

AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (harmadik tanács)

2006. július 13.*

A T-464/04. sz. ügyben,

az **Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, nemzetközi szövetség)** (székhelye: Brüsszel [Belgium], képviselik: S. Crosby és J. Golding solicitors, valamint I. Wekstein-Steg ügyvéd)

felperesnek

az **Európai Közösségek Bizottsága** (képviselek: A. Whelan és K. Mojzesowicz, meghatalmazotti minőségben)

alperes ellen,

* Az eljárás nyelve: angol.

támogatják:

a **Bertelsmann AG** (székhelye: Gütersloh [Németország], képviselik: J. Boyce solicitor, P. Chappatte és D. Loukas ügyvédek),

valamint

a **Sony BMG Music Entertainment BV** (székhelye: Vianen [Hollandia]),

a **Sony Corporation of America** (székhelye: New York, New York [Amerikai Egyesült Államok])

(képviselek őket: N. Levy barrister, R. Snelders és T. Graf ügyvédek)

beavatkozók,

az összefonódást a közös piaccal és az EGT-Megállapodásban foglaltak érvényesülésével összeegyeztethetőnek nyilvánító, 2004. július 19-i C(2004) 2815. sz. bizottsági határozat (COMP/M. 3333. sz. Sony/BMG ügy) megsemmisítése iránti kérelem tárgyában,

AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁGA (harmadik tanács),

tagjai: M. Jaeger elnök, J. Azizi és E. Cremona bírák,
hivatalvezető: I. Natsinas tanácsos,

tekintettel az írásbeli szakaszra és a 2005. szeptember 22-i tárgyalásra,

meghozta a következő

Ítéletet

A jogvita alapját képező tényállás

- 1 Az Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) 2 500 független zenekészítő társaságot tömörítő, a belga jog szerint alapított nemzetközi szövetség.

- 2 2004. január 9-én a Bizottság a helyesbített (HL 1990. L 257., 13. oldal, magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 4. kötet, 137. o.) és az 1997. június 30-i 1310/97/EK tanácsi rendelettel (HL L 180., 1. o., helyesbítve a HL 1998. L 40., 17. oldalon; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 164. o.) módosított, a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló, 1989. december 21-i 4064/89/EGK tanácsi rendelet (HL L 395., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 31. o.; a

továbbiakban: a rendelet) 4. cikkének megfelelően bejelentést kapott egy tervezett összefonódásról, amellyel a Bertelsmann AG és a Sony-csoporthoz (a továbbiakban: Sony) tartozó Sony Corporation of America egyesíteni akarták a nemzetközi tevékenységüket a zenei hangfelvételek terén.

- 3 A Bertelsmann egy nemzetközi médiavállalat, amelynek az egész világra kiterjedő tevékenysége a zenei hangfelvétel-készítést és zeneműkiadást, televíziózást, rádiózást, könyv- és folyóirat-, valamint újságkiadást, nyomdai és médiaszolgáltatásokat, könyv- és zeneklubokat foglal magában. A Bertelsmann egy személy leányvállalatán, a Bertelsmann Music Group-on (BMG) keresztül folytatja tevékenységét a zenei hangfelvételek terén. A BMG alkiadói között találhatóak az Arista Records, a Jive Records, a Zomba és az RCA.
- 4 A Sony a zenei hangfelvétel-készítés és zeneműkiadás, ipari és fogyasztói elektronika, valamint a szórakoztatóipar terén világszerte tevékeny. A zenei hangfelvételek üzletágban a Sony Music Entertainment-en keresztül van jelen. A Sony alkiadói közé tartozik a Columbia Records Group, az Epic Records Group és a Sony Classical.
- 5 A tervezett ügylet az összefonódásban részt vevő felek zenei hangfelvételek terén az egész világra kiterjedő tevékenységének (kivéve a Sony tevékenységeit Japánban) három új, vagyis inkább a „Business Contribution Agreement” (tevékenységek integrációjára vonatkozó megállapodás) szerint létrehozott vállalkozásban 2003. december 11-ével való egyesítésére vonatkozik. Azt tervezték, hogy e közös vállalkozásokat együtt a Sony BMG név alatt működtetik.
- 6 A megállapodás szerint a Sony BMG az előadók felfedezése és tehetséggondozása (az úgynevezett A & R (előadó és repertoár) előadó-irányítási tevékenység), valamint a lemezek ezt követő marketingje és értékesítése terén tevékenykedne. A Sony BMG nem végezne kapcsolódó tevékenységeket, mint például zeneműkiadást, gyártást és terjesztést.

- 7 2004. január 20-án a Bizottság kérdőívet küldött a piac néhány szereplőjének. A felperes válaszolt e kérdőívre, és külön beadványt nyújtott be 2004. január 28-án (A. 5. melléklet), amelyben előadta azon indokokat, amelyeknek szerinte arra kell vezetniük a Bizottságot, hogy a közös piaccal összeegyeztethetetlennek nyilvánítsa az ügyletet. A felperes egyben kifejezte aggodalmait is a piacon megnövekedett összefonódás miatt, és annak a piacra jutásra – beleértve a forgalmazási üzletágot, a médiát, az internetet, valamint a fogyasztók választását – gyakorolt hatását.
- 8 A Bizottság a 2004. február 12-i határozatában arra a megállapításra jutott, hogy a bejelentett összefonódás komoly kétségeket támaszt a közös piaccal és az EGT-Megállapodásban foglaltak érvényesülésével való összeegyeztethetőségével kapcsolatban, és a rendelet 6. cikke (1) bekezdése c) pontjának megfelelően az eljárás megindítása mellett döntött.
- 9 2004. május 24-én a Bizottság kifogásközlést küldött az összefonódásban részt vevő feleknek, amelyben ideiglenesen úgy határozott, hogy a bejelentett ügylet összeegyeztethetetlen a közös piaccal és az EGT-Megállapodásban foglaltak érvényesülésével, hiszen kollektív erőfölényt erősít meg a zenei hangfelvételek piacán és az online zenéhez kapcsolódó szerzői jogi licencia nagykereskedelmi piacán, továbbá mert az EK 81. cikkel összeegyeztethetetlen módon hangolná össze az anyavállalatok magatartását.
- 10 Az összefonódásban részt vevő felek válaszoltak a kifogásközlésre, és 2004. június 14-én és 15-én meghallgatásra került sor a meghallgatási tisztviselő előtt, többek között a felperes jelenlétével.
- 11 2004. július 19-i határozatával a Bizottság az összefonódást a rendelet 8. cikke (2) bekezdése alapján a közös piaccal összeegyeztethetőnek nyilvánította (a továbbiakban: a határozat).

- 12 A felperes 2004. szeptember 23-án a 2004. július 26-i kérését követően nem bizalmas másolatot kapott a határozatról.

Az eljárás és a felek kérelmei

- 13 Az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2004. december 3-án benyújtott keresetlevelével a felperes a jelen keresetet indította.
- 14 Ugyanezen a napon benyújtott külön iratban a felperes kérte a keresetnek az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 76a. cikke szerinti gyorsított eljárásban történő elbírálását.
- 15 2004. december 17-i levelében a Bizottság közölte a gyorsított eljárás jelen esetben való alkalmazásának helyénvalóságát illető kétségeit, hangsúlyozva különösen az ügy bonyolultságán kívül az abból fakadó nehézségeket, hogy a határozat indokolásának elmagyarázásához nagyon sokrétű és összetett adatokat kellene alkalmaznia, és hogy az ilyen védekezési mód kényes tárgyalásokat igényelne az összefonódásban részt vevő felekkel és harmadik személyekkel azon bizalmas információkat illetően, amelyeket a Bizottság nyilvánosságra hozhat.
- 16 Az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2005. január 10., 11., illetve 19-én benyújtott keresetlevelével a Bertelsmann, a Sony BMG Music Entertainment és a Sony Corporation of America kérték, hogy beavatkozhasanak a Bizottság kérelmeinek támogatása végett. E kérelmeknek a harmadik tanács elnöke 2005. február 4-i végzésével helyt adott.

- 17 Időközben az Elsőfokú Bíróság 2005. január 13-i határozatával az eljárási szabályzat 64. cikke 3. §-ának e) pontjában előírt pervezető intézkedések keretében felhívta a feleket, hogy 2005. január 24-én vegyenek részt egy informális találkozón, hogy megvizsgálhassa az ügy gyorsított eljárásban történő elbírálásának a lehetőségét, figyelemmel az akta egyes elemei bizalmosságának a Bizottság által felvetett kérdésére.
- 18 A 2005. január 18-án benyújtott beadványával a Bizottság a felperessel egyetértésben pervezető intézkedés iránti kérelmet nyújtott be, lényegében azíránt, hogy engedjék meg a Bizottságnak, hogy úgy terjesszen elő a számára bizalmasan átadott dokumentumokat és információkat, hogy azokat a felperes kizárásával kizárólag a felperes tanácsadóival közöljön.
- 19 2005. január 24-i határozatában az Elsőfokú Bíróság – tekintettel különösen a felperes és a beavatkozók közötti megállapodásra – helyt adott a pervezető intézkedés iránti kérelemnek. Szintén helyt adott a gyorsított eljárásban történő elbírálás iránti kérelemnek, de kifejtette, hogy e határozat bármikor felülvizsgálható az akta és az eljárás alakulásának fényében. Határidőt tűzött ki a beadványok benyújtására is.
- 20 2005. február 11-én benyújtott beadványával a felperes a pervezető intézkedés módosítása iránti kérelmet nyújtott be. 2005. február 18-i levelükben az alperes és a beavatkozók benyújtották észrevételeiket e kérelemre vonatkozóan. 2005. február 22-i levelével a felperes visszavonta a pervezető intézkedés módosítása iránti kérelmet.
- 21 Időközben, 2005. február 11-én a Bizottság benyújtotta ellenkérelmét. 2005. február 25-én a Bertelsmann, a Sony BMG és a Sony benyújtotta beavatkozási beadványát.

- 22 Időközben, 2005. február 15-i levelében a felperes kérte, hogy előterjeszthesse észrevételeit a Bizottság ellenkérelmében foglalt új információkra vonatkozóan. 2005. február 21-i határozatában az Elsőfokú Bíróság helyt adott e kérelemnek, és lehetőséget adott az alperesnek, hogy 2005. március 4-ig kérhesse, hogy kiegészítő észrevételeket terjeszthessen elő, amelyet valóban megtett. 2005. március 1-jei levelében a felperes tiltakozott e kérelem ellen. 2005. március 14-én a Bizottság előterjesztette kiegészítő észrevételeit.
- 23 Az előadó bíró jelentése alapján az Elsőfokú Bíróság (harmadik tanács) a szóbeli szakasz megnyitása mellett döntött, és a pervezető intézkedések keretében felhívta a Bizottságot arra, hogy különböző dokumentumokat nyújtson be, és írásban válaszoljon az írásban feltett kérdésekre.
- 24 2005. szeptember 19-i levelével a Bizottság az Elsőfokú Bíróság kérdéseire vonatkozó válaszai benyújtására nyitva álló határidő meghosszabbítását kérte, amelyet engedélyeztek számára. 2005. szeptember 21-i levelében a Bizottság benyújtotta az Elsőfokú Bíróság kérdéseire vonatkozó válaszait.
- 25 A 2005. szeptember 22-i tárgyalás során meghallgatták a felek szóbeli előadásait és az Elsőfokú Bíróság által feltett kérdésekre adott válaszait.
- 26 2005. szeptember 26-i levelével a Bizottság dokumentumokat nyújtott be a tárgyalást követően, és kérte, hogy írásban fűzhessen megjegyzéseket azon esetleges észrevételekhez, amelyeket a felperes terjeszt majd elő a 2005. szeptember 21-i írásbeli kérdésekre adott válaszait illetően. Helyt adtak e kérelmének.
- 27 2005. szeptember 29-én a felperes beadványt nyújtott be a Bizottságnak az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszait illetően.

28 2005. október 11-én a Bizottság előterjesztette a felperesnek az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszaira vonatkozó végleges észrevételeit.

29 A felperes azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

- hagyja figyelmen kívül a Bizottság által az ellenkérelme mellékleteként benyújtott dokumentumokat;
- semmisítse meg a határozatot;
- másodlagosan semmisítse meg a megtámadott határozatot annyiban, amennyiben a következők egyikére vagy mindegyikére vonatkozik:
 - a kollektív erőfölény megléte az online zene licenciáinak piacán;
 - az egyedi erőfölény megléte az online zeneforgalmazás piacán;
 - az összefonódásban részt vevő felek zenekiadásra vonatkozó tevékenységeinek egyeztetése;
- kötelezze a Bizottságot a költségek viselésére.

30 A beavatkozók által támogatott Bizottság azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

- a keresetet mint megalapozatlant utasítsa el;

- kötelezze a felperest a költségek viselésére.

Indokolás

31 A megsemmisítés iránti keresete alátámasztásaként a felperes öt jogalapot hoz fel, amelyeket több részre oszt. Az első jogalappal a felperes azt állítja, hogy a Bizottság – azáltal, hogy nem állapította meg az összefonódást megelőzően kollektív erőfölény fennállását a zenei hangfelvételek piacán, és az említett erőfölény megerősödését – megsértette az EK 253. cikket, és nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, valamint tévedett a jogban. Második jogalapjával a felperes azt állítja, hogy a Bizottság – azáltal, hogy nem állapította meg, hogy az összefonódás kollektív erőfölényt hoz létre a hangfelvételek piacán – megsértette az EK 253. cikket, és nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, valamint tévedett a jogban. A felperes a harmadik jogalapot a rendelet 2. cikkének megsértésére alapítja, amennyiben a Bizottság nem állapította meg az online zenéhez kapcsolódó licenciák világpiacán kollektív erőfölény létrejöttét és megerősödését. A negyedik jogalapjával a felperes azt állítja, hogy a Bizottság – azáltal, hogy nem állapította meg, hogy a Sony egyedi erőfölényhez jut az online zeneforgalmazás piacán – megsértette az EK 253. cikket, és nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el. Az ötödik jogalapjával a felperes azt állítja, hogy a Bizottság – annak megállapításával, hogy a tervezett összefonódás nem jár az összefonódásban részt vevő felek zenekiadásra vonatkozó tevékenységeinek összehangolásával - nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, és megsértette a rendelet 2. cikkének (4) bekezdésével összhangban értelmezett EK 81. cikket.

I — *Az ellenkérelemhez mellékelt bizonyítékokról*A — *A felek érvei*

- 32 A felperes megjegyzi, hogy az ellenkérelemből kiderül, hogy a Bizottság a közigazgatási eljárás során olyan dokumentumokra és információkra támaszkodott, amelyekhez csak az ellenkérelemmel jutott, pedig azok központi szerepet játszottak, mivel a Bizottság igazolásként fogadta el azokat a kifogásközlésben foglalt azon állásponttól való eltéréshez, amely szerint a tervezett összefonódás kollektív erőfölényt hoz létre, illetve erősít meg, és összeegyeztethetetlen a közös piaccal.
- 33 A felperes úgy érvel, hogy ha a közigazgatási eljárás során látta volna ezeket a hiányos és megtévesztő információkat tartalmazó dokumentumokat, bizonyíthatta volna azok alapvető hibáit, és a határozat más lett volna, vagy legalábbis tartalmazta volna az észrevételei elutasításának kifejezett indokolását. A felperes kifogásolja, hogy a Bizottság visszatartotta ezeket a dokumentumokat, és anélkül támaszkodott az utóbbiakra, hogy azokat keresztvizsgálatnak vagy harmadik személyek észrevételeinek vetette volna alá.
- 34 A felperes – bár elismeri, hogy a Bizottság köteles védeni az üzleti titkokat, és egyáltalán nem vonatkozik rá olyan kötelezettség, hogy az akta minden információját harmadik személyek tudomására hozza az összefonódások ellenőrzésére vonatkozó közigazgatási eljárások során – azt állítja, hogy ez nem teszi lehetővé a Bizottság számára, hogy az utóbbiakat megfossza a tárgyra vonatkozó véleményük ismertetésének lehetőségétől például egy nem bizalmas és a szóban forgó információkat összefoglaló változat elkészítésével.
- 35 A felperes pontosítja, hogy nem az alapvető lényeges eljárási követelmények megsértésére alapított jogalpra hivatkozik, de úgy véli, hogy a Bizottság által

benyújtott új bizonyítékok túl későn érkeztek ahhoz, hogy befolyásolják az érdemi határozatot, és hogy azok a határozat *a posteriori* módosítási kísérletét jelentik. Emlékeztetve arra, hogy a közigazgatási eljárás során be nem nyújtott dokumentumokat a bírósági eljárás során nem lehet pótolni (lásd a Bíróság C-51/92. P. sz., Hercules Chemicals kontra Bizottság ügyben 1999. július 8-án hozott ítéletének [EBHT 1999., I-4235. o.] 78. pontját), a felperes azt állítja, hogy a szóban forgó dokumentumokat figyelmen kívül kell hagyni.

36 A Bizottság e kérelem elutasítása mellett döntött.

B — Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

37 Előzetesen meg kell állapítani, hogy azon bizonyítékokat, amelyeknek az aktából való eltávolítását a felperes az Elsőfokú Bíróságtól kéri, a Bizottság által benyújtott ellenkérelem mellékleteként nyújtották be, az eljárási szabályzat 46. cikke rendelkezéseinek megfelelően. A felperes nem utal arra, hogy e bizonyítékoknak a Bizottság általi bemutatása mennyiben ellentétes az eljárási szabályzattal.

38 Meg kell állapítani továbbá, hogy sem azon indokok, amelyek miatt a felperes az akta ezen elemeinek eltávolítását kéri, sem a kérelmének az értelme nem derül ki egyértelműen.

39 Először is, a felperes ugyan azt állítja, hogy a benyújtott dokumentumok a határozat *a posteriori* módosítási kísérletét jelentik, azt azonban nem állítja, hogy e dokumentumokat a határozat elfogadását követően gyűjtötték össze vagy hozták létre, hanem ellenkezőleg, azt állítja, hogy központi szerepet játszottak a közigazgatási eljárás során, amennyiben a Bizottság azokra a határozat megalapozása

érdekében hivatkozott. E körülmény ugyanakkor, feltételezve, hogy bizonyított, semmi esetre sem vezethet az említett dokumentumok figyelmen kívül hagyásához. Egyebekben, ha a felperes kifogásolja is, hogy a Bizottság megpróbálta *a posteriori* módosítani a határozatot, nem hivatkozik – legalábbis a jelen kérelem alátámasztásaként nem – azon elv megsértésére, amely szerint valamely határozatnak magában a határozatban kell indokolást tartalmaznia, és nem elegendő az indokolást első alkalommal az Elsőfokú Bíróság előtt kifejteni (az Elsőfokú Bíróság T-374/94., T-375/94., T-384/94. és T-388/94. sz. European Night Services és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 1988. szeptember 15-én hozott ítélet [EBHT 1988., II-3141. o.] 95. pontja). Mindenesetre az indokolás esetleges hiányosságának szankciója a megtámadott aktus megsemmisítése, és nem a dokumentumok figyelmen kívül hagyása. Azon kérdés, hogy a határozat jogilag megkövetelt módon indokolt-e, a jelen esetben a felperes által felhozott különböző jogalapok keretében kerül megvizsgálásra.

40 Másodszor, a felperes – miközben megállapítja, hogy a Bizottságra egyáltalán nem vonatkozik olyan kötelezettség, hogy az aktában szereplő minden információt harmadik személyek tudomására hozzon az összefonódások ellenőrzésére vonatkozó közigazgatási eljárás során – emlékeztet arra, hogy az ítélkezési gyakorlat szerint a közigazgatási eljárás során be nem nyújtott dokumentumokat a bírósági eljárás során nem lehet pótolni. Ugyanakkor, anélkül, hogy szükség lenne az összefonódásra vonatkozó eljárásokban a védelemhez való jog vagy harmadik személyek iratbetekintési jogának terjedelmét vizsgálni, elég azt megállapítani, hogy a felperes kifejezetten hangsúlyozza, hogy nem akar a lényeges eljárási szabályok megsértésére alapított újabb jogalapot megfogalmazni. A kérelem tehát ezen indokra alapozva nem fogadható el. Mindenesetre a védelemhez való jog megsértése csak abban az esetben szankcionálható, ha bizonyított, hogy a dokumentumok nyilvánosságra hozatalának hiánya a felperes hátrányára befolyásolhatta a szóban forgó határozat tartalmát, ami nem történhet meg az említett dokumentumok megvizsgálása nélkül.

41 Harmadszor, a felperes azt állítja, hogy a dokumentumok hiányos információkat tartalmaznak, és megtévesztők, továbbá, hogy ha a közigazgatási eljárás során hozzáférhetett volna az említett dokumentumokhoz, bizonyíthatta volna azok alapvető hibáit, ami eltérő határozathoz vezetett volna. Ugyanakkor, bár e körülmény ugyan arra vezethet, hogy a Bizottság által felhozott bizonyítékokat körültekintően kell megvizsgálni, azt viszont nem teszi lehetővé, hogy helyt lehessen adni a felperes

által kért intézkedésnek. Épp ellenkezőleg, ezen intézkedés megfosztaná a felperest azon lehetőségtől, hogy bizonyítsa a vitatott dokumentumok megbízhatóságának vagy relevanciájának állítólagos hiányát a nyilvánvaló mérlegelési hibára alapított jogalapok keretében.

42 Végül, a felperes arra irányuló másodlagos kérelmét, hogy az Elsőfokú Bíróság nyilvánítsa a dokumentumokat nem meggyőzőeknek vagy nem relevánsoknak, ugyanezen indokok alapján szintén el kell utasítani. E kérelem mindenesetre olyan érdemi kérdésnek minősül, amely a kereset különböző jogalapjainak és érveinek keretében kerül majd megvizsgálásra.

43 Az előző észrevételekből következik, hogy a felperesnek a Bizottság által az ellenkérelme alátámasztására benyújtott bizonyítékok figyelmen kívül hagyására vagy azok nem relevánsnak nyilvánítására vonatkozó kérelmét el kell utasítani.

II — *A zenei hangfelvételek piacán már korábban fennálló kollektív erőfölény megerősítésére vonatkozó első jogalapról*

44 Az első jogalap két részre oszlik, amelyek közül az első a Bizottság azon állításának téves jellegére vonatkozik, amely szerint a zenei hangfelvételek piacán a tervezett összefonódást megelőzően nem állt fenn kollektív erőfölény, a második pedig az említett korábban fennálló kollektív erőfölénynek a tervezett összefonódás általi megerősítése megállapításának hiányából eredő hibára vonatkozik.

A — *A felperes érvei*

1. Az első részről

- 45 A felperes előzetesen megjegyzi, hogy mind a kifogásközlés, mind a határozat számos bizonyítékot tartalmaz arra nézve, hogy a zenei hangfelvételek piaca már az összefonódás előtt rendelkezett egy olyan piac valamennyi – az ítélkezési gyakorlat által kidolgozott szempontoknak megfelelő – jellemzőjével, ahol kollektív erőfölény uralkodik (az Elsőfokú Bíróság T-342/99. sz., *Airtours* kontra Bizottság ügyben 2002. június 6-án hozott ítélete [EBHT 2002., II-2585. o.]).
- 46 Először is, a felperes e tekintetben megállapítja, hogy a nagy zenekiadó társaságokat (a továbbiakban: a nagy kiadók) úgy jellemzik, mint akik egy erőfölényben lévő csoport minden jellemzőjével rendelkeznek: nagy piaci részesedések, jelentős pénzügyi hatalom (a határozat (53) preambulumbekendése), az árak magasan tartása (a határozat (56) preambulumbekendése), oligopolisztikus szerkezet (a határozat (148) preambulumbekendése), és ebből következően kölcsönös függés.
- 47 Másodszor a felperes hangsúlyozza, hogy a Bizottság megállapította, hogy a piacnak megvolt minden, hallgatólagos megállapodásoknak kedvező jellemzője, és megkönnyítette e megállapodás ellenőrzését (a kifogásközlés 93–116. pontjai), és a hallgatólagos megállapodásra utaló tíz tényezőt vizsgált meg (lásd az A. 15 mellékletet), amelyek nem változtak a kifogásközlés óta. A termék formátumát tekintve homogén, a fogyasztók pedig különböző művészek és különböző műfajok lemezeinek sokaságát vásárolják, teret engedve ezzel a „helyettesíthetőségnek” (a határozat (110) preambulumbekendése). A piac rendkívül kedvez az összehangolásnak, és ez ténylegesen meg is történt (a határozat (112) preambulumbekendése). Stabil vevőkör áll fenn (a határozat (112) preambulumbekendése) és az összefonódásban részt vevő felek ellenőrzik a forgalmazási piacot (a határozat (113) preambulumbekendése).

- 48 Harmadszor az árak kollektív erőfölény fennállására utalnak. Párhuzam van a tényleges nettó árak között (a kifogásközlés 76–80. pontja, és a határozat (75), (82), (89), (96) és (103) preambulumbekézése). A nyilvános eladási árak (a továbbiakban: PPD-k) és a korlátozott referenciaárak száma ismert (a határozat (111) és (112) preambulumbekézése). A nettó eladási árak szorosan a PPD-khez kötődnek (a határozat (77), (84), (91), (98) és (105) preambulumbekézése). A PPD-k és a tényleges nettó árak szorosan összehangoltak és átláthatóak, és a tényleges nettó átlagárak átláthatóságát nem érintik az engedmények (a kifogásközlés 88., 90. és 92. pontja, és a határozat 45., 49., 52., 55. és 57. sz. lábjegyzete).
- 49 Negyedszer, a Bizottság potenciálisan hatékony elrettentő mechanizmusok meglétét állapította meg (a kifogásközlés 128–132. pontja, és a határozat (118) preambulumbekézése), és a nagy kiadókat nem érintik e hatékony versenykorlátozások.
- 50 A felperes azt állítja, hogy a Bizottság által felhozott, az albumok tartalmának heterogenitására, az árak átláthatóságának a promóciós engedmények miatti elégtelenségére, valamint az akár legkisebb megtorló lépés bizonyítékának hiányára alapított okok nem tették lehetővé a kollektív erőfölény fennállása megállapításának kizárását, és hogy a Bizottság elemzését indokolási kötelezettség megsértése, nyilvánvaló mérlegelési hiba és jogban való tévedés jellemzi.
- a) Az indokolási kötelezettség megsértéséről
- 51 A határozat megsértette az EK 253. cikket, mivel nem tartalmazta az intézmény számára alapul szolgáló ténybeli és jogi elemek kifejtését, hogy így a Bíróság felülvizsgálatot gyakorolhasson, valamint a tagállamok és az érdekelt megismerhessék azokat a körülményeket, amelyek között a közösségi intézmények a Szerződést alkalmazták (a Bíróság 45/86. sz., Bizottság kontra Tanács ügyben 1987. március 26-án hozott ítélete [EBHT 1987., 1493. o.]).

A termék homogenitása

- 52 Ami először is a termék homogenitását illeti, a felperes kifogásolja, hogy a Bizottság nem jelölte meg azon okot, amely miatt a tartalom heterogenitására vonatkozó tényező hangsúlyosabb, mint a „helyettesíthetőség folytonosságának” létezését érintő tényező, amely szerint a fogyasztók többsége különböző művészek különböző műfajú zenéjét veszi, vagy mint a formátum homogenitására vonatkozó tényező, amely az árakat és az átláthatóságot érinti. A Bizottság nem utal arra sem, miért cáfolja meg azon megállapítást, amely szerint az albumok ára szabványosított, azon általános kijelentés, amely szerint az árak „az album sikerétől” függenek. A határozat (110) preambulumbekkezdése e tekintetben ellentmondásos megállapításokat tartalmaz.

Átláthatóság

- 53 Ami másodszor az átláthatóságot illeti, a felperes azt állítja, hogy a Bizottságnak az engedményekre vonatkozó kijelentései és érvei, amelyek célja az átláthatóságra vonatkozó minden bizonyíték cáfolása, nem megfelelően indokoltak.
- 54 Így a Bizottság azt állítja, hogy a nagy országokban az árak a PPD-kből eredő átláthatóságát megszüntették a promóciós engedmények, azonban nem magyarázza azok szerepét és jelentőségét az árrendszer szempontjából.
- 55 Ugyanígy a kis országokat illetően, azon okok, amelyek miatt a Bizottság akkora jelentőséget tulajdonított az akciós engedményeknek, és nem a szokásos engedményeknek, pedig a kifogásközlés 150. pontjában kijelentette, hogy „mint a legnagyobb területeken, minden országban a szokásos engedmények a legfonto-

sabbak” nincsenek egyértelműen kifejtve. Nincs egyébként pontos leírása annak, hogy melyek a szokásos engedmények. Az átláthatóságnak a kis országokban való értékelése során a Bizottság pontosítás nélkül váltakozó módon folyamodott a szokásos engedmények és a promóciós engedmények összehasonlításához oly módon, hogy nem volt könnyű eldönteni, hogy a tanulmány a promóciós vagy a szokásos engedményeket vizsgálta.

- 56 A felperes továbbá azt állítja, hogy a határozat csak a Sony-ra és a BMG-re vonatkozó engedményeket illető bizonyítékokra hivatkozik, és nem fedi le a többi nagy kiadót (a határozat (71) preambulumbekzdése és a 43. lábjegyzet). Az indokolás tehát hiányos.

Az elrettentés eszközei

- 57 Harmadszor, ami az elrettentés eszközeit illeti, a Bizottság nem magyarázza meg, hogy azon tény – még ha pontos is –, hogy nem tudta bizonyítani, hogy soha nem alkalmaztak megtorló intézkedéseket, miért tette lehetővé az elrettentés hatékony eszközeinek létezésére vonatkozó minden bizonyíték cáfolását.

Kiegyenlítő erő

- 58 Végül negyedszer, a határozat a kifogásközléssel ellentétben nem tartalmaz semmilyen, a kiegyenlítő piaci erőre vonatkozó megállapítást, sem e hiánynak semmilyen magyarázatát, amely az indokolás teljes hiányával egyenértékű.

b) A nyilvánvaló mérlegelési hiba

- 59 A felperes felidéli azon ítélkezési gyakorlatot, amely szerint a Bizottság nyilvánvaló mérlegelési hibát követ el akkor, amikor az ellentmondásos érvek mérlegelése során túl nagy súlyt tulajdonít közülük az egyiknek [az Elsőfokú Bíróság T-111/00. sz., *British American Tobacco International (Investments) kontra Bizottság* ügyben 2001. október 10-én ítéletének [EBHT 2001., II-2997. o.] 58. pontja), vagy amikor a határozat indokolásához szolgáltatott okok ténylegesen nem támasztják alá e határozatot. Ugyancsak, ha a Bizottság megállapítását nem támasztják alá bizonyos körülmények vagy tények, úgy kell tekinteni, mint amelyet nem hoztak meg megfelelő, és nem ésszerűtlen módon (a Bíróság C-16/90. sz. *Nölle*-ügyben 1991. október 22-én hozott ítélete [EBHT 1991., I-5163. o.]). A kollektív erőfölény hiányának kijelentését mindenestre nem támasztják alá a releváns tények, érvelés vagy bizonyítékok, és a Bizottság elmulasztotta az összes releváns tényező mérlegelésére vonatkozó kötelezettségét.
- 60 A felperes azt állítja, hogy a határozat nyilvánvaló mérlegelési hibákat tartalmaz a termék homogenitásának, az átláthatóságnak és az elrettentő eszközök létezésének meghatározásakor, a kiegyenlítő piaci erő mérlegelésekor és a közös politika elemzésekor.

A termék homogenitása

- 61 A Bizottság mérlegelési hibát követett el azért, hogy úgy tekintette, hogy a tartalom heterogenitása hangsúlyosabb a formátum homogenitásánál, miközben elfogadta azon feltevést, amely szerint a fogyasztó különböző művészek különböző műfajú lemezeit vásárolja, létezik tehát a „helyettesíthetőség folytonossága”. Mindenesetre a termék heterogenitására vonatkozó körülmény csak akkor releváns, ha az árat

egyedi zeneszámok alapján állapítják meg, és nem úgy, mint a jelen esetben, néhány referenciaár alapján (a határozat (110) és (111) preambulumbekzdése). A Bizottság logikáját követve soha nem lehetne erőfölény a szellemi tulajdonhoz kapcsolódó iparágakban, hiszen a tartalom soha nem lehet teljesen homogén.

Átláthatóság

— Általános érvelés

- 62 A felperes azt állítja, hogy a szolgáltatott bizonyítékok arra utalnak, hogy a nagy kiadók által alkalmazott árak bizonyára eléggé átláthatóak ahhoz, hogy lehetővé tegyék számukra az árak összehangolását. A Bizottság nem nyújtott be egyetlen olyan bizonyítékot sem, amely cáfolná ezen elemzést, hanem arra szorítkozott, hogy az engedmények állítólagos változásából arra következtessen, hogy az átláthatóság megszűntethető, vagy addig a pontig csökkenthető, hogy többé nem teszi lehetővé az árak összehangolását.
- 63 A mérlegelési hiba a Bizottság saját megállapításaiból ered, amelyek szerint:
- a nettó átlagárak szempontjából párhuzam van, és az árak viszonylag hasonló változása áll fenn a nagy kiadók részéről (a határozat (75), (82), (89), (96) és (103) preambulumbekzdése);
 - a PPD-ket fókuszpontokként használhatják az összehangoláshoz (a határozat (76), (83), (90), (97) és (104) preambulumbekzdése);

- a PPD-k és a nettó átlagárak párhuzamosan változtak (a határozat (77), (84), (91), (98) és (105) preambulumbekzdése).

64 A felperes megjegyzi, hogy a PPD-k átláthatóak, hogy a kiskereskedelmi eladási árak ismertek, hogy a nettó átlagárak a PPD-kkel párhuzamosan alakulnak, és hogy a forgalmazók haszonkulcsa elég pontosan ismert. Ebből következik, hogy a kiskereskedők számára a nettó árak (azaz az engedményekkel csökkentett PPD-k) az engedmények ellenére átláthatóak. Egyébként a kifogásközlésből (81–92. pont) és a határozat (77) preambulumbekzdéséből következik, hogy „ha a [n]agy kiadók engedmények adásával észrevehetően eltértek volna az árak terén megállapodott politikájuktól, ezen eltérés a nettó átlagárakban jelentkezett volna.”

65 A felperes úgy érvel, hogy a Bizottság nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, amikor túlzott jelentőséget tulajdonított az engedményeknek, és különösen a promóciós engedményeknek, hiszen:

- a Sony és a BMG által az engedményekre vonatkozóan szolgáltatott információkra hivatkozott inkább, mint az összes nagy kiadót illetően a PPD és a nettó árak közötti párhuzamra vonatkozó információkra (a határozat 43. lábjegyzete);
- a kiskereskedők által nyújtott információk alapján az engedmények átláthatóak; a Bizottság által megkérdezett 26 kiskereskedő közül 20 azt állította, hogy a nagy kiadóknak tudomásuk volt a többiek által alkalmazott engedményekről. Különösen így van a szokásos engedmények esetében, amelyek a legfontosab-
bak, mivel minden évben tárgyalnak róluk;

- a Sony és a BMG heti jelentéseket készítettek a forgalmazási piac nyomon követéséről, amelyekbe belefoglalták a versenytársaikra vonatkozó információkat is (a határozat (113) preambulumbekzdése);

- a válogatásokat illetően a nagy kiadóknak a közös forgalmazásra és a partnerségre vonatkozó megállapodásaik vannak, amelyek keretében feltárják a szokásos engedményeket;

- nagyfokú az igazgatók áthelyezése a lemezkiadó vállalatok között;

- a heti slágerlisták információval szolgálnak a zeneszámok szerinti eladásokról, lehetővé téve, hogy könnyen ki lehessen szűrni azokat a zeneszámokat, amelyekből „sláger” lesz, és az eladások legnagyobb részét ösztönzik (a határozat (73) preambulumbekzdése);

- az Office of Fair Trading (a brit versenyhatóság) jelentése szerint a versenytársakra vonatkozó információ a zenei hangfelvételek piacán könnyebben rendelkezésre áll, mint bármely más iparágban (a keresetlevél A 16 melléklete).

⁶⁶ A felperes megjegyzi, hogy e tények alapján a Bizottság egyébként a kifogásközlés 81. pontjában arra következtetett, hogy az „engedmények nagyrészt állandóak [voltak], és nem arra használták őket, hogy ténylegesen módosítsák az árpolitikát”. A tények ugyanakkor nem változtak azóta.

- 67 Mindenesetre a promóciós engedményeket nem általában véve használják a slágerlistákon szereplő lemezek tekintetében, amelyek a bevétel körülbelül 80%-át hozzák, hanem kizárólag azért, hogy a vevőket arra ösztönözzék, hogy a korábbi zeneszámok katalógusából (a „back catalogue”-ból) merítsenek (a keresetlevél A 17 melléklete), és csak jelentéktelen hatásuk van a Bizottság által vizsgált mintára (a határozat (70) és (71) preambulumbekzdése). Továbbá a Bizottság által az említett promóciós engedményekre vonatkozóan megvizsgált adatok csak a Sony-t és a BMG-t érintik, ezért is kisebb a jelentőségük.
- 68 A nagy kiadók árai szerkezetének az átláthatóság hiánya miatt potenciálisan érintett része tehát csekély, amint az a keresetlevélhez csatolt, az árak és engedmények európai rendszereit magyarázó jelentésből kiderül (A 17 melléklet).
- 69 A felperes azt állítja, hogy a Bizottságnak elég dokumentum állt a rendelkezésére, amelyek tekintetében kipróbálhatta az elemzéseit, de amelyet nem tett meg, különösen a kiskereskedőkre vonatkozó bizonyítékokat illetően. A Bizottság azáltal, hogy nem helyesen értékelte a tényeket, és túlzott jelentőséget tulajdonított az engedményeknek, különösen a promóciós engedményeknek, nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el.

— Az új bizonyítékokra vonatkozó általános megjegyzések

- 70 A Bizottság által ellenkérelme mellékleteként benyújtott új információk alapján a felperes arra következtet, hogy úgy tűnik, a Bizottság azon megállapítását, amely szerint a piac nem átlátható, az engedményekben a vevők, az egyedi zeneszámok szerinti és adott időszak során bekövetkező egyedi eltérések bonyolultságára alapozza. Ugyanakkor az ilyen egyedi, olykor jelentős eltérések létezése nem zárja ki azon lehetőséget, hogy az árak megállapítását korlátozott számú szerkezet és ismert szabály szabályozza, amely előreláthatóvá teszi az átlagárakat, és amelytől minden jelentős és rendszeres eltérés nyilvánvaló lenne.

- 71 Az ilyen szabályok talán nem teszik lehetővé, hogy előre meg lehessen mondani adott megjelenésnek az egyes egyéni kiskereskedők részére bármikor kiszámlázott árát, azt azonban megengedi, hogy kellő bizonyossággal ismerni lehessen a PPD-csoportból eredő nettó árakat, és meg lehessen határozni, hogy a versenytársak megfelelnek-e vagy nem ezeknek a szabályoknak. Megadják tehát a kollektív erőfölény fennállásához megkívánt átláthatóságot. A PPD-k és a nettó átlagárak párhuzamos mozgásából következő magatartás-egyeztetés tehát egyszerűen a szerkezet vagy az általánosan ismert és megértett, ellenőrizhető szabályok alapján jöhet létre, mintsem az árakra vonatkozó minden egyes egyedi döntés tökéletes és teljes ismerete alapján.
- 72 A Bizottság nem vizsgálta, hogy a (bruttó és nettó) átlagárakban megfigyelt párhuzam az ilyen szabályokból eredő magatartások egyeztetésből eredhetett-e, hanem inkább arra a következtetésre jutott, hogy nem ez az eset állt fenn, hiszen egyedi eltérések voltak, anélkül, hogy vizsgálta volna, hogy azok statisztikailag jelentősek voltak-e, és volt-e tényleges hatásuk az átlagra.
- 73 Az ilyen szabályok nem alkalmazandók mindegyik esetre, hanem mindegyik nagy lemezkiadó vállalatnak az egyes kategóriákban (új megjelenések, új művész, „full price”, „mid price”, „budget” katalógus stb.) történő eladásainak lényeges részére, akik közül mindegyiknek korlátozott számú olyan általános eladási stratégiája van, amely az eladások nagy részét hozza (valamelyik lemez kicserélése a slágerlistán, reklámkampányokban való részvétel, a kirakatban való elhelyezés alapján történő eladás). Ezen eladási stratégiák természetesen az egyes területekenként és a fogyasztók szerint változhatnak (bevásárlóközpontok, szaküzletláncok, önálló üzletek stb.), de korlátozott számúak, és kevésbé ismertek az eladásokért felelős személyek előtt. E szabályok, illetve eszközök elegendőek ahhoz, hogy lehetővé tegyék az árak egyeztetését anélkül, hogy a nettó és bruttó árak különösebb ismeretére lenne szükség az egyedi megjelenések tekintetében, és ezenkívül egy olyan környezetben, ahol az egyedi zeneszámok iránti igény változó, és ahol az albumok sikerét nem lehet előre bizonyosan megjósolni, megadják a szükséges rugalmasságot ahhoz, hogy alkalmazhatók legyenek egyedi esetekben az árstruktúra teljes egészében való veszélyeztetése nélkül.

- 74 Az egyedi eltéréseknek nem kellene elterelniük a figyelmet arról, hogy a nettó árak egészében véve szorosan össze vannak hangolva a bruttó árakkal, és hogy ez valószínűleg azért van így, mert minden társaság bizonyos általános szabályokat követ, amelyek egészében véve rendkívül átláthatóvá teszik az árakat, és nyilvánvalóvá a rendszeres eltéréseket. Fennáll tehát az átláthatóság.
- 75 Az ellenkérelem mellékletében szereplő új bizonyítékok vizsgálata azt mutatja, hogy a Bizottság az egyedi eltérésekre koncentrált, annak megvizsgálása nélkül, hogy ezek statisztikailag jelentősek voltak-e. A Bizottság nem végezte el az alapul szolgáló adatok helyes statisztikai elemzését, illetve nem vizsgálta meg az árak, illetve engedmények választékának jelentőségét, illetve a szokásos ársávon belüli variációk jelentőségét, továbbá nem kérdezte meg a kiskereskedőket annak ellenőrzése érdekében, hogy az egyedi eltérések az árrendszer általános szabályainak keretében, vagy azon kívül találhatóak. A Bizottság tévesen következtetett arra, hogy a variációk pusztán létezése kizárta annak lehetőségét, hogy ezen eltérést néhány elszigetelt eset okozza, míg az eladások többségére az ismert és előrelátható szabályok alapján megállapított árak vonatkoztak.
- 76 A Bizottság továbbá hibás módszerrel és a szükséges tesztek elvégzése nélkül vizsgálta meg a bizonyítékokat.
- 77 A felperes a következő általános észrevételeket terjeszti elő a Bizottság által benyújtott új bizonyítékokra vonatkozóan:
- az adatok nagy részét nem korrigálták az eladások alapján, az árak és engedmények választéka jelentőségének mérlegelése érdekében. Ott, ahol az adatokat helyesen összesítették – vagyis valamennyi piaci szereplő között, és az eladásokhoz igazították –, az eltérések jóval kevésbé jelentősek;

- az esetek többségében az adatokat nem statisztikai nézőpontból elemzik, így tehát nem lehet megállapítani, hogy a különböző termékkategóriákra tekintettel jelentősek-e az eltérések;

- a kifogásközlésben használt néhány adat kivételével az adatok csak az összefonódásban részt vevő felek adatait hasonlítják össze. Téves a Bizottság azon érve, amely szerint a két nagy kiadó közötti, az engedményekre vonatkozó homályos gyakorlat megállapításának ténye elég az átláthatóság alulbecsléséhez, figyelembe véve, hogy a Sony-nak és a BMG-nak nagyon eltérő volt a piaci teljesítménye, és hogy egy sor megjelenésen keresztül különböző szerepléssel az ársáv és az engedmények még egyforma árrendszeren belül is eltértek. Továbbá az összefonódásban részt vevő felek történetesen a két, a múltban leginkább különböző nagy kiadó, az összefonódás tehát nemcsak a piaci szereplők számát csökkenti, hanem hasonlóvá is teszi őket;

- a Bizottság nem folytatott vizsgálatot arra vonatkozóan, hogy voltak-e a nagy kiadóknál olyan adatok, amelyek közvetlenül ellentmondanak az árak különbözőségére és összetettségére vonatkozó állításnak, azaz a költségvetések vagy más olyan adatok, amelyek pontosan előírják a nettó és bruttó árakat, valamint az engedményeket, amelyeknek a felépítése párhuzamos a versenytársak között, és időben állandó;

- az összefonódásban részt vevő felek vezetőinek tanúvallomásai nem vonatkoznak a kulcskérdésekre – mint például az általános árszabályozás megléte és az árak nyomon követése –, és nem kerültek ellenőrzésre.

Téves a Bizottság véleménye, amely szerint a nettó átlagárak a meglehetősen eltérő egyedi döntések tömkelegét tükrözik, és ennek kellő bizonyossággal kell észlelhetőnek lennie ahhoz, hogy a nettó árak valódi egyeztetését lehetővé tegye, mivel elegendő, hogy minden egyes társaság ellenőrizni tudja, hogy a többi társaságnak a

kiadásaik összessége tekintetében az áraikra vonatkozó döntései megfelelnek-e bizonyos, az árakra vonatkozó szabályoknak ahhoz, hogy mindenki számára ismertté tegyék az árak mozgását, és fenntartsák a hallgatóságos összejátszást.

- 79 A Bizottság által az összefonódásban részt vevő felek által szolgáltatott adatok alapján megfigyelt eltérések azon kívül, hogy kevésbé konkrétak, mint ahogyan azt a Bizottság látszólag gondolja, nem foghatók fel bizonyítékként az árak bizonytalanságára, hiszen mivel a szellemi tulajdon ágazatának bármely iparágában, ahol az egyéni alkotások teljesítménye változó, és különböző reklámtevékenység alá tartozik, de ahol az ilyen alkotásokból összeállított listák megfelelnek az általánosan ismert szabályoknak, az engedmények és az árak nagyságát illető bármely eltérés néhány általánosan ismert szabályra való hivatkozással tökéletesen megmagyarázható.
- 80 A felperes kijelenti, csodálkozik azon, hogy a Bizottság a kifogásközlésben használt bizonyítékokból csak keveset csatolt, amelyek közül egyesek súlyozottak voltak, és az iparág egészét lefedték, hanem a Sony és a BMG által közölt információkra koncentrált, amelyek nem mutatták e jellemzőket. Össze kell tehát egyeztetni a különbségeket, mielőtt az eredeti adatokat elvetnék, és nem úgy tűnik, hogy a Bizottság kiegyensúlyozott mérlegelést végzett.

— A különböző bizonyítékok egyedi vizsgálata

- 81 A Sony és a BMG vezetőinek a B. 2. mellékletben szereplő tanúvallomásai annak kijelentésére szorítkoznak, hogy különböző vevők számára különböző engedmények léteztek, de nem vonatkoznak azon kérdésre, hogy ezeket az engedményeket nagyjából meghatározza-e egy sor általános szabály vagy sem. Míg a nyilatkozatok az ármegállapítási mechanizmus nagyon összetett jellegét hangsúlyozzák, a promóciós engedmények összetettségére irányuló B. 14. melléklet valójában cáfolja ezen összetettséget, mivel egyetlen oldalon írja le a működésüket. El kellett volna gondolkozni azon, hogy léteztek-e a különböző árkategóriákhoz kapcsolódó

szabvány haszonkulcsok, és hogy az engedmények legnagyobb része keskeny ársáv köré látszott-e összpontosulni. Úgy tűnik, a kérdéseket úgy fogták fel, hogy elkerüljék annak felfedését, hogy a haszonkülönbözöket általános szabályként ismerni lehetett, tehát nem volt szükség arra, hogy rendszeresen, megjelenésenként legyenek ismertek, és hogy az egyedi árak visszafelé történő lebontása egyáltalán nem volt szükséges ahhoz, hogy valamely nagy lemezkiadó vállalat ellenőrizze a versenytársak által alkalmazott árat. E kérdéseket nem tették fel a kiskereskedőknek sem, ami pedig lehetővé tette volna a válaszok összehasonlítását.

82 Az összefonódásban részt vevő felek nagykereskedelmi eladásainak az 1998 és 2003 közötti tíz legmagasabb PPD-ben való százalékát – amely a Bizottság szerint a siker megjósolhatatlan jellegét és így annak szükségességét mutatja, hogy mindegyik nagy kiadó ellenőrizze a versenytársai több mint 80 albumának PPD-it – mutató B. 3 mellékletet illetően a felperes bizonyos következtetéseket jegyez meg az adatokban (mint például az időszakokban való eltérések), és úgy érvel, hogy ezek semmi mást nem mutatnak, mint azon tény, hogy az összefonódásban részt vevő felek különböző PPD-ken értékesítik a termékeiket. Ennek nincs jelentősége annyiban, amennyiben a határozat azt állapítja meg, hogy a PPD-k inkább átláthatóak voltak. Továbbá, ellentétben a Bizottság állításával, a határozat (111) preambulumbekkezdéséből kiderül, hogy „a nagy kiadóknak azonban csak korlátozott számú bestseller album referenciaárát kell ellenőrizniük ahhoz, hogy az eladások nagyját nyomon kövessék”. Ezen információk nem mondanak ellent a Bizottság által a tárgyaláson tett azon megállapításoknak sem, amelyek szerint mindegyik nagy kiadó eladásainak nagy része nagyon kis számú PPD-nek köszönhető. Nem szükséges több mint 80 album árát ellenőrizni, hiszen mivel általánosan elfogadott elvek és szabályok vannak, az egyeztetés teljes tiszteletben tartásának ellenőrzéséhez elég csak néhány zeneszám esetében megállapítani, hogy tiszteletben tartották-e ezen szabályokat, és hogy az eltérések rendszeresek-e. A Bizottság által az összefonódásban részt vevő felek bruttó eladásainak százalékarányában való eltéréséből levont következtetés tehát nem igazolható.

83 Továbbá úgy tűnik, hogy e táblázatok egy tényezőre, vagyis a siker előre nem látható jellegére helyezik a hangsúlyt, ami ellentétben áll a határozat azon kulcsfontosságú kijelentéseivel, amelyek szerint először is a PPD-k átláthatók és az összehangolás fókuszpontjai (a határozat (76), (83), (90), (97) és (104) preambulumbekkezdése), másodsor a többi nagy kiadó árlistáinak ellenőrzése lehetséges volt (a határozat (76), (83), (90), (97) és (104) preambulumbekkezdése), valamint harmadszor a nagy

kiadóknak csak a korlátozott számú bestseller album referenciaárait szükséges ellenőrizniük az eladások nagyjának nyomon követéséhez (a határozat (111) preambulumbekzdése). Végül, még ha el is fogadnánk, hogy több mint 80 (az összefonódás után 60) album PPD-inek az ellenőrzése szükséges, az nem tűnik annyira költségesnek, ahogyan a Bizottság sugallja.

84 Ami a Sony és a BMG által az öt nagy tagállam közül négyben a tíz legnagyobb vevőjüknek adott átlagos számlaengedményekre vonatkozó B. 4 és B. 5 mellékleteket illeti, a felperes úgy nyilatkozik, először azon tűnődik, hogy az átlagos számlaengedményekben rejlő különbségek mennyiben utalnak a különböző vevőkkel való bánásmód különbségeire inkább, mint az összefonódásban részt vevő felek portfóliójának viszonylagos eredményében rejlő különbségekre, mivelhogy egy nagy lemezkiadó vállalat megjelentetett termékeinek ereje, valamint a tevékenységének vegyes jellege (a slágerlistákon levő megjelenések, a bevásárló-központokbeli tevékenységek, speciális és reklámtevékenységek) hatással lennének a vevőknek adott átlagengedményre. Végül, az összefonódásban részt vevő felek által a vevőkkel való bánásmódban rejlő esetleges különbségek nem azt jelentik, hogy az árakra vonatkozó döntéseik homályosak, hiszen e különbségek rendszeresen előreláthatóak, és időben állandóak.

85 Nincs jelentősége a B. 5 mellékletnek, amely azon példákat igyekszik bemutatni, ahol nincs összefüggés vagy párhuzamos mozgás, mivel az az összefonódásban részt vevő felek portfóliója eredményének különbözőségével magyarázható, és továbbá jelentős hasonlóságokat mutat (ugyanannak a vevőnek adott alacsonyabb vagy ugyanazon időn belül változó engedmények, illetve állandó időbeli különbségek). Csak Németország első számú vevőjének példája felel meg azon nézőpontnak, amely szerint a nagy kiadók valamelyike anélkül csökkentheti a tényleges árait, hogy a versenytársai követnék, azonban egy meghatározott évben adott területen valamely sajátos vevő tekintetében való egyetlen eltérés nem meggyőző. Továbbá, mivel a táblázatok csak a Sony és a BMG adatait vizsgálják, és mivel ezen adatok nem súlyozottak, az eltérések túlzottak. Ez az eset áll fenn különösen azon jövőre vonatkozó elemzés tekintetében, amelyet a Bizottságnak kellett volna elvégeznie, hiszen a nagyon különböző eredményű társaságokat vegyítő összefonódás növelhetné a szimmetriát és a homogenitást, tehát a hallgatóságos összejátszás lehetőségét.

- 86 Ami az összefonódásban részt vevő felek által egy ötéves időszakon belül a tíz legjobb vevőjüknek a 20 legjobb kompaktlemezre (a továbbiakban: CD) adott számlaengedményekben rejlő eltérésekre vonatkozó állítólagos bizonyítékokat bemutató B. 6. és B. 7. mellékleteket illeti, a felperes megjegyzi, hogy a táblázatok csak engedménysávokat tüntetnek fel, és hogy ezek megtévesztők lehetnek, mivel inkább a szélsőségeket mutatják, mintsem az átlagokat, és az ezen átlagok körüli statisztikailag jelentős eltéréseket. Az engedményekben való nagy eltérések néhány ritka kivétellel magyarázhatók, mivel az engedmények többsége ugyanazon a szinten van. Továbbá, a módszertani elégtelenségen túl e táblázatok érdekes szabályszerűségeket mutatnak. Például a B. 6 mellékletben A országban az összefonódásban részt vevő két fél általában véve nagyobb engedményeket kínál a nagykereskedőknek, mint a bevásárlóközpontoknak és az általános kiskereskedőknek, valamint az ellenkérelem B.7. melléklete meglepően jól összehangolt kapcsolatot mutat az engedmények sávjai között.
- 87 Ami a B. 8. és B. 9. mellékleteket illeti, amelyek a Bizottság szerint azt mutatják, hogy az összefonódásban részt vevő felek nem követtek egyforma engedményadási gyakorlatot, hogy a gyakorlatuk idővel változott, és hogy 2003-ban az összefonódásban részt vevő felek engedményeinek eloszlása nem nagyon hasonlított, a felperes ismét kiemeli, hogy az engedmények választékát tekintve időben és az összefonódásban részt vevő felek között megállapított eltérések az eredményekben rejlő különbségeknek lehettek az eredménye, és semmiképpen nem azt sugallja, hogy az engedmények nem a szabályok ismert választékából erednek. Továbbá a B. 8. mellékletben ismertetett adatok inkább a Bizottság által megjelölttel ellentétes irányba mutatnak (inkább állandó, illetve hasonló vagy közelítő engedményekből álló szerkezet, magas korrelációs tényező).
- 88 A felperes úgy véli, hogy az engedmények szerkezete nem tér el annyira az időben, amennyire azt a Bizottság elemzése sugallja. A D. 3. mellékletben bemutatott számok az összefonódásban részt vevő mindegyik fél engedményei szerkezetének egy adott évre vonatkozó korrelációs együtthatóját, és az előző évre vonatkozó engedmények szerkezetét mutatják. Még ha a tevékenységek vegyes jellege befolyásolja is az engedményeket, az általában véve magas korrelációs együtthatók azt sugallják, hogy az engedmények időben viszonylag állandóak maradnak, ezáltal az átlátható PPD-kből inkább megjósolható nettó árakat eredményezve.

- 89 Ezenkívül az adatok nagyon keskeny sávokban és sajátos töréspontokkal együttesen történő bemutatása hangsúlyozhatja a különbségeket (például, ha az engedmény 15%-nál kicsit kevesebbről 15%-nál kicsit többre változik, a tényleges engedmény jelentősebb módosítása nélkül változik a sáv). Végül, a felperes hangsúlyozza, hogy ha az eredmény az összefonódásban részt vevő felek 20 legjobb eladása sikerén alapult, egy erősen versenyző piacon az árak módosulása lenne megfigyelhető. Mivel nem ez az eset áll fenn, a felperes arra következtet, hogy az engedmények mechanizmusa nem igazán erős versenyképes tényező, illetve átláthatatlansági forrás.
- 90 A Sony és a BMG öt legnagyobb vevőjének 2003-ban kínált nettó árak megoszlását mutató B. 10 mellékletet illetően a felperes úgy véli, hogy a Bizottság által abból levont azon következtetés, amely szerint a különböző vevők a vásárlásaik nagyon eltérő hányadát végzik valamelyik nagy kiadónál, különböző nettó árakon, vitatható relevanciával bír, hiszen az árak átláthatósága és előreláthatósága nem követeli meg, hogy a vásárlási tendenciák azonosak vagy hasonlóak legyenek a két nagy lemezkiadó vállalat vevői között. Mivel az eladási célok eléréséhez szükséges engedmények szintjét meghatározó tényezők a vevőknél a termékválaszték és az új listavezető megjelenések sikere a fogyasztók körében, nehéz lenne megérteni, hogyan jutott a Bizottság azon következtetésre, hogy a két nagy kiadó esetében általában véve különbség volt a nettó árak megoszlása között.
- 91 Egyebekben ezek az adatok ugyan csak a Sony-t és a BMG-t érintik, azonban megfelelőbbek azon tény miatt is, hogy súlyozottak. Ugyanakkor, a megoszlások részletesebb, országonkénti, a D. 4 mellékletben diagram formájában ábrázolt vizsgálata jelentős hasonlóságokat mutat.
- 92 Továbbá a Bizottság azon megállapítása, amely szerint a B. 10 melléklet az összefonódásban rész vevő két fél közötti különbségtételt mutatja, nem egyeztethető össze a határozat (74) és (75) preambulumbekzdésében tett azon megállapítással, amely szerint a Sony és a BMG nettó átlagárai viszonylag hasonlóak voltak, amely a valószínűségek egyensúlya alapján olyan ármegállapítási szabályok alkalmazását sugallja, amelyek biztosítják, hogy az árak nagy része néhány referenciaár körül

összpontosul. E bizonyítékok, azon nézőpont alátámasztása helyett, amely szerint az árak összetett megállapítása átláthatatlanná teszi őket, úgy tűnik, azon ellentétes nézőpontot támasztják alá, amely szerint az árak inkább előreláthatóak és hasonlóak az egyedi ármegállapító döntések nyilvánvaló összetettsége ellenére.

- 93 A felperes úgy véli, hogy a Sony negyedéves nettó átlagárait a legtöbbet alkalmazott PPD-kben albumonként bemutató B. 11 melléklet nem ad semmilyen tájékoztatást az átláthatatlanságra vonatkozóan, hiszen a táblázatot érinti a tartományhoz kapcsolódó probléma, vagyis hogy csak a szélsőségeket mutatja, a súlyozott átlagok elemzése és az átlagokhoz képesti eltérések elemzése nélkül. Továbbá a melléklet nem bír jelentőséggel, hiszen csak a Sony-t érinti, és nem összehasonlító.
- 94 A következő mellékletnek (B. 12) szintén nincs jelentősége, hiszen nem összehasonlító, és csak annak bemutatására irányul, hogy a BMG a kiskereskedőknek eltérő szintű engedményeket kínál.
- 95 A felperes azt is kifogásolja, hogy a Bizottság nem jelezte, hogy a promóciós engedmények szintjében lévő nyilvánvaló eltérések magyarázhatók-e néhány egyszerű elvvel. Meglepő lenne, hiszen a Bizottság által az ellenkérelem egyik mellékletében, a B. 14 mellékletben felvetett elvek a promóciós engedményekre vonatkozó ilyen szabályok létezését és egyszerűségét sugallják, azaz:
- a promóciós engedmények a megrendelés nagyságától függően változnak (kivéve Franciaország különleges esetét);

- a promóciós engedmények a fogyasztó típusától függően változnak (például Németországban a nagykereskedők és zeneklubok általában nagyobb engedményeket kapnak);

- a promóciós engedmények a zeneszám vagy a megjelenés típusától függően változnak (például a művész népszerűsége, a célzott közönség);

- a promóciós engedmények azon ügyfelekre összpontosítanak, akikről tudott, hogy képesek egy meghatározott műfaj eladására, a kiskereskedő jellege és vevőkörének demográfiai jellemzői alapján;

- a promóciós engedmények a kampány jellege szerint változnak (például csak egy szám, vagy pedig egy számkosár, rendszerint katalógus);

- a promóciós engedmények azon reklámköltségek szintje szerint változnak, amelyet a kiskereskedő hajlandó cserében nyújtani.

⁹⁶ A felperes azon a véleményen van, hogy ha e szabályok általánosan ismertek, nem lenne nehéz mérsékelt pontossággal előre megmondani az engedmények azon szintjét, amelyet valamelyik kiadótól egy adott vevővel szemben várni lehet, egy adott zeneszámért egy adott kampány keretében, és tehát megállapítani, hogy a tényleges engedmények megfelelnek-e e szabályoknak. Nem tűnik úgy, hogy a Bizottság megvizsgálta volna e kérdést.

- 97 Ráadásul mivel a B. 13 melléklet csak egy évre vonatkozóan szolgál adatokkal, nem bizonyító erejű, hiszen nem teszi lehetővé annak megítélését, hogy az engedményszintek állandóak és így előreláthatók-e.
- 98 Az összefonódásban részt vevő felek által az Elsőfokú Bíróság elé terjesztett bizonyos ellenőrzési (monitoring) jelentéseket összegyűjtő B. 15 mellékletet illetően a felperes megjegyzi, hogy e bizonyítékok nem azt sugallják, hogy nincs egy sor általános szabályból, és az árak megállapításának módjára vonatkozó iránymutatásból álló ármegállapítási mechanizmus. A Bizottságnak tehát nem arra a kérdésre kellett volna koncentrálnia, hogy az egyedi engedményeknek volt-e külön ellenőrzésük, hanem inkább arra, hogy szükség volt-e ilyen ellenőrzésre, mivel az ármegállapítás rendszerében lévő eltérések kivételek az eladások nagy részére alkalmazandó referenciaárak alól.
- 99 Az RBB Economics gazdasági tanácsadó vállalat tanulmányát (a továbbiakban: RBB-tanulmány) tartalmazó B. 17 mellékletet illetően, amely szerint valamely lemezkiadó vállalat nem csökkentheti a nagykereskedelmi árakat azon megfigyelt eladási árakból kiindulva, amelyekben a versenytársak termékeit kínálják, a felperes úgy érvel, hogy e tanulmány lényegében az egyedi megjelenések árára összpontosít, és nem azon kérdésre, hogy van-e módszeres összefüggés a PPD-k és a megjelenések nagy részére vonatkozó nettó nagykereskedelmi árak között egy ésszerű időszakon belül. A különböző kiskereskedők természetesen eltérő stratégiákat követhetnek az eladási árak megállapítása érdekében, de meglepő lenne, ha nem lenne egyértelmű és módszeres összefüggés egy adott kategórián belül egy bizonyos kiskereskedőnek eladott, megjelentetett termékek nettó átlagárai, és a tényleges nagykereskedelmi árak között a számok kellően széles választékára vonatkozóan, és egy ésszerű időszakon belül. Azon körülmény, hogy nincs egyetlen és egyforma, a nagykereskedelmi árakra automatikusan alkalmazott felár, nem jelenti azt, hogy a kiskereskedelmi eladási árak és ármegállapítási elvek tiszteletben tartásának ellenőrzése lehetetlen. A különböző kategóriájú termékekre általános felársszint van (top price, super top price, mid price, developing artists, budget stb.).

100 A felperes megjegyzi, hogy a tanulmány ügyesen kikerüli az ármeghatározási rendszer szabályainak bármilyen vizsgálatát, és kijelenti, hogy kételkedik abban, hogy a Bizottság a tanulmányt megvizsgálta volna a kiskereskedőkkel vagy harmadik személyekkel, vagy hogy a Bizottság összesített adatokat kért volna az árakra és azon engedményekre vonatkozóan, amelyeknek minden nagy lemezkiadó vállalat költségvetésében benne kell lennie. Nincs összehasonlítás a már összegyűjtött többi adattal sem. Egy ilyen vizsgálat felfedte volna, hogy a tanulmányban szereplő állításokkal ellentétben:

- módszeres összefüggés van a termékkategóriák között, ha e termékeket helyesen határozzák meg úgy, hogy tükrözzék a szerepüket, a kiforrottságukat és a vevőkörre való jelentőségüket;
- azon állítás, amely szerint a kiskereskedők nem alkalmaznak állandó felárat a nagykereskedelmi árakkal szemben, megtévesztő, mivel szándékosan figyelmen kívül hagyja az ismert és a nagy kiadók között egységes termékkategóriák és eladási kampányok létezését. A tanulmány figyelmen kívül hagyja annak szükségességét, hogy elmagyarázza az összesített engedményszinteknek egy korlátozott számú ár- és engedményszint körüli csoportosulását. A felárakban való eltérések csak a szabályoknak a kereslethez való igazítását tükrözik;
- általánosabban, a Bizottság elmulasztotta figyelembe venni azon tényt, hogy a szellemi tulajdonjogi ágazat egyik iparágát tanulmányozta a zenei hangfelvételek piacán. Az egyedi megjelenéseknek a különböző ismert, az árakat és az engedményeket magukban foglaló kategóriákon keresztül történő fejlődése egy életciklus során nem feltétlenül jár azzal, hogy nem lenne átláthatóság vagy akár egyeztetés.

Az elrettentés eszközei

- 101 A felperes azt állítja, hogy a Bizottság nem vizsgálta meg részletesen a retorziós intézkedések összes lehetséges formáját, hanem kizárólag a válogatásokra vonatkozó partnerségi megállapodásokhoz kapcsolódókat. Így, ha valamelyik lemezkiadó vállalatnak árcsökkentési politikát kellene bevezetnie a kiskereskedőkkel szemben, a többiek azzal büntethetnék e lemezkiadó vállalatot, hogy az alacsonyabb árak politikájának elutasítására ösztönzik a kiskereskedőket jelentősebb engedmények és a közös reklám növekedését kínálva. Másik elrettentési eszköz, hogy a slágerlistára való bejutást a deviáns lemezkiadó vállalat legalacsonyabb árú termékei vagy az egyoldalú újdonságnak minősülő termékek esetében korlátozzák. A nemzeti slágerlistákra való bevásárlási szempontokat általában a teljes egészében lemezkiadó vállalatokból álló bizottságok határozzák meg, olykor a kiskereskedőkkel együtt, és azok többek között a formátumra és a minimumárakra vonatkoznak.
- 102 A felperes úgy véli, hogy a Bizottság nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el azzal, hogy miközben megállapította hiteles elrettentő mechanizmusok létezését, arra a következtetésre jutott, hogy nem voltak ilyenek, azon okból, hogy nem talált bizonyítékot az alkalmazásukra. Ugyanakkor a leghatásosabb elrettentési eszköz az, amelyet nem kell használni.

Kiegyenlítő erő

- 103 A felperes azt állítja, hogy a Bizottság elemzése hiányos, annyiban, amennyiben a határozat nem tartalmazza a kiegyenlítő piaci erő vizsgálatát. A felperes továbbá hangsúlyozza, hogy a Bizottság a kifogásközlésben azt állapította meg, hogy sem a független kiadók, sem a kiskereskedők nem alkalmaztak hatékony versenykényszert a nagy kiadókkal szemben.

A közös politika tényleges elemzésének hiánya

- 104 A Bizottság az elemzését az ár szerinti versenyre koncentrált, és teljesen figyelmen kívül hagyott egy sor más kérdést, pedig a horizontális összefonódásokról szóló közlemény (HL 2004. C 31., 5. o.) szerint az egyeztetés különböző formákat ölthet.
- 105 Így a Bizottságnak meg kellett volna vizsgálnia, hogy előnyösebb lett volna-e vagy sem a nagy kiadók számára, ha erőteljesen versenyeznek piacirészesedés-szerzés érdekében ahelyett, hogy egy közös politikához csatlakozzanak. Azon tény, hogy a nagy kiadók piaci részesedése viszonylag állandó, és hogy a módosulások elsősorban a függetlenektől való szerzések vagy a közöttük létrejövő fúzió következménye, a tényleges árverseny hiányára utal, vagy egy főleg abból álló közös politikára, hogy nem folytatnak versenytevékenységet ott, ahol a piac oligopolisztikus (a Bíróság 142/84. és 156/84. sz. BAT és Reynolds kontra Bizottság ügyben 1987. november 17-én hozott ítéletének [EBHT 1987., 4487. o.] 43. pontja).
- 106 A Bizottság nem vizsgálta meg azt sem, hogy a nagy kiadók párhuzamos licencapolitikákat folytattak-e az online zenét illetően, vagy a művészek szerződéses alkalmazására vonatkozóan. A Bizottság nem vizsgálta meg a kifogásközlés (96)–(116) pontjában részletezett, azt bizonyító valamennyi jellemzőt, hogy a zenei hangfelvételek piaca „különösen kedvez az összehangolásnak, és megkönnyíti az ilyen összehangolás ellenőrzését” (a kifogásközlés (94) pontja). A Bizottság pedig tíz olyan tényezőt azonosított, amely a szerkezeti összefüggéseket, a licenc és forgalmazási megállapodásokat, valamint a partnerségi megállapodásokat és a válogatásokat magában foglaló hallgatólagos megállapodásra utalt (lásd a keresetle-
vél A. 15 mellékletéhez csatolt listát).
- 107 A Bizottság szintén nem vizsgálta meg, hogy az összefonódás vezethet-e arra, hogy csökkentse a kínálatot számos új zeneszámmal kapcsolatban, vagy az új megjelenések eredetiségével kapcsolatban, vagy hogy az összefonódás gyengítené a

kreativitást, a minőséget és a zenei választék változatosságát [lásd az összefonódást a közös piaccal és az EGT-Megállapodással összeegyeztethetőnek nyilvánító 2004. január 7-i 2004/422/CE bizottsági határozatot (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP ügy) (HL L 125., 54. o., (674) preambulumbekzdés)] vagy hatással bírna a fogyasztók választására, amint azt a kifogásközlésben tette a Time Warner kontra EMI ügyben (COMP/M.1852 – Time Warner/EMI ügy) (HL C 136., 4. o.) (lásd a független kiadók marginalizálódására és annak a közönségnek kínált zenei választékra és változatosságra gyakorolt hatására vonatkozó (55) pontot). Végül az elemzés egyáltalán nem vette figyelembe az EK 151. cikk (4) bekezdését, és a kulturális sokszínűséget.

c) A kollektív erőfölényre vonatkozó jog helytelen alkalmazása

- 108 A felperes azt állítja, hogy a Bizottság három jogi hibát követett el.
- 109 Először is a Bizottság azon megállapításra jutott, hogy az árak nem voltak átláthatóak amiatt, mert nem volt biztos abban, hogy az átláthatóság teljes volt-e, pedig a fenti 45. pontban idézett Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 62. pontja szerint a teszt a „piac elégséges átláthatóságára vonatkozó teszt”, amely lehetővé teszi az oligopólium minden tagja számára, hogy „kellő pontossággal és gyorsasággal” megtudja, hogy a többi tag piaci magatartása milyen módon alakul. Ugyanakkor a jelen esetben nem volt elégséges átláthatóság.
- 110 Másodszor a Bizottság úgy vélte, nincs az engedmények tételére vonatkozóan közös politika, anélkül azonban, hogy megállapította volna, hogy az engedmények jelentős árcsökkenéshez vezettek oly módon, hogy az engedmények eszközével folytatott verseny másodlagos. Ugyanakkor a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 60. pontja szerint a másodlagos verseny önmagában nem érvényteleníti a kollektív erőfölényre vonatkozó megállapítást. Az kellene, hogy a piaci szereplő tudatában legyen, „hogy a piaci részesedése növelésére irányuló, részéről erősen versenyző magatartás (például árcsökkentés) hasonló magatartást

vált ki a többiek részéről”. Különösen a Bizottságnak kizárólag „az erőfölényes oligopóliumban részt vevő piaci szereplők közötti tényleges verseny hiányát”, és nem a teljes verseny kizárását kellene bizonyítania (lásd e tekintetben az Elsőfokú Bíróság T-191/98. és T-212/98.–T-214/98. sz., Atlantic Container Line és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2003. szeptember 30-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-3275. o.] 645. pontját).

- 111 Harmadszor a Bizottság jogi hibát követett el azáltal, hogy az elemzését a retorziós intézkedéseknél korábbi bizonyítékok hiányára alapozta, pedig a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 195. pontja szerint a Bizottságnak nem kellene feltétlenül egy meghatározott, többé-kevésbé szigorú „retorziós mechanizmus” fennállását megállapítania, hanem az elrettentés tényezőinek létezését kell bizonyítania.

2. A második részről

- 112 A felperes emlékeztet arra, hogy annak megállapítása érdekében, hogy az összefonódás erőfölényt erősít-e meg, a Bizottságnak jövőre vonatkozó elemzéssel kell megvizsgálnia annak a referenciapiacra gyakorolt hatását (a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 58. és 59. pontja). A Bizottság ugyanakkor nem végzett jövőre vonatkozó elemzést, és egyáltalán nem vizsgálta meg az erőfölény megerősödésének a kérdését, hiszen a visszamenőleges elemzés eredményeként tévesen állapította meg, hogy nem állt fenn előzőleg erőfölény, amely megerősödhetett volna.
- 113 Mivel az erőfölény megerősödését visszamenőleges elemzés alapján vizsgálták meg, a határozat sérti az indokolási kötelezettséget, illetve nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz az első részben kifejtett okokból, míg a jövőre vonatkozó elemzés hiánya jogi hibának minősül.

B — *A Bizottság érvei*

114 A Bizottság úgy véli, hogy a felperes által a zenei hangfelvételek piacára vonatkozóan hivatkozott három megsemmisítési ok nagyjából átfedi egymást, és hogy hasznos tehát mindenekelőtt a határozat indokolásának és azon bizonyítékoknak az ismertetését előterjeszteni, amelyekre a megállapításait alapozta, a határozat tartalmának bizonyos téves, a keresetlevélben szereplő bemutatásainak további megvizsgálása, majd végül a felperes által hivatkozott külön érvek elemzése előtt.

1. A Bizottság határozata és azon bizonyítékok, amelyekre hivatkozott

a) Háttér

115 Ami a zenei hangfelvételekre alkalmazandó árak megállapításának rendszerét illeti, a Bizottság kifejti, hogy minden egyes nagy kiadó, valamint független kiadóvállalat időközönként meghatározza a CD-albumaira vonatkozó különböző katalógusárak, az ún. „nyilvános eladási árak” sorát. Minden nagy kiadó rendszerint több mint 50 ilyen típusú, különböző nagyságú PPD-vel rendelkezik, amelyek a „magas”, „átlagos” és „alacsony” árkategóriákba sorolhatók, valamint minden olyan CD-albumnak meghatározza a katalógusárát, amelyet valamelyik PPD-re való hivatkozással készít. Valamely vevőtől (kis- vagy nagykereskedő) ténylegesen kért nettó ár azonban alacsonyabb a katalógusártól, a számlaengedmények (szokásos és promóciós engedmények) miatt, amelyek vevőnként, időben és albumonként változnak (a promóciós engedmények esetében). Mindegyik lemezkiadó vállalat minden egyes vevőjével megállapodik egy szokásos éves engedményben (esetlegesen eltérő mértékű a popzene, a klasszikus zene vagy a tévében reklámozott zene esetében), amely a szóban forgó vevő esetében az összes eladásra alkalmazandó. A promóciós engedményeket viszont esetről esetre állapítják meg, változó időtartamra, azon egyedi albumokra vagy albumcsoportokra, amelyeknek az eladását a lemezkiadó vállalat ösztönözni kívánja; az nem feltétlenül kerül megadásra minden vevő számára, és az összegük sem feltétlenül egyforma. A Bizottság felhívja a figyelmet azon tényre, hogy egy adott albumnak egy adott vevőre vonatkozó nettó árát meg

kell különböztetni egy adott nagy kiadóvállalat által egy adott évben eladott összes album nettó átlagárától, amely ár egyenlő azzal a hányadossal, ha az egyéni vevőknek eladott egyedi albumok (potenciálisan nagyon változó) összes nettó árának összegét elosztjuk a szóban forgó lemezkiadó vállalat által eladott albumok teljes számával.

- 116 A Bizottság a CD-n rögzített zenei hangfelvételek iránti kereslet, és azok árának jelentős csökkenését állapította meg 1999 óta (a határozat 55–59. preambulumbekzdése)

b) Öt nagy piac (Németország, Egyesült Királyság, Franciaország, Olaszország, Spanyolország)

- 117 A Bizottság először is azt vizsgálta meg, hogy lehetséges volt-e a nagy kiadók között az árakra vonatkozóan hallgatólagos megállapodást azonosítani az öt nagy tagállamban (a határozat (69)–(108) preambulumbekzdése). A Bizottság megvizsgálta, hogy volt-e párhuzamosság az árak között a nagy kiadók tényleges nettó átlagárai fejlődését figyelve, és hogy egy esetlegesen megfigyelhető párhuzamosság magyarázható-e egyzetetessel. E tekintetben a Bizottság mindenekelőtt megvizsgálta a PPD-ket mint esetleges középpontokat, majd megvizsgálta, hogy az engedmények összehangoltak és kellően átláthatók voltak-e ahhoz, hogy lehetővé tegyék a nettó árak esetleges összehangolásának hatékony nyomon követését (a határozat (73) preambulumbekzdése).

A nettó átlagárak és a PPD-k összehangolása

- 118 Az öt nagy piacon a Bizottság a tényleges nettó átlagáraknak csak részben hasonló alakulását állapította meg. Mindegyik országban minden nagy lemezkiadó vállalat tényleges nettó átlagárai egymáshoz viszonyítva az idő nagy részében körülbelül 10%-os vagy nagyobb ársávban mozogtak. A Bizottság úgy vélte, hogy egy ilyen

mértékű hasonló változás nyilvánvaló okokból nem volt bizonyító erejű (a határozat (75), (82), (89), (96) és (103) preambulumbekzdése). Először is a tényleges nettó átlagárak párhuzamossága semmiképpen nem bizonyított. Másodsor a párhuzamos magatartások általában véve nem elegendők az egyeztetés megállapításához, ha ezen egyeztetés mechanizmusai nem azonosíthatók. Harmadszor pedig, a jelen esetben a Bizottság nem következtetett arra, hogy mindegyik nagy kiadó nettó átlagárainak az alakulását ismerte vagy ismerhette a többi nagy kiadó. A nettó átlagárak az árrögzítő egyedi döntések nagyon széles választékát tükrözik (lásd például a B. 10. mellékletet), és e döntéseknek kellő bizonyossággal meghatározhatóknak kell lenniük ahhoz, hogy lehetővé tegyék a nettó árak jelentős egyeztetését.

- 119 A Bizottság valóban felfedett néhány olyan elemet, amelyek arra utaltak, hogy a katalógusárakat (azaz a PPD-eket) alapként használhatták az egyeztetéshez. Mind az öt tagállamban mindegyik nagy lemezkiadó vállalat teljes eladásainak legnagyobb részét (több mint 55%, és az egyik országban akár 85% is) 5 PPD alkalmazásával érte el, és a 2003-ban legtöbbet eladott szimpla CD-albumnak a felére vagy többre csak 1–3 PPD-t alkalmaztak (kivéve Spanyolországot). Továbbá a PPD-k viszonylag átláthatóak, hiszen a nagy kiadók katalógusaiban szerepelnek (a határozat (76), (83), (90), (97) és (104) preambulumbekzdése).
- 120 A Bizottság azonban kétfajta akadályát állapította meg a PPD-knek a nettó árakban való hallgatolagos megállapodáshoz fókuszpontokként és e megállapodás betartását ellenőrző eszközként történő használatának – egyrészt magukban a PPD-kben rejlő összetettségi mértéket, másrészt a katalógusárak és a nettó árak közötti kapcsolat összetettségét és átláthatatlanságát.

Összettség és a PPD-k

- 121 Ami a PPD-eket illeti, a CD-albumok nem minősülnek teljesen homogén terméknek a tartalmuk különbözősége okán (a határozat (110) preambulumbekzdése). Bár a

„helyettesíthetőség folytonossága” legalább az ugyanazon műfajú albumokra vonatkozóan lehetővé teszi, hogy egy termékpiachoz tartozónak lehessen őket tekinteni (a határozat (9)–(13) és (110) preambulumbekzdése), attól a CD-albumok még különböző heterogén termékek. Következésképp, ha a CD-albumok ára és forgalmazása viszonylag szabványosított is a nagykereskedelmi értékesítés szintjén (a nagykereskedelmi árak megállapítását egységesítő elemek: a három nagy árkategória, minden nagy lemezkiadó vállalat PPD-inek szabványosított csoportja, azon tény, hogy az egyes vevőkre évente szokásosan megállapított engedmények és az eladatlan árakra megállapított visszatérítés mértékei általában korlátozott számú paraméter alapján vannak meghatározva), az egyedi albumoknak különböző mértékű a várt vagy tényleges sikere, amely befolyásolja a PPD eredeti meghatározását az album kiadásakor, és a későbbi változásokat.

122 Ráadásul a siker kiszámíthatatlansága valószínűleg minden nagy lemezkiadó vállalatot, amely alaposan ellenőrizni szeretné a nettó árak többi nagy kiadó általi egyeztetésének teljes tiszteletben tartását, arra kényszerítene, hogy a versenytársai által évente egy adott országban készített több mint 80 album (vagy az összefonódás után évente több mint 60 ilyen típusú album, amennyiben minden egyes nagy lemezkiadó vállalat 20 legtöbbet eladott albuma a teljes eladásai legalább 30%-át, és számos esetben több mint 50%-át teszi ki) PPD-it ellenőrizze (a határozat (111) preambulumbekzdése). Azon kiadóvállalat, amely teljesebb képet szeretne a piacról, az ellenőrzési tevékenység erőteljes növekedésével szembesül, hiszen az egyes nagy kiadóvállalatok által évente 100 vezető album rendszerint lefedi a teljes zeneeladásuk 70–80%-át (a határozat (71) preambulumbekzdése), és egy kimerítő tanulmány közel 400 album nyomon követését foglalná magában. Az összefonódásban részt vevő felek bizonyítékokat terjesztettek elő annak kimutatására, hogy a 20 legjobb kislemeznek megfelelő PPD összetétele gyakran nagy mértékben változott egyik negyedévtől a másikig (lásd a B. 3. mellékletet). Bár a heti slágerlisták megkönnyítik ennek figyelemmel kísérését azzal, hogy azonosítják a „slágereket” (a határozat (112) preambulumbekzdése), a problémát nem szüntetik meg.

123 Ami a határozatban azon megállapítást illeti, hogy „bizonyos elemek [arra utaltak,] hogy a PPD-eket alapként használhatták a nagy lemezkiadó vállalatok árainak összehangolásához”, a Bizottság hangsúlyozza, hogy nem végleges megállapításról van szó. Bár azt állapította meg, hogy a katalógusárak nyomon követése

lehetségesnek tűnt, az ellenkérelem B. 3. mellékletében szereplő különböző PPD-k alkalmazásában rejlő eltérések azt mutatják, hogy az engedményekkel kapcsolatos gyakorlat felfedésére irányuló törekvésekhez kapcsolódó ilyen monitoring legalábbis forrásigényes.

Az engedmények összehangolása és összetettsége

124 Az öt nagy tagállamban a Bizottság szoros kapcsolatot állapított meg a Sony és a BMG bruttó átlagárainak és tényleges nettó átlagárainak alakulása között egy hatéves időszakra vonatkozóan, a nettó/bruttó árak arányának időben és minden albumot egybevetve való nagyon nagy stabilitásával (a határozat (77), (84), (91), (98) és (105) preambulumbekzdése). Azon stabil kapcsolat azonban, amely az összefonódásban részt vevő valamennyi fél bruttó és nettó átlagárai között áll fenn (vagyis az átlagengedmény), minden albumot egybevetve egy adott országban kiegyenlítené a (szokásos és promóciós) számlaengedmények különböző típusainak, a különböző vevőknek adott (a szokásos és promóciós) számlaengedmények közötti különbségeknek, valamint az egyedi albumokra adott (főleg promóciós) számlaengedmények közötti különbségeknek a hatásait. A nettó és bruttó átlagárak arányának stabilitására vonatkozó következtetést árnyalni kell az elemzés módszertani korlátozásaival is. A Bizottság e tekintetben pontosítja egyrészt, hogy csak a Sony és a BMG adatait vették figyelembe, hiszen a többi nagy kiadó azt állapította meg, hogy csak nettó árakat számláltak ki, másrészt pedig, hogy az azon ténnyel kapcsolatos probléma megoldása érdekében, hogy egy adott albumnak több PPD-je lehet egy év során, az összefonódásban részt vevő felek mindegyik albumnak azon PPD-nek megfelelő egységes bruttó árat adtak, amelyen az album a legtöbbet fogyott a szóban forgó évben (az albumonkénti bruttó eladásokat tehát egyszerűen a PPD-t az eladott albumok számával megszorozva számolták ki). Az egyes albumokra bejegyzett, és az egyes nagy kiadóvállalatok bruttó átlagárainak kiszámításához használt bruttó ár tehát megközelítő becslés.

125 Ráadásul a bruttó átlagáraknak a nettó átlagárakhoz való stabil aránya nem elég egy múltbeli egyeztetés vagy egy lehetséges jövőbeli egyeztetés fennállásának bizonyításához, olyan bizonyítható mechanizmus hiányában, amely lehetővé teszi a nagy

kiadóknak a bruttó árak és a nettó árak közötti ezen kapcsolat megjelenésének ellenőrzését egyedi ármeghatározó döntések sokaságából kiindulva. A Bizottság nem tárt fel elegendő bizonyítékot ilyen mechanizmus létezéséhez.

126 A Bizottság mindenekelőtt megállapította, hogy az összefonódásban részes Sony és BMG számlaengedményei (szokásos és promóciós engedmények) messze a legjelentősebb engedmények voltak mindegyik nagy tagállamban (kivéve Franciaországot a BMG esetében). Az összefonódásban részt vevő felek által külön-külön alkalmazott számlaengedmények általános szintjei bizonyos mértékben eltértek, amikor az e tagállamokban a 20 legnagyobb vevőjüknek történt összes bruttó eladás arányában fejezték ki azokat (az e szintek közötti különbség az Olaszországra vonatkozó teljes bruttó eladásuk [bizalmas] százalékpont volt, [bizalmas] százalékpont az Egyesült Királyságban és Spanyolországban, [bizalmas] százalékpont Németországban, [bizalmas] százalékpont Franciaországban).

127 Továbbá a Bizottság nem tárt fel arra utaló bizonyítékokat, hogy a számlaengedmények az összefonódásban részt vevő felek között vevőnként elegendően összehangoltak voltak ahhoz, hogy az egyeztetésre és az átláthatóságra lehessen következtetni. A határozat (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekzdése bemutatta az összefonódásban részt vevő két félnek az egyes vevőknek történt bruttó eladások arányában kifejezett összes számlaengedménye közötti különbségét az egyedi vevők szintjén. A Bizottság megállapította, hogy az összefonódásban részt vevő felek által a nagy tagállamokban a tíz legnagyobb közös vevőjüknek biztosított átlagos számlaengedmények – Franciaország kivételével a 2000–2003 közötti időszakban 2–5% között (Egyesült Királyság, Németország, Spanyolország) vagy 1–3% (Olaszország) mozogtak. Az Egyesült Királyságban, Németországban és Spanyolországban az összefonódásban részt vevő két fél átlagos éves engedményei bizonyos fontos vevők számára egyes években az ezen vevők számára történt bruttó eladások több mint 5%-ával változtak. Franciaországban (a határozat (86) preambulumbekzdése) az összefonódásban részt vevő felek által a tizenöt legjobb közös vevőjüknek adott számlaengedmények hangsúlyosabb, 10%-ot is elérő változásokat mutattak. Tekintettel a BMG visszamenőleges engedményei és „szerződéses engedményei” jelentőségére Franciaországban, a Bizottság a teljes engedményeket

is megvizsgálta. Az összefonódásban részt vevő felek között 2003-ban a vevőcsoportban 3%-ot is elérő, közülük három esetében pedig körülbelül 5%-os különbséget állapított meg. A nagy tagállamok egészében ezen ingadozások lényegében a promóciós engedményeknek tudhatók be.

128 A Bizottság az összes nagy tagállamtól érkező, és arra utaló információkat figyelembe vette (a határozat (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekézése), azt is, hogy az összefonódásban részt vevő két fél által adott engedményeknek három típusú változata volt (a következők a B. A-B. 14. mellékletben szereplő adatokon alapulnak):

- egy adott vevő esetében az engedmények időben eltértek;
- egy adott vevő esetében az engedmények albumonként eltértek;
- egy adott album esetében az engedmények vevőnként eltértek.

129 A kifogásközléshez mellékelte grafikonokból álló, az összefonódásban részt vevő felek által a legjobb tíz közös kiskereskedőjüknek adott átlagos számlaengedményeket tartalmazó B. 4. melléklet (vagyis mindegyik évben az egy adott vevőnek biztosított összes számlaengedmény elosztva az ezen vevőnek történt összes bruttó eladással) ugyan az Egyesült Királyságban, Németországban, Olaszországban és Spanyolországban 2000 és 2003 között az engedmények teljes stabilitását mutatta az időben (a kifogásközlés 88. pontja), az összefonódásban részt vevő felek azonban ugyanezen grafikonok alapján úgy érveltek, hogy az Egyesült Királyságban, Németországban és Spanyolországban bizonyos vevőkkel való bánásmód jelentős különbségeket rejtett (lásd a B. 5. mellékletet, a kifogásközlés 4.21. pontja).

- 130 Ami a felperes azon észrevételét illeti, amely szerint „[e]gyáltalán nem egyértelmű, hogy a tíz legnagyobb vevő által kapott engedmények közötti különbségek inkább az eltérő bánásmódot fejezik ki, és nem az összefonódásban részt vevő egyes felek portfóliójára vonatkozó eredményekbeli különbségeket”, a Bizottság megjegyzi, hogy ha egyáltalán nem is egyértelmű, még az összes adathoz hozzáféréssel bíró megfigyelő számára sem nehéz elképzelni, hogy a nagy kiadók a hallgatólagos megállapodás feltételei között és a piacra vonatkozó, teljesen hiányos információ alapján hogyan szüntethetik meg a portfólió összetétele alapján okozott hatásokat ahhoz, hogy pontos elképzelésük legyen az engedményekre vonatkozó gyakorlatról, vagy az annak alapjául szolgáló politikáról.
- 131 Az ellenkérelemnek az összefonódásban részes felek által szolgáltatott, ötéves időszakot lefedő bizonyítékokat bemutató, B. 6. melléklete mind az öt nagy tagállamban az összefonódásban részt vevő minden egyes fél által a tíz legnagyobb vevőjüknek azon 20 legjobb CD-kislemezre egy adott évben biztosított számlaengedmények néha nagyon széles ársávban mozgó eltérését mutatta, amelyek a nagy kiadók teljes forgalmának jelentős részét teszik ki úgy, hogy a PPD-k és az engedmények szintjén lévő látható és egyenlő bánásmód a nettó árak esetleges összehangolásának egyik lényeges eleme. Mindegyik táblázat azt igyekszik bemutatni egy adott lemezkiadó vállalatra vonatkozóan egy adott országban, egyrészt hogy bizonyos vevők nagyon eltérő engedményekben részesültek egy adott évben vagy bizonyos számú évben e legtöbbet eladott albumokra, másrészt, hogy markáns különbségek álltak fenn a különböző vevőknek egy adott évben adott legmagasabb és/vagy legalacsonyabb engedmények között, és ugyanígy van az ugyanahhoz a kategóriához tartozó vevők esetében is (például a nagykereskedők, a szakkiskereskedők és a bevásárlóközpontok).
- 132 Továbbá az említett melléklet táblázatainak a Sony és a BMG tekintetében történő összehasonlítása bármely ország esetében arra enged következtetni, hogy a mindegyikük által bármelyik vevőnek adott engedmények bármelyik évben gyakran jelentősen változtak, ami mind az ezen időszak alatt adott legmagasabb és legalacsonyabb engedményösszegeket, mind az e két szám közötti eltérést illeti.

- 133 A Bizottság kételkedik a felperes azon következtetésének relevanciájában, amely szerint a táblázatok „érdekes szabályosságokat” fednek fel, és megjegyzi, hogy minden ilyen „szabályosság” semmit nem von le az engedmények eltérésének mértékéből, mint a nettó árak megállapítása összetettségének és átláthatatlanságának bizonyítékából.
- 134 Az összefonódásban részt vevő felek által a 20 legjobb CD-albumukra 1998 és 2003 között az öt nagy tagállamban adott engedmények sáv szerinti eloszlását bemutató B. 8. melléklet lehetővé tette a Bizottság számára annak ellenőrzését, hogy milyen volt a 20 legjobb CD kislemezüknek az összes vevőre vonatkoztatott, mindkét nagy kiadó által egy adott (2,5%-os keskeny sávokban kifejezett) engedménnyel tett eladásainak az érintett albumok katalógusáraihoz képesti aránya. Általánosabban, e táblázatokban az egyes éveknek megfelelő függőleges oszlop azt mutatja, hogy akármelyik évben vagy országban e két nagy kiadó közül egyik sem folytatott egységes gyakorlatot az engedmények terén, még a legtöbbet eladott albumuk e korlátozott válogatása esetében sem. Az engedmények különböző keskeny sávjaira vonatkozó horizontális vonalak szintén azt mutatják, hogy az összefonódásban részt vevő két félnek az engedmények terén való gyakorlata időben egyik évről a másikra változott.
- 135 Továbbá az ellenkérelem egyik melléklete (B. 9. melléklet) azt mutatja, hogy a Sony, illetve a BMG által 2003-ban a 20 legjobb albumukra adott engedmények eloszlása észrevehetően különböző volt.
- 136 A felperes azon észrevétele, amely szerint az engedmények választékában rejlő különbségek nem zárják ki azt, hogy az engedmények ismert szabályok összességén alapuljanak, azon téves feltételezésen alapszik, hogy elég, hogy az összes szabály ismert legyen, ahhoz, hogy minden nagy kiadó bizonyos legyen abban, hogy e szabályokat betartják.

- 137 A Bizottság megjegyzi, hogy a felperes által az engedményekre vonatkozó D. 3. mellékletben elvégzett korreláció-elemzés csak az egyik fél akkori engedményeire vonatkozik, és nem az összefonódásban részt vevő felek közötti összehangolásra. Továbbá, még ha ezen elemzés azt mutatja is, hogy az összefonódásban részt vevő minden egyes fél engedményeinek az összetétele viszonylag állandó volt időben a tevékenységek összetételének változásai ellenére, ez valójában a Bizottság azon érvelését erősíti meg, amely szerint a nettó átlagárak számai jelentős ingadozásokat eredményezhetnek az albumok vagy a vevők szintjén. Végül, a felperes állításával ellentétben, a grafikonokon az engedmények keskeny (2,5%-os) sávjai valójában az engedmények kis módosulásaira korlátozzák az elemzés érzékenységét.
- 138 Egyebekben a Bizottság úgy véli, hogy a felperes egyes grafikonokra vonatkozó észrevételei – amelyek szerint ezek inkább az engedmények stabilitását, illetve magas korrelációs tényezőt mutatnak az összefonódásban részt vevő felek között – alaptalanok.
- 139 A nettó áraknak az öt nagy tagállam vonatkozásában az összefonódásban részt vevő minden egyes fél öt alapvető vevője közötti megoszlását ábrázoló B. 10. melléklet azt mutatja, hogy:
- a nettó árak megoszlása erősen változik a két nagy kiadó között, mind általában véve, mind a speciális vevőket illetően;
 - nagyon változó az a mód, ahogyan a különböző vevőknek egy adott kiadótól való vásárlásai megoszlának a különböző nettó ársávok között. Ezen észrevétel az ugyanabba a kategóriába tartozó vevőkre (mint a nagykereskedők, a szakkiskereskedők, a bevásárlóközpontok) is érvényes annyiban, amennyiben egy kategóriából több mint egy vevő szerepel a táblázatban.

- 140 A Bizottság egyetért a felperessel abban, hogy a fontos vevők által a különböző nagy kiadóknak kifizetett nettó árak megoszlásában lévő eltérések a vásárlási szokásaikban rejlő különbségeknek és a lemezkiadó vállalat termékei választékának tudhatók be. Ezek egyáltalán nem jelentéktelenek azonban. Ugyanis, még ha egy nagy lemezkiadó vállalat ki is tudta deríteni egy másik nagy lemezkiadó vállalat különböző albumaiért egy közös vevő által fizetett eltérő nettó árakat (ami a rendelkezésre álló bizonyítékok alapján nem tűnik valószínűnek), azt nem tudja megmondani, hogy ezek az árak a felperes által megfogalmazott szükségszerűen összetett szabályokhoz való csatlakozást fejezik ki, vagy az ezen szabályokhoz képesti eltérést, mivel nem áll rendelkezésre sokkal több információ azon albumokkal kapcsolatban, amelyekre ezen árak vonatkoznak.
- 141 Továbbá, ha a termékválasztéknak és a siker változó mértékeinek magyarázniuk is kellene az e mellékletben szereplő árak megoszlása súlyozott eltéréseinek teljes vagy nagyobb részét, ez mutatja a nettó árak összességére alapozott egyeztetési törekvés hiábavalóságát is, amint azt a felperes állítja.
- 142 A Bizottság vitatja a felperes által annak megállapítása érdekében felhozott elemek relevanciáját, hogy az ellenkérelemhez mellékelte dokumentumok nem bizonyítják az árak jelentős eltérését.
- 143 Továbbá a Bizottság bizonyítékokkal rendelkezik az olyan magas árkategóriába tartozó PPD-kre (B. 11. melléklet) vonatkozóan, amelyek arra utalnak, hogy az összefonódásban részt vevő két fél közül az egyik nagyon jelentős vevői egy évben (2003), különböző nettó árakat fizettek (másképpen szólva, eltérő engedményekben részesültek) az ugyanazon PPD alá tartozó albumokra. A terjesztők számára közzétett, pontos PPD-jű albumokért fizetett legmagasabb és legalacsonyabb nettó ár közötti eltérés gyakran jelentős.

144 A BMG által benyújtott, a tíz legnagyobb vevőjének nyújtott teljes átlagengedmény részére vonatkozó bizonyítékokból (lásd a B. 12. mellékletet) következik, hogy egy országban (F ország) a vevőnkénti promóciós engedmények körülbelül 8,5% és 13% között ingadoztak, jóval meghaladva a szokásos átlagengedményeket (amelyek 3–10% között változtak), majdnem az összes vevőt illetően, míg egy másik országban (C ország), az átlagos (2 és 5% között ingadozó) promóciós engedmény az alkalmazandó, összességében legmagasabb engedménynek körülbelül a felét, vagy akár többet tesz ki, azaz a speciális nagykereskedelmi engedményt kizárva. A három másik országban (B, D és A ország), az átlagos promóciós engedmények jelentősen eltértek egyik és másik vevő között, 0,5 és 12,5%; 0,5 és 13%; illetve körülbelül 2,5% és 14,5% között ingadozva. A három másik országban az átlagos promóciós engedmények meghaladták az átlagos szokásos engedményeket az egyik legnagyobb vevő vonatkozásában, míg a többieket illetően sokkal kevésbé voltak jelentősek.

145 A felperes állításával ellentétben azon körülmény, hogy e mellékletek mindegyike csak az egyik bejelentő fél nettó áraiban, illetve engedményeiben mutat különbségeket, nem jelenti azt, hogy ne bírnának relevanciával. Azon tény, hogy csak az egyik lemezkiadó vállalat engedményei változnak a vevők függvényében (beleértve az ugyanolyan típusú vevőket, akiktől elvárható, hogy a termékválasztéka azonos elemei iránt érdeklődnek) ugyanis azt mutatja, hogy még ha egy versenytársnak tudomást is kell szereznie az e nagy lemezkiadó vállalat által a vevőnek adott engedményekről, e tudomás nem vetíthető ki az említett lemezkiadó vállalatnak az engedmények terén való általános gyakorlatára. Ezenkívül, az egyéni vevőket, valamint vevőtípusokat lefedő egyeztetés feltételei sokkal összetettebbek lennének.

146 A Bizottság olyan „tanúnyilatkozatokat” is kapott, amelyek arra utaltak, hogy ugyanazon lemezkiadó vállalatra nézve promóciós engedményeket adnak mind a vezető albumokra, mind a korábbi számok katalógusára (B.2. melléklet).

147 Ezt erősíti meg az összefonódásban részes felek által bemutatott grafikonokból álló B. 13. melléklet, amely arra utal, hogy mind az öt nagy országban a mindegyikük által a 2002-ben legtöbbet eladott albumjaikra a közös legnagyobb vevőknek magas

árkategóriába tartozó PPD-vel adott számlaengedmények nagyon hasonlóak. A Bizottság – emlékeztetve arra, hogy a szokásos engedménynek minden lemezkiadó vállalat és minden vevő számára állandónak kell lennie minden albumot illetően egy adott évben – ebből arra következtet, hogy a valamely lemezkiadó vállalat által egy adott vevőnek a különböző, ugyanolyan PPD-jű albumokra adott számlaengedményei eltéréseinek egy adott pillanatban a szóban forgó bemutatkozó albumokra adott promóciós engedményeknek kell betudhatóknak lennie. A grafikonok az ilyen eltéréseket mindegyik bejelentő lemezkiadó vállalat számlázási gyakorlatában felfedik, legalábbis bizonyos vevőkkel szemben minden érintett országban.

148 A Bizottság hangsúlyozza, hogy a felperes azt kifogásolja, hogy a Bizottság nem vizsgálta meg „bizonyos egyszerű elveket, amelyek megkülönböztetnék az ugyanolyan referenciaárú albumokat, és amelyek megmagyarázhatnák a különbségeket a promóciós engedmények szintjén”, de ennek leírásához hat olyan szempontra hivatkozik, amelyek, mivel elvileg összeegyeztethetők egymással, csak a promóciós engedményekre potenciálisan alkalmazható szabályok kombinációs számának erős emelkedését okoznák. A felperes továbbá egyáltalán nem kísérli meg a mennyiségi meghatározást, pedig az lényeges lenne, ha az árak egyeztetése módjainak lehetővé kell tudni tenniük, hogy ésszerű pontossággal meg lehessen előre mondani egy adott promóciós kampány során egy adott zeneszámra vonatkozó engedményszintet – és nyilvánvalóan azért is, hogy meg lehessen állapítani, hogy a tényleges engedmények megfelelnek-e a szabályoknak, vagy eltérnek az ármegállapítás közös szabályaitól.

149 A promóciós engedmények eltérése kiderül bizonyos számú példából: különböző típusú vevők különböző szintű engedményekben részesültek az ugyanabba a zenei műfajba tartozó albumokért; különböző vevők különböző engedményekben részesültek ugyanazért az albumért; ugyanaz a vevő különböző engedményekben részesült különböző albumokért; ugyanaz a vevő időben korlátozott engedményekben részesült egy pontosan meghatározott albumra vonatkozóan.

150 Végül, a Bizottság általános következtetését, amely a „nagy kiadóvállalatok által alkalmazott engedmények szintjének bizonyos eltérését” állapítja meg a nagy piacokon (a határozat (78), (85), (92), (99) és (106) preambulumbekzdése) az öt

nagy kiadó engedményeire vonatkozó gazdasági jellegű bizonyítékok is megerősítik. A Bizottság által ezen öt nagy kiadótól a 2003-ban alkalmazott számlaengedményekkel kapcsolatban kapott információk alapján az összefonódásban részt vevő felek gazdasági szakértői az RBB-tanulmányban a következőt állapították meg:

„Az A, B, C, D és E fél által adott számlaengedményeknek mind az öt nagy tagállamban 2003-ban való megoszlását is összehasonlítjuk. Az elemzés a nagy kiadók által adott, ilyen típusú engedmények megoszlásában rejlő jelentős eltérésekre hívja fel a figyelmet. Ez megerősíti, hogy az árszabási politikájuk jelenleg nincs összehangolva.”

Az engedmények átláthatósága

- 151 A határozat hangsúlyozza, hogy a nagy tagállamokban több vevő szerint a nagy kiadóknak „bizonyos tudomásuk” volt a versenytársaik által alkalmazott szokásos (állandóbb) engedményekről (lásd a határozat 45., 49., 52., 55. és 57. lábjegyzetét). E kérdést hosszan vitatták a Bizottság által tartott meghallgatás során. Az összefonódásban részt vevő felek úgy érveltek, hogy bizonyos számú pozitív válasz csak a PPD-ket érintette, vagy nem tett különbséget a PPD-k és az engedmények között. Az összes országból érkező, hozzáférhető összesen 36 válasz közül csak öt (Belgiumból, Franciaországból és Olaszországból érkező) válasz jelölte meg kifejezetten, hogy fennállt az engedmények bizonyos átláthatósága; az ellenkező álláspontot 11 válaszban védték kifejezetten. A kiskereskedők válaszai, a Sony és a BMG nemzeti vezetőinek „tanúnyilatkozatai” (lásd a B. 2. melléklet releváns részeit) és a kereskedelmi képviselők ellenőrzési jelentéseiben megállapított engedményekre vonatkozó információk hiánya alapján (lásd a B. 15. mellékletet), a Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy ha néhány kiskereskedő a nagy kiadóktól bizonyos tudomást szerzett is a többi nagy kiadóvállalat díjszabási politikájáról, e tudomás a viszonylag átlátható PPD-kre vonatkozott, és bizonyos mértékben a szokásos, évente tárgyalt engedményekre, de valószínűleg nem terjedt ki a promóciós engedményekre, amelyeket esetenként tárgyalnak. A nagy kiadók és egy stabil vevőkör közötti kapcsolatok (a határozat (112) preambulumbekkezdése) lehetővé tették az éves

engedményekre vonatkozóan bizonyos információk szerzését, de nem tűnnek úgy, hogy kedveztek volna a rövid távú promóciós kampánnyal kapcsolatos átláthatóságnak.

- 152 A Bizottság megállapította, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények, és hogy a nyomon követésük a kiskereskedelmi piacra vonatkozó promóciók alapos vizsgálatát igényli (a határozat (80), (87), (94), (101) és (108) preambulumbekzdése). A Sony és a BMG értékesítói által készített (a versenytársakra vonatkozó észrevételeket is magában foglaló) heti jelentések rendszere nem érte el az ezen engedményekkel kapcsolatban megkövetelt átláthatósági fokot. A Bizottság többek között nem tárt fel elég bizonyítékot annak kimutatásához, hogy a kiskereskedelmi árak nyomon követése, illetve a kiskereskedőkkel való kapcsolatok lehetővé tették a nagy kiadók számára az engedmények, különösen a promóciós engedmények átláthatósága hiányának lepezését.
- 153 Az összefonódásban részt vevő felek által benyújtott, a B. 15. mellékletben szereplő piacellenőrzési jelentések nem tartalmazzák a versenytársak engedményeire vonatkozó részletes információtypust, amely lehetővé tenné az egyedi albumokért különböző vevőktől kért nettó árak hatékony nyomon követését. Ezenkívül a többi országban a jelentések sokkal rövidebbek, vagy nem is léteznek. Többek között a BMG képviselői csak Franciaországban és Ausztriában nyújtanak be formális ellenőrzési jelentéseket.
- 154 A Bizottság ugyan elismeri, hogy nem lehet könnyen bebizonyítani, hogy nem létezik egy sor általános szabályból álló ármegállapítási mechanizmus, megjegyzi, hogy a felperes nem veszi a fáradságot, hogy pozitív bizonyítékot adjon azon módról, ahogyan az ilyen ármegállapítási mechanizmust érti, majd számtalan egyedi szerződésre alkalmazza, sem arról, hogy biztosítva annak betartása.
- 155 A Bizottság bevallja, csodálkozik egyébként, hogy a felperes közvetlenül vitatja a nyomon követés szükségességét a kollektív erőfölény megállapításához.

- 156 A Bizottságnak a kiskereskedelmi eladások nyomon követésének hatástalanságára vonatkozó következtetése szintén a kiskereskedelmi árak megállapításának összetettségén és átláthatatlanságán alapszik. Az összefonódásban részt vevő felek által benyújtott tanulmány (B. 17. melléklet) azt mutatja, hogy a főbb kiskereskedők által az egyes nagy árszegmensekben (magas, közepes és alacsony árak) az összehasonlítható CD-albumokra vonatkozóan alkalmazott kiskereskedelmi árak erős eltérése áll fenn, és hogy a kiskereskedelmi árak megállapítása is olyan összetett, mint a nagykereskedelmi áraké. Továbbá az öt legjobb eladásból álló ugyanezen válogatásnak egy adott albumára vonatkozóan a kiskereskedelmi árak gyakran egyszerre térnek el időben bármely kiskereskedőt illetően, és hangsúlyosabb módon kiskereskedőnként bármikor.
- 157 A (B. 17. melléklet 2. részében szereplő) bizonyítékok azt mutatják, hogy minden egyes fontos albumot illetően az egyes kiskereskedők által alkalmazott kiskereskedelmi árak változásának a nagy kiadók általi intenzív nyomon követése nem engedi meg valamely nagy lemezkiadó vállalatnak, hogy ebből kikövetkeztesse a fő versenytársainak egy adott albumra nézve a nettó árak (a számlaengedményekkel csökkentett PPD) megállapítására vonatkozó gyakorlatát. A kiskereskedők ugyanis nem mind alkalmazzák módszeresen a nagykereskedelmi ár ugyanazon emelését egy adott pillanatban, sem az albumok összes kategóriájára, sem a magas árú, leginkább behatárolt kategória minden albumára (2. 1. táblázat).
- 158 Végül, a Bizottság nem állapított meg semmilyen bizonyítható összefüggést a kiskereskedelmi árak és az ugyanazon PPD alá tartozó albumokra adott számlaengedmények között. Ellenkezőleg, az összefonódásban részt vevő felek által benyújtott tanulmány azt igyekszik bizonyítani, hogy a magas árkategóriájú albumokra úgy, mint a többi albumra vonatkozóan egy adott album kiskereskedelmi árának egy adott pillanatban a különböző kiskereskedelmi értékesítőhelyeknél való eltéréseinek nincs semmilyen egyértelmű kapcsolata az ezen kiskereskedőknél erre az albumra adott számlaengedményekkel (3. 1. táblázat).
- 159 A változó és előre nem látható kiskereskedelmi ármegállapítási gyakorlattal szemben valamely nagy lemezkiadó vállalat nem következtethet bizonyossággal arra, hogy egy adott kiskereskedő a többi nagy kiadó azonos albumaira ugyanazt az áremelési szintet vagy sémát alkalmazza, mint a saját albumaira, és nem alakíthat ki megbízható elképzelést a versenytársak nettó árainról, sem egy adott albumra

vonatkozóan, sem összességében, egy adott kiskereskedő által a saját albumaira alkalmazott, egyedileg vagy összességében tekintett kiskereskedelmi árak/nagykereskedelmi árak arány alapján.

- 160 A Bizottság hangsúlyozza, hogy a felperes azon kijelentését, amely szerint „meglepő lenne, ha nem lenne jól meghatározott és módszeres összefüggés valamely meghatározott kategóriába tartozó, egy meghatározott kiskereskedőnek eladott albumok átlagos kiskereskedelmi árai és a tényleges nagykereskedelmi árai között a zeneszámok kellően széles választékára vonatkozóan és egy ésszerű időszakon belül”, nem kíséri semmilyen azt alátámasztó bizonyíték. Egy az albumok és idő vonatkozásában kellően nagy halmaz általában elfedi a – gyakran magas eladási szinttel rendelkező – egyedi zeneszámok szintjén az eltérést, amelyekre az árakkal kapcsolatos hallgatólágos megállapodásnak elkerülhetetlenül figyelemmel kell lennie. Valamely nagy lemezkiadó vállalat nem állapíthatja meg megbízható módon saját albumai – amelyek, amint azt a felperes az észrevételei során végig hangsúlyozza, bármelyik pillanatban speciális termékválasztékot képviselnek – kiskereskedelmi árai/nagykereskedelmi árai viszonyából kiindulva, hogy e viszony a többi nagy kiadóra is érvényes-e.
- 161 A Bizottság úgy érvel, hogy a felperesnek az RBB-tanulmányra és annak a piac szereplői elé történő terjesztésének a Bizottság általi állítólagos elmulasztására vonatkozó kritikái bizonyos számú meg nem alapozott állításra korlátozódnak.

Szerkezeti összefüggések

- 162 Ami a válogatásokat illeti, az összefonódásban részt vevő felek bizonyították, hogy valamely közös vállalat partnerei csak egy átlag (engedmény-, illetve vevőtípusonként szét nem osztott) számot kaptak a szóban forgó válogatásalbum eladásaira vonatkozó engedményt illetően. Tekintettel az engedmények alkalmazásában az albumok és a vevők szerint, valamint időben megfigyelt eltérésekre, a promóciós engedmények jelentőségére, valamint a promóciós engedményeknek a válogatások és a kislemezek közötti valószínű eltéréseire, a válogatások nem biztosíthatják a szükséges átláthatóságot, tehát nem relevánsak az elemzés céljából.

- 163 Ugyancsak, a forgalmazási és licencia-megállapodások ritkán tömörítene kettőnél több nagy kiadót, nem jelentenek tehát megfelelő tényezőt a minden nagy kiadónak azon nettó árakat rögzítő gyakorlatára vonatkozó, nagyon összetett információk többoldalú cseréjéhez, amelyek szükségesek az ezen az alapon történő hallgatólagos megállapodáshoz. Végül a zenekiadás terén a licencdíjra vonatkozó tárgyalások közösek, és a lemezkiadó vállalatok (nagy kiadóvállalatok és független kiadók) nemzeti szövetségei, valamint (a kiadókat és a szerzőket képviselő) közös nemzeti jogdíjgyűjtő társaságok között folynak, és nem foglalkoznak a zenei hangfelvételek árának megállapításával, a Bizottság azon következtetésre jutott, hogy nem voltak relevánsak az átláthatóság elemzése céljából.

Retorziós intézkedések

- 164 A határozat (114) és (118) preambulumbekzdéséből következik, hogy a Bizottság nem törekedett esetleges hiteles retorziós mechanizmusok fennállásának ellenőrzésére (bizonyos számú potenciálisan hiteles mechanizmust fedezett fel), hanem inkább mindenekelőtt annak meghatározására, hogy az engedményeknek az elemzés bizonyos nagyon általános szintjein megfigyelt párhuzamossága és stabilitása hallgatólagos megállapodásnak volt-e betudható vagy nem, a nettó árak megállapítására vonatkozó egyedi döntések összetettsége, az egyedi nettó árak többféle mértékű szórása, és az elégséges átláthatóság nyilvánvaló hiánya ellenére. A többi nagy kiadó által a nettó átlagáraknak vagy az átlagos számlaengedményeknek a szokásos szintektől való „eltérésére” válaszul alkalmazott retorziós intézkedések nyilvánvaló bizonyítékai az egyeztetés fennállására utaló (ha nem is döntő jellegű) jelnek minősülhetnek. Az online zenére vagy a zenekiadásra vonatkozó retorziós intézkedések bizonyítékainak hiánya az árak vagy a válogatások szintjén a fokozott versenyhez való általános fordulás formájában annak „negatív” jelének tekinthető, hogy az általános szinten megfigyelt igazodás mértéke nem hallgatólagos megállapodás gyümölcse volt.
- 165 Ami azon általánosabb kérdést illeti, hogy léteznek-e kellően hiteles retorziós mechanizmusok a tartós egyeztetés biztosítása érdekében a zenei hangfelvételek piacán, a Bizottság nyilvánvalóan úgy tekintette a deviáns vállalkozásnak a

válogatásalbumból való esetleges kizárását vagy az utóbbi által készített válogatásalbumokban való részvétel megtagadását, mint a leginkább érdeklődésre számot tartó módszert (a díjszabási versenyhez való visszatérésen kívül). A Bizottság által a határozat (116) és (117) preambulumbekkezdésében kifejtett elemek nem bizonyító erejűek. Egyrészt a nagy kiadók ténylegesen válogatások kiadására létrejött közös vállalkozások hálózatával rendelkeznek (a határozat (116) preambulumbekkezdése), és ezek az albumok jelentős (15 és 20% közötti) részt képviselnek a zenei hangfelvételek piacán, és a jelentős eladások nagy részét teszik ki (a határozat (115) preambulumbekkezdése). Másrészt a különböző lemezkiadó vállalatokhoz tartozó művészek keveréke tűnik e siker kulcstényezőjének (a határozat (115) preambulumbekkezdése), mivel a két vagy három nagy kiadó közreműködésével létrejött válogatások messze a legtöbbet eladottak (a határozat (116) preambulumbekkezdése). E retorziós mechanizmus alkalmazása nyilvánvalóan a deviáns vállalkozás művészeket egyesítő válogatásával létrejött további előnyök feláldozását vonhatja maga után. Tekintettel az ösztönző és elrettentő elemek ezen keveredésére, és az arra utaló bizonyítékok hiányára, hogy az ilyen jellegű retorziós intézkedéseket alkalmazták vagy fenyegetésként használták fel a múltban, a Bizottság nem tudott arra következtetni, hogy „az általában a [n]agy kiadók számára hiteles retorziós eszközöket jelentő mechanizmus” eléggé hiteles volt a múltbeli, vagy hiteles lehet a jövőbeli egyeztetéshez.

c) Más tagállamok

166 A többi, kisebb tagállamban az egyes nagy kiadóvállalatok összes eladásainak nagy részét (50–60%, illetve 90–100%) öt PPD alkalmazásával valósították meg, és (Ausztria kivételével) mindegyik nagy kiadóvállalat két PPD-je mindegyik nagy lemezkiadó vállalat 2003-ban történő teljes CD-értékesítésének 30–40%-át, és 60–70%-át tette ki.

167 A számlaengedmények egyébként az összefonódásban részt vevő felek mindegyike esetében vevőnként jelentős eltéréseket mutatnak. Az összefonódásban részt vevő felek egyike által a tíz legnagyobb (Írországból az öt legjobb) vevőjének adott legmagasabb és legalacsonyabb átlagengedmények közötti legkisebb eltérés 5,7%

volt, míg a tíz legnagyobb vevő közé tartozó egyik vevőnek adott legmagasabb és legalacsonyabb átlagengedmények közötti eltérés nem volt alacsonyabb 10%-nál egyik országban sem, a két bejelentő fél vonatkozásában.

- 168 A Bizottság bizonyos számú hasonlóságot állapított meg (a határozat (148)–(152) preambulumbekzdése) a kis országok piacai és az öt nagy piac között. A kis országokkal kapcsolatban előterjesztett bizonyítékok alapján lehetetlen bizonyítani a nagy kiadók között e piacokon való tényleges hallgatólagos megállapodás fennállását.

2. A határozatnak a keresetlevélben való helytelen bemutatása

- 169 A Bizottság előzetesen emlékeztet arra, hogy valamely kifogásközlés csak ideiglenes jellegű előkészítő aktusnak minősül (a Bíróság 60/81. sz., International Business Machines kontra Bizottság ügyben 1981. november 11-én hozott ítélete [EBHT 1981., 2639. o.]), és hogy nem különösebben köteles megjelölni, hogy miért tér el az ideiglenes nézőpontjától. Az nem elég, hogy a felperes megjegyze, hogy a piac jellemzői nem változtak a kifogásközlést a határozat elfogadásától elválasztó időszakban. Ez bár objektív szemszögből nagy részben pontos lehet, biztos, hogy nem igaz a piac Bizottság általi ismerete és felfogása terjedelmére vonatkozóan. A Bizottságnak a végső álláspontja megállapításához megfelelően figyelembe kellett volna vennie az összefonódásban részt vevő felek által a kifogásközlésre válaszul előterjesztett részletes észrevételeket.

- 170 A Bizottság megjegyzi, hogy a felperes több ponton torzított képet ad a határozatról.

- 171 Mindenekelőtt a határozat nem állapítja meg, hogy a nagy kiadók egy „erőfölényben lévő csoport minden jellemzőjét mutatják”.
- 172 Továbbá a határozat nem állapítja meg, hogy a nagy kiadók képesek voltak fenntartani a magas árakat. A határozat (56) preambulumbekendése inkább arra utal, hogy az árak csökkentek, de kevésbé markáns módon, mint ahogyan azt az összefonódásban részt vevő felek állították, és a határozat (58) preambulumbekendése csak a CD-k magasnak tartott áaira vonatkozott.
- 173 Végül a Bizottság nem állapította meg a határozatban, hogy a piac egy hallgatólagos megállapodásnak megfelelő minden jellemzőt mutatna. A határozat többek között nem jelenti ki, hogy ténylegesen egyeztetés történt, legfeljebb azt, hogy a Bizottság az egyeztetés bizonyos jeleit fedezte fel (a határozat (109) preambulumbekendése). Bár a Bizottság a határozat (112) és (113) preambulumbekendésében hangsúlyozza a vevőkör bizonyos stabilitását, és az ellenőrzés fennállását, nem tartja ezen ellenőrzést elégnek az engedmények, különösen a promóciós engedmények átláthatósága hiányának leplezéséhez.

3. Az első részből

a) Az indokolási kötelezettség megsértéséről

- 174 A Bizottság hasznosnak véli az EK 253. cikk általános követelményeinek kifejtését a felperes által kifejtett külön érvek megvizsgálása előtt.

- 175 Először is a Bizottság hangsúlyozza, hogy fontos különbséget tenni valamely aktus elfogadása kellően egyértelmű indokolásának állítólagos hiánya, és azon indokok megjelölése között, amelyek ténybeli, mérlegelési vagy jogi hibákon alapulnak, mivel a második eset inkább érdemi kérdésre vonatkozik, mint a lényeges eljárási szabályok megsértésére, és nem minősül az EK 253. cikk megsértésének (az Elsőfokú Bíróság T-84/96. sz., Cipeke kontra Bizottság ügyben 1997. november 7-én hozott ítéletének [EBHT 1997., II-2081. o.] 46. és 47. pontja, valamint a T-295/94. sz., Buchmann kontra Bizottság ügyben 1998. május 14-én hozott ítéletének [EBHT 1998., II-813. o.] 44. és 45. pontja).
- 176 Másodszor a Bizottság emlékeztet arra, hogy az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az EK 253. cikk által megkövetelt indokolást a szóban forgó jogi aktus természetéhez kell igazítani, egyértelműen és félreérthetetlenül kell megjelenítenie az intézmény érvelését, és hogy a Bizottság nem köteles az egyes érdekelték által a közigazgatási eljárás során felvetett valamennyi ténybeli és jogkérdést magyarázni, de figyelembe kell vennie a körülményeket, valamint az érintett tárgyat szabályozó jogszabályok összességét.
- 177 A releváns ténybeli tényezők között szerepel a jogi aktussal érintett személyek előzetes tudomása a megállapításokról vagy a releváns tényekről, mivel természetesen bizonyos személyektől elvárható az ágazat ismerete, illetve arról tudomást szerezhetnek az érintett személyek az aktus elfogadásához vezető, vagy egy azzal összefüggő eljárásban való szoros részvétellel. A gyorsaság követelményét az összefonódások ellenőrzésében szintén relevánsnak tekintik valamely indokolás megfelelő jellegének meghatározásához.
- 178 Ha bizonyos releváns tények az EK 287. cikkben megállapított szolgálati titoktartási kötelezettség alá esnek, az illetékes intézménynek akkor is ügyelnie kell arra, hogy az indokolása lényegét közölje az érintett személyekkel.

- 179 Ha a szöveg értelme nem tűnik ki első olvasatra, attól az EK 253. cikket nem sérti, ha valamely megszokott értelmezési mód alkalmazása lehetővé teszi az indokolásban rejlő kétértelműségek elosztatását.
- 180 Azt is meg kell jegyezni, hogy a Bíróság úgy vélte, hogy „a Bizottság nem köteles megmagyarázni az esetleges különbségeket a kifogásközléséhez képest, amely olyan előkészítő dokumentumnak minősül, amelynek a megállapításai tisztán ideiglenesek, és amelynek a célja a közigazgatási eljárás tárgyának behatárolása az ezen eljárás tárgyát képező vállalkozásokkal szemben”.
- 181 Végül, ha valamely összefonódás nem is módosítja, vagy csak nagyon korlátozott mértékben módosítja az adott piacon a versenyhelyzetet, nem lehet megkövetelni a Bizottságtól, hogy külön indokolást adjon e kérdésre vonatkozóan. A Bizottság nem sérti meg az indokolási kötelezettségét akkor sem, ha nem csatol a határozatához pontos indokolást az összefonódás néhány olyan szempontjának értékelését illetően, amely nyilvánvalóan nem kapcsolódik oda, nincs jelentősége, vagy egyértelműen másodlagos az utóbbi értékeléséhez.

A termék homogenitása

- 182 Ami a felperes azon kifogását illeti, amely szerint a termék homogenitására vonatkozó megállapítás nem kellően indokolt, a Bizottság kijelenti, hogy nem azt állapította meg, hogy „a tartalom heterogenitásának nagyobb súllyal kell bírnia, mint a formátum homogenitásának”, hanem egyszerűen arra következtetett, hogy a két szempontot figyelembe kell venni. Hasonlóképpen a CD-k nagykereskedelmi eladási ára megállapításához vezető folyamat számos szempontjának szabványosítását (katalógusárak és a vevőnként szokásos engedmények alkalmazásával) nem cáfolja meg, hanem inkább viszonylagossá teszi a siker, az egyedi albumok ára megállapításában játszott szerepére való utalás. Röviden, a CD-kislemezek nem

hasonlíthatók a kőolaj hordójához, és azon lehetőség, hogy több CD-albumot ugyanazon piachoz tartozónak lehet tekinteni (a „helyettesíthetőség folytonosságán” keresztül) nem teszi őket teljesen homogénné magának a terméknek vagy az árszabályozási folyamatnak a szempontjából. Az eredmény nem „ellentmondásos megállapítások sorozata”, hanem az összetett valóság tükröződése.

Átláthatóság

- 183 A felperes nem állíthatja azt, hogy nem értette meg a megtámadott határozatot amiatt, hogy a Bizottság nem szolgáltat meghatározással arra, hogy mit ért „promóciós engedmények” alatt, mivel egy olyan ágazati szövetségről van szó, amely aktívan részt vett a Bizottság által szervezett meghallgatás vitáiban, és állítása szerint jól ismeri ezen engedmények működését. A határozat mindenestre jogilag megkövetelt módon magyarázza meg, hogy mit takarnak a különböző típusú engedmények ((78), (79), (85), (92), (93), (99), (100), (106), (107) és (113) preambulumbekzdés).
- 184 Ugyancsak tévesen állítja azt a felperes, hogy a kisebb országoknak a Bizottság által a (148) és azt követő preambulumbekzdésekben elvégzett általános elemzése csak a szokásos engedményekre vonatkozik. A Bizottság a határozat (150) preambulumbekzdésében egyszerűen megjegyzi, hogy a szokásos engedmények a legfontosabbak minden országban, de aztán elemzi a számlaengedmények kiterjedtebb kategóriáját (amely magában foglalja a szokásos engedményeket és a promóciós engedményeket), amint azt országonként megtette a (119)–(146) preambulumbekzdésben. Nincs itt se tévedés, se bizonytalanság.
- 185 A határozatban a Bizottság nagy jelentőséget tulajdonított a promóciós engedményeknek, hiszen a nettó árak számítanak a hatékony egyeztetés érdekében. A szokásos engedményekről való „bizonyos tudomás” nem elég, ha a promóciós engedmények a felelősek az engedmények időben és albumonként bizonyos vevőkre

nézve olyan erős ingadozásáért, mint amelyet a határozat (79), (86), (100) és (107) preambulumbekzdése említ.

- 186 A Bizottság megvizsgálta a többi nagy kiadó engedményeit, de mivel ezeket a számokat nem lehet felfedni a bejelentő felek előtt, nem lehetett azokat belefoglalni a határozatba. Egyébként nem is lenne szükséges, hiszen a két nagy kiadónak az engedmények terén való átláthatatlan gyakorlata elég ahhoz, hogy megakadályozza a nettó árak valamennyi nagy kiadó részéről történő hatékony nyomon követését. Továbbá a felperesnek az A. 17. mellékletben szereplő, az ármeállításra vonatkozó kijelentései azon elképzelésen alapulnak, hogy minden lemezkiadó vállalat ugyanazon a módon állapítja meg a nettó árait.

Az elrettentés eszközei

- 187 A határozatból (különösen a (114) preambulumbekzdésből) kiderül, hogy a Bizottság megvizsgálta az esetleges retorziós mechanizmusok múltbeli alkalmazását vagy fenyegetésként való felhasználását mint kiegészítő eszközt annak ellenőrzése végett, hogy az árak globális szinten való igazodása bizonyos mértékig hallgatólagos megállapodásnak volt-e betudható. A tényleges felhasználásukra utaló bizonyítékok hiányában a Bizottság nem tudott végleges álláspontot elfogadni a határozatban említett különböző, esetleges retorziós mechanizmusok megfelelő jellegét illetően.

Kiegyenlítő erő

- 188 Mivel a jelenlegi vagy jövőbeli kollektív erőfölény megállapításának a feltételei kumulatívak, a Bizottságnak nem kellett volna a versenytársak és a fogyasztók kiegyenlítő erejére vonatkozó következtetéseket tennie, és tehát nem kellett volna erre vonatkozóan indokolással szolgálnia.

b) A nyilvánvaló mérlegelési hibáról és a jogban való tévedésről

189 A Bizottság, mivel úgy véli, hogy átfedik egymást, együtt vizsgálja meg a nyilvánvaló mérlegelési hibára és a jogban való tévedésre alapított megsemmisítési indokokat.

190 A Bizottság előzetesen két észrevételt terjeszt elő.

191 Egyrészt, ami azon érvelést illeti, amely szerint az ellentmondásos érvek mérlegelésére felkért Bizottságnak nem kell túl nagy súlyt tulajdonítania azok közül az egyiknek, a Bizottság emlékeztet azon diszkrecionális lehetőségre, amellyel az összetett gazdasági megállapítások tételét illetően rendelkezik, és úgy érvel, hogy a határozat azonban rendkívül kimért a megállapításaiban, és hogy a felperes e pontra vonatkozóan azon bizonyítékok között, amelyekkel a Bizottság rendelkezett, nem említ egyetlen olyan elemet sem, amelynek szerinte túl sok vagy túl kevés súlyt tulajdonítanak.

192 Másrészt ami azon kijelentést illeti, amely szerint valamely határozat, amely nem tesz említést kellően részletes ténybeli bizonyítékokról a következtetési alátámasztására, nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz, a Bizottság megállapítja, hogy lényegében egy indokolási kérdésről van szó, és hogy gyakran nincs semmilyen kötelezettsége arra, hogy a határozataiban részletesen kifejtse azon gyakran terjedelmes és (bizalmas) bizonyítékokat, amelyeket figyelembe vett. Elég, hogy egyértelműen megállapítsa azon bizonyítékok tartalmát, amelyeket megvizsgált, és az azokból levont következtetések indokolását, oly módon, hogy lehetővé tegye az érdekelt feleknek, és különösen azoknak, akik ismerik a szektort, és már szorosan bekapcsolódtak a közigazgatási eljárásba, hogy kialakítsák a saját véleményüket e következtetések jogszerűségéről. A jelen esetben a zenei hangfelvételek piacainak működésére vonatkozóan a határozatban tett különböző megállapításokat bőséges, összetett bizonyítékok támasztják alá.

A termék homogenitása

- 193 A Bizottság azt állítja, hogy a felperes téved, amikor azt jelenti ki, hogy a tartalom heterogenitása nem releváns amiatt, hogy az árakat korlátozott számú referenciaár alapján állapítják meg. A referenciaárak ugyanis csak az albumok katalógusáira vonatkoznak, de a számlaengedményekre nem. Különösen a promóciós engedmények változnak, többek között egyik albumtól a másikig.
- 194 A Bizottság úgy érvel, hogy a kollektív erőfölényt nehezebb lehet olyan piacokon megállapítani, amelyeket a termékek megkülönböztethetősége jellemez, különösen, ha ez a megkülönböztethetőség „fokozza az információs nehézségeket a nem átlátható piacokon” [lásd a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló tanácsi rendelet szerint a horizontális összefonódások értékeléséről szóló, bizottsági iránymutatás (HL 2004, C 31., 5. o., magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 3. kötet, 10. o.) 45. pontját].

Átláthatóság

- 195 A felperes különböző állításainak vizsgálatát megelőzően a Bizottság szükségesnek tartja a keresetlevélben található négy alapvető hiba, két jogi és fogalmi jellegű hiba, valamint a határozat értelmezésére vonatkozó két hiba helyesbítését.
- 196 Először is a felperes alapvető fogalmi hibát követ el, amikor azt vélelmezi, hogy a nagy kiadók nettó átlagárai jelentős párhuzamosságának, illetve valamelyik adott lemezkiadó vállalat átlagos engedményei jelentős stabilitásának megállapítása elég bizonyítékot jelent mind a hallgatólagos megállapodásra, mind az ahhoz szükséges

átláthatóságra, hogy az azonosított feltételek között tartósan biztosítsák ezen egyeztetést. Egy bizonyos mértékű igazodás, illetve a piac összességét tekintve fennálló stabilitás nem helyettesítheti az arra vonatkozó nyomós és következetes bizonyítékokat, hogy megvan az ahhoz szükséges átláthatóság, amely az oligopol helyzetben lévő vállalkozások számára lehetővé teszi, hogy kölcsönösen ellenőrizzék egymás piaci magatartását, és az elégséges átláthatóság bizonyítékainak hiányában nem lehet vélelmezni, hogy az oligopólium minden egyes vállalkozása a többi versenytárs magatartásának kellően pontos ismeretében döntött a piaci magatartásáról.

197 Másodszor a felperes alapvető jogi tévedést követ el, amikor azt kifogásolja, hogy a Bizottság az engedményekre vonatkozó bizonyítékokra támaszkodott, annak megállapítása nélkül, hogy az alkalmazott engedmények az árak jelentős csökkenéséhez vezettek, és amikor kijelenti, hogy az engedményekre vonatkozó verseny valójában teljesen másodlagos. E kijelentés egyáltalán nem alapszik a tényeken: az összefonódásban részt vevő felek átlagos számlaengedményei viszont az átlagos bruttó eladásaik nagyon jelentős arányát képviselik (a határozat (56), (78), (85), (92), (99), (122), (125), (128), (131), (134), (137), (140), (143) és (146) preambulumbekzdése), és bizonyos vevők és albumok még nagyobb engedményekben részesülnek (a határozat (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekzdése). Az engedmények tehát egy rendkívül fontos elemét jelentik az árképzési folyamatnak, és talán a legvalószínűbb és bizonyára a legkevésbé átlátható eszköz, amellyel „valamelyik nagy kiadó a piaci részesedése növelésére irányuló, erősen versenyző lépést tehet” (például az árscsökkenés). A Bizottságnak az engedmények átláthatóságát illető aggodalma közvetlenül nem irányul annak ellenőrzésére, hogy a nagy kiadók a múltban követtek-e feltételezett egységes magatartást, hanem hogy az oligopóliumban lévő vállalkozások maguk folytathattak-e volna tartósan (vagy folytathattak-e tartósan az összefonódást követően) egységes magatartást a megfelelő kölcsönös nyomon követés révén. A Bizottság szerint tehát nem szükséges bizonyítani, hogy egy vagy több nagy kiadó jelentős további engedményekkel csökkentette az árait a többiekéhez képest.

198 Harmadszor, a felperes alapvető értelmezési hibát követ el a határozattal kapcsolatban annak kifogásolásával, hogy a Bizottság összetéveszti a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ítélet alapjául szolgáló ügyben szereplő „piac elégséges átláthatóságát” a határozatban alkalmazott teljes átlátható-

ság követelményével. A határozat ugyanis folyamatosan „elégleges átláthatósági mértéket” említ (a határozat (73), (80), (87), (94), (108) és (120) preambulumbekzdése). A felperes figyelmen kívül hagyja továbbá a Bizottság által az ármegállapítási rendszerrel kapcsolatban folytatott tanulmány jellegét. A Bizottság megvizsgálta a valamely egyedi vevőnek eladott egyedi album nettó árait (PPD, szokásos engedmény, esetleges promóciós engedmény), és arra következtetett, hogy minden elem elegendő mértékű átláthatósága szükséges ahhoz, hogy valamely nagy lemezkiadó vállalat ésszerűen bizonyos lehessen abban, hogy úgy ismeri valamelyik másik lemezkiadó vállalat tényleges nettóár-megállapítási gyakorlatát, ahogyan az a vevők és az albumok szintjén megnyilvánul. A Bizottság úgy érvel, hogy a PPD-k viszonylagos átláthatóságára vonatkozó bizonyítékok, a szokásos engedmények bizonyos átláthatóságára vonatkozó néhány bizonyíték és a promóciós engedmények átláthatatlan és összetett jellegének meggyőző bizonyítékai alapján nem juthatott ilyen következtetésre.

199 Negyedszer, a felperes alapvető értelmezési hibát követett el kijelentve, hogy a Bizottságnak meg kellett volna állapítania, hogy a PPD-k és a nettó átlagárak párhuzamosan alakultak. E kijelentés téves. A Bizottság megállapította, hogy mindegyik nagy piacon a bejelentő feleknek a tényleges bruttó árak és a tényleges nettó átlagárai párhuzamosan alakultak (a határozat (77), (84), (91), (98) és (105) preambulumbekzdése), de azt nem, hogy az átlagos engedmények azonosak voltak a összefonódásban részt vevő két fél tekintetében (a határozat (78), (85), (92) és (99) preambulumbekzdése, és a B. 6 mellékletre vonatkozó észrevételek). A Bizottság hangsúlyozza, hogy az engedmények vevőnként és albumonként, valamint időben eltérnek (a határozat (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekzdése, és az alapul szolgáló bizonyítékokhoz fűzött megjegyzések). A szóban forgó bizonyítékok nem bizonyítják, hogy az adott PPD-t módszeresen csökkenteni egy megszabott és a változásaitól függetlenül előrelátható engedmény (lásd a B. 13. mellékletet).

200 A Bizottság úgy véli továbbá, némileg korrigálni vagy egyértelműsíteni kell a felperes kijelentéseit:

- a nagy kiadók árainak viszonylag hasonló alakulásai olyan ársávban helyezkednek el, amely általában meghaladta a 10%-ot (lásd például a B. 10. mellékletet);

- a korlátozott számú kulcsfontosságú PPD alapként való alkalmazását árnyalja annak szükségessége, hogy legalább évente több mint 80 sikeralbumot nyomon kövessenek, amelyeknek a PPD-i ingadoznak;

- a kiskereskedelmi árak nyilvánosak, és elvileg megfigyelhetők, de a nagy kiadók számára nehéz nyomon követni azok egyik kiskereskedőtől a másikig és időben történő állandó változásait;

- nincs semmilyen bizonyíték arra, hogy az összefonódásban részt vevő feleknek bizonyos piacok nyomon követésére vonatkozó jelentései hasznos információkat tartalmaznak a versenytársak nettó árait, illetve a kiskereskedők haszonkulcsait illetően;

- a felperes a legkisebb bizonyítékot sem nyújtja azon állítása alátámasztására, amely szerint a kiskereskedők haszonkulcsai átláthatóak és elég nagy pontossággal ismertek; e meg nem alapozott kijelentésnek ellentmondanak az aktában lévő bizonyítékok (B. 17. melléklet), amelyek azt mutatják, hogy a kiskereskedelmi árak megállapítása összetett és előreláthatatlan. A Bizottság azon megállapítása, amely szerint az árpolitikáknak az engedmények révén való érzékelhető eltérése megjelenik valamely nagy lemezkiadó vállalat nettó átlagáraiban, nem függ össze e kérdéssel. Valójában két okból sem bír jelentőséggel: először is egy olyan jelenségre vonatkozik, amelyet a Bizottság észrevehetett volna a vizsgálati hatáskörét gyakorolva, de amelyet egyik egyedileg figyelembe vett nagy lemezkiadó vállalat sem észlelhetett, mert sem a nagy kiadók engedményeinek általános szintje, sem a nettó átlagáraik nem átláthatóak, és másodszor, az általános engedményszintek és a nettó átlagárak egymásra hatása nem mond semmit a kiskereskedelmi árak és a nagykereskedelmi árak közötti állandó és átlátható kapcsolat létezéséről;

- csak kevés megbízható bizonyíték létezik, amely arra utal, hogy a nagy kiadók részletesen ismerik a szokásos és promóciós engedményeik kölcsönös szintjeit,

és jelentős bizonyítékok az ellenkező értelemben, köztük a vevőnként és albumonként, valamint időben változó promóciós engedmények objektív összetettségére vonatkozóan;

- a Bizottság kellően összpontosít az összefonódásban részt vevő felek által alkalmazott engedményekre ahhoz, hogy az oligopolisztikus helyzetben lévő vállalkozások között a hallgatólagos megállapodás működéséhez szükséges átláthatósági mérték kölcsönös fenn nem állására következtessen;
- bizonyos nagy kiadók között a válogatások és a forgalmazás céljából történő együttműködés aligha fedhet fel elég információt minden nagy kiadónak az engedmények terén való összetett egyedi döntéseiről;
- a felperes nem terjeszt elő egyetlen olyan bizonyítékot sem, amely azt igazolná, hogy a vezetők nagy kiadók közötti áthelyezésének jelentős mértéke áll fenn, vagy hogy e mérték magasabb más koncentrált ágazatokénál, vagy továbbá azt, hogy valamely vezetőnek az engedményekre vonatkozó gyakorlatokról – amelyek összetettek és a korlátozott „élettartammal” bíró egyedi albumok szintjén eltérnek – a lemezkiadó vállalat elhagyásának idején való tudomása nagyon hosszú időn keresztül hasznos lehet, illetve tartósan lehetővé teheti az összes nagy kiadó közötti egyeztetést;
- bár a közzétett slágerlisták megkönnyítik azon albumok azonosítását, amelyek a legjobban fognak, azok csak ritkán szolgálnak információkkal a PPD-kről, az engedményekről pedig soha;
- a határozatot nem lehet csak azon oknál fogva bírálni, mert eltér a kifogásközléstől.

- 201 A felperes állításával ellentétben nem lenne „viszonylag könnyű” megállapítani az engedményszinteket, és valójában lehetetlen a promóciós engedmények esetében. A felperes azon állítása, amely szerint a promóciós engedmények az összes engedmény egynegyedét-egyharmadát teszik ki, általánosan elfogadható vitaalapként, de több tekintetben árnyalni kellene.
- 202 Először is, ezen engedmények teljes szintje valószínűleg egyik nagy lemezkiadó vállalattól a másikig változik, hasonlóan általában véve az engedmények szintjéhez.
- 203 Másodszor az aktában szereplő átlagszámok azt mutatják, hogy a promóciós engedmények a számlaengedményeknél viszonylag magasabb arányt tettek ki több országban 1998-ban; a számlaengedményeknek van a legnagyobb közvetlen hatása a vevők bizonyos albumok vételére vonatkozó döntésére.
- 204 Harmadszor pedig, ezen átlag nem fejezi ki pontosan a promóciós engedményeknek az albumok és a vevők függvényében, valamint az időben való megoszlásának rendkívüli összetettségét és átláthatatlanságát. Bár lehetséges, hogy a kampányokban való részvétel egyéb feltételei viszonylag szabványosítottak és egyszerűek, azon bizonyítékok, amelyekkel a Bizottság rendelkezik, nyilvánvalóan ellentmondanak az e kampányok összegét és időtartamát, valamint bizonyos albumok vagy vevők kiválasztását illető heti tárgyalásokra vonatkozóan a szabványosítás és egyszerűség minden fogalmának.
- 205 Negyedszer, azon tény, hogy a promóciós engedmények bizonyos albumokra és bizonyos kampányokra összpontosítanak, és hogy az összeget az egyes kiskereskedőkhöz igazítják, valószínűleg lehetővé teszi, hogy ezen engedményeknek nagyobb hatásuk legyen a szóban forgó albumok eladásaira.

- 206 Még jelentősebb az a tény, hogy a felperes nem terjeszt elő olyan bizonyítékot, amely bizonyossággal állapítaná meg, hogy a Bizottság tévedett, amikor úgy vélte, hogy a promóciós engedmények nagy jelentőséggel bírnak azon piacokon, ahol minden egyes nagy lemezkiadó vállalatnak a 100 legjobb albuma az egy adott évre és adott országra vonatkozó összes eladásának a legnagyobb részét teszi ki, mivel ezen albumok jó része nem szerepelt a slágerlistákon.
- 207 A Bizottság viszont rendelkezett olyan bizonyítékokkal (B. 13 melléklet), amelyek arra utalnak, hogy még a Sony és a BMG bizonyos legsikeresebb, drága albumai is részesültek promóciós engedményekben.
- 208 A Bizottság hozzáteszi, hogy a promóciós engedmények tényleges alkalmazására vonatkozó bizonyítékok egy adott pillanatban csak a nettó árak összehangolása tényleges mértékének megítélése szempontjából relevánsak (míg a határozatban úgy vélte, hogy az engedmények általában nem voltak kellően összehangolva ahhoz, hogy ebből egységes magatartásra lehessen következtetni). Az engedmények átláthatósága azonban jelentőséggel bír annak meghatározásához, hogy az ármegállapítási rendszer természetéből fakadóan elegendő átláthatósággal rendelkezik ahhoz, hogy a nagy kiadók pontosan és kellő időben kideríthessék, hogy az egyikőjük a promóciós engedmények emelésével eltér-e az albumok nettó áaira vonatkozó egységes magatartástól. A kiskereskedők haszonkulcsainak átláthatóságára vonatkozó alaptalan megjegyzéseinek kívül a felperes nem hozott fel érveket, sem konkrét bizonyítékokat ez utóbbi kérdést illetően, úgyhogy a jogalapja mindenképpen bukásra van ítélve.
- 209 A Bizottság szerint a zenei hangfelvételek piacán a nettó árak átláthatóságának mértékére vonatkozó megállapítás nyilvánvalóan nem „spekuláción” vagy „alá nem támasztott és szubjektív kétségen” alapult, hanem ellenkezőleg, konkrét bizonyítékokon arra vonatkozóan, hogy a végleges nettó árakra vonatkozó elemei (PPD, szokásos és promóciós engedmény) nagyon összetett, és nem kellően átlátható módon kerülnek meghatározásra meghatározott tartalommal rendelkező adott album adott vevő számára történő értékesítése esetén. Ilyen körülmények között a rendelkezésre álló bizonyítékokat nem lehetett úgy értelmezni, mint amelyek minden valószínűség szerint elégséges átláthatóság fennállását alapozzák meg az árakra vonatkozó egységes magatartás betartásának megfelelő és kellő időben történő nyomon követésének lehetővé tételéhez.

- 210 Ami a felperes azon érvét illeti, amely szerint a struktúrák, valamint az ismert és ismerhető szabályok véges száma előreláthatóvá teszi az átlagárakat, a Bizottság emlékeztet arra, hogy az albumok nettó átlagárai látható alakulása hasonlóságának bizonyos mértéke nem elegendő az egyeztetés bizonyításához, mivel az árak jelentős egyezést mutathatnak verseny-, illetve összejátszás jellegű helyzetekben is, hiszen a vállalkozások hasonló külső tényezőkre (például a közös inputok árai), valamint a piacon való kölcsönös magatartásukra reagálnak. A Bizottság azt állítja, hogy a felperes összekeveri az egyeztetés feltételeinek azonosítását („ismert és ismerhető szabályok”), és az ezen módok betartása nyomon követésének eszközeit („a megkövetelt átláthatóság”), és annál is inkább, mert egyik nagy lemezkiadó vállalatnak sincs hozzáférése minden nagy lemezkiadó vállalat minden tanulmányozott album- és vevőkategóriára vonatkozó ármegállapítási adatainak teljességéhez, vagy legalábbis a legfontosabbakhoz, amelyek szükségesek a nettó átlagárak megállapításához.
- 211 Továbbá a felperes, miközben elismeri, hogy ezen eladási szabályok és stratégiák lemez- és vevőkategóriánként jelentősen eltérő árakhoz és engedményekhez vezethetnek, nem állapította meg, melyek lennének ezek a szabályok, sem hogy hogyan határozzák meg őket hallgatólagos megállapodással ilyen nagyon eltérő körülmények esetében. A nagy kiadók nem határozhatják meg, hogy a nettó átlagárai különbözőségei az eltérésnek, vagy a termékválaszték, vagy pedig a termék sikere eltéréseinek tudhatók-e be, anélkül, hogy kellő időben rendelkezzenek a termékajánlataik összetételében vagy sikerében bekövetkező ezen változásokra vonatkozó részletes információkkal, és a Bizottság nem tárt fel elegendő bizonyítékot arra vonatkozóan, hogy hozzáférésük volt az ennyire részletes információkhoz.
- 212 A felperes nem szorítkozhat azon kijelentésre, hogy az egyeztetés valójában minden egyes nagy lemezkiadó vállalat stratégiai döntéseinek szintjén helyezkedik el a haszonkulcsokkal és az engedményre vonatkozó általános költségvetéssel kapcsolatban, annak megjelölése nélkül, mi lehet e döntés tartalma, vagy az egyeztetés gyakorlásának feltételei hogyan következethetők ki, illetve a nagy kiadók milyen módon ellenőrizhetik azok tiszteletben tartását. A Bizottság egyáltalán nem köteles ilyen bizonytalan, és alá nem támasztott érveket megvizsgálni.

- 213 Ami a felperes azon módszerre irányuló kritikáját illeti, amely szerint a Bizottság által benyújtott adatokat nem súlyozták a mennyiség szerint, a Bizottság hangsúlyozza, hogy egy adott módszer megfelelőségének kérdése elválaszthatatlan azon feltevéstől, hogy e módszert meg kell erősíteni vagy cáfolni. Ugyanakkor, ha a súlyozott adatok összegyűjtése tényleg fontos annak kiderítése érdekében, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok között van-e vagy nincs rejtett összehangolás, akár általában véve, akár bizonyos típusú albumok tekintetében (például a 20 legtöbbet eladott album), az adatok ezen súlyozása azonban nem releváns az összetettség és az átláthatóságra való hatásai vizsgálata szempontjából. Szükséges továbbá megvizsgálni az egyedi zeneszámok változatosságát az ármegállapítás összetettségi szintjének, és a piac átláthatósága mértékének megértéséhez.
- 214 A Bizottság felidézi, hogy irreális a nettó átlagárakon alapuló egyeztetés feltételeit előrelátni. Megjegyzi azonban, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok nettó átlagárai (párhuzamosság hiányában) megfigyelhető hasonlóságának mértékére vonatkozó számokat, amelyeket a határozatban közölt, a mennyiség alapján súlyozták, és hogy ugyanaz igaz a B. 4. melléklet grafikonjaira, amelyek az összefonódásban részt vevő felek különböző közös vevőinek nyújtott átlagos számlaengedményeken alapulnak. Az ellenkérelemben ismertetett nagy mennyiségű egyéb, különösen a B. 8., B. 9., B. 10. és B. 13. melléklet adatait szintén a mennyiség szerint súlyozzák, és ez minden egyes esetben a gyakorlat természetéből következik.
- 215 Minden fent említett, a mennyiség szerint súlyozott bizonyíték potenciálisan releváns annak eldöntéséhez, hogy fennáll-e vagy nem a nagy lemezkiadó vállalatok gyakorlata összehangolásának magas foka, illetve azon kérdést illetően, hogy az ármegállapítás összetett-e vagy sem, amely kérdés az átláthatóság megítélése szempontjából bír jelentőséggel. Ez utóbbi összefüggésben a mennyiség szerinti súlyozás kérdése nem nagy jelentőségű. A nettó árak, illetve az engedmények (akár ugyanolyan típusú) zeneszámok és vevők szerinti, továbbá időben való változatossága jelentős, bármekkorák is legyenek az eladott mennyiségek. Így az ellenkérelem B. 6. és B. 7. melléklete azt mutatja, hogy az összefonódásban részt vevő felek 20 vezető albumát illetően is lényeges eltérések állnak fenn az engedmények tekintetében. Ha a nagy kiadók nincsenek is berendezkedve ezen eltérések kellően szoros nyomon követésére, valamely nagy kiadó eltérhet a nettó árakra vonatkozó

összehangolás bármilyen gyakorlási módjától jelentős engedmények, különösen promóciós engedmények alkalmazásával, anélkül, hogy kiszűrnék. Ez annál inkább alkalmazandó akkor, ha az egyeztetés gyakorlásának módjait rugalmasnak szánják, úgy, hogy jelentős, a hallgatólagosan megállapodott zsinórmértéken túllépő engedményadást kell kimutatni ahhoz, hogy a többi nagy lemezkiadó vállalat kellően biztos legyen abban, hogy az érintett vállalkozás eltért a szabálytól.

216 Ami a felperes által különösen a D. 2. és D. 3. mellékletben elvégzett korrelációs vizsgálatokat és a Bizottság amiatti hallgatólagos bírálatát illeti, hogy nem vetette alá az adatokat ezen vizsgálatoknak, a Bizottság emlékeztet arra, hogy a módszer kérdését nem lehet absztrakt módon megítélni a vizsgálat tárgyának figyelembe vétele nélkül, amely arra vonatkozik, hogy fennáll-e az igazodásnak az egyeztetésre utaló mértéke, és fennáll-e a piaci magatartás nyomon követését lehetővé tévő átláthatóság.

217 A Bizottság mindenekelőtt azt próbálja észrevételezni, hogy az összefonódásban részt vevő felek jelentős mennyiségű adatot mutattak be a korrelációra vonatkozóan a közigazgatási eljárás során, amelyek általában gyenge korrelációs tényezőket mutattak, de hogy a Bizottság mégis igen nagy körültekintéssel kezelte ezeket az adatokat.

218 Egy adott nagy lemezkiadó vállalat által nyújtott engedmények időben való állandóságának bizonyos mértéke önmagában ugyancsak nem bizonyíték az egyeztetésre (lásd a D. 3. mellékletet), hiszen nagy mértékben múlhat az olyan állandó tényezőkön is, mint például a vevő mérete, a vásárolt zenék típusai stb. A statisztikai előreláthatóság magas foka számos oknál fogva nem bizonyítja az egyeztetés fennálltát: az ésszerű egyedi döntések lehetnek rendkívül előreláthatóak, olyan információk nélkül, amelyek lehetővé tennék az ilyen előreláthatósági szintek megítélését, érdekes elméleti lehetőség marad, amelynek nincsenek gyakorlati következményei, és ugyancsak, a tényleges gyakorlatra vonatkozó információhoz

való hozzáférés nélkül nem lehetséges ellenőrizni az előrejelzés (a vélelmezett hallgatólagos megállapodás folyamatos alkalmazása) megbízhatóságát. Még ha a nagy kiadók alkalmazhattak is ilyen statisztikai eszközöket a múltban a kölcsönös ármegeállítási gyakorlatukra, ez nem helyettesítheti a piac nyomon követését.

- 219 A Bizottság megjegyzi, hogy a felperes kijelentésével ellentétben nem „utasította el” a kifogásközlésben használt, mennyiség szerint és az ágazat viszonylatában súlyozott adatokat az összefonódásban részt vevő felek adatai javára, amelyekre egyik sem jellemző. Ezen adatok jó részére hivatkoznak a határozatban (például a nettó átlagárak változásának hasonló mértékére), és egyeseket mellékeltek az ellenkérelemhez (B. 4. melléklet). A Bizottság inkább módosította az azzal kapcsolatos ideiglenes megállapításait, hogy mit bizonyíthattak ezen adatok, tekintettel a Sony és a BMG által előterjesztett információkra és további érvekre.

Az elrettentés eszközei és kiegyenlítő erő

- 220 A Bizottság azt állítja, hogy mivel azt állapította meg, hogy a három kumulatív feltétel közül az egyik (az átláthatóság) nem teljesült, nem követett el nyilvánvaló mérlegelési hibát, sem jogban való tévedést azzal, hogy nem foglalt állást a két másik feltételt illetően.

Az egységes magatartás elemzése

- 221 A Bizottság mindenekelőtt úgy érvel, hogy a felperes kifogása téves ténybeli kiindulóponton alapszik, vagyis hogy az átláthatóságra vonatkozó megállapítás kizárólag „csak egy fajta engedményre, a promóciós engedményre vonatkozik”. Még

ha a promóciós engedmények lényeges helyet foglalnak is el az elemzésben, utóbbi általánosabban vonatkozik az album és a vevő szintjén, valamint időben összességében nagyon összetett ármegállapítási módra, és ennél fogva a PPD-kre és a szokásos engedményekre.

222 A Bizottság azt állítja továbbá, hogy a felperes nyilvánvalóan téved a jogban, mivel úgy tűnik, azt állítja, hogy ha a Bizottság bizonyítani tudta, hogy a nagy kiadók számára előnyös volt egy egységes politikához csatlakozni, akkor az átláthatóság kevésbé fontos. E feltevés nem felel meg az ítélkezési gyakorlatnak. A nyomon követés és az elrettentés működésének lehetővé tételéhez elégséges átláthatóság hiányában a Bizottságnak nem volt tudomása egyéb azt bizonyító eszközökről – és a felperes nem javasolt semmilyen –, hogy a hallgatólagosan eldöntött, közös versenyellenes magatartás kedvez az oligopóliumban lévő vállalkozáscsoportnak, és következképpen ésszerű.

223 Ugyan a viszonylag állandó piaci részesedések kollektív erőfölény létrejöttének kedvező körülményeket teremthetnek, nem elegendők azonban egy tényleges vagy valószínű hallgatólagos megállapodás megállapításához, ahhoz elégséges bizonyítékok hiányában, hogy ezen egyeztetés ésszerű, a kollektív erőfölénynek a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben elismert kumulatív gazdasági feltételeinek megfelelően. A felperes nem szolgál további bizonyítékokkal „erősen versenyjellegű cselekvések” elkerülésére vonatkozó közös irányvonal fennállására. Semmi nem teszi lehetővé tehát annak alátámasztását, hogy a Bizottság nyilvánvaló mérlegelési hibát követett el, mivel nem fed fel ilyen egységes magatartást a nagy kiadók részéről.

224 A fogyasztók választását és a kulturális sokszínűséget illetően a Bizottság mindenekelőtt megjegyzi, hogy ha nem köteles a végleges határozatban kifejteni azon okokat, amelyek miatt eltér egy adott ügyben a kifogásközlés ideiglenes következtetéseitől, annál inkább nem köteles arra, ha egy négy évvel korábbi, eltérő

ügyben tett kifogásközlés megállapításaitól tér el. Megállapítja továbbá, hogy a felperes nem hoz fel kifejezetten semmilyen nyomós érvet vagy bizonyítékot, amely a kreativitás, a minőség vagy a zenei választék sokszínűségének összehangolt elszegényedésére vallana.

4. A második részről

²²⁵ A Bizottság úgy véli, hogy a keresetnek az azon tényre vonatkozó három indoka, hogy a Bizottság nem állapította meg, hogy az összefonódás kollektív erőfölényt erősít meg, nem ad hozzá semmit azokhoz, amelyek az ilyen kollektív erőfölény előzetes fennállására vonatkoznak. Ha ugyanis a felperes ez utóbbi indokai közül az egyik helytálló, a határozatot mindenképpen meg kell semmisíteni, míg ha nem igazolódik, abból az következik, hogy a Bizottságnak igaza volt, hogy nem vizsgálta meg az összefonódás állítólagos megerősítő hatásait.

C — *A beavatkozók érvei*

1. Előzetes észrevételek

²²⁶ A felperes különböző jogalapjainak és érveinek vizsgálatát megelőzően a beavatkozók szükségesnek vélik négy észrevétel előterjesztését azon körülményekre vonatkozóan, amelyek között a határozatot meghozták, és amelyek között azt értékelni kell, és négy általános megjegyzés tételét a keresetre vonatkozóan.

227 A Bizottság rendkívül alapos vizsgálatot vezetett több mint 6 hónapon keresztül. Az összefonódásban részt vevő felek kezdettől fogva nagyon meggyőző adatokkal és magyarázatokkal szolgáltak az európai zeneiparra és az összefonódásnak a versenyre, különösen a CD-árakra, a kulturális sokszínűsége, a fogyasztók választására, a független lemezkiadók versenyképességeire, az online zene fejlődésére vagy a Sony és a BMG (lásd C. 1. melléklet) által megtartott tevékenységek összehangolásának kockázatára gyakorolt hatását illetően. A több mint 250 kérdést tartalmazó, közel 1 240 piaci szereplőnek (az összefonódásban részt vevő felek, a többi nagy kiadó, a független kiadók, a kiskereskedők, szerzőkiadók, művészek, online forgalmazók), megküldött több kérdőív segítségével a Bizottság nagyon bőséges bizonyítékokat és adatokat kapott minden releváns kérdésre. Az összefonódásban részt vevő felek több mint 30 millió referenciaárat adtak, és a közzgádszok az öt nagy kiadónak az öt országban a nettó átlag eladási árainak részletes értékelését végezték el. Több független kiadó nem osztja a felperes aggodalmát, hanem úgy vélik, hogy az összefonódás növeli a versenyképességeiket. Mindezen adatok, két nagyon híres vállalati közzgádsz véleménye, az RBB-tanulmányban szereplő nagykereskedelmi árak részletes elemzése és a kifogásközlésre adott válaszban, illetve a tárgyalás során szolgáltatott magyarázatok (lásd a C. 3. mellékletet) alapján a Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy a kezdeti aggodalmai, különösen a kollektív erőfölény kockázatára vonatkozóan nem voltak megalapozottak.

228 Másodszor, a felperes tévedett a kifogásközlés tárgyát és jogi helyzetét illetően, amelynek az alapvető funkciója az, hogy lehetővé tegye az összefonódásban részt vevő felek számára a Bizottság eredeti érveinek megértését ahhoz, hogy ellenérveket és bizonyítékokat terjeszthessenek elő (lásd a rendelet 18. cikkének (1) és (3) bekezdését). A tévedések bizonyítékaival szembeesülve a Bizottságnak el kell ejtenie azokat a kifogásokat, amelyek alaptalannak bizonyulnak (a Bíróság C-204/00. P., C-205/00. P., C-211/00. P., C-213/00. P., C-217/00. P. és C-219/00. P. sz., Aalborg Portland és Bizottság egyesített ügyekben 2004. január 7-én hozott ítélete [EBHT 2004., I-123. o.]), amint azt az utóbbi öt évben 62 eset közül 14-ben megtette (lásd a C. 5. mellékletet). A Bizottság közzgádszati eljárását teljes belső vizsgálatnak vetették alá, a közzgádszati eljárás biztosította, hogy minden érdekelt előterjeszthesse az érveket és a bizonyítékokat (lásd a meghallgatási tisztviselő jelentését, C. 6. melléklet), valamint a tanácsadó bizottság is a feltétel nélküli engedélyezés mellett szavazott (C. 7. melléklet).

- 229 Harmadszor, a versenyhatóságok a világon (Amerikai Egyesült Államok, Ausztrália, Kanada, Cseh Köztársaság, Magyarország, Lengyelország, Románia, Oroszország, Svájc, Mexikó, Dél-Afrika) mind arra a következtetésre jutottak, hogy az összefonódást feltétel nélkül engedélyezni kell, és e határozatok egyikét sem támadták meg. Ugyancsak, az európai zenei piacot korábban vizsgáló egyik nemzeti versenyhatóság sem vélte úgy, hogy az hallgatólagos megállapodás tárgya lenne (lásd többek között az Office of Fair Trading 2002. szeptember 22-i megállapítását, amely szerint a kollektív erőfölény nem volt bizonyított, A. 16. melléklet, 6.11. pont).
- 230 Negyedszer, az összefonódás a versenynek kedvező választ jelentett a hanyatlásra (a CD-k eladási ára 20%-kal történő csökkenése három év alatt, az internetről történő, nem engedélyezett zeneletöltés, az alternatív szabadidős tevékenységek megnövekedett versenye, mint például a DVD filmek) és a zeneipar folyamatos átalakulására. A kereslet ingadozása, és a jövőbeli kereskedelmi modelleket illető bizonytalanság – a piac jellemzőit tekintve már amúgy is előreláthatatlan – a hallgatólagos összejátszást még nehezebben megvalósíthatóvá, illetve fenntarthatóvá teszik (a 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 139. pontja, és a horizontális összefonódásokról szóló iránymutatások 45. pontja). Ugyancsak, mivel az iparban uralkodó feltételek nagyon különbözőek a 2000-ben az EMI és a Time Warner közötti összefonódás Bizottság általi vizsgálatának idején fennálltaktól, a Bizottság ezen ügyben tett megállapításainak ideiglenes jellegüknél fogva nincs jelentősége.
- 231 Ötödször, a határozat indokolása egyértelmű, meggyőző és az alapjául szolgáló bizonyítékok tekintélyes súlyával alátámasztott, mivel nyilvánvaló, hogy a Bizottság nem köteles indokolni minden jogi és ténybeli elem értékelését (az Elsőfokú Bíróság a T-374/00. sz., Verband der freien Rohrwerke és társai kontra Bizottság ügyben 2003. július 8-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-2275. o.] 185–187. pontja). A keresetlevél azt mutatja, hogy a felperes megértette az engedélyezés indokait.
- 232 Hatodszor, a tiltó határozatok az eshetőségek egyensúlyánál valami többet kívánnak meg, hiszen ha kétségek merülnek fel valamely összefonódásnak a közös piaccal való

összeegyeztethetősége tekintetében, azon vállalkozások érdekeinek kell érvényesülniük, amelyeknek szándékában áll az összefonódás létrehozása (Tizzano főtanácsnoknak a Bíróság C-12/03. P. sz., Bizottság kontra Tetra Laval ügyben 2005. február 15-én hozott ítéletére [EBHT 2005., I-987. o.] vonatkozó indítványának 74–79. pontja [I-992. o.]).

- 233 Hetedszer, a beavatkozók emlékeztetnek arra, hogy ha az Elsőfokú Bíróság elvégzi a jogi és ténybeli kérdések teljes felülvizsgálatát, csak a nyilvánvaló hibát vizsgálja az olyan összetett gazdasági elemzésekre vonatkozóan, mint amilyen a kollektív erőfölény létrejöttének vagy megerősödésének értékelése körében érintett (az Elsőfokú Bíróság T-342/00. sz., Petrolessence és SG2R kontra Bizottság ügyben 2003. április 3-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-1161. o.] 101. pontja). Ugyanakkor, a felperes több ízben felkérte az Elsőfokú Bíróságot, hogy az értékelését helyettesítse a Bizottságéval, azt állítva például, hogy a Bizottság megalapozatlan súlyt helyezett a termék heterogenitására és az engedményekre.
- 234 Nyolcadszor, ami a kollektív erőfölényre vonatkozó tesztet illeti, a kérdés nem az, hogy vajon a vállalkozásokat ösztönzi-e valami az összejárásra, hanem inkább az, hogy tekintettel a piac jellemzőire, van-e lehetőségük elérni és hallgatólagosan fenntartani a megállapodás feltételeit (a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, 62. pontja). Különösen fontos értékelni, hogy a piac kellően átlátható-e.

2. A felperes érveinek vizsgálata

a) A promóciós engedményekről

- 235 A beavatkozók azzal érvelnek, hogy amennyiben az árak koordinálását nem lehet elérni vagy fenntartani az aktuális nettó nagykereskedelmi árak elégséges átláthatósága nélkül, azon megállapítás, hogy a promóciós engedmények nem átláthatóak, önmagában elég a határozat alátámasztásához.

236 A határozat helyesen állapította meg a kapcsolatot egyrészt az albumok tartalmának heterogenitása, másrészt pedig a promóciós engedményekben lévő nagy eltérések között, és az átláthatóságnak abból a nettó nagykereskedelmi árakra vonatkozóan eredő hiányát (lásd a C. 4. melléklet 27. oldalát is). A feltételezett bizonyítékok azt mutatják, hogy a promóciós engedmények jelentősek mind a slágerlistákon szereplő albumok esetében, mind a zeneszámok katalógusának albumait illetően, hogy jelentősen eltérnek az album és a vevő függvényében, valamint időben, és nincsenek összehangolva a nagy kiadók között (B. 2., B. 4.-B. 14. melléklet, és „data room” bizalmas jelentés). Mivel ezen engedmények változóak, nem lehet megbízható következtetéseket levonni egyszerűen a PPD-k megfigyelésével. A kiskereskedők haszonkulcsai szintén rendkívül változóak a kiadások szerint és időben, nem teszik tehát lehetővé a nettó árak kikövetkeztetését az eladási árak alapján (lásd a B. 17. mellékletet). Továbbá a Sony és a BMG nem követte nyomon módszeresen a versenytársak eladási árait, illetve nem kaptak rendszeresen megbízható információt a kiskereskedőktől a versenytársak által kínált engedményekre vonatkozóan. Végül, az állítólagos bizonyítékok azt mutatják, hogy a lemezkiadó vállalatok nem tettek retorziós lépéseket, még az árak rendkívül ingadozó mozgásaival szemben sem, amely az egész szankció-mechanizmust megfosztja a hihetőségétől (lásd a C. 4. melléklet 5. és 10. oldalát).

b) Az összehangolás hiánya

237 A nettó átlagárakra, a PPD-kre és a számlaengedményekre vonatkozó adatok nem mutatnak összehangoltságot, legfeljebb részben hasonló változást, és nem teszik lehetővé az árak egyeztetésének megállapítását.

238 A nettó átlagárakra vonatkozó adatok a következőket mutatják: először is magas fokú összetettséget; másodsor nagy szórást és nagy változékonyságot; harmadszor a nagy kiadók rangsorában jelentős ingadozást; negyedszer a nagy kiadók áraiban nagy eltérést; ötödször a párhuzamosság hiányát.

- 239 A 100 vezető eladás nagy része a határozatban meghatározott PPD-ken kívül történt (határozat (76), (83), (90), (97) és (107) preambulumbekzdése).
- 240 Az ellenkérelem mellékleteiből (B. 4.-B. 14.) kiderül, hogy a számlaengedmények és a nettó árak erősen változtak a nagy kiadók között.

c) Az átláthatóság hiánya

- 241 A határozat nem tárt fel egyetlen meggyőző bizonyítékot sem az átláthatóságról, még az árak elemeit illetően sem, a promóciós engedményeken kívül. A határozat körültekintő megfogalmazásai csökkentik az elégséges átláthatóság hiányára vonatkozó, rejtett bizonyítékok igazi erejét. Így, azon kívül, hogy néhány országban a PPD-k se nem ismertek, se nem könnyen hozzáférhetők, a lemezkiadó vállalatoknak nincsenek pontos információik egy adott albumra valamely időpontban alkalmazott a PPD-kről. A szokásos engedmények nem elégségesen átláthatóak ahhoz, hogy hallgatólagosan egyeztessék azokat. A megkérdezett 161 kiskereskedő közül csak 5 állította azt, hogy a versenytársaknak részben tudomásuk volt a többiek engedményeiről, míg 10 az ellenkezőjét állította.

3. A határozatban nem említett különböző szempontokról

- 242 A beavatkozók úgy érvelnek, hogy a verseny potenciális torzítására vonatkozó eszmefuttatások a határozatban nem említett különböző szempontokat tekintve is megdőlnek. Először is, a Bizottság tévesen összpontosított a nettó átlagárakra akkor, amikor az összehangolás nem történhetett az átlagárak szintjén, mivel az egyedi albumok ára nem egy adott nettó átlagár elérése érdekében kerül meghatározásra, és ezen átlagot semmiképpen nem figyelhette meg a többi nagy kiadó. Az átlagok

elrejtetik az albumok egyedi áraiban rejlő jelentős eltéréseket (lásd a C. 4. melléklet 12. jegyzetét). Másodsor, a PPD-k nem szolgálnak igazodási fókuszpontokként. Minden egyes nagy lemezkiadó vállalat még a legjobb albumokra is nagyon különböző PPD-eket alkalmaz, amelyek még időben is eltérnek ugyanarra a lemezre vonatkozóan. Harmadszor, a piaci részesedések nem állandóak, és a piaci részesedés gyenge változása a nyereségesség terén való jelentős eltérésben nyilvánulhat meg.

D — *Az Elsőfokú Bíróság álláspontja*

1. Általános megállapítások

²⁴³ A felperes azt állítja, hogy a termék homogenitására, a piac átláthatóságára, az elrettentés eszközeire és a korlátozások hiányára vonatkozó megfontolások, amelyeken azon megállapítás alapszik, hogy a nagy kiadók nem rendelkeztek kollektív erőfölénnyel a zenei hangfelvételek piacán az összefonódást megelőzően, nem kellően indokoltak, nyilvánvaló mérlegelési hibát és jogban való tévedést tartalmaznak.

²⁴⁴ A felperes által felhozott különböző kifogások vizsgálatát megelőzően mindenekelőtt bizonyos észrevételeket kell megfogalmazni a kollektív erőfölény fogalmát illetően, továbbá röviden be kell mutatni a Bizottság által a vitatott következtetés elérése során követett vizsgálati módszert, valamint a kollektív erőfölény fogalma jelen esetben való alkalmazására vonatkozó, a határozatban megállapított különböző releváns tényezőket és elemeket, végül pedig pontosan meg kell határozni azon indokokat, amelyeken a határozatban a korábban fennálló kollektív erőfölény hiányára vonatkozó következtetés alapszik.

2. A kollektív erőfölény fogalma

245 A Bíróság ítélkezési gyakorlatából következik, hogy amennyiben állítólagos kollektív erőfölényről van szó, a Bizottságnak így a referenciapiac jövőre vonatkozó elemzése során értékelnie kell azt, hogy az adott összefonódás létrehoz-e olyan helyzetet, amelyben az érintett piacon fennálló tényleges versenyt jelentős mértékben akadályozzák az összefonódásban részt vevő vállalkozások és egy vagy több harmadik vállalkozás, amelyek együttesen – mindenekelőtt a közöttük fennálló korrelatív tényezők alapján – képesek arra, hogy a piacon egységes magatartást tanúsítsanak, és a többi versenytárstól, az ügyfeleiktől és végül a fogyasztóktól jelentős mértékben függetlenül járjanak el (a Bíróság C-68/94. és C-30/95. sz. Franciaország és társai kontra Bizottság, ún. „Kali & Salz” ügyben 1998. március 31-én hozott ítéletének [EBHT 1998., I-1375. o.] 221. pontja).

246 Az Elsőfokú Bíróság már megállapította, hogy a hatékony versenyt a közös piacon vagy annak jelentős részén jelentősen akadályozó kollektív erőfölény tehát létrejöhet valamely összefonódást követően, ha figyelembe véve a szóban forgó piac jellemzőit, és azon módosulást, amelyet az összefonódás megvalósulása okoz a szerkezetében, ez azzal az eredménnyel jár, hogy a közös érdekek tudatában az erőfölényben lévő oligopólium minden tagja lehetségesnek, gazdaságilag ésszerűnek és tehát ajánlatosabbnak tartja, hogy piacon huzamosan egységes magatartást tanúsítson azzal a céllal, hogy a versenyárak alatt adjon el, anélkül, hogy megállapodás megkötéséhez vagy az EK 81. cikk szerinti összehangolt magatartáshoz kellene folyamodnia, és anélkül, hogy a tényleges vagy potenciális versenytársak, illetve a vevők és a fogyasztók ténylegesen reagálhassanak (lásd ebben az értelemben az Elsőfokú Bíróság T-102/96. sz., Gencor kontra Bizottság ügyben 1999. március 25-én hozott ítéletének [EBHT 1999., II-753. o.] 276. pontját).

247 A fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 62. pontjában az Elsőfokú Bíróság – amint az kifejtésre került a határozat (68) preambulumbekézdésében – megállapította, hogy a következő három feltétel szükséges az ekként meghatározott kollektív erőfölény létrejöttéhez. Először is, a piacnak kellően átláthatónak kell lennie ahhoz, hogy a magatartásukat összehangoló

vállalkozások kellő mértékben ellenőrizhessék, hogy az összehangolás részletszabályait betartják-e. Másodsor, a fegyelem megköveteli, hogy létezzen valamilyen formájú elrettentési mechanizmus eltérő magatartás esetére. Harmadsor, az egyeztetésben részt nem vevő vállalkozások, mint például az aktuális és a lehetséges versenytársak, valamint a fogyasztók reakciója ne kérdőjelezze meg az egyeztetéstől várt eredményeket.

248 Egyebekben a Bíróság (a fenti 245. pontban hivatkozott Kali & Salz ügyben hozott ítélet 222. pontja), és az Elsőfokú Bíróság ítélkezési gyakorlatából (a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 63. pontja) az következik, hogy a kollektív erőfölényt illetően a Bizottság által az összefonódás ellenőrzésének keretében elvégzendő, jövőre vonatkozó elemzés szükségessé teszi mindenekelőtt azon körülmények részletes vizsgálatát, amelyek az adott esettől függően relevánsnak mutatkoznak annak az értékelésekor, hogy az összefonódás milyen hatásokat gyakorol a referenciapiacra fennálló versenyre, és hogy a Bizottság feladata meggyőző bizonyítékokkal szolgálni.

249 Meg kell jegyezni, amint az a fent kifejtett indokok szövegéből is kiderül, hogy ezen ítélkezési gyakorlatot a kollektív erőfölény összefonódás általi létrehozatala kockázatának értékelése keretében dolgozták ki, és nem – amint az a jelen jogalap első részével összefüggésben felmerül – az erőfölény fennállása meghatározásának keretében.

250 Ugyanakkor, ugyan az ilyen helyzet létrejötte kockázatának mérlegelése érdekében a Bizottság elvileg kénytelen kényes előrejelzést tenni a piac és a versenyfeltételek valószínű fejlődését illetően a jövőre vonatkozó elemzés alapján – ami összetett gazdasági elemzésekkel jár, amelyeket illetően a Bizottság széles diszkrecionális lehetőséggel rendelkezik –, magának a kollektív erőfölény fennállásának megállapítása a határozat meghozatalának időpontjában fennálló helyzet konkrét elemzésén alapszik. A kollektív erőfölény fennállása megállapításának szilárd, múltbeli vagy jelenlegi tények sorozatán kell alapulnia, amelyek a verseny jelentős akadályozásáról

tanúskodnak azon oknál fogva, hogy bizonyos vállalkozások együttesen képesek arra, hogy a piacon egységes magatartást tanúsítsanak a többi versenytárstól, az ügyfeleiktől és végül a fogyasztóktól jelentős mértékben függetlenül.

251 Ebből következik, hogy a kollektív erőfölény fennállásának mérlegelése keretében az Elsőfokú Bíróság által a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítéletben megállapított, a kollektív erőfölény fogalmának elméleti elemzéséből kikövetkeztetett három feltétel ugyan természetesen szintén szükséges, adott esetben azonban közvetve is megállapíthatók az esetlegesen nagyon heterogén, a kollektív erőfölény fennállásával járó jelekre, megnyilvánulásokra és jelenségekre vonatkozó jelek és bizonyítékok összessége alapján.

252 Így különösen az árak hosszú ideig történő szoros összehangolása, főleg, ha verseny feletti szinten helyezkednek el, a kollektív erőfölény egyéb tipikus tényezőivel összekapcsolva más ésszerű magyarázat hiányában elég lehet a kollektív erőfölény fennállásának bizonyításához, még akkor is, ha nincs közvetlen meggyőző bizonyíték a piac erős átláthatóságára vonatkozóan, figyelembe véve, hogy az utóbbi ilyen körülmények között feltételezhető.

253 Ebből következik, hogy a jelen esetben mind a bruttó, mind a nettó árak összehangolása az utóbbi hat évben – pedig a termékek nem azonosak (minden egyes lemeznek különböző a tartalma) –, valamint a kereslet jelentős csökkenése ellenére egy eléggé állandó, és magasnak érzékelt szinten való fenntartásuk a Bizottság által a határozatban megállapított egyéb tényezőkkel összekapcsolva (az oligopóliumban lévő vállalkozások ereje, piaci részesedések stabilitása stb.) más magyarázat hiányában azt sugallhatják, vagy arra utaló jelet alkothatnak, hogy az árak összehangolása nem a hatékony verseny rendes működésének az eredménye, és hogy a piac kellően átlátható, mivel lehetővé tette az árakról való hallgatóságos megállapodást.

254 Azonban, mivel a felperes inkább a kollektív erőfölényhez megkövetelt, a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítéletben megállapított különböző feltételek, és különösen a piac átláthatóságára vonatkozó feltétel téves alkalmazására alapozta az érvelését, mintsem azon feltevésre, amely szerint a kollektív erőfölényre jellemző egyéb tényezők sorának meglétéhez kapcsolódó, hosszú időn keresztül való közös politika megállapítása bizonyos körülmények között és más magyarázat híján elég lehet ilyen erőfölény fennállásának bizonyításához – szemben annak létrejöttével –, anélkül, hogy szükség lenne a piac átláthatóságának pozitív megállapítására, az Elsőfokú Bíróság a felhozott jogalapok vizsgálatának keretében annak ellenőrzésére szorítkozik, hogy a határozat helyesen alkalmazta-e az Airtours ítélezési gyakorlatból eredő feltételeket. Ugyanis, akár anélkül, hogy szükséges lenne megvizsgálni azon kérdést, hogy az ellentétes hozzáállás a jogvita felek által meghatározott keretének túllépésére vezetné-e az Elsőfokú Bíróságot, vagy egyszerű jogalkalmazásnak minősülne a felperes által felhozott jogalap keretében, e lépés elkerülhetetlen a kontradiktórius eljárás elve alapján, mivel e kérdést nem vitatták meg az Elsőfokú Bíróság előtt.

3. A Bizottság határozata

255 A határozatnak az első jogalap megvizsgálása szempontjából releváns elemei a következőképpen foglalhatók össze.

256 A Bizottságnak a különböző termék- és földrajzi piacokra vonatkozó megállapításait nem vitatják a felek. A Bizottság a határozata (12) preambulumbekzdésében úgy vélte, hogy „nem [volt] szükséges meghatározni, hogy létezik-e műfajok alapján elkülönült termékpiac, és létezik-e a válogatások alapján elkülönült termékpiac. A (15) preambulumbekzdésben megállapította, hogy a szóban forgó földrajzi piacok nemzetinek [voltak] tekinthetők.

- 257 Szintén nem vitatott, hogy a különböző nemzeti piacok oligopolisztikus szerkezetűek voltak az öt nagy kiadóval, amelyek országonként a piac 72–93%-át, valamint számos jelentősen kisebb lemezkiadó vállalkozással (a továbbiakban: független lemezkiadók), amelyek a piac körülbelül 15–20%-át birtokolják.
- 258 Az öt nagy kiadó jellemzői továbbá: először is az egész világra kiterjedő jelenlét, másodsor részleges vertikális integráció, harmadszor upstream beruházás a zenekiadás terén, valamint a rádiózás és az online zene felhasználásának piacán, negyedszer jelentős pénzügyi hatalom, amely lehetővé teszi számukra, hogy vonzóbb pénzügyi előnyöket kínáljanak a művészeknek, ötödször pedig a szerződéses művészek kiterjedt és változatos portfóliója, és a már kiadott számok jelentős katalógusa.
- 259 Egyebekben a kereslet változása azt mutatja, hogy az értékesítés 1999 óta hanyatlóban van (13%-os csökkenés az EGT-ben 1999 és 2002 között, és több mint 7%-os csökkenés 2002 és 2003 között). Az árak azonban elég stabilak maradtak. A Bizottság piaci vizsgálata az eladások ezen csökkenésére az összefonódásban részt vevő felek által felhozottakon kívül egyéb magyarázatokra is rámutatott, vagyis: a CD-k árainak – magasnak érzékelt – szintje, általában véve a gazdasági tevékenység lelassulása, a lemezkiadó vállalatok képtelensége a fogyasztók ízlésének kielégítésére, a minőségi tartalom és az újító művészek hiánya, valamint a lemezkiadó vállalatok képtelensége, hogy alkalmazkodjanak az internet technológiai kihívásához.
- 260 Ami a Bizottság által követett módszertant illeti, a határozat (69) preambulumbekzdésében kifejti, hogy a kollektív erőfölény fennállásának megállapítása érdekében a Bizottság megvizsgálta, hogy az utóbbi három vagy négy évben az öt nagy kiadó folytatott-e ténylegesen egyeztetett árpolitikát.

- 261 E célból először is a Bizottság elemezte mindegyik lemezkiadó vállalatnak a teljes zeneeladásuk minimum 70–80%-át kitevő, legtöbbet eladott 100 kislemeze nettó átlagárainak negyedéves változását az öt legnagyobb tagállamban, mivel a Bizottság azon a véleményen van, hogy az átlagárak jó eszközt jelentenek annak megállapításához, hogy a nagy lemezkiadó vállalatoknak van-e párhuzamos magatartásuk az árak terén. A Bizottság így megvizsgálta a nettó átlagárak, a katalógusárak, a bruttó és nettó árak arányának változását, valamint a számlaengedményeket és a visszamenőleges engedményeket (a határozat (72) preambulumbekzdése).
- 262 Másodszor, a Bizottság megvizsgálta azon eshetőséget, amely szerint az átlagárak párhuzamossága alapján a katalógusárak fókuszpontokként szolgálhattak az árak egyeztetéséhez.
- 263 Harmadszor, a Bizottság tanulmányozta, hogy a különböző nagy lemezkiadó vállalatok által adott engedmények összehangoltak és kellően átláthatók voltak-e ahhoz, hogy lehetővé tegyék az árakra vonatkozó bármilyen megállapodás hatékony vizsgálatát, a nettó árak szintjén is (a határozat (73) preambulumbekzdése).
- 264 A Bizottság által így mind az öt országot illetően szinte azonos kifejezésekkel megített megállapítások ekként foglalhatók össze:
- a Bizottság kimondja, hogy „a tényleges nettó átlagárak bizonyos párhuzamosságát és a [n]agy kiadók árainak eléggé összehasonlítható alakulását állapította meg”, de hogy „[e]zen észrevételek önmagukban nem voltak kellően meggyőzőek ahhoz, hogy megfeleljenek annak bizonyítására, hogy a [n]agy kiadók egyeztettek az áraikat a múltban”; „[e]zért a Bizottság megvizsgálta ezután, hogy további elemek, vagyis a katalógusárak és az engedmények összehangoltak és eléggé átláthatók voltak-e ahhoz, hogy elegendő bizonyítékkal szolgáljanak az egyeztetés fennállásának bizonyításához”;

- a Bizottság „talált bizonyos bizonyítékokat, amelyek szerint a PPD-eket alapként használhatták a [n]agy kiadók árainak összehangolásához”. Mindegyik nagy lemezkiadó vállalat a katalógusárai közül hárommal érte el 2003-ban a kislemezek 100 vezető nettó eladása összességének országonként több mint 55–80%-át. A Bizottság tehát úgy véli, hogy „[e]zen észrevételek fényében a legtöbbet eladott albumok katalógusárai inkább összehangoltnak tűnnek” (Egyesült Királyság, Franciaország és Olaszország, illetve bizonyos mértékben összehangoltak Németországban és Spanyolországban);

- a Bizottság egyebekben megállapította, hogy a PPD-k eléggé átláthatóak voltak, hiszen a nagy kiadók katalógusaiban szerepelnek. Lehetségesnek látszik tehát más nagy kiadók katalógusárait ellenőrizni;

- a nettó eladási árak szorosan összefüggnek a bruttó árakkal (PPD), tekintetbe véve a Sony és a BMG bruttó átlagárainak és tényleges nettó átlagárainak párhuzamos alakulását ebben az utóbbi hat évben, valamint a nettó árak és a bruttó árak arányának mindenkori nagy stabilitását, az összes albumot összevetve;

- a Bizottság azonban a különböző nagy kiadóvállalatok által alkalmazott engedmények szintjének bizonyos eltérését állapította meg, valamint a Sony és a BMG számlaengedményei közötti 2–5 százalékpontos különbségeket a tíz fő ügyfelük nagy részét illetően, és több mint 5 százalékpontos különbségeket bizonyos vevők esetében bizonyos években (a helyzet kissé eltér a francia piacon);

- az összefonódásban részt vevő felek olyan adatokat közöltek, amelyek azt mutatják, hogy a számlaengedmények egy adott vevőt illetően időben és albumonként változtak, valamint hogy az egy adott albumra adott engedmények vevőnként ingadoztak. A piacon elvégzett vizsgálat azt mutatta, hogy ezen ingadozások lényegében a szokásos engedményeknél – amelyeket általában

évente állapítanak meg – rugalmasabban alkalmazott promóciós engedményekből erednek. Ezen észrevételek alapján nem lehet kimutatni, hogy a számlaengedmények kellően összehangoltak az összefonódásban részt vevő felek között (a helyzet kissé eltér Franciaországot illetően);

- ami az engedmények átláthatóságát illeti, az ügyfeleknek a Bizottság által a piacon végzett vizsgálatra adott válaszaik többségükben azt mutatták, hogy a nagy kiadóknak bizonyos mértékben tudomásuk volt a versenytársaik által adott szokásos engedményekről, tekintettel az ugyanazzal a vevőkörrel való állandó kapcsolatukra. Úgy tűnik azonban, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények, és hogy az ellenőrzésük az e típusú engedmények kiskereskedelmi piacon való változásának pontos vizsgálatát is igényli. Bár megállapította, hogy mind a Sony, mind a BMG felállította az értékesítőik által készített heti jelentések rendszerét, a Bizottság nem tudta bizonyítani, hogy e jelentések biztosítják a versenytársak által adott promóciós engedmények elegendő mértékű átláthatóságát.

²⁶⁵ A Bizottság ebből továbbá arra következtetett a határozat (109) preambulumbekzdésében, hogy „mivel a nagy kiadók árának az öt fő tagállamban történt változásának részletes elemzése a megállapodás bizonyos jeleit tárta fel, amelyek önmagukban nem elegendők a kollektív erőfölény fennállásának bizonyításához, a Bizottság tovább folyt[ta] az elemzést annak meghatározása érdekében, hogy a zenei hangfelvételek piaci mutatnak-e az e típusú erőfölény előmozdítására jellemző sajátosságokat”.

²⁶⁶ E célból a Bizottság megvizsgálta a termék homogenitását (a megtámadott határozat (110) preambulumbekzdése), a piac átláthatóságát (a határozat (111)–(113) preambulumbekzdése), és a retorziós eszközökre vonatkozó gyakorlatot (a határozat (114)–(118) preambulumbekzdése).

- 267 Ami a termék homogenitását illeti, a Bizottság megállapította, hogy a tartalom heterogenitása és az árakra gyakorolt hatásai csökkentik az átláthatóságot a piacon, és nehezebbé teszik a hallgatólagos megállapodásokat, hiszen ezek bizonyos ellenőrzést igényelnek az egyedi termékek, azaz az album szintjén.
- 268 A piac átláthatóságára vonatkozóan a Bizottság úgy vélte, hogy a nagy kiadóknak a bestseller albumok közül csak korlátozott számú album referenciaárát kell ellenőrizniük az eladások zömének nyomon követése érdekében. A Bizottság azonban megállapítja, hogy az album szintjén szintén szükséges az ellenőrzés, különösen a promóciós engedményekre vonatkozóan, és hogy e szükségesség még nehezebbé teheti a hallgatólagos megállapodásokat (a határozat (111) preambulumbekzdése)
- 269 Ami a retorziós intézkedéseket illeti, a határozat (118) preambulumbekzdése megállapítja, hogy a Bizottság nem talált bizonyítékot ilyen intézkedések alkalmazására vonatkozóan a múltban, amely a kollektív erőfölény bizonyítékának minősülne.
- 270 Anélkül, hogy a határozat ezen szakaszában a kollektív erőfölénynek az öt nagy országban való fennállására vonatkozó következtetést fogalmazott volna meg, a Bizottság a továbbiakban a kis országok piacának vizsgálatát folytatta le, és hasonló megállapításokat tett.
- 271 Különösen megjegyezte, hogy magas szintű párhuzamosság áll fenn a különböző nagy kiadók PPD-i között. Megállapította, hogy akárcsak a nagy országokban, a legfontosabb alkalmazott engedmények a szokásos engedmények. A számlaengedmények nem szabványosítottak, és nyilvánosságra sincsenek hozva, továbbá az átláthatóság csökkentésére vezetnek. Figyelembe véve a számlaengedmények és az azok közötti eltérések jelentőségét, a Bizottság nem talált elegendő bizonyítékot annak bizonyításához, hogy a nettó átlagárak párhuzamossága a nagy kiadók közötti hallgatólagos megállapodásnak lenne betudható, még ha a PPD-k jelentősen igazodnak is egymáshoz, és hogy ez utóbbiakat elvileg alapként használhatták a hallgatólagos megállapodáshoz (a határozat (150) preambulumbekzdése).

272 Továbbá, a termék homogenitására, a piac átláthatóságára és a retorziós eszközökre a nagy országokat illetően vonatkozó megállapítások érvényesek az EGT kis országaira is.

273 A Bizottság ebből a (153) preambulumbekzdésben arra következtet, hogy „ilyen körülmények között nem áll fenn elég bizonyíték azon következtetéshez, hogy a [kis országokban] a [nagy kiadók] kollektív erőfölénye áll fenn a zenei hangfelvételek nemzeti piacain”.

274 A fenti megállapítások alapján a Bizottság (154) preambulumbekzdésben arra a következtetésre jutott, hogy nem áll fenn elég bizonyíték annak bizonyításához, hogy a tervezett összefonódás a kollektív erőfölény megerősödését vonná maga után a zenei hangfelvételek piacain az EGT-országok valamelyikében.

275 Az előzőből következik, hogy a termék homogenitására, a piac átláthatóságára, valamint a retorziós intézkedésekre tekintettel következtetett a Bizottság a kollektív erőfölény hiányára.

276 Ezt erősíti meg a (157) preambulumbekzdés, amely a következőt jelenti ki:

„[...] amint a kollektív erőfölény megerősödésére vonatkozó részben megvizsgálásra került, a zenei hangfelvételek piaci bizonyos olyan jellemzőket mutatnak, amelyek megengedhetik a kollektív erőfölény létezésének kedvező feltételek jelenlétének feltételezését. Ugyanakkor, a Bizottság nem talált elég bizonyítékot annak bizonyításához, hogy a [nagy kiadók] a múltban kollektív erőfölénnyel rendelkeztek;

ez többek között a tényleges átláthatóság szintjén megállapított hiányosságoknak, a termék részben heterogén jellemzőinek és a múltbeli retorziós intézkedések létezéséről tanúskodó bizonyítékok hiányának tulajdonítható”.

277 E megállapítások fényében meg kell vizsgálni a felperes által felhozott különböző kifogásokat.

4. Átláthatóság

a) Az indokolás elégtelenségére alapított kifogásról

278 A felperes lényegében azt állítja, hogy a határozat nem fejt ki a jogilag megkövetelt módon azon okokat, amelyek miatt az engedmények, különösen a promóciós engedmények gátolják a kollektív erőfölény kifejlődésének lehetővé tételéhez szükséges átláthatóságot.

279 Előzetesen emlékeztetni kell arra, hogy az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az EK 253. cikk által megkívánt indokolásnak a szóban forgó aktus természetéhez kell igazodnia, és világos és egyértelmű módon ki kell tűnnie belőle az aktust kibocsátó intézmény gondolatmenetének, úgy, hogy az érdekelt megismerhessék a meghozott intézkedést alátámasztó indokokat, illetve hogy a hatáskörrel rendelkező bíróság gyakorolhassa felülvizsgálatát. Az indokolási követelményét az adott ügy körülményeihez, különösen a jogi aktus tartalmához, a hivatkozott indokok természetéhez, és ahhoz az érdekhöz mérten kell megítélni, amelyet a címzettek vagy más, a jogi aktus által közvetlenül és személyükben érintett személyek a magyarázataból kaphatnak (lásd a Bíróság C-367/95. P. sz., Bizottság kontra Sytraval és Brink's France ügyben 1998. április 2-án hozott ítéletének [EBHT 1998., I-1719. o.] 63. pontját, és a hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).

- 280 Azt a kérdést, hogy valamely jogi aktus indokolása kielégíti-e az EK 253. cikk elvárásait nemcsak a megszövegezésből, hanem a szövegösszefüggésből és az érintett tárgyat meghatározó jogszabályok összessége alapján kell megállapítani (a Bíróság C-56/93. sz., Belgium kontra Bizottság ügyben 1996. február 29-én hozott ítéletének [EBHT 1996., I-723.o.] 86. pontja, és az Elsőfokú Bíróság T-290/94. sz., Kaysersberg kontra Bizottság ügyben 1997. november 27-én hozott ítéletének [EBHT 1997., II-2137. o.] 150. pontja).
- 281 Ha a Bizottság valamely összefonódást a rendelet 6. cikke (1) bekezdésének b) pontja alapján a közös piaccal összeegyeztethetőnek nyilvánít, az indokolási kötelezettséghez képest szükséges és elégséges feltétel, hogy e határozat világos és egyértelmű módon kifejtse azon okokat, amelyek miatt a Bizottság úgy véli, hogy a vitatott összefonódás nem vet fel komoly kétségeket a közös piaccal való összeegyeztethetőségét illetően. E kötelezettségből azonban nem lehet arra következtetni, hogy egy ilyen feltételezett esetben a Bizottság köteles minden olyan jogi és ténybeli elemnek az értékelésére vonatkozóan indokolással szolgálni, amely esetleg összefüggésben áll a bejelentett összefonódással, és/vagy amelyet a közigazgatási eljárás során hoztak fel (lásd a fenti 231. pontban hivatkozott Verband der freien Rohrwerke és társai kontra Bizottság ügyben hivatkozott ítélet 185. pontját, és a hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).
- 282 Mindenekelőtt meg kell vizsgálni a felperes által hangsúlyozott azon körülmény hatását, hogy a Bizottság a kifogásközlésben nagyon markáns módon arra következtetett, hogy az összefonódás összeegyeztethetetlen volt a közös piaccal többek között azon okból, hogy a tervezett összefonódást megelőzően kollektív erőfölény létezett, és hogy a zenei hangfelvételek piaca nagyon átlátható és az egyeztetésnek kedvező volt.
- 283 A Bizottság álláspontjának ezen alapvető hirtelen megváltozása természetesen meglepőnek tűnhet, különösen tekintettel azon késedelemre, amellyel bekövetkezett. Ugyanis amint kiderül az aktából és az Elsőfokú Bíróság előtti vitákból, a Bizottság az egész közigazgatási eljárás során, az öthónapos vizsgálat során mind a piac különböző szereplőitől, mind az összefonódásban részt vevő felektől kapott információk összessége alapján úgy vélte, hogy a piac kellően átlátható volt az árakban való hallgatóságos megállapodás lehetővé tételéhez, és csak az össze-

fonódásban részt vevő, a gazdasági tanácsadók által segített felek által a 2004. június 15. és 16-i meghallgatáson kifejtett érvelést követően – a piacra vonatkozó újabb vizsgálatok lefolytatása nélkül – fogadta el az ellentétes álláspontot, és küldte el 2004. július 1-jén a határozattervezetet a konzultációs bizottságnak.

284 Amint azonban arra a Bizottság jogosan hivatkozik, az ítélkezési gyakorlatból (a fenti 105. pontban hivatkozott BAT és Reynolds kontra Bizottság ügyben hozott ítélet) következik, hogy ha a Bizottság a Szerződés [81]. és [82]. cikkének végrehajtásáról szóló első, 1962. február 6-i 17. rendelet (HL 1962. L 13., 204. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 3. o.) 3. cikke alapján benyújtott kérelmet elutasít, elég kifejtetni azon indokokat, amelyek miatt nem tartotta lehetségesnek a versenyjogi szabályok megsértése fennállásának megállapítását, anélkül, hogy köteles lenne megmagyarázni az esetleges különbségeket a kifogásközléséhez képest, amely olyan előkészítő dokumentumnak minősül, amelynek a megállapításai tisztán ideiglenesek, és amelynek a célja közigazgatási eljárás tárgyának behatárolására az ezen eljárás tárgyát képező vállalkozásokkal szemben, illetve hogy köteles lenne megvitatni a közigazgatási eljárás során tárgyal minden ténybeli és jogkérdést. A fenti 228. pontban hivatkozott Aalborg Portland és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítéletében a Bíróság emlékeztetett a kifogásközlés ideiglenes jellegére, és a Bizottság azon kötelezettségére, hogy figyelembe vegye a közigazgatási eljárásból eredő elemeket, különösen annak érdekében, hogy elálljon a megalapozatlannak bizonyuló kifogásoktól.

285 Természetesen észre kell venni, hogy ezen ítélkezési gyakorlat az EK 81. és EK 82. cikk végrehajtási eljárásaival kapcsolatban került kidolgozásra, és nem az összefonódások ellenőrzésének speciális területén, amelynek a keretében a bizottság általi döntéshozatalt meghatározó kötelező határidők betartása nem teszi lehetővé számára a vizsgálata meghosszabbítását, ezáltal a közigazgatási eljárás előrehaladtával egyre kevésbé téve valószínűvé az álláspontja alapvető megváltoztatását. A Bizottság a végső észrevételeiben egyébként hangsúlyozta, hogy a meghallgatást követő vizsgálati intézkedések lényegében a piaci szereplőkkel a javasolt kötelezettségvállalásokkal kapcsolatos konzultációkból állnak, és nem vonatkoznak a bejelentett összefonódással szemben megfogalmazott kifogásokra. Az is igaz azonban, hogy a kifogásközlés csak előkészítő jogi aktus, és hogy a végleges határozatot csak a tervezett összefonódásnak a referenciapiacokon fennálló versenyre gyakorolt hatásai értékelése szempontjából releváns körülmények és elemek összességéhez képest kell indokolni. Ebből következik, hogy azon egyedüli

körülmény, hogy a Bizottság nem magyarázta meg a határozatban az álláspontjának a kifogásközlésben foglalthoz képesti módosulásait, mint olyan, nem valósíthatja meg az indokolás hiányát vagy elégtelenségét.

286 Egyebekben a Bizottság azon ítélezési gyakorlatra is hivatkozik, amely szerint, ha egy összefonódás csak nagyon korlátozott mértékben módosítja egy adott piac versenyhelyzetét, nem köteles külön indokolással szolgálni e kérdésre vonatkozóan, továbbá nem sérti meg az indokolási kötelezettségét sem, ha nem foglal bele a határozatba pontos indokolást az összefonódás néhány olyan szempontjának megítélését illetően, amelyek számára nyilvánvalóan oda nem illőnek vagy jelentéktelennek tűnnek. Ha e kijelentések igazak is ugyan, meg kell azonban állapítani, hogy nem bírnak jelentőséggel a jelen kifogás keretében. Ugyanis, egyrészt a jelen kifogás nem az összefonódás által kiváltott korlátozott módosulással áll kapcsolatban, hanem az azt megelőzően fennállt helyzettel, másrészt pedig nem vitatható, hogy a piac elégséges átláthatóságának hiánya lényeges, vagy akár az egyetlen olyan indoknak minősül, amelyen a korábban létező kollektív erőfölény hiányának vitatott megállapítása alapszik.

287 Ezen előzetes megjegyzések tükrében meg kell vizsgálni, hogy a határozat tartalmazza-e azon megállapítás elegendő indokolását, amely szerint a piac nem kellően átlátható az árak összehangolásának megengedéséhez.

288 A piac átláthatósága kérdésének vizsgálata egy ad hoc rész tárgyát képezi a határozat (111)–(113) preambulumbekzdésében. Úgy tűnik azonban, hogy a határozat fejtegetéseket tartalmaz az átláthatóságra vonatkozóan a nagy kiadóknak az öt nagy tagállamban való közös árpolitikája vizsgálatára vonatkozó részben is a (69)–(108) preambulumbekzdésben, amelyre az ad hoc rész hivatkozik, valamint a kollektív erőfölény kis országok piacain való fennállásának megítélésére vonatkozó részben a (148)–(153) preambulumbekzdésben, amelyre az ad hoc rész nem tesz utalást. Egymást követően kell tehát megvizsgálni az e három részben kifejtett indokokat.

289 Ami az ad hoc részt illeti, előzetesen meg kell jegyezni, hogy csak három preambulumbekendést tartalmaz, holott az átláthatóság a jelen esetben a határozat, és még inkább a Bizottság által az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban védett álláspont szerint is azon lényeges, vagy akár egyetlen olyan indokot jelenti, amelyen azon megállapítás alapszik, hogy a zenei hangfelvételek piacain nem létezik kollektív erőfölény. Azt is meg kell állapítani, hogy nincs olyan következtetés, hogy a piac nem átlátható, sem legalábbis nem kellően átlátható a hallgatólagos megállapodás lehetővé tételéhez. Legfeljebb az kerül megállapításra, egyrészt a (111) preambulumbekendés végén, hogy az album szintjén elvégzendő ellenőrzés szükségessége különösen a promóciós engedmények esetében „csökkentheti az átláthatóságot a piacon, és nehezebbé teheti a hallgatólagos megállapodásokat”, másrészt pedig a (113) preambulumbekendés végén, hogy a „Bizottság azonban nem talált elég bizonyítékot annak igazolásához, hogy a lemezkiadó vállalatok a kiskereskedelmi árak ellenőrzésével, illetve a kiskereskedőkkel való ezen kapcsolatok felhasználásával a múltban eltüntethették az öt nagy tagállammal kapcsolatban hivatkozott átláthatósági deficitet a promóciós engedmények terén”. Nyilvánvalóan az ilyen homályos, a promóciós engedmények jellegére, az alkalmazhatóságuk körülményeire, az átláthatatlansági mértékükre, az ingadozásukra vagy az árak átláthatóságára gyakorolt hatásukra vonatkozóan legkevesébé sem pontosított kijelentések nem indokolhatják jogilag megkövetelt módon azon megállapítást, amely szerint a piac nem kellően átlátható a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez.

290 Kiderül továbbá, hogy a fent említett két részleten kívül a határozat (111)–(113) preambulumbekendésében megállapított összes tényező egyáltalán nem bizonyítja a piac átláthatatlanságát, hanem ellenkezőleg, annak átláthatóságát teszik nyilvánvalóvá.

291 A (111) preambulumbekendésben így a Bizottság megállapítja a referenciaárak korlátozott számát és azon tény, hogy a nagy kiadóknak a legtöbbet eladott album közül csak korlátozott számú referenciaárát kell ellenőrizniük ahhoz, hogy az eladások nagyját nyomon kövessék, mivel a 20 vezető album az éves eladásoknak legalább a felét teszi ki minden országot egybevetve.

292 Továbbá a (112) preambulumbekzdés kifejti, hogy „léteznek a piacon egyéb olyan eszközök, amelyek növelik az átláthatóságot, és megkönnyíthetik valamely megállapodás betartásának ellenőrzését”. Ezek között szerepel először is a heti slágerlisták közzététele, amelyek információkkal szolgálnak a zeneszámonkénti eladásokról, és lehetővé teszik azon zeneszámok nagyon könnyű kiszűrését, amelyekből „sláger” lesz, amely – amint megmagyarázza – „jelentősen megkönnyíti a nagy lemezkiadó vállalatok általi ellenőrzését.” A Bizottság kifejti továbbá, hogy a zenei hangfelvételek piacának jellege olyan, hogy ahhoz, hogy „egy zenei kiskereskedő gazdaságilag sikeres legyen, minden nagy kiadóvállalat termékeit ajánlania kell”, és hogy az „ágazatot tehát a kiskereskedők és nagy lemezkiadó vállalatok közötti stabil és tartós kapcsolatok jellemzik”. A Bizottság itt azt is megállapítja, hogy „[t]ovábbá, a [nagy kiadók] zenei hangfelvétel-eladásainak jó része korlátozott számú vevő felé irányul”, és ebből arra következtet, hogy „[e] kisszámú szereplő piaci jelenlétével jellemzett helyzet a nagy lemezkiadó vállalatok érdekeit szolgáló együttműködési stratégiák elfogadásának kedvez, mivel megkönnyíti az információk ellenőrzését és áramlását.”

293 Meg kell állapítani továbbá, hogy az átláthatóságot növelő, és a megállapodások betartásának ellenőrzését megkönnyítő eszközök és tényezők ezen felsorolása a piac átláthatóságára vonatkozó ad hoc rész utolsó preambulumbekzdésében történik. A Bizottság a (113) preambulumbekzdésben kijelenti ugyanis, hogy egy „másik átláthatósági forrás a kiskereskedelmi piac ellenőrzése”. E tekintetben kifejti, hogy „[a] piaci vizsgálat megállapította, hogy a Sony és a BMG [felállították] a heti jelentések rendszerét [...], amely információkat tartalmaz a versenytársaikra vonatkozóan is”. A Bizottság végül megállapítja, hogy a vizsgálat „azt is megerősítette, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok értékesítői rendszeres és állandó kapcsolatot tartottak a kiskereskedőkkel és a nagykereskedőkkel, mivel a támogatásokra és promóciós engedményekre vonatkozó tárgyalások gyakran heti alapon folytak.”

294 Az előzőből következik, hogy a határozatnak az átláthatóság vizsgálatának szentelt ad hoc részében a Bizottság nemcsak hogy nem jutott azon következtetésre, hogy a piac átláthatatlan volt, vagy legalábbis nem volt kellően átlátható a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez, hanem ezen kívül csak azon tényezőket vette figyelembe, amelyek megteremthetik a piac nagymértékű átláthatóságát és megkönnyíthetik valamely összejárás betartásának ellenőrzését, kivéve azon, eléggé

korlátozott és meg nem alapozott állítást, hogy a promóciós engedmények csökkenthetik az átláthatóságot és nehezebbé tehetik a hallgatólagos megállapodásokat. Meg kell állapítani, hogy ez a rész önmagában nyilvánvalóan nem tekinthető azon állítás jogilag megkövetelt módon történő indokolásának, amely szerint a piac nem kellően átlátható.

295 Ezután meg kell vizsgálni, hogy szerepel-e ilyen indokolás a nagy kiadók közös árpolitikájának elemzésére vonatkozó részben.

296 Előzetesen hasznos felidézni, hogy a követett módszer és a megtett megállapítások – nagyon enyhe eltérések fenntartásával – azonosak az öt nagy ország piacán, oly módon, hogy az Egyesült Királysággal kapcsolatban tett következő megállapítások *mutatis mutandis* érvényesek mind az öt nagy piacra.

297 A tényleges nettó árak részben hasonló alakulásának és az Egyesült Királyságban a nagy kiadók árai hasonló alakulásának megállapítása után a Bizottság a határozat (75) preambulumbekkezdésében megállapítja, hogy a továbbiakban megvizsgálta, hogy a további elemek, vagyis a katalógusárak és engedmények összehangoltak és átláthatóak voltak-e ahhoz, hogy elegendő bizonyítékkal szolgáljanak az egyeztetés bizonyításához.

298 Előzetesen meg kell jegyezni, hogy a jelen részben a Bizottság annak megvizsgálására törekszik, hogy a nagy kiadók magatartása bizonyíthatja-e az egyeztetés létezését. Ugyanakkor a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban több ízben hangsúlyozta annak szükségességét, hogy ne keverjék össze a piaci szereplők közös politikáját a piac átláthatóságával, pontosítva, hogy még az alkalmazott feltételek alapvető összehangolása sem lenne olyan, ami bizonyítja a piac átláthatóságát. Ebből következik, hogy még a Bizottság feltevése szerint is a nagy kiadóknak az árak és az engedmények terén való gyakorlatára vonatkozó megállapítások nem bírnak jelentőséggel a piac átláthatóságának megítélése szempontjából. Ilyen körülmények között az e részbe foglalt észrevételeknek nem kellene lehetővé tenniük az indokolás

fent megállapított elégtelenségének pótlását. Mivel e feltevés azonban nem felel meg a határozatnak, az Elsőfokú Bíróság szükségesnek tartja annak megvizsgálását, hogy az e részben tett megállapítások szolgálhatnak-e kellő indokolással a piac átláthatóságának hiányára vonatkozó megállapítást illetően.

299 Ami először is a PPD-ket illeti, a Bizottság megállapította, hogy minden nagy lemezkiadó vállalat a három fő PPD-jével érte el 2003-ban a kislemezek 100 vezető nettó eladása összességének több mint 80%-át, és hogy ráadásul 17 pennys ársávban (8,98 és 9,15 GBP között) található egy vagy két PPD a 100 vezető eladás több mint 47%-át tette ki (a számok eléggé hasonlóak a többi nagy országban; mivel a 0,36 eurós ársávban – 12,55 és 12,91 euró között – található egy vagy kettő PPD például a 100 legjobb eladás több mint 60%-át tette ki Olaszországban). A Bizottság ebből arra következtetett, hogy „a bestseller albumok katalógusárai inkább összehangoltak tűnnek”. Meg kell állapítani, hogy ez legalábbis óvatos megállapítás, mivel az igazodás tényleg nagyon markáns.

300 Másfelől e tekintetben meg kell jegyezni, hogy a kifogásközlésben a Bizottság nem azt állapította meg, hogy az árak egyszerűen „inkább összehangoltak” voltak, hanem hogy „lényegesen összehangoltak” voltak (a kifogásközlés 82. pontja szerint „a PPD-ket egymáshoz nagyon közel helyezték”, és a 87. pont „jelentős igazodást” állapít meg). Ami a 20 legtöbbet eladott lemezt illeti, a Bizottság még a majdnem teljes igazodást is megemlítette (lásd a kifogásközlés 85. és 86. pontját), az elemzés ezen elemét azonban nem ismételte meg a határozatban, annak ellenére, hogy a tárgyaláson e tekintetben megkérdezett Bizottság nem állította, hogy az elemzés pontatlan volt, illetve nem tudta megmagyarázni az elemzés ezen eleme kihagyásának az okait. Továbbá, a határozat (72) preambulumbekézése már csak négy olyan elemet említ, amelyeken a közös árpolitika alapszik, pedig a kifogásközlés 75. pontja egy ötödik elemmel is számolt. Ugyanakkor, ha – amint azt fent felidézte az Elsőfokú Bíróság – a kifogásközlés csak ideiglenes dokumentum is, és ha a Bizottságnak tökéletesen joga, sőt kötelessége az álláspontját módosítani a vizsgálata

során kapott információkra tekintettel, nem hagyhat ki viszont bizonyos releváns elemeket azon pusztán okból, hogy esetleg nem összeegyeztethetők az új értékelésével.

- 301 Mindenesetre, még ha csak a határozatban megismételt észrevételeket veszi is tekintetbe, a Bizottság arra a következtetésre jut, hogy a katalógusárak inkább összehangoltak voltak.
- 302 Ugyancsak a határozat (76) preambulumbekzdése megállapítja, hogy a „PPD-k eléggé átláthatóak, hiszen a nagy kiadók katalógusaiban szerepelnek”, és hogy „lehetségesnek látszik tehát más nagy lemezkiadó vállalatok katalógusárait ellenőrizni”. Bár ezen álláspont itt is nagyon óvatos és erősen finomított a kifogásközlésben használthoz képest (ez utóbbi 81. pontja ugyanis megállapította, hogy „[a] Bizottság úgy véli, hogy rendkívül könnyű a nagy kiadóknak ellenőrizniük azon PPD-eket, amelyekben az új sikeralbumokat piacra dobják, mivel e PPD-k a nyilvánosság rendelkezésére állnak a nagy kiadók katalógusaiban”), az is igaz, hogy egy olyan kiegészítő elemet hangsúlyoz, amely a piac átláthatóságának kedvez. A bruttó árak (a katalógusárak) nyilvános jellege bizonyosan igen nagy jelentőséggel bír az átláthatóságot illetően az árak terén.
- 303 Ezáltal még a határozat szövegéből is kitűnik, hogy a katalógusárak a Bizottság által megvizsgált két szempont – az igazodás és az átláthatóság alapján – a piac átláthatóságának egyik tényezőjét jelentik.
- 304 Ami másodszor az engedményeket illeti, a határozat (78) preambulumbekzdése megállapítja, hogy a Bizottság „a nagy kiadóvállalatok által alkalmazott engedmények bizonyos eltérését” állapította meg, és hogy „a számlaengedmények az engedmények egyéb formáihoz képest (kereskedelmi együttműködési megállapodások és utólagos engedmények) messze a legfontosabb alkalmazott árcsökkentést jelentik”. Megvizsgálja továbbá egyrészt a számla engedmények összehangolását, másrészt pedig az átláthatóságukat.

305 Az engedmények összehangolására vonatkozóan a határozat (79) preambulumbekzdése kifejti, hogy „a Bizottság bizonyos mértékű ingadozást állapított meg vevőnként, valamint a Sony és a BMG számlaengedményei közötti 2–5 százalékpontos különbségeket a [tíz] fő ügyfelük nagy részét illetően, és több mint 5 százalékpontos különbségeket bizonyos vevők esetében bizonyos években”. A preambulumbekzdés említést tesz továbbá arról, hogy „ezen ingadozások lényegében a szokásos engedményeknél – amelyeket általában évente állapítanak meg – rugalmasabban alkalmazott promóciós engedményekből erednek”, és ebből arra következtet, hogy „ezen észrevételek alapján nem [lehetett] kimutatni, hogy a számlaengedmények kellően összehangoltak [voltak] az [összefonódásban részt vevő] felek között”.

306 Előzetesen meg kell jegyezni, hogy – amint fent megállapításra került – az elemzés tehát a nagy kiadók által elfogadott magatartásra vonatkozik, és nem a piac objektív jellemzőire, úgy, hogy legfeljebb relatív relevanciával bír a piac átláthatósága mértékének megítélése szempontjából. A Bizottság e tekintetben hangsúlyozta, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok nettó átlagárai párhuzamosságának, illetve egy adott lemezkiadó vállalat átlagengedményei jelentős stabilitásának megállapítása nem jelenti sem a hallgatólagos megállapodás, sem a szükséges átláthatóság bizonyítékát, és hogy „az igazodás mértéke, illetve a piac összességét tekintve fennálló stabilitás nem helyettesítheti az arra vonatkozó nyomós és következetes bizonyítékokat, hogy megvan az ahhoz szükséges átláthatóság, amely az [oligopólium] vállalkozásai számára lehetővé teszi, hogy kölcsönösen ellenőrizzék egymás piaci magatartását. Ebből arra kell következtetni, hogy az engedmények összehangolásának vizsgálata a Bizottság szerint nem jelent megfelelő tesztet a piac átláthatóságának értékelése szempontjából, mivel a Bizottság szerint még az engedmények összehangolása sem tudja ezt bizonyítani. A teszt ugyanis csak akkor megfelelő, ha lehetővé teszi mind az átláthatóság, mind az átláthatóság hiányának megállapítását. Mivel azonban a Bizottság e tézise – amint az fent megállapításra került – nincs elegendően alátámasztva a határozatban, az Elsőfokú Bíróság megvizsgálja, hogy a (78) és (79) preambulumbekzdésben foglalt észrevételek jogilag megkövetelt módon bizonyítják-e a piac átláthatóságának hiányát.

307 Először is meg kell állapítani, hogy az összefonódásban részes felek által alkalmazott számlaengedmények általános szintjének a határozat (78) preambulumbekzdésében megállapított eltérése csak nagyon csekély, azaz az Egyesült Királyságban a teljes bruttó eladásai [bizalmas] 2–5%. Olaszországban ezen eltérés szinte nulla, vagyis

[*bizalmas*] 0 és 5% közötti (a határozat (99) preambulumbekzdése). Ugyancsak, az összefonódásban részes feleknek a tíz fő ügyfelük nagy részére vonatkozó számlaengedményei közötti, a határozat (79) preambulumbekzdésében megállapított 2–5%-os [*bizalmas*] különbségei nagyon csekélyek. Ebből következik, hogy a (78) és (79) preambulumbekzdésben, valamint a többi nagy országnak megfelelő preambulumbekzdésben szereplő adatok nem teszik lehetővé azon következtetés igazolását, amely szerint a számlaengedmények nem elegendően összehangoltak.

308 Úgy tűnik továbbá, hogy még a határozat szövege szerint is e csekély eltérés jelentéktelennek látszik. A határozat (77) preambulumbekzdése szerint ugyanis „a Bizottság elemzése azt mutatta, hogy a nettó eladási árak szorosan összefüggnek a bruttó árakkal (PPD), tekintetbe véve a Sony és a BMG bruttó átlagárainak és tényleges nettó átlagárainak párhuzamos alakulását ebben az utóbbi hat évben, valamint a nettó árak és a bruttó árak arányának mindenkor nagy stabilitását, az összes albumot összevetve”. Továbbá, a Bizottság állításával ellentétben a határozat (77) preambulumbekzdése nem szorítkozik csak a bruttó és nettó átlagárak párhuzamos alakulásának kimutatására az albumok összességét (vagyis az összes eladásra vonatkozó átlagengedmény stabilitását) illetően, amely így elrejtene az egyedi albumokra adott engedményekben rejlő esetleges különbségeket, hanem megállapítja az engedmények egyedi albumonkénti és időben való stabilitását is. Ugyanis, ha a (77) preambulumbekzdés mondatának második fele – amint azt a Bizottság állítja – a bruttó és nettó átlagárak arányára vonatkozott is, felesleges, mivel az ilyen arány azonos a bruttó és nettó árak közötti eltéréssel, amelynek a stabilitását megvizsgálta a mondat első fele. Ez nagyon egyértelműen kiderül a határozat eredeti változatából, mivel hogy az többes számban használja az „arány” szót (a bruttó áraknak a nettó árakhoz albumonként és időben való nagyon stabil arányai). A kifogásközlés (90) pontja egyébként azt is megállapítja, hogy a Bizottság megállapította, hogy „a bruttó árak nettó árakhoz viszonyított arányai nagyon stabilak voltak albumonként és időben a Bizottság által megvizsgált egyedi megjelenéseket illetően”. Ugyancsak továbbá a kifogásközlés 75. pontjának iv) alpontja kimondja, hogy a Bizottság elemezte az egyedi albumok bruttó és nettó eladásait, pontosítva a 47. lábjegyzetben, hogy a „bruttó és nettó árak elemzése egyedileg történt a BMG és a Sony 2002. évi tíz legjobb eladását illetően”.

- 309 Egyebekben kiderül a határozat (77) preambulumbekzdésének utolsó mondatából, hogy az engedmények nem befolyásolhatják ténylegesen a piac átláthatóságát az árakra vonatkozóan többek között a nyilvános katalógusárakból eredően, mivel megállapítja, hogy „ha a [n]agy lemezkiadó vállalatok engedmények adásával észrevehetően eltértek volna az árak terén megállapodott politikájuktól, ezen eltérés a nettó átlagárakban jelentkezett volna.”
- 310 Továbbá, ugyan a Bizottság a beadványaiban úgy érvel, hogy a nettó átlagárakra, illetve az átlagengedményekre vonatkozó adatok nem alapozhatnak meg összehangolást vagy egyeztetést, és hogy csak az egyedi árrögzítő döntések számítanak, meg kell állapítani, hogy ezen érvelés nincs alátámasztva a határozatban. Így többek között a határozat (70) preambulumbekzdése kifejti, hogy „a Bizottság azon a véleményen van, hogy az átlagárak jó eszközt jelentenek annak megállapításához, hogy a nagy lemezkiadó vállalatoknak van-e párhuzamos magatartásuk az árak terén”. Egyebekben, ha – amint azt a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtt állította – az árpolitikára vonatkozó észrevételek nem relevánsak az átláthatóság értékelése szempontjából, ebből az következik, hogy a határozat (78)–(80) preambulumbekzdésében (és a többi nagy ország piacainak megfelelő preambulumbekzdésekben) szereplő engedményekre vonatkozó észrevételek nem tartalmazhatják az átláthatóság hiányának indokolását, mivelhogy az engedmények az árak egyik összetevőjét jelentik, és az árakra vonatkozó egyeztetés vizsgálatának keretében elemzik azokat.
- 311 Az előzőből következik, hogy a számlaengedmények összehangolására vonatkozó, a határozat (78) és (79) preambulumbekzdésében (és a többi nagy ország piacainak megfelelő preambulumbekzdésekben) foglalt észrevételek nem indokolhatják a piac átláthatóságának elégtelenségére vonatkozó állítást.
- 312 Ami az engedmények átláthatóságát illeti, a határozat (80) preambulumbekzdése megállapítja, hogy „a brit ügyfeleknek a Bizottság által a piacon végzett vizsgálatra adott válaszaik többségében azt mutatták, hogy a nagy kiadóvállalatoknak bizonyos mértékben tudomásuk volt a versenytársaik által adott szokásos engedményekről, tekintettel az ugyanazzal a vevőkörrel való állandó kapcsolatukra”. E megállapítást

azonos megfogalmazással megismétli a határozat az öt nagy országgal kapcsolatban (a határozat (87), (94), (101) és (108) preambulumbekzdése). Anélkül, hogy az indokolási kötelezettség megsértésére alapított kifogás vizsgálatának keretében szükséges lenne megvizsgálni e megállapítás megalapozottságát, már meg kell állapítani, hogy úgy tűnik, nagyon enyhített formában mutatja a piac átláthatóságának fokát, tekintetbe véve azon elemeket, amelyekben alapszik. Ami különösen Olaszországot illeti, alig lehet megérteni, hogyan vélhette úgy a Bizottság, hogy a vevők válasza „többségében” azt mutatták, hogy a nagy kiadóknak csak „bizonyos mértékben” volt tudomása a versenytársaik által adott szokásos engedményekről, mivelhogy a határozat 55. lbjegyzete arra utal, hogy „[a] kérdésre válaszoló öt olasz kiskereskedő azt mondta, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok ismerték a PPD-eket és a versenytársaik által alkalmazott engedményeket”. Ugyancsak, Franciaországot illetően a határozat 49. lbjegyzetéből kiderül, hogy négy kiskereskedő közül három azt mondta, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok ismerték a PPD-eket és a versenytársaik által a piacon alkalmazott engedményeket.

- 313 Meg kell jegyezni továbbá, hogy a magyarázó lbjegyzetek egyik ország esetében sem tartják fontosnak a szokásos és promóciós engedmények közötti bármilyen különbségtételt, úgyhogy nem jelennek meg azon okok, amelyek miatt a Bizottság a vevők válaszaiból arra következtetett, hogy a nagy kiadóknak csak a szokásos engedményekről volt tudomásuk, a promóciós engedményekről nem.
- 314 Mindenesetre meg kell állapítani, hogy maga a határozat szerint a Bizottság úgy vélte, hogy fennállt a szokásos engedmények bizonyos átláthatósága.
- 315 Úgy tűnik, hogy a határozatban megállapított egyetlen, az átláthatatlanságra utaló elem a (80) preambulumbekzdésben (és a többi nagy ország piacainak megfelelő preambulumbekzdésekben) lévő azon kijelentésben áll, hogy „úgy tűnik azonban, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények, és hogy az ellenőrzésük az e típusú engedmények kiskereskedelmi piacon való változásának pontos vizsgálatát is igényli”.

- 316 E tekintetben mindenekelőtt meg kell jegyezni, hogy az nem került megállapításra, hogy a promóciós engedmények átláthatatlanok, hanem csak hogy „kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények”, és hogy ellenőrzésük pontos vizsgálatot igényel. A határozat pontosítja továbbá, hogy a Bizottság megállapította, hogy a Sony és a BMG felállította az értékesítőik által készített heti jelentések rendszerét, habár nem volt bizonyítható, hogy e jelentések biztosították az említett promóciós engedmények elégséges mértékű átláthatóságát.
- 317 Fel kell idézni továbbá, hogy amint kiderül a határozat (150) preambulumbekzdésének második mondatából, az összes országban a fő alkalmazott engedmény a szokásos engedmények. Ebből következik, hogy maga a határozat szerint a promóciós engedményeknek csak korlátozott hatásuk van az árakra. Ugyancsak kiderül a (77) preambulumbekzdésből, hogy (mind a szokásos, mind a promóciós) engedmények az elmúlt hat évben nem befolyásolták az árak terén megállapított politikákat.
- 318 Azt is meg kell jegyezni, hogy a határozat nem utal arra, hogy a piac átláthatatlan, még arra sem, hogy nem kellően átlátható az árak egyeztetésének lehetővé tételéhez, hanem legfeljebb, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, és anélkül, hogy a határozat akár a legkevesebb információval szolgálna a jellegüket, azon körülményeket, amelyek között azokat jutatták vagy a nettó árakra, illetve az árak átláthatóságára való konkrét jelentőségüket illetően.
- 319 Egyebekben fel kell idézni, hogy amint fent kifejtésre került, a Bizottság számos olyan elemet és tényezőt állapított meg a határozatban, amelyek a piac átláthatóságának kedveznek, és megkönnyítik a megállapodás tiszteletben tartásának ellenőrzését.
- 320 Ebből következik, hogy a határozat a nagy országokban való áregyeztetés vizsgálatának szentelt részében foglalt promóciós engedményekre vonatkozó néhány

kijelentés – mivel pontatlanok, nincsenek alátámasztva, sőt ellentétesek a határozatban szereplő egyéb észrevételekkel – nem bizonyíthatja a piac, sem a promóciós engedmények átláthatatlanságát. E kijelentések továbbá annak megállapítására szorítkoznak, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatók, mint a szokásos engedmények, de nem magyarázzák meg, mennyiben relevánsak a piac átláthatósága szempontjából, és nem teszik lehetővé annak megértését, önmagukban hogyan kompenzálhatnák a piac átláthatóságának a határozatban azonosított egyéb tényezőit, és így szüntethetnék meg a kollektív erőfölény létezéséhez szükséges átláthatóságot.

321 Végül, ami a határozatnak a kis országokban fennálló helyzet értékelésének szentelt részében szereplő észrevételeket illeti, a Bizottság először a határozat (149) preambulumbekzdésében megállapítja, hogy a PPD-ket eléggé hasonló módon használják, mint a nagy országokban. E tekintetben felhossa, hogy az eladások legnagyobb részét néhány PPD alapján valósítják meg, és hogy a nagy kiadók párhuzamosan használják a PPD-ket, pontosítva, hogy [„a]mint azt az egyes kis országokat illetően közölt számok igazolják, a Sony és a BMG két fő PPD-je Hollandiára és Belgiumra vonatkozóan gyakorlatilag azonos”. Ebből arra következtet, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok PPD-i között magas szintű hasonló alakulás állt fenn. Így kiderül a (149) preambulumbekzdésből, hogy a Bizottság a kis országokban a PPD-k még markánsabb átláthatóságát és igazodását állapította meg, mint a nagy országokban.

322 Ami a kis országokban adott engedményeket illeti, meg kell állapítani, hogy a szóban forgó rész egyáltalán nem tartalmaz a promóciós engedményekre vonatkozó észrevételt, és hogy azokat nem említi. Épp ellenkezőleg, a Bizottság a határozat (150) preambulumbekzdésében megállapítja, hogy akárcsak a nagy országokban, az alkalmazott legfontosabb engedmények az összes kis országban a szokásos engedmények.

323 Egyébként a Bizottság ugyan megállapítja, hogy a Sony és a BMG nagyon jelentős súlyú számlaengedményeket ad, hogy az összegük vevőnként eltér, és hogy a szintjük is különbözik a BMG és a Sony között, hogy nincsenek nyilvánosságra hozva, és az

átláthatóság csökkentésére vezetnek, nem szolgál azonban semmilyen számszerűsített megjelöléssel a nagyságukat vagy az eltérésüket illetően. Továbbá nem magyarázza meg, hogy a piac jellemzői nem teszik-e – mint a nagy országokban – mindenképpen átláthatókká a szokásos engedményeket és ha igen, annak okait. Szintén nincs utalás arra, hogy a szokásos és/vagy promóciós engedmények vezetnek-e különböző nettó árakra, mivel azon megállapítás, hogy „a Bizottság nem talált elegendő bizonyítékot annak bizonyításához, hogy a nettó átlagárak párhuzamossága hallgatólagos megállapodásnak lenne betudható” inkább arra utal, hogy nem ez az eset áll fenn.

324 Ebből következik, hogy a kis országokra vonatkozó rész nem tartalmazza azon megállapítás indokolását sem, amely szerint a piac nem átlátható a promóciós engedmények miatt. Mindenesetre a kis országokban létező helyzet nem jelenthet érvényes indokolást a nagy országok piaci átláthatóságának mértékére vonatkozóan.

325 Az előzőek összességéből következik, hogy a piac átláthatóságára vonatkozó megállapítás indokolásának elégtelenségére alapított kifogás megalapozott, amely önmagában indokolja a határozat megsemmisítését.

326 A teljesség kedvéért az Elsőfokú Bíróság megvizsgálja mégis ezen kívül a felperes azon kifogásait és érveit, amelyek szerint a Bizottság által a piac átláthatósága elégtelenségének bizonyítása érdekében felhozott elemek nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaznak.

b) A nyilvánvaló mérlegelési hibára alapított kifogásról

327 Először is emlékeztetni kell arra, hogy a rendelet alapvető szabályai – különösen a 2. cikke – bizonyos diszkrecionális jogkört biztosítanak a Bizottságnak, mindenek-

előtt a gazdasági jellegű értékelések vonatkozásában. Következésképpen e jogkör gyakorlásának felülvizsgálatakor, amely jogkör nélkülözhetetlen az összefonódásra vonatkozó szabályok meghatározásakor, a közösségi bíróságnak figyelembe kell vennie azon mérlegelési lehetőséget, amely az összefonódásokra vonatkozó szabályozás részét képező gazdasági jellegű szabályok alapjául szolgál (a fenti 245. pontban hivatkozott, ún. „Kali & Salz” ügyben hozott ítélet 223. és 224. pontja, és a fenti 232. pontban hivatkozott Bizottság kontra Tetra Laval ügyben hozott ítélet 38. pontja; az Elsőfokú Bíróságnak a fenti 246. pontban hivatkozott Gencor kontra Bizottság ügyben hozott ítéletének 164. és 165. pontja; a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítéletének 64. pontja; a T-80/02. sz., Tetra Laval kontra Bizottság ügyben 2002. október 25-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-4519. o.] 119. pontja, és a T-210/01. sz., General Electric kontra Bizottság ügyben 2005. december 14-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-5575. o.] 60. pontja).

328 A Bíróság azonban a következőképpen pontosította:

„Jóllehet a Bíróság elismeri a Bizottság mérlegelési mozgásterét a gazdasági jellegű értékelések vonatkozásában, nem jelenti azt, hogy a közösségi bíróság nem vizsgálhatja felül a Bizottság gazdasági jellegű tényekre vonatkozó értékelését. A közösségi bíróságnak többek között nem csupán a hivatkozott bizonyítékok tárgyi valószerűségét, megbízhatóságát és következetességét kell vizsgálnia, hanem azt is ellenőriznie kell, hogy a bizonyítékok tartalmazzák-e az adott összetett helyzet értékeléséhez figyelembe veendő összes adatot, valamint hogy e bizonyítékok alátámasztják-e a belőlük levont következtetéseket.” (A fenti 232. pontban hivatkozott Bizottság kontra Tetra Laval ügyben hozott ítélet 39. pontja.)

329 E megállapítások fényében kell megvizsgálni, hogy a Bizottságnak a piac átláthatóságára vonatkozó megállapításai tartalmazznak-e nyilvánvaló hibát.

330 A felperes mindenképp megjegyzni, hogy a határozat elfogadása előtt a zenei hangfelvételek piacait kellően átláthatónak tekintették a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez.

- 331 A felperes e tekintetben emlékeztet arra, hogy az EMI és a Time Warner között tervezett összefonódás vizsgálatának keretében a Bizottság azt állapította meg, hogy a zenei hangfelvételek piacát szabványosított árú termékek (standardised pricing products) jellemzik, és „nagyon átlátható” (lásd a EMI/Time Warner tervezett összefonódásra vonatkozó kifogásközlés 37., 38. és 57. pontját).
- 332 Hozzáteszi, hogy az Office of Fair Trading az Egyesült Királyságbeli zenei hangfelvételek piacára vonatkozó 2002. szeptember havi jelentésében („Wholesale supply of compact discs”) szintén úgy vélte, hogy a piac magas fokú átláthatóságot mutat, és egy sor tényezőt azonosított (különösen a heti slágerlisták közzétételét, a kiskereskedők rendszeres meglátogatását az állományok ellenőrzése végett), amely több információt tett rendelkezésre állóvá a versenytársakra vonatkozóan, mint sok más iparágban (lásd a kifogásközlés 114. pontját).
- 333 Végül a felperes úgy érvel, hogy a jelen esetben a Sony és a Bertelsmann között tervezett, 2004. január 9-én bejelentett összefonódás első vizsgálata, és az első piaci, különösen a kiskereskedőknél és a nagy kiadóknál tett vizsgálat után a Bizottság a 2004. február 12-i határozatában arra a megállapításra jutott, hogy a bejelentett összefonódás komoly kétségeket támaszt a közös piaccal való összeegyeztethetőségével kapcsolatban, és ennél fogva a rendelet 6. cikke (1) bekezdése c) pontjának megfelelően megindította az eljárást. Ezen eljárás során a Bizottság folytatta a vizsgálatát, és egy sor információkéréssel fordult az összefonódásban részt vevő felekhez (2004. február 19-én, március 5-én, március 17-én, március 23-án, április 1-jén és május 10-én), a többi nagy kiadóhoz (2004. március 11-én és május 10-én), valamint a különböző piaci szereplőkhöz (lásd többek között a kiskereskedőknek szóló 2004. április 16-i kérdőívet). Figyelembe véve a kapott adatok és információk összességének vizsgálatát, valamint a Sony-val és a BMG-vel való tárgyalást követően, 2004. május 24-én a Bizottság kifogásközlést küldött az összefonódásban részt vevő feleknek, amelyben ideiglenesen úgy határozott, hogy az összefonódás összeegyeztethetetlen a közös piaccal, többek között azért, mert kollektív erőfölényt erősít meg a zenei hangfelvételek piacán.

334 A felperes hangsúlyozza, hogy a kifogásközlésben a Bizottság egyrészt megállapította a nagy kiadók mind bruttó, mind nettó árainak párhuzamosságát, másrészt pedig úgy vélte, hogy a piac kellően átlátható volt ahhoz, hogy lehetővé tegye a nagy kiadók kollektív erőfőlénye kialakulásának és az árak egyeztetésének nyomon követését (lásd többek között a kifogásközlés 93. pontját). A kifogásközlés 94–115. pontjában a Bizottság tíz olyan tényezőt elemzett e tekintetben, amelyek a zenei hangfelvételek piacát az egyeztetésnek különösen kedvezővé teszik, és amelyek megkönnyítik ennek ellenőrzését. A Bizottság így megállapította a) a termék homogenitását; b) a PPD-k korlátozott számát; c) a releváns albumok korlátozott számát; d) a heti slágerlisták közzétételét; e) a vevőkör stabilitását; f) a piaci részesedések viszonylagos stabilitását; g) a nagy kiadók vertikális elhelyezkedésének köszönhető kapcsolatok magas számát; h) a nagy kiadók közötti szerkezeti összefüggések magas számát, mint például a válogatások kiadására és forgalmazásra létrejött közös vállalkozásokat, valamint a licencia és forgalmazási megállapodásokat; i) az iparág egyesüléseiben való közös részvételt; j) a szerzői jogokról való közös tárgyalást.

335 Ha úgy is tűnik, hogy – ellentétben a Bizottság által a határozatban elfogadott állásponttal – a szóban forgó piacot mind a Bizottság, mind az Egyesült Királyság versenyhatósága a brit piacot illetően nagyon, de mindenestre az árak hallgatólagos egyeztetéséhez szükséges nyomon követés lehetővé tételéhez kellően átláthatónak tekintette, ezen egyedüli körülmény azonban önmagában nem alapozhatja meg azt, hogy a Bizottság által a határozatban elfogadott ellentétes álláspont nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz. Ugyanis egyrészt a nemzeti versenyhatóság által tett megállapítások nem köthetik a Bizottságot semmilyen módon az elemzésében, másrészt pedig amint azt fent felidéztük, a kifogásközlés csak előkészítő dokumentumnak minősül, amelynek a megállapításai tisztán ideiglenes jellegűek, és a Bizottság köteles figyelembe venni a közigazgatási eljárás során összegyűjtött elemeket, valamint az érintett vállalkozások által felhozott érveket, és köteles felhagyni azon kifogásokkal, amelyek végül megalapozatlannak bizonyultak. Ezen észrevétel természetesen *a fortiori* alkalmazandó a néhány évvel korábban egy másik összefonódás vizsgálatának keretében tett ideiglenes megállapításokat, illetve egy másik versenyhatóság által más összefüggésben kifejtett megállapításokat illetően. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a kifogásközlés teljesen érvénytelen vagy irreleváns. Ugyanis, fenntartva az egész közigazgatási vizsgálati eljárás legkisebb érvénytől való megfosztását, nemcsak a Bizottságnak természetesen nem a határozatban, de az Elsőfokú Bíróság előtti eljárás keretében mindenképpen meg kellene tudnia

magyarázni, miért véli úgy, hogy az ideiglenes megállapítások tévesek voltak, és mindenekelőtt a határozatban foglalt megállapításoknak összeegyeztethetőnek kell lenniük a kifogásközlésben tett ténybeli megállapításokkal, amennyiben nem bizonyított, hogy ezek pontatlanok.

336 A felperes továbbá azt állítja elsősorban, hogy a Bizottság által összegyűjtött és a kifogásközlésben, valamint a határozatban lévő összes bizonyíték arra utal, hogy a nagy kiadók által alkalmazott árak átláthatóak, és bizonyosan eléggé átláthatóak a hallgatólagos megállapodás lehetővé tételéhez. A Bizottság nem terjesztett elő semmilyen, a piac átláthatatlanságát igazoló bizonyítékot, hanem meglegedett azzal, hogy az engedmények állítólagos eltéréseiből arra következtessen, hogy azok csökkenthetik az átláthatóságot. A felperes egy sor kifogást fogalmaz meg az engedményeket illető megfontolásokra vonatkozóan, és azt állítja, hogy a Bizottság túlzott jelentőséget tulajdonított az engedményeknek, különösen a promóciós engedményeknek, anélkül, hogy megvizsgálta volna a relevanciájukat.

337 Egymás után kell megvizsgálni a kifogásokat, valamint a piacnak a határozatban megállapított, az átláthatóságot alátámasztó tényezőkre vonatkozó, és azt követően a hivatkozott, az átláthatatlanságot alátámasztó tényezők vitatására irányuló érveket, azokat egyidejűleg összevetve az alperes és a beavatkozók által felhozott érvekkel és bizonyítékokkal, még ha számos bizonyíték, illetve érv össze is függ egymással, és ha a piac átláthatósága értékelésének a releváns elemek összességének átfogó elemzésén kell is alapulnia.

A határozatban megállapított átláthatósági tényezők

338 Először is emlékeztetni kell arra, hogy a nagy kiadóknak a vevők részére való bruttó eladási árai (kiskereskedők, bevásárlóközpontok stb.) nyilvánosak, hiszen szerepelnek a katalógusaikban. Ez vitathatatlanul nagyon fontos átláthatósági forrás az árak

terén. Természetesen a határozat (76) preambulumbekzdése csak azt említi, hogy „a PPD-k eléggé átláthatóak, hiszen a nagy kiadók katalógusaiban szerepelnek”, és hogy „lehetségesnek látszik tehát más nagy [k]iadók katalógusárait ellenőrizni”. E finomított megfogalmazás azonban nem teheti viszonylagossá a bruttó árak átláthatóságára vonatkozó megállapítást, mivel a Bizottság sem a határozatban, sem az Elsőfokú Bíróság előtti eljárásban nem hivatkozott semmilyen bizonyítékra annak megmagyarázása érdekében, hogy a bruttó árak csupán „eléggé átláthatóak”. A kifogásközlésben (81. pont), a Bizottság egyébként e tekintetben a következőt jegyezte meg:

„A Bizottság úgy véli, hogy rendkívül könnyű a nagy kiadóknak ellenőrizniük azon PPD-eket, amelyeken az új sikeralbumokat piacra dobják, mivel e PPD-k a nyilvánosság rendelkezésére állnak a nagy kiadók katalógusaiban.”

339 Másodszor, hangsúlyozni kell, hogy megállapításra került a határozatban, hogy bár az összefonódásban részt vevő felek kijelentették, hogy több mint 100 PPD-t használtak, a Bizottság azt állapította meg, hogy minden egyes nagy kiadó a három legfontosabb PPD-jével valósította meg a 100 vezető eladása összességének országanként több mint 55–80%-át. Az albumeladások legnagyobb részének a referenciaárak nagyon korlátozott számára való összpontosulásának – amelyet megerősítettek a nagy kiadók válaszaival – az a következménye, hogy megkönnyíti az árak egyeztetését, amint azt egyébként a Bizottság a kifogásközlés 96. pontjában hangsúlyozta: „Ezen árrendszer megkönnyíti az egyeztetést, mivel könnyen értelmezhető információval szolgál azon szintre vonatkozóan, amelyen a nagy kiadók az eladásai többségének árát meghatározzák”.

340 A Bizottság az ellenkérelmében természetesen vitatta a nagykereskedelmi árak megállapításának összetettségét, amennyiben az egyedi albumoknak különböző mértékű a sikere, amely befolyásolja a PPD eredeti meghatározását az album kiadásakor, és a későbbi változásokat, oly módon, hogy nehéz megállapítani, hogy valamely album PPD-jét módosították-e a hanyatló siker fenntartása érdekében vagy az eltérési stratégia keretében. Először is meg kell állapítani, hogy ezen érvelés egyáltalán nincs alátámasztva a határozatban, sőt ellentétben áll az ott tett megállapításokkal. Amint ugyanis fent említésre került, a Bizottság a határozat (76) preambulumbekzdésében (és a többi nagy országnak megfelelő preambulumb-

bekezdésekben) megállapította, hogy még ha a nagy kiadók több mint 100 PPD használatát jelentették is ki, csak két vagy három PPD-t használnak az eladásaik nagy részéhez. Továbbá a határozat (110) preambulumbekzdése kifejti, hogy „a tartalom ezen heterogenitása ellenére a díjszabási és az albumok nagykereskedelmi piacokon való forgalmazására vonatkozó szabályok eléggé szabványosítottak tñnek”. Meg kell jegyezni továbbá, hogy mivel egy album sikerének mértéke bármikor ismert a slágerlistáknak köszönhetően, a nagy kiadók a Bizottság állításával ellentétben könnyen megállapíthatják, hogy valamely album PPD-jének módosulása beleilleszkedik-e vagy nem a megállapodott árpolitikába.

341 Harmadszor, a határozat (111) preambulumbekzdése a következőt állapítja meg:

„[...] Bár az albumeladások korlátozott számú referenciaáron történnek, a különböző katalógusárakon ajánlott albumok változatossága bonyolíthatja valamely megállapodás tiszteletben tartásának ellenőrzését. A [n]agy kiadóknak azonban a legtöbbet eladott albumok közül csak korlátozott számú referenciaárát kell ellenőrizniük ahhoz, hogy az eladások nagyját nyomon kövessék”. Az összefonódásban részt vevő felek által szolgáltatott adatokból kiderül, hogy a minden évben a vezető 20 album a BMG éves eladásainak legalább a felét teszi ki minden országot egybevetve, kivéve Németországot” (lásd szintén a kifogásközlés 85. pontját).

342 A Bizottság az ellenkérelmében azonban úgy érvelt, hogy mivel az eljövendő siker mértéke nem látható előre teljes bizonyossággal egy adott album megjelenése előtt (de a siker tartóssága sem a megjelenés után), egy sikeres egyeztetés sokkal nagyobb számú egyedi albumra vonatkozó PPD állandó nyomon követését igényelné, mint azon albumok száma, amelyeket utólag az egyes nagy kiadók üzleti forgalmához leginkább hozzájárulónak találtak.

343 Meg kell állapítani, hogy a fenti érvelés egyáltalán nincs alátámasztva a határozatban, amely szerint a nagy kiadóknak a bestseller albumok közül csak korlátozott számú

referenciaárát kell ellenőrizniük ahhoz, hogy az eladások nagyját nyomon kövessék. E nyomon követést végeredményben jóval megkönnyítik a slágerlisták, amelyek bármikor nagyon pontos tájékoztatással szolgálnak a különböző albumok sikerének alakulásáról.

344 Továbbá, amint azt jogosan hangsúlyozza a felperes, a határozat azt is megállapítja, hogy a „Bizottság talált bizonyos bizonyítékokat, amelyek szerint a PPD-ket alapként használhatták az ár[ak] összehangolásához”. A Bizottság azon kijelentése, amely szerint e megállapítás nem végleges, nyilvánvalóan nem fogadható el, mivel a határozat természeténél fogva az összefonódás vizsgálatára vonatkozó eljárás végső szakaszát jelenti, és mivel a Bizottság nem hivatkozik a határozat egyetlen olyan elemére sem, amely cáfolná vagy mérsékelné e megállapítást. A Bizottság legfeljebb azon tényre hivatkozik, hogy az összefonódásban részt vevő felek bizonyítékokat terjesztettek elő annak kimutatására, hogy a 20 vezető albumuknak megfelelő PPD összetételei gyakran nagymértékben változtak egyik negyedévtől a másikig, és hogy a siker kiszámíthatatlansága minden nagy lemezkiadó vállalatot arra kényszerít, hogy a versenytársai által készített több mint 80 album (vagy az összefonódás után 60 album) PPD-it ellenőrizze. Ugyanakkor e megállapítást nem pontosan ismétli meg a határozat, és épp ellenkezőleg, annak ellentmondanak az ebben tett megállapítások.

345 Meg kell állapítani, hogy az összefonódásban részt vevő felek közgazdászai által előkészített adatok – azon kívül, hogy lehetetlen azt látni, hogy milyen mértékben tették lehetővé a Bizottság következtetéseinek levonását – nem egyértelműek, és nem tűnnek megbízhatóknak. Így mindenesetre meglepő, hogy a PPD-k a megjelölt arányban [*bizalmas*] emelkedhettek egyik negyedévtől a másikig.

346 Mindenesetre azon albumszám, amelyet a Bizottság szerint ellenőrizni kell, nem tűnik annyira magasnak, hogy lehetetlenné, sem hogy különösen nehézé vagy költségessé tegye a feladatot, annál is inkább, mivel – amint azt a Bizottság elismeri – a heti slágerlisták jelentősen megkönnyítik a nyomon követést.

- 347 Az előzőből következik, hogy a határozatban megállapított három tényező – a bruttó árak (PPD) nyilvános jellege, a referenciaárak korlátozott száma és az ellenőrizendő albumok korlátozott száma – az árak erős átláthatóságát eredményezheti.
- 348 Továbbá, amint a határozat (112) preambulumbekzdésében a Bizottság megállapítja, „léteznek a piacon egyéb olyan eszközök, amelyek növelik az átláthatóságot, és megkönnyíthetik valamely megállapodás betartásának ellenőrzését”.
- 349 Először is, a határozat a (112) preambulumbekzdésben megállapítja, hogy „a heti slágerlisták információval szolgálnak a zeneszámonkénti eladásokról, lehetővé téve, hogy könnyen ki lehessen szűrni azokat a trackeket, amelyekből „sláger” lesz, és az eladások legnagyobb részét ösztönzi”. A slágerlisták így fontos átláthatósági forrást jelentenek, amennyiben nemcsak a legtöbbet eladott albumok azonosítását teszik lehetővé bármikor, hanem annak ellenőrzését is, hogy az albumokat a sikerük szintjének megfelelő áron adják-e el, mivel a PPD-k nyilvánosak. A határozat egyébként pontosítja, hogy „ezen, a zeneszámonkénti eladásokra vonatkozó heti közzététel jelentősen megkönnyíti a nagy kiadók általi ellenőrzést.”
- 350 Másodszor a piacot a „kiskereskedők és [n]agy kiadók közötti stabil és tartós kapcsolatok jellemzik”, mivel minden egyes kiskereskedőnek az összes nagy kiadóvállalat termékeit ajánlania kell (a határozat (112) preambulumbekzdése).
- 351 Harmadszor a határozat szerint csak korlátozott számú szereplő van a piacon, a zenei hangfelvétel-eladások jó része korlátozott számú vevő felé irányul. Amint a (112) preambulumbekzdés vége kifejti, e helyzet „a nagy [k]iadók érdekeit szolgáló együttműködési stratégiák elfogadásának kedvez, mivel megkönnyíti az információk ellenőrzését és áramlását”.

352 Negyedszer a Bizottság megállapította a kiskereskedelmi piac ellenőrzésének fennállását. A (113) preambulumbekkezdés szerint „a [...] vizsgálat megállapította, hogy a Sony és a BMG [felállították] a heti jelentések rendszerét [...], amely információkat tartalmaz a versenytársaikra vonatkozóan is”.

353 A Bizottság az ellenkérelmében természetesen úgy érvelt, hogy az összefonódásban részt vevő felek által neki átadott jelentések nem tartalmaztak információkat az engedményekre vonatkozóan, és hogy nem tudta bizonyítani, hogy e jelentések a versenytársak által adott promóciós engedmények „átláthatóságának elégséges mértékét” biztosították.

354 E tekintetben mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy bármilyen legyen is a jelentésekben szereplő, a bruttó, a nettó vagy a kiskereskedelmi eladási árakra, illetve az engedményekre vonatkozó információk pontosságának mértéke, amint egyébként azt a határozat megállapítja, a piac átláthatóságának kiegészítő tényezőjét jelentik. A Bizottság által előterjesztett heti jelentésekből egyébként kiderül, hogy ezek információkat tartalmaznak a verseny tárgyát képező albumállományra és azok változására vonatkozóan.

355 Meg kell jegyezni továbbá, hogy csak maguk, az összefonódásban részt vevő felek által előterjesztett heti jelentések néhány példányáról van szó.

356 [bizalmas]

357 [bizalmas]

358 [bizalmas]

359 [bizalmas]

360 [bizalmas]

361 Ötödször, a Bizottság a határozat (113) preambulumbekzdésében kifejti, hogy a nagy kiadók értékesítói rendszeres és állandó kapcsolatban tartanak a kiskereskedőkkel és a nagykereskedőkkel, mivel a támogatásokra és promóciós engedményekre vonatkozó tárgyalások gyakran heti alapon folynak. Ha a kiskereskedőkkel való kapcsolatok létezésében nincs is semmi furcsa, a kapcsolatok gyakorisága azonban lehetővé teszi az értékesítőknek, hogy pontosabb információkat szerezzenek a versenyről és az általa alkalmazott feltételekről, továbbá szinte azonnal nyomon kövessék a versenytársak különböző albumai sikerének alakulásait. A jelen esetben ez annál is inkább így van, mivel – amint a határozat (112) preambulumbekzdésében ismertetésre került – a piac jellege olyan, hogy minden egyes kiskereskedőnek az összes nagy kiadó termékét ajánlania kell, úgyhogy mindegyik nagy kiadó állandó kapcsolatban áll a versenytársai összes ügyfelével, és így pontos információkat szerezhet az ezek által alkalmazott feltételekről. Az is megállapításra került, hogy a zenei hangfelvétel-eladások jó része korlátozott számú vevő felé irányul. Ezen elemek a piac nagy átláthatóságát eredményezhetik. A Bizottság egyébként arra következtetett a határozat (112) preambulumbekzdésében, hogy e helyzet „a nagy lemezkiadó vállalatok érdekeit szolgáló együttműködési stratégiák elfogadásának kedvez[ett], mivel megkönnyít[ette] az információk ellenőrzését és áramlását”.

362 Ezen öt kiegészítő elemből következik, hogy a fent említett első három tényezéből (különösen az eladási árak közzétételéből) eredő, már erős átláthatóság tovább nő. E tekintetben meg kell jegyezni, hogy a kifogásközlés (116) pontjában a Bizottság egyébként arra következtetett, hogy „a piac szerkezete olyan [volt], hogy az információ könnyen áramlott, és hogy a nagy kiadók részéről mindegyikük irányító elveinek a nyomon követése csak rutin volt”.

- 363 Most meg kell vizsgálni, hogy a Bizottság által a piac átláthatatlanságának forrásaként hivatkozott elemek fontosak-e annyira, hogy megengedik azon következtetés figyelmen kívül hagyását, hogy a piac kellően átlátható a megállapított közös árpolitika tiszteletben tartása ellenőrzésének lehetővé tételéhez.

A piacot átláthatatlanná tévő elemek

- 364 A piac átláthatóságának számos, fent felidézett forrása ellenére, amint a határozat (157) preambulumbekzdéséből következik, a Bizottság mégis a kollektív erőfölény hiányára következtetett a tényleges átláthatóság szintjén megállapított hiányosságok okán.

- 365 A piac átláthatósága vizsgálatának szentelt *ad hoc* részből kiderül, hogy e megállapítás a határozat (111) preambulumbekzdésében ismertetett azon kijelentésen alapszik, amely szerint „bizonyos ellenőrzés az egyedi termék, azaz az album szintjén szintén szükséges, különösen a promóciós engedményekre vonatkozóan.” E preambulumbekzdés továbbá megállapítja, hogy „[a] piaci vizsgálat azt mutatja, hogy e szükségesség csökkentheti az átláthatóságot a piacon, és nehezebbé teheti a hallgatólagos megállapodásokat”, valamint hogy „[a] Bizottság nem talált elég bizonyítékot azon következtetéshez, hogy e nehézségeken felül [lehetett] emelkedni a múltban.” E tekintetben pontosításra kerül a határozat (113) preambulumbekzdésében, hogy a Bizottság „nem talált elég bizonyítékot annak igazolásához, hogy a lemezkiadó vállalatok a kiskereskedelmi árak ellenőrzésével, illetve a kiskereskedőkkel való ezen kapcsolatok felhasználásával a múltban eltüntethették az átláthatósági deficitet az engedmények, különösen a promóciós engedmények terén”. Ebből következik, hogy az engedmények, vagy legalábbis a promóciós engedmények miatt vélte úgy a Bizottság, hogy a piac nem volt kellően átlátható a kollektív erőfölény létrehozatalához.

- 366 E tekintetben előzetesen meg kell jegyezni, hogy a Bizottság nem következtetett arra a határozatban, hogy az engedmények tényénél fogva a piac nem volt átlátható, sem arra, hogy az engedmények befolyásolták az átláthatóságot, vagy az átláthatóságnak a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez szükséges mértékét, hanem legfeljebb azt, hogy „nehezebbé tehetik a hallgatólagos megállapodásokat”. Ilyen körülmények között, és a PPD-k, valamint azon összes többi tényező nyilvános és ezért átlátható jellegére tekintettel, amelyek még a határozat szövege szerint is növelik a piac átláthatóságát és elősegítik a megállapodás betartásának ellenőrzését, a piac átláthatósága vizsgálatának szentelt ad hoc részben szereplő észrevételek és megfontolások – amint az indokolásra vonatkozó kifogás keretében megállapításra került – nem indokolhatják azon megállapítást, amely szerint a piac nem kellően átlátható.
- 367 A közös árpolitika vizsgálatának szentelt rész keretében azonban a Bizottság az engedmények ingadozásait állapította meg azonos kifejezésekkel az öt nagy ország vonatkozásában, lényegében promóciós engedményekből eredően, és megállapította, hogy nem lehetett bizonyítani a promóciós engedmények kellő mértékű átláthatóságát (a határozat (79) és (80) preambulumbekkezdése az Egyesült Királyságra vonatkozóan, és a (86) és (87), (93) és (94), (100) és (101), valamint (107) és (108) preambulumbekkezdés a többi országot illetően).
- 368 A Bizottság megállapítása a beadványaiban kifejezetten és a határozatban rejtve felhozott azon elgondoláson alapszik, amely szerint az árakra vonatkozó hallgatólagos megállapodás csak akkor lehet hatékony, ha a nettó eladási árakra vonatkozik, vagyis a bruttó árak – azaz a jelen esetben a PPD-k – mínusz az engedmények. Semmire nem szolgálna ugyanis közös politika követése a PPD-k szintjén, és annak betartása ellenőrizhetősége, ha titkos és átláthatatlan engedmények semmissé tennék a katalógusárak ezen egyeztetésének hatásait.
- 369 A határozatból ((73) preambulumbekkezdés) kiderül, hogy a nagy kiadók többféle típusú engedményt adnak: (szokásos és promóciós) számlaengedményeket, viszszaemelőleges engedményeket és a kereskedelmi együttműködési megállapodások szerinti kifizetéseket. Nem vitatott, hogy a Bizottság csak a számlaengedményeket

tekintette relevánsnak az átláthatóság értékelése szempontjából. Ugyanis, egyrészt a (73) preambulumbekendés (és a (151) preambulumbekendés szerint is) a vizsgálat azt mutatta, hogy a kereskedelmi együttműködési megállapodások szerinti költségek inkább a forgalmazási tevékenységek egyfajta díjazását jelentették, mintsem valós engedményt, másrészt pedig a visszamenőleges engedmények a határozat (78), (92), (99) és (106) preambulumbekendése szerint hiányoznak vagy csekélyek, és – amint a határozat (151) preambulumbekendésében kifejtésre került – mivel „egyfajta »hűségengedményként« szolgálnak, nincs közvetlen hatásuk az árversenyre”. A határozatnak az engedmények átláthatóságára vonatkozó összes preambulumbekendése ((111) és (113) preambulumbekendés az átláthatóságra vonatkozó ad hoc részben, valamint a (79) és (80) preambulumbekendés a közös árpolitikára vonatkozó részben az Egyesült Királyságot illetően, továbbá a többi nagy országnak megfelelő preambulumbekendések) egyébként csak a (szokásos és promóciós) számlaengedmények átláthatóságára vonatkozóan tartalmaz észrevételeket. Ugyancsak, a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban csak a számlaengedmények átláthatóságának hiányára hivatkozik.

370 Mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a (111) és (113) preambulumbekendés nem tartalmaz különös megállapításokat, hanem valójában arra szorítkozik, hogy a közös árpolitika vizsgálatának szentelt részben kifejtett észrevételekre utaljon vissza (azaz a (79) és (80) preambulumbekendésre az Egyesült Királyságot illetően, és a többi országnak megfelelő preambulumbekendésre, amelyek pontosan ugyanazokkal a kifejezésekkel vannak megfogalmazva).

371 Hangsúlyozni kell azonban, hogy a visszaulás – legalábbis kifejezetten – csak a promóciós engedményekre vonatkozik, és a szokásos engedményekre nem. Ugyanis egyrészt a (111) preambulumbekendés az album szintjén elvégzendő ellenőrzés szükségességére hivatkozik „különösen a promóciós engedményekre vonatkozóan”, másrészt pedig a (113) preambulumbekendés vége megemlíti „az öt nagy tagállammal kapcsolatban hivatkozott átláthatósági deficitet az engedmények, különösen a promóciós engedmények terén”. Így az átláthatóságra vonatkozó ad hoc részben szereplő észrevételekből az derül ki, hogy az átláthatatlanság csak a promóciós engedményekből következik. Ezen elemzést ráadásul megerősíti a (79) és (80) preambulumbekendés. Így a Bizottság megállapítja a határozat (79) preambulumbekendésében, hogy ezen ingadozások „lényegében a szokásos engedményeknél – amelyeket általában évente állapítanak meg – rugalmasabban alkalmazott

promóciós engedményekből erednek.” A Bizottság a határozat (80) preambulumbekzdésében ugyancsak megállapítja, hogy a nagy kiadóknak „bizonyos mértékben tudomásuk [van] a versenytársaik által adott szokásos engedményekről, tekintettel az ugyanazzal a vevőkörrel való állandó kapcsolatukra”, és hogy „a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények”. A határozatban egyébként sehol nincs kijelentve, még kevésbé bizonyítva, hogy az engedmények átláthatatlanok vagy nem kellően átláthatók lennének.

372 A Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban szintén elismerte a szokásos engedmények eléggé átlátható jellegét, többek között mivel évente kerülnek rögzítésre és a vevő összes vásárlására alkalmazandók (esetlegesen különböző mértékben a popzenét, klasszikus zenét, illetve a tévében reklámozott zenét illetően), és egyébként csak a promóciós engedmények átláthatatlanságának megállapítása érdekében hozott fel érveket. Az ellenkérelmében azt is megmagyarázta, a nettó árak minden összetevője ellenőrzésének szükségessége miatt tulajdonított ilyen jelentőséget a promóciós engedményeknek, mivel a viszonylag átlátható PPD-k és a szokásos engedményekről való bizonyos tudomás nem elég, ha a nettó árak ingadozásának a forrásai a jelentős mértékű, átláthatatlan promóciós engedmények voltak. Ugyancsak megállapította az ellenkérelemben, hogy nem következethetett arra, hogy a nagy kiadók bizonyosan ismerték a másik nagy kiadó nettóár-rögzítési gyakorlatát, „a PPD-k viszonylagos átláthatóságára vonatkozó bizonyítékok, a szokásos engedmények bizonyos átláthatóságára vonatkozó néhány bizonyíték és a promóciós engedmények átláthatatlan és összetett jellegének meggyőző bizonyítékai alapján”. Végül, a Bizottság a végső észrevételeiben kifejezetten megállapította, hogy a határozatban „a PPD-k és a szokásos engedmények jelenős mértékű átláthatóságára” következett.

373 Ezért mind magából a határozatból, mind a Bizottság által az Elsőfokú Bíróság előtt kifejtett érvelésből az következik, hogy a piac állítólagos átláthatatlanságára vonatkozó egyedüli elem a promóciós engedmények kisebb átláthatóságából ered.

374 Meg kell állapítani mindenekelőtt, hogy egyedül a határozat (80) preambulumbekzdésének (és a másik négy nagy állam tekintetében megfelelő (87), (94), (101)

valamint (108) preambulumbekzdésnek, amelyek azonos módon vannak megfogalmazva) a tárgya kifejezetten az engedmények átláthatósága. E preambulumbekzdés a következót állapítja meg:

„[A]mi az engedmények átláthatóságát illeti, a [...] ügyfeleknek a Bizottság által a piacon végzett vizsgálatra adott válaszaik többségében azt mutatták, hogy a nagy kiadóknak bizonyos mértékben tudomásuk volt a versenytársaik által adott szokásos engedményekről, tekintettel az ugyanazzal a vevőkörrel való állandó kapcsolatukra. Úgy tünik azonban, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, mint a szokásos engedmények, és hogy az ellenörzésük az e típusú engedmények kiskereskedelmi piacon való változásának pontos vizsgálatát is igényli.”

375 E tekintetben meg kell jegyezni, hogy a nagy országok többségében a határozat (80), (87), (94), (101) és (108) preambulumbekzdései alatti magyarázó lábjegyzetekben említett válaszok azonban az átláthatóságnak a határozatban említettnél magasabb mértékével számolnak. Így az 55. lábjegyzet pontosítja, hogy „[a] kérdésre válaszoló öt olasz kiskereskedő azt mondta, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok ismerték a PPD-eket és a versenytársaik által alkalmazott engedményeket”, miközben a francia kiskereskedőket illetően négyből három az arány, úgy, hogy a negyedik kijelentette, nem tud nyilatkozni (lásd a 49. lábjegyzetet). Egyetlen brit vevő kivételével a többi ország közül egyik tekintetében sem állapítja meg a magyarázó jegyzet, hogy legalább egy kiskereskedő azt válaszolta volna, hogy a nagy kiadók nem ismerték az engedményeket. Ugyancsak, a magyarázó jegyzetek szerint Németországban nyolc kiskereskedőből egyetlen kivételével egyik sem állította azt, hogy a nagy kiadók csak bizonyos mértékben ismerték a versenytársaik által alkalmazott engedményeket.

376 Egyebekben hangsúlyozni kell, hogy a magyarázó jegyzetek egyike sem állapítja meg, hogy a kiskereskedők azt válaszolták volna, hogy a nagy kiadók csak a szokásos engedményeket ismerték, a promóciós engedményeket nem, mivel a válaszok különbségtétel nélkül hivatkoznak az engedményekre.

377 Meg kell állapítani ezért, hogy a határozatban említett bizonyítékok nem támaszthatják alá az azokból levont következtetéseket.

378 Úgy tűnik továbbá, hogy az azokból a határozatban levont következtetések élesen elhatárolódnak a kifogásközlésben tett megállapításoktól.

379 Így a kifogásközlés a 81. pontban azt állapította meg, hogy „a Bizottság úgy véli, elég bizonyíték létezik arra, hogy a nagy kiadók tudnak egymás kereskedelmi feltételeiről.” Ráadásul kiderül a kifogásközlésből, hogy nem annyira a Bizottság olyan értékeléséről van szó, amely módosítható, hanem inkább a vizsgálatából eredő ténybeli megállapításról. Ugyanis a kifogásközlés 92. pontja kifejti: „A kiskereskedőtől kapott információ arra utal, hogy a nagy kiadóknak nemcsak egymás árlistáiról, hanem ezen kívül egymás engedményeiről és kereskedelmi gyakorlataikról is tudomásuk van. A franciaországi, Egyesült Királyságbeli és németországi legfontosabb viszonteladók közül néhány arról tájékoztatta a Bizottságot, hogy úgy gondolták, a nagy kiadók jól ismerték egymás kereskedelmi feltételeit.” Ugyanígy, a kifogásközlés 54. magyarázó jegyzete közli, hogy a kiskereskedők kijelentették: „A nagy kiadók jól ismerték a versenytársaik által alkalmazott engedmények skáláját. Közismert, hogy a lemezkiadó vállalatok által a kereskedelmi ügyletekre adott engedmények ismertek a nagy kiadók kereskedelmi csoportjai előtt. Az egyik vevő kijelentette, hogy a nagy kiadók 0,5–1%-os pontossággal ismerték egymás engedményeit.” A Bizottság a kifogásközlés 92. pontjában ezekkel a szavakkal folytatja: „Számos viszonteladó azt is gondolja, hogy közös gyakorlat a valamelyik nagy kiadótól kapott feltételeket valamely álláspontnak a többi nagy kiadóval való megvitatásához felhasználni”, az 55. magyarázó jegyzetben az egyik kiskereskedő következő válaszára hivatkozva: „A kereskedelmi tárgyalások alkalmával a többi nagy kiadó által alkalmazott feltételekre és engedményekre hivatkoznak. A szállítók korlátozott száma könnyen lehetővé teszi a nagy kiadók számára, hogy teljes képük legyen az általuk alkalmazott feltételekről, és következésképp, hogy igazodjanak egymáshoz.” Végül, bár inkább értékelésről, mint megállapításról van szó, a Bizottság

a kifogásközlés 129. pontjában megállapította: „A piaci vizsgálat megerősítette, hogy a nagy kiadók értékesítói rendszeres és állandó kapcsolatban állnak a kiskereskedőkkel és a nagykereskedőkkel [...]. Mivel egyébként különböző rangsorolásokat tesznek közzé, így a nagy kiadók könnyen ellenőrizhetik, hogy a többi nagy kiadó ad-e kiegészítő engedményeket a legjobb albumokra.”

380 A Bizottság ellenkérelmének átolvasása egyébként még több kérdést vet fel. A Bizottság ellenkérelmének (51) preambulumbekzdése alatti 45. lbjegyzetben a Bizottság kifejti: „A bejelentő felek úgy érveltek, hogy bizonyos számú pozitív válasz csak a PPD-ket érintette vagy nem tett különbséget a PPD-k és az engedmények között. Az összes országból érkező, hozzáférhető összesen 36 válasz közül csak öt válasz jelölte meg kifejezetten, hogy fennállt az engedmények bizonyos átláthatósága; az ellenkező álláspontot 11 válaszban védték kifejezetten.” Ha az első mondat kétségkívül arra utal is, hogy csak az összefonódásban részt vevő felek által felhozott érvről van szó, a második mondat viszont a Bizottság ténybeli megállapításaként szerepel. Ugyanakkor meg kell jegyezni, hogy e kijelentés nyilvánvaló ellentmondásban áll a kiskereskedők válaszainak a határozatban szereplő ismertetésével, mivel a határozat 49., 52., 55. és 57. lbjegyzete arra utal – amint az fent kifejtésre került – ,hogy a kiskereskedők nagy többsége azt válaszolta, hogy a nagy kiadók ismerték a versenytársaik engedményeit, anélkül egyébként, hogy egyáltalán pontosították volna, hogy csak részleges vagy körülbelüli tudomásról van szó, és egyikük sem (egy brit kiskereskedő kivételével) állapította meg, hogy nem átláthatóak. A Bizottság érve ezért nem követhető. A Bizottság ellenkérelme egyébként 36 kiskereskedő válaszára hivatkozik, míg legalább 42 van, amelyekhez az összefonódásban részt vevő felek egyébként magyarázatokat fűztek az átláthatóságra vonatkozó, 2004. június 17-i feljegyzésükben.

381 Továbbá a Bizottságnak az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszaiból kiderül, hogy a kiskereskedőknél tett vizsgálatból levont következtetések részben azon körülménnyel magyarázhatók, hogy az összefonódásban részt vevő felek által a kifogásközlésre adott válaszukban és az árak átláthatóságára vonatkozó, a Bizottság előtti meghallgatást követően, 2004. június 17-én benyújtott feljegyzésben kidolgo-

zott érvelést követette, amely szerint figyelmen kívül kell hagyni a kiskereskedők azon igenlő válaszait, amelyek nem pontosítják, hogy a PPD-kre és/vagy az engedményekre hivatkoznak.

382 E magyarázat megalapozottságának megvizsgálását megelőzően mindenekelőtt csodálkozni kell azon késedelmen, amellyel azt nyújtották. Mivel a jelen esetben a lényeges kérdést az átláthatóság mértéke jelenti, nehéz megérteni, hogy a legfontosabb bizonyítékra vonatkozó ezen magyarázat nem szerepel sem a határozatban, sem főleg az ellenkérelemben, sem a kiegészítő észrevételek beadványában, hanem csak a Elsőfokú Bíróság külön kérdésére adott válaszként hozták fel a tárgyalás előtti napon.

383 Az érv megalapozottságát illetően emlékeztetni kell arra, hogy a Bizottság által a kiskereskedőknek küldött kérdőív a következő kérdést tette fel: „A beszerzési osztályának tapasztalatai alapján ismerik-e a lemezkiadó vállalatok a PPD-ket és a versenytársaik engedményeit?” Amint arra a felperes jogosan hivatkozott, nincs semmilyen elfogadható ok azon vélekedésre, hogy azon kiskereskedők igenlő (végül is néha nagyon kategorikus formában kifejezett, mint például „nyilvánvalóan”, „feltétlenül” vagy „bizonyára”) válaszait, akik nem pontosították, hogy az árakra és/vagy az engedményekre hivatkoznak, nem lehet figyelembe venni. Az így megfogalmazott kérdésre adott akár igenlő, akár tagadó választ ugyanis ésszerűen úgy kell felfogni, mint amely a szóban forgó két pontra vonatkozik, ha nem tartalmaz korlátozást vagy pontosítást. Abban az esetben, ha a Bizottság úgy vélte, hogy mégis kétség áll fenn a válaszok pontos jelentését illetően, az ő feladata – különösen tekintettel, hogy e kérdés mekkora jelentőséggel bír a határozat szempontjából – ellenőrizni e kérdést a szóban forgó kiskereskedőknél, amelyet egyébként megtehetett volna a legrövidebb határidőn belül.

384 Mindenesetre meg kell állapítani, hogy a bejelentő feleknek a Bizottság által helybenhagyott azon állítása, amely szerint „összesen 36 válasz közül csak öt válasz jelölte meg kifejezetten, hogy fennállt az engedmények bizonyos átláthatósága; az ellenkező álláspontot 11 válaszban védték kifejezetten”, nyilvánvalóan téves.

385 Ami azon állítólagos tizenegy választ illeti, amelyek kifejezetten azt állapítják meg, hogy az engedményeket illetően nincs átláthatóság, mindenekelőtt meg kell állapítani – amint az kiderül a Sony és a BMG 2004. június 17-i feljegyzéséből (a beavatkozási beadvány C. 9. mellékletéből) –, hogy a hivatkozott szám tíz nemleges válasz, és nem tizenegy (lásd a 213. oldalt), és hogy valójában a feljegyzés csak hetet említ, amelyek közül négy azon nagy országokra vonatkozik, amelyek a fő vizsgálat tárgyát képezik a határozatban. Úgy tűnik továbbá, hogy e négy válasz közül szinte egyiket sem lehet úgy értelmezni, mint amely kifejezetten nemleges választ tartalmaz. Egyértelmű, hogy a [*bizalmas*] „véleményünk szerint ismerik a versenytársak PPD-it” választ nem lehet úgy felfogni, mint ami kifejezetten arra utal, hogy a nagy kiadók nem ismerik a versenytársak engedményeit. A másik, a német piacra vonatkozó válasz megállapítja, „nem részletesen, de ismerik a minimum versenyárakat”, amely szintén nem jelent kifejezett nemleges választ. A 61. oldalon szereplő, az Egyesült Királyság piacára vonatkozó, [*bizalmas*] az egyetlen kifejezett nemleges válasz: „PPD– Igen. Engedmények – Nem”, azonban azonnal pontosítja, hogy „azonban, ha egy album általános engedményben részesül a kiskereskedőknél, az átlag kiskereskedelmi eladási ár abból eredő csökkenése nyilvánvaló lesz az egész piacon.” Végül a 2004. június 17-i feljegyzésben említett másik állítólagos nemleges válasz [*bizalmas*] („nem tudunk arról, hogy a lemezkiadó vállalatok értesültek a versenytársaik PPD-iről és engedményeiről”) nem szerepel az aktában. Ugyanis az Egyesült Királyság piacára vonatkozó négy másik válasz (mind a határozat, mind a Bizottság által az Elsőfokú Bíróságnak küldött dokumentumok szerint öt brit kiskereskedő válaszolt) megállapítja: „PPD-k – Igen. Engedmények – 0,5–1%-os sávban” (56. o.), „Nyilvánvalóan” (58. o.), „Igen” (63. o.), „a lemezkiadó vállalatok tudnak a versenytársaik PPD-iről, [...] azt hiszi, jól ismerik a versenytársaik által alkalmazott engedmények skáláját is” (65. o.) (ez a kiskereskedő azt is megállapítja a következő kérdésre adott válaszában, hogy a kereskedelmi tárgyalások alkalmával a többi nagy kiadó által alkalmazott feltételekre és engedményekre hivatkoznak”, és hogy „a szállítók korlátozott száma könnyen lehetővé teszi a nagy kiadók számára, hogy teljes képük legyen az általuk alkalmazott feltételekről, és következésképp, hogy igazodjanak egymáshoz.” Meg kell állapítani, hogy a brit ügyfelek minden válasza egyáltalán nem kifejezetten nemleges, épp ellenkezőleg, egyértelműen mind a PPD-k, mind az engedmények elég erős átláthatóságáról tanúskodik.

386 A kiskereskedőknek a Bizottság által a tárgyalás előtti napon előterjesztett, említett válaszainak vizsgálatából kiderül továbbá, hogy azok nem támasztják alá a Bizottság által azokból levont következtetéseket. Számos válasz ugyanis az engedmények átláthatóságára vagy azoknak a nagy kiadók általi ismeretére utal.

387 Az előzőből következik, hogy a kiskereskedők válaszainak a Bizottság általi értékelése nyilvánvaló hibát tartalmaz.

388 Ami továbbá a szokásos engedmények és a promóciós engedmények átláthatósága között a határozatban alkalmazott különbségtételt illeti, az ellenkérelemből következik, hogy a kiskereskedők válaszainak, a Sony és a BMG nemzeti vezetői nyilatkozatainak és a kereskedelmi képviselők ellenőrzési jelentéseinek az összefonódásban részt vevő felek által elvégzett elemzése alapján a Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy ha az átláthatóság vonatkozhatott is a PPD-kre és bizonyos mértékben a szokásos engedményekre, valószínűleg nem terjedt ki az esetenként tárgyalt promóciós engedményekre.

389 Ugyanakkor e három forrás egyike sem teszi lehetővé a Bizottság által levont következtetés alátámasztását. Először is – amint azt fent kifejtette az Elsőfokú Bíróság –, a kiskereskedők válaszainak a Bizottság által az összefonódásban részt vevő felek elemzésének megfelelően elvégzett értékelése nyilvánvaló hibát tartalmaz. Továbbá a kiskereskedők egyetlen, akár pozitív, akár negatív válasza sem tesz különbséget a szokásos engedmények és a promóciós engedmények között. Másodszor, egyértelmű, hogy az összefonódásban részt vevő felek képviselőinek egyszerű nyilatkozatai nem minősülhetnek a promóciós engedmények átláthatatlanságára vonatkozóan elfogadható bizonyítéknak. Harmadszor, a kereskedelmi képviselőknek a versenytársakra vonatkozóan információkat tartalmazó heti ellenőrzési jelentései – amint a határozat (113) preambulumbekkezdésében ismertetésre került – a piac átláthatóságának kiegészítő forrását jelentik. Ezért, feltételezve akár, hogy nem tartalmazznak az engedményekre, különösen a promóciós engedményekre vonatkozóan nagyon pontos információkat, semmi esetre sem alapozhatják meg azok átláthatatlanságát. Továbbá, amint az fent megállapításra került [a felperes által előterjesztett dokumentumokból kiderül, hogy a jelentések több, részletesebb információt tartalmaznak az árakra és a promóciós engedményekre vonatkozóan, mint az az összefonódásban részt vevő felek által benyújtott jelentések néhány példányá – bizalmas rész a beavatkozók számára].

390 Az előzőből következik, hogy a piac átláthatóságának a határozatban elvégzett mérlegelése nyilvánvaló hibát tartalmaz, amennyiben olyan elemekre támaszkodik, amelyek nem alapozhatják meg az abból levont következtetéseket.

391 A teljesség kedvéért az Elsőfokú Bíróság azonban megvizsgálja még a promóciós engedmények eltérésére és összetettségére alapított érveket is.

392 A határozat (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekzdésében a Bizottság bizonyos mértékű ingadozást és különbségeket is megállapított a Sony és a BMG számlaengedményei között az öt nagy országbeli fő vevőik nagy részét illetően (2–5% az Egyesült Királyságban, Németországban és Spanyolországban; 1–3% Olaszországban, a helyzet kissé eltérő Franciaországban, de ugyanolyan nagyságrendű, ha az engedmények összességét tekintjük). A következőt is megállapítja:

„Ráadásul, az [összefonódásban] részt vevő felek olyan adatokat közöltek, amelyek azt mutatják, hogy a számlaengedmények egy adott vevőt illetően időben és albumonként változtak, valamint hogy az egy adott albumra adott engedmények vevőnként ingadoztak. A piacon elvégzett vizsgálat azt mutatta, hogy ezen ingadozások lényegében a szokásos engedményeknél – amelyeket általában évente állapítanak meg – rugalmasabban alkalmazott promóciós engedményekből erednek.”

393 Ellenkérelmében a Bizottság számos táblázatot nyújtott be, az engedmények eltérésének és összetettségének bizonyítása végett. Ezekből kiderül, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatók, mint a szokásos engedmények, és hogy a nyomon követésük a kiskereskedelmi piacra vonatkozó promóciók alapos vizsgálatát igényli, és a Bizottság nem tárt fel olyan bizonyítékokat, amelyek kellően igazolják, hogy a nagy kiadók így jártak el. Ellenkérelmében a Bizottság kifejtette, hogy megvizsgálta az egyedi albumok nettó árainak elemeit (PPD, szokásos engedmény, esetleges promóciós engedmény), és arra következtetett, hogy minden elem elégséges mértékű átláthatósága szükséges ahhoz, hogy valamely nagy lemezkiadó vállalat ésszerűen bizonyos lehessen abban, hogy ismeri valamelyik másik lemezkiadó vállalat tényleges nettóár-rögzítési gyakorlatát, ahogyan az a vevők és az albumok szintjén megnyilvánul, és hogy „a PPD-k viszonylagos átláthatóságára vonatkozó bizonyítékok, a szokásos engedmények bizonyos átláthatóságára vonatkozó néhány bizonyíték és a promóciós engedmények átláthatatlan és összetett jellegének meggyőző bizonyítékai alapján nem juthatott ilyen következtetésre”.

394 A Bizottság ezen érvelése a következő észrevételeket kívánja.

395 Először is meglepő, hogy a Bizottság az engedmények eltéréseire támaszkodik az átláthatóság hiányának megállapítása végett. A Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban ugyanis több ízben hangsúlyozta a nettó árak, illetve az engedmények stabilitása vagy párhuzamossága relevanciájának hiányát a piac átláthatósága szempontjából. Így többek között azt állította, hogy valamely lemezkiadó vállalat (átlag)engedményeinek jelentős stabilitása nem jelentheti a szükséges átláthatóság bizonyítékát, hogy a Bizottság érdeke az engedmények átláthatóságát tekintve nem irányult annak ellenőrzésére, hogy a nagy kiadók egységes magatartást követtek-e, hogy a promóciós engedmények egy adott pillanatban való tényleges gyakorlatára vonatkozó bizonyítékok nem voltak relevánsak az árak összehangolása tényleges mértékének értékeléséhez, hogy a valamilyen szintű szoros összehangolás semmiképpen nem tekinthető az egyeztetés elégséges bizonyítékának, hogy a valamely nagy lemezkiadó vállalat által adott engedmények időben való stabilitásának bizonyos mértéke önmagában nem volt bizonyíték, és hogy még a statisztikai előreláthatóság magas foka sem bizonyította az egyeztetés fennállását.

396 Az összefonódásban részt vevő felek a Bizottság előtti meghallgatást követően elküldött, 2004. június 17-i, az átláthatóságra vonatkozó bizonyítékokról szóló feljegyzésükben úgyszintén állították, hogy a vevőknek küldött, II. szakasz kérdőív 28. kérdése („Észlelte Ön a PPD-k, az engedmények vagy a feltételek [nagy kiadók] közötti összehangolását?”) egyáltalán nem állt kapcsolatban az árak átláthatóságával („E kérdés, tekintettel a kifejezéseire, egyértelműen nem érinti az árak átláthatóságának problémáját”).

397 Másodszor emlékeztetni kell arra, hogy a határozatnak a piac átláthatósága vizsgálatának szentelt ad hoc részében (a határozat (111)–(113) preambulumbekézése) az engedményekre vonatkozóan szereplő egyedüli észrevételek a promóciós engedményekre vonatkozóan arra szorítkoznak, hogy visszataljanak a közös árpolitikának az öt nagy országban való vizsgálatára vonatkozó részben tett megállapításokra (azaz a (77)–(80) preambulumbekézdés az Egyesült Királyságot illetően, és a megfelelő preambulumbekézdések a többi nagy országot illetően). Ugyanakkor a határozat (70) preambulumbekézdésében a Bizottság annak meg-

határozása végett, hogy a nagy kiadók követtek-e ténylegesen áregyeztetési politikát, arra utalt, hogy „az átlagárak jó eszközt [jelentettek] annak megállapításához, hogy a nagy lemezkiadó vállalatoknak [volt-e] párhuzamos magatartásuk az árak terén”. Ebből következik, hogy maga a határozat szerint az átláthatóság értékelése végett a Bizottság vélte úgy, hogy támaszkodhat az átlagokra, a pontos eltérések helyett, beleértve a promóciós engedményeket.

398 Mindenesetre nem tűnik úgy, hogy a Bizottság komolyan megvizsgálta volna a promóciós engedmények pontos eltéréseit, és azoknak a piac vagy az árak átláthatóságára gyakorolt hatásait. Kiderül egyébként a határozatnak a Bizottság által elemzett különböző tényezőket említő (72) preambulumbekzdéséből, hogy csak a számlaengedményekre vonatkozó átlagadatokat vizsgálták meg (lásd a határozat 43. lábjegyzetét). A Bizottság mind a kifogásközlésben, mind a közigazgatási eljárás során végig úgy vélte, hogy a bruttó és nettó árakra vonatkozó adatok, valamint az átlagengedmények lehetővé tették a kollektív erőfölény létezésének megítélését, és ezért azt is, hogy a piac kellően átlátható volt-e. A Bizottság csak a 2004. június 14. és 15-i meghallgatást követően módosította az álláspontját, és fogadta el az összefonódásban részt vevő felek által védett azon feltevést, amely szerint a promóciós engedmények összetettsége és eltérései megszüntetik a szükséges átláthatóságot, azonban anélkül, hogy új vizsgálatokat folytatott volna a piacra vonatkozóan ezen új következtetések megalapozottságának ellenőrzése céljából.

399 Harmadszor, a Bizottság által a határozatban és az Elsőfokú Bíróság elé terjesztett beadványokban felhozott, a promóciós engedmények állítólagos eltéréseire vonatkozó érvek és bizonyítékok egy sor észrevételt kívánnak, egyrészt az átláthatatlanságuk mértékére, másrészt pedig a relevanciájukra vonatkozóan.

— A promóciós engedmények átláthatatlanságáról

400 Előzetesen meg kell jegyezni, hogy sem a határozatban, sem az Elsőfokú Bíróság elé terjesztett semelyik beadványban nem határozta meg a Bizottság pontosan, melyek a

promóciós engedmények, azon feltételeket, amelyek között azokat nyújtják és amelyektől függenek, a gyakoriságukat, az összegüket, vagy azon albumok típusát, amelyekre alkalmazandók. Az aktából, és többek között a versenytársak válaszainak a Bizottság által benyújtott kevés kivonatából az látszik azonban kitűnni, hogy elég magas százalékban olyan pontos engedményekről van szó, amelyeket egyedi albumok meghatározott mennyiségére és korlátozott időtartamra nyújtanak, különleges esetekben, tipikusan egy jelentős készlet forgalomba hozatala céljából.

401 A határozat (79) preambulumbekzdése (és a többi nagy országra megfelelő preambulumbekzdések) szerint „[az összefonódásban részt vevő] felek olyan adatokat közöltek, amelyek azt mutatják, hogy a számlaengedmények egy adott vevőt illetően időben és albumonként változtak, valamint hogy az egy adott albumra adott engedmények vevőnként ingadoztak”. Bár a határozat ezen pontja a számlaengedmények általánosabb kategóriáját említi, úgy kell tekinteni, hogy az észrevétel valójában csak a promóciós engedményekre vonatkozik. Amint ugyanis kiderül a határozatból és a Bizottság beadványaiból, a szokásos engedményeket minden egyes vevővel egy teljes évre tárgyalták meg, és a szóban forgó vevő értékesítésének összességére alkalmazandók. A határozat (79) preambulumbekzdésében egyébként a Bizottság annak pontosításával folytatja, hogy ezen ingadozások lényegében a promóciós engedményekből erednek. A Bizottság azt állítja, hogy e három típusú eltérés (vevőnként, albumonként és időben) teszi átláthatatlanná a promóciós engedményeket. E kijelentés alátámasztására a Bizottság az ellenkérelme mellékleteként egy sor táblázattal szolgált, a különböző eltérések bemutatására (a továbbiakban: új bizonyítékok).

402 E tekintetben meg kell jegyezni mindenekelőtt, a felperes jogosan hivatkozott arra, hogy valamely promóciós engedményt (campaign discount) lényegében arra szánják, hogy köztudomású legyen. Olyan promóciós engedményt, amely magas százaléku és a szokásos engedményhez adódik hozzá, ésszerűen csak azon feltétellel ad a kiadóvállalat valamelyik kiskereskedőnek, ha ő azt továbbadja a végső fogyasztónak (egyértelmű árcsökkentéssel vagy a kirakatban jobb helyen való elhelyezéssel) azon album eladásainak emelése érdekében, amelyre vonatkozik. Annál is inkább így van, mivel – amint az kiderül a kifogásközlés (115) pontjából – a „royalties” (szerzői díjakat) valamely album PPD-ire, és nem a nettó árakra vonatkozóan számolják ki, úgyhogy a nagy kiadóknak mind érdeke az engedmények nyújtását a lehető legnagyobb mértékben korlátozni.

403 Meg kell állapítani továbbá, hogy a versenytársak válaszainak a rendelet 11. cikke szerinti információkérésre a Bizottság által az Elsőfokú Bíróság elé terjesztett csupán három kivonata egyáltalán nem erősíti meg a Bizottság állítását, épp ellenkezőleg, a promóciós engedmények inkább nyilvános és átlátható jellegéről tanúskodnak.

404 Így a nagy kiadók egyikének válasza szerint:

„[A promóciós engedményeket] új megjelenéshez lehet használni, új művész támogatása céljából, új üzlet támogatására, egy program vagy különösen egy eladási kampány támogatásához (ez a leggyakrabban egy teljes lemezkategoriára vonatkozik) vagy különleges esemény előmozdítása érdekében. Ez az engedménytípus a PPD-k jelentős arányát [*bizalmas*] teheti ki, és fontos, mivel bizonyos eladások fejlesztésére irányul.”

405 A nagy kiadók egyetlen másik, a Bizottság által benyújtott válaszában szereplő, azon körülményeket illető pontosítások, amelyek között ezen engedményeket adják, szintén arra látszanak utalni, hogy nagyon sajátos, a versenytársak által könnyen kiszűrhető eseményekhez kapcsolódnak. E nagy kiadó ugyanis kifejti:

„A [promóciós engedmények] sajátos reklámkampányok keretében kínált engedmények. Adott megjelenésekhez vagy megjelenés-csoportokhoz kapcsolódnak. Ha például egy művész valamely új album reklámozása érdekében turnézik, engedmény adható ezen album eladási mennyiségeinek maximalizása érdekében a művész turnéjának ideje alatt. Ugyanígy, bizonyos időszakos készletek (karácsonyi zene) egy adott kampányhoz társíthatók. A promóciós engedmények néha a legrégebb, már nem nagyon sikeres hangfelvételekre vonatkoznak. Tipikusan [...] egy engedményben részesülő adott lemez (vagy lemezsorozat) nagy mennyiségét igyekszik eladni egy kiskereskedőnek, aki azután azt különleges ajánlat formájában értékesíti. Az új

megjelenésekre vonatkozó engedményeket olykor előzetes megrendelésekre adják, hogy jelentős jelenléte biztosítsanak az eladóhelyen. [...] Ezen engedménytípus célja, hogy új művészeknek vagy feltörekvő művészeknek adják, amikor [...] ösztönözni kívánják az eladásokat egy célzott reklámkampánynak köszönhetően.”

- 406 Végül a független gyártó válaszából kiderül egyrészt, hogy a promóciós engedmények látható módon nyilvánulnak meg a fogyasztó számára alacsonyabb eladási áron, és az engedményben részesülő albumoknak az üzletben való jobb elhelyezésén keresztül, másrészt pedig, hogy gyakran maguk kiskereskedők indítják a kampányokat, akik meghívják a különböző gyártókat, hogy vegyenek abban részt (lásd szintén ebben az értelemben a Sony és a BMG képviselőinek nyilatkozatait, B. 2. melléklet), amely így lehetővé teszi számukra, hogy tudjanak az említett akciós engedményekről.
- 407 Ebből következik, hogy harmadik személyek egyetlen információja sem a határozatban, sem a Bizottság által előterjesztett új bizonyítékokban nem erősíti meg promóciós engedmények átláthatatlan jellegét.
- 408 Kiderül azonban a határozat (79) preambulumbekzdéséből, és a Bizottság Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiból, hogy az összefonódásban részt vevő felek olyan adatokkal szolgáltak, amelyek arra utalnak, hogy a promóciós engedmények nem elegendően összehangoltak, mivel időben, vevőnként és albumonként eltérnek. A Bizottság és a beavatkozók lényegében azt állítják, hogy az említett engedmények eltéréseinek és összetettségének tényénél fogva a piac nem kellően átlátható.
- 409 E tekintetben mindenekelőtt emlékeztetni kell arra, hogy a Bizottság a kifogásközlés 88–90. pontjában az összes nagy kiadó adatainak vizsgálata alapján arra a következtetésre jutott, hogy az engedmények eltértek, de stabilak voltak, hogy néhány kivételtől eltekintve a különbségek eléggé korlátozottak voltak, hogy

egyáltalán nem volt bizonyíték arra, hogy az árpolitikák alapvető módosításához használták azokat, sem különösen az új sláger megjelenések (new hit releases) nettó átlagárainak befolyásolása érdekében, mivel a bruttó áraknak a nettó árakhoz való arányai nagyon stabilak voltak időben és albumonként.

410 Habár – amint azt fent felidéztük – a Bizottságnak természetesen jogában áll módosítani a közigazgatási eljárás során tett megállapításait, különösen az érintett felek észrevételeinek figyelembevétele érdekében, és nem köteles e tekintetben indokolással szolgálni a határozatban, a határozatban tett megállapításoknak viszont igazolhatóknak kell lenniük, legalábbis az eljárásnak az Elsőfokú Bíróság előtti szakaszában, az előzetesen tett ténybeli megállapításokra tekintettel, adott esetben annak bizonyításával, mennyiben tévesek ez utóbbiak. Ugyanakkor a jelen esetben, amint azt jogosan hangsúlyozza a felperes, a Bizottság nem végezte el az összes nagy kiadó engedményeire vonatkozó adatok újbóli vizsgálatát, hanem csak az összefonódásban részt vevő felek által szolgáltatott adatokra vonatkozó következtetései igazolására szorítkozott.

411 Ellenkérelmében a Bizottság természetesen arra hivatkozott, hogy megvizsgálta a többi nagy kiadó engedményeit, de mivel ezeket a számokat nem lehet felfedni az összefonódásban részt vevő felek előtt, nem lehetett azokat belefoglalni a határozatba. Ezen érvelés azonban nem követhető.

412 Először is egyértelműen kitűnik a határozatból (lásd különösen a (79) preambulumbekendést, és a határozat 43. lábjegyzetét), a Bizottság beadványainak egyéb pontjaiból (lásd különösen az ellenkérelem azon részét, amelyben a Bizottság kifejezetten arra utal, hogy „csak a Sony és a BMG adatait vették figyelembe, hiszen a többi nagy kiadó azt állapította meg, hogy csak nettó árakat számláztak ki”) és a Bizottság által benyújtott új bizonyítékokból, hogy az engedmények eltéréseiből a határozatban levont megállapítás csak az összefonódásban részt vevő felek engedményeire vonatkozó adatokon alapszik. Egyébként a határozat egyetlen preambulumbekendése sem utal arra, hogy a Bizottság megvizsgálta volna a többi

nagy kiadó engedményeire vonatkozó adatokat, sem *a fortiori* azt, hogy ezek a promóciós engedmények összetettségére és eltéréseire utaltak.

- 413 Másodszor a Bizottság nyilvánvalóan állíthatja azt, hogy valamely tervezett összefonódás vizsgálatának keretében nem veheti figyelembe – és adott esetben nem alapozhatja a következtetéseit – a piac egyéb szereplőinek adataira. E feltevés az esetek többségében lehetlenné tenné a tervezett összefonódás közös piaccal való összeegyeztethetőségének vizsgálatát. Egyebekben meg kell állapítani, hogy a határozatban megvizsgált engedményeken kívüli egyéb tényezők (piaci részesedések, bruttó és nettó árak stb.) nagy része különböző piaci szereplők adatain alapul.
- 414 Harmadszor a Bizottság a tárgyalás után előterjesztett végső észrevételeiben a tervezett összefonódások vizsgálatára vonatkozó eljárást szabályozó szigorú határidők betartásából fakadó korlátokat és a bejelentő felek védelemhez való jogának szükségességét hangsúlyozva azzal érvelt, hogy a felperes számos állítása, amely szerint a Bizottság nem vizsgált meg szabályosan bizonyos lényeges kérdéseket a meghatározott kifogásokkal összefüggésben, és egyéb kifogásokat is meg kellett volna vizsgálnia, az összefonódások ellenőrzésére vonatkozó eljárás téves felfogásán alapszik, amennyiben a valamely összefonódás által felvetett versenyproblémákra vonatkozóan folytatott vizsgálat lényegében lezajlott a kifogásközlés előtt. Ha a felperes nem is kifogásolhatja ténylegesen, hogy a Bizottság nem vizsgálta meg az első alkalommal az Elsőfokú Bíróság előtt kijelentett problémákat, amelyek közül bizonyosak egyébként nyilvánvalóan elfogadhatatlanok, amiért csak a válszában vagy a tárgyalás után előterjesztett észrevételeiben fejtette ki azokat, a Bizottság ezen észrevétele azonban figyelmen kívül hagy két szempontot. Egyrészt tény, hogy a Bizottság az eljárás kezdetétől fogva azonosította az átláthatóság és az engedmények problematikáját, és hogy mind a harmadik személyeket, mind az összefonódásban részt vevő feleket meghallgatta e tekintetben. Másrészt az időkorlátoknak szintén az a következménye, hogy az összefonódásban részt vevő felek nem várhatják meg az utolsó percet arra, hogy bizonyítékokat nyújtsanak be a Bizottsághoz a Bizottság által kellő időben emelt kifogások megcáfolására, mivel így ő már nem tudja lefolytatni a szükséges ellenőrzéseket. Legalábbis ebben az esetben e bizonyítékoknak különösen megbízhatóknak, objektívaknak, relevánsaknak és meggyőzőeknek kell tűnniük ahhoz, hogy jogszerűen megcáfolhassák a Bizottság által emelt kifogásokat.

415 E tekintetben nyomban meg kell állapítani, hogy mind a határozat (79) preambulumbekezdésének szövegéből („[az összefonódásban részt vevő] felek [olyan] adatokat közöltek”), mind (az ellenkérelem mellékletéhez csatolt) új bizonyítékok vizsgálatából az következik, hogy nemcsak a promóciós engedményekre vonatkozó megállapítások alapulnak csupán az összefonódásban részt vevő felekre vonatkozó adatokon, hanem ezen kívül az ezeket megismétlő táblázatokat is az említett felek (vagy közgazdászai) készítették a maguk által kiválasztott módszertan és adatok alapján, anélkül, hogy úgy tűnne, hogy a Bizottság ellenőrizte a pontosságukat, relevanciájukat, illetve objektív és reprezentatív jellegüket. Bár, amint a Bizottság arra a tárgyaláson hivatkozott, a összefonódások ellenőrzésére vonatkozó eljárás természetesen szükségszerűen nagy mértékben a bizalmon alapul ugyan, mivel a Bizottság nem köteles a legapróbb részletekben maga ellenőrizni minden megküldött információ megbízhatóságát és pontosságát, viszont nem mehet odáig, hogy a vizsgálat bizonyos szempontjai lefolytatásának felelősségét ellenőrzés nélkül átruházza az összefonódásban részt vevő feleknek, különösen, amikor – mint a jelen esetben – e szempontok jelentik azon lényeges elemet, amelyen a határozat alapszik, és az összefonódásban részt vevő felek által előterjesztett adatok és észrevételek homlokegyenest ellenkezőek a Bizottság által a vizsgálata során gyűjtött információkkal, valamint az általa azokból levont következtetésekkel.

416 Negyedszer, a felperes hangsúlyozta – anélkül, hogy a Bizottság ellentmondott volna, és amint azt a kifogásközlés 146. pontjában elismerte –, hogy a Sony és a BMG nagyon különböző eredményeket értek el az ellenőrzött évek során. Mivel a megjelenések erőssége befolyásolhatja az árakat és az engedményeket, a csak a két fél adatait vizsgáló táblázatok hajlamosak növelni az eltéréseket.

417 Ötödször, a Bizottság által benyújtott új bizonyítékok vizsgálata az előző megállapítások fényében egy sor észrevételt kíván.

418 Ellenkérelmében a Bizottság kijelenti, a beadványához mellékelte adatokra támaszkodott azon következtetésében, hogy az engedmények háromszorosan térnek el (időben, albumonként és vevőnként).

419 E tekintetben meg kell állapítani mindenekelőtt, hogy ezen feltételezett bizonyítékok közül egyedül az egyik mellékletet (B. 4) készítette maga a Bizottság, bár szintén csak a Sony és a BMG által adott engedményekre vonatkozó adatokra alapozva. A kérdéses melléklet az összefonódásban részt vevő felek által a 2000-2003. években a nagy országokban a tíz legjobb közös vevőjüknek adott átlagos számlaengedményeket megismétlő grafikonokból áll, kivéve Franciaországot, mivel a Bizottság azt állapította meg, hogy a Franciaországra vonatkozóan szolgáltatott adatok inkoherenciát mutattak. A kifogásközlésben (88. pont) a Bizottság e grafikonokra támaszkodott az engedmények teljes stabilitásának kimutatásához. A Bizottság nem vitatta e megállapítás pontosságát az Elsőfokú Bíróság előtt, de annak kijelentésére szorítkozott, hogy az összefonódásban részt vevő felek úgy érveltek, hogy a bizonyos vevőkkel való bánásmódjuk jelentős különbségeket rejtett, és B. 5 mellékletként csatolta az észrevételeik kivonatát. Meg kell azonban állapítani, hogy ezen észrevételek nem vonhatják kétségbe az említett grafikonokból kialakult általános benyomást. Így a stabilitást és bizonyított párhuzamosságot mutató olasz piacot illetően, amint azt az összefonódásban részt vevő felek megállapítják, ha két vevő bizonyosan a többi vevőnél határozottan alacsonyabb engedményekben részesült is, ennél jelentősebb, hogy ezen alacsonyabb engedményeket a Sony és a BMG pontosan ugyanannak a két vevőnek adta, hogy a két nagy kiadót illetően szinte azonos szintűek, és párhuzamos módon változtak.

420 Ami az ellenkérelem B. 8. és B. 9. mellékleteként benyújtott táblázatokat illeti –, amelyek a Bizottság szerint azt mutatják, hogy a Sony, illetve a BMG által a 20 vezető albumukra mind az öt nagy tagállamban adott számlaengedmények eloszlása észrevehetően különböző volt –, mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a számlaengedmények legáltalánosabb kategóriájára vonatkoznak, és nemcsak a promóciós engedményekre, és hogy amint azt a felperes megállapította, az engedmények választékában időben lévő különbségek az eredményekben rejlő különbségekből eredhetnek, és nem zárják ki, hogy az engedmények ismert szabályok összességén alapuljanak.

421 Meg kell állapítani továbbá, hogy ugyan az engedmények megoszlásának 1998 és 2003 közötti megoszlása ténylegesen eltér időben és országonként, nem azonosan tér el az összefonódásban részt vevő két fél esetében, mind időben, mind

országoként. Ez még világosabban kitűnik a 2003. évre mind az öt nagy országban adott engedmények megoszlását összehasonlító táblázatból (B. 9. melléklet), amelyben a megoszlás országoként változó, az összefonódásban részt vevő két fél engedményei párhuzamosan változnak (lásd különösen az A és C országokra vonatkozó adatokat). Így, míg A országban a Sony és a BMG engedményei lényegében a [bizalmas] skálában összpontosulnak, elsősorban a [bizalmas] és [bizalmas] sávban helyezkednek el B országban, és a [bizalmas] sávban C országot illetően, valamint a felső sávokban D és E országot illetően. Így a mellékletek ezen táblázataiból nemcsak az derül ki, hogy az engedmények különböző sávok közötti megoszlása az egyes országokban eléggé hasonló, hanem ezen kívül az is, hogy az országok szerinti változások nagyon hasonlóak.

422 Ami kifejezetten a promóciós engedményeket illeti, a Bizottság lényegében két mellékletére hivatkozik (B. 13. és E. 4.2.) azon elmélete alátámasztásához, amely szerint a promóciós engedmények átláthatatlanok a rendkívüli összetettségük és jelentőségük tényénél fogva. Ugyanakkor úgy tűnik, hogy az ott szereplő táblázatok – amelyek csak a Sony és a BMG engedményeire vonatkoznak csak egy évre vonatkozóan, és teljes egészében ők maguk készítették el azokat – nem tekinthetők kellően relevánsnak és megbízhatóknak.

423 Így, ami az összefonódásban részt vevő felek által a hat legnagyobb vevőjüknek a 2002-ben legtöbbet eladott, a „PPD-k listáján hasonló árakon szerepelő” (listed at similar prices) albumokra adott számlaengedményeket összehasonlító B. 13. melléklet táblázatait illeti, meg kell állapítani többek között, hogy a Bizottság az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszaiban azt közölte, hogy az egyes országokra választott PPD az egyes feleknek a megvalósított eladások viszonylatában legfontosabb PPD-i egyikét jelenti, pontosítva azonban, hogy Németország esetében például a harmadik és negyedik legfontosabb PPD-ről volt szó a BMG-re nézve, a hatodik legfontosabb PPD-ről a Sony tekintetében. Ugyanakkor, mivel a határozatban a Bizottság kifejti, hogy az összefonódásban részt vevő felek az eladásaik nagy részét egy vagy két, maximum három PPD alkalmazásával valósították meg, felmerül a kérdés, hogy a figyelembe vett albumok milyen mértékben képviselik ténylegesen a bestseller albumjaikat. Továbbá, a táblázatokra utaló egyik lábjegy-

zetből kiderül, hogy számos albumnak módosult a PPD-je az év során, ami úgy tűnik, befolyásolhatta a nyújtott engedményeket, és ezért fokozhatta az összehasonlító eltéréseket. Szintén kiderül az említett táblázatokból, hogy a BMG adatai a 2002-es évre vonatkoznak, míg a Sony adatai a 2002/2003 üzleti évre.

424 Végül mindenesetre ha a táblázatok értelmezése bonyolult is azon ténynél fogva, hogy felváltva helyezik egymás mellé a Sony és a BMG adatait, pedig az összehasonlítást az összefonódásban részt vevő egyes felek által a különböző ügyfeleknek adott engedmények között kell elvégezni, és nem az említett felek egyike albumjaira adott engedmények között a másik fél albumjaira adott engedményekhez viszonyítva, a táblázatok figyelmes vizsgálata azt mutatja, hogy az eltérések végső soron eléggé korlátozottak tűnnek. E tekintetben egyébként fel kell idézni, hogy a kifogásközlés 75. pontjából és a 47. lábjegyzetből az következik, hogy a Bizottság egyedileg elemezte a bruttó és nettó árakat a Sony a BMG a tíz legjobb albumját illetően, és a kifogásközlés (90) pontjában arra következtetett, hogy „a bruttó árak nettó árakhoz való arányai nagyon stabilak voltak albumonként és időben a megvizsgált egyedi megjelenéseket illetően”. Ugyanakkor sem a Bizottság, sem a beavatkozók nem jelentették ki, se nem bizonyították *a fortiori*, hogy e megállapítás pontatlan lenne.

425 Ami az E. 4.2. mellékletnek a Sony és a BMG által a bestseller albumjaikra adott maximális promóciós engedmények bemutatására vonatkozó táblázatait illeti, meg kell állapítani, hogy nagyon sok hibát tartalmaznak, amelyek azzal járnak, hogy növelik az engedményeket. Észre kell venni ugyanis, hogy a vevőnkénti minimális és maximális engedmények közötti különbségnek (amely a Bizottság szerint egyenlő a promóciós engedménnyel) az összefonódásban részt vevő minden egyes félre nézve elvégzett kiszámítása az esetek többségében tévesen történt, figyelemmel a másik fél által adott engedményekre, pedig, amint azt a Bizottság maga kifejti, ezen számítás az egy és ugyanazon fél által a különböző vevőinek adott minimális és maximális engedmények közötti különbség alapján kell elvégezni.

- 426 Ebből a két példából következik, hogy azon szükséges körülményekhez, amellyel az összefonódásban részt vevő felek által benyújtott különböző táblázatokat szemlélni kell, amennyiben a maguk által választott olyan paraméterek szerint készítették el azokat, amelyek végeredményben nem mindig tűnnek ki egyértelműen, hozzájárul még azon lehetőség, hogy tárgyi tévedéseket tartalmaznak, amelyeket a jelen esetben akár rövid vizsgálat megállapíthat.
- 427 Mindenesetre feltételezve, hogy az összefonódásban részt vevő felek által készített, és a Bizottság által benyújtott különböző táblázatok ténylegesen megalapozhatják az állítólagos, többé-kevésbé jelentős eltéréseket, az is igaz, hogy amint azt a felperes jogosan jegyezte meg, ezen eltéréseknek kétséges a relevanciája, mivel egyrészt csak a sávokra utalnak a súlyozott átlagok és az átlagokhoz képesti eltérések elemzése nélkül, másrészt pedig nem zárják ki, hogy ezen eltérések legalábbis az ágazat egyik szakembere szerint eléggé könnyen magyarázhatók néhány, az engedmények nyújtását szabályozó általános vagy különös szabállyal, amelyek tekintetében a Bizottság nem folytatta le a szükséges vizsgálatokat.
- 428 Így, amint azt a Bizottság kiemelte, ha a felperes természetesen nem is fejtette ki pontosan, melyek a promóciós engedmények nyújtását szabályozó ezen eltérő szabályok, illetve a Bizottság szerint túl sokat említett azok közül, ami összetetté, és ezért kevésbé átláthatóvá teszi az alkalmazásukat, az is igaz, hogy amint azt az Elsőfokú Bíróság már megállapította, a Bizottság e tekintetben nem végzett vizsgálatot a piacon, vagy legalábbis nem terjesztett elő semmilyen bizonyítékot a promóciós engedmények átláthatóságára vonatkozóan, az összefonódásban részt vevő felek táblázatait kivéve, amelyek a hibáikon kívül mindenképpen csak arra irányultak, hogy megállapítsák az említett engedmények bizonyos eltérései fennállását, de nem bizonyítják, hogy ezen eltérések nem lennének megmagyarázhatók az ágazat valamelyik szakembere számára. Nem lehet egyébként kifogásolni, hogy a felperes nem tette meg maga e bizonyítást, mivel a táblázatok nem határozzák meg pontosan az albumokat, a vevőket, az összegeket és azon pillanatokat, amelyekben ezen engedményeket nyújtották, és mivel sem a felperes, sem az Elsőfokú Bíróság ezért nem tudja ellenőrizni, hogy az említett engedményeket az ágazatnak a felperes által hivatkozott általános szabályainak megfelelően adták-e.

429 Ami a Bizottság azon érvét illeti, amely szerint annyira sok az olyan szempont, amelynek a függvényében a promóciós engedményeket általában adják, hogy átláthatatlanná teszik utóbbiak alkalmazását, mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a felperes előadta, hogy a különböző albumkategóriák (új megjelenések, új művész, „full price”, „mid price” katalógus, „budget” katalógus) tekintetében korlátozott számú általános eladási stratégia létezik (valamelyik lemez kicserélése a slágerlistán, reklámkampányokban való részvétel, az üzletben való elhelyezés alapján történő vásárlások), amelyek bizonyos mértékben vevőtípusok szerint (boltok, szaküzletlancok, önálló üzletek stb.) különbözhetnek. A változók kombinációi ugyan szükségképpen növelhetik az eseteket, a Bizottság azonban nem bizonyította, hogy a feladat rendkívüli nehézséget jelentett volna egy piaci szakember számára. Meg kell állapítani továbbá, hogy a promóciós engedmények nyújtását szabályozó néhány elvnek maguk az összefonódásban részt vevő felek által a B. 14 mellékletben történő ismertetése szintén inkább a felperes által hivatkozott általános szabályok fennállását, valamint a rendkívüli összetettségük hiányát erősíti meg. Végül meg kell jegyezni, hogy még elég nagyszámú, összetettnek tűnő, adott esetben kimerítően nehezen felsorolható szabály sem akadályozza meg feltétlenül, hogy egy szakember eléggé könnyen meghatározza, hogy ezeket *a priori* vagy összességükben betartják-e. Így a jó modorra és az etiketre vonatkozó szabályok hosszú műveket igényelnének a részletes ismertetésükhöz, ezek alapján valaki mégis könnyen megállapíthatja, hogy egy másik személy magatartása annak lényegében megfelel-e.

430 Mindenesetre, amint azt a felperes hangsúlyozta, sem a határozatból, sem a Bizottság által előterjesztett bizonyítékokból nem derül ki, hogy a Bizottság a promóciós engedmények nyújtását szabályozó általánosan ismert szabályok fenntartására vonatkozóan folytatott vizsgálatot, vagy a nagy kiadók azon lehetőségére vonatkozóan, hogy megállapíthatták-e, hogy a többi nagy kiadó által nyújtott engedmények megfelelnek-e ezen szabályoknak, vagy hogy eltérnek-e közös elvektől.

431 Egyebekben a felperes azt is állította, hogy a nettó árak a kiskereskedők számára átláthatók voltak, a kiskereskedők haszonkulcsai általában átláthatók, és nagyfokú pontossággal ismertek.

- 432 Ellenkérelmében a Bizottság e tekintetben azt állította, hogy a kiskereskedelmi eladások nyomon követésének hatástalanságára vonatkozó következtetése a kiskereskedelmi árak összetettségén és átláthatatlanságán is alapult. Azzal érvel, hogy az említett beadványhoz mellékletként csatolt tanulmányból kiderül, hogy a kiskereskedelmi árak intenzív nyomon követése nem teszi lehetővé valamely nagy kiadó számára, hogy ebből kikövetkeztesse a versenytársainak egy adott albumra vonatkozóan a nettó árak (a számlaengedményekkel csökkentett PPD) megállapításának gyakorlatát, azon oknál fogva, hogy a kiskereskedők nem mind alkalmazzák módszeresen a nagykereskedelmi ár ugyanazon emelését egy adott pillanatban, sem az albumok összes kategóriájára, sem a magas árú, leginkább behatárolt kategória minden albumára. Nem állapított meg azonban semmilyen bizonyítható összefüggést a kiskereskedelmi árak és az ugyanazon PPD alá tartozó albumokra adott számlaengedmények között.
- 433 E tekintetben elég azt megállapítani, hogy a határozat egyik preambulumbekzdése sem említi a kiskereskedők részére alkalmazott nettó eladási áraknak a kiskereskedelmi árak lebontásával (reverse engineering) történő meghatározásának ezen állítólagos lehetetlenségét. Továbbá, az akta egyetlen eleme sem utal arra, hogy a Bizottság a közigazgatási eljárás során a legkisebb vizsgálatot folytatta volna a kiskereskedelmi nettó eladási árak és a nagykereskedelmi nettó eladási árak közötti összefüggést illetően, valamint nem gyűjtött információkat a kiskereskedelmi eladási árakra vonatkozóan sem. Sem a Bizottság által kifejtett érvelés, sem az ellenkérelméhez mellékletként csatolt tanulmány ezért nem vehető figyelembe.
- 434 Meg kell jegyezni továbbá, hogy amint arra a felperes hivatkozott, az összefonódásban részt vevő felek közgazdászai által készített tanulmány nem mutat be kellően megbízható, releváns és összehasonlítható adatokat, valamint nem teszi lehetővé azon következtetések fenntartását, amelyeket azokból a Bizottság levon. Azon – bizonyítottan feltételezendő – körülmény, hogy nem minden kiskereskedő alkalmazza mindig módszeresen ugyanazon emelést a nagykereskedelmi árakra, mindenképpen irreleváns. Ha természetesen valószínű, hogy a különböző kiskereskedőtípusok (bevásárlóközpontok, független kiadók, szaküzletláncok stb) eltérő értékesítési politikát folytatnak, és különbségek vannak a piaci szereplők egyes kategóriáin belül, és minden egyes egyéni szereplőt illetően is különbségek vannak az albumtípusok és a sikerük mértéke szerint, az viszont nagyon kevésbé valószínű, és a tanulmány semmilyen adatot nem tartalmaz e tekintetben, hogy valamely kiskereskedő eltérő eladási politikát alkalmazna egy ugyanolyan albumtípusra.

Ugyanakkor mivel minden kiskereskedő ügyfele a nagy kiadóknak, minden egyes nagy kiadó így megfigyelheti az egy adott kiskereskedő által a saját albumjaira alkalmazott felárat, és így abból kikövetkeztetheti azon felárat, amelyet ez utóbbi rendszerint a versenytársai hasonló jellemzőket mutató albumjaira alkalmaz. Végül meg kell állapítani, hogy a Sony és a BMG értékesítési igazgatóinak Franciaországra vonatkozó nyilatkozatai (B. 2. mellékletként csatolva) szerint a kiskereskedelmi árat általában a HÉA-nak a nagykereskedelmi árhoz való hozzáadásával állapítják meg.

435 Az előző megfontolásokból következik, hogy a Bizottság által benyújtott új bizonyítékok nem tűnnek kellően megbízhatónak, relevánsnak és meggyőzőnek a promóciós engedmények átláthatatlan és összetett jellegének bizonyításához.

436 Végül azt is meg kell jegyezni ezen túlmenően, még amennyiben a promóciós engedmény nem is lenne átlátható, mert a kiskereskedő – feltételezve, hogy ez engedélyezett – azt nem adja tovább a végső fogyasztónak, hanem megtartja a haszna növelése végett, a Bizottság nem magyarázta meg, mennyiben lehet releváns a jelen esetben. Ha a teljesen homogén termékek esetében a valamely gyártó által valamely kiskereskedőnek adott titkos és átláthatatlan engedmény releváns is lehet a hallgatólagos megállapodáshoz szükséges átláthatóság értékeléséhez, amennyiben az említett engedmény lehetővé teszi e gyártónak az eladásai növelését az oligopólium egyéb tagjai kárára, nincs szükségképpen ugyanígy a különböző termékek közvetítőknél történő eladása esetében. Így, mivel a jelen esetben minden egyes lemez különböző, az a kiskereskedő, aki csak a végső fogyasztónak történő viszonteladás végett vásárol a nagy kiadónál, elvileg csak akkor vesz kevesebb lemezt egy adott nagy kiadótól, ha a végső fogyasztót a promóciós engedmény hatásánál fogva inkább azon versenytárs nagy kiadó lemezének megvásárlására ösztönzi, aki az említett promóciós engedményt adta a kiskereskedőnek. Továbbá bár ez lehetséges, sőt valószínű, sem a Bizottság, sem a beavatkozók nem állították azonban azt, és nem is bizonyították *a fortiori*, hogy amennyiben valamely promóciós engedmény nyújtására kerül sor, a kereskedő nem adhatja vissza az eladatlan lemezeket. Ilyen körülmények között valamely nagy kiadó által valamely kiskereskedőnek adott olyan promóciós engedmény, amely nem átlátható azon ténynél fogva, hogy nem adják tovább a végső fogyasztónak, nem tűnik úgy, hogy hatással lenne az érintett album értékesített mennyiségére, vagy hogy sértené a hallgatólagos megállapodásból eredő közös árpolitikát. Mindenesetre a Bizottságnak meg kellett volna vizsgálnia és elmagyaráznia, hogy egy kiskereskedő által tovább

nem adott, átláthatatlan promóciós engedmény mennyiben akadályozhatja a piac szükséges átláthatóságát, amennyiben nem fed el egy, a hallgatólágos megállapodás megsértésére alkalmas magatartást.

— A promóciós engedmények relevanciájáról

⁴³⁷ A felperes egy sor kifogást emel, amelyekkel lényegében azt állítja, hogy a Bizottság tévesen támaszkodott a piac teljes átláthatóságának szükségességére, hogy nem vizsgálta meg a promóciós engedményeknek a piac átláthatóságának értékelésére tekintettel való relevanciáját, továbbá hogy nem bizonyította, hogy promóciós engedmények megszüntetik, illetve csökkentik a szükséges átláthatóságot, amennyiben csak másodlagosan vonatkoznak a slágerlistákon szereplő albumokra vagy a bestseller albumokra, és ténylegesen nem érintik a nettó árakat, többek között azért, mivel csak az összes engedmény egynegyedét-egyharmadát teszik ki.

⁴³⁸ Először is azon kifogást illetően, amely szerint a Bizottság összetévesztette a piac elégséges átláthatóságának a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ítélet alapjául szolgáló ügy kapcsán meghatározott követelményét a határozatban alkalmazott teljes átláthatóság követelményével, meg kell állapítani, hogy amint azt a Bizottság jogosan hangsúlyozza, a határozat egyik preambulumbekzdése sem említi a teljes átláthatóság szükségességét.

⁴³⁹ Ellenőrizni kell azonban, hogy a Bizottság a gyakorlatban nem követelt-e meg a teljes, vagy legalábbis a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez szükségesnél nagyobb átláthatóságot.

440 Amint a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ítélet 62. pontjából következik, a szükséges átláthatóság az, amely lehetővé teszi az erőfölényes oligopólium minden tagja számára, hogy megismerje a többiek magatartását, annak ellenőrzése végett, hogy ugyanazt a magatartást tanúsítják-e vagy sem, vagyis hogy rendelkezniük kell valamilyen eszközzel, hogy megtudják, a többi piaci szereplő ugyanazt a stratégiát fogadja-e el és tartja-e fenn. Az átláthatóságnak a piacon ezért elegendőnek kell lennie ahhoz, hogy lehetővé tegye az erőfölényes oligopólium minden tagja számára, hogy kellő pontossággal és gyorsasággal megtudja a többi tagi magatartásának alakulását. A megkövetelt átláthatóság nem jár azzal, hogy minden egyes tag bármikor, a legapróbb részletekben ismerhesse az oligopólium többi tagja által végrehajtott minden egyes eladás pontos feltételeit, azonban egyrészt lehetővé kell tennie a hallgatólagos megállapodás feltételeinek azonosítását, másrészt pedig annak komoly kockázatát kell előidéznie, hogy a hallgatólagos megállapodást veszélyeztető magatartást az oligopólium többi tagja észlelni fogja.

441 A Bizottság kifejti, hogy „megvizsgálta a valamely egyedi vevőnek eladott egyedi album nettó árait (PPD, szokásos engedmény, esetleges promóciós engedmény), és lényegében arra következtetett, hogy minden elem megfelelő mértékű átláthatósága szükséges ahhoz, hogy valamely nagy lemezkiadó vállalat ésszerűen bizonyos lehessen abban, hogy úgy ismeri valamelyik másik lemezkiadó vállalat tényleges nettóár-rögzítési gyakorlatát, ahogyan az a vevők és az albumok szintjén megnyilvánul”. E magyarázatból következik, hogy bár a határozat csak az elégséges átláthatóságot veszi figyelembe, más pontosítás nélkül, a Bizottság, úgy tűnik, az átláthatóság különösen magas szintjét követelte meg.

442 Ugyancsak a Bizottság azt állítja többek között, hogy a promóciós engedmények jelentősége abból ered, hogy „a nettó árak egyeztetéséhez a nagy lemezkiadó vállalatoknak tudniuk kell ellenőrizni azok minden összetevőjét, a viszonylag átlátható PPD-eket és a különböző számlaengedményeket. A Bizottság e tekintetben pontosítja, hogy a „szokásos engedményekről való bizonyos tudomás nem elég egész egyszerűen, ha a promóciós engedmények a felelősek az engedmények bizonyos vevőket illető, időben és albumonként történő olyan erős ingadozásáért (azaz a nettó árak ingadozása), mint a [határozat] (79), (86), (93), (100) és (107) preambulumbekzdésében említett, és hogy úgy tűnik, hogy ezek az engedmények kevésbé átláthatók.

- 443 Másrészt e tekintetben meg kell jegyezni, hogy a határozat (111)–(113) preambulumbekezdésében említett számos egyéb átláthatósági tényezőtől (különösen egy stabil, behatárolt és minden nagy kiadóval közös vevőkörrel való állandó kapcsolatok, valamint a heti slágerlisták közzététele), a Bizottság úgy vélte a határozatban, hogy mind a bruttó árak, mind a szokásos engedmények átláthatók. Bár a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban kvalifikálta – végeredményben azon érvek szerint eléggé változó mértékben, amelyekre válaszolt – a nettó árak e két lényeges alkotóelemének átláthatósági mértékét, a Bizottság maga állapította meg kifejezetten a végleges észrevételeiben, hogy a PPD-knek ugyanúgy, mint a szokásos engedményeknek a jelentős mértékű átláthatóságára következtetett.
- 444 Másrészt pedig az engedmények ingadozásai, amelyekért a promóciós engedmények a felelősek, nehezen minősíthetők „ugyanolyan erősnek”, mivel a határozat 2–5 százalékpontos különbségeket említ az Egyesült Királyság, Németország és Spanyolország tekintetében, 1–3 százalékpontos különbségeket Olaszország tekintetében, és 3 százalékpontig terjedő különbségeket Franciaországban a legnagyobb vevők (vagy a legnagyobb közös vevők) tekintetében. Továbbá, amint a felperes állította, és a Bizottság elismerte (többek között a kiegészítő észrevételek 13. pontjában), a különböző termékfajták és a siker eltérő mértékei, valamint a vevőtípusok magyarázhatják az engedmények fajtáinak eltéréseit, oly módon, hogy csak arra lehet következtetni, hogy a megállapított, elég csekély eltérések ténylegesen a promóciós engedményeknek tudhatók be.
- 445 Másodszor, ami a felperesnek az engedmények relevanciája megállapítására irányuló kifogásait illeti, mindenekelőtt emlékeztetni kell arra, hogy amint a felperes hangsúlyozza, a Bizottság a határozat (77), (84), (91), (98) és (105) preambulumbekezdésében megállapította, hogy a nettó eladási árak szorosan összefüggtek a bruttó árakkal, tekintettel a Sony és a BMG tényleges bruttó és nettó átlagárainak párhuzamos alakulására ez utóbbi hat évben. Ha a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtti beadványaiban azzal érvel is, hogy az átlagárakra vonatkozó adatok megszüntethették az egyedi eltéréseket, meg kell állapítani egyrészt, hogy a határozat (70) preambulumbekezdésében a Bizottság azt állapítja meg, hogy az átlagárak jó eszközt jelentenek annak megállapításához, hogy a nagy lemezkiadó vállalatoknak párhuzamos-e a magatartásuk az árak terén, másrészt pedig mindenesetre a határozat (77) preambulumbekezdésében a nettó árak bruttó

árakhoz albumonként és időben való viszonyának nagy stabilitását is megállapítja. Mivel a szokásos engedmények egy adott vevőre és egy adott évre kerültek megállapításra, ezért nem látjuk, hogy a változó promóciós engedmények hogyan befolyásolhatják az érintett albumok nettó árait.

446 Az engedmények relevanciáját ráadásul általában véve komolyan kétségbe vonják magának a Bizottságnak a megállapításai. A kifogásközlés 88. és 89. pontjában a Bizottság közölte, „az adatok vizsgálata után megállapította, hogy az engedmények nem módosították a nagy kiadókra vonatkozó árat”, és hogy „egyáltalán nem volt bizonyíték arra, hogy az árat alapvető módosításához használták az engedményeket”. Ha, amint azt fent felidéztük, a Bizottságnak természetesen – a meghatározásuknál fogva – jogában áll módosítania a kifogásközlésben tett ideiglenes megállapításait, a határozatban szereplő értékeléseknek és következtetéseknek azonban összeegyeztethetőnek kell lenniük a közigazgatási eljárás során tett ténybeli megállapításokkal, kivéve legalábbis, ha a közösségi bíróság előtti eljárás során bebizonyosodik, hogy tévesek. Ugyanakkor azon észrevétel, amely szerint semmilyen bizonyíték nem volt arra, hogy az engedmények érzékelhetően befolyásolták az árat, inkább ténybeli megállapításnak minősül, mint értékelésnek. A Bizottság mindenesetre nem tűnik úgy, hogy megváltoztatta volna a véleményét e kérdésben, hiszen a határozat (77) preambulumbekkezdésében azt állapította meg, hogy „[h]a a nagy lemezkiadó vállalatok engedmények adásával észrevehetően eltértek volna az árpolitikájuktól, ezen eltérés a nettó átlagárakban tükröződött volna.”

447 Harmadszor meg kell állapítani, hogy a határozat a legkisebb olyan információt sem tartalmazza, amely bizonyíthatná a promóciós engedmények által az érintett albumok nettó áaira gyakorolt tényleges hatást. E tekintetben az egyetlen utalás a határozat (150) preambulumbekkezdésében szerepel, amely viszont inkább e hatás tagadására vonatkozik, hiszen ott azt állapítja meg a Bizottság „[a]kárcsak a kiterjedtebb területeken, a kis országok összességében alkalmazott legfontosabb engedmények a szokásos engedmények.” A Bizottság természetesen a tárgyaláson azon feltevésre hivatkozott, hogy gépelési hibáról van szó, azonban maga ismételte meg ezen észrevételt az ellenkérelmében. Egyebekben fel kell idézni, hogy az azon vizsgálat után öt hónappal később elkészített kifogásközlésben, melynek során a Bizottság mind a független nagy kiadókat és gyártókat, mind a kiskereskedőket megkérdezte, többek között a különböző engedménytípusok, beleértve a promóciós

engedményeket, jelentőségükre vonatkozóan (lásd különösen az E. 4.1 mellékletben említett, a kiskereskedőknek és versenytársaknak már 2004. január 20-án megküldött kérdőívek 19. és 24. pontját), a Bizottság még csak nem is tartotta szükségesnek a promóciós engedmények említését.

- 448 Az Elsőfokú Bíróság által a promóciós engedmények teljes értékének mind az öt nagy kiadó legtöbbet eladott 100, illetve 20 albuma összes eladásainak százalékában (azaz az ezen albumokra adott átlagos promóciós engedmény), valamint a promóciós engedmények az említett albumokra vonatkozó szokásos engedményekhez képesti viszonylagos értékének megjelölésére felkért Bizottság azt felelte, hogy lehetetlen volt azokat az aktájában szereplő információk alapján kiszámítani.
- 449 Az előző észrevételekből következik, hogy a Bizottság a piac átláthatóságának elégtelenségére következtetett, a bruttó árak és a szokásos engedmények átláthatósága, valamint a határozatban megállapított számos egyéb átláthatósági tényező ellenére, azon egyetlen oknál fogva, hogy a promóciós engedmények kevésbé átláthatóak, anélkül azonban, hogy megvizsgálta volna, hogy az említett promóciós engedmények az említett albumok árának eléggé jelentős elemét jelentik ahhoz, hogy tényleges hatással bírjanak az említett albumok árának átláthatóságára. Ebből következik, hogy megalapozott a felperes azon kifogása, amely szerint a határozat nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz, amennyiben a Bizottság nem vizsgálta meg, vagy legalábbis nem állapította meg jogilag megkövetelt módon a promóciós engedmények relevanciáját.
- 450 E megállapítást nem vonhatja kétségbe a Bizottság azon kijelentése, amely szerint a közigazgatási eljárás során közölt egyéb információk arra engedték következtetni, hogy a promóciós engedmények az ármegállapítás lényeges elemét jelentették, és lehetővé tették számára az albumok összességére 2002 tekintetében alkalmazott átlagos promóciós engedmények kiszámítását. Különösen az ezen érvelés alapját képező elemek nem tekinthetők kellően koherensnek, megbízhatóknak és relevánsoknak, sem olyanoknak, amelyek igazolhatnák az azokból levont következtetéseket.

451 Először is a vizsgálat lefolyásának időrendje nem teszi lehetővé annak kimutatását, hogy a Bizottság megvizsgálta a promóciós engedmények relevanciáját a piac átláthatósági mértékének értékelése végett, sem *a fortiori*, hogy ezt a releváns és megbízható adatok összessége alapján el lehetett végezni. E tekintetben fel kell idézni, hogy a 2004. június 14. és 15-i meghallgatásig a Bizottság – természetesen ideiglenesen – a vizsgálata során összegyűjtött elemek összességének vizsgálata alapján következtetett az összefonódást megelőző kollektív erőfölény fennállására, és különösen a piac és az engedmények átláthatóságára, valamint azon tényre, hogy ezek nem sérthették az árak egyeztetését. Tekintettel mind a nagy kiadóknak és a versenytársaknak, mind a kiskereskedőknek a különböző, nevezetesen a szokásos és promóciós engedmények jelentőségére vonatkozó kérdőíveire adott válaszaire, nem találta szükségesnek a promóciós engedmények megemlítését a kifogásközlésben (legalábbis amint kiderül az Elsőfokú Bíróság elé benyújtott bizalmas változatból). Az aktából nem derül ki, és egyébként a Bizottság nem állította azt, hogy ebben a szakaszban a Bizottság a legcsekélyebb vizsgálatot folytatta volna a promóciós engedményekre. Ugyanakkor nem tűnik úgy sem, hogy a 2004. június 14. és 15-i meghallgatás – amelynek eredményeként a Bizottság módosította az álláspontját – és a határozattervezetnek a konzultációs bizottsághoz való, 2004. július 1-je közötti megküldése között a Bizottság vizsgálatot folytatott volna a promóciós engedmények jelentőségének, sem másfelől az átláthatóságuk mértékének ellenőrzése érdekében. A Bizottság által említett meghallgatást követő egyetlen vizsgálati cselekmény egyébként a bejelentő feleknek címzett 2004. június 21-i információkérésből állt, amely nemcsak a promóciós engedmények relevanciájára vonatkozott, hanem a nagy kiadóknak a piacellenőrzési tevékenységeire is. A Sony és a BMG kereskedelmi képviselői által készített, e kérésre válaszul elküldött ellenőrzési jelentések (B. 15 melléklet) reprezentatív jellegét végeredményben – amint fent megállapításra került – komolyan kétségbe vonják a felperes által benyújtott bizalmas dokumentumok (B. 16 melléklet). Végül a végső észrevételeiben a Bizottság maga hangsúlyozza, hogy a bejelentő felek meghallgatáshoz való joga korlátozza a meghallgatás utáni további vizsgálati lehetőségeket, és kizárja a piaci szereplőkkel a kifogásokkal kapcsolatban történő konzultációt. A meghallgatást követő vizsgálati cselekmények a Bizottság szerint lényegében a piaci szereplőkkel a javasolt kötelezettségvállalásokkal kapcsolatban való konzultációból állnak, és nem vonatkoznak a bejelentett összefonódással szemben megfogalmazott kifogásokra.

452 Másodszor, ha az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszaiban a Bizottság meg is állapította, hogy a bejelentő felek által a közigazgatási eljárás során

szolgáltatott információk megengedték számára az átlagos promóciós engedmények kiszámítását, a tárgyaláson azonban elismerte, hogy nem maga végezte el a számításokat, és az összefonódásban részt vevő felek közgazdászaira kellett hagynia azt a feladatot, hogy megmagyarázzák, hogy hogyan lehetett az engedményeket kiszámolni az albumok összességére, de nem a 20 vagy 100 bestseller albumra vonatkozóan, holott a vizsgálat és a Bizottság által gyűjtött adatok csak ezen albumokra vonatkoztak.

453 Harmadszor, ha a Bizottság meg is állapította, hogy a számításokat azon adatokból kiindulva végezték el, amelyek az ellenkérelem egyik (B. 12.) mellékletének az alapjául szolgáltak, ez azonban csak a BMG-re vonatkozóan tartalmaz adatokat, a Sony-ra vonatkozóan nem.

454 Negyedszer, az adatok nem tűnnek kellően koherensnek, megbízhatóknak és relevánsaknak.

455 Mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a Bizottság által az Elsőfokú Bíróság kérdéseire válaszul szolgáltatott táblázatok egyedül a 2002-es évre vonatkoznak, anélkül, hogy kifejtésre kerülnének azon okok, amelyek miatt ezt az évet választották a bejelentő felek, pedig a határozat az 1998 és 2003 közötti árakra és engedményekre vonatkozik. Ugyancsak, a BMG-re vonatkozóan ugyan a nettó eladások arányát a tíz legnagyobb vevő tekintetében számolták ki, a tíz legnagyobb vevő közül csak ötre vonatkozik (országonként), anélkül, hogy bármilyen magyarázattal szolgált volna tekintetben. Szintén meg kell jegyezni, hogy a promóciós engedményeknek a táblázatokban említett sávjai (amelyek az albumok összességére vonatkoznak a vevőkör egészét illetően) nem felelnek meg az egyéb (B. 6./E. 2.) mellékletek táblázataiban említetteknek (amelyek csak a tíz legnagyobb vevőnek legtöbb eladott 20 albumra vonatkoznak). Mivel az albumoknak és a vevőknek a táblázatokban figyelembe vett száma sokkal szélesebb, mint az említett mellékletek által tekintetbe vett, a táblázatok maximális promóciós engedményének [*bizalmas*], ugyanakkorának vagy magasabbnak kell lennie az ugyanazon évre vonatkozóan a szóban forgó mellékletekben szereplővel [*bizalmas*]. Mindkét bejelentő fél összes számlaengedménye, valamint a mindkettőjük által adott engedmények közötti eltérés szintén különbözik a határozatban említettektől. A határozat természetesen a

2003 bestseller albumjaira vonatkozik, és nem mint a táblázatok, a 2002-ben eladott albumok összességére, de ez csak megerősíti, hogy az eredmény a választott paraméterek szerint különböző lehet, és ezért annak szükségességét, hogy a Bizottság megtartsa a műveletek feletti kontrollt, vagy legalábbis ellenőrizze az összefonódásban részt vevő felek által előterjesztett adatok relevanciáját.

456 Meg kell állapítani továbbá, hogy a táblázatoknak – annyiban, amennyiben az összes eladott albumra vonatkozó, és nem a 100 vagy 20 bestseller album átlagos promóciós engedményére vonatkoznak – nincs jelentőségük, hiszen feltételezik azt, amit pontosan meg kell állapítani, vagyis hogy a promóciós engedmények szintén jelentős szerepet játszanak a bestseller albumok vagy a slágerlistákon szereplő új megjelenések (new hit releases) tekintetében, és hogy amint azt a felperes állítja, nem érintik különösebben a katalógus alján lévő albumokat. Nem követhető a Bizottság azon érvelése, amely szerint tekintettel a 100 bestseller albumnak a zeneeladásból származó teljes bevételeket illetően képviselt jelentőségére, meglepő lenne, hogy az eladott albumok összességére kiszámolt promóciós engedmények átlagszintjei nem éreztetik jelentősen a hatásukat a 100 bestseller árára, hiszen ez azt jelentené, hogy az átlagos promóciós engedményeket – amelyek az általános átlag többszörösét jelentik – az összes többi albumra alkalmazzák. Bár a határozat e tekintetben nem tartalmaz semmilyen felvilágosítást, és a Bizottság alig szolgált pontosítással a beadványaiban, az aktában szereplő egyedüli bizonyítékok annak megállapítására irányulnak, hogy a promóciós engedmények ténylegesen magas, sőt nagyon magas szintűek. Így a Bizottság kérdőívére válaszolva az egyik nagy kiadó közölte, hogy az „[e] típusú engedmény a PPD jelentős arányát tehetné ki (például [*bizalmas*]-ig)”. Ugyancsak, az E. 2 melléklet Bizottság által előterjesztett, a maximális promóciós engedmények becsléseit tartalmazó táblázatai a bejelentő felek által a tíz legnagyobb vevőjüknek adott gyakran nagyon magas, és [*bizalmas*]-ig terjedő engedményszázalékokat említenek. E becsléseket továbbá óvatosaknak minősíti a Bizottság, hiszen a számokat éves szinten állapítják meg, holott valamely promóciós engedmény rendszerint időben korlátozott. A promóciós engedmények még a Bizottság által benyújtott táblázat szerint is az összes eladott album eladási árának csak csekély [*bizalmas*] átlagszázalékát teszik ki, ezért csak elég csekély számú albumra alkalmazandók. Végül, amint fent megállapításra került, a nagy kiadók a Bizottság által benyújtott egyedüli nyilatkozatai annak megállapítására irányulnak, hogy a promóciós engedmények csak különleges esetekre alkalmazandók (turnézó művész, bizonyos időszakai készlet, már nem olyan jól fogyó, régi albumok). Ilyen körülmények között nem lehet feltételezni, hogy az összes albumra adott promóciós engedmények átlagos szintjei reprezentatívak lennének a 100 bestseller albumra, sem *a fortiori* az új „hits releases”-re adott promóciós engedmények tekintetében. Emlékeztetni kell továbbá e tekintetben arra, hogy a kifogásközlés 87. és 90. pontjában a Bizottság kijelentette, hogy úgy vélte, hogy az új megjelenések

árlistáit az árpolitikák egyeztetésére és ellenőrzésére használták, és hogy semmilyen bizonyítékot nem talált arra, hogy az engedményeket az új „hit releases” nettó átlagárainak lényeges módosításához használták.

457 Ötödször, feltételezve is, hogy a táblázatok pontosak és reprezentatívak, meg kell állapítani, hogy a promóciós engedmények az albumok bruttó eladási árának csak nagyon csekély részét teszik ki a BMG tekintetében az öt nagy ország közül háromban: [bizalmas]% B országban, [bizalmas]% C országban, és [bizalmas]% D országban, és a Sony tekintetében az öt nagy ország közül kettőben: [bizalmas]% C országban és [bizalmas]% D országban. Továbbá, ellentétben a Bizottság állításával, nem lehet úgy tekinteni, hogy a táblázatok azt mutatják, hogy a két bejelentő fél átlagos promóciós engedményei nagyon különböznek az országok többségében, mivel öt országból háromban a Sony és a BMG által alkalmazott promóciós engedmények közötti különbség alacsonyabb [bizalmas]%-nál. Ugyanakkor, a határozat szerint minden egyes ország egy piacot alkot, és egy olyan összefonódást, amely olyan következménnyel járó erőfölényt hoz létre vagy erősít meg, hogy a hatékony versenyt jelentősen korlátozza a szóban forgó piacok közül az egyik tekintetében, a közös piaccal összeegyeztethetetlennek kell tekinteni. Ilyen körülmények között, feltételezve akár, hogy a promóciós engedményeket kevésbé átláthatóaknak lehet tekinteni, a Bizottságnak – kivéve, ha a teljes átláthatóság követelményét kívánta alkalmazni – mindenesetre meg kellett volna magyaráznia a határozatban, hogy az árakra gyakorolt tényleges minimális hatásuk és a határozatban megállapított számos átláthatósági tényező jelenléte ellenére mennyiben szüntethették meg a piacnak a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez elégséges átláthatóságát.

458 Mindenesetre az Elsőfokú Bíróság előtti peres eljárás során szolgáltatott magyarázatok, sem *a fortiori* a határozat valamely lényeges szempontjára vonatkozó ellenőrzés nem tudná pótolni a vizsgálatnak a határozat elfogadásának időpontjában történő elmulasztását, és megszüntetni a nyilvánvaló értékelési hibát, amelyet ezért a

határozat tartalmaz, feltételezve is akár, hogy e hiba semmilyen befolyással nem bír az értékelés eredményére (lásd analógia útján a Bíróság C-353/01. P. sz., Mattila kontra Tanács és Bizottság ügyben 2004. január 22-én hozott határozatának [EBHT 2004., I-1073. o.] 31. és 37. pont).

c) Az átláthatóságra vonatkozó következtetés

- 459 Az előző megállapításokból következik, hogy a határozatban a piac átláthatóságát illetően tett megállapítások nincsenek jogilag megkövetelt módon indokolva, és nyilvánvaló értékelési hibát tartalmaznak, amennyiben nem a figyelembe veendő releváns adatok összességének vizsgálatán alapulnak, és nem támaszthatják alá azon következtetést, hogy a piac kollektív erőfölény lehetővé tételéhez nem kellően átlátható.

5. Homogenitás

- 460 Ami a termék homogenitására vonatkozó szempontot illeti, emlékeztetni kell arra, hogy határozat (157) preambulumbekzdésében a Bizottság a kollektív erőfölény fenn nem állására következtetett, megállapítva az átláthatóság szintjén lévő deficiteken és a retorziós intézkedések múltbeli létezését igazoló bizonyítékok hiányán kívül a termék részben heterogén jellemzőit. Meg kell állapítani azonban, hogy a határozatnak a termék homogenitása vizsgálatának szentelt (110) preambulumbekzdésében a Bizottság hangsúlyozta egyrészt, hogy a zenei hangfelvételek formátuma homogén volt, másrészt pedig, hogy a tartalom heterogenitása ellenére a díjszabási és az albumok nagykereskedelmi piacokon való forgalmazására vonatkozó szabályok eléggé szabványosítottak tűntek, és végül, hogy ami az el nem adott albumokra megállapított engedményeket és visszaküldési arányokat illeti, a nagy kiadók rendszerint nem tesznek semmilyen különbséget a zenei műfajok vagy az albumtípusok alapján. E kijelentésnek mindenestre ellentmondóan, és egyéb

magyarázat nélkül hozzátette, hogy a díjszabás természetesen az album sikerétől is függött, és hogy különbség állt fenn az albumok szintjén a promóciós engedményekre vonatkozóan. Az előzőből arra következtetett, hogy a tartalom heterogenitása és az árakra gyakorolt, fent hivatkozott hatásai csökkentették az átláthatóságot.

461 Ebből következik, hogy a Bizottság úgy vélte, hogy a megállapított átláthatósági elemeknek nem volt befolyása a promóciós engedményekre. Ugyanakkor, amint előzőleg kifejtettük, a határozatban megállapított elemek és a Bizottság által az írásbeli beadványaiban felhozott érvek nem elegendőek azon megállapítás megtételéhez, amely szerint a piac nem mutatta a kollektív erőfölény létezéséhez megkövetelt átláthatósági mértéket. Ezért, a termék heterogenitását illető, egyébként ellentmondásos megállapítások önmagukban nem vezethetnek azon következtetéshez, amely szerint ilyen kollektív erőfölény nem létezett a piacon.

462 Végeredményben meg kell jegyezni, hogy azon körülmény, hogy a termék heterogén – legalábbis a tartalmát illetően –, és hogy amint számítani kell arra, hogy az ára albumonként változik, egészen különös jelentőséget ad maga a Bizottság által az Egyesült Királyság piacára vonatkozó (76) és (77) preambulumbekzdésben (és a többi piacnak megfelelő preambulumbekzdésben) tett azon megállapításnak, amely szerint a legtöbbit eladott albumok katalógusárai inkább összehangoltnak tűnnek, és a nettó eladási árak szorosan összefüggnek a bruttó árakkal.

6. Retorziós intézkedések

463 A határozat (114)–(118) preambulumbekzdésében a Bizottság megvizsgálta, hogy a nagy kiadók hoztak-e a múltban „retorziós intézkedéseket” közülük egyikükkel vagy másikkal szemben, és arra következtetett, hogy nem talált „semmilyen, azt bizonyító körülményt, hogy a múltban valamelyik nagy kiadó által annak visz-

szautasítása, hogy tartsa magát az összehangolt magatartásokhoz, retorzióként a többi nagy kiadónak egy válogatások kiadására létrejött közös vállalatból való kizárását vagy a tényleges versenymagatartásokhoz való (ideiglenes) visszatérést vonhatta maga után”, sem hogy „ilyen irányú veszély nyomát” találta volna.

464 A felperes azt állítja, hogy e megállapítás sérti az indokolási kötelezettséget, nyilvánvaló értékelési hibát és jogban való tévedést tartalmaz. E három, részben kifejtett kifogások átfedik egymást, és lényegében azon tény vitatásából állnak, hogy a Bizottság a retorziós intézkedések korábbi gyakorlata bizonyítékának hiányára alapozta az érvelését, míg csak a hatékony elrettentési mechanizmusok fennállását kellett volna ellenőriznie.

465 Az ítélezési gyakorlatból (fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 62. pontja) következik, hogy ahhoz, hogy valamely kollektív erőfölényes helyzet megvalósítható legyen, az kell, hogy legyenek megfelelő elrettentő tényezők, az arra való ösztönzés tartós biztosítása érdekében, hogy ne térjenek el a közös magatartási iránytól, ami azt jelenti, hogy az erőfölényben lévő oligopólium minden egyes tagja tudnia kell, hogy a piaci részesedésének növelésére irányuló, erősen versenyző magatartása a részéről azonos fellépést váltana ki a többiek részéről, oly módon, hogy semmilyen előnyt nem szerezne a kezdeményezéséből (lásd ebben az értelemben a fenti 246. pontban hivatkozott Gencor kontra Bizottság ítélet 276. pontját).

466 Elvileg ugyanis elég a hatékony elrettentési mechanizmusok egyszerű létezése, mivelhogy ha egy oligopólium tagjai eleget tesznek a közös politikának, nem kell szankció alkalmazásához folyamodni. Továbbá, amint azt a felperes hangsúlyozza, a leghatékonyabb elrettentési eszköz az, amelyet nem kell alkalmazni.

467 Egyébként a Bizottság kifejezetten megállapította a kifogásközlés 128–132. pontjában, hogy a válogatások kiadására létrejött közös vállalkozásokból való kizárás különösen hatékony retorziós mechanizmust jelent, és a határozat, még ha nem is ismeri el kifejezetten, megerősíti – ellentétben azzal, amit a Bizottság a

beadványaiban állított – ezen elemzést. A Bizottság ugyanis miután nyilvánvalóvá tette a határozat (115) és (116) preambulumbekzdésében több mővész, illetve lemezkiadó válogatásainak gazdasági jelentőségét, amelyek a zenei hangfelvételek teljes piacának körülbelül 15–20%-át teszik ki, és hangsúlyozta, hogy a különböző lemezkiadó vállalatokhoz „tartozó” mővészek albumain való jelenlét valamely válogatás sikere kulcstényezőjének tűnik, a határozat (117) preambulumbekzdésében kifejti, hogy „valamelyikük tartós »eltérése« esetén a nagy lemezkiadó vállalatok tehát az utóbbit kizárhatják új, közös vállalkozások létrehozatalából, vagy megtagadhatják tőle azon jogot, hogy a számaikat valamely válogatásban felhasználja, sőt véget vethetnek bizonyos létező közös vállalkozásoknak.” Végül, a határozat (118) preambulumbekzdése megállapítja, hogy a Bizottság azonban nem talált semmilyen, más nagy lemezkiadó vállalatoknak válogatások kiadására létrejött közös vállalatból való múltbeli kizárását igazoló bizonyítékot, sem ilyen értelmű veszély nyomát, miközben pontosította, hogy „ezen intézkedések általában hiteles retorziós eszközöket jelenthetnek a zenei hangfelvételek piacán.”

468 Ami azonban e jogalap keretében a kollektív erőfölény fennállásának, és nem a létrehozatalának megállapítását illeti, úgy lehetne tekinteni, hogy a retorziós eszközökre vonatkozó feltétel nem úgy, mint a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ítélet alapjául szolgáló ügyben a retorziós mechanizmusok egyszerű létezésének ellenőrzéséből, hanem annak megvizsgálásából állhat, hogy sor került-e a közös magatartás olyan megsértésére, amelyet nem követtek retorziós intézkedések. Bár a határozat nem utal arra, hogy a tesztnek eltérőnek kell lennie a kollektív erőfölény létezésének megállapításához, és hogy ezt a Bizottság sem állította a beadványaiban, az Elsőfokú Bíróság mégis megvizsgálja, hogy a határozatban tett megállapítások eleget tesznek-e ennek a tesztnek.

469 Két kumulatív elem teljesülése szükséges ahhoz, hogy a retorziós intézkedések végrehajtásának elmaradását úgy lehessen tekinteni, mint amely azt jelzi, retorziós intézkedésekre vonatkozó feltétel nem teljesül, vagyis az egységes magatartáshoz képesti eltérések bizonyítéka, mely nélkül nem kell megvizsgálni a retorziós intézkedések gyakorlatát, valamint továbbá a retorziós intézkedések hiányának

tényleges bizonyítéka. Meg kell tehát állapítani, hogy e két szempont közül semelyikre vonatkozóan nem hozták fel a szükséges bizonyítékokat a határozatban.

470 Először is sem a retorziós eszközöknek szentelt ad hoc részben, sem magában a határozat többi részében nem azonosította a Bizottság egyértelműen az árak terén való közös politika megsértésének bármilyen esetét. Az ellenkérelmében a Bizottság természetesen hivatkozott két olyan esetre, amelyekben a közös iránytól való eltéréseket megállapították a határozatban (az Egyesült Királyságban 2000-ben és 2001-ben (74) preambulumbekézdés, és Németországban az egyik nagy kiadó lassabb fejlődése mellett, (88) preambulumbekézdés). A határozatból azonban nem derül ki, hogy ezeket az eseteket a közös politika megsértésének tekintették, hanem csak mint annak bizonyítékát, hogy az árak párhuzamosságát nem érték el bármikor.

471 Másodszor és mindenestre meg kell állapítani, hogy az Elsőfokú Bíróság által a tárgyaláson azon vizsgálati intézkedésekről megkérdezett Bizottság, amelyeket azon következtetésre jutás érdekében végzett el, hogy nem talált bizonyítékot a múltban retorziós intézkedések alkalmazására, sem ez irányú veszélyt, a legkisebb lépésre sem tudott utalni, amit e célból teljesített vagy tett volna meg. Továbbá, amennyiben a kifogásközlési szakaszban a Bizottság vizsgálata hiteles elrettentési mechanizmusok létezésének ellenőrzésére vonatkozott, és nem retorziós intézkedések tényleges alkalmazására, és amennyiben csak a Bizottság előtti meghallgatás után módosította utóbbi az összefonódásra vonatkozó álláspontját, nehéznek tűnik meghatározni, a Bizottság mikor és hogyan folytathatott volna tényleges bizonyíték-keresést a retorziós intézkedésekre vonatkozóan. Végeredményben kiderül az aktából, hogy a meghallgatást követően a Bizottság már nem végzett vizsgálatot a piacon. Az egyedüli ellenőrző intézkedések ezért a bejelentő feleknek intézett kérdésből állhattak volna, amely semmilyen bizonyítékkal nem szolgált az Elsőfokú Bíróság számára, amelyek nyilvánvalóan alig szolgálhattak bizonyítékkal a retorziós intézkedések alkalmazásáról a Bizottság számára.

472 Végül meg kell állapítani, hogy a Bizottság azon érve, amely szerint „[a] többi nagy kiadó által a nettó átlagáraknak vagy az átlagos számlaengedményeknek a szokásos szintjeitől való „eltérésre” válaszul alkalmazott retorziós intézkedések [...] nyilván-

való bizonyítékai az egyeztetés fennállására utaló (ha nem is döntő jellegű) jelnek minősülhetnek a kellően egyértelmű egyeztetési feltételek és az azok betartása ellenőrzésének kellően hatékony eszközei nyilvánvalóvá tételének nehézsége ellenére”, nem helytálló. Ugyanis egyrészt ezen kijelentés ellentmondásban áll a határozattal, amely szerint „[a] retorzió bármely jelét valójában a kollektív erőfölény e piacokon való létezésére utalónak lehetne tekinteni (a határozat (114) preambulumbekzdése), és „[a] jelen ügyben nem talált tehát semmilyen arra utaló bizonyítékot, hogy ilyen eszközöket vagy fenyegetéseket használtak volna, amely a kollektív erőfölény bizonyítékának minősült volna”. Másrészt a Bizottság érvelése ismét azt támasztja alá, hogy azon vizsgálat, amelyet a retorziós eszközökre vonatkozó feltételből elvégzett, nem volt megfelelő, hiszen még a „retorziós eszközök nyilvánvaló bizonyítékai” is csak „nem döntő jellegű bizonyíték” jelének minősülnek.

473 Az előzőből következik, hogy a felperes azon kifogása, amely szerint a retorziós eszközökre vonatkozóan a határozatban szereplő megállapítások jogban való tévedést és nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaznak, megalapozott.

474 Mivel e megállapítások – amint többek között a határozat (157) preambulumbekzdéséből kiderül – olyan lényeges indokot jelentenek, amelyen a határozat alapszik, ez utóbbit meg kell semmisíteni.

7. Az első jogalapra vonatkozó következtetés

475 Az előzőből következik, hogy azon állítás, amely szerint a zenei hangfelvételek piaca nem kellően átlátható a kollektív erőfölény lehetővé tételéhez, nincs jogilag megkövetelt módon indokolva, és nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz, amennyiben az elemek, amelyekben alapul, hiányosak, és nem foglalják magukban azon releváns adatok összességét, amelyeket a Bizottságnak figyelembe kellett volna vennie, és nem alapozhatják meg az azokból levont következtetéseket. Mivel ezen állítás – amint az mind a határozatból, és különösen annak (157) preambulumbek-

kezdéséből, mind az Elsőfokú Bíróság előtti tárgyalásból kiderül – olyan lényeges indokot jelent, amely alapján a Bizottság a határozatban arra a következtetésre jutott, hogy nem áll fenn kollektív erőfölény, a határozatot már ezen egyetlen oknál fogva meg kell semmisíteni.

476 Ugyancsak, mivel a retorziós eszközökre vonatkozó elemzés jogban való tévedést, vagy legalábbis nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz, és mivel ezen elemzés a másik olyan lényeges indokot jelenti, amely alapján a Bizottság a határozatban arra a következtetésre jutott, hogy nem áll fenn kollektív erőfölény, e hiba szintén a határozat megsemmisítését indokolja.

477 Végül, amennyire szükséges, meg kell továbbá állapítani, hogy amint az előző megfontolások összességéből kifejezetten vagy hallgatólagosan következik, a beavatkozók által felhozott érvek egyike sem cáfolhatja e következtetéseket, és hogy közülük több kifejezetten ellentmondásos a határozatban.

478 Ami először is a beavatkozók által előterjesztett előzetes észrevételeket illeti, meg kell állapítani, hogy már elutasítottuk azokat, illetve nincs relevanciájuk. Így azon állítólagos körülmény, amely szerint a Bizottság rendkívül alapos vizsgálatot folytatott volna, önmagában nem bizonyíthatja, hogy a Bizottság ténylegesen összegyűjtötte, elemezte és helyesen értékelte a releváns adatok összességét. Egyebekben meg kell jegyezni e tekintetben, hogy a beavatkozók hangsúlyozzák, hogy a bejelentéstől kezdve szolgáltatnak nagyon meggyőző adatokat és bizonyítékokat az európai zeneipiacra vonatkozóan. Ugyanakkor kitűnik az aktából, hogy ezen információk és a piacon a közel öthónapos vizsgálat során gyűjtött egyéb információk alapján a Bizottság az összefonódás összeegyeztethetetlenségére következtetett a kifogásközlésben, és a Bizottság csak a felek és közzgazdászaik érvelésének a 2004. június 14. és 15-i meghallgatáson történt kifejtését követően módosította az álláspontját, és küldte meg két héttel később a konzultációs bizottságnak az összefonódást jóváhagyó határozattervezetet. Ugyanígy nem bír

relevanciával azon körülmény, hogy a versenyhatóságok világszerte jóváhagyták az összefonódást. Végül azon érvet, amely szerint az összefonódás a versenynek kedvező választ jelentett a zeneipar hanyatlására, és különösen a CD-k eladási árának zuhanására, szintén el kell utasítani. Ugyanis nemcsak a határozat nem alapszik semmiképpen az összefonódás különböző előnyeinek és hátrányainak állítólagos egyensúlyán, hanem ezenkívül a beavatkozóknak a kereslet változására alapított érvei kifejezetten elutasításra kerültek a határozat 55–59. pontjában.

479 Másodszor, ami a beavatkozóknak a felperes promóciós engedményekre, az árak összehangolására, illetve az átláthatóságra vonatkozó kifogásai megalapozottságának vitatására irányuló érveit illeti, elég azt megállapítani, hogy ezek egybemosódnak a Bizottság által megfogalmazottakkal, és fent már elutasításra kerültek, vagy nem vehetőek figyelembe, mivel kifejezetten ellentmondanak azoknak a határozatban tett megállapítások. Így az árak összehangolásának állítólagos hiányára alapított érv, és azon kijelentés, hogy a 100 vezető eladás nagy része a határozatban meghatározott PPD-ken kívül történik, kifejezetten elutasításra kerültek a határozatban. Ugyanígy azon kijelentés, amely szerint a határozat alábecsüli az elégséges átláthatóság hiányának alapjául szolgáló bizonyítékok erejét, nem releváns. Az Elsőfokú Bíróságnak ugyanis nem feladata az összefonódás összeegyeztethetőségéről nyilatkozni, hanem hogy ellenőrizze a határozatban tett megállapítások jogszerűségét. Meg kell állapítani továbbá újból, hogy a beavatkozók erre vonatkozó kijelentéseinek – amelyek szerint a PPD-k sem nem ismertek, sem nem hozzáférhetőek, illetve hogy a szokásos engedmények nem kellően átláthatók – kifejezetten ellentmondanak a határozatban szereplő megállapítások.

480 Végül, harmadszor, ami a határozatban nem említett különböző kérdésekre vonatkozó érveket illeti, elég azt megállapítani, hogy egyáltalán nincs relevanciájuk, mivel az Elsőfokú Bíróság vizsgálata a határozat jogszerűségének ellenőrzésére korlátozódik.

481 Az Elsőfokú Bíróság mégis szükségesnek véli megvizsgálni a teljesség kedvéért a második jogalapot.

III — *A kollektív erőfölénynek a zenei hangfelvételek piacain való létrejöttéről szóló második jogalapról*

A — *A felperes érvei*

482 A felperes megjegyzi, hogy a Bizottság kevesebb mint egy oldalon vizsgálta meg azon kérdést, hogy az összefonódás kollektív erőfölényt hozott-e létre. Miközben azt állítja, hogy a piaci szereplők számának csökkenése bizonyos oligopolisztikus piacokon a megmaradt vállalkozások kollektív erőfölényének kialakulását vonhatja maga után, és hogy ez lényegében a piac jellemzőitől függ, a Bizottság azonban nem azonosította e meghatározó jellemzőket, hanem arra szorítkozott, hogy az összefonódást megelőzően létező kollektív erőfölény tekintetében elvégzett elemzésre utaljon vissza, és a határozat (157) preambulumbekzdésében arra a következtetésre jutott, hogy „nem talált elég bizonyítékot annak kimutatásához, hogy a lemezkiadó vállalatok számának ötről négyre történő csökkenése kellően jelentős módosulás jelent ahhoz, hogy kollektív erőfölény valószínű létrejöttét vonja maga után”, különösen az átláthatóság és a retorziós intézkedések viszonylatában.

1. A jogban való tévedésről

483 A Bizottság négy jogi hibát követett el a kollektív erőfölényre vonatkozó teszt alkalmazásakor.

a) Jövőre vonatkozó elemzés hiánya

484 A Bizottság jogi hibát követett el a kollektív erőfölényekre vonatkozó szabályozás alkalmazásakor, amennyiben nem folytatott jövőre vonatkozó elemzést annak meghatározása érdekében, hogy az összefonódás tényéből kollektív erőfölény jönne-e létre. Ugyanakkor, az annak meghatározására irányuló teszt, hogy valamely összefonódás létrehoz-e vagy nem ilyen helyzetet, alapvetően különbözik az ilyen helyzet jelenlegi fennállásának ellenőrzésére irányuló tesztől, mivel ez utóbbi *ex post* elemzést igényel, míg az első *ex ante* elemzést, amelyet a versenynek a piacon az összefonódás előtt uralkodó szintjére utalva kell lefolytatni.

485 A fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítéletből következik, hogy a jövőre vonatkozó elemzésnek az ezen erőfölényre vonatkozó helyzetet nemcsak az összefonódás időpontjában kell figyelembe vennie, hanem dinamikusán kell értékelni, figyelemmel különösen a „belső egyensúlyra, a stabilitásra és azon kérdésre, hogy egy párhuzamos versenyellenes magatartás, amelyre okot adhat, időben fenntartható-e”. Ugyanakkor a határozat (157) preambulumbekezdéséből kiderül, hogy a Bizottság a megkövetelt külön jövőre vonatkozó elemzés elvégzése helyett ugyanazon – *ex post* – bizonyítékok alapján, amelyeket az összefonódást megelőző kollektív erőfölény fennállásának tagadásához alkalmazott, jutott a következtetéseiére.

486 Az *ex post* elemzés azonban nem meggyőző. A Bizottság természetesen megállapította, hogy „a zenei hangfelvételek piaci bizonyos, a kollektív erőfölény létezésének kedvező jellemzőket mutattak” (a határozat (157) preambulumbekezdése), de egyszerűen annak kijelentésére szorítkozott, hogy nem talált elegendő

bizonyítékot arra, hogy kollektív erőfölény már létezett, oly módon, hogy a hallgatólagos megállapodások lehetőségét növelő tényezők bármilyen módosulását nagy körültekintéssel kellett volna elemezni. A Bizottság által megvizsgált egyetlen bizonyíték a múltra vonatkozó adathalmaz, amely a Bizottság által annak hallgatólagos elismerését jelenti, hogy nem végzett jövőre vonatkozó elemzést.

b) Átláthatóság

⁴⁸⁷ A felperes azt állítja, hogy annak ellenőrzéséhez, hogy létrejönne-e kollektív erőfölény, a Bizottság jogi hibát követett el, ugyanazon okok miatt, mint az első jogalap keretében kifejtettek, a piac teljes átláthatóságára vonatkozó tesztet alkalmazva, holott a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet szerint csak azt kell ellenőrizni, hogy a piac kellően átlátható-e a magatartássegélyezés lehetővé tételéhez.

c) Az elrettentés eszközei

⁴⁸⁸ A felperes kifogásolja, hogy a Bizottság nem végzett jövőre vonatkozó elemzést az elrettentés eszközei létezésének ellenőrzése érdekében, hanem azon következtetésekre támaszkodott, amelyekre a múltbeli retorziós eszközök bizonyítékának hiányára történő téves alapozásával jutott, a korábban létező kollektív erőfölény megerősödésével összefüggésben, miközben elutasított minden olyan érvet, amely szerint a nagy kiadóknak ötről négyre való csökkenése megkönnyítené a retorziós intézkedéseket a piacon.

489 Azon jövőre vonatkozó elemzés keretében, amelyet el kellett volna végezni, azon megállapítás, hogy voltak olyan intézkedések, amelyek lehetséges retorziós lehetőségeket jelenthettek a nagy kiadók részéről (a határozat (118) preambulumbekzdése) elegendő bizonyítéknak kellett volna tekinteni, különösen ha már egyszer a nagy kiadóvállalatok száma négyre csökkent.

d) Kiegyenlítő erő

490 A felperes azt állítja, hogy a Bizottság jogi hibát követett el azzal, hogy egyáltalán nem vizsgálta meg a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet által támasztott harmadik feltételt, a kollektív erőfölény létezésének, vagyis a vevők vagy versenytársak azon képességének az ellenőrzése érdekében, hogy tevékenységükkel veszélyeztessék a nagy kiadók által elfogadott bármely közös politika eredményeit.

2. Az indokolási kötelezettség megsértéséről

491 A felperes úgy érvel, hogy azon jövőre vonatkozó elemzés, amelyet a Bizottságnak le kell folytatnia a kollektív erőfölény létrejötté kockázatának ellenőrzéséhez, az összefonódásnak a piacra gyakorolt hatását illető releváns körülmények alapos elemzésével jár. Ugyanakkor egyrészt a Bizottság még csak meg sem vizsgálta a kollektív erőfölény létrejöttének a lehetőségét a kifogásközlésben, másrészt pedig a határozatban a Bizottság elemzése nem előrettekintő, és nem is részletes. A Bizottság arra következtetett abból, hogy nem állapította meg kollektív erőfölény létezését, hogy nincs elég bizonyíték annak kimutatásához, hogy a jövőben erőfölény fog kialakulni.

492 A felperes azt állítja, hogy ha a Bizottság el is végezte a megkövetelt jövőre vonatkozó elemzést, foglalkoznia kellett volna a következő kérdésekkel:

- a nagy kiadók számának csökkenése milyen mértékben jelentené:
 - hogy a nagy kiadók kölcsönösen függőbbé válnak a piaci szereplők számának ötről négyre való csökkenésének tényénél fogva;
 - hogy a piac, amely minden elfogadott zsinórmérték szerint már az összefonódás előtt is koncentrált volt, sokkal koncentráltabbá válik az összefonódást követően;
 - hogy a nagy kiadók közötti egyeztetést sokkal könnyebb ellenőrizni és időben fenntartani, és hogy az árak átláthatósága szintén sokkal hangsúlyosabb lenne a szimmetria tényénél fogva, ami megkönnyíti az ellenőrzést, beleértve a slágerlisták nagyon fontos piacán;
 - hogy könnyebb lenne azonosítani egy fókuszpontot, és fenntartani a közös felfogást arról, hogy mi áll a nagy kiadók közös érdekében, mert a számuk csökken;
 - hogy azzal, hogy a piacon kevesebb vállalkozás lenne jelen, elmozdulna a megállapodás betartásának hosszú távú haszna és a versenytársaknál olcsóbban történő értékesítés rövid távú haszna közötti egyensúly;

- a piacon lévő szimmetria szintje milyen mértékben növekedne, hiszen a Sony-BMG hasonló lenne az Universal-hoz a méretét és a piaci részesedését tekintve, míg a másik két nagy kiadó, az EMI és a Time Warner éppen mögöttük lenne szintén szimmetrikus piaci részesedéssel. E kérdés fontos lenne, mert a méret és a piaci részesedés szerinti szimmetria könnyebbé tenné a hallgatólagos megállapodás fenntartását. A Sony-BMG-nek és az Universal-nak 50%-os összevont piaci részesedése lenne a zenei hangfelvételek világpiacán, és e részesedés közelebb állna a 60–70%-hoz a slágerlisták nagyon fontos piacán, amelynek a jelentőségét nem tanulmányozta a Bizottság. E piaci szegmens ugyanolyan fontos mind a jelenlegi verseny tekintetében, mind a hosszú távú piaci erő mutatójaként, hiszen az új megjelenések katalógusszámokká válnak;
- a szimmetria milyen mértékben növekedne, és a verseny milyen mértékben csökkenne, mert a két nagy kiadó, akinek különböző eredményei voltak az utóbbi években, ezentúl egy lenne;
- a rendelkezésre álló elrettentés eszközei milyen mértékben válnának hatékonyabbakká;
- a függetlenek milyen mértékben függnének még jobban a nagy kiadóktól, különösen mert a függetlenek számára rendelkezésre álló, elkerülhetetlen kereskedelmi partnerek száma 20%-kal csökkenne;
- a nagy kiadókkal szembeni bármely versenyellensúly milyen mértékben gyengülne.

493 A Bizottság e kérdések közül egyet sem vizsgált meg részletesen, oly módon, hogy a Bizottság azon megállapítását, hogy nem jönne létre kollektív erőfölény (a vitatott határozat (158) preambulumbekézése) semmilyen érvelés nem támasztja alá, illetve nyilvánvalóan nem megfelelő érvelésen alapszik.

3. A nyilvánvaló mérlegelési hibáról

⁴⁹⁴ A jövőre vonatkozó elemzés hiánya szintén mérlegelési hibát jelent. A Bizottság a már létező kollektív erőfölényre vonatkozó korábbi bizonyítékokra támaszkodott az összefonódásból eredő változások hatásának részletes megvizsgálása nélkül. Továbbá, e feltételezett bizonyítékok már önmagukban hibásak az első jogalapban kifejtett okoknál fogva.

⁴⁹⁵ A felperes megjegyzi, hogy ha a Bizottság röviden utal is arra, hogy az átláthatóság fokozottabb, nem szolgál azonban részletes megjelöléssel az elérendő szintről, vagy az abból következő hatásról, hanem az elegendő bizonyítékok hiányának hangsúlyozására szorítkozik. A Bizottságnak továbbá meg kellett volna vizsgálnia, hogy a szereplők számának csökkenése a piacon milyen mértékben könnyítené meg a hallgatóságos megállapodásokat, és tenné azokat vonzóbbakká, hiszen a nyereség kisebb számban oszlana meg. A Bizottság nem utal sem arra, milyen bizonyítékokat gyűjtött össze, sem arra, mennyiben elégtelenek, sem arra, milyen bizonyítékok lennének szükségesek.

⁴⁹⁶ Ami a retorziós intézkedéseket illeti, az elemzés egy olyan időszakot lefedő korábbi bizonyítékokon alapult, amelyre vonatkozóan a Bizottság kijelenti, hogy nem volt kollektív erőfölény. A Bizottság nem vizsgálta meg a potenciális retorziós intézkedések kérdését az összefonódás után.

⁴⁹⁷ A felperes emlékeztet arra, hogy a Bizottság majdnem megállapította az összefonódást megelőzően fennálló erőfölényt, de hogy tévesen ítélte a bizonyítékokat elégtelennek. Ugyanezen következtetés az összefonódás utáni piac tekintetében, amely növelte az átláthatóságot, nyilvánvaló mérlegelési hibára utal.

498 Végül a felperes úgy érvel, hogy a Bizottság érvelése különösen meglepő, tekintettel arra, hogy négy évvel korábban a Bizottság megállapította, hogy az EMI/Time Warner fúzió kollektív erőfölényt hozott volna létre a zenei hangfelvételek piacán (az A. 13 mellékletben csatolt kifogásközlés 57. pontja ebben az ügyben).

B — A Bizottság érvei

1. A jogban való tévedésről

a) A jövőre vonatkozó elemzés hiánya

499 A Bizottság azt állítja, hogy a felperes azon kifogásai, amelyek szerint nem végzett jövőre vonatkozó elemzést, és ugyanazokra az *ex post* bizonyítékokra támaszkodott, mint egy esetleg megelőzően fennálló kollektív erőfölényre vonatkozó elemzésében, pedig a szempontok alapvetően különböznek, nem megalapozottak. Előzetesen két elvi észrevételt fogalmaz meg.

500 Egyrészt az összefonódások ellenőrzésére vonatkozó határozatoknak mindig jövőre vonatkozó elemzésen kellene alapulniuk, hiszen azon kérdés eldöntése, hogy egy összefonódás összeegyeztethető-e vagy nem a közös piaccal, azon változásoktól függhet, amelyeket a még meg nem valósított összefonódás a piacnak okozhat (a fenti 245. pontban hivatkozott Kali & Salz ügyben hozott ítélet 109–111. pontja). A jövőre vonatkozó elemzést tehát minden esetben az összefonódást megelőző versenyfeltételekre vonatkozó egyértelmű képre kell alapozni. A piac jelenlegi helyzetére vonatkozóan már összegyűjtött és értékelt bizonyítékok (amelyeket nehezen lehetne *ex post* bizonyítékoknak minősíteni) relevánsak maradnak az elemzés kiindulópontjaként.

501 Másrészt egy kollektív erőfölény esetleges jelenlegi fennállásának megítélése ugyanazon négy feltétel figyelembe vételét feltételezi, mint egy ilyen erőfölény esetleges létrejöttének a megítélése: hallgatólagos megállapodás jelei, elégséges átláthatóság, a versenytársak és a vevők ellensúlya (az Elsőfokú Bíróság T-193/02. sz., Piau kontra Bizottság ügyben 2005. január 26-án hozott ítéletének [EBHT 2005., II-209. o.] 111. pontja). Amikor – mint a jelen esetben – már nemleges választ adtak e kérdések közül egyre vagy többre a jelenlegi helyzettel kapcsolatban, a jövőre vonatkozó elemzés szükségképpen annak meghatározásához kötődne, hogy hogyan hozhat egy összefonódás pozitív választ az előrelátható jövőben.

502 Mivel azon következtetés, amely szerint nincs elegendő bizonyíték a létező kollektív erőfölényre, lényegében azon a tényen alapult, hogy az elégséges átláthatóság feltétele nem teljesült, a Bizottságot főleg az összefonódás által e paraméterre gyakorolt hatás érdekelte. Az összefonódás ugyan automatikusan a kétoldalú kapcsolatok számának csökkenéséhez vezetne – amely tízről hatra változik-, ami elvileg könnyíti a nyomon követést, e lényegében aritmetikai észrevétel nem lenne azonban döntő azon legfontosabb érv tekintetében, hogy az átláthatóság akadályai nem az ellenőrizendő nagy kiadók számának tudhatók be, hanem az egyes nagy lemezkiadó vállalatoknak az egyedi vevők tekintetében az egyedi albumok nettó árát rögzítő egyedi döntései összetettségének, a heterogén tartalomnak és a változó kereskedelmi sikernek a PPD-k, a szokásos engedmények és a promóciós engedmények kombinálásával. Ami a számlaengedményeket illeti, a rendelkezésre álló kevés információ (amelyek főleg a szokásos engedményeket illetik) mindenestre jobban beszerezhető a vevőktől, mint a többi nagy kiadótól, és az összefonódás nem változtatja meg a maradék nagy kiadónak a vevőkörével való kapcsolatát, amelyet az összefonódás nem módosít. Ezért következtetett a Bizottság – előrettekintően – az azt igazoló bizonyítékok elégtelenségére, hogy a piaci struktúra

változása, amelynek az összefonódásból kellene következnie, olyan mértékben megkönnyítené az átláthatóságot, hogy elérnék a kollektív erőfölény létrejöttéhez szükséges átláthatósági szintet (a határozat (157) preambulumbekzdésének a vége).

503 A Bizottság azt állítja, hogy ezen elemek a kollektív erőfölény kumulatív feltételeinek elégséges elemzését jelentik.

b) Átláthatóság

504 Mivel a felperes érve nem tesz mást, mint megismétli az első jogalap keretében hivatkozott érvet, ebben az összefüggésben ugyanúgy megalapozatlan.

c) Az elrettentés eszközei és kiegyenlítő erő

505 Bár a Bizottság a határozat (157) preambulumbekzdésében úgy vélte, hogy nem volt elég bizonyíték arra, hogy az összefonódás megkönnyítené a retorziós intézkedéseket, nem foglalt véglegesen állást e kérdésben az álláspontja megalapozásához. Mivel ugyanis arra a következtetésre jutott, hogy nem rendelkezett azt megalapozó bizonyítékokkal, hogy az ármegállapítás kellően átlátható lenne a tényleges nyomon követés lehetővé tételéhez, nem volt már szükséges, hogy megvizsgálja akár a retorziós intézkedések kérdését, akár a kényszerítő erő kérdését inkább a „létrehozatal”, mintsem a „megerősítés” szempontjából.

2. Az indokolási kötelezettség megsértéséről

- 506 A Bizottság azt állítja, hogy a felperes által megfogalmazott kifogások egyáltalán nem kapcsolódnak az indokolási kötelezettség megsértéséhez. A Bizottság által a különböző elemek figyelembe vételének állítólagos elmulasztása a mérlegelés jogszerűségét érinti, és nem az indokolást. A Bizottság pontosítja, hogy ha nem jutott következtetésre bizonyos kérdéseket illetően, ebből az következik, hogy nem is kellett indokolnia e nem létező következtetést.
- 507 Elfogadhatatlan az, hogy a felperes a jelen eljárás egy későbbi szakaszában megpróbálja a kereset jogalapját átalakítani azzal, hogy egy formai jogalapot (indokolási kötelezettség megsértése) érdemi jogalappá változtat (jogban való tévedés, illetve nyilvánvaló mérlegelési hiba), és az EK 253. cikk alkalmazására vonatkozó különös érvei relevanciájának nyilvánvaló hiánya elegendő alapot jelent ezen megsemmisítési indok elutasításához.
- 508 A Bizottság tehát csak tisztán másodlagosan vizsgálja meg röviden ezen érveket.
- 509 Ami a felperes azon kijelentését illeti, amely szerint az elemzésnek részletesnek kell lennie, a Bizottság visszautal az előző jogalapban kifejtett észrevételekre.
- 510 Azon tény, hogy a Bizottság nem fordított figyelmet az erőfölény lehetséges létrejöttére a kifogásközlésben, nincs összefüggésben a határozatban kifejtett

indokolás elégségességével. Ami a Bizottság azon állítólagos feltételezését illeti, amely szerint nem volt elég bizonyítéka a létező kollektív erőfölény hiányára vonatkozó következtetései kifejtéséhez, a Bizottság visszautal a jövőre vonatkozó elemzés természetére irányuló vitára.

511 A zenei hangfelvételek piacain az összefonódás szintjének és a piaci részesedések szimmetriája mértékének emelkedése, valamint a függőségi szint esetleges emelkedése nem járulna hozzá jelentős mértékben az egyeztetés azon akadályainak eltörléséhez, amelyeket a kollektív erőfölény esetleges jelenlegi fennállása elemzésében összeszámoltak, vagyis az egyedi albumokra egyedi vevők tekintetében és időben vonatkozó teljes ármegállapítási eljárás (PPD, plusz szokásos engedmény, plusz promóciós engedmény) összetettsége és elégséges átláthatósága bizonyítékainak hiánya.

512 Bár a piac nagyobb összefonódása módosíthatja az egységes magatartás követésének absztrakt indítékait, a jelen esetben nincs érzékelhető hatása az alapvető elrettentő elemre, ami az oligopolisztikus helyzetben lévő vállalkozások az eltérések kiszűrésére, és következképp büntetésére és az azoktól való eltántorításra való képtelenségének a következménye. Elégséges átláthatóság hiányában a nagy kiadók nem lehetnek bizonyosak abban, hogy egyikük ne törekedne arra, hogy egyszerre szerezzen hasznot a hallgatólagos megállapodás hosszú távú előnyeiből, és a versenytársaiénál alacsonyabb árak alkalmazásának rövid távú előnyeiből, és e bizonytalanság instabillá tenné a hallgatólagos megállapodást, és lehetetlenné tenné annak a fenntartását.

513 A felperes szimmetriára vonatkozó észrevételeit szintén el kell utasítani azon indokból, hogy nincs nyilvánvaló kapcsolat a szimmetria és az átláthatóság között.

514 Végül, a felperes egyéb érvei lényegében a tartós kollektív erőfölény második és harmadik kumulatív feltételére vonatkoznak. Ugyanakkor a Bizottságnak nem kellett

volna állást foglalnia ezen feltételekről, mivel azt állapította meg, hogy nem volt elég bizonyíték arra, hogy az első feltétel teljesült.

3. A nyilvánvaló mérlegelési hibáról

- 515 A felperesnek az előretekintő mérlegelés hiányára vonatkozó állításait el kell utasítani a jogban való tévedésre vonatkozó részben kifejtett indokok miatt.
- 516 A felperesnek azon ösztönzésekre alapított érveit, amelyek az oligopolisztikus helyzetben lévő vállalkozásokat arra buzdították, hogy közös magatartást fogadjanak el, ismét el kell utasítani, azon okból, hogy figyelmen kívül hagyják az elégséges átláthatóság hiányát.
- 517 A felperes azon feltevése, amely szerint – mivel a nagy kiadók számának csökkenése összességében növelte a hallgatólagos megállapodás valószínűségét – a Bizottságnak arra kellett volna következtetnie, hogy kollektív erőfölény jön létre, hacsak az összefonódás nem mutat egyéb olyan jellemzőket, amelyek a hallgatólagos megállapodást kevésbé valószínűvé teszik, teljesen figyelmen kívül hagyja a tartós kollektív erőfölény különböző feltételeinek megkülönböztető jellegét. Az összefonódás mértéke növekedésének a szóban forgó piacokon nem kellene maga után vonnia az elégséges átláthatóság megkülönböztető feltételére vonatkozó bizonyítási követelmények megfelelő csökkenését, ha nem bizonyított, hogy e fokozottabb összefonódás az ezen utóbbi feltételre vonatkozó értékelésre jelentős befolyással bír.

- 518 Végül a Bizottság emlékeztet arra, hogy a határozat jogszerűségét nem lehet megítélni a két kifogásközlés ideiglenes következtetései alapján, amelyek közül az egyiket négy évvel ezelőtt egy eltérő ügyben fogalmazták meg.

C — *A beavatkozók érvei*

- 519 A beavatkozók úgy érvelnek, hogy a második fázisú vizsgálatot kezdeményező határozat azt mutatja, hogy a Bizottság már kezdetben megvizsgálta mind a kollektív erőfölény létrejöttének, mind a megerősödésének a lehetőségét. A Bizottság jogosan összpontosított a piac sajátos jellemzőire, és különösen azon kérdésre, hogy az árak kellően átláthatók voltak-e a hallgatólagos megállapodás lehetővé tételéhez (a fenti 246. pontban hivatkozott Gencor kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 227. pontja). Mivel a piacnak az árakra vonatkozó jellemzői nem támasztják alá azon következtetést, hogy a múltban összejátszás történt, a Bizottság helyesen következtetett arra, hogy a nagy kiadók számának ötről négyre való csökkenése nem volt elég a hallgatólagos megállapodással szembeni alapvető akadályok legyőzéséhez (a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 75. és 76. pontja).
- 520 A piac jellemzői továbbra is összeegyeztethetetlenek a hallgatólagos megállapodással mind az árakat, mind az egyéb tényezőket illetően (szám, eredet, kreativitás, az új megjelenések kulturális sokszínűsége, a művészek aláírása). Ezek közül a beavatkozók azzal érvelnek, hogy a zenei hangfelvételek heterogén terméket jelentenek, hogy a nagy kiadókat a „slágerek” eladására ösztönzik erősen, hogy az árakra és az engedményekre vonatkozó döntéseket az egyes albummegjelenésekhez igazítják, mind a piacra dobásuk időpontjában, mind az életük során, és minden egyes egyéni kiskereskedő alapján, hogy a lemezkiadó vállalatok diszkrecionális jogkört gyakorolnak a PPD-k tekintetében megjelenéskor és időben, amely a marketinges személyzet, szubjektív megítélését tükrözi, hogy minden társaság különböző engedményeket és támogatásokat ad, amelyek ismeretlenek a versenytársak előtt, és amelyek időben, albumonként és kiskereskedők szerint eltérnek, és végül, hogy az engedmények előreláthatatlanok és láthatatlanok voltak, nem lehet megbízható következtetéseket levonni a nettó árakra a PPD-k megfigyelésével, oly

módon, hogy a PPD-kre vonatkozó egyeztetésnek, még ha meg is történt, nincs hatása a tényleges árakra (lásd a C. 4 mellékletet is, 6. o.).

D — *Az Elsőfokú Bíróság álláspontja*

521 A felperes lényegében azt állítja, hogy azon állítás, amely szerint az összefonódás nem hozna létre kollektív erőfölényt a zenei hangfelvételek piacán, nem kellően indokolt, valamint nyilvánvaló mérlegelési hibát és jogban való tévedést tartalmaz.

522 Emlékeztetni kell arra, hogy amikor a Bizottság megvizsgálja a kollektív erőfölény létrejöttének veszélyét, a „referenciapiac jövőre vonatkozó elemzése során értékelnie kell azt, hogy az adott összefonódás létrehoz-e olyan helyzetet, amelyben az érintett piacon fennálló tényleges versenyt jelentős mértékben akadályozzák az összefonódásban részt vevő vállalkozások és egy vagy több harmadik vállalkozás, amelyek együttesen – mindenekelőtt a közöttük fennálló korrelatív tényezők alapján – képesek arra, hogy a piacon egységes magatartást tanúsítsanak, és a többi versenytárustól, az ügyfeleiktől és végül a fogyasztóktól jelentős mértékben függetlenül járjanak el (a fenti 245. pontban hivatkozott Kali & Salz ügyben hozott ítélet 221. pontja, a fenti 245. pontban hivatkozott Gencor kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 163. pontja, és a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 59. pontja). A kollektív erőfölényt illetően a Bizottság által az összefonódás ellenőrzésének keretében elvégzendő, jövőre vonatkozó elemzés „szükségessé teszi mindenekelőtt azon körülmények részletes vizsgálatát, amelyek az adott esettől függően relevánsnak mutatkoznak annak az értékelésekor, hogy az összefonódás milyen hatásokat gyakorol a referenciapiacon fennálló versenyre, és hogy a Bizottság feladata meggyőző bizonyítékokkal szolgálni” (a fenti 245. pontban hivatkozott Kali & Salz ügyben hozott ítélet 222. pontja, és a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 63. pontja).

- 523 Ez annál is inkább igaz, „mivel nem a múlt eseményeinek vizsgálatáról van szó, amelyek kapcsán gyakran számos bizonyíték áll rendelkezésre, amelyek lehetővé teszik az okok megértését, sem pedig a jelen eseményeiről, hanem olyan események előrejelzéséről, amelyek a jövőben több-kevesebb valószínűséggel bekövetkeznek, amennyiben nem születik sem a tervezett összefonódást tiltó, sem annak feltételeit meghatározó határozat” (a fenti 232. pontban hivatkozott Bizottság kontra Tetra Laval ügyben hozott ítélet 42. pontja). Így, „az ilyen elemzéshez különböző ok-okozati összefüggések mérlegelése szükséges, annak eldöntése végett, hogy melyek bekövetkeztek a legvalószínűbb” (a fenti 232. pontban hivatkozott Bizottság kontra Tetra Laval ügyben hozott ítélet 43. pontja).
- 524 E megfontolásokra tekintettel kell megvizsgálni, hogy a Bizottság helyesen elemezte-e a kollektív erőfölény létrejöttének kockázatát.
- 525 Előzetesen meg kell jegyezni a határozatban e tekintetben elvégzett vizsgálat rendkívül szűkszavú jellegét.
- 526 A Bizottság a (156) preambulumbekkezdésben kifejti, hogy „a jelen esetben azon kérdés, hogy az összefonódás vezet-e kollektív erőfölény létrejöttéhez, lényegében a piac jellemzőitől függ”.
- 527 A Bizottság által e tekintetben végzett elemzés a határozat (157) preambulumbekkezdésében szereplő következő megállapításokra korlátozódik:

„Amint azt a kollektív erőfölény megerősödésére vonatkozó elemzés mutatja, az átlagárákra vonatkozóan megfigyelhető párhuzamosság szintjéből nem lehet arra következtetni, hogy a nagy lemezkiadó vállalatok jelenleg kollektív erőfölénnyel bírnak a zenei hangfelvételek piacain. A nagy lemezkiadó vállalatok számának ötről négyre való csökkenése növeli az átláthatóságot, hiszen a kétoldalú verseny-

kapcsolatok száma 10-ről 6-ra csökken. Elvileg a szóban forgó piac ellenőrzése könnyebbé válik. Amint a kollektív erőfölény megerősödésére vonatkozó részben megvizsgálásra került, a zenei hangfelvételek piaci bizonyos olyan jellemzőket mutatnak, amelyek megengedhetik a kollektív erőfölény létezésének kedvező feltételek jelenlétének feltételezését. Ugyanakkor a Bizottság nem talált elég bizonyítékot annak bizonyításához, hogy az öt nagy lemezkiadó vállalat a múltban kollektív erőfölénnyel rendelkezett; ez többek között a tényleges átláthatóság szintjén megállapított hiányosságoknak, a termék részben heterogén jellemzőinek és a múltbeli retorziós intézkedések létezéséről tanúskodó bizonyítékok hiányának tulajdonítható. Ami a nagy lemezkiadó vállalatok kollektív erőfölényének a zenei hangfelvételek piacán való létrejöttét illeti, a Bizottság, miközben figyelembe vette azon tényt, hogy a megmaradó négy piaci szereplő közötti egyeztetés egészében könnyebbé válik, nem talált elég bizonyítékot annak kimutatásához, hogy a lemezkiadó vállalatok számának ötről négyre való csökkenése eléggé jelentős módosulást jelent ahhoz, hogy kollektív erőfölény valószínű kialakulásához vezessen. A Bizottság többek között nem talált elég bizonyítékot, amely igazolná, hogy az ötről négy nagy lemezkiadó vállalatra való áttérés megkönnyítette az átláthatóságot és a retorziós intézkedéseket, olyan mértékben, hogy a maradék négy nagy lemezkiadó vállalat kollektív erőfölényének létrejöttére számítani kellene.

- 528 Meg kell állapítani, hogy e néhány felszínes, sőt tisztán formális észrevétel nem teljesítheti a Bizottság azon kötelezettségét, hogy jövőre vonatkozó elemzést végezzen, és körültekintően vizsgálja meg azon körülményeket, amelyek minden egyes esetben relevánsnak mutatkoznak az összefonódásnak a referenciapiacra érvényesülő versenyre gyakorolt hatásai értékelése végett, és különösen akkor, ha, mint a jelen esetben, az összefonódás komoly problémákat vet fel. Függetlenül az Elsőfokú Bíróságnak az első jogalapra vonatkozó álláspontjától, ugyanis mind azon körülményből, hogy a Bizottságnak hosszú fejtegetéseket kellett volna tennie a határozatban ahhoz, hogy a kollektív erőfölénynek az összefonódást megelőző fenn nem állására következtessen, mind azon tényből, hogy a kifogásközlésben öthónapos vizsgálat után az ilyen korábbi erőfölény létezésére következtetett, az következik, hogy azon kérdés, hogy fennáll-e a veszélye annak, hogy az öt nagy kiadó közül kettőnek a fúziója kollektív erőfölényt hoz létre, *a fortiori* alapos vizsgálatot igénylő nehézségeket vet fel. Mivel a Bizottság nem végezte el e vizsgálatot, már pusztán ezen indokból az következik, hogy a második jogalap megalapozott.

529 A teljesség kedvéért az Elsőfokú Bíróság mégis megvizsgálja, hogy az átláthatóságra és a retorziós intézkedésekre vonatkozó megállapítások ezenkívül tartalmazznak-e jogi vagy mérlegelési hibát.

530 A határozat (157) preambulumbekkezdéséből, és különösen annak utolsó mondatából az következik, hogy a Bizottság azon következtetése, amely szerint az összefonódás nem jelent kellően jelentős módosulást ahhoz, hogy kollektív erőfölény valószínű létrejöttét eredményezze, kifejezetten a piac átláthatóságára és a retorziós intézkedésekre vonatkozó feltételeken alapszik.

531 Az átláthatóságot illetően mindenekelőtt emlékeztetni kell arra, hogy az Elsőfokú Bíróság az első jogalap keretében megállapította, hogy a Bizottság azon megállapítása, amely szerint a promóciós engedmények annyira lecsökkentik az átláthatóságot, hogy megakadályozzák a kollektív erőfölény létezését, nem kellően indokolt, és nyilvánvaló mérlegelési hibákat tartalmaz.

532 Továbbá a kollektív erőfölény létrejötte veszélyének mérlegelését illetően a Bizottság nem alapozhatott egyedül a fennálló helyzetre, hanem jövőre vonatkozó elemzést kellett volna végeznie, és figyelembe kellett volna vennie a szóban forgó összefonódásból eredő módosulásokat. A határozat (157) preambulumbekkezdése, bár kevésbé tömören e tekintetben megemlíti továbbá, hogy a megmaradó négy piaci szereplő közötti egyeztetés egészében könnyebbé válik. A határozat azonban nem tartalmaz semmilyen vizsgálatot azon kérdésre vonatkozóan, hogy az összefonódás, többek között azon tényből, hogy az ellenőrizendő albumok számának csökkenésével jár, nem teszi a piacot kellően átláthatóvá a kollektív erőfölény kifejlődéséhez. Továbbá e tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a kifogásközlésben a Bizottság megállapította:

„A tervezett összefonódás megkönnyítené az árak egyeztetésének nyomon követését, hiszen mindegyik nagy kiadónak csak a másik három nagy kiadó árakra vonatkozó magatartását kellene figyelembe vennie. Következésképpen, a PPD-k inkább egy nagyon szűk ársávra koncentrálnának a legtöbbet eladott albumok többségére nézve. Az engedmények átláthatósága szintén fokozottabb lenne, hiszen a nagy kiadóknak csak a három másik nagy kiadót kellene figyelniük az üzletekben tett látogatásaik és a kiskereskedőkkel való kapcsolatuk során.”

533 Ebből következik, hogy az átláthatóságra vonatkozó észrevételek nem teszik lehetővé azon elemzés megalapozását, amely szerint az összefonódás nem jár kollektív erőfölény létrehozásának veszélyével.

534 Ami a retorziós intézkedéseket illeti, mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a Bizottság azon kijelentése az ellenkérelmében, amely szerint nem foglalt állást a különböző lehetséges retorziós mechanizmusok nyomon követéséről, és az értékelése nem vonatkozott e szempontra, amint a határozat (157) preambulumbekzdéséből következik, nem egyeztethető össze a határozattal.

535 Ugyanígy el kell utasítani a Bizottság és a beavatkozók azon érvelését, amely szerint nem volt szükséges megvizsgálni a retorziós intézkedések kérdést, ha már egyszer a Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy nem rendelkezik azt alátámasztó bizonyítékokkal, hogy az ármegállapítás kellően átlátható a hatékony nyomon követés lehetővé tételéhez, mivel a határozat kifejezetten a retorziós intézkedések hiányán alapszik, és mivel az Elsőfokú Bíróság nem helyettesítheti a Bizottság értékelését a sajátjával, és nem orvosolhatja a határozatot. Az érvelés mindenesetre nem lehet sikeres, mivel az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy azon állítás, amely

szerint a piac nem volt kellően átlátható, illetve *a fortiori*, amely szerint nem válik azzá az összefonódás következtében, nem indokolt jogilag megkövetelt módon, valamint nyilvánvaló mérlegelési hibát tartalmaz.

536 Meg kell jegyezni továbbá, hogy a határozatban a Bizottság megelégedett azzal, hogy visszautaljon a kollektív erőfölény létezésével kapcsolatban elvégzett vizsgálatra, és megállapítsa, hogy nem talált elég bizonyítékot, amely igazolta volna, hogy az összefonódás megkönnyítette „a retorziós intézkedéseket, olyan mértékben, hogy a maradék négy nagy lemezkiadó vállalat kollektív erőfölényének létrejöttére számítani kellene”.

537 Ugyanakkor e vizsgálat keretében, amint kitűnik az első jogalaphból, a Bizottság nem a hatékony elrettentési mechanizmusok létezésének ellenőrzésével foglalkozott, hanem a retorziós intézkedések múltbeli alkalmazására vonatkozó bizonyítékokat keresett. Ezen eljárás mindenesetre a fenti 45. pontban hivatkozott Airtours kontra Bizottság ügyben kifejtett feltétel téves értelmezését jelenti a kollektív erőfölény létrejötte megállapításának vizsgálatát illetően, mivel utóbbinak egy jövőre vonatkozó elemzésen kell alapulnia. Egyértelmű ugyanis, hogy ennek keretében a retorziós intézkedések múltbeli alkalmazására vonatkozó bizonyítékok keresése érvényes tesztet jelenthet, mivel a feltétel bármilyen múltbeli retorziós intézkedés hiányában tökéletesen teljesülhet. Mivel a kollektív erőfölény összefonódás általi létrehozatala veszélyének mérlegelése a megfogalmazásánál fogva nem alapul közös politika előzetes fennállásán, a múltbeli retorziós intézkedések alkalmazásának hiányára vonatkozó szempont teljesen irreleváns. A határozat ezért e kérdésre vonatkozóan hibás.

538 Kiderül továbbá a határozatból és az aktából, hogy az ilyen hiteles és hatékony elrettentés eszközei ténylegesen létezőnek tűnnek a jelen esetben, és különösen a

deviáns lemezkiadó vállalat válogatások kizárásából való szankcionálásának lehetősége. A kifogásközlésben a Bizottság egyébként egyértelműen megállapította ezen elrettentési eszköz hatékony jellegét, és a határozat nem szolgál semmilyen magyarázattal azon okokra vonatkozóan, amelyek miatt végül is nem így lenne. Épp ellenkezőleg, a határozat (115)–(118) preambulumbekkezdésében szereplő elemzések megerősítik ezen elrettentési eszköz hatékony jellegét. A Bizottság ugyanis, miután a határozat (115) és (116) preambulumbekkezdésében nyilvánvalóvá tette a különböző művészek vagy kiadók válogatásainak gazdasági jelentőségét, amelyek a zenei hangfelvételek teljes piacának körülbelül 15–20%-át teszik ki, és hangsúlyozta, hogy a különböző lemezkiadó vállalatokhoz „tartozó” művészek albumain való jelenlét valamely válogatás sikere kulcstényezőjének tűnik, a határozat (117) preambulumbekkezdésében kifejti, hogy „valamelyikük tartós »eltérése« esetén a nagy lemezkiadó vállalatok tehát utóbbit kizárhatják új, közös vállalkozások létrehozatalából, vagy megtagadhatják tőle azon jogot, hogy a zeneszámaikat valamely válogatásban felhasználja, sőt véget vehetnek bizonyos létező közös vállalkozásoknak.” Végül, a határozat (118) preambulumbekkezdése megállapítja, hogy a Bizottság azonban nem talált semmilyen, más nagy lemezkiadó vállalatoknak válogatások kiadására létrejött közös vállalatból való múltbeli kizárását igazoló bizonyítékot, sem ilyen értelmű veszély nyomát, miközben pontosította, hogy „ezen intézkedések általában hiteles retorziós eszközöket jelenthetnek a zenei hangfelvételek piacán.”

539 Következésképpen a Bizottság anélkül, hogy ne követne el hibát, nem alapozhatott a retorziós intézkedések múltbeli alkalmazása bizonyítékának hiányára azon következtetéshez, hogy az összefonódás nem járt azon veszéllyel, hogy kollektív erőfölény létrejöttét eredményezze.

540 Fel kell idézni továbbá, hogy amint az az első jogalap keretében megállapításra került, a határozat egyetlen olyan esetet sem említ, amelyben valamely nagy kiadó anélkül tért volna el a közös árpolitikától, hogy ez retorziós intézkedés alkalmazását vonná maga után, és az Elsőfokú Bíróság által e tekintetben megkérdezett Bizottság nem tudott a legkisebb ellenőrzésre sem utalni, amelyet elvégzett volna azon következtetéshez, hogy semmilyen bizonyítékot nem talált, amely arra utalt volna, hogy retorziós intézkedéseket vagy ilyen értelmű fenyegetést alkalmaztak a múltban.

- 541 Az előzőből következik, hogy a második megsemmisítési jogalap szintén megalapozott.

IV — Általános következtetés

- 542 Az előző megállapítások összességéből következik, hogy az első és második jogalap megalapozott, amennyiben a határozat egyrészt elégtelen indokolást tartalmaz, másrészt nyilvánvaló mérlegelési hibát, mivel a határozatot megalapozó elemek nem jelentik azon releváns adatok összességét, amelyeket figyelembe kell venni, és nem elegendők az azokból levont következtetések megalapozásához.
- 543 Ebből következik, hogy anélkül, hogy meg kellene vizsgálni a kollektív erőfölénynek az online zene licenciáinak nagykereskedelmi piacán való megerősödésére vagy létrejöttére vonatkozó jogalapot, illetve az összefonódásban részt vevő felek zenekiadásra vonatkozó tevékenységeinek az egyeztetésre vonatkozó jogalapot, a határozatot meg kell semmisíteni.

A költségekről

- 544 Az eljárási szabályzat 87. cikkének 2. §-a értelmében a pervesztes felet kell kötelezni a költségek viselésére, amennyiben azt a pernyertes fél ezt kérte. Az eljárási szabályzat 87. cikkének 3. §-a alapján azonban részleges pernyertesség esetén, illetve kivételes okból az Elsőfokú Bíróság elrendelheti a költségeknek a felek közötti megosztását, vagy határozhat úgy, hogy mindegyik fél maga viselje saját költségeit. Végül az eljárási szabályzat 87. cikke 4. §-a szerint az Elsőfokú Bíróság kötelezheti a beavatkozót saját költségeinek viselésére.

- 545 A jelen esetben a határozatot meg kell semmisíteni, és a felperes kérte, hogy a Bizottságot kötelezzék a költségek viselésére. Figyelembe kell venni azonban a következő körülményeket.
- 546 A felperest illetően meg kell állapítani, hogy ugyan erősen ragaszkodott ahhoz, hogy az ügyet gyorsított eljárásban tárgyalják, a Bizottság által jogosan hangsúlyozott összetettsége ellenére, nem viselkedett ennek megfelelően, pedig az Elsőfokú Bíróság a gyorsított eljárás iránti kérelemnek helyt adó határozatában kifejezetten hangsúlyozta, hogy e határozatot vissza lehetne vonni, tekintettel az ügy fejleményeire. Az Elsőfokú Bíróság ezért ugyan természetesen be is fejezhette volna a gyorsított eljárást, figyelembe kellett azonban venni az ügy objektív sürgősségét és a többi fél által már megtett jelentős erőfeszítést, amely így a továbbiakban egyre kevésbé megfelelővé tette e lehetőséget. Ugyanakkor a felperesnek a gyorsított eljárás betűjével és szellemével összeegyeztethető magatartása fokozatosan változott az eljárás különböző szakaszaiban.
- 547 Először is a keresetlevél terjedelme, valamint a jogalapok és érvek száma bőven meghaladja a gyorsított eljárásban való részesülés érdekében javasolt előírásokat, és a felperes nem terjesztette elő a keresetlevele rövidített változatát, és nem mondott le bizonyos jogalapokról sem.
- 548 Másodszor, míg egyes bizalmas dokumentumokhoz, illetve bizonyítékokhoz való hozzáférés megengedésére irányuló pervezető intézkedést megtárgyalták és elrendezték a Bizottsággal, a beavatkozókcal és az Elsőfokú Bírósággal, mind a különböző jegyzékváltások útján, mind az Elsőfokú Bíróság informális találkozásánál, a felperes ennek módosítását kérte, amely a többi fél részéről jelentős kifogásokat eredményezett, és végül is visszavonta e kérelmet.

- 549 Harmadszor, a felperes – miután jogot kért és kapott, egy gyorsított eljárásban szokatlanul, hogy válaszbeadványt nyújtson be a Bizottság által az ellenkérelmében felhozott bizonyítékokra – alaptalanul kifogásolta, hogy a Bizottság, a kontradiktórius eljárás elvének tiszteletben tartásával, arra válaszul kiegészítő észrevételeket terjeszthessen elő.
- 550 Negyedszer, a felperes, miután kérte, hogy gyorsan tartsanak tárgyalást, nem jelezte azonban a rendelkezésre állását az Elsőfokú Bíróság által javasolt négy időpont egyikére nézve sem, ezáltal több hónappal késleltette a tárgyalás tartását.
- 551 Ötödször, mivel teljesen kivételesen engedélyezték észrevételek előterjesztését a tárgyalás után, azzal a feltétellel, hogy szigorúan a Bizottságnak az Elsőfokú Bíróság írásbeli kérdéseire adott válaszaira korlátozódnak - amint a Bizottság jogosan hangsúlyozta –, a felperes melléklet nélkül több mint 50 oldalas beadványt nyújtott be, amelyben többek között számos olyan érvet és bizonyítékot hozott fel, amelyek egyáltalán nem függenek össze az említett kérdésekkel, valamint új érveket és bizonyítékokat terjesztett elő.
- 552 Egyebekben a felperes ugyan megnyerte a pert a zenei hangfelvételek piacán való kollektív erőfölényre vonatkozóan, elutasították az arra irányuló kérelmeit, hogy a Bizottság által az ellenkérelme mellékleteként benyújtott minden bizonyítékot távolítsanak el az aktából. Ugyanígy a Sony-nak az online zeneforgalmazás piacán való állítólagos egyéni erőfölényére vonatkozó kérelmei megalapozatlanok, csak azon okból, hogy a határozat elfogadásának idején a SonyConnect-nek semmilyen

piaci részesedése nem volt, míg a többi piaci szereplő, különösen az Apple jelentős részt birtokolt.

553 A Bizottságot illetően sajnálatos, hogy az észrevételei több ponton eltérnek, olykor eléggé érzékelhetően a határozatban végzett elemzésektől, ami folyamatosan arra kényszeríti a felperest és az Elsőfokú Bíróságot, hogy szokatlan ellenőrzéseket végezzenek. Így azon kijelentések, amelyek szerint azon ténynél fogva, hogy a közös politikától eltérő tagnak a válogatásokból való kizárásából álló retorziós mechanizmusokhoz fordulás a válogatás által kiváltott előnyök feláldozásával járhatott, a Bizottság nem következtetett arra, hogy hiteles mechanizmusról volt szó, illetve nem foglalhatott állást a határozat (115)–(118) preambulumbekkezdésében említett következtetéseknek nyilvánvalóan megfelelő retorziós intézkedések kérdéséről, amelyek ellenkezőleg elismerik ezen retorziós mechanizmus hatékonyságát (amint egyébként az már kifejezetten megállapításra került a kifogásközlés 128–132. pontjában), de arról tanúskodnak, hogy a Bizottság nem talált bizonyítékot az alkalmazására. Ugyanígy, a Bizottság azon kijelentése, amely szerint a határozat (169) preambulumbekkezdésében arra következtetett, hogy az online licenciák piacain a piac átláthatósága korlátozott volt, a licenciák általánosan ismert nagykereskedelmi árainak hiánya miatt, nem felel meg a szintén a határozatban szereplő azon állításnak, amely szerint „az átláthatóság mindenestre nagyobb volt az online licenciák piacán, mint a zenei hangfelvételek hagyományos piacán”.

554 Az előző megállapításokra tekintettel az Elsőfokú Bíróság úgy véli, hogy a jogvita körülményeit akkor értékeli jogszerűen, ha egyrészt a Bizottság viseli a saját költségeit, valamint a felperesnél felmerült költségek háromnegyedét, másrészt pedig a beavatkozók az eljárási szabályzat 87. cikke 4.§-ának megfelelően viselik a saját költségeiket.

A fenti indokok alapján

AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG (harmadik tanács)

a következőképpen határozott:

- 1) **Az összefonódást a közös piaccal és az EGT-Megállapodásban foglaltak érvényesülésével összeegyeztethetőnek nyilvánító, 2004. július 19-i C(2004) 2815. sz. bizottsági határozatot (COMP/M.3333. sz. Sony/BMG ügy) megsemmisíti.**
- 2) **A Bizottság maga viseli a saját költségeit, valamint a felperesnél felmerült költségek háromnegyedét.**
- 3) **A felperes viseli a költségei egynegyedét.**
- 4) **A beavatkozók maguk viselik a saját költségeiket.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Kihirdetve Luxembourgban, a 2006. július 13-i nyilvános ülésen.

E. Coulon

hivatalvezető

M. Jaeger

elnök

Tartalomjegyzék

A jogvita alapját képező tényállás	II - 2300
Az eljárás és a felek kérelmei	II - 2303
Indokolás	II - 2307
I — Az ellenkérelemhez mellékelt bizonyítékokról	II - 2308
A — A felek érvei	II - 2308
B — Az Elsőfokú Bíróság álláspontja	II - 2309
II — A zenei hangfelvételek piacán már korábban fennálló kollektív erőfölény megerősítésére vonatkozó első jogalapról	II - 2311
A — A felperes érvei	II - 2312
1. Az első részcsoport	II - 2312
a) Az indokolási kötelezettség megsértéséről	II - 2313
A termék homogenitása	II - 2314
Átláthatóság	II - 2314
Az elrettentés eszközei	II - 2315
Kiegészítő erő	II - 2315
b) A nyilvánvaló mérlegelési hiba	II - 2316
A termék homogenitása	II - 2316
Átláthatóság	II - 2317
— Általános érvelés	II - 2317
— Az új bizonyítékokra vonatkozó általános megjegyzések ...	II - 2320
— A különböző bizonyítékok egyedi vizsgálata	II - 2324
	II - 2487

Az elrettentés eszközei	II - 2333
Kiegyenlítő erő	II - 2333
A közös politika tényleges elemzésének hiánya	II - 2334
c) A kollektív erőfölényre vonatkozó jog helytelen alkalmazása	II - 2335
2. A második részről	II - 2336
B — A Bizottság érvei	II - 2337
1. A Bizottság határozata és azon bizonyítékok, amelyekre hivatkozott	II - 2337
a) Háttér	II - 2337
b) Öt nagy piac (Németország, Egyesült Királyság, Franciaország, Olaszország, Spanyolország)	II - 2338
A nettó átlagárak és a PPD-k összehangolása	II - 2338
Összetettség és a PPD-k	II - 2339
Az engedmények összehangolása és összetettsége	II - 2341
Az engedmények átláthatósága	II - 2350
Szerkezeti összefüggések	II - 2353
Retorziós intézkedések	II - 2354
c) Más tagállamok	II - 2355
2. A határozatnak a keresetlevélben való helytelen bemutatása	II - 2356
3. Az első részről	II - 2357
a) Az indokolási kötelezettség megsértéséről	II - 2357
A termék homogenitása	II - 2359
Átláthatóság	II - 2360
Az elrettentés eszközei	II - 2361
Kiegyenlítő erő	II - 2361

IMPALA KONTRA BIZOTTSÁG

b)	A nyilvánvaló mérlegelési hibáról és a jogban való tévedésről ..	II - 2362
	A termék homogenitása	II - 2363
	Átláthatóság	II - 2363
	Az elrettentés eszközei és kiegyenlítő erő	II - 2373
	Az egységes magatartás elemzése	II - 2373
4.	A második részből	II - 2375
C —	A beavatkozók érvei	II - 2375
1.	Előzetes észrevételek	II - 2375
2.	A felperes érveinek vizsgálata	II - 2378
	a) A promóciós engedményekről	II - 2378
	b) Az összehangolás hiánya	II - 2379
	c) Az átláthatóság hiánya	II - 2380
3.	A határozatban nem említett különböző szempontokról	II - 2380
D —	Az Elsőfokú Bíróság álláspontja	II - 2381
1.	Általános megállapítások	II - 2381
2.	A kollektív erőfölény fogalma	II - 2382
3.	A Bizottság határozata	II - 2385
4.	Átláthatóság	II - 2392
	a) Az indokolás elégtelenségére alapított kifogásról	II - 2392
	b) A nyilvánvaló mérlegelési hibára alapított kifogásról	II - 2407
	A határozatban megállapított átláthatósági tényezők	II - 2411
	A piacot átláthatatlanná tévő elemek	II - 2418
	— A promóciós engedmények átláthatatlanságáról	II - 2430
	— A promóciós engedmények relevanciájáról	II - 2444
	c) Az átláthatóságra vonatkozó következtetés	II - 2453
		II - 2489

5. Homogenitás	II - 2453
6. Retorziós intézkedések	II - 2454
7. Az első jogalapra vonatkozó következtetés	II - 2458
III — A kollektív erőfölénynek a zenei hangfelvételek piacain való létrejöttéről szóló második jogalapról	II - 2461
A — A felperes érvei	II - 2461
1. A jogban való tévedésről	II - 2461
a) Jövőre vonatkozó elemzés hiánya	II - 2462
b) Átláthatóság	II - 2463
c) Az elrettentés eszközei	II - 2463
d) Kiegyenlítő erő	II - 2464
2. Az indokolási kötelezettség megsértéséről	II - 2464
3. A nyilvánvaló mérlegelési hibáról	II - 2467
B — A Bizottság érvei	II - 2468
1. A jogban való tévedésről	II - 2468
a) A jövőre vonatkozó elemzés hiánya	II - 2468
b) Átláthatóság	II - 2470
c) Az elrettentés eszközei és kiegyenlítő erő	II - 2470
2. Az indokolási kötelezettség megsértéséről	II - 2471
3. A nyilvánvaló mérlegelési hibáról	II - 2473
C — A beavatkozók érvei	II - 2474
D — Az Elsőfokú Bíróság álláspontja	II - 2475
IV — Általános következtetés	II - 2482
A költségekről	II - 2482