzájomná závislosť.
- ⁴⁷ Po druhé žalobca zdôrazňuje, že Komisia konštatovala, že trh má všetky vlastnosti vhodné pre tiché kartely a uľahčuje dohľad nad touto koordináciou (body 93 až 116 oznámenia o výhradách) a preskúmala desať faktorov poukazujúcich na tichý kartel (pozri prílohu A.15), ktoré sa nezmenili od oznámenia o výhradách. Výrobok je homogénny vo svojom formáte a spotrebiteľ nakupuje disky viacerých umelcov a žánrov, čím sa vytvára „priestor nahraditeľnosti“ (odôvodnenie č. 110 rozhodnutia). Trh je vysoko priaznivý pre koordináciu a ku koordinácii skutočne došlo (odôvodnenie č. 112 rozhodnutia). Existuje stabilná báza zákazníkov (odôvodnenie č. 112 rozhodnutia) a účastníci koncentrácie kontrolujú trh distribúcie (odôvodnenie č. 113 rozhodnutia).

- 48 Po tretie ceny naznačujú existenciu kolektívneho dominantného postavenia. Existuje súbežnosť skutočných čistých cien (body 76 až 80 oznámenia o výhradách a odôvodnenia č. 75, 82, 89, 96 a 103 rozhodnutia). Verejné predajné ceny (ďalej len „VPC“) sú známe a množstvo referenčných cien je obmedzené (odôvodnenia č. 111 a 112 rozhodnutia). Čisté predajné ceny sú úzko spojené s VPC (odôvodnenia č. 77, 84, 91, 98 a 105 rozhodnutia). VPC a skutočné čisté ceny sú úzko vyrovnané a transparentné a na transparentnosť skutočných priemerných čistých cien nemajú zľavy vplyv (body 88, 90 a 92 oznámenia o výhradách a poznámky pod čiarou na stranách 45, 49, 52, 55 a 57 rozhodnutia).
- 49 Po štvrté Komisia konštatovala existenciu potenciálne účinných odstrašujúcich mechanizmov (body 128 až 132 oznámenia o výhradách a odôvodnenie č. 118 rozhodnutia) a veľké spoločnosti týmto účinným obmedzeniam hospodárskej súťaže nepodliehajú.
- 50 Žalobca tvrdí, že dôvody uvedené Komisiou, ktoré sú založené na heterogénnosti obsahu albumov, nedostatočnej transparentnosti cien z dôvodu akciových zliav a neexistencii dôkazu o akomkoľvek odvetnom konaní, neumožňujú odmietnutie záveru o existencii kolektívneho dominantného postavenia a že analýza Komisie je postihnutá nedostatkom odôvodnenia, zjavne nesprávnym posúdením a nesprávnym právnym posúdením.

a) O porušení povinnosti odôvodnenia

- 51 Rozhodnutie porušuje článok 253 ES, pretože neobsahuje výklad skutkových a právnych okolností, na ktorých je založené, aby Súdny dvor mohol vykonať svoje preskúmanie a aby tak členské štáty, ako aj dotknuté osoby poznali podmienky, za ktorých inštitúcie Spoločenstva uplatnili Zmluvu (rozsudok Súdneho dvora z 26. marca 1987, Komisia/Rada, 45/86, Zb. s. 1493).

Homogénnosť výrobku

- 52 Pokiaľ ide po prvé o homogénnosť výrobku, žalobca vytýka Komisii, že neuviedla dôvod, pre ktorý faktor týkajúci sa heterogenity obsahu prevládol nad faktorom týkajúcim sa existencie „priestoru nahraditeľnosti“, podľa ktorého väčšina spotrebiteľov kupuje hudbu najrôznejších umelcov a žánrov, alebo faktorom týkajúcim sa homogénnosti formátu, pokiaľ ide o cenu a transparentnosť. Komisia ďalej neuviedla, prečo je konštatovanie, že ceny albumov sú veľmi štandardizované, potvrdené všeobecným tvrdením, že ceny závisia od „úspechu albumu“. Odôvodnenie č. 110 rozhodnutia obsahuje v tomto smere protichodné konštatovania.

Transparentnosť

- 53 Pokiaľ ide po druhé o transparentnosť, žalobca tvrdí, že tvrdenia a argumenty Komisie týkajúce sa zliav, ktorých následkom je vyvrátenie dôkazov o transparentnosti, nie sú dostatočne odôvodnené.
- 54 Komisia teda tvrdí, že vo veľkých štátoch je transparentnosť cien vyplývajúca z VPC potlačená akciovými zľavami, nevyšvetľuje však ich úlohu a význam pre systém cien.
- 55 Rovnako tak nie sú, čo sa týka malých krajín, jasne vysvetlené dôvody, na ktorých základe Komisia priznala taký význam akciovým zľavám a nie bežným zľavám, zatiaľ čo v bode 150 oznámenia o výhradách tvrdila, že „rovnako ako na väčších územiach sú najdôležitejšími zľavami v každej krajine bežné zľavy“. Okrem toho chýba presný

opis toho, čo pod bežnými zľavami rozumie. Pri posúdení transparentnosti v malých krajinách Komisia striedavo a nepresne porovnávala bežné a akciové zľavy, takže nie je jasné, či táto štúdia skúmala akciové zľavy alebo bežné zľavy.

- 56 Žalobca okrem toho tvrdí, že rozhodnutie odkazuje len na dôkazy o zľavách týkajúcich sa spoločností Sony a BMG a nepokrýva ostatné veľké spoločnosti (odôvodnenie č. 71 a poznámka pod čiarou 43 rozhodnutia). Odôvodnenie je teda neúplné.

Odstrašujúce prostriedky

- 57 Pokiaľ ide po tretie o odstrašujúce prostriedky, Komisia nevysvetľuje, prečo skutočnosť, aj keby bola pravdivá, že nemohla dokázať, či odvetné opatrenia boli niekedy uplatnené, umožňuje odmietnuť akékoľvek dôkazy o existencii účinných odstrašujúcich prostriedkov.

Protiváhy

- 58 Nakoniec po štvrté rozhodnutie na rozdiel od oznámenia o výhradách neobsahuje žiadne posúdenie existencie protiváh na trhu, ani vysvetlenie ich neexistencie, čo predstavuje úplný nedostatok odôvodnenia.

b) O zjavne nesprávnom posúdení

- 59 Žalobca pripomína judikatúru, podľa ktorej sa Komisia dopustí zjavne nesprávneho posúdenia, pokiaľ pri hodnotení protichodných tvrdení prizná jednému z nich prílišnú váhu [rozsudok Súdu prvého stupňa z 10. októbra 2001, *British American Tobacco International (Investments)/Komisia*, T-111/00, Zb. s. II-2997, bod 58] alebo pokiaľ dôvody uvedené na odôvodnenie rozhodnutia toto rozhodnutie v skutočnosti nepodporujú. Rovnako pokiaľ posúdenie vykonané Komisiou nie je podporené určitými dôkazmi alebo skutočnosťami, malo by sa naň hľadieť tak, že nebolo vykonané vhodným a nie nerozumným spôsobom (rozsudok Súdneho dvora z 22. októbra 1991, *Nölle*, C-16/90, Zb. s. I-5163). Tvrdenie o neexistencii kolektívneho dominantného postavenia pritom nie je podložené relevantnými skutočnosťami, úvahami alebo dôkazmi a Komisia nespĺnila svoju povinnosť posúdiť všetky relevantné faktory.
- 60 Žalobca tvrdí, že rozhodnutie je postihnuté zjavne nesprávnym posúdením pri určovaní homogénosti výrobku, transparentnosti, existencii odstrašujúcich prostriedkov, pri hodnotení protiváh a pri analýze spoločnej politiky.

Homogénnosť výrobku

- 61 Komisia sa dopustila nesprávneho posúdenia tým, že dospela k záveru, že heterogénnosť obsahu prevládla nad homogénnosťou formátu, aj keď akceptovala tvrdenie, že spotrebiteľ nakupuje disky viacerých umelcov a viacerých žánrov a že teda existuje „priestor nahraditeľnosti“. Parameter týkajúci sa heterogenity výrobku je v každom prípade relevantný len vtedy, ak boli ceny stanovené na základe jednotlivých titulov a nie na základe nejakých referenčných cien, ako to bolo

v prejednávanej veci (odôvodnenia č. 110 a 111 rozhodnutia). Ak by sa použila logika Komisie, v priemysle spojenom s duševným vlastníctvom by nemohlo nikdy existovať kolektívne dominantné postavenie, pretože tam nikdy nemôže dôjsť k úplnej homogénosti obsahu.

Transparentnosť

— Všeobecná argumentácia

62 Žalobca tvrdí, že poskytnuté dôkazy uvádzajú, že ceny uplatňované veľkými spoločnosťami sú určite dostatočne transparentné na to, aby tieto spoločnosti mohli vyrovnávať svoje ceny. Komisia nepredložila žiaden dôkaz, ktorý by vyvracal túto analýzu, a obmedzila sa na to, že z údajnej rozdielnosti zliav vyvodila, že transparentnosť možno odstrániť alebo znížiť tak, že už nebude možné vyrovnávanie cien.

63 Nesprávne posúdenie vyplýva z vlastných záverov Komisie, podľa ktorých:

— existuje súbežnosť a relatívne podobný vývoj cien zo strany veľkých spoločností v prípade priemerných čistých cien (odôvodnenia č. 75, 82, 89, 96 a 103 rozhodnutia),

— VPC môžu byť použité ako ústredný bod vyrovnania (odôvodnenia č. 76, 83, 90, 97 a 104 rozhodnutia),

— VPC a priemerné čisté ceny sa vyvíjajú súbežne (odôvodnenia č. 77, 84, 91, 98 a 105 rozhodnutia).

64 Žalobca uvádza, že VPC sú transparentné, že maloobchodné predajné ceny sú známe, že priemerné čisté ceny sa vyvíjajú súbežne s VPC a že marže distribútorov sú dostatočne presne známe. Z toho vyplýva, že čisté ceny pre maloobchodníkov (teda VPC bez zliav) sú transparentné bez ohľadu na zľavy. To nakoniec vyplýva z oznámenia o výhradách (body 81 až 92) a z odôvodnenia č. 77 rozhodnutia, podľa ktorého „ak by sa veľké spoločnosti citeľne odchýlili od dohodnutých politík v oblasti cien poskytovaním zliav, prejavili by sa tieto odchýlky v priemerných čistých cenách“.

65 Žalobca tvrdí, že Komisia sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia tým, že pripísala prílišný význam zľavám, a predovšetkým akciovým zľavám, keďže:

— sa opiera o informácie o zľavách poskytnutých Sony a BMG a nie o informácie o súbežnosti medzi VPC a čistými cenami všetkých veľkých spoločností (poznámka pod čiarou 43 rozhodnutia),

— podľa informácií poskytnutých maloobchodníkmi sú zľavy transparentné; 20 z 26 maloobchodníkov vypočítaných Komisiou potvrdili, že veľké spoločnosti vedú o zľavách uplatňovaných ostatnými. To platí predovšetkým pre bežné zľavy, ktoré sú významnejšie, pretože sa dojednávajú každý rok,

- Sony a BMG vypracovávali týždenné správy o dohľade nad distribučným trhom obsahujúce informácie o ich konkurentoch (odôvodnenie č. 113 rozhodnutia),

- pre prípad komplikácií majú veľké spoločnosti dohody o spoločnej distribúcii a o partnerstve, v rámci ktorých sú uvedené bežné zľavy,

- existuje vysoká miera prechodov riadiacich pracovníkov medzi nahrávacími spoločnosťami,

- týždenné hitparády poskytujú informácie o predajoch podľa titulov, ktoré umožňujú ľahko odhaliť tituly, z ktorých sa stávajú „hity“ a ktoré majú väčší podiel na predaji (odôvodnenie č. 73 rozhodnutia),

- podľa správy Office of Fair Trading (britský orgán pre hospodársku súťaž) sú informácie o konkurentoch na trhu s hudobnými nahrávkami dostupnejšie ako v ktoromkoľvek inom priemyselnom odvetví (príloha A.16 žaloby).

⁶⁶ Žalobca poznamenáva, že na základe týchto skutočností Komisia navyše dospela v bode 81 oznámenia o výhradách k záveru, že „zľavy [boli] väčšinou stabilné a [neboli] použité na účinnú zmenu cenovej politiky“. Skutkový stav sa pritom odvtedy nezmenil.

- 67 Akciové zľavy nie sú v žiadnom prípade vo všeobecnosti používané na disky v hitparádach, ktoré vytvárajú približne 80 % príjmov, ale len na to, aby podnietili spotrebiteľov čerpať z katalógu titulov („back catalogue“) (príloha A.17 žaloby) a majú len malý účinok na vzorku, ktorú Komisia preskúmala (odôvodnenia č. 70 a 71 rozhodnutia). Údaje preskúmané Komisiou v prípade uvedených akciových zliav sa okrem toho týkajú len Sony a BMG, a ich relevantnosť je teda obmedzenejšia.
- 68 Časť cenovej štruktúry veľkých spoločností potenciálne ovplyvnená nedostatkom transparentnosti je teda slabá, ako vyplýva zo správy pripojenej k žalobe vysvetľujúcej systém cien a zliav v Európe (príloha A.17).
- 69 Žalobca tvrdí, že Komisia mala k dispozícii dostatočné množstvo dokumentov, na základe ktorých mohla svoje analýzy overiť, ale že toto overenie nevykonala, predovšetkým pokiaľ ide o dôkazy týkajúce sa maloobchodníkov. Tým, že Komisia nesprávne posúdila skutkové okolnosti a že priznala prílišnú váhu zľavám, predovšetkým akciovým, dopustila sa zjavne nesprávneho posúdenia.

— Všeobecné poznámky o nových dôkazoch

- 70 Na základe nových informácií predložených Komisiou v prílohe jej vyjadrenia k žalobe žalobca dedukuje, že Komisia zrejme založila svoje posúdenie, podľa ktorého trh nie je transparentný, na komplexnosti jednotlivých rozdielov v zľavách medzi zákazníkmi, medzi jednotlivými titulmi a v čase. Existencia takých, často značných, individuálnych rozdielov nevyučuje možnosť, že sa určovanie cien riadi obmedzeným počtom štruktúr a známych pravidiel, ktoré robia priemerné ceny predvídateľnými, a akákoľvek významná a systematická odchýlka od týchto štruktúr a pravidiel je zrejماً.

- 71 Také pravidlá možno neumožňujú predpovedať cenu každého individuálneho vydania fakturovanú každému jednotlivému maloobchodníkovi a v každom okamihu, ale umožňujú s dostatočnou istotou spoznať čisté ceny, ktoré vyplývajú zo skupiny VPC, a určiť, či konkurenti dodržiavajú tieto pravidlá. Dodávajú tak transparentnosť potrebnú na existenciu kolektívnej dominancie. Koordinácia konania, ktorá vyplýva zo súbežného pohybu VPC a priemerných čistých cien, by teda mohla vzniknúť jednoducho skôr na základe všeobecne známych a dobre pochopených štruktúr alebo pravidiel, ktoré možno kontrolovať, ako na základe perfektnej a úplnej znalosti každého jednotlivého rozhodnutia o cenách.
- 72 Komisia nepreskúmala, či súbežnosť zistená v prípade priemerných cien (hrubých a čistých) mohla byť výsledkom koordinácie správania vyplývajúceho z takých pravidiel, ale skôr na základe existencie jednotlivých rozdielov dospela k záveru, že to tak nie je, bez toho, aby preskúmala, či uvedené rozdiely boli štatisticky významné a mali skutočný vplyv na priemerné hodnoty.
- 73 Také pravidlá sa neuplatnia na všetky prípady, ale na podstatnú časť predaja v každej kategórii diskov každej nahrávacej spoločnosti (nové vydania, nový umelec, katalóg „full price“, „mid price“, „budget“, atď.), z ktorých pre každú existuje obmedzený počet všeobecných predajných stratégií, ktorými sa riadi veľká väčšina predaja (nahradenie disku v hitparáde, účasť na reklamných kampaniach, nákup umiestnenia vo výklade, atď.). Tieto predajné stratégie sa síce môžu líšiť na každom území a v závislosti od zákazníkov (supermarkety, špecializované reťaze, nezávislé obchody, atď.), existuje ich však obmedzený počet a sú známe osobám zodpovedným za predaj. Tieto pravidlá alebo štruktúry sú dostatočné na umožnenie koordinácie cien bez toho, aby bola potrebná špecifická znalosť čistých a hrubých cien jednotlivých vydání, a okrem toho ponúkajú v prostredí, kde sa dopyt po jednotlivých tituloch líši a kde nemožno s istotou predpovedať úspech albumov, pružnosť potrebnú na prispôsobenie sa v jednotlivých prípadoch bez narušenia štruktúry cien ako celku.

- 74 Aj napriek jednotlivým rozdielom nemožno zabúdať na to, že čisté ceny ako celok sú úzko vyrovnané s hrubými cenami a že je to tak pravdepodobne preto, že všetky spoločnosti sa riadia určitými všeobecnými pravidlami, vďaka ktorým sú ceny ako celok vysoko predvídateľné a systémové odchýlky zrejme. Existuje teda transparentnosť.
- 75 Preskúmanie nových dôkazov uvedených v prílohe vyjadrenia k žalobe ukazuje, že Komisia sa sústredila na jednotlivé rozdiely bez toho, aby preskúmala, či sú štatisticky významné. Komisia neuskutočnila správnu štatistickú analýzu východiskových údajov, nepreskúmala význam rozpätia cien alebo zliav alebo relevantnosť rozdielov na úrovni obvyklých rozpätí cien ani sa nepýtala maloobchodníkov, aby overila, či jednotlivé rozdiely patria do rámca všeobecných pravidiel systému cien. Komisia dospela k nesprávnemu záveru, že samotná existencia rozdielov vylučuje možnosť, že tieto rozdiely boli spôsobené niekoľkými ojedinelými prípadmi, aj keď väčšina predajov prebieha za ceny určené na základe známych a predvídateľných pravidiel.
- 76 Komisia okrem toho preskúmala dôkazy nesprávnou metódou a bez toho, aby vykonala potrebné testy.
- 77 Žalobca uvádza k novým dôkazom predloženým Komisiou tieto všeobecné poznámky:
- veľká časť údajov nie je upravená podľa predajov, aby sa mohol posúdiť význam rozpätí cien a zliav. Tam, kde sú tieto údaje správne zoskupené — teda medzi všetkými hráčmi a upravené podľa predajov — sú rozdiely menej významné,

- vo väčšine prípadov neboli údaje analyzované zo štatistického hľadiska, a nie je teda možné posúdiť, či sú odchýlky vo vzťahu k rôznym kategóriám výrobkov významné,

- s výnimkou niekoľkých údajov použitých v oznámení o výhradách údaje porovnávajú len ceny účastníkov koncentrácie. Tvrdenie Komisie, že konštatovanie netransparentných postupov v oblasti zliav medzi oboma veľkými spoločnosťami je dostatočné na minimalizovanie transparentnosti, je nesprávne, keďže Sony a BMG mali na trhu veľmi odlišné výsledky a rozpätie cien a zliav by sa pri rozdielnych výsledkoch podľa určitej série vydaní líšilo aj v systéme jednotných cien. Okrem toho účastníci koncentrácie boli historicky dve najrozdielnejšie veľké spoločnosti, takže ich spojenie neznižuje len počet subjektov, ale tieto subjekty aj zblízuje,

- Komisia nevyšetrila, či veľké spoločnosti mali údaje, ktoré sú v priamom rozpore s tvrdením o rôznorodosti a komplexnosti cien, teda rozpočty alebo iné údaje, ktoré presne stanovujú čisté a hrubé ceny, ako aj zľavy, ktorých tvorba je medzi konkurentmi súbežná a stabilná v čase,

- svedectvá riadiacich pracovníkov účastníkov koncentrácie sa nedotýkajú kľúčových otázok, ako je existencia všeobecných cenových pravidiel a sledovanie cien, a neboli skontrolované.

78 Názor Komisie, podľa ktorého priemerné čisté ceny sú vyjadrením množstva jednotlivých skôr rôznorodých rozhodnutí a musí byť možné sledovať priemerné čisté ceny s dostatočnou mierou istoty, aby umožnili skutočnú koordináciu čistých cien, je chybný, keďže stačí, aby každá spoločnosť bola schopná overiť, či

rozhodnutia o cenách ostatných spoločností pri ich vydaniach sú v súlade s určitými pravidlami o cenách tak, aby boli pohyby cien každému známe a aby bola dodržiavaná tajná dohoda.

- 79 Rozdiely zistené Komisiou z údajov poskytnutých účastníkmi koncentrácie sú menej konkrétne, než si Komisia zrejme myslí, a okrem toho ich nemožno považovať za dôkaz netransparentnosti cien, pretože rovnako ako v akomkoľvek inom priemyselnom odvetví, tak aj v oblasti duševného vlastníctva, v ktorom sa výsledky jednotlivých titulov môžu meniť a závisia od rôznych činností v oblasti marketingu, ale v ktorom sú agregované súbory takých titulov v súlade so všeobecne známymi pravidlami, je úplne možné vysvetliť akýkoľvek rozdiel v rozsahu zliav a cien s odkazom na niekoľko všeobecne známych zásad.
- 80 Žalobca okrem toho vyhlasuje, že je prekvapený, že Komisia použila len veľmi málo dôkazov uvedených v oznámení o výhradách, z ktorých niektoré boli vyvážené a týkali sa celého priemyselného odvetvia, ale zamerala sa na informácie poskytnuté spoločnosťami Sony a BMG, ktoré tieto vlastnosti nevykazovali. Predtým, než bude prvý súbor údajov odmietnutý, je teda potrebné vysporiadať sa s týmito odlišnosťami, ale nezdá sa, že by Komisia vykonala vyvážené posúdenie.

— Konkrétne preskúmanie rôznych dôkazov

- 81 Svedectvá riadiacich pracovníkov Sony a BMG uvedené v prílohe B.2 sa obmedzujú na tvrdenie o existencii rôznych zliav pre rôznych zákazníkov, ale netýkajú sa otázky, či tieto zľavy sú alebo nie sú do značnej miery určované súborom všeobecných pravidiel. Zatiaľ čo vyhlásenia zdôrazňujú veľmi komplexný charakter mechanizmu stanovovania cien, príloha B.14, ktorá má preukázať komplexnosť akciových zliav, v skutočnosti túto komplexnosť vyvracia, keď opisuje ich fungovanie na jednej jedinej stránke. Bolo potrebné sa pýtať, či existujú štandardné marže spojené

s rôznymi kategóriami cien a či väčšina zliav bola skôr sústredená v užšom rozpätí. Otázky zrejme boli postavené tak, aby sa vyhli zisteniu, že marže mohli byť známe ako všeobecné pravidlá, a nebolo teda potrebné zoznamovať sa s nimi pravidelne po jednotlivých vydaniach, a že obrátená analýza jednotlivých cien nebola vôbec potrebná na to, aby veľká nahrávacia spoločnosť mohla sledovať ceny uplatňované jej konkurentmi. Tieto otázky neboli položené ani maloobchodníkom, čo by pritom umožnilo porovnanie odpovedí.

- 82 Pokiaľ ide o prílohu B.3 ukazujúcu percentuálny podiel veľkoobchodných predajov účastníkov koncentrácie s použitím ich 10 najvyšších VPC v rokoch 1998 až 2003, ktorá podľa Komisie preukazuje nepredvídateľnosť úspechu, a teda potrebu pre každú veľkú spoločnosť kontrolovať VPC viac než 80 albumov svojich konkurentov, žalobca poukazuje na určité nezrovnalosti v údajoch (ako napríklad rozdiely podľa obdobia) a tvrdí, že preukazujú len to, že účastníci koncentrácie predávajú svoje výrobky za rôzne VPC. To je irelevantné, keďže rozhodnutie uvádza, že VPC sú skôr transparentné. Navyše na rozdiel od toho, čo Komisia tvrdí, z odôvodnenia č. 111 rozhodnutia vyplýva, že „veľké spoločnosti však musia kontrolovať len referenčné ceny obmedzeného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja“. Tieto informácie nie sú v rozpore ani s úvahami uvedenými Komisiou na pojednávaní, podľa ktorých sa veľká väčšina predajov každej z veľkých spoločností uskutočňuje s použitím veľmi malého počtu VPC. Nie je potrebné kontrolovať ceny viac než 80 albumov, pretože pokiaľ existujú všeobecne prijímané zásady a pravidlá, na kontrolu celkového dodržiavania koordinácie len stačí v prípade niekoľkých titulov zistiť, či boli tieto pravidlá dodržané a či sú odchýlky systematické. Záver vyvodený Komisiou z rozdielu v percentuálnom podiele hrubých predajov účastníkov koncentrácie teda nie je odôvodnený.

- 83 Okrem toho sa zdá, že tieto tabuľky kladú dôraz na jeden faktor, teda nepredvídateľnosť úspechu, ktorý je v rozpore s kľúčovými tvrdeniami rozhodnutia, podľa ktorých po prvé VPC sú transparentné a sú ústredným bodom vyrovnania (odôvodnenia č. 76, 83, 90, 97 a 104 rozhodnutia), po druhé bola možná kontrola cenníkov iných veľkých spoločností (odôvodnenia č. 76, 83, 90, 97 a 104 rozhodnutia), a po tretie veľké spoločnosti potrebujú kontrolovať referenčné ceny

len obmedzeného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja (odôvodnenie č. 111 rozhodnutia). Nakoniec aj za predpokladu, že by bolo potrebné kontrolovať VPC viac než 80 albumov (alebo 60 po koncentrácii), nezdá sa, že by to bolo také ťažké, ako naznačuje Komisia.

- 84 Pokiaľ ide o prílohy B.4 a B.5 týkajúce sa priemerných zliav na faktúru poskytovaných spoločnosťami Sony a BMG ich desiatim najlepším zákazníkom v štyroch z piatich veľkých členských štátov, žalobca vyhlasuje, že sa najskôr pýta na to, v akej miere ukazujú rozdiely v priemerných zľavách na faktúru skôr na rozdiely v zaobchádzaní s rôznymi zákazníkmi než na rozdielne výsledky portfólií účastníkov koncentrácie, keďže veľkosť vydaní veľkej nahrávacej spoločnosti, ako aj kombinácia jej činností (vydania v hitparádach, činnosť v supermarkete, katalóg, špecializované a propagačné činnosti) ovplyvňujú priemernú zľavu poskytnutú zákazníkom. Ďalej prípadné rozdiely v zaobchádzaní so zákazníkmi účastníkmi koncentrácie neznamenajú, že ich rozhodnutia o cenách sú netransparentné, pretože tieto rozdiely môžu byť systematické, predvídateľné a stabilné v čase.
- 85 Príloha B.5, ktorá má ukazovať príklady, kde chýba vzájomná súvislosť alebo súbežný pohyb, je irelevantná, pretože ich možno vysvetliť odlišnosťami vo výsledkoch portfólia účastníkov koncentrácie a pretože navyše ukazuje na významné podobnosti (nižšie zľavy poskytované rovnakému zákazníkovi, zľavy meniace sa v rovnakom období alebo rozdiely stabilné v čase). Len príklad hlavného zákazníka v Nemecku je v súlade s názorom, že jedna z veľkých spoločností môže znížiť svoje skutočné ceny bez toho, aby ju jej konkurenti nasledovali, ale jeden jediný konkrétny rozdiel v priebehu konkrétneho roku na danom území vo vzťahu ku konkrétnemu zákazníkovi nie je presvedčivý. Okrem toho, keďže tabuľky narábajú len s údajmi od spoločností Sony a BMG a tieto údaje nie sú vyvážené, odlišnosti sú prehnane. To platí predovšetkým v prípade analýzy budúceho vývoja, ktorú mala Komisia vykonať, keďže koncentráciou spoločností, ktorých výsledky sa značne líšia, môže dôjsť k zvýšeniu symetrie a homogennosti, a teda aj pravdepodobnosti tajnej dohody.

- 86 Pokiaľ ide o prílohy B.6 a B.7, ktoré obsahujú údajné dôkazy o rozdieloch v zľavách na faktúru poskytovaných účastníkmi koncentrácie v priebehu piatich rokov svojim desiatim najlepším zákazníkom na svojich 20 najlepších kompaktných diskoch (ďalej len „CD“), žalobca poukazuje na to, že tabuľky poskytujú len informácie o rozpätí zliav a že tieto rozpätia môžu byť klamlivé, keďže ukazujú skôr medzné než priemerné hodnoty a štatisticky významné odchýlky od týchto priemerných hodnôt. Veľké rozpätie zliav môže byť vysvetlené niekoľkými zriedkavými výnimkami, ale veľká časť zliav má rovnakú úroveň. Tieto tabuľky navyše okrem svojich metodologických nedostatkov vykazujú zaujímavé pravidelnosti. Napríklad v prílohe B.6 v krajine A poskytujú obaja účastníci koncentrácie vo všeobecnosti vyššie zľavy veľkoobchodníkom než supermarketom a všeobecným maloobchodníkom a príloha B.7 vyjadrenia k žalobe ukazuje prekvapivo vyrovnaný vzťah medzi rozpätiami zliav.
- 87 Pokiaľ ide o prílohy B.8 a B.9, ktoré podľa Komisie preukazujú, že účastníci koncentrácie neuplatňovali jednotný postup v oblasti zliav, že ich postup sa vyvíjal v čase a že v roku 2003 nebolo rozdelenie zliav jednotlivých účastníkov koncentrácie veľmi podobné, žalobca opäť zdôrazňuje, že rozdiely v rozpätiach zliav v čase a medzi účastníkmi koncentrácie môžu vyplývať z rozdielných výsledkov a že to vôbec nenaznačuje, že by zľavy nevyplývali zo škály známych pravidiel. Údaje uvedené v prílohe B.8 okrem toho ukazujú skôr opačným smerom než uvádza Komisia (štruktúra skôr stabilných a podobných alebo približujúcich sa zliav, vysoký faktor vzájomnej súvislosti).
- 88 Žalobca sa domnieva, že štruktúry zliav sa nemenia v čase, ako to naznačuje analýza Komisie. Údaje uvedené v prílohe D.3 ukazujú koeficient súvzťažnosti štruktúry zliav každého z účastníkov koncentrácie v danom roku a štruktúry zliav za predchádzajúci rok. Aj keď kombinácia činností má vplyv na zľavy, vysoké celkové koeficienty súvzťažnosti naznačujú, že štruktúry zliav zostávajú relatívne stabilné v čase, čím z transparentných VPC vytvárajú skôr predvídateľné čisté ceny.

- 89 Okrem toho uvedenie údajov vo veľmi úzkych pásmach v kombinácii s určitými hraničnými bodmi môže zvýrazniť rozdiely (napríklad pokiaľ je zľava len o málo nižšia ako 15 % alebo o málo vyššia ako 15 %, pásmo sa mení bez toho, aby došlo k významnej zmene zľavy). Nakoniec žalobca zdôrazňuje, že pokiaľ by sa výsledok zakladal na úspechu dvadsiatich najpredávanejších titulov účastníkov koncentrácie, došlo by na vysoko konkurenčnom trhu k zmene v cenách. Keďže to tak nie je, žalobca z toho vyvodzuje záver, že mechanizmus zliav v skutočnosti nie je silným konkurenčným prvkom ani zdrojom netransparentnosti.
- 90 Pokiaľ ide o prílohu B.10, ktorá ukazuje rozdelenie čistých cien pre 5 najlepších zákazníkov spoločností Sony a BMG v roku 2003, žalobca sa domnieva, že relevantnosť záveru, ku ktorému Komisia na základe tejto prílohy dospela a podľa ktorého rôzni zákazníci uskutočňujú veľmi rozdielne podiely svojho nákupu u danej veľkej spoločnosti v rôznych pásmach čistých cien, je diskutabilná, keďže transparentnosť a predvídateľnosť cien nevyžaduje, aby nákupné tendencie u zákazníkov oboch nahrávacích spoločností boli zhodné alebo podobné. Keďže určujúcimi faktormi pre výšku zliav nevyhnutných na dosiahnutie predajných cieľov sú sortiment výrobkov a výsledok nových hlavných vydaní u zákazníkov, nie je zrejmé, ako Komisia dospela k záveru, že u oboch veľkých spoločností vo všeobecnosti existovali rozdiely v rozdelení čistých cien.
- 91 Okrem toho, aj keď sa tieto údaje týkajú len spoločností Sony a BMG, sú vhodnejšie, pretože sú vyvážené. Podrobnejšie preskúmanie rozdelenia v jednotlivých krajinách totiž ukazuje nápadné podobnosti uvedené vo forme grafu v prílohe D.4.
- 92 Okrem toho záver Komisie, podľa ktorého príloha B.10 ukazuje odlišnosti medzi dvoma účastníkmi koncentrácie, nie je zlučiteľný s posúdením vykonaným v odôvodneniach č. 74 a 75 rozhodnutia, podľa ktorého boli priemerné čisté ceny spoločností Sony a BMG relatívne podobné, čo pri zvážení pravdepodobnosti naznačuje použitie pravidiel stanovovania cien, ktoré zabezpečujú, že väčšina cien je

sústredená okolo niekoľkých referenčných cien. Zdá sa, že tieto dôkazy nepodporujú názor, že komplexné stanovenie cien je príčinou netransparentných cien, ale skôr opačný názor, podľa ktorého sú ceny skôr predvídateľné a podobné aj napriek zjavnej komplexnosti jednotlivých rozhodnutí o stanovení cien.

- 93 Žalobca sa domnieva, že príloha B.11, v ktorej sú uvedené priemerné štvrtročné čisté ceny spoločnosti Sony podľa albumu za najpoužívanejšie VPC, neobsahuje žiadny náznak netransparentnosti, pretože tabuľka trpí problémom súvisiacim s rozpätiami, teda že ukazuje len hraničné hodnoty a neanalyzuje vážené priemerné hodnoty a odchýlky od priemerných hodnôt. Táto príloha okrem toho nie je relevantná, pretože sa týka len spoločnosti Sony a nie je porovnávacia.
- 94 Nasledujúca príloha (B.12) je takisto irelevantná, pretože nie je porovnávacia a jej cieľom je ukázať len to, že BMG ponúka maloobchodníkom zľavy v rôznych výškach.
- 95 Žalobca vytýka Komisii aj to, že neuviedla, či môžu byť zjavné rozdiely vo výške akciových zliav vysvetlené na základe niekoľkých jednoduchých zásad. To je prekvapujúce, pretože zásady uvedené Komisiou v jednej z príloh jej vyjadrenia k žalobe v prílohe B.14 naznačujú existenciu a jednoduchosť takých pravidiel týkajúcich sa akciových zliav:

— akciové zľavy sa líšia v závislosti od veľkosti objednávky (s výnimkou špecifického prípadu Francúzska),

- akciové zľavy sa líšia v závislosti od druhu spotrebiteľa (napríklad v Nemecku veľkoobchodníci a hudobné kluby dostávajú vo všeobecnosti vyššie zľavy),

- akciové zľavy sa líšia v závislosti od druhu titulu alebo vydania (napríklad v závislosti do popularity umelca, cieľovej skupiny poslucháčov),

- akciové zľavy sa zameriavajú na zákazníkov, o ktorých sa vie, že predávajú určitý žáner, na základe povahy maloobchodníka a demografických vlastností jeho zákazníckej základne,

- akciové zľavy sa líšia podľa povahy akcie (napríklad len jeden titul alebo skupina titulov, obvykle katalóg),

- akciové zľavy sa líšia podľa výšky nákladov na uvedenie na trh, ktoré je maloobchodník pripravený poskytnúť.

⁹⁶ Žalobca sa domnieva, že pokiaľ sú tieto pravidlá všeobecne známe, nemalo by byť ťažké predpovedať s primeranou presnosťou výšku zliav, ktoré môže určitý zákazník vo vzťahu k určitému titulu v rámci určitej akcie od veľkej spoločnosti očakávať, a teda zistiť, či sú skutočné zľavy v súlade s týmito pravidlami. Zdá sa, že Komisia túto otázku nevyšetrila.

- 97 Navyše vzhľadom na to, že príloha B.13 poskytuje údaje len za jeden jediný rok, nie je rozhodujúca, pretože neumožňuje posúdiť, či je výška zliav stabilná, a teda predvídateľná.
- 98 Pokiaľ ide o prílohu B.15, ktorá obsahuje určité monitorovacie správy predložené Súdu prvého stupňa účastníkmi koncentrácie, žalobca poukazuje na to, že tieto dôkazy nenaznačujú, že neexistuje mechanizmus stanovovania cien spočívajúci v súbore všeobecných orientačných pravidiel a usmernení o stanovovaní cien. Komisia sa teda nemala zamerať na to, či boli jednotlivé zľavy predmetom zvláštneho sledovania, ale skôr na to, či bolo také sledovanie nevyhnutné, keďže rozdiely v systéme stanovovania cien predstavujú výnimky v porovnaní s cenami, ktoré sa uplatňujú na prevažnú väčšinu predaja.
- 99 Pokiaľ ide o prílohu B.17, ktorá obsahuje štúdiu spoločnosti pre ekonomické poradenstvo RBB Economics (ďalej len „štúdia RBB“), podľa ktorej by nahrávacía spoločnosť nebola schopná odvodiť veľkoobchodné ceny zo sledovaných predajných cien, za ktoré sa ponúkajú výrobky súťažiteľov, žalobca tvrdí, že táto štúdia sa sústreďuje zásadne na ceny jednotlivých vydaní a nie na otázku, či existuje systematický vzťah medzi VPC a veľkoobchodnými čistými cenami pri veľkej väčšine vydaní v priebehu primerane dlhého obdobia. Rôzni maloobchodníci môžu iste sledovať rôzne stratégie stanovovania svojich predajných cien, bolo by však prekvapivé, keby neexistoval jasný a systematický vzťah medzi priemernými čistými cenami vydaní v každej zvláštnej kategórii predaných určitému maloobchodníkovi a ich skutočnými veľkoobchodnými cenami pre dostatočne veľkú škálu titulov a v priebehu primerane dlhého obdobia. Skutočnosť, že neexistuje jednotná marža automaticky uplatňovaná na veľkoobchodné ceny, neznamená, že maloobchodné predajné ceny a veľkoobchodné ceny sú natoľko odlišné, že by nebola možná kontrola dodržiavania všeobecných zásad stanovovania cien. Podľa žalobcu existuje všeobecná výška marží pre rôzne kategórie výrobkov (top price, super top price, mid price, developing artists, budget atď.).

100 Žalobca poukazuje na to, že štúdia sa vyhýba akémukoľvek preskúmaniu systému stanovovania cien, a vyhlasuje, že pochybuje o tom, že Komisia podrobila štúdiu preskúmaniu zo strany maloobchodníkov alebo tretích osôb alebo že si vyžiadala agregované údaje o cenách a zľavách, ktoré každá veľká nahrávacía spoločnosť musí mať vo svojich rozpočtoch. Nedošlo ani k porovnaniu s inými už zhromaždenými údajmi. Také preskúmanie by ukázalo, že na rozdiel od tvrdení uvedených v štúdi:

- existuje systematická spojitosť medzi kategóriami výrobkov, pokiaľ sú tieto výrobky správne označené, aby odrazili svoj výkon, svoju zrelosť a dôležitosť pre zákaznícku základňu,

- tvrdenie, že maloobchodníci neuplatňujú štandardnú maržu na veľkoobchodné ceny, je zavádzajúce, pretože zámerné nezohľadňuje existenciu kategórií výrobkov a predajných kampaní, ktoré sú medzi veľkými spoločnosťami známe a koherentné. Štúdia nezohľadňuje potrebu vysvetliť sústredenie agregovaných výšok zliav pri obmedzenom množstve výšok cien a zliav. Rozdiely v maržiach odražajú len prispôbenie pravidiel dopytu,

- všeobecnejšie, Komisia nezohľadnila skutočnosť, že skúmala odvetvie v oblasti duševného vlastníctva na trhu s hudobnými nahrávkami. Skutočnosť, že jednotlivé vydania sa v priebehu svojho životného cyklu pohybujú naprieč rôznymi známymi a prijatými kategóriami cien a zliav, nevyhnutne neznamená, že nemôže existovať transparentnosť alebo dokonca koordinácia.

Odstrašujúce prostriedky

- 101 Žalobca tvrdí, že Komisia podrobne nepreskúmala všetky možné formy odvetných opatrení, ale len tie z nich, ktoré sú spojené s partnerskými dohodami pre kompilácie. Pokiaľ by teda veľká nahrávacia spoločnosť zaviedla politiku zníženia cien pre maloobchodníkov, ostatní by ju mohli potrestať tým, že by podnecovali maloobchodníkov, aby politiku nižších cien odmietli, tak, že im ponúknu vyššie zľavy a zvýšenie spolupráce v oblasti reklamy. Iným odstrašujúcim prostriedkom je obmedzenie prístupu lacnejších výrobkov „odchylujúcej sa“ nahrávacej spoločnosti alebo výrobkov, ktoré predstavujú jednostrannú inováciu, do hitparád. Kritériá prístupu do hitparád v členských štátoch sú vo všeobecnosti stanovované výbormi, ktoré sú úplne zložené z nahrávacích spoločností, niekedy v spojení s maloobchodníkmi, a týkajú sa predovšetkým formátov a minimálnych cien.
- 102 Žalobca sa domnieva, že Komisia sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia tým, že aj napriek tomu, že zistila existenciu spoľahlivých odstrašujúcich mechanizmov, dospela k záveru, že tieto mechanizmy neexistujú, pretože nenašla dôkaz o ich použití. Najúčinnjším odstrašujúcim prostriedkom je však práve taký, ktorý nebol použitý.

Protiváhy

- 103 Žalobca tvrdí, že analýza Komisie je neúplná, pretože rozhodnutie neobsahuje posúdenie protiváh na trhu. Žalobca ďalej zdôrazňuje, že Komisia v oznámení o výhradách konštatovala, že ani nezávislé spoločnosti, ani maloobchodníci nepredstavovali pre veľké spoločnosti účinné súťažné obmedzenia.

Nevykonanie skutočnej analýzy spoločnej politiky

- 104 Komisia sústredila svoju analýzu na hospodársku súťaž z pohľadu cien a úplne zanedbala množstvo ďalších otázok aj napriek tomu, že podľa oznámenia o horizontálnych fúziách (Ú. v. EÚ C 31, 2004, s. 5; Mim. vyd. 08/003, s. 5) môže mať koordinácia rôzne formy.
- 105 Komisia teda mala preskúmať, či pre veľké spoločnosti je alebo nie je priaznivejšie usilovne súťažiť o podiel na trhu než dodržiavať spoločnú politiku. Skutočnosť, že podiely na trhu veľkých spoločností sú relatívne stabilné a že ich zmeny sú predovšetkým dôsledkom prevzatia nezávislých spoločností alebo dôsledkom vzájomných fúzií, ukazuje, že neexistuje skutočná hospodárska súťaž v oblasti cien alebo že existuje spoločná politika, ktorá spočíva predovšetkým v záväzku neuskutočňovať konkurenčné správanie na oligopolistickom trhu (rozsudok Súdneho dvora zo 17. novembra 1987, BAT a Reynolds/Komisia, 142/84 a 156/84, Zb. s. 4487, bod 43).
- 106 Komisia nepreskúmala ani to, či veľké spoločnosti postupovali súbežne v oblasti licencií na hudbu on-line, alebo pokiaľ ide o uzavieranie zmlúv s umelcami. Neposúdila všetky znaky, ktoré sú dôkazom toho, ako je bližšie opísané v bodoch 96 až 116 oznámenia o výhradách, že trh s hudobnými nahrávkami je „zvlášť priaznivý pre koordináciu a uľahčuje kontrolu takej koordinácie“ (bod 94 oznámenia o výhradách). Komisia však označila desať faktorov, ktoré ukazujú na existenciu tajného kartelu, medzi ktorými sú štrukturálne väzby, licenčné a distribučné dohody, ako aj dohody o partnerstve a kompiláciách (pozri zoznam v prílohe A.15 žaloby).
- 107 Komisia nevykonala ani preskúmanie toho, či koncentrácia môže vyústiť do schopnosti znížiť ponuku v zmysle počtu nových titulov alebo v zmysle originalnosti nových vydaní alebo či koncentrácia ochudobňuje tvorivosť, kvalitu alebo rôz-

norodost' pri v'bere hudby [pozri rozhodnutie Komisie 2004/422/ES zo 7. januára 2004, ktorým sa koncentrácia vyhlasuje za zlučiteľnú so spoločným trhom a s Dohodou o EHP (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (Ú. v. EÚ L 125, s. 54, odôvodnenie č. 674)], alebo či môže mať vplyv na rozhodovanie spotrebiteľov, ako to uviedla v oznámení o výhradách vo veci Time Warner/EMI (COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (Ú. v. ES C 136, s. 4) (pozri bod 55, ktorý sa týka marginalizácie nezávislých spoločností a vplyvu na výber a rôznorodosť hudby ponúkanej verejnosti). Analýza nakoniec vôbec nezohľadnila článok 151 ods. 4 ES a kultúrnu diverzitu.

c) Nesprávne uplatnenie práva v oblasti kolektívneho dominantného postavenia

108 Žalobca tvrdí, že Komisia sa dopustila nesprávneho právneho posúdenia v troch bodoch.

109 Po prvé Komisia dospela k záveru, že ceny neboli transparentné, keďže nebolo isté, či bola transparentnosť úplná, pričom podľa bodu 62 rozsudku Airtours/Komisia, už citovaného v bode 45 vyššie, je rozhodujúci „test dostatočnej transparentnosti trhu“, ktorý umožňuje všetkým členom oligopolu, aby sa „dostatočne presne a rýchlo“ dozvedeli, ako sa vyvíja správanie iných členov na trhu. V prejednávanej veci pritom existuje dostatočná transparentnosť.

110 Po druhé sa Komisia domnievala, že vďaka zľavám neexistovala spoločná politika, pričom však nekonštatovala, že by zľavy viedli k takému významnému zníženiu cien, že by hospodárska súťaž v oblasti zliav bola marginálna. Podľa bodu 60 rozsudku Airtours/Komisia, už citovaného v bode 45 vyššie, však marginálna hospodárska súťaž sama osebe nevyvracia zistenie o existencii kolektívneho dominantného postavenia. Je potrebné, aby subjekt vedel, „že silne konkurenčné konanie z jeho strany s cieľom zvýšiť trhový podiel (napríklad znížením ceny) by vyvolalo rovnaké

konanie zo strany ostatných“. Komisia by predovšetkým mala preukázať len „neexistenciu účinnej hospodárskej súťaže medzi subjektmi... členmi dominantného oligopolu“ a nie vylúčenie akejkoľvek hospodárskej súťaže (pozri v tejto súvislosti rozsudok Súdu prvého stupňa z 30. septembra 2003, Atlantic Container Line a i./Komisia, T-191/98 a T-212/98 až T-214/98, Zb. s. II-3275, bod 645).

- 111 Po tretie sa Komisia dopustila nesprávneho právneho posúdenia tým, že založila svoju analýzu na neexistencii predchádzajúcich dôkazov o odvetných opatreniach, zatiaľ čo podľa bodu 195 rozsudku Airtours/Komisia, už citovaného v bode 45 vyššie, Komisia nemusí nevyhnutne preukázať existenciu určitého viac alebo menej striktného „odvetného mechanizmu“, ale musí preukázať existenciu odstrašujúcich faktorov.

2. O druhej časti

- 112 Žalobca pripomína, že na preukázanie toho, či koncentrácia posilňuje dominantné postavenie, musí Komisia preskúmať jej dosah na referenčné trhy prostredníctvom analýzy budúceho vývoja (rozsudok Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, body 58 a 59). Komisia však analýzu budúceho vývoja nevykonala a vôbec nepreskúmala otázku posilnenia dominantného postavenia, keďže na základe analýzy minulého stavu nesprávne konštatovala, že neexistuje už existujúce dominantné postavenie, ktoré by mohlo byť posilnené.
- 113 Keďže posilnenie dominantného postavenia bolo preskúmané na základe analýzy minulého stavu, rozhodnutie je postihnuté nedostatkom odôvodnenia alebo zjavne nesprávnym posúdením z dôvodov rozvinutých v prvej časti, zatiaľ čo neexistencia analýzy budúceho vývoja predstavuje nesprávne právne posúdenie.

B — *Tvrdenia Komisie*

- 114 Komisia sa domnieva, že tri dôvody neplatnosti uvádzané žalobcom, pokiaľ ide o trh s hudobnými nahrávkami, sa značne prekrývajú a že je teda užitočné najskôr vysvetliť odôvodnenie rozhodnutia a dôkazy, na ktorých Komisia založila svoje závery, predtým, než sa ďalej preskúmajú niektoré nesprávne tvrdenia o obsahu rozhodnutia uvedené v žalobe a nakoniec analyzujú konkrétne tvrdenia uvedené žalobcom.

1. Rozhodnutie Komisie a dôkazy, o ktoré sa opierala

a) Kontext

- 115 Pokiaľ ide o systém stanovovania cien uplatňovaný v oblasti hudobných nahrávok, Komisia vysvetľuje, že každá veľká spoločnosť, ako aj každá nezávislá nahrávacia spoločnosť pravidelne stanovuje škálu rôznych katalógových cien za svoje albumy na CD nazývaných „verejné predajné ceny“. Každá veľká spoločnosť má obvykle viac ako 50 VPC tohto druhu s rôznym významom, ktoré môžu byť zaradené do kategórie „vyššej ceny“, „strednej ceny“ a „nižšej ceny“, a stanovuje katalógovú cenu každého albumu na CD, ktorý vyrobí, s odkazom na jednu z týchto VPC. Čistá cena skutočne požadovaná od zákazníka (maloobchodného alebo veľkoobchodného) je však nižšia než katalógová cena z dôvodu zliav na faktúru (bežné a akciové zľavy), ktoré sa môžu líšiť podľa zákazníka, v čase alebo podľa albumu (v prípade akciových zliav). Každá nahrávacia spoločnosť rokuje s každým zo svojich zákazníkov o riadnej ročnej zľave (prípadne v rozdielnej výške pre populárnu hudbu, klasickú hudbu alebo pre albumy, ktoré sú predmetom reklamy v televízii), ktorá sa uplatní na celkový predaj dotknutému zákazníkovi. Akciové zľavy sa naopak stanovujú z prípadu na prípad, na rôznu dobu, pre individuálne albumy alebo pre skupiny albumov, ktoré chce nahrávacia spoločnosť spropagovať; nie sú však nevyhnutne

poskytnuté všetkým zákazníkom a ich výška nemusí byť rovnaká. Komisia upozorňuje na to, že čistú cenu určitého albumu pre určitého zákazníka treba odlišovať od čistej priemernej ceny všetkých albumov predávaných určitou veľkou nahrávacou spoločnosťou v priebehu určitého roka, teda ceny, ktorá sa rovná podielu všetkých (potenciálne veľmi rozličných) čistých cien individuálnych albumov predaných individuálnym klientom na celkovom počte albumov predaných dotknutou nahrávacou spoločnosťou.

- 116 Komisia zistila významné zníženie dopytu a cien hudobných nahrávok na CD od roku 1999 (odôvodnenia č. 55 až 59 rozhodnutia).

b) Päť veľkých trhov (Nemecko, Spojené kráľovstvo, Francúzsko, Taliansko, Španielsko)

- 117 Komisia najskôr preskúmala, či je možné identifikovať existujúci tichý cenový kartel medzi veľkými spoločnosťami v piatich veľkých členských štátoch (odôvodnenia č. 69 až 108 rozhodnutia). Na základe sledovania vývoja čistých priemerných cien veľkých spoločností overila, či medzi cenami existovala súbežnosť a či by prípadná pozorovateľná súbežnosť mohla byť vysvetlená na základe koordinácie. Komisia v tejto súvislosti najskôr preskúmala VPC ako prípadné ústredné body, potom overila, či boli zľavy vyrovnané a dostatočne transparentné nato, aby umožnili účinné sledovanie prípadnej koordinácie čistých cien (odôvodnenie č. 73 rozhodnutia).

Vyrovňovanie priemerných čistých cien a VPC

- 118 Na piatich veľkých trhoch Komisia zistila len čiastočne podobný vývoj skutočných priemerných čistých cien. V každom zo štátov sa skutočné priemerné čisté ceny každej veľkej nahrávacej spoločnosti väčšinou pohybovali v rozmedzí okolo 10 % alebo viac vo vzťahu k ostatným. Komisia dospela k záveru, že taká miera podobnosti

vývoja nie je rozhodujúca (odôvodnenia č. 75, 82, 89, 96 a 103 rozhodnutia) zo zrejmých dôvodov. Po prvé súbežnosť skutočných priemerných čistých cien nebola potvrdená. Po druhé súbežné správanie vo všeobecnosti nestačí na konštatovanie existencie koordinácie, pokiaľ nemožno identifikovať mechanizmus tejto koordinácie. Po tretie v prejednávanej veci Komisia nedospela k záveru, že vývoj priemerných čistých cien každej z veľkých spoločností bol alebo mohol byť známy ostatným veľkým spoločnostiam. Priemerné čisté ceny sú odrazom veľkého množstva individuálnych rozhodnutí o určení cien (pozri napríklad prílohu B.10) a na to, aby bola možná významná koordinácia čistých cien, musia byť tieto rozhodnutia identifikovateľné s dostatočnou istotou.

- 119 Komisia skutočne objavila niekoľko skutočností naznačujúcich, že katalógové ceny (teda VPC) mohli byť použité ako základ vyrovnávania. V každom z piatich veľkých členských štátov bola väčšina celkového predaja každej veľkej nahrávacej spoločnosti (viac než 55 %, v jednej z týchto krajín dokonca 85 %) dosiahnutá s použitím 5 VPC a dokonca iba s použitím 1 až 3 VPC v prípade polovice alebo viac ako polovice zo 100 najpredávanejších albumov na CD v roku 2003 (s výnimkou Španielska). VPC sú okrem toho relatívne transparentné, pretože sú uvedené v katalógoch veľkých spoločností (odôvodnenia č. 76, 83, 90, 97 a 104 rozhodnutia).
- 120 Komisia však zistila dva druhy prekážok použitia VPC ako referenčných bodov pre tichú koordináciu čistých cien a ako prostriedkov kontroly dodržiavania tejto koordinácie — jeden z nich vyplýva z úrovne komplexnosti vlastnej samotným VPC, druhý z komplexnosti a transparentnosti spojitostí medzi katalógovými cenami a čistými cenami.

Komplexnosť a VPC

- 121 Pokiaľ ide o VPC, albumy na CD nie sú dokonale homogénnym výrobkom z dôvodu rôznosti ich obsahu (odôvodnenie č. 110 rozhodnutia). Aj keď „priestor nahraditeľ-

nosti“ umožňuje, aby sa aspoň na albumy rovnakého žánru hľadalo tak, že patria na ten istý trh s výrobkami (odôvodnenia č. 9 až 13 a 110 rozhodnutia), albumy na CD sú aj naďalej heterogénnymi diferencovanými výrobkami. Aj keď teda stanovovanie cien a predaj albumov na CD sú relatívne štandardizované na úrovni veľkoobchodného predaja (prvkami štandardizácie stanovovania veľkoobchodných cien sú: tri veľké cenové kategórie, štandardizovaný počet VPC každej veľkej nahrávacej spoločnosti, skutočnosť, že bežné zľavy stanovované ročne pre každého zákazníka a dohodnutý poplatok za vrátenie nepredaných výrobkov sú vo všeobecnosti určované na základe obmedzeného množstva parametrov), jednotlivé albumy majú rôzny stupeň očakávaného alebo skutočného úspechu, čo má vplyv na pôvodné stanovenie VPC pri vydaní albumu a na jej ďalší vývoj.

- 122 Nepredvídateľnosť úspechu navyše zaväzuje pravdepodobne každú veľkú nahrávaciu spoločnosť, ktorá chce detailne kontrolovať celkové dodržiavanie koordinácie čistých cien ostatnými nahrávacími spoločnosťami, aby sledovala VPC viac než 80 albumov vyrobených jej konkurentmi každý rok v danej krajine (alebo viac než 60 albumov tohto druhu za rok po uskutočnení koncentrácie, keďže 20 najpredávanejších albumov každej nahrávacej spoločnosti zodpovedá minimálne 30 %, a vo viacerých prípadoch viac než 50 %, jej celkového predaja) (odôvodnenie č. 111 rozhodnutia). Nahrávacia spoločnosť, ktorá chce mať úplnejší prehľad o trhu, musí značne posilniť sledovanie trhu, keďže 100 najpredávanejších albumov každej veľkej nahrávacej spoločnosti každý rok obvykle pokrýva 70 až 80 % jej celkového predaja hudby (odôvodnenie č. 71 rozhodnutia) a táto vyčerpávajúca štúdia vyžaduje sledovanie takmer 400 albumov. Účastníci koncentrácie predložili dôkazy o tom, že súbor VPC zodpovedajúci ich 20 najlepším albumom na CD sa často výrazne menil medzi jednotlivými štvrťrokmi (pozri prílohu B.3). Aj keď týždenné hitparády uľahčujú také sledovanie tým, že na nich prerážajú tituly, z ktorých sa stávajú „hity“ (odôvodnenie č. 112 rozhodnutia), problém sa nimi neodstraňuje.

- 123 Pokiaľ ide o konštatovanie uvedené v rozhodnutí, že „určité okolnosti [naznačujú], že VPC by mohli byť použité ako základ vyrovnania cien veľkých nahrávacích spoločností“, Komisia zdôrazňuje, že nejde o konečné konštatovanie. Komisia síce konštatovala, že sledovanie katalógových cien bolo zrejme možné, rozdiely v použití

rôznych VPC uvedených v prílohe B.3 vyjadrenia k žalobe však ukazujú, že také sledovanie spojené so snahou odhaliť konanie v oblasti cien je prinajmenšom veľmi nákladné.

Vyrovnanie a komplexnosť zliav

- 124 Komisia v piatich veľkých členských štátoch zistila úzku spojitosť medzi vývojom priemerných hrubých cien a skutočných priemerných čistých cien Sony a BMG počas obdobia šiestich rokov s veľmi stabilným pomerom čistých cien a hrubých cien v čase a za všetky albumy dohromady (odôvodnenia č. 77, 84, 91, 98 a 105 rozhodnutia). Stabilná spojitosť, ktorá existuje medzi hrubými cenami a priemernými čistými cenami (teda priemerná zľava) každého účastníka koncentrácie za všetky albumy dohromady v danej krajine, však nevyhnutne obmedzuje účinky rôznych druhov zliav na faktúru (bežných a akciových), rozdielov medzi zľavami na faktúru (bežnými a akciovými) poskytovanými rôznym zákazníkom a rozdielov medzi zľavami na faktúru (hlavne akciovými) poskytovanými na jednotlivé albumy. Záver o stabilite pomeru medzi priemernými čistými cenami a hrubými cenami musí byť tiež kvalifikovaný v dôsledku metodologických obmedzení analýzy. Komisia v tomto ohľade na jednej strane upresňuje, že boli zohľadnené len údaje spoločností Sony a BMG, keďže ostatné veľké spoločnosti uviedli, že si účtujú len čisté ceny, a na druhej strane, že účastníci koncentrácie, aby vyriešili problém spojený so skutočnosťou, že daný album môže mať viac VPC v priebehu jedného roku, uviedli jedinou hrubú cenu pri každom albume, ktorá zodpovedá VPC, za ktorú sa album počas dotknutého roku najviac predával (hrubý predaj albumu bol teda vypočítaný len ako súčin VPC a počtu predaných albumov). Hrubá cena zaznamenaná pre každý album a používaná na výpočet priemernej hrubej ceny každej veľkej nahrávacej spoločnosti je teda približná.

- 125 Stabilný pomer medzi priemernými hrubými cenami a priemernými čistými cenami navyše nestačí na preukázanie existencie koordinácie v minulosti alebo pravdepodobnej koordinácie v budúcnosti, pokiaľ chýba preukázateľný mechanizmus, ktorý

by veľkým spoločnostiam umožnil kontrolovať vznik tejto spojitosti medzi hrubými a čistými cenami na základe množstva jednotlivých rozhodnutí o stanovení cien. Komisia nenašla dostatočné dôkazy o existencii takého mechanizmu.

- 126 Komisia najskôr konštatovala, že zľavy na faktúru (bežné a akciové zľavy) spoločností Sony a BMG boli zďaleka najvýznamnejšími zľavami v každom z veľkých členských štátov (s výnimkou Francúzska v prípade BMG). Všeobecné výšky zliav na faktúru uplatňované jednotlivými účastníkmi koncentrácie sa v určitom rozsahu líšili, keď boli vyjadrené ako podiel celkového hrubého predaja účastníkov koncentrácie ich 20 najlepším zákazníkom v týchto členských štátoch (rozdiel medzi týmito výškami bol [dôverné] percentuálnych bodov z ich celkového hrubého predaja v Taliansku, [dôverné] percentuálnych bodov v Spojenom kráľovstve a Španielsku, [dôverné] percentuálnych bodov v Nemecku a [dôverné] percentuálnych bodov vo Francúzsku).
- 127 Komisia okrem toho nenašla dôkazy o tom, že by zľavy na faktúru u jednotlivých klientov boli medzi účastníkmi koncentrácie dostatočne vyrovnané na to, aby bolo možné dospieť k záveru, že existovala koordinácia a transparentnosť. Odôvodnenia č. 79, 86, 93, 100 a 107 rozhodnutia uvádzajú rozdiely medzi celkovými zľavami na faktúru oboch účastníkov koncentrácie na úrovni jednotlivých zákazníkov vyjadrené ako podiel hrubého predaja každému z týchto zákazníkov. Komisia zistila, že priemerné zľavy na faktúru poskytované účastníkmi koncentrácie každému z ich desiatich najlepších spoločných zákazníkov vo veľkých členských štátoch s výnimkou Francúzska v období rokov 2000 až 2003 sa líšili o 2 až 5 % (Spojené kráľovstvo, Nemecko, Španielsko) alebo od 1 do 3 % (Taliansko). V Spojenom kráľovstve, Nemecku a Španielsku dosiahli priemerné ročné zľavy oboch účastníkov koncentrácie pre niektorých z ich dôležitých zákazníkov v určitých rokoch odchýlky vyššie než 5 % ich príslušného hrubého predaja uvedeným zákazníkom. Vo Francúzsku (odôvodnenie č. 86 rozhodnutia) dosiahli priemerné zľavy na faktúru poskytované účastníkmi koncentrácie každému z ich 15 najlepších spoločných zákazníkov značnejšie rozdiely, ktoré mohli dosiahnuť 10 %. Vzhľadom na dôležitosť

spätných zliav a „zmluvných zliav“ spoločnosti BMG vo Francúzsku Komisia preskúmala aj celkové zľavy. Medzi účastníkmi koncentrácie zistila rozdiely, ktoré v roku 2003 mohli dosiahnuť 3 % v uvedenej skupine zákazníkov a okolo 5 % u troch z týchto zákazníkov. Vo všetkých veľkých členských štátoch je toto kolísanie v podstate spôsobené akciovými zľavami.

128 Komisia zohľadnila (odôvodnenia č. 79, 86, 93, 100 a 107 rozhodnutia) aj informácie zo všetkých veľkých členských štátov, z ktorých vyplýva, že medzi zľavami poskytovanými oboma účastníkmi koncentrácie boli tri druhy rozdielov (tieto závery sú založené na údajoch uvedených v prílohách B.A až B.14):

- pre daného zákazníka sa zľavy líšili v čase,

- pre daného zákazníka sa zľavy líšili podľa jednotlivého albumu,

- pre daný album sa zľavy líšili podľa jednotlivého zákazníka.

129 Hoci príloha B.4 zložená z diagramov pripojených k oznámeniu o výhradách, ktorá uvádza priemerné zľavy na faktúru poskytnuté účastníkmi koncentrácie každému z ich desiatich najlepších spoločných maloobchodníkov (teda za každý rok podiel celkovej zľavy na faktúru poskytnutej danému zákazníkovi a celkového hrubého predaja tomuto zákazníkovi) v Spojenom kráľovstve, Nemecku, Taliansku a Španielsku v období rokov 2000 a 2003, ukazuje na celkovú stabilitu zliav v čase (bod 88 oznámenia o výhradách), účastníci koncentrácie však na základe tých istých diagramov tvrdili, že sa ich zaobchádzanie s určitými zákazníkmi v Spojenom kráľovstve, Nemecku a Španielsku značne líšilo (pozri prílohu B.5, odpoveď na oznámenie o výhradách, bod 4.21).

130 Pokiaľ ide o pripomienku žalobcu, že „nie je vôbec jasné, či sú rozdiely medzi zľavami získanými desiatimi najväčšími zákazníkmi skôr vyjadrením rozdielov v zaobchádzaní než rozdielov vo výsledkoch portfólií každého z účastníkov koncentrácie“, Komisia poukazuje na to, že pokiaľ to zďaleka nie je jasné ani pre pozorovateľa majúceho prístup k všetkým informáciám, je ťažké predstaviť si, ako by mohli veľké spoločnosti za podmienok tichej koordinácie a úplne nedokonalých informácií o trhu vylúčiť „vzájomné ovplyvňovanie“ spôsobené zložením portfólia, aby mohli mať presnú predstavu o postupe alebo o východiskovej politike v oblasti zliav.

131 Príloha B.6 k vyjadreniu k žalobe, ktorá uvádza dôkazy predložené účastníkmi koncentrácie, ktoré pokrývajú obdobie piatich rokov, ukazuje v každom z piatich veľkých členských štátoch, niekedy vo veľmi širokom rozmedzí, rozdiely v zľavách na faktúru poskytovaných každým účastníkom koncentrácie svojim desiatim najlepším zákazníkom na 20 najlepších albumov na CD v priebehu daného roka, ktoré predstavujú dôležitú časť celkového obratu veľkých spoločností, takže pozorovateľné a rovné zaobchádzanie na úrovni VPC a zliav predstavuje jeden zo základných prvkov prípadnej koordinácie čistých cien. Každá tabuľka vo vzťahu k danej nahrávacej spoločnosti v danej krajine zároveň naznačuje, že určití zákazníci získali veľmi rozdielne zľavy v priebehu daného roka alebo v priebehu určitého počtu rokov na uvedené najpredávanejšie albumy a že existujú značné rozdiely medzi najvyššími a najnižšími zľavami poskytovanými rôznym zákazníkom v priebehu daného roka, dokonca aj zákazníkom patriacim do rovnakej kategórie (napríklad veľkoobchodníci, špecializovaní maloobchodníci, supermarketi).

132 Porovnanie tabuliek v uvedenej prílohe pre Sony a BMG a pre ktorýkoľvek štát okrem toho umožňuje dospieť k záveru, že zľavy poskytované každou z nich ktorémukoľvek zákazníkovi za ktorýkoľvek rok sa často značne líšili, čo sa týka tak výšky najvyšších a najnižších zliav poskytnutých v tomto období, ako aj rozdielu medzi týmito sumami.

- 133 Komisia spochybňuje relevanciu záveru žalobcu, podľa ktorého tabuľky vykazujú „zaujímavé pravidelnosti“, a poznamenáva, že akákoľvek takáto „pravidelnosť“ nijako neuberá z významu rozdielu v zľavách ako dôkazu o komplexnosti a netransparentnosti stanovovania čistých cien.
- 134 Príloha B.8, ktorá uvádza rozdelenie zliav poskytnutých účastníkmi koncentrácie na ich 20 najlepších albumov na CD v rokoch 1998 až 2003 v piatich veľkých členských štátoch podľa pásiem, umožnila Komisii overiť, aký bol podiel predaja ich 20 najlepších albumov na CD všetkým zákazníkom dosiahnutý každou z týchto dvoch veľkých spoločností prostredníctvom danej zľavy (vyjadrenej v úzkych pásmach po 2,5 %) vo vzťahu ku katalógovým cenám dotknutých albumov. Všeobecnejšie, zvislý stĺpec zodpovedajúci každému roku v týchto tabuľkách ukazuje, že bez ohľadu na rok či krajinu žiadna z týchto veľkých spoločností neuplatňovala jednotný postup v oblasti zliav, a to ani v prípade tohto obmedzeného výberu ich najpredávanejších albumov. Vodorovné riadky zodpovedajúce rôznym úzkym pásmam zliav tiež ukazujú, že prax týchto dvoch účastníkov koncentrácie v oblasti zliav sa líšila v čase, medzi jednotlivými rokmi.
- 135 Okrem toho jedna z príloh vyjadrenia k žalobe (príloha B.9) ukazuje, že rozdelenie zliav poskytnutých Sony a zliav poskytnutých BMG na ich 20 najlepších albumov v roku 2003 bolo výrazne odlišné.
- 136 Pripomienka žalobcu, že rozdiely v rozpätiach zliav nevylučujú, že zľavy sú založené na známom súbore pravidiel, spočíva na chybnnej domnienke, že na to, aby všetky veľké spoločnosti mali istotu, že tieto pravidlá sa dodržiavajú, stačí, aby bol súbor pravidiel známy.

- 137 Komisia poznamenáva, že analýza vzájomnej súvislosti uskutočnená žalobcom v prílohe D.3 sa týka zliav jediného účastníka v čase a nie vyrovnania medzi účastníkmi koncentrácie. Okrem toho, aj keby táto analýza ukazovala, že štruktúra zliav každého z účastníkov koncentrácie je relatívne stabilná v čase aj napriek zmenám v kombinácii obchodných činností, to v skutočnosti potvrdzuje argument Komisie, podľa ktorého údaje o priemerných čistých cenách môžu zakryť výrazné výkyvy na úrovni albumov alebo zákazníkov. Nakoniec, v rozpore s tvrdením žalobcu, úzke rozpätie zliav (2,5 %) v diagramoch v skutočnosti znižuje citlivosť analýzy na malé zmeny v zľavách.
- 138 Komisia sa okrem toho domnieva, že pripomienky žalobcu k niektorým diagramom, podľa ktorých tieto diagramy vykazujú skôr stabilitu zliav alebo vysoký faktor vzájomnej súvislosti medzi účastníkmi koncentrácie, nie sú opodstatnené.
- 139 Príloha B.10, ktorá u piatich veľkých členských štátov ukazuje rozdelenie čistých cien medzi piatich hlavných zákazníkov každého z oboch účastníkov koncentrácie, ukazuje, že:
- rozdelenie čistých cien sa silne líši medzi uvedenými dvoma veľkými spoločnosťami tak vo všeobecnosti, ako aj vo vzťahu ku konkrétnym zákazníkom,
 - spôsob, akým sa rozdeľujú nákupy rôznych zákazníkov v danej nahrávacej spoločnosti do rôznych pásiem čistých cien, je veľmi premenlivý. Toto zistenie platí aj pre zákazníkov patriacich do rovnakej kategórie (ako veľkoobchodníci, špecializovaní maloobchodníci, supermarkety), pokiaľ je v tabuľke uvedený viac ako jeden zákazník danej kategórie.

- 140 Komisia súhlasí so žalobcom, že rozdiely v rozdelení čistých cien platených významnými zákazníkmi rôznym veľkým spoločnostiam možno pripísať rozdielom v ich nákupných zvykoch a v sortimente výrobkov nahrávacej spoločnosti. Ani zďaleka ich však nemožno považovať za irelevantné. Aj keby totiž veľká nahrávacia spoločnosť bola schopná odhaliť rozdielne čisté ceny platené spoločným zákazníkom za rôzne albumy inej veľkej nahrávacej spoločnosti (čo sa podľa dostupných dôkazov nezdá pravdepodobné), nemohla by povedať, či sú tieto ceny výrazom pristúpenia k nevyhnutne komplexným pravidlám, ako tvrdí žalobca, alebo odchýlkou od týchto pravidiel, bez toho, aby mala prinajmenšom oveľa viac informácií o albumoch, na ktoré sa tieto ceny vzťahujú.
- 141 Okrem toho, pokiaľ by sortiment výrobkov a rozdielne miery úspechu mali vysvetliť všetky vážené rozdiely v rozdelení cien uvedené v tejto prílohe alebo väčšinu týchto rozdielov, ukázali by tiež bezvýznamnosť akéhokoľvek pokusu o koordináciu založenú na všetkých priemerných čistých cenách, ktorý uplatňuje žalobca.
- 142 Komisia spochybňuje relevantnosť skutočností uvedených žalobcom s cieľom preukázať, že dokumenty pripojené k vyjadreniu k žalobe nedokazujú významné rozdiely v cenách.
- 143 Komisia má okrem toho k dispozícii aj dôkazy týkajúce sa VPC vyššej cenovej kategórie (pozri prílohu B.11), ktoré ukazujú, že niektorí veľmi dôležití zákazníci jedného z dvoch účastníkov koncentrácie zaplatili tejto nahrávacej spoločnosti v priebehu jedného roka (2003) rozdielne čisté ceny (inak povedané, boli im poskytnuté rozdielne zľavy) za albumy, ktoré mali rovnaké VPC. Rozdiel medzi najvyššou a najnižšou čistou cenou zaplatenou za albumy so stanovenou VPC je často podstatný.

144 Z dôkazov predložených BMG (pozri prílohu B.12) týkajúcich sa časti celkovej priemernej zľavy poskytnutej každému z jej desiatich najlepších zákazníkov vyplýva, že v jednej krajine (krajina E) sa priemerné akciové zľavy pre zákazníka pohybovali medzi približne 8,5 % a 13 % a značne prevyšovali priemerné bežné zľavy (ktoré sa pohybovali od 3 do 10 %) pre takmer všetkých zákazníkov, zatiaľ čo v inej krajine (krajina C) priemerná akciová zľava (kolísajúca medzi 2 až 5 %) predstavovala okolo polovice alebo viac najvyššej všeobecne uplatňovanej zľavy, teda s výnimkou zvláštnej veľkoobchodnej zľavy. V troch ostatných krajinách (krajinách B, D a A) dosiahla výška priemerných akciových zliav značné rozdiely medzi zákazníkmi, keď kolísala medzi 0,5 a 12,5 %; 0,5 a 13 %; a okolo 2,5 a 14,5 %. V týchto troch krajinách presiahli priemerné akciové zľavy pre jedného z najlepších zákazníkov priemerné bežné zľavy, zatiaľ čo pre ostatné krajiny boli omnoho nižšie.

145 V rozpore s tvrdením žalobcu okolnosť, že každá z týchto príloh ukazuje rozdiely len v čistých cenách alebo zľavách jedného z oznamovateľov koncentrácie, neznamená, že tieto prílohy sú irelevantné. Skutočnosť, že zľavy jednej veľkej nahrávacej spoločnosti sa líšia v závislosti od zákazníka (vrátane zákazníkov rovnakého typu, od ktorých možno očakávať, že sa zaujímajú o rovnaké časti jej sortimentu výrobkov), totiž naznačuje, že aj keď musí sťažiteľ získať znalosť o zľavách poskytovaných touto veľkou nahrávacou spoločnosťou zákazníkovi, túto znalosť nemožno zovšeobecniť na všeobecné konanie uvedenej nahrávacej spoločnosti v oblasti zliav. Okrem toho podmienky výkonu koordinácie zahŕňajúcej tak jednotlivých zákazníkov, ako aj jednotlivé druhy zákazníkov, sú oveľa komplexnejšie.

146 Komisia dostala aj „svedecké vyhlásenia“ preukazujúce, že rovnaká nahrávacia spoločnosť poskytuje akciové zľavy tak pre prémiové albumy, ako aj na tituly v katalógu (príloha B.2).

147 To potvrdzuje príloha B.13 zložená z diagramov predložených účastníkmi koncentrácie, ktoré uvádzajú pre každú z piatich veľkých krajín zľavy na faktúru poskytnuté každým z účastníkov koncentrácie svojim najlepším spoločným

zákazníkom na svoje najpredávanejšie albumy v roku 2002 s veľmi podobnými VPC vo vyššej cenovej kategórii. Komisia pripomína, že u každej nahrávacej spoločnosti a každého zákazníka by bežná zľava mala byť stabilná pre všetky albumy daného roku, a vyvodzuje z toho, že rozdiely v zľave na faktúru poskytnutej veľkou nahrávacou spoločnosťou danému zákazníkovi na rôzne albumy rovnakej VPC musia byť spôsobené akciovými zľavami poskytnutými v danom okamihu na dotknuté prémiové albumy. Diagramy prezrádzajú také rozdiely v účtovných postupoch každej oznamujúcej nahrávacej spoločnosti vo všetkých dotknutých krajinách, prinajmenšom vo vzťahu k niektorým zákazníkom.

148 Komisia zdôrazňuje, že žalobca jej vytýka, že nepreskúmala „niektoré jednoduché zásady, podľa ktorých by sa rozlišovali albumy rovnakej referenčnej ceny a ktoré by mohli vysvetliť rozdiely vo výške akciových zliav“, ale že pri ich opise uvádza šesť kritérií, ktoré by, aj keď sú v zásade navzájom zlučiteľné, spôsobili veľké zvýšenie počtu kombinácií pravidiel s potenciálnym uplatnením len na akciové zľavy. Žalobca okrem toho nevykonal žiadny pokus o ich kvantifikáciu, hoci je táto kvantifikácia zásadná, pokiaľ majú podmienky vykonávania koordinácie v oblasti cien umožniť s primeranou mierou presnosti predpovedať výšku zľavy na daný titul počas danej reklamnej kampane — a samozrejme preukázať, či skutočné zľavy sú v súlade s týmito pravidlami alebo sa od spoločných zásad stanovovania cien odchyľujú.

149 Rozdiely v akciových zľavách vyplývajú z určitého množstva príkladov: rôzne druhy zákazníkov získali zľavy na albumy patriace do rovnakého hudobného žánru v rôznych výškach; rôzni zákazníci získali rozdielne zľavy na ten istý album; rovnaký zákazník získal rozdielne zľavy na rozdielne albumy; rovnaký zákazník získal na určitý album zľavy obmedzené v čase.

150 Nakoniec celkový záver Komisie, podľa ktorého existuje „určitý rozdiel medzi zľavami poskytovanými veľkými nahrávacími spoločnosťami“ na veľkých trhoch (odôvodnenia č. 78, 85, 92, 99 a 106 rozhodnutia), je potvrdený aj dôkazmi

ekonomickej povahy, ktoré sa týkajú zliav piatich veľkých spoločností. Na základe informácií získaných Komisiou od uvedených piatich veľkých spoločností týkajúcich sa ich zliav na faktúru v roku 2003 ekonomickí experti účastníkov koncentrácie dospeli v štúdii RBB k tomuto záveru:

„Porovnávame aj rozdelenie zliav na faktúru poskytnutých účastníkmi A, B, C, D a E v každej z piatich hlavných krajín v roku 2003. Analýza preukazuje významné rozdiely v rozdelení zliav tohto druhu poskytnutých veľkými spoločnosťami. To potvrdzuje, že ich cenové politiky nie sú v súčasnosti vyrovnané.“

Transparentnosť zliav

- 151 Rozhodnutie zdôrazňuje, že podľa viacerých zákazníkov vo veľkých členských štátoch mali veľké spoločnosti „určitú znalosť“ bežných zliav (stabilnejších) uplatňovaných ich konkurentmi (pozri poznámky pod čiarou 45, 49, 52, 55 a 57 rozhodnutia). O tejto otázke sa výdatne diskutovalo na vypočutí organizovanom Komisiou. Účastníci koncentrácie tvrdili, že určitý počet kladných odpovedí sa týka len VPC alebo nerozlišujú medzi VPC a zľavami. Len päť odpovedí (z Belgicka, Francúzska a Talianska) z celkového množstva 36 dostupných odpovedí pochádzajúcich zo všetkých krajín výslovne uvádzalo, že existuje určitá transparentnosť zliav; opačný názor výslovne zastávalo 11 odpovedí. Na základe odpovedí maloobchodníkov, „svedeckých vyhlásení“ riadiacich pracovníkov spoločností Sony a BMG v členských štátoch (pozri príslušné časti v prílohe B.2) a neexistencie informácií o zľavách v monitorovacích správach obchodných zástupcov, ktoré jej boli odovzdané (pozri prílohu B.15), Komisia dospela k záveru, že pokiaľ niektorí maloobchodníci nadobudli od veľkých spoločností určitú znalosť cenovej politiky iných veľkých nahrávacích spoločností, táto znalosť sa mohla týkať VPC, ktoré boli relatívne transparentné, a v určitej miere bežných zliav, o ktorých sa rokuje každoročne, ale pravdepodobne sa nevzťahovala na akciové zľavy, o ktorých sa rokuje z prípadu na prípad. Vzťahy medzi veľkými spoločnosťami a stabilnou

klientelou (odôvodnenie č. 112 rozhodnutia) síce môžu umožniť získanie určitých informácií o ročných zľavách, ale zrejme neprospievajú transparentnosti krátkodobých reklamných kampaní.

- 152 Komisia konštatovala, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy a že ich sledovanie by vyžadovalo podrobné pozorovanie zliav na maloobchodnom trhu (odôvodnenia č. 80, 87, 94, 101 a 108 rozhodnutia). Systém týždenných správ vypracúvaných predajcami spoločností Sony a BMG (obsahujúcich poznámky o konkurentoch) však nedosahuje stupeň transparentnosti vyžadovaný v oblasti týchto zliav. Komisia predovšetkým nenašla dostatočné dôkazy o tom, že by sledovanie maloobchodných cien alebo kontakty s maloobchodníkmi umožnili veľkým spoločnostiam zmierniť nedostatok transparentnosti zliav, predovšetkým akciových zliav.
- 153 Správy o sledovaní trhu predložené účastníkmi koncentrácie, ktoré sa nachádzajú v prílohe B.15, neobsahujú také podrobné informácie o zľavách konkurentov, ktoré by umožnili účinné sledovanie čistých cien požadovaných za jednotlivé albumy od rôznych zákazníkov. Okrem toho v ostatných krajinách sú tieto správy ešte stručnejšie, alebo dokonca neexistujú. Predovšetkým zástupcovia BMG predložili oficiálne správy o sledovaní len vo Francúzsku a Rakúsku.
- 154 Komisia síce súhlasí, že nemôže ľahko dokázať, že neexistuje mechanizmus stanovovania cien spočívajúci v súbore všeobecných pravidiel, poznamenáva však, že žalobca sa nenamáhal poskytnúť kladný dôkaz o tom, ako sa tento mechanizmus stanovovania cien dojednáva, ako sa ďalej uplatňuje na neurčitý počet jednotlivých zmlúv, ani ako sa zabezpečuje jeho dodržiavanie.
- 155 Komisia okrem toho vyhlasuje, že je prekvapená, že žalobca priamo spochybňuje nevyhnutnosť sledovania, aby dokázal existenciu kolektívneho dominantného postavenia.

- 156 Záver Komisie týkajúci sa neúčinnosti sledovania maloobchodného predaja sa opiera aj o komplexnosť a netransparentnosť stanovovania maloobchodných cien. Štúdia predložená účastníkmi koncentrácie (príloha B.17) ukazuje, že existujú veľké rozdiely v maloobchodných cenách uplatňovaných hlavnými maloobchodníkmi na porovnateľné albumy CD v každej veľkej cenovej kategórii (vyššie, stredné a nižšie ceny) a že stanovovanie maloobchodných cien je rovnako komplexné ako stanovovanie veľkoobchodných cien. Okrem toho pre daný album z výberu piatich najpredávanejších sa maloobchodné ceny často súčasne líšia tak u ktoréhokoľvek maloobchodníka v čase, ako aj ešte výraznejšie v ktoromkoľvek okamihu medzi jednotlivými maloobchodníkmi.
- 157 Dôkazy (uvedené v prílohe B.17 oddiele 2) preukazujú, že intenzívne sledovanie vývoja maloobchodných cien uplatňovaných každým maloobchodníkom na každý dôležitý album veľkými spoločnosťami neumožňuje veľkej nahrávacej spoločnosti vyvodiť z neho metódy stanovovania čistých cien (VPC znížená o zľavu na faktúru) pre daný album jej hlavnými konkurentmi. Nie všetci maloobchodníci totiž v danom okamihu systematicky uplatňujú rovnaké zvýšenie veľkoobchodných cien, či už na všetky kategórie albumov, alebo dokonca na všetky albumy v obmedzenejšej vyššej cenovej kategórii (tabuľka 2.1).
- 158 Nakoniec, Komisia nezistila žiadnu preukázateľnú spojitosť medzi maloobchodnými cenami a zľavami na faktúru poskytnutými na albumy s rovnakou VPC. Štúdia predložená účastníkmi koncentrácie má naopak preukázať, že pri albumoch vyššej cenovej kategórie rovnako ako pri iných albumoch nemali rozdiely v maloobchodných cenách daného albumu v danom okamihu na rôznych maloobchodných predajných miestach žiadnu konkrétnu spojitosť so zľavami na faktúru poskytovanými týmto maloobchodníkom na tento album (tabuľka 3.1).
- 159 Zoči-voči tak rozdielnym a nepredvídateľným praktikám stanovovania maloobchodných cien nemôže veľká nahrávacia spoločnosť s istotou dospieť k záveru, že daný maloobchodník uplatní na rovnocenné albumy iných nahrávacích spoločností rovnakú výšku alebo metódu zvýšenia ceny ako na jej vlastné albumy, a nemôže si urobiť spoľahlivý úsudok o čistých cenách konkurentov, ani pre daný album, ani celkovo, na základe pomeru maloobchodných a veľkoobchodných cien uplatňova-

ného daným maloobchodníkom na jej vlastné albumy, či už sa posudzujú jednotlivo alebo celkovo.

160 Komisia zdôrazňuje, že tvrdenie žalobcu, podľa ktorého „je prekvapujúce, že neexistuje riadne definovaný a systémový pomer medzi priemernými maloobchodnými cenami albumov určenej kategórie predaných určenému maloobchodníkovi a ich skutočnými veľkoobchodnými cenami pri dostatočne veľkom množstve titulov a v priebehu primerane dlhého obdobia“, nie je podporené žiadnym dôkazom. Dostatočne vysoký stupeň agregácie pri všetkých albumoch a v čase skrýva rozdiely na úrovni jednotlivých titulov — ktoré majú často vysoké miery predaja —, ktorými sa tichá koordinácia v oblasti cien nevyhnutne musí zaoberať. Veľká nahrávacía spoločnosť nemôže na základe pomeru maloobchodnej a veľkoobchodnej ceny vlastných albumov — ktoré, ako žalobca zdôrazňuje vo svojich vyjadreniach, predstavujú v akomkoľvek okamihu konkrétny sortiment výrobkov — spoľahlivo zistiť, či tento pomer platí aj pre ostatné veľké spoločnosti.

161 Komisia tvrdí, že kritika žalobcu týkajúca sa štúdie RBB a toho, že Komisia údajne nepredložila túto štúdiu subjektom na trhu, sa obmedzuje na určitý počet nepodložených tvrdení.

Štruktúrálna väzba

162 Pokiaľ ide o kompilácie, účastníci koncentrácie preukázali, že spoločníci spoločného podniku len získavajú údaj o priemernej výške zľavy (bez rozpisu podľa druhu zľavy alebo podľa zákazníka) na predaj dotknutej kompilácie. Vzhľadom na rozdiely pozorované v postupoch v oblasti zliav podľa albumov, podľa zákazníkov a v čase, na výšku akciových zliav a na pravdepodobné rozdiely akciových zliav medzi kompiláciami a albumami nemôžu kompilácie zaistiť nevyhnutnú transparentnosť, a teda nie sú relevantné v rámci analýzy Komisie.

- 163 Rovnako distribučné alebo licenčné dohody zriedka zahŕňajú viac než dve veľké spoločnosti, a teda nepredstavujú vhodnú cestu pre viacstrannú výmenu veľmi komplexných informácií o metódach stanovenia čistých cien všetkých veľkých spoločností, ktoré sú pre tichú koordináciu na tomto základe nevyhnutné. Nakoniec, keďže sú rokovania o poplatkoch v oblasti vydávania hudby spoločné a uskutočňujú sa medzi vnútroštátnymi združeniami nahrávacích spoločností (veľké spoločnosti a nezávislé spoločnosti) a vnútroštátnymi organizáciami kolektívnej správy (zastupujúcimi vydavateľov a umelcov) a netýkajú sa stanovenia cien hudobných nahrávok, Komisia dospela k záveru, že nie sú v rámci analýzy transparentnosti relevantné.

Odvetné opatrenia

- 164 Z odôvodnení č. 114 a 118 rozhodnutia vyplýva, že Komisia sa nepokúsila overiť existenciu prípadných spoľahlivých odvetných mechanizmov (odhalila určitý počet potenciálne spoľahlivých mechanizmov), ale predovšetkým sa skôr pokúsala zistiť, či súbežnosť a stabilitu zliav, ktoré boli pozorované na určitých veľmi všeobecných úrovniach analýzy, možno aj napriek komplexnosti jednotlivých rozhodnutí o stanovení čistých cien, rozptýleniu jednotlivých čistých cien do viacerých dimenzií a zjavnému nedostatku dostatočnej transparentnosti pripísať tichej koordinácii. Zjavné dôkazy o odvetných opatreniach uplatňovaných ostatnými veľkými spoločnosťami v reakcii na „odchýlenie“ v porovnaní s bežnými úrovňami priemerných čistých cien alebo priemerných zliav na faktúru môžu byť nepriamym dôkazom (aj keď zjavne nie rozhodujúcim) o existencii koordinácie. Neexistenciu dôkazov o odvetných opatreniach vo forme všeobecného odkazu na zvýšenú konkurenciu na úrovni cien alebo kompilácií, hudby on-line alebo vydávania hudby, možno považovať za „záporný“ nepriamy dôkaz o tom, že vyrovnanie pozorované na celkovej úrovni nebolo výsledkom tichej koordinácie.
- 165 Pokiaľ ide o všeobecnejšiu otázku, či existujú dostatočne spoľahlivé odvetné mechanizmy na zabezpečenie trvalej koordinácie na trhu s hudobnými nahrávkami, Komisia výslovne považovala prípadné vylúčenie podniku, ktorý sa odchyľuje,

z kompilácií alebo zamietnutie spoluúčasti na jeho vlastných kompiláciách (okrem návratu k hospodárskej súťaži v oblasti cien) za potenciálnu metódu, ktorá si zaslúži najväčšiu pozornosť. Okolnosti uvedené Komisiou v odôvodneniach č. 116 a 117 rozhodnutia nie sú rozhodujúce. Na jednej strane veľké spoločnosti skutočne disponujú sieťou spoločných podnikov pre kompilácie (odôvodnenie č. 116 rozhodnutia) a tieto albumy predstavujú dôležitú časť trhu s hudobnými nahrávkami (medzi 15 a 20 %) a väčšinou dosahujú značný predaj (odôvodnenie č. 115 rozhodnutia). Na druhej strane zmes umelcov patriacich k rôznym nahrávacím spoločnostiam je zrejme kľúčovým faktorom tohto úspechu (odôvodnenie č. 115 rozhodnutia), a kompilácie s účasťou dvoch alebo troch veľkých spoločností sú zďaleka najpredávanejšie (odôvodnenie č. 116 rozhodnutia). To znamená, že použitie toho odvetného mechanizmu môže vyvolať stratu dodatočných príjmov, ktoré môžu byť dosiahnuté kompiláciou s účasťou umelcov podniku, ktorý sa odchyľuje. S ohľadom na túto zmes podnecujúcich a odstrašujúcich okolností a pri neexistencii dôkazov o tom, že odvetné opatrenia tejto povahy boli v minulosti buď uplatnené, alebo použité ako hrozba, Komisia nebola schopná dospieť k záveru, či mechanizmus, ktorý môže „vo všeobecnosti predstavovať spoľahlivé odvetné opatrenia pre veľké spoločnosti“, bol alebo bude dostatočne spoľahlivý na zabezpečenie minulej alebo budúcej koordinácie.

c) Ostatné členské štáty

166 V ostatných, menších členských štátoch bola väčšina celkového predaja každej veľkej nahrávacej spoločnosti (medzi 50 až 60 % a 90 až 100 %) dosiahnutá s použitím piatich VPC a (s výnimkou Rakúska) dve VPC každej veľkej nahrávacej spoločnosti zodpovedali medzi 30 až 40 % a 60 až 70 % celkového predaja CD každej veľkej nahrávacej spoločnosti v roku 2003.

167 Okrem toho zľavy na faktúru vykazovali vysoké rozdiely medzi jednotlivými zákazníkmi u každého z účastníkov koncentrácie. Najmenšie rozpätie medzi najvyššími a najnižšími priemernými zľavami poskytnutými jedným z účastníkov koncentrácie jeho desiatim najlepším zákazníkom (piatim najlepším v Írsku) bolo

5,7 %, zatiaľ čo rozpätie medzi najvyššími a najnižšími priemernými zľavami poskytnutými jednému z desiatich najlepších zákazníkov nebolo ani u jedného z oznamovateľov koncentrácie v žiadnej krajine menšie než 10 %.

- 168 Komisia zistila (odôvodnenia č. 148 až 152 rozhodnutia) určité množstvo podobností medzi trhmi malých krajín a piatimi veľkými trhmi. Na základe dôkazov predložených v súvislosti s malými krajinami je nemožné na uvedených trhoch preukázať existenciu skutočnej tichej koordinácie medzi veľkými spoločnosťami.

2. Nesprávny výklad rozhodnutia v žalobe

- 169 Komisia na úvod pripomína, že oznámenie o výhradách je len prípravným aktom predbežnej povahy (rozsudok Súdneho dvora z 11. novembra 1981, *International Business Machines/Komisia*, 60/81, Zb. s. 2639) a že nemá zvláštnu povinnosť uviesť, prečo sa odchyľila od svojho predbežného názoru. Nestačí, že žalobca poukazuje na to, že charakteristické znaky trhu sa v priebehu obdobia medzi oznámením o výhradách a prijatím rozhodnutia nezmenili. Aj keď to môže byť z objektívneho hľadiska z väčšej časti pravda, istotne to neplatí, pokiaľ ide o rozsah znalosti a pochopenia trhu Komisiou. Pre zaujatie konečného stanoviska Komisia riadne zohľadnila podrobné vyjadrenia predložené účastníkmi koncentrácie ako odpoveď na oznámenie o výhradách.

- 170 Komisia poukazuje na to, že žalobca v niekoľkých bodoch podáva skreslený obraz rozhodnutia.

- 171 Rozhodnutie predovšetkým neuvádza, že veľké spoločnosti vykazujú „všetky charakteristické znaky dominantnej skupiny“.
- 172 Rozhodnutie ďalej nekonštatuje, že veľké spoločnosti boli schopné udržiavať vysoké ceny. Odôvodnenie č. 56 rozhodnutia skôr uvádza, že sa ceny znížili, ale menej výrazne, ako tvrdili účastníci koncentrácie, a odôvodnenie č. 58 rozhodnutia sa týka len cien CD, ktoré sú vnímané ako vysoké.
- 173 Nakoniec, Komisia v rozhodnutí nekonštatovala, že trh vykazuje všetky charakteristické znaky priaznivé pre tichú koordináciu. V rozhodnutí sa predovšetkým netvrdí, že koordinácia skutočne prebieha, ale nanajvýš to, že Komisia našla určité náznaky koordinácie (odôvodnenie č. 109 rozhodnutia). Komisia síce v odôvodneniach č. 112 a 113 rozhodnutia zdôrazňuje určitú stabilitu klientely a existenciu kontroly, nepovažuje však túto kontrolu za dostatočnú na zmiernenie nedostatočnej transparentnosti zliav, predovšetkým akciových zliav.

3. O prvej časti

a) O porušení povinnosti odôvodnenia

- 174 Komisia považuje za užitočné vysvetliť všeobecné požiadavky článku 253 ES predtým, než preskúma konkrétne tvrdenia uplatnené žalobcom.

- 175 Po prvé Komisia zdôrazňuje, že je dôležité rozlišovať medzi údajnou neexistenciou dostatočne jasného odôvodnenia prijatia aktu a uvedením dôvodov, ktoré sa zakladajú na skutkovom omyle, nesprávnom posúdení skutkového stavu alebo na nesprávnom právnom posúdení, pričom druhý prípad sa týka skôr veci samej než porušenia podstatných formálnych náležitostí a nepredstavuje porušenie článku 253 ES (rozsudky Súdu prvého stupňa zo 7. novembra 1997, Cipeke/Komisia, T-84/96, Zb. s. II-2081, body 46 a 47, a zo 14. mája 1998, Buchmann/Komisia, T-295/94, Zb. s. II-813, body 44 a 45).
- 176 Po druhé Komisia pripomína, že podľa ustálenej judikatúry odôvodnenie vyžadované článkom 253 ES musí byť prispôsobené povahe predmetného aktu a musí z neho jasne a jednoznačne vyplývať úvaha inštitúcie a že Komisia nemá povinnosť vyjadriť sa ku všetkým skutkovým a právnym aspektom vzneseným každou dotknutou osobou v priebehu správneho konania, ale musí prihliadnúť k súvislostiam, ako aj k súboru právnych pravidiel, ktoré dotknutú oblasť upravujú.
- 177 Medzi relevantné faktory, pokiaľ ide o súvislosti, patrí rozsah predchádzajúcej znalosti úvah alebo relevantných skutkových okolností zo strany osôb dotknutých aktom, pričom znalosť odvetvia môže byť od určitých osôb očakávaná alebo môže byť získaná úzkou účasťou dotknutých osôb na konaní vedúcom k prijatiu aktu alebo na súvisiacom konaní. Bolo rozhodnuté, že požiadavka rýchlosti pri kontrole koncentrácií je tiež relevantná na účely určenia primeranosti odôvodnenia.
- 178 Na určité relevantné skutkové okolnosti sa síce vzťahuje povinnosť služobného tajomstva stanovená v článku 287 ES, príslušná inštitúcia však musí dbať na to, aby podstatná časť jej odôvodnenia bola oznámená dotknutým osobám.

- 179 Pokiaľ nie je význam textu jasný pri prvom čítaní, článok 253 ES nie je aj napriek tomu porušený, pokiaľ nejednoznačnosti obsiahnuté v odôvodnení môžu byť odstránené obvyklým výkladovým postupom.
- 180 Treba tiež poukázať na to, že Súdny dvor dospel k záveru, že „Komisia nie je povinná vysvetliť prípadné odchýlky od svojho oznámenia o výhradách, keďže toto oznámenie je prípravným dokumentom, ktorého závery majú len predbežný charakter a ich účelom je vymedziť predmet správneho konania vo vzťahu k podnikom, ktoré sa na tomto konaní zúčastňujú“.
- 181 Nakoniec, pokiaľ koncentrácia nemení konkurenčnú situáciu na danom trhu alebo ju mení iba vo veľmi obmedzenom rozsahu, nemožno od Komisie požadovať, aby predložila konkrétne odôvodnenie tejto otázky. Komisia neporuší svoju povinnosť odôvodnenia ani vtedy, ak v rozhodnutí neuvedie presné odôvodnenie, čo sa týka posúdenia určitého množstva aspektov koncentrácie, ktoré sa jej zdajú zjavne nevhodné, bezvýznamné alebo v rámci tohto posudzovania jasne druhoradé.

Homogénnosť výrobku

- 182 Pokiaľ ide o výhradu žalobcu, že konštatovanie o homogénnosti výrobku nie je dostatočne odôvodnené, Komisia tvrdí, že nekonštatovala, že „heterogénnosť obsahu by mala mať väčšiu váhu ako homogénnosť formátu“, ale len dospela k záveru, že tieto dva aspekty treba vziať do úvahy. Rovnako skutočnosť, že mnohé aspekty procesu stanovovania veľkoobchodných predajných cien CD sú štandardizované (použitím najbežnejších VPC a bežných zliav u každého zákazníka), nie je „vyvrátená“, ale skôr relativizovaná zmienkou o úlohe, ktorú hrá úspech pri stanovovaní cien jednotlivých albumov. Stručne povedané, albumy na CD nemožno

porovnávať s baremi ropy a možnosť považovať niekoľko albumov na CD za súčasť toho istého trhu (prostredníctvom „priestoru nahraditeľnosti“) neznamená, že tieto albumy sú či z hľadiska samotného výrobku alebo z hľadiska procesu stanovovania cien dokonale homogénne. Výsledkom nie je „súbor navzájom si odporujúcich zistení“, ale odraz komplexnej reality.

Transparentnosť

183 Žalobca nemôže tvrdiť, že nepochopil napadnuté rozhodnutie z dôvodu, že Komisia nedefinovala, čo rozumie pod výrazom „akciové zľavy“, keďže je odvetvovým združením, ktoré sa aktívne zúčastňovalo na diskusiách počas vypočutia organizovaného Komisiou, a keďže sám osebe tvrdí, že je s fungovaním týchto zliav oboznámený. Rozhodnutie v každom prípade z právneho hľadiska dostatočne vysvetľuje, čoho sa jednotlivé druhy zliav týkajú (odôvodnenia č. 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 a 113).

184 Je tiež nesprávne tvrdenie žalobcu, že sa všeobecná analýza menších štátov vykonaná Komisiou v odôvodneniach č. 148 a nasledujúcich, týka len bežných zliav. Komisia v odôvodnení č. 150 rozhodnutia iba poukazuje na to, že bežné zľavy sú najdôležitejšie vo všetkých krajinách, ale ďalej sa venuje analýze širšej kategórie zliav na faktúru (ktoré zahŕňajú bežné a akciové zľavy), ako to už urobila vo vzťahu k jednotlivým krajinám v odôvodneniach č. 119 až 146. Táto analýza nebola ani zmätočná, ani neistá.

185 Komisia v rozhodnutí pripisuje veľký význam akciovým zľavám, pretože pre účinnú koordináciu sú dôležité práve čisté ceny. „Určitá znalosť“ bežných zliav nie je dostatočná, pokiaľ sú akciové zľavy zodpovedné za kolísanie zliav pre určitých

zákazníkov, v čase a pri jednotlivých albumoch v takej veľkej miere ako zľavy uvedené v odôvodneniach č. 79, 86, 100 a 107 rozhodnutia.

- 186 Komisia preskúmala zľavy iných veľkých spoločností, ale keďže tieto údaje nemohli byť oznamovateľom koncentrácie sprístupnené, nebolo možné uviesť ich v rozhodnutí. To okrem toho nebolo potrebné, pretože netransparentné postupy oboch veľkých spoločností v oblasti zliav sú dostatočné na vytvorenie prekážky účinného sledovania čistých cien všetkými veľkými spoločnosťami. Tvrdenia žalobcu týkajúce sa stanovovania cien uvedených v prílohe A.17 sa navyše zakladajú na myšlienke, že všetky nahrávacie spoločnosti stanovujú svoje ceny rovnakým spôsobom.

Odstrašujúce prostriedky

- 187 Z rozhodnutia (predovšetkým z odôvodnenia č. 114) vyplýva, že Komisia preskúmala hrozbu použitia alebo skutočné použitie prípadných odvetných mechanizmov v minulosti, aby dodatočne overila, či možno určitú mieru vyrovnania cien na celkovej úrovni pripísať tichej koordinácii. Keďže neexistovali dôkazy o ich skutočnom použití, Komisia nebola schopná zaujať konečné stanovisko k dostatočnosti prípadných rôznych odvetných mechanizmov spomínaných v rozhodnutí.

Protiváhy

- 188 Keďže podmienky na zistenie existencie súčasného alebo budúceho kolektívneho dominantného postavenia sú kumulatívne, Komisia nemusela urobiť záver o protiváhe súťažiteľov a spotrebiteľov, a nemusela teda podať odôvodnenie v tomto smere.

b) O zjavne nesprávnom posúdení a o nesprávnom právnom posúdení

189 Keďže Komisia sa domnieva, že dôvody zrušenia založené na zjavne nesprávnom posúdení a nesprávnom právnom posúdení sa prekrývajú, preskúmava ich spoločne.

190 Komisia na úvod vyjadruje dve pripomienky.

191 Na jednej strane, pokiaľ ide o tvrdenie, že Komisia nesmie pri hodnotení protichodných tvrdení priznať prílišnú váhu jednému z nich, Komisia pripomína rozsah voľnej úvahy, ktorou disponuje pri vykonávaní komplexných ekonomických hodnotení, a tvrdí, že rozhodnutie je v každom prípade mimoriadne vyvážené vo svojich záveroch a že žalobca v tejto otázke medzi dôkazmi, ktorými disponuje Komisia, nespomína žiadny dôkaz, ktorému by bola priznaná príliš veľká alebo príliš malá váha.

192 Na druhej strane, pokiaľ ide o tvrdenie, že rozhodnutie, ktoré na podporu svojich záverov neuvádza dostatočne podrobné dôkazy o skutkovom stave, je postihnuté zjavne nesprávnym posúdením, Komisia upresňuje, že v zásade ide o otázku odôvodnenia, a tvrdí, že nemá žiadnu povinnosť vysvetliť vo svojich rozhodnutiach podrobnosti často rozsiahlych (a dôverných) dôkazov, ktoré zohľadnila. Stačí, aby jasne uviedla všeobecný obsah dôkazov, ktoré preskúmala, a dôvody záverov, ktoré z nich vyvodila, aby si dotknuté osoby, a predovšetkým tie, ktoré poznajú odvetvie a ktoré sa priamo zúčastnili správneho konania, mohli urobiť vlastný názor o zákonnosti týchto záverov. V prejednáwanej veci sú rozličné posúdenia fungovania trhov s hudobnými nahrávkami uskutočnené v rozhodnutí podložené mnohými komplexnými dôkazmi.

Homogénnosť výrobku

- 193 Komisia tvrdí, že žalobca sa mylí, keď tvrdí, že heterogénnosť obsahu nie je relevantná z dôvodu, že ceny sa stanovujú na základe obmedzeného počtu referenčných cien. Referenčné ceny sa totiž týkajú len katalógových cien albumov, nie však zliav na faktúru. Predovšetkým akciové zľavy sa líšia najmä v závislosti od konkrétneho albumu.
- 194 Komisia tvrdí, že kolektívne dominantné postavenie môže byť ťažšie zistiť na trhoch, ktoré sa vyznačujú diferenciaciou medzi výrobkami, predovšetkým pokiaľ táto diferenciacia „sťažuje získavanie informácií na netransparentných trhoch“ [pozri Usmernenia Komisie na posudzovanie horizontálnych fúzií podľa nariadenia Rady o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Ú. v. EÚ C 31, 2004, s. 5; Mim. vyd. 08/003, s. 10), bod 45].

Transparentnosť

- 195 Predtým, než sa preskúmajú jednotlivé tvrdenia žalobcu, Komisia považuje za potrebné poukázať na štyri zásadné omyly v žalobe, dva omyly právnej a koncepcnej povahy a dva omyly vo výklade rozhodnutia.
- 196 Po prvé sa žalobca dopúšťa zásadného koncepcného omylu tým, že sa domnieva, že zistenie významnej miery súbežnosti medzi priemernými čistými cenami veľkých spoločností alebo významnej stability priemerných zliav danej nahrávacej spoločnosti je dostatočným dôkazom tak o tichej koordinácii, ako aj o transparentnosti

nevyhnutnej na trvalé zaistenie tejto koordinácie za stanovených podmienok. Určitá celková miera vyrovnaní alebo stability nemôže nahradiť významné a súhlasné dôkazy o existencii transparentnosti dostatočnej na to, aby podniky v oligopolnom postavení mohli navzájom kontrolovať svoje správanie na trhu, a pokiaľ neexistujú dôkazy o dostatočnej transparentnosti, nemožno sa domnievať, že každý podnik v oligopolnom postavení rozhodoval o svojom správaní na trhu s dostatočne presnou znalosťou správania konkurentov.

197 Po druhé sa žalobca dopúšťa zásadného právneho omylu tým, že vytýka Komisii, že sa oprela o dôkazy týkajúce sa zliav bez toho, aby zistila, že uplatňované zľavy viedli k významnému zníženiu cien, a tým, že tvrdí, že hospodárska súťaž v oblasti zliav je v skutočnosti naozaj marginálna. Toto tvrdenie sa nezakladá na skutkovom stave: priemerné zľavy na faktúru účastníkov koncentrácie naopak predstavujú vysoký podiel ich priemerného hrubého predaja (odôvodnenia č. 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 a 146 rozhodnutia) a v prípade určitých zákazníkov a albumov boli zľavy ešte vyššie (odôvodnenia č. 79, 86, 93, 100 a 107 rozhodnutia). Zľavy teda predstavujú mimoriadne dôležitú zložku v procese stanovovania cien a sú zrejme najpravdepodobnejším a určite najmenej transparentným prostriedkom, ako veľká spoločnosť môže podniknúť „silne konkurenčné konanie s cieľom zvýšiť svoj trhový podiel (napríklad zníženie cien)“. Záujem Komisie o transparentnosť zliav nemá priamo za cieľ overiť, či veľké spoločnosti v minulosti sledovali hypotetický spoločný postup, ale či samy podniky v oligopolistickom postavení taký spoločný postup mohli dlhodobo sledovať (alebo by mohli dlhodobo sledovať po uskutočnení koncentrácie) prostredníctvom zodpovedajúceho vzájomného dohľadu. Preto podľa Komisie nebolo potrebné preukázať, či jedna alebo viacero veľkých spoločností skutočne znížili svoje ceny vo vzťahu k cenám ostatných prostredníctvom významných dodatočných zliav.

198 Po tretie sa žalobca dopúšťa zásadnej chyby vo výklade rozhodnutia tým, že Komisii vytýka, že zmiešava „dostatočnú transparentnosť trhu“ vo veci, ktorá viedla k vydaniu rozsudku Airtours/Komisia, už citovanému v bode 45 vyššie, s požiadavkou úplnej transparentnosti uplatnenou v rozhodnutí. Rozhodnutie totiž

sústavne spomína „dostatočný stupeň transparentnosti“ (odôvodnenia č. 73, 80, 87, 94, 108 a 120 rozhodnutia). Žalobca si okrem toho nesprávne vysvetľuje charakter štúdie vykonanej Komisiou v otázke systému stanovovania cien. Komisia preskúmala zložky čistej ceny jednotlivého albumu predaného jednotlivému zákazníkovi (VPC, bežná zľava, prípadná akciová zľava) a dospela k záveru, že na to, aby veľká nahrávacia spoločnosť mohla mať primeranú istotu, že pozná skutočné metódy stanovovania čistých cien inej nahrávacej spoločnosti, ktoré sa prejavujú na úrovni zákazníkov i albumov, je nevyhnutný dostatočný stupeň transparentnosti všetkých zložiek. Komisia tvrdí, že nemohla dospieť k takému záveru na základe existencie dôkazov o relatívnej transparentnosti VPC, niekoľkých dôkazov o určitej transparentnosti bežných zliav a presvedčivých dôkazov o netransparentnosti a komplexnosti akciových zliav.

199 Po štvrté sa žalobca ešte dopustil zásadného omylu vo výklade tvrdením, že Komisia konštatovala, že VPC a priemerné čisté ceny mali súbežný vývoj. Toto tvrdenie je nesprávne. Komisia konštatovala, že na každom z veľkých trhov skutočné hrubé priemerné ceny a skutočné čisté priemerné ceny oznamujúcich účastníkov mali súbežný vývoj (odôvodnenia č. 77, 84, 91, 98 a 105 rozhodnutia), ale nie to, že priemerné zľavy oboch účastníkov koncentrácie boli zhodné (odôvodnenia č. 78, 85, 92 a 99 rozhodnutia a poznámky k prílohe B.6). Komisia zdôrazňuje, že zľavy sa líšia podľa zákazníka, albumu a v čase (odôvodnenia č. 79, 86, 93, 100 a 107 rozhodnutia a poznámky k východiskovým dôkazom). Dotknuté dôkazy nepreukazujú, že sa daná VPC nezávisle na týchto premenných systematicky znižuje prostredníctvom pevne stanovenej a predvídateľnej zľavy (pozri najmä prílohu B.13).

200 Komisia ďalej považuje za potrebné v určitých prípadoch poopraviť alebo vyjasniť tvrdenia žalobcu:

— relatívne podobný vývoj cien veľkých spoločností sa odohrával v rozmedzí, ktoré vo všeobecnosti prekračovalo 10 % (pozri napríklad prílohu B.10),

- použitie obmedzeného množstva kľúčových VPC ako základu je obmedzené nevyhnutnosťou sledovať každý rok minimálne 80 úspešných albumov, ktorých VPC kolíšu,

- maloobchodné ceny sú verejné, a teda v zásade sledovateľné, ale pre veľké spoločnosti by bolo ťažké sledovať ich konštantný vývoj u každého jednotlivého maloobchodníka a v čase,

- neexistuje žiadny dôkaz o tom, že by správy účastníkov koncentrácie týkajúce sa sledovania niektorých trhov obsahovali užitočné informácie o čistých cenách konkurentov alebo o maržiach maloobchodníkov,

- žalobca nepredkladá ani najmenší dôkaz na podporu svojho tvrdenia, že marže maloobchodníkov sú transparentné a známe s vysokou mierou presnosti; toto nepodložené tvrdenie je v rozpore s dôkazmi nachádzajúcimi sa v spise (príloha B.17), ktoré preukazujú, že stanovovanie maloobchodných cien je komplexné a nepredvídateľné. Konštatovanie Komisie, podľa ktorého by sa citeľná odchýlka cenových politík prostredníctvom zliav prejavila na priemerných čistých cenách veľkej nahrávacej spoločnosti, nemá s touto otázkou žiadnu súvislosť. V skutočnosti je irelevantné hneď dvakrát; po prvé sa týka javu, ktorý by Komisia mohla, pokiaľ by k nemu došlo, sledovať pomocou svojich vyšetrovacích právomocí, ale ktorý žiadna z veľkých nahrávacích spoločností individuálne nemohla vnímať, pretože ani všeobecná výška zliav veľkých spoločností, ani ich priemerné čisté ceny nie sú transparentné, a po druhé, vzájomný vzťah medzi všeobecnou výškou zľavy a priemernými čistými cenami nič nehovorí o existencii pevného a transparentného spojenia medzi maloobchodnými cenami a čistými veľkoobchodnými cenami,

- existuje len málo spoľahlivých dôkazov, z ktorých by vyplývalo, že veľké spoločnosti detailne navzájom poznajú výšku svojich bežných a akciových zliav,

a významné dôkazy o opaku vrátane objektívnej komplexnosti akciových zliav, ktoré sa líšia v závislosti od zákazníkov a albumov, ako aj v čase,

- Komisia sa dostatočne zamerala na zľavy uplatňované účastníkmi koncentrácie, kým dospela k záveru o neexistencii dostatočného stupňa vzájomnej transparentnosti medzi podnikmi v oligopolistickom postavení, ktorý by bol potrebný na fungovanie tichej koordinácie,

- spolupráca medzi niektorými veľkými spoločnosťami v oblasti kompilácií a distribúcie môže sotva viesť k sprístupneniu dostatočných informácií o komplexných individuálnych rozhodnutiach všetkých veľkých spoločností v oblasti zliav,

- žalobca nepredkladá žiadny dôkaz o tom, že existuje významná miera prestupov riadiacich pracovníkov medzi veľkými spoločnosťami alebo že táto miera je vyššia než v iných koncentrovaných odvetviach, alebo ďalej o tom, že by znalosť, ktorú má riadiaci pracovník o postupoch v oblasti zliav, ktoré sú komplexné a líšia sa na úrovni jednotlivých albumov, a teda majú obmedzenú „životnosť“, v okamihu, keď opúšťa jednu nahrávaciu spoločnosť, bola užitočná veľmi dlho alebo by umožnila trvalú koordináciu medzi všetkými veľkými spoločnosťami,

- aj keď zverejňované hitparády uľahčujú identifikáciu najpredávanejších albumov, len zriedkavo sú zdrojom informácií o VPC a nikdy o zľavách,

- rozhodnutie nemožno kritizovať len z toho dôvodu, že sa odchyľuje od oznámenia o výhradách.

- 201 V rozpore s tvrdením žalobcu nie je „relatívne jednoduché“ stanoviť výšku zľavy a v prípade akciových zliav je to v skutočnosti prakticky nemožné. Tvrdenie žalobcu, že akciové zľavy predstavujú jednu štvrtinu až jednu tretinu všetkých zliav, môže byť vo všeobecnosti prijaté ako základ diskusie, ale musí byť vo viacerých ohľadoch upresnené.
- 202 Po prvé celková výška týchto zliav sa pravdepodobne líši u každej jednotlivej nahrávacej spoločnosti, rovnako ako výška zliav vo všeobecnosti.
- 203 Po druhé priemerné čísla uvedené v spise ukazujú, že akciové zľavy predstavovali v roku 1998 relatívne vyšší podiel zliav na faktúru v niekoľkých krajinách; zľavy na faktúru sú zľavy, ktoré majú najväčší okamžitý vplyv na rozhodnutia zákazníkov kúpiť si určité albumy.
- 204 Po tretie toto priemerné číslo presne neodráža mimoriadnu komplexnosť a netransparentnosť rozdelenia akciových zliav podľa albumov a zákazníkov, ako aj v čase. Aj keď je možné, že ďalšie podmienky účasti na kampaniach sú relatívne štandardizované a jednoduché, dôkazy, ktorými Komisia disponuje, sú zjavne v rozpore s akoukoľvek štandardizáciou alebo jednoduchosťou pri týždennom rokovaní o rozsahu a trvaní týchto kampaní a o možnosti účasti určitých albumov alebo zákazníkov.
- 205 Po štvrté samotná skutočnosť, že akciové zľavy sú zamerané na určité albumy alebo na určité kampane a že výška je nastavená pre každého maloobchodníka, pravdepodobne umožňuje, aby tieto zľavy mali vyšší účinok na predaj dotknutých albumov.

- 206 Ešte dôležitejšia je skutočnosť, že žalobca nepredkladá dôkazy, ktoré by s istotou preukazovali, že Komisia sa dopustila pochybenia tým, že sa domnievala, že akciové zľavy mali veľký význam na trhoch, na ktorých 100 najlepších albumov každej veľkej nahrávacej spoločnosti predstavuje veľkú časť jej celkového predaja za daný rok a v danej krajine, pretože veľa z týchto albumov sa nenachádza v hitparádach.
- 207 Komisia naopak disponovala dôkazmi (príloha B.13), ktoré ukazujú, že aj niektoré albumy vo vyššej cenovej kategórii spoločností Sony a BMG, ktoré mali najväčší úspech, ťažili z akciových zliav.
- 208 Komisia dodáva, že dôkazy o skutočnom postupe v oblasti akciových zliav v danom okamihu sú relevantné len pre posúdenie skutočnej miery vyrovnania čistých cien (zatiaľ čo v rozhodnutí dospela k záveru, že zľavy neboli vo všeobecnosti dostatočne vyrovnané na to, aby z nich bolo možné vyvodit' existenciu spoločného postupu). Transparentnosť zliav má však význam pri zisťovaní, či systém stanovovania cien vykazuje dostatočnú vnútornú transparentnosť na to, aby veľké spoločnosti mohli s presnosťou a včas zistiť, či sa jedna z nich odchyľuje od spoločného postupu v oblasti čistých cien albumov tým, že zvýši akciové zľavy. Žalobca okrem svojich nepodložených vyjadrení o transparentnosti marží maloobchodníkov neuviedol k poslednej uvedenej otázke žiadny argument ani konkrétne dôkazy, takže jeho žalobný dôvod je v každom prípade odsúdený na neúspech.
- 209 Podľa Komisie nebolo konštatovanie o miere transparentnosti čistých cien na trhu s hudobnými nahrávkami zjavne založené na „špekulácii“ alebo na „subjektívnej a nepodloženej pochybnosti“, ale naopak na konkrétnych dôkazoch o veľmi komplexnom a nedostatočne transparentnom spôsobe, akým sa určujú zložky konečnej čistej ceny (VPC, bežná zľava a akciová zľava) pre predaj daného albumu s konkrétnym obsahom danému zákazníkovi. Za týchto okolností nebolo možné vyložiť dostupné dôkazy tak, že s najväčšou pravdepodobnosťou preukazujú existenciu transparentnosti dostatočnej na to, aby sa umožnila zodpovedajúca a včasná kontrola dodržiavania spoločného postupu v oblasti cien.

210 Pokiaľ ide o tvrdenie žalobcu, že na základe uzavretého počtu známych a rozpoznateľných štruktúr a pravidiel sú priemerné ceny predvídateľné, Komisia pripomína, že určitý stupeň podobného vývoja priemerných čistých cien albumov nestačí na preukázanie koordinácie, keďže ceny môžu vykazovať značné vyrovnanie tak v podmienkach hospodárskej súťaže, ako aj v podmienkach tichej dohody, pretože podniky reagujú na podobné vonkajšie faktory (napríklad ceny spoločných vstupov), ako aj na svoje správanie na trhu navzájom. Komisia tvrdí, že žalobca zmiešava zistenie podmienok výkonu koordinácie („známe a rozpoznateľné pravidlá“) a prostriedky sledovania dodržiavania týchto podmienok („požadovaná transparentnosť“), a to najmä preto, že žiadna veľká nahrávacia spoločnosť obvykle nemá prístup ku všetkým alebo aspoň k najdôležitejším údajom o stanovovaní cien všetkých veľkých nahrávacích spoločností vo všetkých kategóriách posudzovaných albumov a zákazníkov, ktoré by boli potrebné na určenie priemerných čistých cien.

211 Okrem toho žalobca síce pripúšťa, že tieto pravidlá a predajné stratégie môžu viesť k značným rozdielom v cenách a zľavách podľa kategórie diskov alebo zákazníkov, neuviedol však, o aké pravidlá ide ani ako sa prostredníctvom tichej koordinácie vzhľadom na toľko rôznych okolností stanovujú. Veľké spoločnosti totiž nemôžu zistiť, či sú rozdiely v ich príslušných priemerných čistých cenách spôsobené odchýlením sa alebo rozdielmi v sortimente alebo úspechu výrobkov, bez toho, aby včas disponovali podrobnými informáciami o týchto zmenách, pokiaľ ide o obsah a úspech ich ponuky príslušných výrobkov, a Komisia nenašla dostatočné dôkazy o tom, že by ku takýmto podrobným informáciám mali prístup.

212 Žalobca sa nemôže obmedzovať na tvrdenie, že ku koordinácii v skutočnosti dochádza na úrovni veľkých strategických rozhodnutí každej veľkej nahrávacej spoločnosti o maržiach a o celkových rozpočtoch na zľavy, bez toho, aby uviedol, čo by mohlo byť obsahom takého rozhodnutia alebo akým spôsobom by veľké spoločnosti mohli odvodiť uvedené podmienky výkonu koordinácie, alebo ako by mohlo byť sledované ich dodržiavanie. Komisia nemá žiadnu povinnosť vyšetriť také nejasné a nepodložené tvrdenia.

- 213 Pokiaľ ide kritiku žalobcu na adresu metódy, podľa ktorej väčšina údajov predložených Komisiou nebola vážená podľa objemu, Komisia zdôrazňuje, že otázku vhodnosti danej metódy nemožno oddeliť od hypotézy, ktorú má táto metóda potvrdiť alebo vyvrátiť. Výber vážených údajov je síce skutočne dôležitý pre zistenie, či existuje alebo neexistuje východiskové vyrovnanie medzi veľkými nahrávacími spoločnosťami buď vo všeobecnosti, alebo pre určité typy albumov (napríklad 20 najpredávanejších albumov), toto váženie údajov však nie je relevantné na účely preskúmania komplexnosti a jej účinkov na transparentnosť. Pre pochopenie miery komplexnosti stanovovania cien a stupňa transparentnosti trhu je ešte potrebné preskúmať rozdielnosť cien jednotlivých titulov.
- 214 Komisia pripomína, že predstava, že podmienky výkonu koordinácie sú založené na priemerných čistých cenách, je nerealistická. Poukazuje však na to, že čísla týkajúce sa miery pozorovateľnej podobnosti (v prípade neexistencie súbežnosti) priemerných čistých cien veľkých nahrávacích spoločností, ktoré Komisia uviedla v rozhodnutí, boli vážené v závislosti od objemu a že to platí aj pre diagramy prílohy B.4, ktoré sa zakladajú na priemerných ročných zľavách na faktúru poskytnutých rôznym spoločným zákazníkom účastníkov koncentrácie. Veľké množstvo ďalších údajov uvedených vo vyjadrení k žalobe, predovšetkým v prílohách B.8, B.9, B.10 a B.13, je takisto vážené v závislosti od objemu, čo v každom jednotlivom prípade vyplýva z povahy veci.
- 215 Všetky vyššie uvedené dôkazy vážené podľa objemu sú potenciálne relevantné na určenie toho, či existuje alebo neexistuje vysoký stupeň vyrovnania postupov medzi veľkými nahrávacími spoločnosťami, alebo pokiaľ ide o to, či je stanovovanie cien komplexné alebo nie, čo má význam pri posudzovaní transparentnosti. V druhej uvedenej súvislosti nie je otázka váženia podľa objemu taká dôležitá. Rozdielnosť čistých cien alebo zliav podľa titulov alebo zákazníkov (aj pokiaľ sú rovnakého druhu) a v čase je dôležitá bez ohľadu na príslušný dosiahnutý objem predaja. Ako vyplýva z príloh B.6 a B.7 vyjadrenia k žalobe, veľké rozdiely v zľavách existujú aj vo vzťahu k 20 najpredávanejším albumom každého účastníka koncentrácie. Pokiaľ nie sú veľké spoločnosti vybavené na dostatočne intenzívne sledovanie uvedených

rozdielov, môže sa veľká spoločnosť odchyliť od akejkoľvek podmienky výkonu koordinácie v oblasti čistých cien a uplatňovať vysoké zľavy, predovšetkým akciové, bez toho, aby bola odhalená. Platí to o to viac, pokiaľ sa podmienky výkonu koordinácie považujú za flexibilné, takže by bolo potrebné odhaliť v oblasti zliav závažné konanie prekračujúce ticho dohodnutú normu, aby si ostatné veľké spoločnosti mohli byť dostatočne isté, že sa pôvodca toho konania od normy odchytil.

216 Pokiaľ ide o analýzu vzájomnej súvislosti vykonanú žalobcom najmä v jeho prílohách D.2 a D.3 a z nej vyplývajúcu kritiku voči Komisii za to, že tieto údaje uvedeným spôsobom neoverila, Komisia pripomína, že otázka metódy nemôže byť posúdená abstraktne bez toho, aby sa zohľadnil predmet vyšetrovania, ktorým je zistenie, či existuje stupeň vyrovnania preukazujúci koordináciu a či existuje transparentnosť umožňujúca kontrolu správania na trhu.

217 Komisia najskôr poukazuje na to, že účastníci koncentrácie v priebehu správneho konania predložili významné množstvo údajov o vzájomnej súvislosti, ktoré svedčili o všeobecne slabých faktoroch vzájomnej súvislosti, ale že k týmto príspevkom pristupovala so značnou obozretnosťou.

218 Rovnako určitý stupeň stability zliav poskytnutých danou veľkou nahrávacou spoločnosťou v čase nie je sám osebe dôkazom o koordinácii (pozri prílohu D.3), keďže môže zasa z veľkej časti závisieť od stabilných faktorov, ako je veľkosť zákazníka, druhy nakúpenej hudby atď. Samotný vysoký stupeň štatistickej predvídateľnosti nepreukazuje existenciu koordinácie z rôznych dôvodov: jednotlivé racionálne rozhodnutia môžu byť vysoko predvídateľné; bez informácií umožňujúcich odhadnúť takú mieru predvídateľnosti ostáva tento odhad zaujímavou intelektuálnou možnosťou bez praktických dôsledkov, a rovnako bez prístupu

k informáciám o skutočnom konaní nemožno pravdivosť predpovede overiť (pokračovanie vykonávania údajného tichého kartelu). Aj keby samotné veľké spoločnosti mohli používať tieto štatistické nástroje pri vzájomných postupoch v oblasti stanovovania cien v minulosti, nemohlo by to nahradiť sledovanie trhu.

- 219 Komisia poukazuje na to, že v rozpore s tvrdením žalobcu nie je pravda, že „odmietla“ údaje použité v oznámení o výhradách, ktoré boli vážené v závislosti od objemu a na úrovni celého odvetvia, v prospech údajov účastníkov koncentrácie, ktoré týmto spôsobom vážené neboli. Veľká časť týchto údajov je uvedená v rozhodnutí (napríklad údaje o stupni podobného vývoja priemerných čistých cien) a niektoré údaje sú pripojené k vyjadreniu k žalobe (príloha B.4). Komisia skôr zmenila svoje predbežné závery o tom, čo možno týmito údajmi preukázať vzhľadom na dodatočné informácie a tvrdenia predložené spoločnosťami Sony a BMG.

Odstrašujúce prostriedky a protiváhy

- 220 Komisia tvrdí, že keďže konštatovala, že jedna z troch kumulatívnych podmienok (transparentnosť) nie je splnená, nedopustila sa zjavne nesprávneho posúdenia ani nesprávneho právneho posúdenia tým, že nezaujala stanovisko k ostatným dvom podmienkam.

Analýza spoločného postupu

- 221 Komisia najskôr tvrdí, že výhrada žalobcu spočíva na chybnom skutkovom predpoklade, teda že záver o transparentnosti sa týka výlučne „jedinej formy zľavy, akciovej zľavy“. Aj keď akciové zľavy zaujímajú v analýze základnú pozíciu, táto

analýza sa všeobecnejšie týkala spôsobu stanovovania cien, ktorý je celkovo veľmi komplexný na úrovni albumu a zákazníka, ako aj v čase, a teda aj VPC a bežných zliav.

222 Komisia ďalej tvrdí, že žalobca sa dopúšťa zjavne nesprávneho právneho posúdenia, keďže zrejme tvrdí, že pokiaľ by Komisia bola schopná preukázať, že pre veľké spoločnosti je výhodné dodržiavať spoločný postup, bol by nedostatok transparentnosti menej dôležitý. Toto tvrdenie nie je v súlade s judikatúrou. Okrem dostatočnej transparentnosti umožňujúcej fungovanie kontroly a odstrašenia nevie Komisia o ďalších prostriedkoch — a žalobca žiadne nenavrhuje —, ako preukázať, že mlčky stanovený spoločný protisúťažný postup je pre skupinu podnikov v oligopolistickom postavení výhodný, a teda racionálny.

223 Relatívne stabilné trhové podiely síce môžu viesť k vytvoreniu súvislostí prospešných pre vznik kolektívneho dominantného postavenia, nestačia však na preukázanie skutočnej alebo pravdepodobnej tichej koordinácie pri neexistencii dostatočných dôkazov o tom, že táto koordinácia je racionálna, v súlade s kumulatívnymi podmienkami ekonomickej povahy pre kolektívne dominantné postavenie uznanými v rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovanom v bode 45 vyššie. Žalobca nepredkladá dodatočné dôkazy o existencii spoločného postupu spočívajúceho vo vyhýbaní sa „vysoko konkurenčnému konaniu“. Nič teda neumožňuje tvrdiť, že Komisia sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia tým, že taký spoločný postup zo strany veľkých spoločností neodhalila.

224 Pokiaľ ide o voľbu spotrebiteľov a kultúrnu diverzitu, Komisia najskôr poukazuje na to, že pokiaľ nie je povinná uviesť v konečnom rozhodnutí dôvody, pre ktoré sa odchyľila od predbežných záverov v oznámení o výhradách v danej veci, musí to o to skôr platiť vtedy, keď sa odchyli od záverov uvedených v oznámení o výhradách

vydanom o štyri roky skôr v inej veci. Komisia ďalej uvádza, že žalobca výslovne neuvádza žiadne vecné tvrdenie alebo dôkaz, ktoré by svedčili o koordinovanom ochudobňovaní tvorivosti, kvality alebo rozmanitosti vo výbere hudby.

4. O druhej časti

- ²²⁵ Komisia sa domnieva, že tri žalobné dôvody týkajúce sa skutočnosti, že Komisia nedospela k záveru, že koncentráciou sa kolektívne dominantné postavenie posilňuje, nič ďalšie nepridávajú k dôvodom, ktoré sa týkajú predchádzajúcej existencie takého kolektívneho dominantného postavenia. Pokiaľ by totiž jeden z týchto posledných uvedených dôvodov žalobcu mal uspieť, rozhodnutie by bolo v každom prípade zrušené, zatiaľ čo pokiaľ by neuspel, vyplývalo by z toho, že Komisia konala správne, keď nepreskúmala údajné účinky posilnenia koncentrácie.

C — *Tvrdenia vedľajších účastníkov konania*

1. Úvodné poznámky

- ²²⁶ Predtým, než sa preskúmajú jednotlivé žalobné dôvody a tvrdenia žalobcu, považujú vedľajší účastníci konania za potrebné urobiť štyri poznámky k súvislostiam, v rámci ktorých bolo rozhodnutie prijaté a v rámci ktorých musí byť posúdené, a štyri všeobecné poznámky k žalobe.

227 Po prvé Komisia viedla mimoriadne dôkladné vyšetrovanie počas viac než šiestich mesiacov. Účastníci koncentrácie od začiatku poskytovali veľmi spoľahlivé údaje a vysvetlenia o hudobnom priemysle v Európe a o účinku koncentrácie na hospodársku súťaž, predovšetkým na ceny CD, kultúrnu diverzitu, voľbu spotrebiteľov, konkurenčné príležitosti pre nezávislé nahrávacie spoločnosti, na rozvoj hudby on-line alebo na riziko koordinácie činností, ktoré si ponechajú spoločnosti Sony a BMG (pozri prílohu C.1). Komisia prostredníctvom niekoľkých dotazníkov, ktoré obsahovali viac než 250 otázok a boli zaslané skoro 1 240 subjektom na trhoch (účastníkom koncentrácie, iným veľkým spoločnostiam, nezávislým spoločnostiam, maloobchodníkom, autorom, vydavateľom, umelcom, distribútorom on-line), hľadala a našla dôkazy a veľmi bohaté údaje o všetkých relevantných otázkach. Účastníci koncentrácie odkázali na viac než 30 miliónov cien a ekonómovia podrobne posúdili priemerné čisté predajné ceny piatich veľkých spoločností v piatich veľkých krajinách. Viaceré nezávislé spoločnosti nesúhlasili s obavami žalobcu, ale domnievali sa, že koncentrácia zvýši ich konkurenčné príležitosti. Na základe všetkých uvedených údajov, stanovísk dvoch renomovaných ekonómov v oblasti priemyslu, podrobných analýz veľkoobchodných a predajných cien uvedených v štúdiu RBB a podrobných vysvetlení poskytnutých v odpovedi na oznámenie o výhradách alebo počas vypočutia (pozri prílohu C.3) Komisia dospela k záveru, že jej pôvodné obavy, predovšetkým pokiaľ ide o riziko kolektívnej dominancie, neboli opodstatnené.

228 Po druhé žalobca sa mýli, pokiaľ ide o predmet a právne postavenie oznámenia o výhradách, ktorého hlavnou úlohou je umožniť účastníkom koncentrácie porozumieť pôvodným námietkam Komisie, aby mohli predložiť svoje protiargumenty a dôkazy (pozri článok 18 ods. 1 a 3 nariadenia). Pri dôkazoch o pochybeniach musí Komisia upustiť od výhrad, ktoré sa ukázali ako neopodstatnené (rozsudok Súdneho dvora zo 7. januára 2004, Aalborg Portland a i./Komisia, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Zb. s. I-123), ako to urobila v 14 veciach zo 62 v ostatných piatich rokoch (pozri prílohu C.5). Administratívny postup Komisie podliehal jej úplnej vnútornej kontrole a správne konanie zaručilo, že všetky dotknuté osoby mohli predložiť argumenty a dôkazy (pozri správu úradníka povereného vypočutím, príloha C.6) a poradný výbor hlasoval v prospech povolenia koncentrácie bez ďalších podmienok (príloha C.7).

- 229 Po tretie orgány hospodárskej súťaže vo svete (Spojené štáty, Austrália, Kanada, Česká republika, Maďarsko, Poľsko, Rumunsko, Rusko, Švajčiarsko, Mexiko, Južná Afrika) všetky dospeli k záveru, že koncentrácia musí byť bezpodmienečne povolená a žiadne z týchto rozhodnutí nebolo napadnuté. Rovnako sa žiadny vnútroštátny orgán hospodárskej súťaže, ktorý predtým preskúmaval trh hudobného priemyslu v Európe, nedomnieval, že by tento trh podliehal tichej koordinácii (pozri najmä záver Office of Fair Trading zo septembra 2002, podľa ktorého sa kolektívna dominancia nepreukázala, príloha A.16, bod 6.11).
- 230 Po štvrté je koncentrácia prosúťažnou reakciou na úpadok (pád predajných cien CD o 20 % za tri roky, nepovolené sťahovanie hudby z internetu, zvýšená konkurencia zo strany alternatívnych prostriedkov zábavy, ako sú filmy na DVD) a pokračujúcu transformáciu hudobného priemyslu. Nestabilita dopytu a neistota, pokiaľ ide o budúce obchodné modely, ešte sťažujú vykonávanie alebo dodržiavanie tajnej dohody, ktorá je nepravdepodobná už vzhľadom na charakteristické znaky trhu (rozsudok Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 139, a bod 45 Usmernení o horizontálnych fúziách). Rovnako vzhľadom na to, že podmienky prevládajúce v odvetví sú veľmi odlišné od podmienok, za ktorých Komisia preskúmavala koncentráciu medzi spoločnosťami EMI a Time Warner v roku 2000, nie sú závery Komisie v uvedenej veci so svojou predbežnou povahou relevantné.
- 231 Po piate odôvodnenie rozhodnutia je jasné, presvedčivé a podložené značnou váhou východiskových dôkazov, pričom Komisia nie je povinná odôvodniť ňou vykonané posúdenie všetkých právnych alebo skutkových okolností (rozsudok Súdu prvého stupňa z 8. júla 2003, Verband der freien Rohrwerke a i./Komisia, T-374/00, Zb. s. II-2275, bod 185 až 187). Žaloba dokazuje, že žalobca dôvodom povolenia porozumel.
- 232 Po šieste zakazujúce rozhodnutia vyžadujú viac než len jednoduché zváženie pravdepodobnosti, pretože v prípade neistoty o zlučiteľnosti alebo nezlučiteľnosti

koncentrácie musí prevážiť záujem podnikov, ktoré majú v úmysle koncentráciu uskutočniť (návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Tizzano k rozsudku Súdneho dvora z 15. februára 2005, Komisia/Tetra Laval, C-12/03 P, Zb. s. I-987, I-992, body 74 až 79).

233 Po siedme vedľajší účastníci konania pripomínajú, že aj keď Súd prvého stupňa vykonáva úplné preskúmavanie právnych a skutkových otázok, obmedzuje sa toto preskúmavanie v prípade komplexného hospodárskeho posudzovania takého typu, o aký ide v prípade hodnotenia vytvorenia alebo posilnenia kolektívneho dominantného postavenia, len na preskúmanie zjavného pochybenia (rozsudok Súdu prvého stupňa z 3. apríla 2003, Petrolesence a SG2R/Komisia, T-342/00, Zb. s. II-1161, bod 101). Žalobca totiž pri viacerých príležitostiach vyzýva Súd prvého stupňa, aby nahradil posúdenie vykonané Komisiou svojím vlastným posúdením, napríklad vtedy, keď tvrdí, že Komisia priznala neprimeranú váhu heterogénnosti výrobku a zľávám.

234 Po ôsme, pokiaľ ide o test kolektívneho dominantného postavenia, nie je otázkou, či sú spoločnosti podnecované k tajnému konaniu, ale skôr to, či majú vzhľadom na charakteristické znaky trhu možnosť mlčky dosiahnuť a udržiavať podmienky koordinácie (rozsudok Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 62). Je zvlášť dôležité posúdiť, či je trh dostatočne transparentný.

2. Preskúmanie tvrdení žalobcu

a) O akciových zľavách

235 Vedľajší účastníci konania tvrdia, že vzhľadom na to, že cenová koordinácia nemôže byť dosiahnutá alebo udržiavaná bez dostatočnej transparentnosti aktuálnych čistých veľkoobchodných cien, konštatovanie, že akciové zľavy nie sú transparentné, je samo osebe dostatočným podkladom pre rozhodnutie.

236 Rozhodnutie správne zistilo spojitosť medzi heterogénnosťou obsahu albumov na jednej strane, a veľkými rozdielmi v akciových zľavách a nedostatkom transparentnosti čistých veľkoobchodných cien, ktorá z toho vyplýva, na druhej strane (pozri tiež prílohu C.4, s. 27). Uvádzané dôkazy preukazujú, že akciové zľavy sú významné tak pre albumy, ktoré sa nachádzajú v hitparádach, ako aj pre albumy z katalógu titulov, že sa značne líšia v závislosti od zákazníka, albumu a v čase a že nie sú medzi veľkými spoločnosťami vyrovnané (prílohy B.2, B.4 až B.14 a dôverná správa „data room“). Keďže sa uvedené zľavy menia, nemožno robiť spoľahlivé závery len na základe pozorovania VPC. Aj marže maloobchodníkov sa značne líšia podľa vydania a v čase, a neumožňujú teda z predajných cien odvodiť čisté ceny (pozri prílohu B.17). Spoločnosti Sony a BMG okrem toho metodicky nesledovali predajné ceny konkurentov, ani od maloobchodníkov systematicky nezískavali spoľahlivé informácie o zľavách ponúkaných konkurentmi. Uvádzané dôkazy nakoniec preukazujú, že nahrávacie spoločnosti neuplatňovali odvetné konanie ani pri vysokom kolísaní cien, čo zbavuje akýkoľvek sankčný mechanizmus jeho dôveryhodnosti (pozri prílohu C.4, s. 5 a 10).

b) Neexistencia vyrovnania

237 Údaje o priemerných čistých cenách, o VPC a o zľavách na faktúru nepreukazujú vyrovnanie, ale nanajvýš len čiastočne podobný vývoj, a neumožňujú zistiť existenciu cenovej koordinácie.

238 Údaje o priemerných čistých cenách ukazujú: po prvé vysoký stupeň komplexnosti, po druhé veľký rozptyl a veľké rozdiely, po tretie značne nepredvídateľný vývoj v umiestnení veľkých spoločností, po štvrté veľké rozpätie cien veľkých spoločností a po piate neexistenciu súbežnosti.

239 Veľký podiel predaja 100 najlepších titulov je dosiahnutý inak než použitím VPC uvedených v rozhodnutí (odôvodnenia č. 76, 83, 90, 97 a 107 rozhodnutia).

240 Z príloh vyjadrenia k žalobe (B.4 až B.14) vyplýva, že zľavy na faktúru a čisté ceny sa medzi veľkými spoločnosťami značne líšili.

c) Neexistencia transparentnosti

241 Rozhodnutie neobjavilo žiadny presvedčivý dôkaz o transparentnosti dokonca ani v prípade iných zložiek ceny, než sú akciové zľavy. Opatrné formulácie v rozhodnutí znižujú skutočnú silu východiskových dôkazov o neexistencii dostatočnej transparentnosti. Na rozdiel od niektorých krajín teda nie sú VPC ani známe, ani jednoducho prístupné, nahrávacie spoločnosti preto nemajú v ktoromkoľvek okamihu presné informácie o VPC určitého albumu. Bežné zľavy nie sú dostatočne transparentné na to, aby boli ticho koordinované. Len 5 zo 161 opýtaných maloobchodníkov potvrdilo, že konkurenti majú čiastočnú znalosť o zľavách pre ostatných, zatiaľ čo 10 z nich tvrdilo opak.

3. O rôznych aspektoch neuvedených v rozhodnutí

242 Vedľajší účastníci konania tvrdia, že preskúvanané teórie o potenciálnom narušení hospodárskej súťaže nemôžu obstáť ani z iných aspektov neuvedených v rozhodnutí. Po prvé sa Komisia nesprávne zamerala na priemerné čisté ceny, hoci koordinácia na úrovni priemerných cien nemôže prebiehať, keďže ceny jednotlivých albumov nie sú stanovené s cieľom dosiahnuť konkrétnu priemernú čistú cenu, a hoci tento priemer

ostatné veľké spoločnosti nemôžu v žiadnom prípade dodržiavať. Priemer môže skryť významné rozdiely v jednotlivých cenách albumov (pozri prílohu C.4, poznámku 12). Po druhé VPC neslúžia ako ústredný bod vyrovnania. Každá veľká nahrávacia spoločnosť používa dokonca aj pre najlepšie albumy veľké množstvo VPC, ktoré sa pre jednotlivý disk líšia v čase. Po tretie trhové podiely nie sú stabilné a ich mierna zmena sa môže silne prejaviť na ziskovosti.

D — Posúdenie Súdom prvého stupňa

1. Všeobecné úvahy

²⁴³ Žalobca tvrdí, že úvahy týkajúce sa homogénosti výrobku, transparentnosti trhu, odstrašujúcich prostriedkov a neexistencie protiváhy na trhu, z ktorých vyplýva zistenie, že veľké spoločnosti pred zamýšľanou koncentráciou nemali na trhu s hudobnými nahrávkami kolektívne dominantné postavenie, nie sú dostatočne odôvodnené a došlo pri nich k zjavne nesprávnemu posúdeniu a k nesprávnemu právnemu posúdeniu.

²⁴⁴ Pred preskúmaním rôznych výhrad predložených žalobcom je potrebné najskôr uviesť niektoré pripomienky k pojmu kolektívne dominantné postavenie, následne stručne opísať metódu skúmania, podľa ktorej Komisia postupovala, aby došla k spornému záveru, ako aj rôzne faktory a relevantné skutočnosti týkajúce sa uplatnenia pojmu kolektívne dominantné postavenie v prejednávanej veci, tak ako sú zdôraznené v rozhodnutí, a nakoniec upresniť odôvodnenie, na ktorom spočíva záver rozhodnutia o neexistencii predchádzajúceho kolektívneho dominantného postavenia.

2. Pojem kolektívne dominantné postavenie

²⁴⁵ Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že v prípade údajného kolektívneho dominantného postavenia je Komisia povinná pomocou analýzy budúceho vývoja príslušného trhu posúdiť, či posudzovaná koncentrácia povedie k významnému narušeniu efektívnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu zo strany účastníkov koncentrácie a jedného alebo viacerých tretích podnikov, ktoré sú spoločne, predovšetkým z dôvodu ich vzájomných vzťahov, schopné prijať spoločnú politiku na trhu a konať v značnej miere nezávisle od iných konkurentov, svojich zákazníkov a v konečnom dôsledku aj od spotrebiteľov (rozsudok Súdneho dvora z 31. marca 1998, Francúzsko a i./Komisia, nazývaný „Kali & Salz“, C-68/94 a C-30/95, Zb. s. I-1375, bod 221).

²⁴⁶ Súd prvého stupňa rozhodol, že k situácii kolektívneho dominantného postavenia, ktoré významne narušuje efektívnu hospodársku súťaž na spoločnom trhu alebo jeho podstatnej časti, môže teda dôjsť v dôsledku koncentrácie vtedy, keď by vzhľadom na samotné vlastnosti relevantného trhu a zmenu jeho štruktúry spôsobenej uskutočnením koncentrácie mala koncentrácia za následok, že každý člen dominantného oligopolu by po uvedomení si spoločných záujmov považoval za možné, hospodársky racionálne, a teda vhodné dlhodobo rovnako postupovať na trhu s cieľom predávať za vyššie ceny, ako sú konkurenčné ceny, bez nutnosti uzavretia dohody alebo uskutočnenia zosúladeného postupu v zmysle článku 81 ES a bez toho, aby konkurenti, súčasní alebo potenciálni, alebo zákazníci a spotrebiteľia mohli účinným spôsobom reagovať (pozri v tomto zmysle rozsudok Súdu prvého stupňa z 25. marca 1999, Gencor/Komisia, T-102/96, Zb. s. II-753, bod 276).

²⁴⁷ V rozsudku Airtours/Komisia, už citovanom v bode 45 vyššie (bod 62), Súd prvého stupňa rozhodol, tak ako sa uvádza v odôvodnení č. 68 rozhodnutia, že na to, aby mohla vzniknúť situácia takto vymedzeného kolektívneho dominantného postavenia, je nevyhnutné, aby sa splnili tieto tri podmienky. Po prvé trh musí byť dostatočne transparentný, aby podniky, ktoré koordinujú svoje správanie, mali

schopnosť dostatočným spôsobom dohliadať nad tým, či dochádza k dodržiavaniu podmienok koordinácie. Po druhé na zabezpečenie disciplíny je potrebné, aby existovala určitá forma odstrašujúceho mechanizmu pre prípad odchyľujúceho sa správania. Po tretie reakcie podnikov, ktoré sa na tejto koordinácii nezúčastňujú, akými sú súčasní a budúci konkurenti, ako aj reakcie zákazníkov by nemali byť schopné spochybníť výsledky očakávané od tejto koordinácie.

248 Z judikatúry Súdneho dvora (rozsudok *Kali & Salz*, už citovaný v bode 245 vyššie, bod 222) a Súdu prvého stupňa (rozsudok *Airtours/Komisija*, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 63) ďalej vyplýva, že analýza budúceho vývoja, ktorú Komisia uskutočňuje v rámci kontroly koncentrácií v prípadoch kolektívneho dominantného postavenia, vyžaduje najmä pozorné preskúmanie okolností, ktoré sa v závislosti od jednotlivého prípadu javia relevantné na účely posúdenia účinkov koncentrácie na hospodársku súťaž na príslušnom trhu a že Komisii prináleží, aby predložila presvedčivé dôkazy.

249 Je potrebné si všimnúť, že tak ako vyplýva zo samotného znenia odôvodnenia uvedeného vyššie, táto judikatúra sa zrodila v rámci posudzovania rizika vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia v dôsledku koncentrácie a nie v rámci určovania existencie kolektívneho dominantného postavenia, ktoré je predmetom prvej časti tohto žalobného dôvodu.

250 Hoci by Komisia pri posúdení rizika vytvorenia takéhoto postavenia hypoteticky mala uskutočniť podrobnú prognózu pravdepodobného vývoja trhu a podmienok hospodárskej súťaže na základe analýzy budúceho vývoja, čo so sebou prináša komplexné hospodárske posúdenie, v rámci ktorého Komisia disponuje širokým priestorom pre voľnú úvahu, zistenie existencie kolektívneho dominantného postavenia ako také spočíva na konkrétnej analýze situácie existujúcej v okamihu prijatia rozhodnutia. Určenie existencie kolektívneho dominantného postavenia sa musí opierať o skupinu zistených minulých alebo súčasných skutkových okolností, ktoré svedčia o významnom obmedzení hospodárskej súťaže na trhu z dôvodu, že

určité podniky nadobudli moc, ktorá im na tomto trhu umožňuje spoločne rovnako postupovať, a to v značnej miere nezávisle od svojich konkurentov, zákazníkov a spotrebiteľov.

251 Z toho vyplýva, že hoci je v rámci posúdenia existencie kolektívneho dominantného postavenia splnenie troch podmienok uvedených Súdom prvého stupňa v rozsudku Airtours/Komisia, už citovanom v bode 45 vyššie, ktoré sú vyvedené z teoretickej analýzy pojmu kolektívne dominantné postavenie, taktiež nevyhnutné, možno ho v prípade potreby preukázať nepriamo na základe súboru indícií a dôkazov, prípadne aj rôznorodých, týkajúcich sa znakov, prejavov a udalostí charakterizujúcich prítomnosť kolektívneho dominantného postavenia.

252 Takto by osobitne tesné vyrovnávanie cien počas dlhého obdobia, najmä v prípade, že sú vyššie ako konkurenčné ceny, v spojení s inými faktormi charakterizujúcimi kolektívne dominantné postavenie, mohlo v prípade neexistencie iného rozumného vysvetlenia postačovať na preukázanie existencie kolektívneho dominantného postavenia, a to aj vtedy, ak by neexistovali priame presvedčivé dôkazy silnej transparentnosti trhu, vzhľadom na to, že by ju bolo možné za takýchto okolností predpokladať.

253 V prejednáwanej veci z toho vyplýva, že vyrovnávanie tak hrubých, ako aj čistých cien za posledných šesť rokov napriek tomu, že výrobky nie sú rovnaké (keďže každý disk má odlišný obsah), ako aj ich zachovanie na pomerne stabilnej úrovni, ktorá sa považuje za vysokú aj napriek významnému poklesu dopytu, v spojení s inými faktormi (moc podnikov v postavení oligopolu, stabilita trhových podielov, atď.) uvedenými Komisiou v jej rozhodnutí by mohlo v prípade neexistencie iného vysvetlenia naznačovať alebo predstavovať indíciu svedčiacu o tom, že vyrovnávanie cien nie je výsledkom bežného fungovania efektívnej hospodárskej súťaže a že trh je dostatočne transparentný na to, aby umožnil tichú koordináciu cien.

254 Keďže však žalobca založil svoju argumentáciu skôr na nesprávnom uplatnení rôznych podmienok, ktorých splnenie sa pre kolektívne dominantné postavenie požaduje, tak ako sú definované v rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovanom v bode 45 vyššie, a osobitne podmienky vzťahujúcej sa na transparentnosť trhu, ako na tvrdení, podľa ktorého zistenie dlhotrvajúcej spoločnej politiky v spojení s prítomnosťou súboru iných faktorov charakterizuje kolektívne dominantné postavenie, čo by za určitých okolností a v prípade neexistencie iného vysvetlenia mohlo stačiť na preukázanie existencie takéhoto postavenia, na rozdiel od jeho vzniku, bez toho, aby bolo potrebné pozitívne preukázať transparentnosť trhu, Súd prvého stupňa sa v rámci preskúmania predložených žalobných dôvodov obmedzí na overenie, či rozhodnutie správne uplatnilo podmienky vyplývajúce z judikatúry *Airtours*. Bez nutnosti zisťovania, či by iný prístup viedol Súd prvého stupňa k prekročeniu rámca sporu, tak ako ho vymedzili účastníci konania, alebo by predstavoval bežné uplatnenie práva v rámci žalobného dôvodu predloženého žalobcom, je potrebné v súlade so zásadou kontradiktórnosti postupovať vyššie uvedeným spôsobom, keďže táto otázka ešte nebola pred Súdom prvého stupňa prejednávaná.

3. Rozhodnutie Komisie

255 Prvky rozhodnutia relevantné pre preskúmanie prvého žalobného dôvodu možno zhrnúť týmto spôsobom.

256 Proti zisteniam Komisie týkajúcim sa rôznych trhov s výrobkami a geografických trhov účastníci konania nenamietajú. V odôvodnení č. 12 svojho rozhodnutia sa Komisia domnievala, že „nie je nutné určiť, či existujú samostatné trhy s výrobkami podľa žánrov a či existuje osobitný trh s výrobkami týkajúcimi sa kompilácií“. V odôvodnení č. 15 uviedla, že „za relevantné geografické trhy sa považujú národné trhy“.

- 257 Rovnako nie je sporné, že rôzne národné trhy majú oligopolistickú štruktúru s piatimi veľkými spoločnosťami, ktoré majú v jednotlivých krajinách podiel na trhu od 72 do 93 %, pričom podiel početných, podstatne menších nahrávacích spoločností (ďalej len „nezávislé nahrávacie spoločnosti“) predstavuje približne 15 až 20 % trhu.
- 258 Päť veľkých spoločností okrem iného charakterizuje po prvé celosvetová prítomnosť, po druhé čiastočná vertikálna integrácia, po tretie investícia na predchádzajúcom trhu v oblasti vydávania hudby a na trhoch rádiového vysielania a podnikania s hudbou on-line, po štvrté značná finančná moc, ktorá im umožňuje ponúknuť umelcom príťažlivejšie finančné výhody, a po piate široké a rôznorodé portfólio zmluvne viazaných umelcov a významný súbor už vydaných titulov.
- 259 Vývoj dopytu navyše ukazuje, že od roku 1999 dochádza k poklesu predaja (pád o 13 % v rámci EHP v období od roku 1999 do 2002 a o viac ako 7 % v období rokov 2002 a 2003). Napriek tomu však ceny ostali pomerne stabilné. Skúmanie trhu Komisiou taktiež poukázalo na vysvetlenia odlišujúce sa od vysvetlení poskytnutých účastníkmi koncentrácie vo vzťahu k tomuto poklesu predaja, konkrétne: úroveň cien CD, ktorá je vnímaná ako vysoká, všeobecné spomalenie hospodárskej činnosti, neschopnosť nahrávacích spoločností uspokojiť vkus spotrebiteľov, absencia kvalitného obsahu a novátorských umelcov a neschopnosť nahrávacích spoločností prispôbiť sa technologickej výzve internetu.
- 260 V súvislosti s metódou použitou Komisiou sa v odôvodnení č. 69 rozhodnutia uvádza, že Komisia v snahe určiť existenciu kolektívneho dominantného postavenia skúmala, či päť veľkých spoločností v priebehu posledných troch alebo štyroch rokov skutočne uskutočňovalo politiku koordinácie svojich cien.

- 261 Na tento účel Komisia po prvé analyzovala štvrtročný vývoj priemerných čistých cien 100 najpredávanejších albumov každej nahrávacej spoločnosti, ktoré predstavujú 70 až 80 % ich celkového predaja hudby v piatich najväčších členských štátoch, pričom sa domnievala, že priemerné ceny sú vhodným nástrojom pre určenie, či sa veľké nahrávacie spoločnosti v cenovej oblasti správali podobne. Komisia teda skúmala vývoj priemerných čistých cien, VPC, vývoj pomeru medzi hrubými a čistými cenami, ako aj zľavy na faktúru a spätné zľavy (odôvodnenie č. 72 rozhodnutia).
- 262 Po druhé Komisia skúmala možnosť, či by na základe súbežnosti priemerných cien mohli katalógové ceny slúžiť ako centrálné body pre koordináciu cien.
- 263 Po tretie Komisia skúmala, či zľavy poskytované rôznymi veľkými nahrávacími spoločnosťami boli vyrovnávané a dostatočne transparentné pre umožnenie účinnej kontroly celej koordinácie cien, a to aj na úrovni čistých cien (odôvodnenie č. 73 rozhodnutia).
- 264 Zistenia, ku ktorým Komisia takto dospela, pričom sú skoro zhodné vo vzťahu ku každej z piatich veľkých krajín, možno zhrnúť takto:
- Komisia uvádza, že „zistila určitú súbežnosť skutočných priemerných čistých cien a dosť porovnateľný vývoj cien veľkých spoločností“, ale že „tieto zistenia neboli samy osebe dostatočne presvedčivé na to, aby postačovali na preukázanie, že veľké spoločnosti v minulosti koordinovali svoje ceny“; „preto Komisia následne skúmala, či ďalšie prvky, konkrétne katalógové ceny a zľavy, boli vyrovnané a dostatočne transparentné na to, aby poskytli dostačujúce dôkazy potvrdzujúce existenciu koordinácie“;

- Komisia „zistila určité okolnosti naznačujúce, že VPC by mohli byť použité ako základ vyrovnania cien veľkých spoločností“. Každá veľká nahrávací spoločnosť dosiahla v roku 2003 prostredníctvom svojich troch hlavných VPC v jednotlivých krajinách viac ako 55 až 80 % celkového čistého predaja 100 najlepších albumov. Komisia sa preto domnieva, že „vzhľadom na tieto zistenia sa katalógové ceny najlepšie predávaných albumov javia skôr ako vyrovnané“ (Spojené kráľovstvo, Francúzsko a Taliansko, alebo v určitom rozsahu vyrovnané v Nemecku a v Španielsku),

- Komisia navyše zistila, že VPC boli dostatočne transparentné, pretože sú uvedené v katalógoch veľkých spoločností. Preto sa zdá, že katalógové ceny ostatných veľkých spoločností bolo možné kontrolovať,

- čisté predajné ceny sú úzko spojené s hrubými cenami (VPC), a to vzhľadom na súbežný vývoj priemerných hrubých cien a skutočných priemerných čistých cien Sony a BMG počas posledných šiestich rokov, ako aj na veľmi veľkú stabilitu, a to kedykoľvek, pomeru čistých cien k hrubým cenám všetkých albumov spolu,

- Komisia však zistila určité rozdiely vo výške zliav poskytovaných rôznymi veľkými nahrávacími spoločnosťami a tiež rozdiely od 2 do 5 percentuálnych bodov medzi zľavami na faktúru poskytovanými Sony a BMG pre väčšinu ich hlavných zákazníkov a o viac ako 5 percentuálnych bodov pre niektorých klientov v určitých rokoch (na francúzskom trhu je situácia trochu odlišná),

- účastníci koncentrácie predložili údaje, z ktorých vyplýva, že zľavy na faktúru pre určitého zákazníka kolísali v čase a v závislosti od albumu, a že zľavy poskytované na určitý album sa líšili v závislosti od zákazníka. Šetrenie uskutočnené na trhu ukázalo, že tieto výkyvy vyplývali predovšetkým

z akciových zliav používaných pružnejším spôsobom ako bežné zľavy, ktoré sa obvyčajne stanovujú každoročne. Na základe týchto zistení nemožno preukázať, že zľavy na faktúru sú medzi účastníkmi koncentrácie dostatočne vyrovnané (vo Francúzsku je situácia trochu odlišná),

- čo sa týka transparentnosti zliav, odpovede zákazníkov v rámci vyšetrovania uskutočneného Komisiou na trhu väčšinou ukázali, že veľké spoločnosti v určitom rozsahu poznali bežné zľavy poskytované ich konkurentmi, keďže stále prichádzali do styku s tou istou klientelou. Zdá sa však, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy a že ich kontrola si vyžaduje taktiež podrobné sledovanie vývoja tohto druhu zliav na maloobchodnom trhu. Hoci sa zistilo, že tak Sony, ako aj BMG zaviedli systém týždenných správ podávaných ich oddeleniami predaja, Komisii sa nepodarilo preukázať, že tieto správy zaručujú dostatočný stupeň transparentnosti akciových zliav poskytovaných ich konkurentmi.

²⁶⁵ Komisia preto dospela v odôvodnení č. 109 rozhodnutia k záveru, že „keďže podrobná analýza vývoja cien veľkých spoločností v piatich hlavných členských štátoch odhalila určité náznaky koordinácie, ktoré samy osebe nepostačovali na preukázanie existencie kolektívneho dominantného postavenia, Komisia v tejto analýze pokračovala ďalej s cieľom určiť, či trhy s hudobnými nahrávkami mali vlastné charakteristické znaky, ktoré by zjednodušili vytvorenie takéhoto druhu dominantného postavenia“.

²⁶⁶ Na tento účel Komisia skúmala homogénosť výrobku (odôvodnenie č. 110 napadnutého rozhodnutia), transparentnosť trhu (odôvodnenia č. 111 až 113 rozhodnutia) a použitie odvetných opatrení (odôvodnenia č. 114 až 118 rozhodnutia).

- 267 V súvislosti s homogénnosťou výrobku Komisia zistila, že heterogénnosť obsahu a jeho účinky na ceny znižujú transparentnosť na trhu a sťažujú tajné kartely, pretože tie si vyžadujú určitú kontrolu na úrovni jednotlivého výrobku, teda albumu.
- 268 Čo sa týka transparentnosti trhu, Komisia sa domnievala, že veľké spoločnosti musia kontrolovať len referenčné ceny obmedzeného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja. Komisia však uvádza, že kontrola na úrovni albumu je rovnako nevyhnutná najmä v súvislosti s akciovými zľavami a že táto nevyhnutnosť by mohla sťažiť uskutočnenie tajných kartelov (odôvodnenie č. 111 rozhodnutia).
- 269 Čo sa týka odvetných opatrení, odôvodnenie č. 118 rozhodnutia uvádza, že Komisia neobjavila dôkazy použitia takýchto opatrení v minulosti, čo by predstavovalo dôkaz kolektívneho dominantného postavenia.
- 270 Komisia bez toho, aby v tomto štádiu rozhodnutia vyjadrila záver o existencii kolektívneho dominantného postavenia v piatich veľkých krajinách, pristúpila k skúmaniu trhov v malých krajinách, pričom dospela k podobným zisteniam.
- 271 Predovšetkým zistila, že existuje vysoká úroveň súbežnosti medzi VPC rôznych veľkých spoločností. Zdôraznila, že rovnako ako vo veľkých krajinách sú hlavnými uplatňovanými zľavami bežné zľavy. Zľavy na faktúru nie sú ani štandardné, ani zverejňované a vedú k zníženiu transparentnosti. Vzhľadom na dôležitosť zliav na faktúru a rozdiely medzi nimi Komisia neobjavila dostatok dôkazov, aby preukázala, že súbežnosť priemerných čistých cien možno pripísať tajnej dohode medzi veľkými spoločnosťami, aj keď VPC sú značne vyrovnané, pričom v zásade mohli byť použité ako základ tajnej dohody (odôvodnenie č. 150 rozhodnutia).

272 Okrem toho úvahy týkajúce sa homogénosti výrobku, transparentnosti trhu a odvetných opatrení vo vzťahu k veľkým krajinám platia rovnako aj pre malé krajiny EHP.

273 Komisia z toho v odôvodnení č. 153 vyvodila, že „za týchto podmienok neexistujú dostatočné dôkazy na vyvodenie záveru o existencii kolektívneho dominantného postavenia [veľkých spoločností] na národných trhoch s hudobnými nahrávkami [v malých krajinách]“.

274 Na základe úvah uvedených vyššie Komisia v odôvodnení č. 154 dospela k záveru, že neexistujú dostatočné dôkazy na to, aby sa preukázalo, že návrh koncentrácie by spôsobil posilnenie kolektívneho dominantného postavenia na trhoch s hudobnými nahrávkami v ktoromkoľvek štáte EHP.

275 Z predchádzajúceho vyplýva, že Komisia dospela k záveru, že vzhľadom na homogénosť výrobku, transparentnosť trhu, ako aj použitie odvetných opatrení, kolektívne dominantné postavenie neexistuje.

276 Toto je potvrdené v odôvodnení č. 157, kde sa uvádza toto:

„... ako bolo skúmané v časti týkajúcej sa posilnenia kolektívneho dominantného postavenia, trhy s hudobnými nahrávkami majú určité vlastnosti, ktoré umožňujú predpokladať prítomnosť priaznivých podmienok na existenciu kolektívneho dominantného postavenia. Komisia však neobjavila dôkazy, ktoré by dostatočne preukazovali, že [veľké spoločnosti] mali v minulosti kolektívne dominantné

postavenie; je tomu tak najmä v dôsledku nedostatkov zistených na úrovni skutočnej transparentnosti, čiastočne heterogénnej povahy výrobku a nedostatku dôkazov potvrdzujúcich existenciu odvetných opatrení v minulosti“.

277 Práve s ohľadom na tieto úvahy je potrebné preskúmať rôzne výhrady predložené žalobcom.

4. Transparentnosť

a) O výhrade založenej na nedostatku odôvodnenia

278 Žalobca v podstate tvrdí, že rozhodnutie po právnej stránke dostatočne nevysvetľuje dôvody, pre ktoré sú zľavy, najmä akciové, prekážkou transparentnosti nevyhnutnej na vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia.

279 Úvodom je potrebné pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry musí byť odôvodnenie požadované článkom 253 ES prispôsobené povahe dotknutého aktu a musí jasne a jednoznačne uvádzať úvahy inštitúcie, autora aktu, spôsobom, ktorý umožní dotknutým osobám spoznať dôvody, ktoré viedli k prijatiu tohto opatrenia, a príslušnému súdu toto opatrenie preskúmať. Požiadavka odôvodnenia musí byť posúdená v závislosti od okolností predmetnej veci, najmä obsahu aktu, povahy uvádzaných dôvodov a záujmu, aký môžu mať osoby, ktorým je akt určený, alebo iné osoby, ktorých sa akt priamo a osobne týka, na tom, aby dostali vysvetlenie (pozri rozsudok Súdneho dvora z 2. apríla 1998, Komisia/Sytraval a Brink's France, C-367/95 P, Zb. s. I-1719, bod 63 a tam citovanú judikatúru).

- 280 Otázka, či odôvodnenie určitého aktu spĺňa požiadavky článku 253 ES, sa má posudzovať nielen s ohľadom na jeho znenie, ale tiež s ohľadom na jeho kontext, ako aj s ohľadom na všetky právne predpisy upravujúce dotknutú oblasť (rozsudok Súdneho dvora z 29. februára 1996, Belgicko/Komisia, C-56/93, Zb. s. I-723, bod 86, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 27. novembra 1997, Kaysersberg/Komisia, T-290/94, Zb. s. II-2137, bod 150).
- 281 Keď Komisia vyhlási koncentráciu za zlučiteľnú so spoločným trhom podľa článku 6 ods. 1 písm. b) nariadenia, je vo vzťahu k povinnosti odôvodnenia nutnou a dostatočnou podmienkou, aby sa v tomto rozhodnutí jasne a jednoznačne vyjadrili dôvody, pre ktoré sa Komisia domnieva, že sporná koncentrácia nevyvoláva vážne pochybnosti o jej zlučiteľnosti so spoločným trhom. V každom prípade však z tejto povinnosti nemožno vyvodiť, že Komisia je v takomto prípade povinná poskytnúť odôvodnenie posúdenia všetkých právnych a skutkových okolností, ktoré by prípadne mohli mať spojitost s oznámenou koncentráciou a/alebo boli uplatnené v rámci správneho konania (pozri rozsudok Verband der freien Rohrwerke a i./Komisia, už citovaný v bode 231 vyššie, bod 185 a tam citovanú judikatúru).
- 282 Najskôr je potrebné preskúmať vplyv žalobcom zdôraznenej okolnosti, že Komisia v oznámení o výhradách veľmi jasne dospela k záveru, že koncentrácia je nezlučiteľná so spoločným trhom najmä z dôvodu existencie kolektívneho dominantného postavenia ešte pred uskutočnením zamýšľanej koncentrácie a z dôvodu, že trh s hudobnými nahrávkami bol veľmi transparentný a osobitne vhodný pre koordináciu.
- 283 Tento podstatný obrat v stanovisku Komisie sa môže určite zdať prekvapivým, najmä vzhľadom na to, ako neskoro k nemu došlo. Ako totiž vyplýva zo spisu a z diskusií pred Súdom prvého stupňa, Komisia sa na základe súboru informácií získaných počas piatich mesiacov vyšetrovania jednak od rôznych trhových subjektov, ako aj od účastníkov koncentrácie počas celého správneho konania

domnievala, že trh bol dostatočne transparentný na to, aby umožnil tichú koordináciu cien, a len v nadväznosti na argumentáciu účastníkov koncentrácie za pomoci ich ekonomického poradcu na vypočutí 15. a 16. júna 2004 prijala opačné stanovisko bez toho, aby uskutočnila nové vyšetrovanie trhu, a 1. júla 2004 zaslala návrh rozhodnutia poradnému výboru.

284 Ako však správne uvádza Komisia, z judikatúry (rozsudok BAT a Reynolds/Komisia, už citovaný v bode 105 vyššie) vyplýva, že keď Komisia zamietne návrh podaný podľa článku 3 nariadenia Rady č. 17 zo 6. februára 1962, prvého nariadenia implementujúceho článku [81] a [82] zmluvy (Ú. v. ES 1962, 13, s. 204, Mim. vyd. 08/001, s. 3), stačí jej uviesť dôvody, pre ktoré nepovažovala preukázanie existencie porušenia pravidiel hospodárskej súťaže za možné, a nie je povinná ani vysvetliť prípadné rozdiely oproti oznámeniu o výhradách, ktoré je prípravným dokumentom, pričom v ňom uvedené posúdenia sú čisto predbežnej povahy a ich cieľom je vymedziť predmet správneho konania vo vzťahu k podnikom, ktoré sú účastníkmi tohto konania, ani sa zaoberať všetkými skutkovými a právnymi okolnosťami, ktoré boli v rámci správneho konania skúmané. Vo svojom rozsudku Aalborg Portland a i./Komisia, už citovanom v bode 228 vyššie, Súdny dvor pripomenul predbežnú povahu oznámenia o výhradách a povinnosť Komisie zohľadniť skutočnosti vyplývajúce zo správneho konania, najmä s cieľom upustenia od výhrad, ktoré sa ukázali ako nedôvodné.

285 Taktiež je potrebné poznamenať, že táto judikatúra sa vyvinula v súvislosti s konaniami podľa článkov 81 ES a 82 ES, a nie v osobitnej oblasti kontroly koncentrácií, v rámci ktorej dodržanie pevných lehôt vzťahujúcich sa na prijatie rozhodnutí neumožňuje Komisii predĺžiť svoje vyšetrovanie, čím sa aj znižuje pravdepodobnosť toho, že Komisia v priebehu správneho konania podstatným spôsobom zmení stanovisko. Vo svojich záverečných pripomienkach Komisia navyše zdôraznila, že opatrenia v rámci vyšetrovania uskutočnené po vypočutí spočívajú predovšetkým v konzultáciách s trhovými subjektmi, ktorých predmetom sú navrhnuté záväzky a netýkajú sa výhrad vyjadrených voči oznámenej koncentrácii. Pravdou však ostáva, že oznámenie o výhradách je len prípravným aktom a že konečné rozhodnutie možno odôvodniť len vo vzťahu k všetkým skutočnostiam a dôkazom relevantným na účely posúdenia účinkov predpokladanej koncentrácie na hospodársku súťaž na relevantných trhoch. Z toho vyplýva, že samotná okolnosť,

že Komisia v rámci svojho rozhodnutia nevysvetlila zmenu svojho stanoviska voči stanovisku obsiahnutému v oznámení o výhradách, nemôže sama osebe znamenať, že odôvodnenie chýba alebo že je nedostatočné.

286 Komisia sa ďalej tiež odvoláva na judikatúru, podľa ktorej v prípade, že koncentrácia mení konkurenčnú situáciu na danom trhu len vo veľmi obmedzenej miere, nie je povinná osobitne odôvodniť túto otázku, a teda ani neporuší svoju povinnosť odôvodnenia, ak do svojho rozhodnutia nezahrnie konkrétne odôvodnenie týkajúce sa posúdenia určitých aspektov koncentrácie, ktoré sa jej zjavne zdajú byť irelevantné alebo bezvýznamné. Hoci sú tieto tvrdenia správne, je nutné konštatovať, že v rámci tejto výhrady nie sú relevantné. Na jednej strane sa totiž táto výhrada netýka obmedzenej zmeny spôsobenej koncentráciou, ale situácie existujúcej pred ňou, a na druhej strane nemožno spochybniť, že neexistencia dostatočnej transparentnosti trhu je hlavným dôvodom, ba až jediným, na ktorom spočíva sporné posúdenie neexistencie kolektívneho dominantného postavenia pred uskutočnením koncentrácie.

287 Vzhľadom na tieto úvodné poznámky je potrebné skúmať, či rozhodnutie obsahuje dostatočné odôvodnenie zistenia, podľa ktorého trh nie je dostatočne transparentný na to, aby umožnil koordináciu cien.

288 Skúmanie otázky transparentnosti trhu je predmetom časti *ad hoc* v odôvodneniach č. 111 až 113 rozhodnutia. Zdá sa však, že rozhodnutie obsahuje argumentáciu týkajúcu sa transparentnosti aj v časti, ktorá sa vzťahuje na skúmanie spoločnej politiky veľkých spoločností v oblasti cien v piatich veľkých členských štátoch, a to v odôvodneniach č. 69 až 108, na ktorú časť *ad hoc* odkazuje, ako aj v časti týkajúcej sa posúdenia existencie kolektívneho dominantného postavenia na trhoch malých krajín, a to v odôvodneniach č. 148 až 153, na ktoré časť *ad hoc* neodkazuje. Je preto potrebné postupne skúmať odôvodnenia uvedené v týchto troch častiach.

289 V súvislosti s časťou *ad hoc* je potrebné na úvod poukázať na to, že obsahuje len tri odôvodnenia, hoci podľa rozhodnutia a ešte viac podľa stanoviska bráneného Komisiou v rámci jej vyjadrení pred Súdom prvého stupňa je transparentnosť v prejednávanej veci základným, ba až jediným dôvodom, z ktorého vychádza tvrdenie, že na trhu s hudobnými nahrávkami neexistuje kolektívne dominantné postavenie. Je tiež potrebné zdôrazniť, že sa v nej nedospelo k záveru, že trh nie je transparentný, alebo nie je dostatočne transparentný pre umožnenie tajnej dohody. Navyše na jednej strane sa na konci odôvodnenia č. 111 uvádza, že nevyhnutnosť uskutočniť kontrolu na úrovni albumu, najmä vo vzťahu k akciovým zľavám, „by mohla zmenšiť transparentnosť na trhu a sťažiť tajné kartely“, a na druhej strane sa na konci odôvodnenia č. 113 uvádza, že „Komisia však nenašla dostatok dôkazov, aby preukázala, že veľké nahrávacie spoločnosti tým, že kontrolovali maloobchodné ceny, alebo tým, že využívali svoje kontakty s maloobchodníkmi, mohli v minulosti nahradiť nedostatok transparentnosti v oblasti akciových zliav, uvádzaný v súvislosti s piatimi veľkými členskými štátmi“. Je zrejmé, že takéto nejasné a nepresné tvrdenia týkajúce sa najmä povahy akciových zliav, okolností, za ktorých ich možno uplatniť, stupňa ich netransparentnosti, ich výšky alebo ich vplyvu na transparentnosť cien nemohli po právnej stránke dostatočne odôvodniť zistenie, podľa ktorého trh nie je dostatočne transparentný na to, aby umožnil kolektívne dominantné postavenie.

290 Zdá sa teda, že okrem dvoch vyššie uvedených výňatkov všetky faktory uvedené v odôvodneniach č. 111 až 113 rozhodnutia zďaleka nepreukazujú netransparentnosť trhu, práve naopak, zdôrazňujú jeho transparentnosť.

291 V odôvodnení č. 111 je takto uvedené obmedzené množstvo referenčných cien a skutočnosť, že veľké spoločnosti musia kontrolovať len referenčné ceny obmedzeného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja, keďže 20 najpredávanejších albumov predstavuje najmenej polovicu ročného predaja vo všetkých krajinách spolu.

292 V odôvodnení č. 112 sa navyše uvádza, že „na trhu existujú iné mechanizmy, ktoré zvyšujú transparentnosť a mohli by zjednodušiť kontrolu dodržovania kartelu“. Medzi ne patrí v prvom rade uverejnenie týždenných hitparád, ktoré poskytujú informácie o predaji podľa titulu a umožňujú veľmi ľahko určiť tituly, ktoré sa stanú „hitmi“, čo, tak ako je to vysvetlené, „značne zjednodušuje veľkým nahrávacím spoločnostiam výkon kontroly“. Ďalej sa uvádza, že povaha trhu s hudobnými nahrávkami je taká, že „na to, aby maloobchodník s hudbou uspel, musí ponúkať výrobky všetkých veľkých nahrávacích spoločností“, pričom „odvetvie charakterizujú pevné a trvajúce vzťahy medzi maloobchodníkmi s hudbou a veľkými nahrávacími spoločnosťami“. Komisia v ňom tiež zdôrazňuje, že „veľká väčšina predaja hudobných nahrávok [veľkých spoločností] navyše smeruje k obmedzenému počtu zákazníkov“, a uzatvára tým, že „táto situácia, ktorú charakterizuje prítomnosť malého počtu subjektov na trhu, napomáha prijatiu kooperačných stratégií slúžiacich záujmom veľkých nahrávacích spoločností, pretože zjednodušuje kontrolu a obeh informácií“.

293 Je nutné ešte konštatovať, že toto vymenovanie mechanizmov a faktorov zvyšujúcich transparentnosť a zjednodušujúcich kontrolu dodržiavania kartelov pokračuje v poslednom odôvodnení časti *ad hoc* týkajúcej sa transparentnosti trhu. Komisia v odôvodnení č. 113 totiž uvádza, že „ďalším zdrojom transparentnosti je kontrola maloobchodného trhu“. V tomto ohľade upresňuje, že „vyšetrenie trhu ukázalo, že Sony a BMG zaviedli systém týždenných správ... zahrnujúcich informácie o konkurentoch“. Komisia na záver uvádza, že vyšetrenie „tiež potvrdilo, že oddelenia predaja veľkých nahrávacích spoločností udržovali pravidelné a stále kontakty s maloobchodníkmi a veľkoobchodníkmi, pričom rokovania o podporách a akciových zľavách prebiehali často každý týždeň“.

294 Z vyššie uvedeného vyplýva, že v časti *ad hoc* rozhodnutia venovanej skúmaniu transparentnosti Komisia nielenže nedospela k záveru, že trh bol netransparentný alebo nedostatočne transparentný, aby umožnil kolektívne dominantné postavenie, ale okrem toho uviedla faktory, ktoré môžu vytvoriť veľkú transparentnosť trhu a zjednodušiť kontrolu dodržiavania dohody, s jedinou výnimkou spočívajúcou

v tvrdení, ktoré má značne obmedzený dosah a je nepodopreté, že akciové ceny by mohli zmenšiť transparentnosť a sťažiť tajné dohody. Je preto nutné konštatovať, že táto časť zjavne sama osebe nemôže byť po právnej stránke považovaná za dostatočné odôvodnenie tvrdenia, že trh nie je dostatočne transparentný.

295 Preto je potrebné skúmať, či sa takéto odôvodnenie nachádza v časti týkajúcej sa analýzy spoločnej politiky veľkých spoločností v oblasti cien.

296 Na úvod je užitočné pripomenúť, že použitá metóda a uskutočnené zistenia sú s výhradou malých odchýlok rovnaké pre trhy piatich veľkých krajín, takže nasledujúce pripomienky vo vzťahu k Spojenému kráľovstvu platia *mutatis mutandis* pre všetkých päť veľkých trhov.

297 Po zistení čiastočne podobného vývoja skutočných priemerných čistých cien a porovnateľného vývoja cien veľkých spoločností v Spojenom kráľovstve Komisia v odôvodnení č. 75 rozhodnutia uvádza, že následne skúmala, či ďalšie skutočnosti, konkrétne katalógové ceny a zľavy, boli vyrovnané a dostatočne transparentné na to, aby poskytli dostatočné dôkazy potvrdzujúce koordináciu.

298 Na úvod je potrebné poznamenať, že v tejto časti je cieľom Komisie skúmať, či na základe správania veľkých spoločností možno preukázať existenciu koordinácie. Komisia vo svojich vyjadreniach pred Súdom prvého stupňa viackrát zdôraznila potrebu nezamieňať spoločnú politiku subjektov na trhu s dôkazom o transparentnosti trhu, pričom upresnila, že ani podstatné vyrovnanie uplatňovaných podmienok by nemohlo preukázať transparentnosť trhu. Z toho vyplýva, že podľa vlastného názoru Komisie, zistenia týkajúce sa postupov veľkých spoločností

v oblasti cien a zliav sú irelevantné vo vzťahu k posúdeniu transparentnosti trhu. Za týchto podmienok by pripomienky obsiahnuté v tejto časti nemali umožniť nahradiť nedostatok odôvodnenia zdôraznený vyššie. Keďže však tento názor nie je v súlade s rozhodnutím, Súd prvého stupňa považuje za potrebné preskúmať, či by zistenia uvedené v tejto časti mohli byť dostatočným odôvodnením zistenia neexistencie transparentnosti trhu.

299 V prvom rade Komisia v súvislosti s VPC uviedla, že každá veľká nahrávacía spoločnosť prostredníctvom svojich troch hlavných VPC dosiahla viac ako 80 % celkového čistého predaja 100 najpredávanejších albumov v roku 2003 a navyše jedna alebo dve VPC v rozmedzí 17 pencí (medzi 8,98 a 9,15 libier šterlingov) predstavovali viac ako 47 % predaja 100 najpredávanejších albumov (čísla boli značne podobné v ostatných veľkých krajinách; jedna alebo dve VPC v rozmedzí 0,36 eur — medzi 12,55 a 12,91 eur — napríklad predstavovali viac ako 60 % predaja 100 najpredávanejších albumov v Taliansku). Komisia teda dospela k záveru, že „katalógové ceny najpredávanejších albumov sa zdajú byť skôr vyrovnané“. Je však nutné konštatovať, že v tomto prípade ide o prinajmenšom opatrný záver, keďže vyrovnávanie bolo v skutočnosti veľmi zjavné.

300 Navyše je potrebné v tomto ohľade poukázať na to, že Komisia v oznámení o výhradách neuviedla, že ceny boli „skôr vyrovnané“, ale že boli „podstatným spôsobom vyrovnané“ (podľa bodu 82 oznámenia o výhradách „sa VPC nachádzajú blízko vedľa seba“ a bod 87 hovorí o „podstatnom vyrovnaní“). Čo sa týka 20 najpredávanejších diskov, Komisia dokonca hovorila o skoro úplnom vyrovnaní (pozri body 85 a 86 oznámenia o výhradách), ale tento prvok analýzy nebol prevzatý do rozhodnutia, a to bez toho, aby Komisia vypočúvaná v tomto ohľade na pojednávaní aspoň uviedla, že analýza bola nepresná, a bez toho, aby bola schopná vysvetliť dôvody vynechania tohto prvku analýzy. Odôvodnenie č. 72 rozhodnutia okrem toho spomína len štyri skutočnosti, na ktorých spočíva analýza spoločnej politiky v oblasti cien, napriek tomu, že bod 75 oznámenia o výhradách uvádzal aj piatu skutočnosť. Aj keď oznámenie o výhradách, tak ako je pripomenuté vyššie, je len predbežným dokumentom a Komisia určite má právo, ba až povinnosť, zmeniť

svoje stanovisko v dôsledku informácií, ktoré získala počas svojho vyšetrovania, nemôže však vynechať určité relevantné skutočnosti len z toho dôvodu, že by prípadne neboli v súlade s jej novým posúdením.

- 301 V každom prípade, napriek tomu, že Komisia zohľadnila len zistenia prevzaté do rozhodnutia, dospela k záveru, že katalógové ceny boli skôr vyrovnané.
- 302 Rovnako odôvodnenie č. 76 rozhodnutia uvádza, že VPC sú „dostatočne transparentné, pretože sú uvedené v katalógoch veľkých nahrávacích spoločností“, a preto sa „teda zdá možným kontrolovať katalógové ceny ostatných veľkých nahrávacích spoločností“. Hoci toto posúdenie je aj na tomto mieste veľmi opatrné a značne zmiernené oproti posúdeniu uvedenému v oznámení o výhradách (jeho bod 81 totiž stanovoval, že „Komisia sa domnieva, že pre veľké spoločnosti je mimoriadne jednoduché sledovať VPC, za ktoré sú nové úspešné albumy uvádzané na trh, pretože tieto VPC sú verejnosti k dispozícii v katalógoch veľkých spoločností“), pravdou ostáva, že zdôrazňuje ďalšiu okolnosť svedčiacu v prospech transparentnosti trhu. Verejná povaha hrubých cien (katalógových cien) je pre transparentnosť v oblasti cien určite veľmi dôležitá.
- 303 Preto sa na základe znenia samotného rozhodnutia zdá, že katalógové ceny sú z hľadiska dvoch aspektov skúmaných Komisiou, a to vyrovnávania a transparentnosti, faktorom transparentnosti trhu.
- 304 V druhom rade odôvodnenie č. 78 rozhodnutia v súvislosti so zľavami uvádza, že Komisia zistila „určitý rozdiel medzi zľavami poskytovanými veľkými nahrávacím spoločnosťami“ a že „zľavy na faktúru sú oproti iným formám zliav (zmluvy o obchodnej spolupráci a spätné zľavy) zďaleka najdôležitejšími poskytovanými zníženiami cien“. Ďalej Komisia overuje na jednej strane vyrovnávanie zliav na faktúru a na strane druhej ich transparentnosť.

305 Čo sa týka vyrovnávania zliav, odôvodnenie č. 79 rozhodnutia uvádza, že „Komisia vo vzťahu k jednotlivým zákazníkom zistila určitý stupeň kolísania a tiež rozdiely od 2 do 5 percentuálnych bodov medzi zľavami na faktúru poskytovanými Sony a BMG pre väčšinu z ich [desiatich] hlavných zákazníkov a o viac ako 5 percentuálnych bodov pre niektorých zákazníkov v určitých rokoch“. Odôvodnenie okrem iného uvádza, že „tieto výkyvy vyplývali predovšetkým z akciových zliav, používaných pružnejším spôsobom ako bežné zľavy, ktoré sa obvyčajne stanovujú každoročne“, a na základe toho sa dospelo k záveru, že „na základe týchto zistení [nebolo možné] preukázať, že zľavy na faktúru [boli] medzi účastníkmi [koncentrácie] dostatočne vyrovnané“.

306 Na úvod je potrebné poukázať na to, že tak ako sa uvádza vyššie, analýza sa vzťahuje na správanie prijaté veľkými spoločnosťami a nie na objektívne vlastnosti trhu, takže má nanajvýš relatívnu relevantnosť pre posúdenie stupňa transparentnosti trhu. Komisia v tomto ohľade zdôraznila, že zistenie súbežnosti čistých priemerných cien veľkých nahrávacích spoločností alebo značnej stability priemerných zliav poskytovaných určitou veľkou nahrávacou spoločnosťou nie je dôkazom ani tichej koordinácie, ani nevyhnutnej transparentnosti a že „celková miera vyrovnávania a stability nemôže nahradiť dôkazy, ktoré by boli významné, navzájom by sa doplňovali a svedčili by o existencii dostatočnej transparentnosti na to, aby si [podniky v postavení oligopolu] mohli vzájomne kontrolovať svoje správanie na trhu“. Z toho je potrebné vyvodiť, že skúmanie vyrovnávania zliav podľa Komisie nepredstavuje vhodný test na posúdenie transparentnosti trhu, pretože ani vyrovnávanie zliav podľa nej túto transparentnosť nemôže preukázať. Test by bol totiž vhodný len vtedy, ak by umožnil zistiť jednak transparentnosť, ako aj jej nedostatok. Keďže však tento názor Komisie, tak ako sa uvádza vyššie, nenachádza v rozhodnutí dostatočnú oporu, Súd prvého stupňa bude skúmať, či zistenia obsiahnuté v odôvodneniach č. 78 a 79 po právnej stránke dostatočne preukazujú neexistenciu transparentnosti trhu.

307 Najskôr je potrebné uviesť, že rozdiel vo všeobecných úrovniach zliav na faktúru poskytovaných účastníkmi koncentrácie, tak ako je zdôraznený v odôvodnení č. 78 rozhodnutia, je len veľmi malý, konkrétne [dôverne] od 2 do 5 % ich jednotlivých celkových hrubých predajov v Spojenom kráľovstve. V Taliansku je tento rozdiel

dokonca skoro nulový, konkrétne [dôverné] medzi 0 a 5 % (odôvodnenie č. 99 rozhodnutia). Rovnako tiež rozdiely od 2 do 5 % [dôverné] medzi zľavami na faktúru poskytovanými účastníkmi koncentrácie vo vzťahu k väčšine ich desiatich hlavných zákazníkov, uvedené v odôvodnení č. 79 rozhodnutia, sú veľmi malé. Z toho vyplýva, že údaje obsiahnuté v odôvodneniach č. 78 a 79 a v zodpovedajúcich odôvodneniach týkajúcich sa ostatných veľkých krajín neumožňujú odôvodniť záver, podľa ktorého nie sú zľavy na faktúru dostatočne vyrovnané.

308 Zdá sa teda, že podľa samotného znenia rozhodnutia sa tento malý rozdiel javí ako bezvýznamný. Podľa odôvodnenia č. 77 rozhodnutia totiž, „analýza Komisie ukázala, že čisté predajné ceny sú úzko spojené s hrubými cenami (VPC), a to vzhľadom na súbežný vývoj priemerných hrubých cien a skutočných priemerných čistých cien Sony a BMG počas posledných šiestich rokov, ako aj na veľmi veľkú stabilitu, a to kedykoľvek, pomeru čistých cien k hrubým cenám všetkých albumov spolu“. Okrem toho sa odôvodnenie č. 77 rozhodnutia na rozdiel od toho, čo tvrdí Komisia, neobmedzuje na konštatáciu súbežného vývoja samotných priemerných hrubých a čistých cien pre všetky albumy spolu (teda stability priemernej zľavy na celkový predaj), ktorá by takto zakryla prípadné rozdiely v zľavách poskytovaných na jednotlivé albumy, ale tiež sa v ňom konštatuje určitá stabilita zliav na jednotlivý album a stabilita zliav v čase. Ak sa totiž druhá časť vety odôvodnenia č. 77 týka, ako to tvrdí Komisia, pomeru priemerných hrubých a čistých cien, je nadbytočná, keďže takýto pomer je synonymom odstupe medzi hrubými a čistými cenami, ktorých stabilita sa skúmala v prvej časti predmetnej vety. Veľmi jasne to tiež vyplýva aj z autentickej verzie rozhodnutia, pretože tá používa výraz „pomery“ v množnom čísle (veľmi stabilné pomery medzi hrubými cenami a čistými cenami pri jednotlivých albumoch a v čase). Bod 90 oznámenia o výhradách navyše taktiež stanovuje, že Komisia zistila, že „pomery medzi hrubými cenami a čistými cenami boli v prípade jednotlivých vydaní skúmaných Komisiou veľmi stabilné, a to pri dotknutých albumoch, aj v čase“. Rovnako aj bod 75 písm. iv) oznámenia o výhradách uvádza, že Komisia analyzovala vývoj hrubého a čistého predaja jednotlivých albumov, pričom v poznámke pod čiarou 47 upresňuje, že „analýza hrubých a čistých cien sa uskutočnila jednotlivo pre desať najlepšie predávaných albumov BMG a Sony v roku 2002“.

- 309 Okrem toho z poslednej vety odôvodnenia č. 77 rozhodnutia vyplýva, že zľavy nemôžu skutočne ovplyvniť transparentnosť trhu v oblasti cien vyplývajúcu najmä z verejných katalógových cien, keďže sa konštatuje, že „ak by sa veľké spoločnosti citelne odchyľili od dohodnutých politík v oblasti cien poskytovaním zliav, prejavili by sa tieto odchyľky v priemerných čistých cenách“.
- 310 Okrem toho, ak Komisia vo svojich vyjadreniach tvrdí, že údaje týkajúce sa čistých priemerných cien alebo priemerných zliav nemôžu preukázať vyrovnávanie alebo koordináciu a že dôležité sú jedine jednotlivé rozhodnutia o určení cien, je nutné konštatovať, že táto argumentácia nenachádza v rozhodnutí oporu. Najmä v odôvodnení č. 70 rozhodnutia sa totiž uvádza, že „Komisia sa domnieva, že priemerné ceny sú vhodným nástrojom na určenie, či sa veľké nahrávacie spoločnosti v cenovej oblasti správali podobne“. Ak navyše, ako to tvrdila Komisia pred Súdom prvého stupňa, nie sú tvrdenia týkajúce sa cenovej politiky relevantné pre posúdenie transparentnosti, vyplývalo by z toho, že tvrdenia o zľavách obsiahnuté v odôvodneniach č. 78 až 80 rozhodnutia (a v zodpovedajúcich odôvodneniach týkajúcich sa trhov v iných veľkých krajinách) by nemohli byť odôvodnením neexistencie transparentnosti, pretože zľavy sú súčasťou cien a sú predmetom analýzy v rámci skúmania koordinácie v cenovej oblasti.
- 311 Z vyššie uvedeného vyplýva, že vyjadrenia týkajúce sa vyrovnávania zliav na faktúru obsiahnuté v odôvodneniach č. 78 a 79 rozhodnutia (a v zodpovedajúcich odôvodneniach pre ostatné veľké krajiny) neumožňujú odôvodniť tvrdenie o nedostatku transparentnosti trhu.
- 312 V súvislosti s transparentnosťou zliav odôvodnenie č. 80 rozhodnutia stanovuje, že „odpovede britských zákazníkov v rámci vyšetrovania uskutočneného Komisiou na trhu väčšinou ukázali, že veľké nahrávacie spoločnosti v určitej miere poznali bežné zľavy poskytované ich konkurentmi, keďže stále prichádzali do styku s tou istou klientelou“. Táto konštatácia je v rovnakom znení zopakovaná vo vzťahu k piatim

veľkým krajinám (odôvodnenia č. 87, 94, 101 a 108 rozhodnutia). Bez toho, aby bolo v rámci skúmania výhrady založenej na porušení povinnosti odôvodnenia potrebné skúmať dôvodnosť tejto konštatácie, je nutné konštatovať, že vzhľadom na skutočnosti, z ktorých vychádza, sa zdá, že podáva značne zmiernený obraz stupňa transparentnosti trhu. Najmä čo sa týka Talianska, nemožno vôbec pochopiť, ako sa Komisia mohla domnievať, že z odpovedí zákazníkov „väčšinou“ vyplynulo, že veľké spoločnosti len v „určitej miere“ poznali zľavy poskytované ich konkurentmi, pretože poznámka pod čiarou 55 rozhodnutia stanovuje, že „päť veľkých talianskych maloobchodníkov, ktorí odpovedali na túto otázku, uviedlo, že veľké nahrávacie spoločnosti poznali VPC a zľavy uplatňované ich konkurentmi“. Rovnako vo vzťahu k Francúzsku z poznámky pod čiarou 49 rozhodnutia vyplýva, že traja zo štyroch maloobchodníkov uviedli, že veľké nahrávacie spoločnosti poznali VPC a zľavy, ktoré na trhu uplatňovali ich konkurenti.

313 Ďalej je potrebné poznamenať, že vysvetľujúce poznámky pod čiarou nehovoria vo vzťahu k žiadnej krajine o žiadnom rozdiel medzi bežnými a akciovými zľavami, takže nie sú zrejmé dôvody, pre ktoré Komisia z odpovedí zákazníkov vyvodila, že veľké spoločnosti mali určitú znalosť o bežných, nie však o akciových zľavách.

314 V každom prípade je nutné konštatovať, že podľa samotného rozhodnutia sa Komisia domnievala, že existovala určitá transparentnosť bežných zliav.

315 Preto sa zdá, že jediný znak netransparentnosti uvedený v rozhodnutí spočíva v tvrdení uvedenom v odôvodnení č. 80 (a v zodpovedajúcich odôvodneniach týkajúcich sa ostatných veľkých krajín), a síce že „sa zdá, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy a že ich kontrola vyžaduje tiež podrobné sledovanie vývoja tohto druhu zliav na maloobchodnom trhu“.

- 316 V tomto ohľade je potrebné najskôr zdôrazniť, že sa neuvádza, že akciové zľavy sú netransparentné, ale len že sú „menej transparentné ako bežné zľavy“ a že ich kontrola vyžaduje pozorné sledovanie. Okrem toho sa upresňuje, že Komisia zistila, že Sony a BMG zaviedli systém týždenných správ podávaných ich oddeleniami predaja, pričom sa však nepodarilo preukázať, že tieto správy zaručovali dostatočný stupeň transparentnosti takýchto akciových zliav.
- 317 Ďalej je potrebné pripomenúť, že ako vyplýva z druhej vety odôvodnenia č. 150 rozhodnutia, hlavnými zľavami uplatňovanými vo všetkých krajinách sú bežné zľavy. Z toho vyplýva, že akciové zľavy majú podľa samotného rozhodnutia len veľmi obmedzený vplyv na ceny. Z odôvodnenia č. 77 navyše vyplýva, že zľavy (bežné aj akciové) nemali počas šiestich posledných rokov žiaden vplyv na politiku dohodnutú v oblasti cien.
- 318 Rovnako je potrebné poznamenať, že rozhodnutie nestanovuje, že trh je netransparentný ani že nie je dostatočne transparentný na to, aby umožnil koordináciu cien, ale nanajvýš, že akciové zľavy sú menej transparentné, a to bez toho, aby poskytovalo akúkoľvek informáciu o ich povahe, okolnostiach, za akých sa poskytujú, alebo ich konkrétnej výške vo vzťahu k čistým cenám, či ich vplyve na transparentnosť cien.
- 319 Ďalej je potrebné pripomenúť, že tak ako bolo vyjadrené vyššie, Komisia vo svojom rozhodnutí zdôraznila množstvo okolností a faktorov, ktoré svedčia o transparentnosti trhu a zjednodušujú kontrolu dodržiavania kartelu.
- 320 Z toho vyplýva, že tých niekoľko tvrdení týkajúcich sa akciových zliav, ktoré sú obsiahnuté v časti rozhodnutia venovanej skúmaniu koordinácie cien vo veľkých

krajinách, keďže sú nepresné, nepodložené, ba až v rozpore s inými tvrdeniami uvedenými v rozhodnutí, nemôže preukázať netransparentnosť trhu ani akciových zliav. Tieto tvrdenia sa obmedzujú okrem iného na stanovenie, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy, nevysvetľujú však, v čom sú relevantné vo vzťahu k transparentnosti trhu a neumožňujú pochopiť, ako by mohli samy osebe vyvážiť všetky ostatné faktory transparentnosti trhu uvedené v rozhodnutí a takto potlačiť transparentnosť, ktorá je nevyhnutná pre existenciu kolektívneho dominantného postavenia.

321 Čo sa napokon týka tvrdení uvedených v časti rozhodnutia venovanej posúdeniu situácie v malých krajinách, Komisia najskôr v odôvodnení č. 149 rozhodnutia zdôrazňuje, že VPC sú uplatňované značne porovnateľným spôsobom ako vo veľkých krajinách. V tomto ohľade zdôrazňuje, že rozhodujúca časť predaja sa uskutočňuje použitím niekoľkých VPC a že veľké spoločnosti používajú VPC podobným spôsobom, pričom upresňuje, že „tak, ako to potvrdzujú čísla uvedené pre každú z malých krajín, sú dve hlavné VPC Sony a BMG, čo sa týka Holandska a Belgicka, prakticky rovnaké“. Komisia z toho vyvodila, že VPC veľkých nahrávacích spoločností sa vyvíjali vo veľkej miere podobne. Z odôvodnenia č. 149 preto vyplýva, že Komisia v malých krajinách zistila ešte výraznejšiu transparentnosť a vyrovnávanie VPC, ako vo veľkých krajinách.

322 V súvislosti so zľavami poskytnutými v malých krajinách je nutné uviesť, že dotknutá časť rozhodnutia neobsahuje žiadne tvrdenia týkajúce sa akciových zliav, a že tieto zľavy sa ani nespomínajú. Komisia práve naopak v odôvodnení č. 150 rozhodnutia uvádza, že rovnako ako v piatich veľkých krajinách sú bežné zľavy hlavnými zľavami uplatňovanými vo všetkých malých krajinách.

323 Navyše, hoci Komisia uvádza, že Sony a BMG poskytujú zľavy na faktúru s významným dosahom, že ich výška kolíše v závislosti od jednotlivého zákazníka, ako aj medzi BMG a Sony, že nie sú uverejňované a vedú k zníženiu trans-

parentnosti, neuvádza žiaden číselný údaj týkajúci sa ich výšky alebo výkyvov medzi nimi. Okrem toho nie je vysvetlené, či, ak je tomu tak, vlastnosti trhu nerobia transparentnými prinajmenšom bežné zľavy, tak ako v prípade veľkých štátov. Navyše sa ani neuvádza, či zľavy, a to bežné a/alebo akciové, vedú k rozličným čistým cenám, pričom sa zdá, že skutočnosť, že „Komisia nepreukázala existenciu dostatočných dôkazov potvrdzujúcich, že súbežnosť priemerných čistých cien možno pripísať tajnej dohode“, skôr naznačuje, že tomu tak nie je.

324 Z toho vyplýva, že ani časť týkajúca sa malých krajín neobsahuje odôvodnenie zistenia, podľa ktorého trh nie je transparentný z dôvodu akciových zliav. V každom prípade však prostredníctvom situácie existujúcej v malých krajinách nemožno platne odôvodniť tvrdenie týkajúce sa stupňa transparentnosti trhov vo veľkých krajinách.

325 Zo všetkého, čo bolo uvedené vyššie, teda vyplýva, že výhrada založená na nedostatku odôvodnenia týkajúceho sa transparentnosti trhu je dôvodná, čo samo osebe odôvodňuje zrušenie rozhodnutia.

326 Súd prvého stupňa však navyše preskúma aj výhrady a tvrdenia žalobcu, podľa ktorých pri dôkazoch predložených Komisiou s cieľom preukázať nedostatok transparentnosti trhu došlo k zjavne nesprávnemu posúdeniu.

b) O výhrade založenej na zjavne nesprávnom posúdení

327 Najskôr je potrebné pripomenúť, že hmotnoprávne pravidlá nariadenia a osobitne jeho článok 2 priznávajú Komisii určitú diskrečnú právomoc, najmä pri posúdeniach

ekonomickej povahy. Súd Spoločenstva preto pri preskúmaní vykonávania tejto právomoci, ktorá má zásadný význam pre vymedzenie pravidiel v oblasti koncentrácií, musí zohľadniť mieru voľnej úvahy, ktorú predpokladajú normy ekonomickej povahy tvoriace súčasť režimu koncentrácií (rozsudky Kali & Salz, už citovaný v bode 245 vyššie, body 223 a 224, a Komisia/Tetra Laval, už citovaný v bode 232 vyššie, bod 38; rozsudky Súdu prvého stupňa Gencor/Komisia, už citovaný v bode 246 vyššie, body 164 a 165; Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 64; z 25. októbra 2002, Tetra Laval/Komisia, T-80/02, Zb. s. II-4519, bod 119, a zo 14. decembra 2005, General Electric/Komisia, T-210/01, Zb. s. II-5575, bod 60).

328 Súdny dvor však upresnil toto:

„Aj keď Súdny dvor uznáva, že Komisia má v ekonomických záležitostiach priestor pre voľnú úvahu, nevyplýva z toho, že [súd] Spoločenstva sa musí zdržať posúdenia výkladu údajov ekonomickej povahy Komisiou. [Súd] Spoločenstva musí totiž nielen preveriť vecnú presnosť predložených dôkazov, ich spoľahlivosť a súladnosť, ale aj preskúmať, či tieto dôkazy predstavujú súhrn podstatných údajov, ktoré musia byť zohľadnené pri posúdení komplexnej situácie, a či sú spôsobilé opodstatniť závery, ktoré sa z nich vyvodili.“ (Rozsudok Komisia/Tetra Laval, už citovaný v bode 232 vyššie, bod 39.)

329 Práve vo svetle týchto úvah je potrebné skúmať, či je posúdenie transparentnosti trhu Komisiou zjavne nesprávne.

330 Žalobca najskôr poznamenáva, že pred prijatím rozhodnutia sa trhy s hudobnými nahrávkami považovali za dostatočne transparentné na to, aby umožnili kolektívne dominantné postavenie.

- 331 Žalobca v tomto ohľade pripomína, že v rámci skúmania návrhu koncentrácie medzi EMI a Time Warner Komisia dospela k zisteniu, že trh s hudobnými nahrávkami sa vyznačuje výrobkami so štandardizovanými cenami (standardised pricing products) a je „veľmi transparentný“ (pozri body 37, 38 a 57 oznámenia o výhradách týkajúceho sa návrhu koncentrácie EMI/Time Warner).
- 332 Žalobca ďalej uvádza, že Office of Fair Trading sa vo svojej správe o trhu s hudobnými nahrávkami v Spojenom kráľovstve („Wholesale supply of compact discs“) zo septembra 2002 taktiež domnieval, že trh sa vyznačuje vysokým stupňom transparentnosti, a uviedol súbor faktorov (najmä týždenné uverejňovanie hitparád, spoločný predaj a pravidelné návštevy maloobchodníkov na účely overenia zásob), v dôsledku ktorých bolo o konkurentoch dostupných viac informácií ako v mnohých iných odvetviach (pozri bod 114 oznámenia o výhradách).
- 333 Nakoniec žalobca tvrdí, že v prejednávanej veci, po prvom preskúmaní návrhu koncentrácie medzi Sony a Bertelsmann oznámeného 9. januára 2004 a po prvom vyšetrovaní na trhu, najmä u maloobchodníkov a veľkých spoločností, Komisia rozhodnutím z 12. februára 2004 dospela k záveru, že táto koncentrácia vyvoláva vážne pochybnosti o jej zlučiteľnosti so spoločným trhom a začala konanie podľa článku 6 ods. 1 písm. c) nariadenia. V rámci tohto konania Komisia pokračovala vo vyšetrovaní a zaslala viacero žiadostí o informácie účastníkom koncentrácie (19. februára, 5. marca, 17. marca, 23. marca, 1. apríla a 10. mája 2004), ostatným veľkým spoločnostiam (11. marca a 10. mája 2004), ako aj rôznym subjektom trhu (pozri najmä dotazník pre maloobchodníkov zo 16. apríla 2004). V nadväznosti na preskúmanie všetkých získaných údajov a informácií, ako aj rokovania so Sony a BMG, vydala Komisia 24. mája 2004 oznámenie o výhradách, v ktorom predbežne dospela k záveru, že koncentrácia je nezlučiteľná so spoločným trhom, a to najmä preto, že posilňuje kolektívne dominantné postavenie na trhu s hudobnými nahrávkami.

334 Žalobca zdôrazňuje, že Komisia v oznámení o výhradách jednak zistila súbežnosť cien veľkých spoločností, a to hrubých aj čistých, a jednak sa domnievala, že trh bol dostatočne transparentný na to, aby umožnil vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia veľkých spoločností a dohľad nad koordináciou cien (pozri najmä bod 93 oznámenia o výhradách). V bodoch 94 až 115 oznámenia o výhradách Komisia v tomto ohľade analyzovala desať faktorov, ktoré robia trh s hudobnými nahrávkami osobitne vhodným pre koordináciu a zjednodušujú jej kontrolu. Komisia takto zdôraznila a) homogénnosť výrobku; b) obmedzený počet VPC; c) obmedzený počet relevantných albumov; d) týždenné uverejšovanie hitparád; e) stabilitu zákazníckej základne; f) relatívnu stabilitu trhových podielov; g) vysoký počet kontaktov vďaka vertikálnej integrácii veľkých spoločností; h) vysoký počet štruktúrálnych väzieb medzi veľkými spoločnosťami, akými sú spoločné podniky pre kompilácie a distribúciu, ako aj licenčné a distribučné dohody; i) spoločnú účasť v odvetvových združeniach; j) spoločné rokovania o autorských právach.

335 Aj keď sa totiž zdá, že na rozdiel od posúdenia Komisie uvedeného v rozhodnutí bol relevantný trh považovaný jednak Komisiou, ako aj orgánom hospodárskej súťaže Spojeného kráľovstva, pokiaľ išlo o britský trh, za veľmi transparentný a v každom prípade dostatočne transparentný na to, aby umožnil nevyhnutný dohľad nad tichou koordináciou cien, táto okolnosť však sama osebe nestačí na preukázanie, že pri prijatí opačného stanoviska Komisiou v rozhodnutí došlo k zjavne nesprávnemu posúdeniu. Na jednej strane totiž posúdenie uskutočnené vnútroštátnym orgánom pre hospodársku súťaž nemôže nijakým spôsobom viazať Komisiu pri jej analýze a na druhej strane, ako to bolo pripomenuté vyššie, je oznámenie o výhradách len prípravným dokumentom, ktorého posúdenia sú výlučne predbežnej povahy, a Komisia je povinná zohľadniť dôkazy, ktoré získala počas správneho konania, ako aj tvrdenia predložené dotknutými podnikmi, aby mohla upustiť od výhrad, ktoré sa nakoniec ukázali ako nedôvodné. Toto pravidlo sa prirodzene uplatňuje a *fortiori* v prípade predbežného posúdenia uskutočneného viac rokov predtým v rámci skúmania inej koncentrácie alebo posúdenia uskutočneného iným orgánom hospodárskej súťaže v odlišnom kontexte. To však neznamená, že oznámenie o výhradách je úplne bezvýznamné alebo irelevantné. Aby totiž celé vyšetrovacie správne konanie malo aspoň určitý význam, nielen že by Komisia mala byť schopná

vysvetliť, keď aj nie v rozhodnutí, tak aspoň v rámci konania pred Súdom prvého stupňa, dôvody, pre ktoré sa domnieva, že jej predbežné posúdenie je nesprávne, ale najmä posúdenie obsiahnuté v rozhodnutí musí byť v súlade s faktickými zisteniami uvedenými v oznámení o výhradách v rozsahu, v akom sa nepreukázalo, že tieto zistenia boli nesprávne.

336 Žalobca ďalej predovšetkým tvrdí, že všetky dôkazy získané Komisiou a uvedené jednak v oznámení o výhradách, ako aj v rozhodnutí svedčia o tom, že ceny uplatňované veľkými spoločnosťami sú transparentné alebo určite dostatočne transparentné na to, aby umožnili tichú koordináciu. Komisia nepredložila žiaden dôkaz netransparentnosti trhu, ale sa obmedzila na to, že z údajných výkyvov medzi zľavami vyvodila, že tieto zľavy by mohli znížiť transparentnosť. Žalobca k úvahám o zľavách uvádza určité výhrady a tvrdí, že Komisia priznala týmto zľavám, a to najmä akciovým, neprimeranú dôležitosť bez toho, aby čo i len skúmala ich relevantnosť.

337 Je preto potrebné postupne preskúmať výhrady a tvrdenia týkajúce sa faktorov transparentnosti trhu zdôraznených v rozhodnutí a následne tie výhrady a tvrdenia, ktoré spochybňujú údajné faktory netransparentnosti, a to tak, že budú súčasne konfrontované s tvrdeniami a dôkazmi predloženými žalovanou a vedľajšími účastníkmi, i keď mnohé dôkazy a tvrdenia sú vzájomne prepojené a posúdenie transparentnosti trhu musí spočívať na celkovej analýze všetkých relevantných skutočností.

Faktory transparentnosti uvedené v rozhodnutí

338 V prvom rade je potrebné pripomenúť, že hrubé predajné ceny veľkých spoločností pre ich zákazníkov (maloobchodníkov, supermarkety, atď.) sú verejné, pretože sú uvedené v ich katalógoch. Ide nespochybniteľne o veľmi dôležitý zdroj trans-

parentnosti v oblasti cien. Odôvodnenie č. 76 rozhodnutia však len uvádza, že „VPC sú celkom transparentné, pretože sú uvedené v katalógoch veľkých spoločností“, a „zdá sa teda možné kontrolovať katalógové ceny ostatných veľkých spoločností“. Táto mierna formulácia však nemôže relativizovať konštatáciu transparentnosti hrubých cien, keďže Komisia ani v rozhodnutí, ani v konaní pred Súdom prvého stupňa neuviedla žiadnu okolnosť, ktorá by vysvetľovala, že hrubé ceny boli len „celkom transparentné“. V oznámení o výhradách (bod 81) Komisia navyše v tomto ohľade uviedla toto:

„Komisia sa domnieva, že pre veľké spoločnosti je mimoriadne jednoduché sledovať VPC, za ktoré sú nové úspešné albumy uvádzané na trh, pretože tieto VPC sú verejnosti k dispozícii v katalógoch veľkých spoločností.“

339 V druhom rade je potrebné zdôrazniť, že v rozhodnutí sa uvádza, že hoci účastníci koncentrácie tvrdili, že používajú viac ako 100 VPC, Komisia zistila, že každá veľká spoločnosť dosiahla so svojimi tromi hlavnými VPC v závislosti od krajiny od viac ako 55 až do viac ako 80 % celkového predaja 100 najpredávanejších albumov. Dôsledkom tohto sústredenia podstatnej časti predaja albumov na veľmi obmedzený počet referenčných cien, ktoré sa potvrdilo na základe odpovedí veľkých spoločností, je zjednodušenie koordinácie cien, ako to okrem iného zdôraznila Komisia v bode 96 oznámenia o výhradách: „Tento systém cien zjednodušuje koordináciu, pretože poskytuje jednoducho vysvetliteľné informácie o úrovni, na ktorej veľké spoločnosti stanovujú cenu väčšiny svojho predaja.“

340 Vo svojom vyjadrení k žalobe Komisia argumentovala komplexnosťou stanovovania veľkoobchodných cien, keďže jednotlivé albumy majú rôzne stupne úspechu, čo vplýva na pôvodné stanovenie VPC pri vydaní albumu a na následný vývoj, v dôsledku čoho je ťažké určiť, či sa VPC určitého albumu mení s cieľom udržania klesajúceho úspechu alebo v rámci stratégie „odchýlenia sa“. Najskôr je nutné uviesť, že táto argumentácia nenachádza žiadnu oporu v rozhodnutí, ba dokonca je v rozpore so zisteniami, ktoré sú tam uvedené. Ako je totiž uvedené vyššie, Komisia v odôvodnení č. 76 rozhodnutia (a v zodpovedajúcich odôvodneniach pri ostatných krajinách) uviedla, že aj keď veľké spoločnosti tvrdili, že používali viac ako 100 VPC,

v skutočnosti pri podstatnej časti svojho predaja používali len dve alebo tri VPC. Okrem toho sa v odôvodnení č. 110 rozhodnutia uvádza, že „napriek heterogénnosti obsahu sa spôsoby stanovovania cien a uvádzania albumov na veľkoobchodné trhy zdajú byť celkom štandardizované“. Ďalej je potrebné poznamenať, že keďže je stupeň úspechu albumu vždy známy vďaka hitparádam, veľké spoločnosti môžu na rozdiel od toho, čo tvrdí Komisia, ľahko určiť, či k zmene VPC určitého albumu došlo alebo nedošlo v medziach dohodnutej cenovej politiky.

341 V treťom rade odôvodnenie č. 111 rozhodnutia stanovuje toto:

„... Hoci predaj albumov prebieha v rámci obmedzeného počtu referenčných cien, rôznorodosť albumov ponúkaných za rozličné katalógové ceny by mohla sťažiť kontrolu dodržiavania kartelu. Veľké spoločnosti však musia kontrolovať len referenčné ceny obmedzeného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja. Z údajov poskytnutých účastníkmi koncentrácie vyplýva, že 20 najpredávanejších albumov predstavuje najmenej polovicu ročného predaja BMG vo všetkých krajinách spolu s výnimkou Nemecka“ (pozri tiež bod 85 oznámenia o výhradách).

342 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe však uvádza, že keďže stupeň budúceho úspechu nemožno pred vydaním predmetného albumu s úplnou istotou predvídať (o nič viac ako dĺžku trvania tohto úspechu po jeho vydaní), podmienkou úspešnej koordinácie je stále sledovanie VPC omnoho väčšieho počtu jednotlivých albumov, ako je počet albumov, ktoré sú *a posteriori* považované za najväčší prínos z hľadiska obratu každej veľkej spoločnosti.

343 Je nutné konštatovať, že táto argumentácia nenachádza žiadnu oporu v rozhodnutí, podľa ktorého veľké spoločnosti musia kontrolovať len referenčné ceny obmedze-

ného počtu najpredávanejších albumov, aby mohli sledovať väčšinu predaja. Toto sledovanie je navyše podstatne zjednodušené vďaka hitparádam, ktoré vždy poskytujú veľmi presný údaj o vývoji úspechu rôznych albumov.

344 Okrem toho, ako správne zdôrazňuje žalobca, rozhodnutie tiež stanovuje, že „Komisia zistila určité okolnosti naznačujúce, že VPC by mohli byť použité ako základ vyrovnania cien“. Tvrdenie Komisie, podľa ktorého toto zistenie nie je konečné, zjavne nemožno uznať, keďže rozhodnutie svojou podstatou predstavuje konečné štádium konania o preskúmaní koncentrácie a Komisia nepoukázala na žiadnu ďalšiu okolnosť v rozhodnutí, ktorá by vyvrátila alebo oslabilila toto zistenie. Komisia sa nanajvýš odvoláva na skutočnosť, že účastníci koncentrácie predložili dôkazy, ktoré preukazujú, že kombinácie VPC zodpovedajúcich ich 20 najlepším albumom sa často vo veľkej miere menili zo štvrtroka na štvrtrok a že nepredvídateľnosť úspechu nútila každú veľkú spoločnosť sledovať VPC viac ako 80 albumov (alebo po koncentracii 60 albumov) vydaných ich konkurentmi. Toto zistenie však nebolo prevzaté do rozhodnutia, ba práve naopak, odporuje v ňom uskutočneným zisteniam.

345 Rovnako je nutné konštatovať, že údaje poskytnuté ekonómami účastníkov koncentrácie okrem toho, že nie je zrejmé, na základe čoho mohli umožniť dospieť k záveru, ktorý z nich vyvodila Komisia, nie sú jasné a nezdajú sa byť ani spoľahlivé. Je tak prinajmenšom prekvapivé, že VPC sa mohli štvrtročne zvýšiť v uvedenom rozsahu [*dôverné*].

346 V každom prípade však počet albumov, ktoré bolo podľa Komisie nutné sledovať, sa nezdá byť tak vysoký, aby znemožnil alebo osobitne sťažil alebo zdrazil toto sledovanie, o to viac, že, ako to uznáva Komisia, týždenné hitparády sledovanie podstatne zjednodušujú.

- 347 Z vyššie uvedeného vyplýva, že tri faktory — verejná povaha hrubých cien (VPC), obmedzený počet referenčných cien a obmedzený počet albumov, ktoré je potrebné sledovať — uvedené v rozhodnutí umožňujú vytvorenie veľkej transparentnosti cien.
- 348 Okrem toho, ako sa uvádza v odôvodnení č. 112 rozhodnutia, „na trhu existujú iné mechanizmy, ktoré zvyšujú transparentnosť a mohli by zjednodušiť kontrolu dodržiavania kartelu“.
- 349 Po prvé rozhodnutie v odôvodnení č. 112 uvádza, že „uverejňovanie týždenných [hitparád] poskytuje informácie o predajoch podľa titulov umožňujúce veľmi ľahko odhaliť tituly, z ktorých sa stávajú ‚hity‘ a ktoré majú veľký podiel na predaji“. Hitparády sú teda dôležitým zdrojom transparentnosti, keďže umožňujú nie len kedykoľvek identifikovať najpredávanejšie albumy, ale tiež overiť, či sa albumy predávajú za cenu zodpovedajúcu ich úrovni úspechu, vzhľadom na to, že VPC sú verejné. Rozhodnutie navyše upresňuje, že toto „týždenné uverejňovanie predaja podľa titulov podstatne zjednodušuje kontrolu zo strany veľkých spoločností“.
- 350 Po druhé trh „charakterizujú pevné a trvajúce vzťahy medzi maloobchodníkmi a veľkými spoločnosťami“, keďže každý maloobchodník musí ponúkať výrobky všetkých veľkých nahrávacích spoločností (odôvodnenie č. 112 rozhodnutia).
- 351 Po tretie sa podľa rozhodnutia na trhu nachádza len obmedzený počet subjektov, a preto veľká časť predaja smeruje k obmedzenému počtu zákazníkov. Ako uvádza odôvodnenie č. 112 *in fine*, táto situácia „napomáha prijatiu kooperačných stratégií slúžiacich záujmom veľkých spoločností a taktiež zjednodušuje kontrolu a obeh informácií“.

- 352 Po štvrté Komisia zistila existenciu kontroly maloobchodného trhu. Podľa odôvodnenia č. 113 „vyšetrenie ukázalo, že Sony a BMG zaviedli systém týždenných správ zahrnujúcich informácie o konkurentoch“.
- 353 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe tvrdí, že správy, ktoré jej boli odovzdané účastníkmi koncentrácie, neobsahujú informácie o zľavách a že nemohla preukázať, že tieto správy zaručovali dostatočný stupeň transparentnosti akciových zliav poskytovaných konkurentmi.
- 354 V tomto ohľade je potrebné najskôr zdôrazniť, že bez ohľadu na stupeň presnosti informácií o hrubých, čistých alebo maloobchodných cenách alebo o zľavách uvedených v týchto správach tieto správy predstavujú, ako to zdôrazňuje aj samotné rozhodnutie, dodatočný faktor transparentnosti trhu. Z týždenných správ predložených Komisiou navyše vyplýva, že obsahujú informácie o stave zásob albumov konkurenčných spoločností a ich vývoji.
- 355 Je potrebné ďalej poznamenať, že ide len o niekoľko príkladov týždenných správ predložených samotnými účastníkmi koncentrácie.

356 [dôverné]

357 [dôverné]

358 [dôverné]

359 [dôverné]

360 [dôverné]

361 V piatom rade sa v odôvodnení č. 113 rozhodnutia uvádza, že oddelenia predaja veľkých spoločností udržiavajú pravidelné a stále kontakty s maloobchodníkmi a veľkoobchodníkmi, pričom rokovania o podporách a akciových zľavách prebiehali často každý týždeň. Hoci na existencii kontaktov s maloobchodníkmi niet nič nezvyčajného, početnosť kontaktov však oddeleniam predaja umožňuje získať presnejšie informácie o konkurencii a podmienkach, ktoré táto konkurencia uplatňuje, a sledovať skoro v reálnom čase vývoj úspechu rôznych albumov ich konkurentov. O to viac je tomu tak v prejednávanej veci, v ktorej, ako je uvedené v odôvodnení č. 112 rozhodnutia, má trh takú povahu, že každý maloobchodník musí ponúkať výrobky všetkých veľkých spoločností, takže každá veľká spoločnosť je v stálom kontakte so všetkými klientmi svojich konkurentov, a preto môže získať presné informácie o nimi uplatňovaných podmienkach. Takisto sa zistilo, že podstatná časť predaja smeruje k obmedzenému počtu zákazníkov. Tieto okolnosti môžu spôsobiť veľkú transparentnosť trhu. Komisia navyše v odôvodnení č. 112 rozhodnutia dospela k záveru, že táto situácia „uľahčovala prijatie kooperačných stratégií slúžiacich záujmom veľkých nahrávacích spoločností, keďže zjednodušovala kontrolu a výmenu informácií“.

362 Z týchto piatich dodatočných faktorov vyplýva, že už silná transparentnosť vyplývajúca z troch prvých faktorov uvedených vyššie (najmä uverejňovanie predajných cien) ešte narástla. V tomto ohľade je potrebné poznamenať, že v bode 116 oznámenia o výhradách Komisia navyše dospela k záveru, že „trh mal takú štruktúru, že k výmene informácií dochádzalo ľahko a sledovanie riadiacich zásad veľkými spoločnosťami bolo len rutinou“.

363 Teraz je potrebné preskúmať, či okolnosti, na ktoré sa Komisia odvoláva ako na zdroj netransparentnosti trhu, sú natoľko dôležité, aby umožnili vyvrátiť záver o dostatočnej transparentnosti trhu na to, aby sa umožnilo sledovanie dodržiavania spoločnej politiky v cenovej oblasti.

Okolnosti, ktoré môžu spôsobovať netransparentnosť trhu

364 Napriek mnohým zdrojom transparentnosti trhu pripomenutým vyššie však Komisia, ako to vyplýva z odôvodnenia č. 157 rozhodnutia, dospela k záveru, že z dôvodu nedostatkov zistených na úrovni skutočnej transparentnosti kolektívne dominantné postavenie neexistuje.

365 Z časti *ad hoc* venovanej skúmaniu transparentnosti trhu vyplýva, že toto posúdenie spočíva na tvrdení, vyjadrenom v odôvodnení č. 111 rozhodnutia, podľa ktorého „určitá kontrola na úrovni jednotlivého výrobku, teda albumu, je rovnako nevyhnutná najmä v súvislosti s akciovými zľavami“. Toto odôvodnenie okrem toho uvádza, že „vyšetrovanie na trhu ukazuje, že táto nevyhnutnosť by mohla zmenšiť transparentnosť na trhu a sťažiť tajné kartely“ a že „Komisia nenašla dostatok dôkazov na to, aby dospela k záveru, že tieto ťažkosti mohli byť v minulosti prekonané“. V tomto ohľade sa v odôvodnení č. 113 rozhodnutia upresňuje, že Komisia „nenašla dostatok dôkazov, aby mohla preukázať, že veľké nahrávacie spoločnosti tým, že kontrolovali maloobchodné ceny, alebo tým, že využívali svoje kontakty s maloobchodníkmi, mohli v minulosti nahradiť nedostatok transparentnosti predovšetkým v oblasti akciových zliav“. Z toho vyplýva, že kvôli zľavám, alebo prinajmenšom akciovým zľavám, sa Komisia domnievala, že trh nebol dostatočne transparentný na to, aby umožnil vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia.

366 V tomto ohľade je potrebné na úvod poznamenať, že Komisia v rozhodnutí nedošla k záveru, že by trh vďaka zľavám nebol transparentný, ani že by zľavy ovplyvňovali transparentnosť alebo stupeň transparentnosti nevyhnutný na to, aby sa umožnilo kolektívne dominantné postavenie, ale nanajvýš, že by zľavy mohli „sťažiť tajné kartely“. Za týchto podmienok a vzhľadom na verejnú povahu, a teda transparentnosť VPC, ako aj na všetky ostatné faktory, ktoré v zmysle samotného znenia rozhodnutia zvyšujú transparentnosť trhu a zjednodušujú kontrolu dodržiavania kartelu, neumožňujú zistenia a úvahy obsiahnuté v časti *ad hoc* venovanej skúmaniu transparentnosti trhu, ako bolo rozhodnuté aj v rámci výhrady týkajúcej sa odôvodnenia, odôvodniť posúdenie, podľa ktorého trh nie je dostatočne transparentný.

367 Komisia však v rámci časti venovanej skúmaniu spoločnej cenovej politiky, v znení rovnakom pre päť veľkých krajín, konštatovala výkyvy zliav, ku ktorým dochádzalo v podstate v dôsledku akciových zliav, a uviedla, že nemohla preukázať dostatočný stupeň transparentnosti akciových zliav (odôvodnenia č. 79 a 80 rozhodnutia vo vzťahu k Spojenému kráľovstvu a odôvodnenia č. 86 a 87, 93 a 94, 100 a 101 a 107 a 108 jednotlivo vo vzťahu k ostatným krajinám).

368 Posúdenie Komisie je založené na myšlienke výslovne uvedenej v jej vyjadreniach, ktorá bola zároveň východiskom pre rozhodnutie, podľa ktorej tichá koordinácia v cenovej oblasti môže byť účinná len vtedy, keď sa týka čistých predajných cien, teda hrubých cien, ktorými sú v prejednávanej veci VPC po odpočítaní zliav. Spoločná politika na úrovni VPC a možnosť sledovať jej dodržiavanie by totiž nemali význam, ak by tajné a netransparentné zľavy narúšali účinky takejto koordinácie katalógových cien.

369 Z rozhodnutia (odôvodnenie č. 73) vyplýva, že veľké spoločnosti poskytujú viacero druhov zliav: zľavy na faktúru (bežné alebo akciové), spätné zľavy a platby na základe zmlúv o obchodnej spolupráci. Je nesporné, že len zľavy na faktúru boli Komisiou považované za relevantné na účely posúdenia transparentnosti. Na jednej strane

totiž podľa odôvodnenia č. 73 (a tiež podľa odôvodnenia č. 151) vyšetrovanie ukázalo, že výdavky vyplývajúce zo zmlúv o obchodnej spolupráci boli skôr určitým druhom odmeny za uvedenie výrobkov na trh ako skutočnými zľavami, na druhej strane spätné zľavy podľa odôvodnení č. 78, 92, 99 a 106 rozhodnutia buď vôbec neexistujú, alebo sú malé, a keďže, ako je uvedené v odôvodnení č. 151 rozhodnutia, majú „za cieľ byť určitým spôsobom ‚vernostnými zľavami‘, nemajú okamžitý účinok na hospodársku súťaž v oblasti cien“. Všetky odôvodnenia rozhodnutia týkajúce sa transparentnosti zliav (odôvodnenia č. 111 a 113 v časti *ad hoc* týkajúcej sa transparentnosti a odôvodnenia č. 79 a 80 v časti týkajúcej sa spoločnej politiky v oblasti cien uplatňovaných v Spojenom kráľovstve, ako aj zodpovedajúce odôvodnenia týkajúce sa ostatných veľkých štátov) navyše obsahujú len tvrdenia týkajúce sa výlučne transparentnosti (bežných a akciových) zliav na faktúru. Rovnako aj vo svojich vyjadreniach pred Súdom prvého stupňa sa Komisia odvolávala výlučne na nedostatok transparentnosti zliav na faktúru.

370 Najskôr je nutné konštatovať, že odôvodnenia č. 111 a 113 neobsahujú konkrétne zistenia, ale v skutočnosti sa len obmedzujú na to, že odkazujú na tvrdenia rozvinuté v časti venovanej preskúmaniu spoločnej politiky v oblasti cien (a to na odôvodnenia č. 79 a 80 vo vzťahu k Spojenému kráľovstvu a na zodpovedajúce odôvodnenia vo vzťahu k iným krajinám, ktoré sú formulované v presne tom istom znení).

371 V každom prípade je však potrebné zdôrazniť, že uvedený odkaz sa týka, prinajmenšom výslovne, len akciových zliav a nie bežných zliav. Na jednej strane totiž odôvodnenie č. 111 odkazuje na nevyhnutnosť kontroly na úrovni albumu „najmä v súvislosti s akciovými zľavami“ a na druhej strane odôvodnenie č. 113 *in fine* hovorí o „nedostatku transparentnosti predovšetkým v oblasti akciových zliav, spomínanom v súvislosti s piatimi veľkými členskými štátmi“. Z tvrdení uvedených v časti *ad hoc* týkajúcej sa transparentnosti teda vyplýva, že netransparentnosť vyplýva len z akciových zliav. Táto analýza je navyše potvrdená odôvodneniami č. 79 a 80. V odôvodnení č. 79 rozhodnutia sa totiž uvádza, že výkyvy zliav „vyplývali predovšetkým z akciových zliav používaných pružnejším spôsobom ako bežné zľavy, ktoré sa obyčajne stanovujú každoročne“. Rovnako sa v odôvodnení č. 80

rozhodnutia uvádza, že veľké spoločnosti „v určitom rozsahu poznali bežné zľavy poskytované ich konkurentmi, keďže stále prichádzali do styku s tou istou klientelou“, a že „akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy“. Navyše sa v žiadnej časti netvrdí, a ani sa nepreukázalo, že by bežné zľavy boli netransparentné alebo nedostatočne transparentné.

372 Komisia vo svojich vyjadreniach pred Súdom prvého stupňa taktiež pripustila, že bežné zľavy sú celkom transparentné najmä preto, že sa stanovujú ročne a uplatňujú sa na celkový predaj zákazníka (prípadne s inými sadzbami pre populárnu hudbu, vážnu hudbu alebo albumy, ktoré sú predmetom reklamy v televízii), a navyše predložila len tvrdenia s cieľom preukázať netransparentnosť výlučne akciových zliav. Vo svojom vyjadrení k žalobe taktiež vysvetlila, že takúto dôležitosť akciovým zľavám priznala v dôsledku nevyhnutnosti kontroly všetkých zložiek čistých cien, keďže relatívne transparentné VPC a určitá znalosť bežných zliav by nepostačovali, ak by významné akciové zľavy boli zdrojom výkyvov čistých cien. Rovnako v ňom uviedla, že nemohla dospieť k záveru, že veľké spoločnosti s istotou poznali skutočné postupy stanovovania čistých cien inej veľkej spoločnosti „v prípade existencie dôkazov o relatívnej transparentnosti VPC, niekoľkých dôkazov o určitej miere transparentnosti bežných zliav a presvedčivých dôkazov o netransparentnosti a komplexnosti akciových zliav“. Nakoniec Komisia vo svojich záverečných pripomienkach dokonca výslovne uviedla, že v rozhodnutí dospela k záveru „že existuje vysoký stupeň transparentnosti VPC, ako aj bežných zliav“.

373 Z rozhodnutia samotného, ako aj z argumentácie rozvinutej Komisiou pred Súdom prvého stupňa vyplýva, že údajný jediný faktor netransparentnosti trhu vyplýva z menšej transparentnosti akciových zliav.

374 Najskôr je nutné konštatovať, že iba odôvodnenie č. 80 rozhodnutia (a zodpovedajúce odôvodnenia č. 87, 94, 101 a 108 vo vzťahu k ostatným štyrom

veľkým štátom, ktoré sú formulované rovnakým spôsobom) sa výslovne týka transparentnosti zliav. Uvádza sa tam toto:

„Čo sa týka transparentnosti zliav, odpovede zákazníkov... v rámci vyšetrovania uskutočneného Komisiou na trhu väčšinou ukázali, že veľké nahrávacie spoločnosti boli v určitom rozsahu oboznámené s bežnými zľavami poskytovanými ich konkurentmi, keďže stále prichádzali do styku s tou istou klientelou. Zdá sa však, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy a že ich kontrola vyžaduje taktiež podrobné sledovanie vývoja tohto druhu zliav na maloobchodnom trhu.“

375 V tomto ohľade je potrebné poznamenať, že pre väčšinu veľkých krajín odpovede uvedené vo vysvetlivkách nachádzajúcich sa v poznámkach pod čiarou k odôvodneniam č. 80, 87, 94, 101 a 108 rozhodnutia potvrdzujú existenciu vyššieho stupňa transparentnosti, ako je stupeň transparentnosti uvedený v rozhodnutí. Poznámka pod čiarou 55 totiž upresňuje, že „päť veľkých talianskych maloobchodníkov, ktorí odpovedali na túto otázku, uviedlo, že veľké nahrávacie spoločnosti poznali VPC a zľavy uplatňované ich konkurentmi“, v prípade francúzskych maloobchodníkov tak uviedli traja zo štyroch, pričom štvrtý z nich vyhlásil, že sa k tejto otázke nie je schopný vyjadriť (pozri poznámku pod čiarou 49). S výnimkou jedného britského zákazníka neuvádzali vysvetlivky pri žiadnej z ostatných krajín, že by aspoň jeden maloobchodník odpovedal, že veľké spoločnosti zľavy nepoznali. Rovnako, s výnimkou jedného z ôsmich maloobchodníkov v Nemecku, žiaden z maloobchodníkov podľa vysvetliviek neuviedol, že by veľké spoločnosti poznali zľavy uplatňované ich konkurentmi len v určitej miere.

376 Navyše je potrebné zdôrazniť, že žiadna z vysvetliviek neuvádza, že by maloobchodníci odpovedali, že veľké spoločnosti poznali len bežné zľavy a nie akciové zľavy, keďže odpovede sa týkali len zliav ako takých bez ich ďalšieho rozlíšenia.

377 Preto je nutné konštatovať, že dôkazy, tak ako sú uvedené v rozhodnutí, neumožňujú podprieť závery, ktoré sú z nich vyvodené.

378 Ďalej sa zdá, že závery, ku ktorým sa dospelo v rozhodnutí, sa jednoznačne odlišujú od zistení uvedených v oznámení o výhradách.

379 Oznámenie o výhradách totiž v bode 81 uvádza, že „Komisia sa domnieva, že existuje dostatok dôkazov, že veľké spoločnosti navzájom poznajú svoje obchodné podmienky“. Navyše z neho vyplýva, že nejde ani tak o posúdenie Komisie, ktoré možno zmeniť, ako skôr o skutkové zistenia vyplývajúce z vyšetrovania. Bod 92 oznámenia o výhradách totiž upresňuje: „Informácie získané od maloobchodníkov naznačujú, že nielen že veľké spoločnosti navzájom poznali svoje obchodné podmienky, ale navyše im navzájom boli známe ich zľavy a obchodné postupy. Niektorí z najdôležitejších predajcov vo Francúzsku, v Spojenom kráľovstve a v Nemecku informovali Komisiu o tom, že si myslia, že veľké spoločnosti navzájom dobre poznali svoje obchodné podmienky.“ Rovnako vysvetlivka č. 54 oznámenia o výhradách uvádza, že maloobchodníci vyhlásili, že: „Veľkým spoločnostiam sú známe rozpätia zliav uplatňovaných ich konkurentmi. Je verejne známe, že zľavy na obchodné transakcie poskytované nahrávacími spoločnosťami sú známe obchodným oddeleniam veľkých spoločností. Jeden zákazník vyhlásil, že veľké spoločnosti navzájom poznajú svoje zľavy s presnosťou od 0,5 do 1 %.“ Komisia v bode 92 oznámenia o výhradách pokračuje týmito slovami: „Mnoho predajcov sa tiež domnieva, že bežným postupom je používanie podmienok získaných u jednej veľkej spoločnosti pri rokovaní s inými veľkými spoločnosťami“, pričom vo vysvetlivke č. 55 cituje túto odpoveď jedného maloobchodníka: „Pri obchodných rokovaníach sa odkazuje na podmienky a zľavy uplatňované ostatnými veľkými spoločnosťami. Obmedzený počet dodávateľov umožňuje veľkým spoločnostiam ľahko získať celkový obraz o nimi uplatňovaných podmienkach a v dôsledku toho sa im prispôbiť.“ Nakoniec, aj keď ide skôr o posúdenie ako o zistenie, Komisia

v bode 129 oznámenia o výhradách uvádza, že: „Vyšetovanie na trhu potvrdilo, že oddelenia predaja veľkých spoločností sú v pravidelnom a stálom kontakte s maloobchodníkmi a veľkoobchodníkmi... Keďže došlo k uverejneniu rôznych rebríčkov, veľké spoločnosti môžu ľahko dohliadať nad tým, či ostatné veľké spoločnosti ponúkajú dodatočné zľavy na najlepšie albumy.“

380 Znenie vyjadrenia Komisie k žalobe navyše vyvoláva ďalšie otázky. V poznámke pod čiarou 45 týkajúcej sa odôvodnenia č. 51 vyjadrenia Komisie k žalobe Komisia uvádza: „Oznamovatelia koncentrácie tvrdia, že určitý počet kladných odpovedí sa týkal len VPC alebo nerozlišoval medzi VPC a zľavami. Len päť z celkových 36 dostupných odpovedí pochádzajúcich zo všetkých krajín výslovne uvádzalo, že existovala určitá transparentnosť zliav; opačné stanovisko bolo výslovne obhajované v jedenástich odpovediach“. Hoci prvá veta uvádza, že ide len o tvrdenie predložené účastníkmi koncentrácie, druhá veta je naopak formulovaná ako skutkové zistenie Komisie. Je však nutné konštatovať, že toto tvrdenie je v zjavnom rozpore s opisom odpovedí maloobchodníkov uvedeným v rozhodnutí, keďže v poznámkach pod čiarou 49, 52, 55 a 57 rozhodnutia sa uvádza, ako bolo uvedené vyššie, že veľká väčšina maloobchodníkov odpovedala, že veľké spoločnosti poznali zľavy svojich konkurentov bez toho, aby sa akokoľvek upresnilo, že išlo len o čiastočnú alebo približnú znalosť, pričom žiaden z nich (s výnimkou jediného britského maloobchodníka) neuviedol, že by zľavy neboli transparentné. Tvrdenie Komisie preto nemožno prijať. Vyjadrenie Komisie k žalobe navyše odkazuje len na odpovede 36 maloobchodníkov, pričom však existuje minimálne 42 odpovedí, ku ktorým sa účastníci koncentrácie vyjadrovali vo svojom prípise k transparentnosti zo 17. júna 2004.

381 Z odpovedí Komisie na písomné otázky Súdu prvého stupňa ďalej vyplýva, že závery, ktoré vyvodila z vyšetovania u maloobchodníkov, možno na jednej strane vysvetliť okolnosťou, že použila argumentáciu rozvinutú účastníkmi koncentrácie v ich odpovedi na oznámenie o výhradách a v prípise k transparentnosti cien podanom

17. júna 2004 po vypočutí pred Komisiou, podľa ktorých mali byť kladné odpovede maloobchodníkov, ktoré neupresňovali, či odkazujú na VPC a/alebo na zľavy vylúčené z posudzovania.

382 Pred preskúmaním dôvodnosti tohto vysvetlenia je potrebné najskôr vyjadriť počudovanie nad oneskorenosťou, s akou bolo podané. Keďže stupeň transparentnosti je v prejednávanej veci základnou otázkou, je ťažké pochopiť, že toto vysvetlenie týkajúce sa základného dôkazu nie je uvedené ani v rozhodnutí, určite ani vo vyjadrení k žalobe, ani vo vyjadrení k doplňujúcim pripomienkam, ale že bolo poskytnuté až tesne pred pojednávaním v odpovedi na konkrétnu otázku Súdu prvého stupňa.

383 V súvislosti s dôvodnosťou tohto tvrdenia je potrebné pripomenúť, že v dotazníku zaslanom Komisiou maloobchodníkom bola položená táto otázka: „Sú podľa skúsenosti Vášho oddelenia nákupu nahrávacím spoločnostiam známe VPC a zľavy uplatňované ich konkurentmi?“ Ako správne tvrdí žalobca, niet žiadneho platného dôvodu domnievať sa, že kladné odpovede maloobchodníkov (navyše niekedy vyjadrené veľmi kategoricky ako „samozrejme“, „pravdaže“ alebo „určite“), v ktorých nebolo upresnené, či sa vzťahujú len na ceny a/alebo zľavy, nemožno zohľadniť. Odpoveď na túto otázku, tak ako bola položená, či už kladná alebo záporná, musí byť totiž logicky chápaná v tom zmysle, že sa vzťahuje na obe predmetné skutočnosti, ibaže by obsahovala nejaké obmedzenie alebo upresnenie. Za predpokladu, že Komisia sa domnievala, že naďalej ostávajú pochybnosti o presnom význame odpovedí, prináležalo jej, a to najmä vzhľadom na dôležitosť tejto okolnosti pre rozhodnutie, aby túto okolnosť overila u dotknutých maloobchodníkov, k čomu navyše mohlo dôjsť počas veľmi krátkej doby.

384 V každom prípade je nutné konštatovať, že tvrdenie oznamovateľov koncentrácie, ktoré zastáva aj Komisia, na základe ktorého „len päť z celkových 36 dostupných odpovedí výslovne uvádzalo, že existovala určitá transparentnosť, hoci opačné stanovisko bolo výslovne obhajované v jedenástich odpovediach“, je zjavne nesprávne.

385 V súvislosti s údajnými jedenástimi odpoveďami výslovne uvádzajúcimi, že neexistuje transparentnosť zliav, je potrebné uviesť, že z prípisu Sony a BMG zo 17. júna 2004 (príloha C.9 k vyjadreniu vedľajšieho účastníka) vyplýva, že uvádzaný počet záporných odpovedí je desať a nie jedenásť (pozri s. 213) a že v skutočnosti tento prípis hovorí len o siedmich, z ktorých sa len štyri týkajú veľkých krajín, ktoré sú v rámci rozhodnutia predmetom hlavného skúmania. Okrem toho sa zdá, že skoro žiadnu z týchto štyroch odpovedí nemožno vykladať v tom zmysle, že obsahuje výslovne zápornú odpoveď. Je zjavné, že odpoveď [dôverné] „podľa nášho názoru poznali VPC svojich konkurentov“ nemožno chápať v tom zmysle, že by výslovne uvádzala, že veľké spoločnosti nepoznali zľavy svojich konkurentov. Ďalšia odpoveď týkajúca sa nemeckého trhu uvádza, že „nie podrobne, poznajú však minimálne ceny konkurencie“, čo tiež nepredstavuje výslovne zápornú odpoveď. Odpoveď uvedená na strane 61 [dôverné] týkajúca sa trhu v Spojenom kráľovstve je jedinou výlučne zápornou odpoveďou „VPC — Áno. Zľavy — Nie“, avšak napriek tomu hneď upresňuje, že „v prípade však, že je na album u maloobchodníka poskytnutá všeobecná zľava, bude zníženie priemernej maloobchodnej predajnej ceny, ktoré z toho vyplýva, zjavné pre celý trh“. Na záver ďalšia údajne záporná odpoveď [dôverné] uvedená v prípise zo 17. júna 2004 („nie je nám známe, že by nahrávacie spoločnosti poznali VPC a zľavy svojich konkurentov“) sa v spise nenachádza. Štyri ďalšie odpovede týkajúce sa trhu v Spojenom kráľovstve (tak podľa rozhodnutia, ako aj na základe dokumentov poskytnutých Komisiou Súdu prvého stupňa odpovedalo päť britských maloobchodníkov) jednotlivo uvádzajú „VPC — Áno. Zľavy — V rozpätí od 0,5 do 1 %“ (s. 56), „Samozrejme“ (s. 58), „Áno“ (s. 63), „nahrávacie spoločnosti poznajú VPC svojich konkurentov... myslí, že sú tiež skôr dobre oboznámené s rozpätím zliav uplatňovaných ich konkurentmi“ (s. 65) (tento maloobchodník tiež v odpovedi na ďalšiu otázku uvádza, že „v rámci obchodných rokovaní sa odkazovalo na podmienky a zľavy uplatňované ostatnými veľkými spoločnosťami“ a že „obmedzený počet dodávateľov umožňuje veľkým spoločnostiam ľahko získať celkový obraz o nimi uplatňovaných podmienkach a v dôsledku toho sa im prispôbiť“). Je nutné konštatovať, že všetky odpovede britských zákazníkov majú ďaleko od toho, aby boli výslovne záporné, práve naopak, jasne svedčia o pomerne veľkej transparentnosti tak VPC, ako aj zliav.

386 Okrem toho z preskúmania týchto odpovedí maloobchodníkov predložených Komisiou deň pred pojednávaním vyplýva, že závery, ktoré z nich vyvodila, o ne nemožno oprieť. Mnohé odpovede svedčia o transparentnosti zliav a o ich znalosti veľkými spoločnosťami.

387 Z vyššie uvedeného vyplýva, že Komisia zjavne nesprávne posúdila odpovede maloobchodníkov.

388 V súvislosti s rozlíšením medzi transparentnosťou bežných zliav a akciových zliav uskutočneným v rozhodnutí z vyjadrenia k žalobe vyplýva, že práve na základe účastníkmi koncentrácie uskutočnenej analýzy odpovedí maloobchodníkov, vyhlásení riadiacich pracovníkov Sony a BMG v jednotlivých členských štátoch (príloha B.2) a správ obchodných zástupcov o vývoji dospela Komisia k záveru, že aj keď by sa transparentnosť mohla týkať VPC a v určitej miere aj bežných zliav, pravdepodobne sa netýkala akciových zliav, ktoré sa dojednávajú od prípadu k prípadu.

389 Žiaden z týchto troch zdrojov však neumožňuje podprieť záver vyvodený Komisiou. V prvom rade, ako je to vyjadrené vyššie, posúdenie odpovedí maloobchodníkov uskutočnené Komisiou na základe analýzy účastníkov koncentrácie je zjavne nesprávne. Okrem toho žiadna odpoveď maloobchodníkov, či už kladná, alebo záporná, nerozlišuje medzi bežnými zľavami a akciovými zľavami. V druhom rade je zjavné, že samotné vyhlásenia zástupcov účastníkov koncentrácie nemôžu predstavovať platný dôkaz netransparentnosti akciových zliav. V treťom rade týždenné správy obchodných zástupcov o vývoji zahrnujúce informácie o konkurentoch sú, ako je to vyjadrené v odôvodnení č. 113 rozhodnutia, ďalším zdrojom transparentnosti trhu. Preto aj za predpokladu, že neobsahujú presné informácie o zľavách, najmä akciových, v žiadnom prípade nepreukazujú netransparentnosť týchto zliav. Okrem toho, tak ako bolo uvedené vyššie [*dôverné*].

390 Z vyššie uvedeného vyplýva, že posúdenie transparentnosti trhu uskutočnené v rozhodnutí je zjavne nesprávne, pretože sa zakladá na dôkazoch, ktorými nemožno podprieť závery, ktoré sú z nich vyvodené.

391 Napriek tomu však Súd prvého stupňa ešte preskúma tvrdenia založené na výkyvoch a komplexnosti akciových zliav.

392 V odôvodneniach č. 79, 86, 93, 100 a 107 rozhodnutia Komisia zistila určitý stupeň kolísania a tiež rozdiely medzi zľavami na faktúru poskytovanými Sony a BMG väčšine ich hlavných zákazníkov v piatich veľkých krajinách (2 až 5 % v Spojenom kráľovstve, Nemecku a Španielsku; 1 až 3 % v Taliansku, pričom vo Francúzsku bola situácia trochu odlišná, ale rovnakého rozsahu, ak sa zohľadnia všetky zľavy). Takisto sa tam uvádza toto:

„Účastníci [koncentrácie] navyše predložili údaje, z ktorých vyplýva, že zľavy na faktúru pre určitého zákazníka kolísali v čase a v závislosti od albumu a že zľavy poskytované na určitý album sa líšili v závislosti od zákazníka. Na základe šetrenia uskutočneného na trhu sa ukázalo, že tieto výkyvy vyplývali predovšetkým z akciových zliav používaných pružnejším spôsobom ako bežné zľavy.“

393 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe predložila množstvo tabuliek v snahe preukázať výkyvy a komplexnosť zliav. Vyplýva z nich, že akciové zľavy sú menej transparentné ako bežné zľavy a že ich sledovanie si vyžaduje podrobné skúmanie akcií na maloobchodnom trhu, pričom Komisii sa nepodarilo objaviť dostatočné dôkazy, ktoré by potvrdzovali, že veľké spoločnosti takto konali. Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe vysvetľovala, že skúmala zložky čistej ceny jednotlivých albumov (VPC, bežnú zľavu, prípadnú akciovú zľavu) a že dospela k záveru, že na to, aby veľká nahrávací spoločnosť mohla rozumne mať istotu, že pozná skutočné postupy stanovovania čistých cien inou nahrávacou spoločnosťou, ako sa prejavujú u jednotlivých zákazníkov a albumov, by bol potrebný dostatočný stupeň transparentnosti všetkých uvedených zložiek čistých cien a že „nemôže dôjsť k takémuto záveru v prípade existencie dôkazov o relatívnej transparentnosti VPC, niekoľkých dôkazov o určitej miere transparentnosti bežných zliav a presvedčivých dôkazov o netransparentnosti a komplexnosti akciových zliav“.

394 Táto argumentácia Komisie si vyžaduje uviesť nasledujúce pripomienky.

395 V prvom rade je prekvapujúce, že Komisia sa v snahe preukázať neexistenciu transparentnosti opiera o výkyvy zliav. Vo svojich vyjadreniach pred Súdom prvého stupňa Komisia totiž viackrát zdôraznila irelevantnosť stability alebo súbežnosti čistých cien alebo zliav pre posúdenie transparentnosti trhu. Predovšetkým tak tvrdila, že značná stabilita (priemerných) zliav poskytovaných nahrávacou spoločnosťou nemôže byť dôkazom potrebnej transparentnosti, že predmetom záujmu Komisie o transparentnosť zliav nie je overiť, či veľké spoločnosti postupovali spoločne, že dôkazy týkajúce sa skutočného uplatňovania akciových zliav v danom okamihu boli relevantné len pre posúdenie skutočného stupňa vyrovnania cien, že tesné vyrovnanie na akejkoľvek úrovni nemožno v žiadnom prípade považovať za dostatočný dôkaz koordinácie, že určitý stupeň stability zliav poskytovaných veľkou nahrávacou spoločnosťou v čase nie je sám osebe dôkazom a že ani samotný vysoký stupeň štatistickej predvídateľnosti nepreukazuje existenciu koordinácie.

396 Účastníci koncentrácie vo svojom prípise zo 17. júna 2004 týkajúcom sa dôkazov o transparentnosti, zaslanom po vypočutí pred Komisiou, taktiež tvrdili, že otázka 28 dotazníka Phase II zaslaného zákazníkom („Všimli ste si vyrovnanie VPC, zliav alebo iných podmienok medzi [veľkými spoločnosťami]?“) nemala žiaden vzťah k transparentnosti cien („vzhľadom na svoje znenie sa táto otázka zjavne netýka problému transparentnosti cien“).

397 V druhom rade je potrebné pripomenúť, že samotné pripomienky týkajúce sa zliav, uvedené v časti *ad hoc* rozhodnutia venovanej skúmaniu transparentnosti trhu (odôvodnenia č. 111 až 113 rozhodnutia) sa obmedzujú, čo sa týka akciových zliav, na odkaz na zistenia uskutočnené v časti týkajúcej sa skúmania spoločnej cenovej politiky v piatich veľkých krajinách (odôvodnenia č. 77 až 80 vo vzťahu k Spojenému kráľovstvu a zodpovedajúce odôvodnenia vo vzťahu k ostatným veľkým krajinám). V odôvodnení č. 70 rozhodnutia Komisia v snahe zistiť, či veľké spoločnosti

skutočne uskutočňovali politiku koordinácie svojich cien, totiž uviedla, že „priemerné ceny sú vhodným nástrojom na určenie, či sa veľké nahrávacie spoločnosti v cenovej oblasti správali podobne“. Z toho vyplýva, že podľa samotného rozhodnutia sa Komisia domnievala, že na účely posúdenia transparentnosti vrátane transparentnosti akciových zliav môže vychádzať z priemerných hodnôt a nie z presných výkyvov.

398 Prinajmenšom sa však nezdá, že Komisia pristúpila k vážnemu skúmaniu presných výkyvov akciových zliav a dopadu týchto zliav na transparentnosť trhu alebo cien. Z odôvodnenia č. 72 rozhodnutia, ktoré spomína rôzne okolnosti skúmané Komisiou, navyše vyplýva, že sa skúmali jedine priemerné hodnoty zliav na faktúru (pozri poznámku pod čiarou 43 rozhodnutia). Tak v oznámení o výhradách, ako aj počas celého správneho konania sa Komisia domnievala, že údaje týkajúce sa hrubých a čistých cien, ako aj priemerných zliav umožňovali posúdiť existenciu kolektívneho dominantného postavenia, a teda tiež to, či bol trh dostatočne transparentný. Až po vypočutí uskutočnenom 14. a 15. júna 2004 zmenila Komisia svoje posúdenie a prijala názor účastníkov koncentrácie, podľa ktorého komplexnosť a výkyvy akciových zliav odstraňujú potrebnú transparentnosť, a to bez uskutočnenia nového vyšetrovania na trhu s cieľom overenia dôvodnosti týchto nových záverov.

399 V treťom rade tvrdenia a dôkazy týkajúce sa údajných výkyvov akciových zliav, ktoré Komisia uviedla v rozhodnutí a vo vyjadreniach podaných Súdu prvého stupňa, si tiež vyžadujú niekoľko pripomienok týkajúcich sa jednak stupňa netransparentnosti a jednak ich relevantnosti.

— O netransparentnosti akciových zliav

400 Na úvod je potrebné poznamenať, že Komisia ani v rozhodnutí, ani v žiadnom z vyjadrení podaných Súdu prvého stupňa presne nedefinovala, čo sú to akciové

zľavy, podmienky, za akých sa poskytujú alebo ktorým podliehajú, ich početnosť, výšku alebo typ albumov, na ktoré by sa mali uplatňovať. Zo spisu a najmä z nemnohých výňatkov z odpovedí konkurentov predložených Komisiou však vyplýva, že ide o konkrétne zľavy s dosť vysokou percentuálnou sadzbou, ktoré sa v osobitných prípadoch poskytujú na určitý objem jednotlivých albumov a na obmedzenú dobu, pričom typickým príkladom je výpredaj veľkých zásob.

401 Podľa odôvodnenia č. 79 rozhodnutia (a zodpovedajúcich odôvodnení vo vzťahu k ostatným veľkým krajinám) „účastníci [koncentrácie] poskytli údaje, z ktorých vyplýva, že zľavy na faktúru pre určitého zákazníka kolísali v čase a v závislosti od albumu a že zľavy poskytované na určitý album sa líšili v závislosti od zákazníka“. Hoci tento bod rozhodnutia hovorí o všeobecnejšej kategórii zliav na faktúru, je potrebné sa domnievať, že táto poznámka sa v skutočnosti týka len akciových zliav. Ako totiž vyplýva z rozhodnutia a z vyjadrení Komisie, bežné zľavy sa dohadujú s každým zo zákazníkov na obdobie celého roka a uplatňujú sa na celkový predaj predmetného zákazníka. Komisia ďalej pokračuje v odôvodnení č. 79 rozhodnutia upresňujúc, že výkyvy vyplývajú v podstate z akciových zliav. Komisia tvrdí, že tieto trojaké výkyvy (v závislosti od zákazníka, od albumu a v čase) spôsobujú netransparentnosť akciových zliav. Na podporu tohto tvrdenia poskytla Komisia v prílohe svojho vyjadrenia k žalobe súbor tabuliek, ktoré by mali preukázať tieto rôzne výkyvy (ďalej len „nové dôkazy“).

402 V tomto ohľade je potrebné najskôr poznamenať, že ako správne uvádza žalobca, akciová zľava (campaign discount) by v podstate mala mať povahu reklamy. Akciovú zľavu, ktorá má vysokú percentuálnu hodnotu a pripočítava sa k bežnej zľave, nahrávacia spoločnosť logicky poskytne maloobchodníkovi len pod podmienkou, že túto zľavu preniesie na konečného spotrebiteľa (prostredníctvom jasného zníženia ceny alebo lepším umiestnením vo výklade) s cieľom zvýšiť predaj albumu, na ktorý sa vzťahuje. O to viac to platí, ako to vyplýva z bodu 115 oznámenia o výhradách, z dôvodu, že výška „royalties“ (autorských odmien) sa vypočítava z VPC určitého albumu a nie z čistej ceny, takže veľké spoločnosti majú všetok záujem na maximálnom obmedzení poskytovania zliav.

403 Ďalej je nutné konštatovať, že tri výňatky z odpovedí konkurentov na žiadosť o informácie na základe článku 11 nariadenia predloženej Komisiou Súdu prvého stupňa zďaleka nepotvrdzujú tvrdenie Komisie, svedčia naopak skôr o verejnosti a transparentnosti akciových zliav.

404 Tak podľa odpovede jednej z veľkých spoločností:

„[Akciové zľavy] možno použiť pri vydaní nového albumu s cieľom podporiť nového umelca, nový obchod, zvláštny program alebo zvláštnu reklamnú kampaň (najčastejšie sa to týka celej kategórie diskov) alebo podporiť osobitné podujatie. Tento druh zľavy môže predstavovať významnú časť VPC [*dôverné*] a je dôležitý tým, že má za cieľ zvýšenie predaja určitých albumov.“

405 Upresnenia týkajúce sa podmienok, za ktorých sa tieto zľavy poskytujú, obsiahnuté v jedinej z odpovedí veľkých spoločností predložených Komisiou, poukazujú tiež na to, že tieto zľavy sa vzťahujú na konkurentmi ľahko zistiteľné konkrétne udalosti. Táto veľká spoločnosť totiž vysvetľuje:

„[Akciové zľavy] sú zľavami poskytovanými v rámci osobitných reklamných kampaní. Viazu sa na zvláštne vydania albumov alebo na skupinu vydaní albumov. Ak je napríklad umelec na turné s cieľom propagovať nový album, možno počas obdobia turné umelca poskytnúť na tento album zľavu s cieľom maximalizovať objem jeho predaja. Rovnako určité sezónne zásoby (vianočná hudba) môžu byť spojené s osobitnými kampaňami. Akciové zľavy sa niekedy týkajú starších hudobných nahrávok, ktoré už nie sú veľmi úspešné. Typicky... sa pokúsi predať veľké množstvo určitého disku (alebo skupiny diskov), na ktoré je maloobchodníkovi

poskytnutá zľava, ktorý ich potom predáva vo forme akciovej ponuky. Zľavy na vydania nových albumov sa niekedy poskytujú na objednávku, s cieľom zaručiť vysokú prítomnosť týchto nahrávok v predajných miestach... Tento typ zľavy sa poskytuje v prípade nových umelcov alebo stúpajúcich umelcov, keď si... želá urýchliť predaj vďaka presne nasmerovanej reklamnej kampani.“

- 406 Nakoniec z odpovedi nezávislého výrobcu na jednej strane vyplýva, že akciové zľavy sa viditeľne prejavujú v predajnej cene pre následného spotrebiteľa a v lepšom umiestnení zvýhodnených albumov v predajni, a na druhej strane, že kampane sú organizované samotnými maloobchodníkmi, ktorí vyzvú rôznych výrobcov, aby sa na nich zúčastnili (pozri tiež v tomto zmysle vyhlásenia zástupcov Sony a BMG, prílohu B.2), čo im umožňuje oboznámiť sa s existenciou týchto kampaní spojených s poskytovaním zliav.
- 407 Z toho vyplýva, že žiadna z informácií od tretích osôb, ani v rozhodnutí, ani v rámci nových dôkazov predložených Komisiou, nepotvrďuje netransparentnosť akciových zliav.
- 408 Z odôvodnenia č. 79 rozhodnutia a z vyjadrení Komisie podaných Súdu prvého stupňa však vyplýva, že účastníci koncentrácie predložili údaje, ktoré ukazujú, že akciové zľavy nie sú dostatočne vyrovnané, pretože kolíšu v čase v závislosti od zákazníka a od albumu. Komisia a vedľajší účastníci konania v podstate tvrdia, že z dôvodu výkyvov a komplexnosti týchto zliav nie je trh dostatočne transparentný.
- 409 V tomto ohľade je potrebné najskôr pripomenúť, že Komisia v bodoch 88 až 90 oznámenia o výhradách na základe preskúmania údajov všetkých veľkých spoločností dospela k záveru, že zľavy napriek výkyvom boli stabilné, že až na niekoľko výnimiek boli rozdiely dosť obmedzené, že neexistoval vôbec žiaden dôkaz

o tom, že sa používali na podstatnú zmenu cenovej politiky alebo na ovplyvnenie čistých priemerných cien úspešných vydaní albumov (new hit releases), keďže pomer hrubých a čistých cien bol veľmi stabilný v čase a v závislosti od albumu.

410 Hoci Komisia iste má, ako je pripomenuté vyššie, právo zmeniť svoje posúdenia uskutočnené v rámci správneho konania, najmä aby zohľadnila pripomienky dotknutých účastníkov konania, a nie je povinná túto zmenu v rozhodnutí odôvodniť, je však potrebné, aby bolo možné, prinajmenšom v štádiu konania pred Súdom prvého stupňa, odôvodniť zistenia uvedené v rozhodnutí vo vzťahu k predtým uskutočneným skutkovým zisteniam, prípadne tým, že preukáže, v čom boli uvedené zistenia nesprávne. Komisia však v prejednávanej veci, ako správne zdôrazňuje žalobca, neuskutočnila opätovné preskúmanie údajov týkajúcich sa zliav všetkých veľkých spoločností, ale sa obmedzila na odôvodnenie svojich záverov výlučne na základe údajov poskytnutých účastníkmi koncentrácie.

411 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe s istotou tvrdila, že preskúmala zľavy ostatných veľkých spoločností, ale keďže tieto čísla nemožno sprístupniť účastníkom koncentrácie, nebolo možné ich ani zahrnúť do rozhodnutia. Túto argumentáciu však nemožno prijať.

412 Po prvé z rozhodnutia (pozri najmä odôvodnenie č. 79 a poznámku pod čiarou 43 rozhodnutia), z ďalších bodov vyjadrení Komisie (pozri najmä časť vyjadrenia k žalobe, kde Komisia výslovne uvádza, že „boli zohľadnené len údaje spoločností Sony a BMG, keďže ostatné veľké nahrávacie spoločnosti uviedli, že si fakturujú len čisté ceny“) a z nových dôkazov predložených Komisiou jasne vyplýva, že posúdenie vychádzajúce z výkyvov zliav uvedené v rozhodnutí je založené len na údajoch týkajúcich sa výlučne zliav účastníkov koncentrácie. Žiadne odôvodnenie rozhodnutia navyše neuvádza, že by Komisia skúmala údaje týkajúce sa zliav ostatných

veľkých spoločností, ani *a fortiori* to, že by tieto údaje preukazovali komplexnosť a výkyvy akciových zliav.

413 Po druhé Komisia zjavne nemôže tvrdiť, že v rámci svojho preskúmania návrhu koncentrácie nemôže zohľadniť a prípadne založiť svoje závery na údajoch poskytnutých inými trhovými subjektmi. Táto téza by totiž vo väčšine prípadov spôsobila nemožnosť preskúmania zlučiteľnosti návrhu koncentrácie so spoločným trhom. Ďalej je nutné konštatovať, že väčšina iných faktorov ako zľavy (trhové podiely, hrubé a čisté ceny, atď.), ktoré sú skúmané v rozhodnutí, sa zakladá na údajoch poskytnutých rôznymi trhovými subjektmi.

414 Po tretie Komisia, ktorá vo svojich záverečných pripomienkach podaných po pojednávaní zdôraznila obmedzenia vyplývajúce z prísnych lehôt konania o preskúmaní návrhov koncentrácií a nevyhnutnosť dodržania práva na obranu oznamovateľov koncentrácie, uvádza, že mnoho tvrdení žalobcu, podľa ktorých Komisia riadne nevyšetrila určité základné otázky súvisiace so zistenými výhradami a podľa ktorých mala tiež vyšetriť ďalšie výhrady, spočíva na nesprávnom chápaní konania o kontrole koncentrácií, pretože k vyšetrovaniu zameranému na problémy, ktoré koncentrácia prináša vo vzťahu k hospodárskej súťaži, dochádza predovšetkým pred vydaním oznámenia o výhradách. Hoci žalobca v skutočnosti nemôže vytkáť Komisii, že nevyšetrovala problémy, ktoré boli po prvýkrát uvedené pred Súdom prvého stupňa, z ktorých niektoré sú navyše zjavne neprípustné z dôvodu, že boli po prvýkrát rozvinuté až v jeho replike alebo v jeho pripomienkach podaných po pojednávaní, napriek tomu toto zistenie Komisie opomína dva aspekty. Na jednej strane je totiž nesporné, že Komisia sa od začiatku konania zamerala na problematiku transparentnosti a zliav a že v tomto ohľade vypočúvala jednak tretie osoby a jednak aj účastníkov koncentrácie. Na druhej strane však časové obmedzenia majú za následok aj to, že účastníci koncentrácie nemôžu do poslednej minúty čakať s predložením dôkazov na účely vyvrátenia včas vznesených výhrad Komisie, pretože potom by Komisia už nebola schopná uskutočniť potrebné overenia. V takomto prípade je prinajmenšom potrebné, aby sa tieto dôkazy javili ako zvlášť spoľahlivé, objektívne, relevantné a presvedčivé, aby mohli platne vyvrátiť výhrady vznesené Komisiou.

415 V tom ohľade je nutné hneď poznamenať, že zo znenia odôvodnenia č. 79 rozhodnutia („účastníci [koncentrácie] poskytli údaje“), ako aj z preskúmania nových dôkazov (uvedených v prílohe k vyjadreniu k žalobe) vyplýva, že nielen že sa zistenia týkajúce sa akciových zliav zakladajú len na údajoch týkajúcich sa účastníkov koncentrácie, ale aj to, že tabuľky, v ktorých sú tieto údaje zobrazené, boli vyhotovené týmito účastníkmi konania (alebo ich ekonómami) podľa nimi zvolenej metodológie a na základe nimi vybraných údajov, a to bez toho, aby sa ukázalo, či Komisia skontrolovala ich správnosť, relevantnosť alebo objektivnosť a reprezentatívnosť. Hoci, ako Komisia uviedla na pojednávaní, konanie o kontrole koncentrácií istotne a nevyhnutne spočíva vo veľkej miere na dôvere a Komisia nemôže mať povinnosť sama do najmenšieho detailu overiť spoľahlivosť a správnosť všetkých poskytnutých informácií, nemôže na druhej strane bez kontroly delegovať zodpovednosť za priebeh určitých aspektov vyšetrovania na účastníkov koncentrácie, najmä vtedy, keď tieto aspekty, tak ako je tomu v prejednávanej veci, predstavujú kľúčový prvok, na ktorom sa rozhodnutie zakladá, a údaje a posúdenia predložené účastníkmi koncentrácie diametrálne odporujú informáciám získaným Komisiou v rámci jej vyšetrovania, ako aj záverom, ktoré z nich vyvodila.

416 Po štvrté žalobca zdôrazňuje bez toho, aby mu Komisia oponovala, že Sony a BMG, tak ako je uvedené v bode 146 oznámenia o výhradách, dosiahli počas kontrolovaných rokov veľmi odlišné výsledky. Keďže veľkosť vydania môže ovplyvniť výšku cien a zliav, majú tabuľky, ktoré skúmajú len údaje týchto spoločností, tendenciu výkyvy zvyšovať.

417 Po piate skúmanie nových dôkazov predložených Komisiou si vzhľadom na predchádzajúce úvahy vyžaduje ešte ďalšie pripomienky.

418 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe tvrdí, že na to, aby dospela k záveru, že zľavy sa vyznačujú trojakými výkyvmi (v čase, v závislosti od zákazníka a od albumu), sa opierala o údaje uvedené v prílohe k jej vyjadreniu.

419 V tomto ohľade je potrebné najskôr poznamenať, že medzi všetkými týmito údajnými dôkazmi, bola len jedna z príloh (B.4) vyhotovená Komisiou samotnou, hoci aj tá taktiež vychádzala len z údajov o zľavách, ktoré poskytli Sony a BMG. Dotknutá príloha sa skladá z grafov preberajúcich údaje o priemerných zľavách na faktúru poskytovaných účastníkmi koncentrácie v rokoch 2000 až 2003 každému z ich desiatich najlepších spoločných zákazníkov vo veľkých krajinách s výnimkou Francúzska, pričom Komisia konštatovala, že poskytnuté údaje týkajúce sa Francúzska boli nekoherentné. V oznámení o výhradách (bod 88) sa Komisia opierala o tieto grafy s cieľom preukázať celkovú stabilitu zliav. Komisia správnosť tohto posúdenia pred Súdom prvého stupňa nespochybnila, obmedzila sa len na poukázanie, že účastníci koncentrácie tvrdili, že ich zaobchádzanie s určitými zákazníkmi bolo značne odlišné, a na pripojenie výňatku z ich pripomienok ako prílohy B.5. Je však nutné konštatovať, že tieto pripomienky nemôžu spochybniť všeobecný dojem vyplývajúci z uvedených grafov. Aj keď na talianskom trhu, ktorý charakterizuje stabilita a preukázateľná súbežnosť, boli dvom zákazníkom, ako to zdôrazňujú účastníci koncentrácie, iste poskytnuté jednoznačne nižšie zľavy ako iným zákazníkom, je o to viac zjavné, že tieto nižšie zľavy boli Sony a BMG poskytnuté tým istým dvom zákazníkom, že u oboch týchto veľkých spoločností boli na skoro rovnakej úrovni a že kolísali súbežne.

420 V súvislosti s tabuľkami predloženými v prílohách B.8 a B.9 vyjadrenia k žalobe, ktoré podľa Komisie ukazujú, že rozdelenie zliav na faktúru, ktoré Sony a BMG poskytovali na svojich 20 najlepších albumov v každom z piatich veľkých členských štátov, bolo citelne odlišné, je potrebné najskôr poznamenať, že sa týkajú všeobecnejšej kategórie zliav na faktúru a nie len akciových zliav, a že rozdiely v rozpätíach zliav v čase by mohli byť, ako to zdôraznil žalobca, výsledkom rozdielov vo výkonnosti a nevylučujú, že zľavy sa riadia známym súborom pravidiel.

421 Ďalej je nutné konštatovať, že hoci rozdelenie rozpätí zliav od roku 1998 do roku 2003 skutočne kolíše v čase a v závislosti od danej krajiny, kolíše však podobným spôsobom u oboch účastníkov koncentrácie, tak v čase, ako aj v závislosti od krajiny.

Táto skutočnosť ešte jasnejšie vyplýva z tabuľky (príloha B.9) porovnávajúcej rozdelenie zliav poskytnutých v roku 2003 v každej z piatich veľkých krajín, keďže hoci toto rozdelenie v jednotlivých krajinách kolíše, zľavy oboch účastníkov koncentrácie sa vyvíjajú súbežne (pozri najmä údaje týkajúce sa krajín A a C). Kým v krajine A sa zľavy Sony a BMG v podstate sústreďujú v rozpätí [dôverné], v krajine B sa nachádzajú predovšetkým v pásme [dôverné] a [dôverné], v krajine C v pásme [dôverné] a v krajinách D a E vo vyšších pásmach. Z týchto tabuliek uvedených v prílohách vyplýva nie len to, že rozdelenie zliav do rôznych rozpätí v rámci každej krajiny je dosť podobné, ale aj to, že výkyvy v závislosti od krajiny sú veľmi podobné.

422 Konkrétnejšie, čo sa týka akciových zliav, Komisia na podporu svojho názoru, podľa ktorého sú akciové zľavy netransparentné z dôvodu ich mimoriadnej komplexnosti a dôležitosti, v podstate odkazuje na svoje dve prílohy (B.13 a E.4.2). Zdá sa však, že v nich uvedené tabuľky, ktoré sa týkajú len zliav poskytovaných Sony a BMG, a to len v jednom roku, pričom boli v plnom rozsahu vyhotovené nimi samými, nemožno považovať za dostatočne relevantné a spoľahlivé.

423 V súvislosti s tabuľkami uvedenými v prílohe B.13, ktoré porovnávajú zľavy na faktúru poskytnuté účastníkmi koncentrácie ich šiestim najlepším zákazníkom na ich najpredávanejšie albumy v roku 2002 „uvedené na cenníkoch VPC za podobné ceny“ (listed at similar prices), je nutné najmä konštatovať, že Komisia vo svojich odpovediach na písomné otázky Súdu prvého stupňa uviedla, že VPC vybraná pre každú krajinu predstavuje jednu z najdôležitejších VPC týchto účastníkov koncentrácie vo vzťahu k dosiahnutému predaju, pričom však upresnila, že v Nemecku napríklad išlo o tretiu a štvrtú najdôležitejšiu VPC pre BMG a najdôležitejšiu a šiestu najdôležitejšiu VPC pre Sony. Keďže je však v rozhodnutí uvedené, že účastníci koncentrácie uskutočnili hlavnú časť svojho predaja použitím jednej, dvoch alebo maximálne troch VPC, otázkou ostáva, v akej miere sú zohľadňované albumy skutočne najpredávanejšími albumami. Okrem toho

z poznámky pod čiarou vzťahujúcej sa k tabuľkám vyplýva, že pri mnohých albumoch sa ich VPC počas roka menila, čo by, zdá sa, mohlo mať vplyv na poskytované zľavy, a teda mohlo zvýšiť komparatívne výkyvy. Rovnako tiež z týchto tabuliek vyplýva, že údaje BMG sa týkali roku 2002, kým údaje Sony sa vzťahujú na účtovný rok 2002/2003.

424 Nakoniec, hoci je čítanie týchto tabuliek sťažené skutočnosťou, že striedavo porovnávajú údaje týkajúce sa Sony a údaje týkajúce sa BMG, i keď by sa mali porovnávať zľavy poskytnuté každým z účastníkov koncentrácie jeho rôznym zákazníkom a nie zľavy poskytované na albumy jedného z týchto účastníkov koncentrácie vo vzťahu k zľavám poskytovaným na albumy druhého účastníka, pozorné preskúmanie tabuliek ukazuje, že výkyvy sa v konečnom dôsledku zdajú byť dosť obmedzené. V tomto ohľade je ďalej potrebné pripomenúť, že z bodu 75 oznámenia o výhradách a z jeho poznámky pod čiarou 47 vyplýva, že Komisia uskutočnila analýzu hrubých a čistých cien Sony a BMG jednotlivo vo vzťahu k desiatim najlepším albumom a v bode 90 oznámenia o výhradách dospela k záveru, že „pomery medzi hrubými cenami a čistými cenami boli veľmi stabilné pri dotknutých albumoch a v čase v prípade jednotlivých skúmaných vydání“. Ani Komisia, ani vedľajší účastníci konania však nepotvrdili, a ani *a fortiori* nepreukázali, že by toto zistenie bolo nesprávne.

425 V súvislosti s tabuľkami uvedenými v prílohe E.4.2, ktoré zobrazujú najvyššie akciové zľavy poskytované Sony a BMG na ich najpredávanejšie albumy, je nutné konštatovať, že obsahujú mnohé chyby, ktorých dôsledkom je zvýšenie týchto zliav. Je potrebné totiž zdôrazniť, že výpočet rozdielu medzi minimálnymi a maximálnymi zľavami na zákazníka (ktorý je podľa Komisie ekvivalentom akciovej zľavy) uskutočnený pre každého účastníka koncentrácie bol vo väčšine prípadov urobený nesprávne vo vzťahu k zľavám poskytnutým druhým účastníkom koncentrácie, hoci sa tento výpočet, tak ako vysvetľuje samotná Komisia, mal urobiť na základe rozdielu medzi minimálnymi a maximálnymi zľavami poskytovanými jedným a tým istým účastníkom jeho rôznym zákazníkom.

426 Z týchto dvoch príkladov vyplýva, že k nevyhnutnej obozretnosti, s ktorou je potrebné posudzovať rôzne tabuľky vyhotovené účastníkmi koncentrácie, keďže boli vypracované podľa nimi vybraných parametrov, ktoré sa navyše vždy nezadajú byť jasné, sa pridáva tiež možnosť, že tabuľky obsahujú vecné chyby, čo v tomto prípade možno zistiť aj na základe zbežného preskúmania.

427 V každom prípade za predpokladu, že by rôzne tabuľky, ktoré boli vyhotovené účastníkmi koncentrácie a predložené Komisiou, skutočne mohli preukázať údajné väčšie či menšie výkyvy, pravdou ostáva, ako správne poznamenáva žalobca, že tieto výkyvy majú pochybnú relevanciu, pretože na jednej strane ukazujú len rozpätie bez toho, aby analyzovali vážené priemery a výkyvy vo vzťahu k priemerným hodnotám, a na druhej strane nevylučujú, že tieto výkyvy by sa mohli, prinajmenšom pre odborníka z odvetvia, ľahko vysvetliť na základe určitého počtu všeobecných alebo osobitných pravidiel, ktorými sa riadi poskytovanie zliav, v súvislosti s ktorými Komisia nevedla potrebné vyšetrovanie.

428 Hoci žalobca, tak ako zdôraznila Komisia, určite presne neuviedol, o aké rôzne pravidlá, ktorými sa riadi poskytovanie akciových zliav, by malo ísť, respektíve podľa Komisie uviedol ich príliš veľký počet, čo robilo ich uplatnenie komplexným, a teda málo transparentným, pravdou ostáva, že tak ako sa už uviedlo, Komisia v tomto ohľade neuskutočnila na trhu vyšetrovanie alebo prinajmenšom nepredložila žiaden dôkaz netransparentnosti akciových zliav, s výnimkou tabuliek účastníkov koncentrácie, ktoré okrem toho, že sú nepresné, majú v každom prípade za cieľ len preukázať existenciu určitých výkyvov týchto zliav, pričom však nedokazujú, že by tieto výkyvy neboli pre odborníka z odvetvia viac či menej ľahko vysvetliteľné. Ďalej nemožno žalobcovi vytýkať, že sám túto okolnosť nepreukázal, keďže tabuľky neupresňovali albumy, zákazníkov, veľkosť zliav a okamihy, keď došlo k ich poskytnutiu a keďže z tohto dôvodu ani žalobca, ani Súd prvého stupňa nemôžu overiť, či uvedené zľavy boli poskytnuté podľa údajných všeobecných pravidiel odvetvia, o ktorých žalobca hovorí.

429 V súvislosti s tvrdením Komisie, na základe ktorého by kritériá, podľa ktorých sa vo všeobecnosti poskytujú akciové zľavy, boli natoľko početné, že ich uplatnenie bolo netransparentné, je nutné najskôr konštatovať, že žalobca uviedol, že pre rôzne kategórie diskov (nové vydania, nový umelec, katalóg „full price“, katalóg „mid price“, katalóg „budget“), existoval obmedzený počet všeobecných stratégií predaja (opätovné umiestnenie disku v hitparáde, účasť na reklamných kampaniach, nákup umiestnenia v predajni), ktoré sa v určitej miere môžu líšiť v závislosti od druhu zákazníkov (supermarkety, špecializované reťazce, nezávislé predajne). Hoci kombinácia premenných má nevyhnutne za následok zvýšenie počtu hypotéz, Komisia nepreukázala, že by sa táto úloha pre odborníka z trhu stala neprimerane ťažkou. Ďalej je potrebné zdôrazniť, že vyjadrenie niekoľkých zásad, ktorými sa riadi poskytovanie akciových zliav, samými účastníkmi koncentrácie v prílohe B.14 by rovnako skôr mohlo potvrdiť existenciu údajných všeobecných pravidiel, o ktorých hovorí žalobca, ako aj skutočnosť, že nie sú neprimerane komplexné. Nakoniec je potrebné poznamenať, že ani dosť vysoký počet komplexne vyzeraúcich pravidiel, prípadne aj ťažko vyčísliteľných vyčerpávajúcim spôsobom, nevyhnutne nebráni tomu, aby odborník pomerne ľahko určil, či tieto pravidlá sú *a priori* alebo ako celok dodržiavané. Pravidlá spoločenského správania alebo chovania by si na to, aby boli podrobne vyjadrené, určite vyžadovali dlhé diela, ale osoba, ktorá je s nimi aspoň trochu oboznámená, môže ľahko určiť, či je správanie inej osoby s nimi v podstate v súlade.

430 V každom prípade, ako to zdôraznil žalobca, ani z rozhodnutia, ani z dôkazov predložených Komisiou nevyplýva, že Komisia viedla vyšetrovanie týkajúce sa existencie všeobecne známych pravidiel, ktorými sa riadi poskytovanie akciových zliav, alebo vyšetrovanie týkajúce sa možnosti veľkých spoločností preukázať, či zľavy poskytované ďalšími veľkými spoločnosťami sú v súlade s týmito pravidlami alebo či sa vzdalujú od všeobecných zásad.

431 Navyše žalobca tiež tvrdil, že čisté ceny pre maloobchodníkov boli transparentné, keďže marže maloobchodníkov sú vo všeobecnosti transparentné a sú známe s vysokým stupňom presnosti.

432 Komisia vo svojom vyjadrení k žalobe v tomto ohľade tvrdila, že jej záver týkajúci sa neúčinnosti sledovania maloobchodného predaja sa tiež zakladal na komplexnosti a netransparentnosti maloobchodných cien. Tvrdí, že zo štúdie pripojenej v prílohe tohto vyjadrenia vyplýva, že intenzívne sledovanie maloobchodného predaja neumožňuje veľkej spoločnosti vyvodiť z neho metódy stanovovania čistých cien (VPC znížená o zľavy na faktúru) pre daný album jej hlavnými konkurentmi z dôvodu, že nie všetci maloobchodníci v danom okamihu systematicky uplatňujú rovnaké zvýšenie veľkoobchodných cien, či už na všetky kategórie albumov alebo dokonca na všetky albumy v obmedzenejšej vyššej cenovej kategórii. Nezistila žiadnu preukázateľnú väzbu medzi maloobchodnými cenami a zľavami na faktúru poskytovanými na albumy s rovnakou VPC.

433 V tomto ohľade stačí uviesť, že žiadne odôvodnenie rozhodnutia nehovorí o tejto údajnej nemožnosti stanovenia čistých predajných cien pre maloobchodníkov obráteným uvažovaním (reverse engineering) na základe maloobchodných predajných cien. Navyše žiadna okolnosť uvedená v spise nenaznačuje, že by Komisia v rámci správneho konania akokoľvek skúmala vzťah medzi maloobchodnými a veľkoobchodnými predajnými cenami, ani že by zbierala informácie o maloobchodných cenách. Preto nemožno zohľadniť ani argumentáciu rozvinutú Komisiou, ani štúdiu pripojenú v prílohe k vyjadreniu k žalobe.

434 Okrem toho je potrebné poznamenať, že štúdia vyhotovená ekonómami účastníkov koncentrácie, tak ako tvrdí žalobca, neuvádza dostatočne spoľahlivé, relevantné a porovnateľné údaje a nie je možné o ňu oprieť závery, ktoré z nej vyvodzuje Komisia. Aj keby sa totiž okolnosť, že všetci maloobchodníci stále systematicky neuplatňujú rovnaké zvýšenie veľkoobchodných cien, pokladala za preukázanú, nie je v žiadnom prípade relevantná. Hoci je určite pravdepodobné, že rôzne druhy maloobchodníkov (supermarkety, nezávislí, reťazce špecializovaných predajní, atď.) uplatňujú politiku rozdielnych marží a že v každej kategórii subjektov, ba dokonca u každého jednotlivého subjektu existujú rozdiely podľa druhu albumu a stupňa jeho úspechu, je na druhej strane málo pravdepodobné a štúdia neobsahuje v tomto ohľade žiadne údaje, že by maloobchodník uplatňoval rozdielnu politiku predaja pri tom istom druhu albumov. Keďže sú však všetci maloobchodníci zákazníkmi

všetkých veľkých spoločností, každá z nich môže sledovať maržu uplatňovanú určitým maloobchodníkom na jej vlastné albumy a takto z nej vyvodiť maržu, ktorú tento maloobchodník bežne uplatňuje na albumy jej konkurentov majúce podobné vlastnosti. Nakoniec je potrebné zdôrazniť, že podľa vyhlásenia riaditeľov predaja Sony a BMG pre Francúzsko (pripojené v prílohe B.2) sa maloobchodná cena vo všeobecnosti stanovuje pripočítaním DPH k veľkoobchodnej cene.

435 Z predchádzajúcich úvah vyplýva, že nové dôkazy predložené Komisiou sa nezdajú byť dostatočne spoľahlivé, relevantné a presvedčivé na preukázanie netransparentnosti akciových zliav.

436 Nakoniec je potrebné navyše ešte poznamenať, že aj v prípade, že by akciová zľava nebola transparentná, pretože maloobchodník by ju za predpokladu, že tak mohol urobiť, nepreniesol na konečného spotrebiteľa, ale by si ju ponechal na zvýšení svojho zisku, Komisia nevysvetlila, čím by to mohlo byť pre prejednávajúcu vec relevantné. Hoci v prípade dokonale homogénnych výrobkov by mohla byť tajná a netransparentná zľava poskytovaná výrobcovi maloobchodníkovi relevantná pre posúdenie nevyhnutnej transparentnosti pre tichú koordináciu, keďže by táto zľava uvedenému výrobcovi umožňovala zvýšenie predaja na úkor ostatných členov oligopolu, nemusí to nutne platiť v prípade predaja rôznych výrobkov sprostredkovateľom. Keďže v prejednávanej veci bol každý disk odlišný, maloobchodník, ktorý od veľkých spoločností nakupuje len na účely ďalšieho predaja konečnému spotrebiteľovi, kúpi u dotknutej veľkej spoločnosti v zásade menej diskov len vtedy, ak je konečný spotrebiteľ prostredníctvom účinkov akciovej zľavy motivovaný kúpiť skôr disk konkurenčnej veľkej spoločnosti, ktorá maloobchodníkovi poskytla uvedenú akciovú zľavu. Navyše, hoci by to bolo možné alebo dokonca pravdepodobné, ani Komisia, ani vedľajší účastníci však netvrdili, a ani *a fortiori* nepreukázali, že by sa poskytnutie akciovej zľavy viazalo na nemožnosť vrátenia nepredaných diskov. Za týchto podmienok sa nezdá, že by akciová zľava poskytnutá veľkou spoločnosťou maloobchodníkovi, ktorá by nebola transparentná z dôvodu, že sa neprenáša na konečného spotrebiteľa, mohla mať vplyv na objem predaja dotknutého albumu alebo ohroziť spoločnú cenovú politiku vyplývajúcu z tichej koordinácie. Komisia však mala prinajmenšom preskúmať a vysvetliť, v čom by

akciová zľava, ktorá by bola netransparentná, pretože ju maloobchodník nepreniesol na spotrebiteľa, mohla predstavovať prekážku potrebnej transparentnosti trhu, pokiaľ nezakrýva správanie, ktoré by mohlo ohroziť tichú koordináciu.

— O relevantnosti akciových zliav

⁴³⁷ Žalobca predkladá radu výhrad, ktorými v podstate tvrdí, že Komisia nesprávne vychádzala z nevyhnutnosti úplnej transparentnosti trhu, že neskúmala relevantnosť akciových zliav na účely posúdenia transparentnosti trhu a že sa nepreukázalo, že akciové zľavy odstraňujú alebo znižujú nevyhnutnú transparentnosť, keďže sa albumov uvedených v hitparádach alebo najpredávanejších albumov týkajú len okrajovo a nemajú skutočný vplyv na čisté ceny, najmä preto, že predstavujú len jednu štvrtinu až jednu tretinu všetkých zliav.

⁴³⁸ V prvom rade v súvislosti s výhradou, podľa ktorej Komisia zamenila požiadavku dostatočnej transparentnosti trhu, ako je definovaná vo veci, ktorá viedla k rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovanému v bode 45 vyššie, s požiadavkou úplnej transparentnosti, ktorá sa uplatňuje v rozhodnutí, je nutné konštatovať, ako správne zdôrazňuje Komisia, že žiadne odôvodnenie rozhodnutia nehovorí o nevyhnutnosti úplnej transparentnosti.

⁴³⁹ V každom prípade je však potrebné overiť, či Komisia v praxi nevyžadovala úplnú transparentnosť alebo prinajmenšom vyššiu transparentnosť, ako je transparentnosť nevyhnutná na to, aby umožnila kolektívne dominantné postavenie.

440 Ako vyplýva z bodu 62 rozsudku Airtours/Komisia, už citovaného v bode 45 vyššie, nevyhnutná transparentnosť je taká transparentnosť, ktorá umožní každému členovi dominantného oligopolu poznať správanie ostatných členov, aby mohol overiť, či postupujú alebo nepostupujú rovnako, teda musí disponovať prostriedkami na zistenie, či ostatné subjekty prijímajú tú istú stratégiu a či ju zachovávajú. Transparentnosť na trhu by preto mala byť dostačujúca na to, aby každému členovi dominantného oligopolu umožnila dostatočne presne a včas poznať vývoj správania na trhu každého z ostatných členov. Požadovaná transparentnosť neznamena, že každý člen môže v každom okamihu dopodrobna poznať presné podmienky každého predaja uskutočneného ostatnými členmi oligopolu, ale musí na jednej strane umožniť rozpoznať podmienky tichej koordinácie a na druhej strane predstavovať vážne riziko, že odchyľujúce sa konanie, ktoré by mohlo ohroziť tichú koordináciu, bude odhalené ostatnými členmi oligopolu.

441 Komisia vysvetľuje, že „preskúmala zložky čistej ceny jednotlivého albumu predaného jednotlivému zákazníkovi (VPC, bežná zľava, prípadná akciová zľava) a v podstate dospela k záveru, že na to, aby veľká nahrávacia spoločnosť mohla mať primeranú istotu, že pozná skutočné metódy stanovovania čistých cien inej nahrávacej spoločnosti, ktoré sa prejavujú na úrovni zákazníkov i albumov, je nevyhnutný dostatočný stupeň transparentnosti všetkých zložiek“. Z tohto vysvetlenia vyplýva, že hoci rozhodnutie bez ďalšieho upresnenia hovorí len o dostatočnej transparentnosti, Komisia, zdá sa, požadovala osobitne vysokú úroveň transparentnosti.

442 Rovnako tiež Komisia najmä tvrdí, že dôležitosť akciových zliav vyplýva z toho, že „na to, aby veľké nahrávacie spoločnosti mohli koordinovať čisté ceny, musia mať možnosť kontrolovať všetky ich súčasti, a to pomerne transparentné VPC a rôzne zľavy na faktúru“. Komisia v tomto ohľade upresňuje, že „určitá znalosť bežných zliav nie je jednoducho dostatočná, pokiaľ sú akciové zľavy zodpovedné za kolísanie zliav (teda nestabilitu čistých cien) pre určitých zákazníkov, v čase a pri jednotlivých albumoch v takej veľkej miere, ako sú zľavy uvedené v odôvodneniach č. 79, 86, 93, 100 a 107 [rozhodnutia], a pokiaľ sa ukáže, že tieto zľavy sú menej transparentné“.

443 Na jednej strane je potrebné v tomto ohľade poznamenať, že okrem mnohých iných faktorov transparentnosti uvedených v odôvodneniach č. 111 až 113 rozhodnutia (najmä stále kontakty so stabilnou a obmedzenou klientelou, ktorá je spoločná všetkým veľkým spoločnostiam, ako aj týždenné uverejňovanie hitparád) sa Komisia vo svojom rozhodnutí domnievala, že tak hrubé ceny, ako aj bežné zľavy boli transparentné. Hoci vo svojich vyjadreniach podaných Súdu prvého stupňa Komisia relativizovala stupeň transparentnosti týchto dvoch základných zložiek čistých cien, a to navyše v rôznej miere v závislosti od tvrdení, na ktoré odpovedala, vo svojich záverečných pripomienkach výslovne uviedla, že dospela k záveru, „že existuje vysoký stupeň transparentnosti VPC, ako aj bežných zliav“.

444 Na druhej strane kolísanie zliav, ktoré je spôsobené akciovými zľavami, možno ťažko označiť za „také silné“, keďže rozhodnutie uvádza rozdiely od 2 do 5 percentuálnych bodov v Spojenom kráľovstve, Nemecku a Španielsku, od 1 do 3 percentuálnych bodov v Taliansku a do 3 percentuálnych bodov vo Francúzsku pre väčšinu hlavných zákazníkov (alebo hlavných spoločných zákazníkov). Navyše, ako tvrdil žalobca a ako tiež pripustila Komisia (najmä v bode 13 doplňujúcich pripomienok), výkyvy zliav možno vysvetliť na základe sortimentu rôznych výrobkov a rôzneho stupňa úspechu, ako aj druhu zákazníkov, takže z toho možno len vyvodiť, že zistené pomerne malé výkyvy zliav možno v skutočnosti pričítať akciovým zľavám.

445 V druhom rade, čo sa týka výhrad žalobcu, ktorými namieta proti relevantnosti zliav, je nutné najskôr pripomenúť, že Komisia v odôvodneniach č. 77, 84, 91, 98 a 105 rozhodnutia konštatovala, ako zdôrazňuje žalobca, že čisté predajné ceny boli úzko spojené s hrubými cenami, a to vzhľadom na súbežný vývoj priemerných hrubých cien a skutočných priemerných čistých cien Sony a BMG počas posledných šiestich rokov. Hoci Komisia vo svojich vyjadreniach podaných na Súd prvého stupňa tvrdila, že údaje týkajúce sa priemerných cien mohli zotrieť jednotlivé výkyvy, je nutné jednak konštatovať, že v odôvodnení č. 70 rozhodnutia sa uvádza, že priemerné ceny sú vhodným nástrojom pre určenie, či sa veľké spoločnosti v cenovej oblasti správali

podobne, a jednak, že v odôvodnení č. 77 rozhodnutia sa takisto konštatuje veľmi veľká stabilita pomerov čistých cien k hrubým cenám v závislosti od albumu a v čase. Keďže sa bežné zľavy stanovujú pre určitého zákazníka a na určitý rok, nie je jasné, ako by kolísavé akciové zľavy mohli ovplyvniť čisté ceny dotknutých albumov.

446 Relevantnosť zliav sa vo všeobecnosti zdá byť vážne spochybnená samotným posúdením Komisie. V bodoch 88 a 89 oznámenia o výhradách totiž Komisia uviedla, že „po preskúmaní údajov zistila, že zľavy nezmenili jednotlivé ceny veľkých spoločností“ a že „neexistoval vôbec žiaden dôkaz o tom, že by sa zľavy používali na podstatnú zmenu cien“. Hoci, ako sa pripomenulo vyššie, Komisia iste má právo zmeniť svoje posúdenia uskutočnené v oznámení o výhradách, ktoré sú svojou podstatou predbežné, posúdenia a závery obsiahnuté v rozhodnutí však musia byť zlučiteľné so skutkovými zisteniami uskutočnenými v rámci správneho konania, ibaže by sa preukázalo, prinajmenšom v rámci konania pred súdom Spoločenstva, že tieto zistenia boli nesprávne. Tvrdenie, že neexistoval žiaden dôkaz o tom, že zľavy citelne ovplyvnili ceny, predstavuje skôr skutkové zistenie ako posúdenie. V každom prípade sa zdá, že Komisia v tomto ohľade nezmenila názor, pretože v odôvodnení č. 77 rozhodnutia sa uvádza, že „ak by sa veľké spoločnosti poskytovaním zliav citelne odchyľili od dohodnutých politík v oblasti cien, prejavili by sa tieto odchyľky v priemerných čistých cenách“.

447 V treťom rade je nutné konštatovať, že rozhodnutie neobsahuje žiadnu informáciu, ktorá by mohla preukázať skutočný vplyv akciových zliav na čisté ceny dotknutých albumov. Jediný s tým súvisiaci údaj na nachádza v odôvodnení č. 150 rozhodnutia a práve naopak smeruje skôr k popretiu tohto vplyvu, pretože sa v ňom uvádza, že „rovnako ako vo väčších krajinách sú bežné zľavy hlavnými zľavami uplatňovanými vo všetkých malých krajinách“. Komisia síce vystúpila na pojednávaní s hypotézou, že ide o preklep, toto vyjadrenie však sama prevzala aj do svojho vyjadrenia k žalobe. Ďalej je potrebné pripomenúť, že v oznámení o výhradách vyhotovenom po piatich mesiacoch vyšetrovania, v rámci ktorého Komisia vypočúvala jednak veľké

spoločnosti, ako aj nezávislých výrobcov a maloobchodníkov, a to najmä v súvislosti s dôležitosťou jednotlivých rôznych druhov zliav vrátane akciových zliav (pozri najmä otázky 19 a 24 dotazníkov zaslaných 20. januára 2004 maloobchodníkom a konkurentom uvedeným v prílohe E.4.1), Komisia dokonca ani nepovažovala za nevyhnutné spomenúť akciové zľavy.

448 Na výzvu Súdu prvého stupňa, aby uviedla celkovú hodnotu akciových zliav vyjadrenú percentuálnym podielom na celkovom predaji 100 a 20 najpredávanejších albumov každej z piatich veľkých spoločností (teda priemernú výšku akciových zliav poskytnutých na tieto albumy), ako aj pomernú hodnotu akciových zliav vo vzťahu k bežným zľavám na uvedené albumy, Komisia odpovedala, že na základe informácií obsiahnutých v spise bolo nemožné ich vypočítať.

449 Z predchádzajúcich zistení vyplýva, že Komisia dospela k záveru o nedostatku transparentnosti trhu napriek transparentnosti hrubých cien a bežných zliav a mnohých iných faktorov transparentnosti uvedených v rozhodnutí na základe jediného dôvodu spočívajúceho v tom, že akciové zľavy sú menej transparentné, avšak bez toho, aby skúmala, či uvedené akciové zľavy predstavujú dostatočne významnú zložku ceny dotknutých albumov na to, aby mali skutočný vplyv na transparentnosť cien uvedených albumov. Z toho vyplýva, že výhrada žalobcu, podľa ktorej v rozhodnutí došlo k zjavne nesprávnemu posúdeniu, pretože Komisia nepreskúmala alebo prinajmenšom po právnej stránke dostatočne nepreukázala relevantnosť akciových zliav, je dôvodná.

450 Toto zistenie nemožno spochybníť tvrdením Komisie, podľa ktorého jej ďalšie informácie, ktoré jej boli poskytnuté počas správneho konania, umožnili jednak dospieť k záveru, že akciové zľavy boli zásadnou zložkou pri stanovovaní cien, ako aj vypočítať výšku priemerných akciových zliav uplatňovaných na všetky albumy v roku 2002. Okolnosti, na ktorých táto argumentácia spočíva, nemožno považovať za dostatočne koherentné, spoľahlivé a relevantné, ani nimi nemožno odôvodniť závery, ktoré sa z nich vyvodili.

451 Po prvé časová postupnosť priebehu vyšetrovania neukazuje, že by Komisia v snahe posúdiť stupeň transparentnosti trhu pristúpila k preskúmaniu relevantnosti akciových zliav, ani *a fortiori* to, že by sa takého posúdenie mohlo uskutočniť na základe relevantných a spoľahlivých údajov. V tomto ohľade je potrebné pripomenúť, že až do vypočutia konajúceho sa 14. a 15. júna 2004 sa Komisia na základe preskúmania všetkých dôkazov zhromaždených počas jej vyšetrovania prikláňala k záveru, aj keď predbežnému, o existencii kolektívneho dominantného postavenia ešte pred uskutočnením koncentrácie a najmä o transparentnosti trhu a zliav, ako aj k záveru, že tieto zľavy nemohli ohroziť koordináciu cien. Vzhľadom na odpovede jednak veľkých spoločností, konkurentov, ako aj maloobchodníkov na dotazníky o dôležitosti rôznych jednotlivých zliav, najmä bežných a akciových, nepovažovala za nevyhnutné ani spomenúť akciové zľavy v oznámení o výhradách (prínajmenšom ako to vyplýva z dôvernej verzie predloženej Súdu prvého stupňa). Zo spisu nevyplýva a Komisia to navyše ani netvrdila, že by v tomto štádiu akokoľvek skúmala akciové zľavy. Taktiež sa nezdá, že by Komisia v krátkej dobe medzi vypočutím konajúcim sa 14. a 15. júna 2004, v nadväznosti na ktoré zmenila svoje posúdenie, a zaslaním návrhu rozhodnutia poradnému výboru 1. júla 2004 uskutočnila vyšetrovanie s cieľom overiť relevantnosť akciových zliav alebo stupeň ich transparentnosti. Jediným vyšetrovacím úkonom, ktorý Komisia uskutočnila po uvedenom vypočutí, je navyše žiadosť o informácie z 21. júna 2004 zaslaná oznamovateľom koncentrácie, ktorá sa netýkala relevantnosti akciových zliav, ale činnosti veľkých spoločností spočívajúcej v sledovaní trhu. Výpovedná hodnota správ o vývoji vyhotovených obchodnými oddeleniami Sony a BMG poskytnutých (príloha B.15) v odpovedi na túto žiadosť je navyše, ako sa to uvádza vyššie, vážne spochybnená prostredníctvom dôverných dokumentov predložených žalobcom (príloha B.16). Nakoniec Komisia vo svojich záverečných pripomienkach sama zdôrazňuje, že právo oznamovateľov koncentrácie byť vypočutí obmedzuje po vypočutí ďalšie možnosti vyšetrovania a vylučuje hromadnú konzultáciu subjektov trhu v súvislosti s výhradami. Vyšetrovacie úkony po vypočutí spočívajú podľa Komisie predovšetkým v konzultácii subjektov trhu vo veci navrhnutých záväzkov, a teda sa netýkajú výhrad vyslovených proti oznámenej koncentrácii.

452 Po druhé, hoci Komisia vo svojich odpovediach na písomné otázky Súdu prvého stupňa uviedla, že informácie poskytnuté oznamovateľmi koncentrácie v rámci

správneho konania jej umožnili vypočítať priemerné akciové zľavy, na pojednávaní tiež pripustila, že tieto výpočty neurobila sama a musela ponechať na ekonómoch účastníkov koncentrácie, aby vysvetlili, ako bolo možné vypočítať zľavy na všetky albumy, pričom ich ale nebolo možné vypočítať pre 20 alebo 100 najpredávanejších albumov, napriek tomu, že vyšetrovanie a údaje zozbierané Komisiou sa týkali len týchto albumov.

453 Po tretie, hoci Komisia uviedla, že výpočty boli uskutočnené na základe údajov, ktoré boli základom jednej z príloh B.12 k vyjadreniu k žalobe, táto príloha obsahuje len údaje týkajúce sa BMG a nie Sony.

454 Po štvrté, údaje sa nejavia ako dostatočne koherentné, spoľahlivé a relevantné.

455 Najskôr je potrebné zdôrazniť, že tabuľky poskytnuté Komisiou v odpovedi na otázku Súdu prvého stupňa sa týkajú len roku 2002 bez toho, aby sa vysvetlili dôvody, pre ktoré oznamovatelia koncentrácie vybrali práve tento rok, a to napriek tomu, že rozhodnutie sa vzťahuje na ceny a zľavy od roku 1998 do roku 2003. Rovnako, hoci je v prípade BMG podiel hrubého predaja vypočítaný pre desať najväčších zákazníkov, týka sa len piatich až desiatich najväčších zákazníkov (v závislosti od krajín), a to bez toho, aby sa v tomto ohľade poskytlo akékoľvek vysvetlenie. Je potrebné tiež poznamenať, že rozpätia akciových zliav uvedené v tabuľkách (týkajúce sa všetkých albumov pre všetkých zákazníkov) nezodpovedajú rozpätiam uvedeným v tabuľkách ostatných príloh B.6/E.2 (týkajúcich sa len 20 najpredávanejších albumov desiatim najlepším zákazníkom). Keďže počet albumov a zákazníkov zohľadňovaných v tabuľkách je omnoho väčší ako počet albumov a zákazníkov, na ktorý sa vzťahujú uvedené prílohy, mala by sa maximálna akciová zľava v tabuľkách [dôverne] rovnať zľave uvedenej v dotknutých prílohách pre ten istý rok [dôverne] alebo by mala byť vyššia. Celkové zľavy na faktúru každého z oznamovateľov koncentrácie, ako aj rozdiel medzi zľavami poskytovanými každým z nich sa tiež líšia od zliav uvedených v rozhodnutí. Rozhodnutie sa v skutočnosti týka najpredávanejších albumov v roku 2003 a nie ako tabuľky všetkých albumov

predaných v roku 2002, čo len potvrdzuje, že výsledok sa môže líšiť v závislosti od vybraných parametrov, a teda nutnosť, aby si Komisia nad takýmito úkonmi ponechala kontrolu alebo aby prinajmenšom overila relevantnosť údajov predložených účastníkmi koncentrácie.

456 Ďalej je nutné konštatovať, že keďže sa tabuľky týkajú priemernej akciovej zľavy na všetky predávané albumy a nie 100 alebo 20 najpredávanejších albumov, chýba im relevantnosť, pretože predpokladajú to, čo by mali jasne preukázať, teda, že akciové zľavy majú dôležitú úlohu tiež pri najpredávanejších albumoch alebo nových vydaniach albumov uvedených v hitparádach (new hit releases) a že sa netýkajú, ako tvrdí žalobca, hlavne albumov uvedených v katalógu. Tvrdenie Komisie, podľa ktorého by vzhľadom na dôležitosť, akú má pre celkové príjmy z predaja hudby 100 najpredávanejších albumov, by bolo prekvapujúce, že priemerná výška akciových zliav vypočítaná pre všetky predané albumy sa citelne neodráža na cenách 100 najpredávanejších albumov, nemožno prijať, pretože by to znamenalo, že priemerné akciové zľavy, ktoré by boli násobkom všeobecného priemeru, sa uplatňujú na všetky ostatné albumy. Hoci rozhodnutie neobsahuje v tomto ohľade žiadne informácie a Komisia vo svojich vyjadreniach neposkytla žiadne upresnenia, samotné okolnosti uvedené v spise naznačujú, že akciové zľavy sú v skutočnosti vysoké, respektíve veľmi vysoké. Preto jedna z veľkých spoločností v odpovedi na dotazník Komisie uviedla, že „tento typ zľavy mohol predstavovať dôležitý podiel VPC (napríklad až do [dôverné])“. Rovnako tiež tabuľky uvedené v prílohe E.2, ktoré Komisia predložila a ktoré obsahujú odhady maximálnych akciových zliav, často uvádzajú veľmi vysokú sadzbu zliav poskytnutých oznamovateľmi koncentrácie ich desiatim najlepším zákazníkom, ktorá dosahovala až [dôverné]. Okrem toho Komisia označuje tieto odhady za opatrné, pretože zatiaľ čo čísla sú uvedené v ročnom vyjadrení, akciová zľava je obvyčajne časovo obmedzená. Akciové zľavy podľa tabuľky predloženej Komisiou predstavujú len nízky priemerný percentuálny podiel predajnej ceny [dôverné] všetkých predaných albumov, a preto by sa mali uplatniť len na dosť nízky počet albumov. Nakoniec, ako sa uviedlo vyššie, samotné vyhlásenia veľkých spoločností predložené Komisiou naznačujú, že akciové zľavy sa uplatňujú na osobitné prípady (umelec na turné, určité sezónne zásoby, staršie albumy, ktoré sa už veľmi dobre nepredávajú). Za týchto podmienok nemožno predpokladať, že by priemerné sadzby akciových zliav poskytovaných na všetky albumy vypovedali

o akciových zľavách poskytovaných na 100 najpredávanejších albumov ani *a fortiori* o akciových zľavách poskytovaných na nové „hits releases“. V tomto ohľade je navyše potrebné pripomenúť, že Komisia v bodoch 87 a 90 oznámenia o výhradách uviedla, že sa domnieva, že cenníky nových vydaní albumov sa používajú na koordináciu a sledovanie cenových politík a že nenašla žiaden dôkaz o tom, že by sa tieto zľavy používali na účely podstatnej zmeny priemerných čistých cien nových „hit releases“.

457 Po piate i za predpokladu, že by tabuľky boli presné a mali výpovednú hodnotu, je nutné konštatovať, že akciové zľavy tvoria len veľmi malú časť hrubej predajnej ceny albumov v troch z piatich veľkých krajín v prípade BMG [dôverné] % v krajine B, [dôverné] % v krajine C a [dôverné] % v krajine D a v dvoch z piatich veľkých krajinách v prípade Sony [dôverné] % v krajine C a [dôverné] % v krajine D. Okrem toho v rozpore s tým, čo tvrdí Komisia, sa nemožno domnievať, že tabuľky ukazujú, že priemerné akciové zľavy oboch oznamovateľov sa vo veľkej miere vo väčšine krajín líšia, keďže v troch krajinách z piatich je rozdiel medzi akciovými zľavami poskytovanými Sony a BMG nižší ako [dôverné] %. Každá krajina totiž podľa rozhodnutia predstavuje samostatný trh a koncentrácia, ktorá vytvára alebo posilňuje dominantné postavenie, v dôsledku ktorého je efektívna hospodárska súťaž významne narušená aspoň vo vzťahu k jednému z relevantných trhov, sa musí vyhlásiť za nezlučiteľnú so spoločným trhom. Za týchto podmienok i za predpokladu, že by sa akciové zľavy mohli považovať za menej transparentné, mala Komisia bez toho, aby uplatnila požiadavku úplnej transparentnosti prinajmenšom v rozhodnutí vysvetliť, ako mohli tieto akciové zľavy napriek svojmu minimálnemu skutočnému účinku na ceny a napriek prítomnosti mnohých faktorov transparentnosti uvedených v rozhodnutí odstrániť dostatočnú transparentnosť trhu nevyhnutnú na umožnenie kolektívneho dominantného postavenia.

458 V každom prípade však ani vysvetlenia poskytnuté počas sporového konania pred Súdom prvého stupňa, ani *a fortiori* overenia týkajúce sa podstatného aspektu rozhodnutia nemôžu nahradiť nedostatok preskúmania v okamihu prijatia rozhodnutia a odstrániť tak zjavne nesprávne posúdenie, ku ktorému tým v rozhodnutí

došlo, a to i za predpokladu, že by táto vada nemala žiaden vplyv na výsledok posúdenia (pozri analogicky rozsudok Súdneho dvora z 22. januára 2004, Mattila/Rada a Komisia, C-353/01 P, Zb. s. I-1073, body 31 a 37).

c) Záver o transparentnosti

⁴⁵⁹ Z predchádzajúcich úvah vyplýva, že zistenia uskutočnené v rozhodnutí v súvislosti s transparentnosťou trhu nie sú po právnej stránke dostatočne odôvodnené, došlo pri nich k zjavne nesprávnemu posúdeniu, pretože nespočívajú na preskúmaní všetkých relevantných údajov, ktoré sa mali zohľadniť, a nemožno o ne oprieť záver, že trh nie je dostatočne transparentný na to, aby umožnil kolektívne dominantné postavenie.

5. Homogénnosť

⁴⁶⁰ V súvislosti s kritériom homogénnosti výrobku je potrebné pripomenúť, že Komisia v odôvodnení č. 157 rozhodnutia dospela k záveru, že neexistuje kolektívne dominantné postavenie, keď okrem nedostatkov v oblasti transparentnosti a nedostatku dôkazov, ktoré by potvrdzovali existenciu odvetných opatrení v minulosti, poukázala na čiastočnú heterogénnosť výrobku. Je však potrebné zdôrazniť, že Komisia v odôvodnení č. 110 rozhodnutia venovanom skúmaniu homogénnosti výrobku zdôraznila na jednej strane, že formát hudobných nahrávok je homogénny, na druhej strane, že napriek heterogénnosti obsahu sa spôsoby stanovovania cien a uvádzania albumov na veľkoobchodné trhy zdajú byť celkom štandardizované, a nakoniec uviedla, že čo sa týka zliav a dohodnutých sadziieb pri vrátení nepredaného tovaru, veľké spoločnosti obyčajne nerozlišovali medzi hudobnými žánrami alebo typmi albumov. Komisia prinajmenšom v zjavnom

rozpore s týmto tvrdením a bez ďalšieho vysvetlenia ďalej uviedla, že stanovovanie cien prirodzene záviselo aj od úspechu albumu a že na úrovni albumov existovali rozdiely v akciových zľavách. Na základe predchádzajúceho dospela k záveru, že heterogénnosť obsahu a jej vyššie uvedené účinky na ceny znižovali transparentnosť.

461 Z toho vyplýva, že Komisia sa domnievala, že uvedená heterogénnosť mala vplyv len na akciové zľavy. Ako bolo totiž vysvetlené vyššie, okolnosti uvedené v rozhodnutí a tvrdenia, na ktoré sa Komisia odvolávala vo svojich písomných podaniach, nepostačujú na preukázanie zistenia, podľa ktorého trh nemal dostatočný stupeň transparentnosti na to, aby umožnil existenciu kolektívneho dominantného postavenia. Preto zistenia týkajúce sa heterogénnosti výrobku, ktoré si navyše protirečia, nemôžu same osebe viesť k záveru, podľa ktorého takéto kolektívne dominantné postavenie na trhu neexistovalo.

462 Nakoniec je preto potrebné poznamenať, že okolnosť, že výrobok je heterogénny, prinajmenšom čo sa týka jeho obsahu, a preto je nutné očakávať, že jeho cena bude v závislosti od jednotlivého albumu kolísať, dáva osobitný význam zisteniu uskutočnenému samotnou Komisiou v odôvodneniach č. 76 a 77 týkajúcich sa trhu v Spojenom kráľovstve (a v zodpovedajúcich odôvodneniach týkajúcich sa ostatných trhov), podľa ktorého sa katalógové ceny najpredávanejších albumov zdajú byť skôr vyrovnané, pričom čisté ceny sú úzko spojené s hrubými cenami.

6. Odvetné opatrenia

463 V odôvodneniach č. 114 až 118 rozhodnutia Komisia skúmala, či veľké spoločnosti v minulosti prijali „odvetné opatrenia“ voči niektorej z nich, a dospela k záveru, že nenašla „žiadny dôkaz, ktorý by preukazoval, že by odmietnutie niektorej veľkej spoločnosti dodržať dohodnutý postup mohlo v minulosti viesť k odvetnému

opatreniu spočívajúcemu vo vylúčení ostatnými veľkými spoločnosťami zo spoločného podniku pre kompilácie alebo v (dočasnom) návrate k skutočne súťažným postupom“, dokonca nezistila ani „náznak hrozby v tomto zmysle“.

464 Žalobca tvrdí, že toto zistenie je nedostatočne odôvodnené, došlo pri ňom k zjavne nesprávnemu posúdeniu a k nesprávnemu právnemu posúdeniu. Výhrady rozvinuté v rámci týchto troch častí sa prekrývajú a spočívajú v podstate v spochybnení skutočnosti, že Komisia založila svoju analýzu na neexistencii dôkazov o predchádzajúcom použití odvetných opatrení napriek tomu, že mala len overiť existenciu účinných odstrašujúcich mechanizmov.

465 Z judikatúry (rozsudok Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 62) vyplýva, že na to, aby kolektívne dominantné postavenie bolo životaschopné, je nutné, aby existoval dostatok odstrašujúcich faktorov, ktoré by trvale odradzovali od odchýlenia sa od spoločného postupu, čo znamená, že je potrebné, aby každý člen dominantného oligopolu vedel, že jeho konanie so silne súťažnou povahou s cieľom zvýšiť jeho trhovú podiel by vyvolalo obdobné konanie zo strany ostatných členov, takže zo svojej iniciatívy by nezískal žiadne výhody (pozri v tomto zmysle rozsudok Gencor/Komisia, už citovaný v bode 246 vyššie, bod 276).

466 Samotná existencia odstrašujúcich mechanizmov totiž v zásade postačuje, pretože ak sa členovia oligopolu prispôbia spoločnej politike, nie je potrebné uchýliť sa k výkonu sankcií. Navyše, ako zdôrazňuje žalobca, najúčinnjším odstrašujúcim prostriedkom je ten, ktorý sa nemusí použiť.

467 Komisia navyše v bodoch 128 až 132 oznámenia o výhradách výslovne konštatovala, že vylúčenie zo spoločných podnikov pre kompilácie predstavuje osobitne účinný odstrašujúci mechanizmus a rozhodnutie, hoci to neuznáva tak výslovne, predsa len potvrdzuje, v rozpore s tým, čo tvrdila Komisia vo svojich vyjadreniach, túto analýzu.

Po tom, ako Komisia v odôvodneniach č. 115 a 116 rozhodnutia uznala hospodársku dôležitosť kompilácií viacerých umelcov alebo značiek, ktoré predstavujú približne 15 až 20 % celkového trhu s hudobnými nahrávkami, a zdôraznila, že prítomnosť umelcov „patriacich“ rôznym nahrávacím spoločnostiam v albume sa zdá byť kľúčovým faktorom úspechu určitej kompilácie, totiž v odôvodnení č. 117 rozhodnutia vysvetľuje, že „v prípade pretrvávajúceho ‚odchýlenia sa‘ jednej z nich by veľké nahrávacie spoločnosti mohli vylúčiť takúto spoločnosť z vytvorenia nových spoločných podnikov alebo jej odmietnuť právo použiť ich tituly v určitej kompilácii, ba až ukončiť niektoré existujúce spoločné podniky“. Nakoniec odôvodnenie č. 118 rozhodnutia stanovuje, že Komisia však nenašla žiaden dôkaz preukazujúci vylúčenie inými veľkými nahrávacími spoločnosťami zo spoločného podniku pre kompilácie v minulosti, ani žiaden náznak hrozby v tomto zmysle, pričom upresnila, že „tieto opatrenia by vo všeobecnosti mohli predstavovať spoľahlivé odvetné opatrenia na trhu s hudobnými nahrávkami“.

468 Keďže však v rámci tohto žalobného dôvodu ide o zistenie existencie kolektívneho dominantného postavenia a nie o jeho vytvorenie, možno sa domnievať, že podmienka týkajúca sa odstrašujúcich prostriedkov môže spočívať nie v overení samotnej existencie odstrašujúcich mechanizmov, ako tomu bolo vo veci, ktorá viedla k rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovanému v bode 45 vyššie, ale v preskúmaní, či došlo k porušeniu spoločného postupu bez toho, aby po tomto porušení nasledovali odvetné opatrenia. Hoci rozhodnutie nenaznačuje, že test na zistenie existencie kolektívneho dominantného postavenia musí byť odlišný, a hoci to Komisia vo svojich vyjadreniach ani netvrdila, Súd prvého stupňa predsa len preskúma, či zistenia uvedené v rozhodnutí tento test splňujú.

469 Dva kumulatívne dôkazy sú nevyhnutné na to, aby bolo možné sa domnievať, že neexistencia výkonu odvetných opatrení znamená, že podmienka týkajúca sa odvetných opatrení nie je splnená, konkrétne dôkaz odchýlenia sa od spoločného postupu, bez ktorého nemožno skúmať výkon odvetných opatrení, a potom skutočný dôkaz neexistencie odvetných opatrení. Je však nutné konštatovať, že

v rámci rozhodnutia sa nehovorí vo vzťahu k týmto dvom aspektom o žiadnych potrebných dôkazoch.

470 Po prvé ani v časti *ad hoc* venovanej odstrašujúcim prostriedkom, ani vo zvyšku rozhodnutia Komisia jasne neoznačila ani jeden prípad porušenia spoločnej politiky v oblasti cien. Vo svojom vyjadrení k žalobe Komisia síce uviedla dva prípady, v ktorých sa v rozhodnutí konštatovali odchýlky od spoločného postupu (v Spojenom kráľovstve v rokoch 2000 a 2001, odôvodnenie č. 74, a v Nemecku v súvislosti s pomalším vývojom jednej z veľkých spoločností, odôvodnenie č. 88). Z rozhodnutia však nevyplýva, či by sa tieto prípady mohli považovať za porušenie spoločnej politiky, alebo len ukazovali, že súbežnosť cien sa vždy nedosiahla.

471 Po druhé v každom prípade je nutné konštatovať, že Komisia, ktorú Súd prvého stupňa na pojednávaní vypočúval v súvislosti vyšetrovacími úkonmi, ktoré uskutočnila, aby dospela k záveru, že nenašla dôkazy výkonu odvetných opatrení v minulosti ani hrozby v tomto zmysle, nebola schopná uviesť žiadny krok, ktorý s týmto cieľom uskutočnila alebo podnikla. Okrem toho, keďže sa vyšetrovanie Komisie v štádiu oznámenia o výhradách zameralo na overenie existencie spoľahlivých odstrašujúcich mechanizmov a nie na skutočný výkon odstrašujúcich opatrení a keďže Komisia zmenila svoje posúdenie koncentrácie až po uskutočnení vypočutia, zdá sa byť ťažké stanoviť, kedy a ako mohla Komisia účinne hľadať dôkazy výkonu odvetných opatrení. Zo spisu navyše vyplýva, že Komisia po vypočutí už na trhu nevyšetrovala. Jediné úkony Komisie na účely overenia preto mohli spočívať len v položení otázky oznamovateľom koncentrácie, o čom Súdu prvého stupňa neposkytla žiaden dôkaz, ktorí by však zjavne neboli schopní poskytnúť jej dôkazy o výkone odvetných opatrení.

472 Nakoniec je nutné konštatovať, že nemožno prijať tvrdenie Komisie, podľa ktorého „zjavné dôkazy o odvetných opatreniach uplatňovaných inými veľkými spoločnosťami ako reakcia na ‚odchýlenie sa‘ od bežných úrovní priemerných čistých cien

alebo priemerných zliav na faktúru by napriek ťažkostiam spojeným so zistením dostatočne jasných podmienok koordinácie a dostatočne účinných prostriedkov ich dodržiavania mohli byť ukazovateľom (aj keď určite nie rozhodujúcim) existencie určitej koordinácie“. Na jednej strane je totiž toto tvrdenie v rozpore s rozhodnutím, podľa ktorého „by sa totiž každý náznak odvetného opatrenia mohol považovať za upozornenie na existenciu kolektívneho dominantného postavenia na týchto trhoch“ (odôvodnenie č. 114 rozhodnutia), a „Komisia teda v tejto veci nezistila žiadnu okolnosť, ktorá by naznačovala, že takého prostriedky alebo hrozby sa v minulosti použili, čo by predstavovalo dôkaz kolektívneho dominantného postavenia“. Na druhej strane však argumentácia Komisie vedie k domnienke, že prieskum, ktorý uskutočnila vo vzťahu k podmienke týkajúcej sa odvetných prostriedkov, bol neprimeraný, keďže aj „zjavné dôkazy o odvetných opatreniach“ by mohli predstavovať len „určite nie rozhodujúci“ ukazovateľ.

473 Z predchádzajúceho vyplýva, že výhrada žalobcu, podľa ktorej došlo pri posúdeniach uvedených v rozhodnutí, ktoré sa týkali odvetných prostriedkov, k nesprávnemu právnemu posúdeniu a k zjavne nesprávnemu posúdeniu, je dôvodná.

474 Keďže tieto posúdenia, ako vyplýva najmä z odôvodnenia č. 157 rozhodnutia, sú základným dôvodom, na ktorom sa rozhodnutie zakladá, je nutné toto rozhodnutie zrušiť.

7. Záver o prvom žalobnom dôvode

475 Z predchádzajúceho vyplýva, že tvrdenie, podľa ktorého nie sú trhy s hudobnými nahrávkami dostatočne transparentné na umožnenie kolektívneho dominantného postavenia, nie je po právnej stránke dostatočne odôvodnené a došlo v rámci neho k zjavne nesprávnemu posúdeniu, pretože okolnosti, na ktorých sa toto tvrdenie zakladá, sú neúplné a neobsahujú všetky relevantné údaje, ktoré mala Komisia

zohľadniť, a nemožno ním podoprieť závery, ktoré sú z neho vyvozené. Keďže toto tvrdenie predstavuje, ako to vyplýva jednak z rozhodnutia, predovšetkým z jeho odôvodnenia č. 157, ako aj z diskusií pred Súdom prvého stupňa, základný dôvod, na základe ktorého Komisia v rozhodnutí dospela k záveru o neexistencii kolektívneho dominantného postavenia, musí byť rozhodnutie zrušené už len z tohto samotného dôvodu.

476 Keďže aj v analýze týkajúcej sa odvetných prostriedkov došlo k nesprávnemu právnemu posúdeniu alebo prinajmenšom k zjavne nesprávnemu posúdeniu, pričom táto analýza predstavovala ďalší základný dôvod, na základe ktorého Komisia v rozhodnutí dospela k záveru o neexistencii kolektívneho dominantného postavenia, táto vada taktiež odôvodňuje zrušenie rozhodnutia.

477 Nakoniec je ešte nutné v potrebnej miere konštatovať, že tak ako výslovne alebo implicitne vyplýva zo všetkých predchádzajúcich úvah, žiadne z tvrdení predložených vedľajšími účastníkmi konania nie je spôsobilé vyvrátiť tieto závery a že viaceré z nich navyše výslovne odporujú rozhodnutiu.

478 Po prvé v súvislosti s úvodnými pripomienkami vedľajších účastníkov konania je nutné konštatovať, že už boli zamietnuté a nemajú žiadnu relevantnosť. Samotnou skutočnosťou, že Komisia údajne viedla mimoriadne hĺbkové vyšetrovanie, nemožno preukázať, že Komisia skutočne zhromaždila, zanalyzovala a správne posúdila všetky relevantné údaje. V tomto ohľade je potrebné navyše poznamenať, že vedľajší účastníci zdôrazňujú, že po oznámení poskytli veľmi presvedčivé údaje a vysvetlenia týkajúce sa hudobného priemyslu v Európe. Zo spisu však vyplýva, že na základe týchto a ďalších informácií zozbieraných na trhu počas skoro piatich mesiacov vyšetrovania Komisia v oznámení o výhradách dospela k záveru o nezlučiteľnosti koncentrácie a až po vyjadrení argumentácie účastníkov koncentrácie a ich ekonómov v rámci vypočutia 14. a 15. júna 2004 zmenila svoje posúdenie a o dva týždne neskôr zaslala poradnému výboru návrh rozhodnutia schvaľujúceho

koncentráciu. Rovnako je tiež irelevantná skutočnosť, že súťažné orgány vo svete by túto koncentráciu schválili. Nakoniec tvrdenie, podľa ktorého predstavuje koncentrácia prosúťažnú odpoveď na úpadok hudobného priemyslu a najmä na pád predajných cien CD, sa taktiež musí zamietnuť. Nielenže rozhodnutie nijak nespočíva na údajnej rovnováhe rôznych výhod a nevýhod koncentrácie, ale navyše tvrdenia vedľajších účastníkov vychádzajúce z vývoja dopytu boli výslovne zamietnuté v bodoch 55 až 59 rozhodnutia.

479 Po druhé v súvislosti s tvrdeniami vedľajších účastníkov smerujúcimi k spochybneniu dôvodnosti výhrad žalobcu týkajúcich sa akciových zliav, vyrovnávania cien alebo transparentnosti postačí konštatovať, že sa prekrývajú s tvrdeniami Komisie, pričom už boli zamietnuté vyššie alebo ich nebolo možné zohľadniť, pretože výslovne odporujú zisteniam, ku ktorým došlo v rozhodnutí. Tvrdenie vyplývajúce z údajnej neexistencie vyrovnávania cien a tvrdenie, že veľký podiel predaja 100 najpredávanejších albumov sa dosahuje za použitia iných VPC, ako sú VPC uvedené v rozhodnutí, boli výslovne zamietnuté v rámci rozhodnutia. Rovnako je irelevantné tvrdenie, podľa ktorého rozhodnutie znižuje dôkaznú silu dôkazov o neexistencii dostatočnej transparentnosti. Súdu prvého stupňa totiž neprináleží, aby rozhodoval o zlučiteľnosti koncentrácie, ale aby preskúmal zákonnosť zistení uskutočnených v rozhodnutí. Okrem toho je nutné opätovne konštatovať, že tvrdenia vedľajších účastníkov konania v tomto ohľade, podľa ktorých VPC nie sú ani známe, ani prístupné alebo že bežné zľavy nie sú dostatočne transparentné, výslovne odporujú zisteniam uvedeným v rozhodnutí.

480 Po tretie v súvislosti s tvrdeniami týkajúcimi sa rôznych bodov nespomenutých v rozhodnutí postačí konštatovať, že nie sú relevantné, keďže preskúmanie Súdu prvého stupňa sa obmedzuje len na kontrolu zákonnosti tohto rozhodnutia.

481 Súd prvého stupňa však považuje za nutné preskúmať navyše aj druhý žalobný dôvod.

III — O druhom žalobnom dôvode týkajúcom sa vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia na trhoch s hudobnými nahrávkami

A — Tvrdenia žalobcu

482 Žalobca poukazuje na to, že Komisia preskúmala otázku, či koncentrácia vytvára kolektívne dominantné postavenie na menej než jednej strane. Komisia síce tvrdila, že zníženie počtu hráčov by mohlo na niektorých oligopolistických trhoch spôsobiť vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia zostávajúcich podnikov a že to, či k tomu skutočne dôjde alebo nie, v podstate závisí od charakteristických znakov trhu, tieto rozhodujúce charakteristické znaky však neoznačila, ale obmedzila sa na to, že poukázala na analýzu vykonanú vo vzťahu ku kolektívnemu dominantnému postaveniu už existujúcemu pred koncentráciou, a v odôvodnení č. 157 rozhodnutia dospela k záveru, že nenašla „dost' dôkazov o tom, že by zníženie počtu nahrávacích spoločností z piatich na štyri predstavovalo dostatočne významnú zmenu, ktorá by mohla viesť k pravdepodobnému vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia“ predovšetkým s ohľadom na transparentnosť a odvetné opatrenia.

1. O nesprávnom právnom posúdení

483 Komisia sa pri použití testu kolektívneho dominantného postavenia dopustila štyroch pochybení predstavujúcich nesprávne právne posúdenie.

a) Neexistencia analýzy budúceho vývoja

484 Komisia sa dopustila nesprávneho právneho posúdenia pri uplatnení právnej úpravy týkajúcej sa kolektívneho dominantného postavenia tým, že nevykonala analýzu budúceho vývoja, aby zistila, či by v dôsledku koncentrácie došlo k vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia. Test, ktorým sa má určiť, či koncentrácia vytvára také postavenie alebo nie, je pritom podstatne odlišný od testu, ktorým sa má overiť jeho súčasná existencia, keďže posledný uvedený test vyžaduje analýzu *ex post*, zatiaľ čo prvý uvedený test vyžaduje analýzu *ex ante*, ktorá musí byť vykonaná s odkazom na hospodársku súťaž existujúcu na trhu pred uskutočnením koncentrácie.

485 Z rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovaného v bode 45 vyššie, vyplýva, že analýza budúceho vývoja musí nielen zohľadniť situáciu týkajúcu sa tohto postavenia v okamihu uskutočnenia koncentrácie, ale aj túto situáciu dynamicky posúdiť s ohľadom predovšetkým na „vnútornú vyváženosť, na stabilitu a otázku, či súbežné protisúťažné správanie, ktoré by mohla spôsobiť, je možné udržať v čase“. Z odôvodnenia č. 157 rozhodnutia však vyplýva, že Komisia namiesto vykonania vyžadovanej odlišnej analýzy budúceho vývoja dospela k svojmu záveru na základe tých istých dôkazov — *ex post* —, ktoré použila na popretie existencie kolektívneho dominantného postavenia pred uskutočnením koncentrácie.

486 Analýza *ex post* však nie je rozhodujúca. Komisia síce skutočne preukázala, že „trhy s hudobnými nahrávkami vykazujú určité charakteristické znaky priaznivé pre existenciu kolektívneho dominantného postavenia“ (odôvodnenie č. 157 rozhodnutia), obmedzila sa však iba na konštatovanie, že nenašla dostatok dôkazov

o tom, že kolektívne dominantné postavenie už existovalo, takže akákoľvek zmena faktorov zvyšujúcich možnosť tichých kartelov by mala byť analyzovaná s veľkou opatrnosťou. Jediným dôkazom, ktorý Komisia preskúmavala, je správa o tom, čo sa odohralo v minulosti, čím Komisia mlčky uznáva, že analýzu budúceho vývoja nevykonala.

b) Transparentnosť

⁴⁸⁷ Žalobca tvrdí, že Komisia sa pri overovaní toho, či bolo vytvorené kolektívne dominantné postavenie, dopustila nesprávneho právneho posúdenia z rovnakých dôvodov, aké sú rozvinuté v rámci prvého žalobného dôvodu, tým, že použila test úplnej transparentnosti trhu, zatiaľ čo podľa rozsudku Airtours/Komisia, už citovaného v bode 45 vyššie, treba overiť len to, či je trh dostatočne transparentný na to, aby bola možná koordinácia správania.

c) Odstrašujúce prostriedky

⁴⁸⁸ Žalobca vytýka Komisii, že nevykonala analýzu budúceho vývoja, aby overila existenciu odstrašujúcich prostriedkov, ale oprela sa o závery, ku ktorým dospela, keď nesprávne vychádzala z neexistencie dôkazu o odstrašujúcich prostriedkoch v minulosti v súvislosti s posilnením už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia, aby zamietla akékoľvek tvrdenie, podľa ktorého by zníženie počtu veľkých spoločností z piatich na štyri uľahčilo odvetné opatrenia na trhu.

489 V rámci analýzy budúceho vývoja, ktorú mala vykonať, malo byť konštatovanie, že existovali opatrenia, ktoré mohli predstavovať spoľahlivé odvetné možnosti zo strany veľkých spoločností (odôvodnenie č. 118 rozhodnutia), posúdené ako dostatočný dôkaz, a to najmä po tom, čo sa počet veľkých nahrávacích spoločností zníži na štyri.

d) Protiváhy

490 Žalobca tvrdí, že Komisia sa dopustila nesprávneho právneho posúdenia tým, že vôbec nepreskúmala tretiu podmienku stanovenú rozsudkom Airtours/Komisia, už citovaným v bode 45 vyššie, na overovanie existencie kolektívneho dominantného postavenia, teda schopnosť zákazníkov alebo súťažiteľov ohroziť svojim konaním výsledky akejkoľvek spoločnej politiky prijatej veľkými spoločnosťami.

2. O porušení povinnosti odôvodnenia

491 Žalobca tvrdí, že analýza budúceho vývoja, ktorú mala Komisia vykonať, aby overila riziko vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, zahŕňa hĺbkové preskúmanie relevantných okolností, pokiaľ ide o účinok koncentrácie na trh. Komisia však jednak nepreskúmala možnosť vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia ani v oznámení o výhradách a jednak analýza Komisie v rozhodnutí nie je ani zameraná na budúci vývoj, ani podrobná. Komisia z toho, že sa nepreukázala existencia kolektívneho dominantného postavenia, vyvodila, že neexistuje dostatok dôkazov o tom, že k vytvoreniu dominantného postavenia dôjde v budúcnosti.

492 Žalobca tvrdí, že ak by Komisia vykonala požadovanú analýzu budúceho vývoja, musela by sa zaoberať týmito otázkami:

- do akej miery zníženie počtu veľkých spoločností znamená:
 - že veľké spoločnosti sa stávajú vzájomne závislejšími z dôvodu zníženia počtu hráčov z piatich na štyroch,
 - že trh, ktorý je koncentrovaný podľa všetkých prijatých štandardov aj pred koncentráciou, sa stane oveľa koncentrovanejším po uskutočnení koncentrácie,
 - že koordináciu medzi veľkými spoločnosťami možno ešte ľahšie kontrolovať a udržiavať v čase a že aj transparentnosť cien je ešte viac posilnená z dôvodu symetrie, ktorá uľahčuje kontrolu vrátane kontroly na veľmi dôležitom trhu hitparád,
 - že je oveľa ľahšie identifikovať ústredný bod a udržiavať spoločné chápanie toho, čo je v spoločnom záujme veľkých spoločností, keďže ich počet je nižší,
 - že rovnováha medzi dlhodobým prospechom plynúcim z pripojenia sa ku kartelu a krátkodobým prospechom plynúcim z predaja za nižšiu cenu než konkurenti je pri menšom počte spoločností na trhu porušená,

- do akej miery sa zvýši miera symetrie na trhu, pretože Sony BMG by sa podobala spoločnosti Universal v zmysle veľkosti a trhových podielov, s ďalšími dvoma veľkými spoločnosťami EMI a Time Warner hneď za nimi so svojimi rovnako symetrickými trhovými podielmi. Táto otázka je dôležitá, pretože symetria v zmysle veľkosti a trhových podielov uľahčuje udržiavanie tichého kartelu. Sony BMG a Universal by mali spoločne trhový podiel vo výške viac než 50 % celosvetového trhu s hudobnými nahrávkami a tento podiel by sa blížil k 60 až 70 % na veľmi dôležitom trhu hitparád, ktorého význam Komisia neštudovala. Tento segment trhu je dôležitý tak pre súčasnú hospodársku súťaž, ako aj indikátor dlhodobej sily na trhu, keďže z nových vydaní sa stávajú tituly v katalógu,

- do akej miery sa zvýši symetria a zníži konkurencia, pretože dve veľké spoločnosti, ktoré mali počas ostatných rokov rozličné výsledky, by odteraz tvorili len jednu spoločnosť,

- do akej miery sa odstrašujúce prostriedky stanú účinnejšími,

- do akej miery sa nezávislé spoločnosti stanú ešte závislejšími od veľkých spoločností, predovšetkým preto, že počet nevyhnutných obchodných partnerov dostupných pre nezávislé spoločnosti by sa znížil o 20 %,

- do akej miery sa oslabia akékoľvek konkurenčné protiváhy voči veľkým spoločnostiam.

⁴⁹³ Komisia podrobne nepreskúmala ani jednu z týchto otázok, takže konštatovanie Komisie, že nedôjde k vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia (odôvodnenie č. 158 napadnutého rozhodnutia) nie je podložené žiadnymi úvahami alebo spočívá na úvahách, ktoré sú zjavne nevhodné.

3. O zjavne nesprávnom posúdení

⁴⁹⁴ Neexistencia analýzy budúceho vývoja predstavuje tiež nesprávne posúdenie. Komisia sa oprela o skoršie dôkazy týkajúce sa už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia bez toho, aby podrobne preskúmala dosah zmien vyplývajúcich z koncentrácie. Tieto údajné dôkazy sú okrem toho samy postihnuté pochybením z dôvodov uvedených v prvom žalobnom dôvode.

⁴⁹⁵ Žalobca poukazuje na to, že Komisia síce stručne uvádza, že transparentnosť sa zvýši, neuvádza však podrobne mieru transparentnosti, ktorá sa dosiahne, alebo účinok, ktorý z toho vyplynie, ale obmedzuje sa iba na zdôraznenie neexistencie dostatočných dôkazov. Komisia okrem toho mala preskúmať, v akom rozsahu zníženie počtu hráčov na trhu uľahčí a zatraktívni tiché kartely, keďže zisky sa rozdelia medzi menší počet subjektov. Komisia neuvádza, aké dôkazy boli zhromaždené, ani dôvod, prečo nie sú dostatočné, a ani to, aké dôkazy sú potrebné.

⁴⁹⁶ Pokiaľ ide o odvetné opatrenia, analýza spočíva na skorších dôkazoch, ktoré sa vzťahujú na obdobie, v ktorom podľa tvrdenia Komisie neexistovalo kolektívne dominantné postavenie. Komisia nepreskúmala otázku potenciálnych odvetných opatrení po uskutočnení koncentrácie.

⁴⁹⁷ Žalobca pripomína, že Komisia takmer konštatovala existenciu kolektívneho dominantného postavenia existujúceho ešte pred koncentráciou, ale nesprávne rozhodla, že dôkazy nie sú dostatočné. Rovnaký záver vo vzťahu k trhu po koncentracii, ktorá zvýšila transparentnosť, predstavuje zjavne nesprávne posúdenie.

498 Nakoniec žalobca tvrdí, že záver Komisie je zvlášť prekvapujúci vzhľadom na to, že štyri roky predtým Komisia konštatovala, že fúzia spoločností EMI/Time Warner by vytvorila kolektívne dominantné postavenie na trhu s hudobnými nahrávkami (bod 57 oznámenia o výhradách v tejto veci pripojeného v prílohe A.13).

B — *Tvrdenia Komisie*

1. O nesprávnom právnom posúdení

a) Neexistencia analýzy budúceho vývoja

499 Komisia tvrdí, že výhrady žalobcu, že nevykonala analýzu budúceho vývoja a oprela sa o rovnaké dôkazy *ex post* ako vo svojej analýze prípadného už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia aj napriek tomu, že kritériá sa podstatne líšia, nie sú opodstatnené. Komisia na úvod vyjadruje dve zásadné pripomienky.

500 Na jednej strane sa musia rozhodnutia o kontrole koncentrácií stále zakladať na analýze budúceho vývoja, pretože rozhodnutie o tom, či koncentrácia je alebo nie je zlučiteľná so spoločným trhom, závisí od zmien, ktoré by mohli byť spôsobené na trhu ešte neuskutočnenou koncentráciou (rozsudok Kali & Salz, už citovaný v bode 245 vyššie, body 109 až 111). Analýza budúceho vývoja teda musí v každom prípade vychádzať z jasnej predstavy o súťažných podmienkach predchádzajúcich koncentracii. Už zhromaždené a posúdené dôkazy týkajúce sa súčasnej situácie na trhu (ktoré možno len ťažko kvalifikovať ako dôkazy *ex post*) sú aj naďalej relevantné ako východiskové body analýzy.

501 Na druhej strane posúdenie prípadnej súčasnej existencie kolektívneho dominantného postavenia predpokladá zohľadnenie rovnakých štyroch podmienok ako posúdenie prípadného vytvorenia takého dominantného postavenia: ukazovateľov tichej koordinácie, dostatočnej transparentnosti, rizika odvety, protiváhy súťažiteľov a zákazníkov (rozsudok Súdu prvého stupňa z 26. januára 2005, Piau/Komisia, T-193/02, Zb. s. II-209, bod 111). Pokiaľ už bola, ako je to v prejednávanej veci, na jednu alebo viaceré z uvedených otázok vo vzťahu k súčasnej situácii poskytnutá záporná odpoveď, sústreďí sa analýza budúceho vývoja nevyhnutne na určenie, či a akým spôsobom by koncentrácia v predvídateľnej budúcnosti mohla priniesť kladnú odpoveď na takú otázku.

502 Keďže záver, že neexistuje dostatok dôkazov o už existujúcom kolektívnom dominantnom postavení, bol v podstate založený na skutočnosti, že podmienka dostatočnej transparentnosti nebola splnená, zaujímala sa Komisia hlavne o účinok koncentrácie na tento parameter. Koncentrácia by síce automaticky viedla k zníženiu počtu dvojstranných vzťahov z desiatich na šesť, čo by v zásade sledovanie uľahčilo, toto v podstate aritmetické zistenie však nie je rozhodujúce hlavne z dôvodu, že obmedzenie transparentnosti nespočívalo v počte veľkých spoločností, ktoré majú byť sledované, ale v komplexnosti jednotlivých rozhodnutí každej veľkej nahrávacej spoločnosti, ktorými sa pre jednotlivých zákazníkov stanovujú čisté ceny jednotlivých albumov s heterogénnym obsahom a rozdielnym obchodným úspechom prostredníctvom kombinácie VPC, bežných zliav a akciových zliav. Pokiaľ ide o zľavy na faktúru, Komisia uvádza, že vzácné informácie, ktoré sú k dispozícii (týkajúce sa hlavne bežných zliav), možno v každom prípade skôr získať od zákazníkov než od ostatných veľkých spoločností a zamýšľaná koncentrácia nemení vzťah zostávajúcich veľkých spoločností s klientelou, ktorá zostáva koncentráciou nedotknutá. To je dôvod, prečo Komisia dospela — čo sa týka budúceho vývoja — k záveru, že neexistuje dostatok dôkazov o tom, že by zmena štruktúry trhu, ku ktorej by malo v dôsledku koncentrácie dôjsť, uľahčila

transparentnosť do takej miery, že úroveň transparentnosti vyžadovaná na vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia by bola dosiahnutá (odôvodnenie č. 157 rozhodnutia, *in fine*).

503 Komisia tvrdí, že tieto okolnosti predstavujú dostatočnú analýzu kumulatívnych podmienok kolektívneho dominantného postavenia.

b) Transparentnosť

504 Keďže tvrdenie žalobcu je len opakovaním tvrdenia uvedeného v prvom žalobnom dôvode, je v tejto súvislosti takisto neopodstatnené.

c) Odstrašujúce prostriedky a protiváhy

505 Aj keď sa Komisia v odôvodnení č. 157 rozhodnutia domnievala, že neexistuje dostatok dôkazov o tom, že by koncentrácia uľahčovala odvetné opatrenia, nezaujala k tejto otázke konečné stanovisko na podporu svojho posúdenia. Keďže totiž dospela k záveru, že nemala k dispozícii dôkazy, ktoré preukazujú, že stanovovanie cien je dostatočne transparentné na to, aby sa umožnilo účinné sledovanie, nebolo ďalej nutné, aby preskúmavala či už otázku odvetných opatrení, alebo otázku protiváhy skôr z hľadiska „vytvorenia“ než „posilnenia“ kolektívneho dominantného postavenia.

2. O porušení povinnosti odôvodnenia

506 Komisia tvrdí, že väčšina kritiky zo strany žalobcu nemá žiadnu súvislosť s nedostatkom odôvodnenia. Údajné nezohľadnenie rôznych okolností Komisiou sa týka legálnosti posúdenia a nie odôvodnenia. Komisia upresňuje, že pokiaľ v určitých otázkach nedospela k žiadnemu záveru, vyplýva z toho, že nemusela k tomuto neexistujúcemu záveru podať žiadne odôvodnenie.

507 Je nepripustné, aby sa žalobca v neskoršej fáze konania v prejednávanej veci snažil zmeniť svoj žalobný dôvod z formálneho dôvodu (nedostatok odôvodnenia) na meritórny dôvod (nesprávne právne posúdenie alebo zjavne nesprávne posúdenie), pričom zjavná irelevantnosť jeho konkrétnych argumentov vo vzťahu k použitiu článku 253 ES predstavuje dostatočný základ pre zamietnutie tohto dôvodu neplatnosti.

508 Komisia teda uvedené argumenty zbežne preskúma len čisto subsidiárne.

509 Pokiaľ ide o tvrdenie žalobcu, že analýza musí byť podrobná, Komisia odkazuje na vyjadrenia uvedené v rámci predchádzajúceho žalobného dôvodu.

510 Skutočnosť, že Komisia v oznámení o výhradách nevenovala pozornosť možnému vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia, nemá s dostatočnosťou odô-

vodnenia uvedeného v rozhodnutí žiadnu súvislosť. Čo sa týka údajnej domnienky Komisie, že nemala dostatočné dôkazy na to, aby rozviedla svoje závery o absencii už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia, Komisia odkazuje na diskusie o povahe analýzy budúceho vývoja.

- 511 Zvýšenie úrovne koncentrácie na trhoch s hudobnými nahrávkami a stupňa symetrie trhových podielov, ako aj prípadné zvýšenie úrovne vzájomnej závislosti neprispieva významným spôsobom k odstráneniu prekážok koordinácie, ktoré boli zistené v analýze prípadnej súčasnej existencie kolektívneho dominantného postavenia, teda komplexnosti a nedostatku dôkazov o dostatočnej transparentnosti celkového procesu stanovovania cien (VPC plus bežná zľava plus akciová zľava) jednotlivých albumov pre jednotlivých zákazníkov v čase.
- 512 I keď väčšia koncentrácia trhu by vo všeobecnosti mohla zmeniť mieru motivácie postupovať spoločne, nemá v prejednávanej veci citelný účinok na základnú odstrašujúcu okolnosť, ktorá spočíva v neschopnosti podnikov v oligopolistickom postavení odhaliť, a teda potrestať odchyľujúce sa konanie a odradiť od neho. Pri nedostatočnej transparentnosti nemôžu mať veľké spoločnosti istotu, že sa jedna z nich nebude snažiť získať zároveň prospech z dlhodobých výhod tichej koordinácie a krátkodobých výhod zníženia cien pod úroveň jej konkurentov, pričom táto neistota robí tichú koordináciu nestabilnou a neudržateľnou.
- 513 Vyjadrenia žalobcu k symetrii treba takisto zamietnuť, keďže neexistuje zjavná súvislosť medzi symetriou a transparentnosťou.
- 514 Nakoniec ostatné tvrdenia žalobcu sa v zásade týkajú druhej a tretej kumulatívnej podmienky trvalého kolektívneho dominantného postavenia. Komisia pritom

k týmto podmienkam nemusela zaujať stanovisko, keďže zistila, že neexistuje dostatok dôkazov o tom, že by prvá podmienka bola splnená.

3. O zjavne nesprávnom posúdení

515 Tvrdenia žalobcu týkajúce sa neexistencie posúdenia budúceho vývoja treba zamietnuť z dôvodov uvedených v časti týkajúcej sa nesprávneho právneho posúdenia.

516 Tvrdenia žalobcu založené na okolnostiach podnecujúcich podniky v oligopolistickom postavení k tomu, aby postupovali spoločne, treba znovu zamietnuť z dôvodu, že neberú do úvahy neexistenciu dostatočnej transparentnosti.

517 Názor žalobcu, že vzhľadom na to, že zníženie počtu veľkých spoločností celkovo zvýši pravdepodobnosť tichej koordinácie, mala Komisia dospieť k záveru, že dôjde k vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia, ibaže by sa koncentrácia vyznačovala inými charakteristickými vlastnosťami, ktoré by robili tichú koordináciu menej pravdepodobnou, vôbec neberie do úvahy zvláštnu povahu rôznych podmienok trvalého kolektívneho dominantného postavenia. Zvýšenie miery koncentrácie na dotknutých trhoch by nemalo viesť k zodpovedajúcemu zoslabeniu požiadaviek na dôkazy, pokiaľ ide o zvláštnu podmienku dostatočnej transparentnosti, pokiaľ sa nepreukázalo, že táto zvýšená koncentrácia citelne mení posúdenie poslednej uvedenej podmienky.

- 518 Nakoniec Komisia pripomína, že o legálnosti rozhodnutia nemožno rozhodovať na základe predbežných záverov dvoch oznámení o výhradách, z ktorých jedno bolo vydané pred štyrmi rokmi v inej veci.

C — Tvrdenia vedľajších účastníkov konania

- 519 Vedľajší účastníci konania tvrdia, že rozhodnutie o začatí fázy II vyšetrovania preukazuje, že Komisia od začiatku preskúmavala tak možnosť vytvorenia, ako aj možnosť posilnenia kolektívneho dominantného postavenia. Komisia sa správne zamerala na vlastné charakteristické znaky trhu a predovšetkým na otázku, či boli ceny dostatočne transparentné na to, aby umožnili tichú koordináciu (rozsudok Gencor/Komisia, už citovaný v bode 246 vyššie, bod 227). Keďže charakteristické znaky trhu, pokiaľ ide o ceny, neboli oporou pre záver, že v minulosti tajná dohoda existovala, Komisia správne dospela k záveru, že zníženie počtu veľkých spoločností z piatich na štyri nie je dostatočné na prekonanie skutočných prekážok tajnej dohody (rozsudok Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, body 75 a 76).
- 520 Charakteristické znaky trhu sú aj naďalej nezlučiteľné s tichou koordináciou tak cien, ako aj iných faktorov (počet, originalita, tvorivosť, kultúrna diverzita nových vydání, podpisovanie umelcov). V rámci nich vedľajší účastníci konania tvrdia, že hudobné nahrávky sú heterogénnymi výrobkami, že veľké spoločnosti sú silne motivované dosiahnuť čo najvyšší predaj „hitov“, že rozhodnutia o cenách a zľavách sú prispôbené každému vydaniu albumu tak v okamihu jeho uvedenia na trh, ako aj v priebehu jeho života a každému jednotlivému maloobchodníkovi, že nahrávacie spoločnosti disponujú vo vzťahu k VPC pri vydaní titulu a v čase voľnou úvahou, ktorá odráža subjektívny úsudok zamestnancov v marketingu, že všetky spoločnosti poskytujú rozličné zľavy a príspevky, ktoré nie sú ich konkurentom známe a ktoré sa líšia v čase, podľa albumu a podľa maloobchodníka, a nakoniec, že vzhľadom na to, že zľavy nie sú predvídateľné alebo viditeľné, nemožno zo sledovania VPC

vyvodzovať spoľahlivé závery o čistých cenách, takže koordinácia VPC, aj keby k nej dochádzalo, nemá účinok na skutočné ceny (pozri aj prílohu C.4, s. 6).

D — Posúdenie Súdom prvého stupňa

521 Žalobca v podstate tvrdí, že tvrdenie, podľa ktorého koncentrácia nevyvolá vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia na trhu s hudobnými nahrávkami, nie je dostatočne odôvodnené a je postihnuté zjavne nesprávnym posúdením a nesprávnym právnym posúdením.

522 Treba pripomenúť, že Komisia je pri preskúvaní rizika vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia povinná „pomocou analýzy budúceho vývoja príslušného trhu posúdiť, či posudzovaná koncentrácia povedie k významnému narušeniu efektívnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu zo strany účastníkov koncentrácie a jedného alebo viacerých tretích podnikov, ktoré sú spoločne, predovšetkým z dôvodu ich vzájomných vzťahov, schopné prijať spoločnú politiku na trhu a konať v značnej miere nezávisle od iných konkurentov, svojich zákazníkov a v konečnom dôsledku aj od spotrebiteľov“ (rozsudky Kali & Salz, už citovaný v bode 245 vyššie, bod 221, Gencor/Komisia, už citovaný v bode 246 vyššie, bod 163, a Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 59). Analýza budúceho vývoja, ktorú Komisia uskutočňuje v rámci kontroly koncentrácií v prípadoch kolektívneho dominantného postavenia, „vyžaduje najmä pozorné preskúmanie okolností, ktoré sa v závislosti od jednotlivého prípadu javia relevantné na účely posúdenia účinkov koncentrácie na hospodársku súťaž na príslušnom trhu“ (rozsudky Kali & Salz, už citovaný v bode 245 vyššie, bod 222, a Airtours/Komisia, už citovaný v bode 45 vyššie, bod 63).

- 523 To platí o to viac, „pretože sa netýka skúmania minulých udalostí, pre ktoré sú často dostupné početné dôkazy umožňujúce pochopenie príčin, ani skúmania súčasných udalostí, ale skôr predvídania udalostí, ktoré s väčšou či menšou pravdepodobnosťou môžu nastať v budúcnosti, ak nebude prijaté rozhodnutie zakazujúce plánovanú koncentráciu alebo upresňujúce jej podmienky“ (rozsudok Komisia/Tetra Laval, už citovaný v bode 232 vyššie, bod 42). „Takáto analýza si [teda] vyžaduje predstavenie rôznych reťazcov príčin a následkov kvôli zisteniu, ktorý z nich je najpravdepodobnejší“ (rozsudok Komisia/Tetra Laval, už citovaný v bode 232 vyššie, bod 43).
- 524 Práve s ohľadom na tieto úvahy treba preskúmať, či Komisia správne analyzovala riziko vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia.
- 525 Na úvod treba poukázať na mimoriadnu stručnosť preskúmania vykonaného v tomto ohľade v rozhodnutí.
- 526 Komisia v odôvodnení č. 156 uvádza, že „otázka, či koncentrácia v prejednávanej veci vyústí do vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, v podstate závisí od charakteristických znakov trhu“.
- 527 Analýza, ktorú Komisia v tomto ohľade vykonáva, sa obmedzuje na nasledujúce úvahy uvedené v odôvodnení č. 157 rozhodnutia, ktoré znie takto:

„Ako ukazuje analýza týkajúca sa posilnenia kolektívneho dominantného postavenia, na základe miery súbežnosti, ktorú možno pozorovať v oblasti priemerných cien, nemožno dospieť k záveru, že veľké nahrávacie spoločnosti majú v súčasnosti kolektívne dominantné postavenie na trhoch s hudobnými nahrávkami. Zníženie počtu veľkých nahrávacích spoločností z piatich na štyri zvyšuje transparentnosť,

pretože počet dvojstranných konkurenčných vzťahov sa znižuje z 10 na 6. Kontrola relevantného trhu je v dôsledku toho v zásade uľahčená. Ako bolo skúmané v časti týkajúcej sa posilnenia kolektívneho dominantného postavenia, trhy s hudobnými nahrávkami majú určité vlastnosti, ktoré umožňujú predpokladať prítomnosť priaznivých podmienok pre existenciu kolektívneho dominantného postavenia. Komisia však neobjavila dôkazy, ktoré by dostatočne preukazovali, že päť veľkých nahrávacích spoločností malo v minulosti kolektívne dominantné postavenie; je to tak najmä v dôsledku nedostatkov zistených na úrovni skutočnej transparentnosti, čiastočne heterogénnej povahy výrobu a nedostatku dôkazov potvrdzujúcich existenciu odvetných opatrení v minulosti. Čo sa týka vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia veľkých nahrávacích spoločností na trhu s hudobnými nahrávkami, Komisia, ktorá s ohľadom na skutočnosť, že sa koordinácia medzi zostávajúcimi štyrmi konkurentmi celkovo uľahčí, nenašla dost dôkazov o tom, že by zníženie počtu nahrávacích spoločností z piatich na štyri predstavovalo dostatočne významnú zmenu, ktorá by mohla viesť k pravdepodobnému vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia. Komisia predovšetkým nenašla dostatočné dôkazy o tom, že by zníženie počtu veľkých nahrávacích spoločností z piatich na štyri uľahčilo transparentnosť a odvetné opatrenia v takej miere, že by bolo potrebné očakávať vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia zostávajúcich štyroch veľkých nahrávacích spoločností.“

528 Treba konštatovať, že týchto zopár tvrdení, natoľko povrchných alebo dokonca čisto formálnych, nemôže predstavovať splnenie povinnosti Komisie vykonať analýzu budúceho vývoja a pozorne preskúmať okolnosti, ktoré sa v konkrétnej prejednávanej veci javia ako relevantné na účely posúdenia dosahu koncentrácie na priebeh hospodárskej súťaže na referenčnom trhu, a to predovšetkým vtedy, pokiaľ, ako je to v prejednávanej veci, koncentrácia vyvoláva vážne ťažkosti. Bez ohľadu na posúdenie prvého žalobného dôvodu Súdom prvého stupňa totiž tak z okolnosti, že Komisia mala v rozhodnutí rozviesť argumenty, aby dospela k záveru, že neexistuje kolektívne dominantné postavenie pred uskutočnením koncentrácie, ako aj zo skutočnosti, že po piatich mesiacoch vyšetrovania dospela v oznámení o výhradách k záveru, že také postavenie pred uskutočnením koncentrácie už existuje, vyplýva, že otázka, či je fúzia dvoch z piatich veľkých spoločností spojená s rizikom vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, *a fortiori* vyvoláva vážne ťažkosti, ktoré vyžadujú dôkladné preskúmanie. Keďže toto preskúmanie nebolo vykonané, už z tohto samotného dôvodu vyplýva, že druhý žalobný dôvod je dôvodný.

529 Súd prvého stupňa však subsidiárne preskúma, či zistenia týkajúce sa transparentnosti a odvetných opatrení nie sú okrem toho postihnuté nesprávnym právnym posúdením alebo nesprávnym posúdením.

530 Z odôvodnenia č. 157 rozhodnutia, a predovšetkým z jeho poslednej vety, vyplýva, že záver Komisie, podľa ktorého koncentrácia nepredstavuje dostatočne významnú zmenu, ktorá by mohla viesť k pravdepodobnému vytvoreniu kolektívneho dominantného postavenia, sa výslovne opiera o podmienky týkajúce sa transparentnosti trhu a odvetných opatrení.

531 Pokiaľ ide o transparentnosť, treba najskôr uviesť, že v rámci prvého žalobného dôvodu sa konštatovalo, že zistenie Komisie, podľa ktorého je účinkom akciových zliav zníženie transparentnosti v takej miere, že bráni existencii kolektívneho dominantného postavenia, nie je dostatočne odôvodnené a je postihnuté zjavne nesprávnym posúdením.

532 Okrem toho, pokiaľ ide o posúdenie rizika vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, Komisia sa nemala oprieť len o existujúcu situáciu, ale mala povinnosť vykonať analýzu budúceho vývoja a zohľadniť zmeny vyvolané v dôsledku zamýšľanej koncentrácie. Odôvodnenie č. 157 rozhodnutia, aj keď je prinajmenšom lakonické, v tomto ohľade okrem toho spomína, že koordinácia medzi zostávajúcimi štyrmi konkurentmi sa celkovo uľahčí. Rozhodnutie však neobsahuje žiadne preskúmanie otázky, či koncentrácia, predovšetkým z dôvodu, že sa v jej dôsledku znižuje počet albumov, ktoré je nutné sledovať, neurobí trh dostatočne transparentným na to, aby mohlo dôjsť k vzniku kolektívneho dominantného postavenia. V tejto súvislosti treba navyše pripomenúť, že v oznámení o výhradách Komisia konštatovala:

„Zamýšľaná koncentrácia by uľahčila sledovanie koordinácie cien, keďže každá veľká spoločnosť by musela zohľadňovať len správanie troch ďalších veľkých spoločností v oblasti cien. V dôsledku toho by pri väčšine najpredávanejších albumov boli VPC ešte viac sústredené vo veľmi úzkom cenovom rozpätí. Transparentnosť zliav by sa tiež zvýšila, keďže veľké spoločnosti by museli v rámci svojich návštev predajní a kontaktov s maloobchodníkmi sledovať už len tri ďalšie veľké spoločnosti.“

533 Z toho vyplýva, že pripomienky týkajúce sa transparentnosti nemôžu byť oporou pre analýzu, podľa ktorej koncentrácia nevedie k riziku vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia.

534 Pokiaľ ide o odvetné opatrenia, treba najskôr konštatovať, že tvrdenie Komisie v jej vyjadrení k žalobe, podľa ktorého nezaujala stanovisko k dostatočnosti rôznych možných odvetných mechanizmov, a ňou vykonané posúdenie sa tejto otázky netýkalo, nie je, ako vyplýva z odôvodnenia č. 157 rozhodnutia, v súlade s rozhodnutím.

535 Rovnako treba zamietnuť argumentáciu Komisie a vedľajších účastníkov konania, podľa ktorej nebolo potrebné preskúmať otázku odvetných opatrení, len čo Komisia dospela k záveru, že nemala k dispozícii dôkazy o tom, že by stanovovanie cien bolo dostatočne transparentné na to, aby umožnilo účinné sledovanie, keďže rozhodnutie je výslovne založené na neexistencii odvetných opatrení a keďže Súd prvého stupňa nemôže nahradiť posúdenie Komisie svojím vlastným posúdením a opraviť rozhodnutie. Táto argumentácia nemôže v žiadnom prípade uspieť, keďže bolo

rozhodnuté, že tvrdenie, že trh nie je dostatočne transparentný, alebo, *a fortiori*, že nebude dostatočne transparentný po uskutočnení koncentrácie, nie je z právneho hľadiska dostatočne odôvodnené a je postihnuté zjavne nesprávnym posúdením.

536 Ďalej treba poukázať na to, že Komisia sa v rozhodnutí uspokojila s odkazom na vykonané preskúmanie existencie kolektívneho dominantného postavenia a s tým, že uviedla, že nenašla dostatočné dôkazy o tom, že by koncentrácia uľahčila „odvetné opatrenia v takej miere, že by bolo potrebné očakávať vytvorenie kolektívneho dominantného postavenia zostávajúcich štyroch veľkých nahrávacích spoločností“.

537 V rámci tohto preskúmania sa totiž Komisia, ako vyplýva z prvého žalobného dôvodu, nezamerala na overenie existencie účinných odstrašujúcich mechanizmov, ale na hľadanie dôkazov o uplatnení odvetných opatrení v minulosti. Uvedený krok v každom prípade predstavuje chybný výklad podmienky uvedenej v rozsudku *Airtours/Komisia*, už citovanom v bode 45 vyššie, pokiaľ ide o preskúmanie zistenia vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, keďže toto preskúmanie sa musí zakladať na analýze budúceho vývoja. Je totiž jasné, že v tomto rámci nemôže hľadanie dôkazov o uplatnení odvetných opatrení v minulosti predstavovať platný test, keďže uvedená podmienka môže byť rovnako dobre splnená aj v prípade neexistencie akýchkoľvek odvetných opatrení v minulosti. Keďže sa posúdenie rizika vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia v dôsledku koncentrácie už svojou podstatou nezakladá na existencii skoršej spoločnej politiky, nie je kritérium týkajúce sa neuplatnenia odvetných opatrení v minulosti vôbec relevantné. Rozhodnutie je teda v tejto otázke postihnuté pochybením.

538 Z rozhodnutia a zo spisu okrem toho vyplýva, že také spoľahlivé a účinné odstrašujúce prostriedky a predovšetkým možnosť postihnúť odchyľujúcu sa

nahrávaciú spoločnosť jej vylúčením z kompilácií zrejme v prejednávanej veci skutočne existujú. Komisia okrem toho v oznámení o výhradách jasne konštatovala účinnosť tohto odstrašujúceho prostriedku a rozhodnutie neposkytuje žiadne vysvetlenie, prečo by to v konečnom dôsledku nemalo tak byť. Práve naopak, analýzy uvedené v odôvodneniach č. 115 až 118 rozhodnutia môžu účinnosť tohto odstrašujúceho prostriedku potvrdiť. Po tom, ako Komisia v odôvodneniach č. 115 a 116 rozhodnutia uznala hospodársku dôležitosť kompilácií viacerých umelcov alebo značiek, ktoré predstavujú približne 15 až 20 % celkového trhu s hudobnými nahrávkami, a zdôraznila, že prítomnosť umelcov „patriacich“ rôznym nahrávacím spoločnostiam v albume sa zdá byť kľúčovým faktorom úspechu určitej kompilácie, totiž v odôvodnení č. 117 rozhodnutia vysvetľuje, že „v prípade pretrvávajúceho odchýlenia sa jednej z nich by totiž veľké nahrávacie spoločnosti mohli vylúčiť takúto spoločnosť z vytvorenia nových spoločných podnikov alebo jej odmietnuť právo použiť ich tituly v určitej kompilácii, ba až ukončiť niektoré existujúce spoločné podniky“. Nakoniec odôvodnenie č. 118 rozhodnutia stanovuje, že Komisia však nenašla žiaden dôkaz preukazujúci vylúčenie ostatných veľkých nahrávacích spoločností zo spoločného podniku pre kompilácie v minulosti ani žiaden náznak hrozby v tomto zmysle, pričom upresnila, že „tieto opatrenia by vo všeobecnosti mohli predstavovať spoľahlivé odvetné opatrenia na trhoch s hudobnými nahrávkami“.

539 Komisia teda nemohla oprieť záver, že koncentrácia so sebou neprináša riziko vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia, o neexistenciu dôkazu o uplatnení odvetných opatrení v minulosti a nedopustiť sa pritom pochybenia.

540 Treba okrem toho pripomenúť, že ako bolo konštatované v rámci prvého žalobného dôvodu, rozhodnutie nespomína ani jeden prípad, v ktorom by sa veľká spoločnosť odchýlila od spoločnej cenovej politiky bez toho, aby to vyvolalo uplatnenie odvetného opatrenia, a Komisia na otázku Súdu prvého stupňa v tomto smere nebola schopná poukázať na žiadne overenie, ktoré vykonala, kým dospela k záveru, že nenašla žiadnu okolnosť svedčiacu o tom, že by odvetné opatrenia alebo hrozby v tomto smere boli v minulosti uplatnené.

541 Z vyššie uvedeného vyplýva, že aj druhý dôvod neplatnosti je dôvodný.

IV — Celkový záver

542 Zo všetkých vyššie uvedených úvah vyplýva, že prvý a druhý žalobný dôvod sú dôvodné, pretože rozhodnutie je postihnuté nedostatkom odôvodnenia na jednej strane a zjavne nesprávnym posúdením, keďže skutočnosti, na ktorých sa rozhodnutie zakladá, nepredstavujú všetky relevantné údaje, ktoré musia byť zohľadnené, a nie sú dostatočné na podopretie záverov, ktoré z nich vychádzajú, na druhej strane.

543 Z toho vyplýva, že bez toho, aby bolo potrebné preskúmať žalobný dôvod týkajúci sa posilnenia alebo vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia na veľkoobchodnom trhu s licenciami pre hudbu on-line alebo dôvod týkajúci sa koordinácie príslušných činností účastníkov koncentrácie v oblasti vydávania hudby, treba rozhodnutie zrušiť.

O trovách

544 Podľa článku 87 ods. 2 rokovacieho poriadku účastník konania, ktorý nemal vo veci úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Podľa článku 87 ods. 3 tohto poriadku však môže Súd prvého stupňa rozdeliť náhradu trov konania alebo rozhodnúť tak, že každý z účastníkov konania znáša svoje vlastné trovy konania, ak účastníci konania mali úspech len v časti predmetu konania alebo vo výnimočných prípadoch. Nakoniec článok 87 ods. 4 rokovacieho poriadku stanovuje, že Súd prvého stupňa môže nariadiť, že vedľajší účastník konania znáša svoje vlastné trovy konania.

545 V prejednávanej veci treba rozhodnutie zrušiť a žalobca navrhol, aby bola Komisia zaviazaná na náhradu trov konania. Je však potrebné zohľadniť nasledujúce okolnosti.

546 Pokiaľ ide o žalobcu, treba konštatovať, že hoci silne trval na tom, aby bola vec napriek jej komplexnosti, ktorú správne zdôraznila Komisia, prejednaná v skrátrenom súdnom konaní, neprispôbil však primerane tomu svoje správanie, aj keď Súd prvého stupňa vo svojom rozhodnutí, v ktorom vyhovel žiadosti o prejednanie veci v skrátrenom súdnom konaní, výslovne zdôraznil, že uvedené rozhodnutie by vzhľadom na vývoj veci mohlo byť zrušené. Aj keď teda Súd prvého stupňa skutočne mohol toto skrátene súdne konanie ukončiť, bolo potrebné vziať do úvahy objektívnu naliehavosť veci a značnú snahu už vyvinutú ďalšími účastníkmi konania, ktoré teda robili túto možnosť čím ďalej tým menej vhodnou. Žalobca pritom postupne v priebehu rôznych fáz konania prijal prístup, ktorý je málo zlučiteľný s literou a duchom skráteneho súdneho konania.

547 Po prvé rozsah žaloby a počet žalobných dôvodov a tvrdení značne presahovali normy odporúčané pre skrátene súdne konanie a žalobca nepredložil skrátenu verziu svojej žaloby ani neupustil od niektorých žalobných dôvodov.

548 Po druhé, aj keď opatrenia na zabezpečenie priebehu konania, ktoré mali umožniť prístup k určitým dôverným dokumentom alebo skutočnostiam, boli prejednané a vykonané spolu s Komisiou, vedľajšími účastníkmi konania a Súdom prvého stupňa tak prostredníctvom výmeny rôznych poznámok, ako aj na neformálnej schôdzi Súdu prvého stupňa, žalobca navrhol ich zmenu, čo vyvolalo značné námietky zo strany ostatných účastníkov konania, a nakoniec vzal tento návrh späť.

- 549 Po tretie po tom, čo žalobca požiadal o povolenie predložiť vyjadrenie k dôkazom uvedeným Komisiou v jej vyjadrení k žalobe, čo je v skrátrenom súdnom konaní nezvyčajné, a jeho žiadosti sa vyhovel, neoprávnene sa postavil proti tomu, aby Komisia v súlade so zásadou kontradiktórnosti konania mohla odpovedať predložením dodatočných vyjadrení.
- 550 Po štvrté žalobca trval na rýchlom nariadení pojednávania, nebol však schopný uviesť, v ktorom zo štyroch dátumov navrhnutých Súdom prvého stupňa je k dispozícii, čím o niekoľko mesiacov oneskoril konanie pojednávania.
- 551 Po piate, keďže žalobcovi sa úplne mimoriadne povolilo predložiť vyjadrenie až po pojednávaní pod podmienkou, že toto vyjadrenie sa obmedzí na odpovede na písomné otázky položené Komisii Súdom prvého stupňa, žalobca, ako správne zdôraznila Komisia, predložil vyjadrenie, ktoré malo bez príloh viac ako 50 strán, v ktorom predovšetkým uviedol viacero tvrdení a dôkazov, ktoré nemali žiadnu súvislosť s uvedenými otázkami, a v ktorom predložil nové tvrdenia a dôkazy.
- 552 Okrem toho, aj keď žalobca mal vo veci samej úspech, pokiaľ ide o kolektívne dominantné postavenie na trhu s hudobnými nahrávkami, jeho návrhy smerujúce k tomu, aby boli zo spisu vylúčené všetky dôkazy predložené Komisiou v prílohe jej vyjadrenia k žalobe, boli zamietnuté. Ani jeho návrhy týkajúce sa údajného individuálneho dominantného postavenia spoločnosti Sony na trhoch s distribúciou hudby on-line nie sú nijako podložené minimálne z dôvodu, že v dobe prijatia

rozhodnutia nemala spoločnosť SonyConnect žiadny trhovú podiel, kým ostatní hráči na trhu, predovšetkým Apple, už mali významné postavenie.

553 Pokiaľ ide o Komisiu, je poľutovaniahodné, že jej vyjadrenia sa vo viacerých bodoch odkláňajú, niekedy veľmi citelne, od analýz vykonaných v rozhodnutí, čo nútilo žalobcu a Súd prvého stupňa k tomu, aby neustále vykonávali neobvyklé overovania. Tvrdenia, že Komisia nebola schopná z dôvodu skutočnosti, že použitie odvetného mechanizmu spočívajúceho vo vylúčení člena odchyľujúceho sa od spoločnej politiky z kompilácií mohlo znamenať obetovanie ziskov dosiahnutých prostredníctvom kompilácie, dospieť k záveru, že išlo o spoľahlivý mechanizmus, alebo že k otázke odvetných opatrení nezaujala stanovisko, tak zjavne nezodpovedajú záverom uvedeným v odôvodneniach č. 115 až 118 rozhodnutia, ktoré naopak účinnosť uvedeného odvetného mechanizmu uznávajú (ako už nakoniec bolo konštatované v bodoch 128 až 132 oznámenia o výhradách), ale uvádzajú, že Komisia nenašla dôkaz o jeho použití. Rovnako tvrdenie Komisie, že v odôvodnení č. 169 rozhodnutia dospela k záveru, že transparentnosť na trhoch s licenciami pre hudbu on-line bola obmedzená z dôvodu neexistencie všeobecne známych veľkoobchodných cien licencií, nezodpovedá tvrdeniu, ktoré sa tiež nachádza v rozhodnutí a podľa ktorého „transparentnosť je v každom prípade vyššia na trhu s licenciami on-line ako na tradičnom trhu s hudobnými nahrávkami“.

554 Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy sa Súd prvého stupňa domnieva, že okolnosti veci budú spravodlivo posúdené, pokiaľ sa na jednej strane rozhodne, že Komisia znáša svoje vlastné trovy konania a nahradí tri štvrtiny trov konania vynaložených žalobcom, a na druhej strane, že vedľajší účastníci konania znášajú svoje vlastné trovy konania v súlade s článkom 87 ods. 4 rokovacieho poriadku.

Z týchto dôvodov

SÚD PRVÉHO ŠTUPŇA (tretia komora)

rozhodol a vyhlásil:

- 1. Rozhodnutie Komisie K(2004) 2815 z 19. júla 2004, ktorým sa koncentrácia vyhlasuje za zlučiteľnú so spoločným trhom a s vykonávaním Dohody o EHP (vec COMP/M.3333 — Sony/BMG) sa zrušuje.**
- 2. Komisia znáša svoje vlastné trovy konania a je povinná nahradiť tri štvrtiny trov konania vynaložených žalobcom.**
- 3. Žalobca znáša štvrtinu svojich trov konania.**
- 4. Vedľajší účastníci konania znášajú svoje vlastné trovy konania.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Rozsudok bol vyhlásený na verejnom pojednávaní v Luxemburgu 13. júla 2006.

Tajomník

Predseda komory

E. Coulon

M. Jaeger

Obsah

Skutkové okolnosti	II - 2300
Konanie a návrhy účastníkov konania	II - 2303
Právny stav	II - 2307
I — O dôkazoch pripojených k vyjadreniu k žalobe	II - 2308
A — Tvrdenia účastníkov konania	II - 2308
B — Posúdenie Súdom prvého stupňa	II - 2309
II — O prvom žalobnom dôvode týkajúcom sa posilnenia už existujúceho kolektívneho dominantného postavenia na trhu s hudobnými nahrávkami	II - 2311
A — Tvrdenia žalobcu	II - 2312
1. O prvej časti	II - 2312
a) O porušení povinnosti odôvodnenia	II - 2313
Homogénnosť výrobku	II - 2314
Transparentnosť	II - 2314
Odstrašujúce prostriedky	II - 2315
Protiváhy	II - 2315
b) O zjavne nesprávnom posúdení	II - 2316
Homogénnosť výrobku	II - 2316
Transparentnosť	II - 2317
— Všeobecná argumentácia	II - 2317
— Všeobecné poznámky o nových dôkazoch	II - 2320
— Konkrétne preskúmanie rôznych dôkazov	II - 2324
	II - 2487

	Odstrašujúce prostriedky	II - 2333
	Protiváhy	II - 2333
	Nevykonanie skutočnej analýzy spoločnej politiky	II - 2334
	c) Nesprávne uplatnenie práva v oblasti kolektívneho dominantného postavenia	II - 2335
	2. O druhej časti	II - 2336
B —	Tvrdenia Komisie	II - 2337
	1. Rozhodnutie Komisie a dôkazy, o ktoré sa opierala	II - 2337
	a) Kontext	II - 2337
	b) Päť veľkých trhov (Nemecko, Spojené kráľovstvo, Francúzsko, Taliansko, Španielsko)	II - 2338
	Vyrovňavanie priemerných čistých cien a VPC	II - 2338
	Komplexnosť a VPC	II - 2339
	Vyrovnanie a komplexnosť zliav	II - 2341
	Transparentnosť zliav	II - 2350
	Štrukturálne väzby	II - 2353
	Odvetné opatrenia	II - 2354
	c) Ostatné členské štáty	II - 2355
	2. Nesprávny výklad rozhodnutia v žalobe	II - 2356
	3. O prvej časti	II - 2357
	a) O porušení povinnosti odôvodnenia	II - 2357
	Homogénnosť výrobku	II - 2359
	Transparentnosť	II - 2360
	Odstrašujúce prostriedky	II - 2361
	Protiváhy	II - 2361

b)	O zjavne nesprávnom posúdení a o nesprávnom právnom posúdení	II - 2362
	Homogénnosť výrobku	II - 2363
	Transparentnosť	II - 2363
	Odstrašujúce prostriedky a protiváhy	II - 2373
	Analýza spoločného postupu	II - 2373
4.	O druhej časti	II - 2375
C —	Tvrdenia vedľajších účastníkov konania	II - 2375
1.	Úvodné poznámky	II - 2375
2.	Preskúvanie tvrdení žalobcu	II - 2378
a)	O akciových zľavách	II - 2378
b)	Neexistencia vyrovnania	II - 2379
c)	Neexistencia transparentnosti	II - 2380
3.	O rôznych aspektoch neuvedených v rozhodnutí	II - 2380
D —	Posúdenie Súdom prvého stupňa	II - 2381
1.	Všeobecné úvahy	II - 2381
2.	Pojem kolektívne dominantné postavenie	II - 2382
3.	Rozhodnutie Komisie	II - 2385
4.	Transparentnosť	II - 2392
a)	O výhrade založenej na nedostatku odôvodnenia	II - 2392
b)	O výhrade založenej na zjavne nesprávnom posúdení	II - 2407
	Faktory transparentnosti uvedené v rozhodnutí	II - 2411
	Okolnosti, ktoré môžu spôsobovať netransparentnosť trhu ...	II - 2418
	— O netransparentnosti akciových zliav	II - 2430
	— O relevantnosti akciových zliav	II - 2444
c)	Záver o transparentnosti	II - 2453
		II - 2489

5. Homogénnosť	II - 2453
6. Odvetné opatrenia	II - 2454
7. Záver o prvom žalobnom dôvode	II - 2458
III — O druhom žalobnom dôvode týkajúcom sa vytvorenia kolektívneho dominantného postavenia na trhoch s hudobnými nahrávkami	II - 2461
A — Tvrdenia žalobcu	II - 2461
1. O nesprávnom právnom posúdení	II - 2461
a) Neexistencia analýzy budúceho vývoja	II - 2462
b) Transparentnosť	II - 2463
c) Odstrašujúce prostriedky	II - 2463
d) Protiváhy	II - 2464
2. O porušení povinnosti odôvodnenia	II - 2464
3. O zjavne nesprávnom posúdení	II - 2467
B — Tvrdenia Komisie	II - 2468
1. O nesprávnom právnom posúdení	II - 2468
a) Neexistencia analýzy budúceho vývoja	II - 2468
b) Transparentnosť	II - 2470
c) Odstrašujúce prostriedky a protiváhy	II - 2470
2. O porušení povinnosti odôvodnenia	II - 2471
3. O zjavne nesprávnom posúdení	II - 2473
C — Tvrdenia vedľajších účastníkov konania	II - 2474
D — Posúdenie Súdom prvého stupňa	II - 2475
IV — Celkový záver	II - 2482
O trovách	II - 2482