

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione)

13 luglio 2006*

Nel procedimento T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, associazione internazionale), con sede in Bruxelles (Belgio), rappresentata dagli avv.ti. S. Crosby e J. Golding, solicitors, e I. Wekstein-Steg,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. A. Whelan e dalla sig.ra K. Mojzesowicz, in qualità di agenti,

convenuta,

* Lingua processuale: l'inglese.

sostenuta da:

Bertelsmann AG, con sede in Gütersloh (Germania), rappresentata dagli avv.ti J. Boyce, solicitor, P. Chappatte e D. Loukas,

e da:

Sony BMG Music Entertainment BV, con sede in Vianen (Paesi Bassi),

e

Sony Corporation of America, con sede in New York, New York (Stati Uniti),

rappresentate dagli avv.ti N. Levy, barrister, R. Snelders e T. Graf,

intervenant,

avente ad oggetto una domanda di annullamento della decisione della Commissione 19 luglio 2004, C(2004) 2815, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e il funzionamento dell'accordo SEE (caso COMP/M.3333 – Sony/BMG),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Terza Sezione),

composto dal sig. M. Jaeger, presidente, dal sig. J. Azizi e dalla sig.ra E. Cremona,
giudici,

cancelliere: sig. I. Natsinas, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del
22 settembre 2005,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti all'origine della controversia

- 1 L'Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) è un'associazione internazionale di diritto belga che raggruppa 2 500 società indipendenti di produzione musicale.
- 2 Il 9 gennaio 2004, la Commissione ha ricevuto notifica, ai sensi dell'art. 4 del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1), come rettificato (GU 1990, L 257, pag. 13) e modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento»), di

un'operazione con cui le società Bertelsmann AG e Sony Corporation of America, del gruppo Sony (in prosieguo: la «Sony»), intendevano raggruppare le loro attività mondiali nel settore della musica registrata.

- 3 La Bertelsmann è una società internazionale del settore dei media che opera a livello mondiale nel campo della registrazione ed edizione di musica, nel settore radiotelevisivo, nell'edizione di libri, riviste e giornali, della stampa e dei media, ed è inoltre attiva nel campo dei club di libri e di dischi. La Bertelsmann opera nel settore della musica registrata attraverso la sua controllata al 100% Bertelsmann Music Group (BMG), e possiede i marchi Arista Records, Jive Records, Zomba e Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 La Sony opera a livello mondiale nel settore della registrazione ed edizione di musica, in quello dell'elettronica industriale e di largo consumo e in quello dell'intrattenimento. Nel campo della musica registrata opera attraverso la Sony Music Entertainment. I marchi della Sony includono Columbia Records Group, Epic Records Group e Sony Classical.
- 5 L'operazione progettata consiste nel far confluire le attività a livello mondiale delle parti della concentrazione nel settore della musica registrata (ad eccezione delle attività della Sony in Giappone) in tre nuove società, o più, costituite secondo un «Business Contribution Agreement» (accordo sull'integrazione delle attività) concluso l'11 dicembre 2003. Tali imprese comuni dovrebbero essere gestite congiuntamente con la denominazione Sony BMG.
- 6 Secondo l'accordo, la Sony BMG si occuperà della scoperta e della promozione di artisti [attività di direzione artistica denominata A & R (artisti e repertorio)] e della successiva promozione e vendita di dischi. La Sony BMG non si occuperà di attività correlate quali l'edizione, la produzione e la distribuzione di musica.

- 7 Il 20 gennaio 2004, la Commissione ha inviato un questionario a un certo numero di operatori del mercato. La ricorrente ha risposto a tale questionario e ha presentato una memoria separata in data 28 gennaio 2004 (allegato A.5), nella quale ha esposto i motivi per cui, a suo parere, la Commissione avrebbe dovuto dichiarare l'operazione incompatibile con il mercato comune. In tale memoria, la ricorrente esprimeva i suoi timori in ordine all'ulteriore concentrazione nel mercato e al suo impatto sull'accesso al mercato, compresi il settore della distribuzione, i media, Internet, nonché sulla scelta dei consumatori.
- 8 Con decisione 12 febbraio 2004, la Commissione ha concluso che l'operazione notificata sollevava seri dubbi in ordine alla sua compatibilità con il mercato comune e il funzionamento dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) e ha avviato la procedura ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento.
- 9 Il 24 maggio 2004, la Commissione ha inviato una comunicazione degli addebiti alle parti della concentrazione, in cui concludeva provvisoriamente che l'operazione notificata era incompatibile con il mercato comune e il funzionamento dell'accordo SEE, in quanto avrebbe rafforzato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata e nel mercato all'ingrosso delle licenze per la musica online, e avrebbe coordinato il comportamento delle società controllanti in modo incompatibile con l'art. 81 CE.
- 10 Le parti della concentrazione hanno risposto alla comunicazione degli addebiti e il 14 e 15 giugno 2004 si è svolta un'audizione dinanzi al consigliere-uditore cui ha partecipato anche la ricorrente.
- 11 Con decisione 19 luglio 2004, la Commissione ha dichiarato l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 8, n. 2, del regolamento (in prosieguo: la «decisione»).

- 12 A seguito della sua domanda del 26 luglio 2004, la ricorrente ha ricevuto, in data 23 settembre 2004, una copia non riservata della decisione.

Procedimento e conclusioni delle parti

- 13 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 3 dicembre 2004, la ricorrente ha proposto il ricorso in esame.
- 14 Con atto separato depositato il medesimo giorno la ricorrente ha presentato al Tribunale una domanda di procedimento accelerato conformemente all'art. 76 bis del regolamento di procedura del medesimo.
- 15 Con lettera 17 dicembre 2004, la Commissione ha espresso dubbi in merito all'opportunità di ricorrere al procedimento accelerato nel caso di specie e ha sottolineato, in particolare, oltre alla complessità del caso, le difficoltà inerenti al fatto che, per spiegare i motivi della sua decisione, essa avrebbe dovuto utilizzare un gran numero di dati complessi e che tale linea di difesa avrebbe anche richiesto delicate negoziazioni con le parti della concentrazione e con i terzi in ordine al grado di divulgazione di informazioni riservate che la Commissione avrebbe potuto essere indotta a comunicare.
- 16 Con memorie depositate nella cancelleria del Tribunale rispettivamente il 10, l'11 e il 19 gennaio 2005, la Bertelsmann, la Sony BMG Music Entertainment e la Sony Corporation of America hanno chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione. Tali domande sono state accolte con ordinanza 4 febbraio 2005 del presidente della Terza Sezione del Tribunale.

- 17 Nel frattempo, con decisione 13 gennaio 2005, il Tribunale ha invitato le parti, a titolo di misure di organizzazione del procedimento ai sensi dell'art. 64, n. 3, lett. e), del regolamento di procedura, a partecipare a una riunione informale in data 24 gennaio 2005 per esaminare la possibilità di trattare il caso con procedimento accelerato, tenuto conto, in particolare, della questione della riservatezza di alcuni elementi del fascicolo sollevata dalla Commissione.
- 18 Con memoria depositata il 18 gennaio 2005, la Commissione, in accordo con la ricorrente, ha richiesto una misura di organizzazione del procedimento consistente, in sostanza, nel consentire alla Commissione di presentare informazioni e documenti che le erano stati trasmessi in via confidenziale, comunicandoli unicamente ai difensori della ricorrente, e non alla ricorrente stessa.
- 19 Con decisione 24 gennaio 2005, il Tribunale, tenuto conto in particolare dell'accordo concluso tra la ricorrente e le intervenienti, ha accolto la domanda di misura di organizzazione del procedimento. Esso ha accolto anche la domanda di procedimento accelerato, ma ha precisato che tale decisione avrebbe potuto essere modificata in qualsiasi momento alla luce degli atti e del procedimento. È stato inoltre fissato un calendario per il deposito delle memorie.
- 20 Con memoria depositata l'11 febbraio 2005, la ricorrente ha presentato una domanda di modifica della misura di organizzazione del procedimento. Con lettera 18 febbraio 2005, la convenuta e le intervenienti hanno depositato le loro osservazioni in merito a tale domanda. Con lettera 22 febbraio 2005, la ricorrente ha ritirato la sua domanda di modifica della misura di organizzazione del procedimento.
- 21 Nel frattempo, l'11 febbraio 2005, la Commissione aveva depositato il controricorso. Il 25 febbraio 2005, la Bertelsmann, la Sony BMG e la Sony hanno depositato la loro memoria di intervento.

- 22 Nell'intervallo tra queste due date, la ricorrente, con lettera 15 febbraio 2005, ha chiesto di poter depositare le proprie osservazioni sulle nuove informazioni contenute nel controricorso della Commissione. Con decisione 21 febbraio 2005, il Tribunale ha accolto tale domanda e ha concesso alla convenuta la possibilità di chiedere, entro il 4 marzo 2005, di poter depositare osservazioni complementari, cosa che essa ha effettivamente fatto. Con lettera 1° marzo 2005, la ricorrente si è opposta a tale domanda. Il 14 marzo 2005, la Commissione ha depositato le proprie osservazioni complementari.
- 23 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Terza Sezione) ha deciso di aprire la fase orale e, a titolo di misure di organizzazione del procedimento, ha invitato la Commissione a produrre vari documenti e a rispondere per iscritto a una serie di quesiti scritti.
- 24 Con lettera 19 settembre 2005, la Commissione ha chiesto una proroga, che le è stata concessa, del termine per il deposito delle risposte ai quesiti del Tribunale. Con lettera 21 settembre 2005, la Commissione ha depositato tali risposte ai quesiti del Tribunale.
- 25 All'udienza del 22 settembre 2005 le parti hanno esposto le loro difese orali e risposto ai quesiti formulati dal Tribunale.
- 26 Con lettera 26 settembre 2005, la Commissione ha depositato documenti in seguito alla trattazione orale e ha chiesto di poter commentare per iscritto le eventuali osservazioni presentate dalla ricorrente in merito alle sue risposte scritte del 21 settembre 2005. Tale domanda è stata accolta.
- 27 Il 29 settembre 2005, la ricorrente ha depositato una memoria concernente le risposte della Commissione ai quesiti scritti del Tribunale.

28 L'11 ottobre 2005, la Commissione ha depositato le sue osservazioni finali sulle osservazioni della ricorrente relative alle sue risposte ai quesiti scritti del Tribunale.

29 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

— escludere i documenti prodotti dalla Commissione in allegato al controricorso;

— annullare la decisione;

— in subordine, annullare la decisione nella parte relativa a uno dei seguenti punti:

— la posizione dominante collettiva nel mercato delle licenze per la musica online;

— la posizione dominante individuale nel mercato della distribuzione della musica online;

— il coordinamento delle rispettive attività delle parti della concentrazione nel settore dell'edizione musicale

— condannare la Commissione alle spese.

30 La Commissione, sostenuta dalle intervenienti, chiede che il Tribunale voglia:

- dichiarare infondato il ricorso;

- condannare la ricorrente alle spese.

In diritto

31 A sostegno del ricorso d'annullamento, la ricorrente deduce cinque motivi, suddivisi in più parti. Con il primo motivo, la ricorrente sostiene che la Commissione ha violato l'art. 253 CE e commesso un errore manifesto di valutazione e un errore di diritto per non avere rilevato l'esistenza di una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata prima della concentrazione proposta e il rafforzamento di tale posizione. Con il secondo motivo, la ricorrente sostiene che la Commissione ha violato l'art. 253 CE e commesso un errore manifesto di valutazione e un errore di diritto per non avere ritenuto che la concentrazione proposta avrebbe creato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata. Il terzo motivo si basa sulla violazione dell'art. 2 del regolamento, in quanto la Commissione non avrebbe rilevato la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante collettiva nel mercato mondiale delle licenze per la musica online. Con il quarto motivo, la ricorrente sostiene che la Commissione ha violato l'art. 253 CE e commesso un errore manifesto di valutazione per non avere ritenuto che la Sony avrebbe raggiunto una posizione dominante individuale nel mercato della distribuzione della musica online. Con il quinto motivo, la ricorrente sostiene che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione e ha violato l'art. 81 CE, in combinato disposto con l'art. 2, quarto comma, del regolamento, per avere concluso che la concentrazione prevista non avrebbe avuto l'effetto di coordinare le rispettive attività delle parti della concentrazione nel settore dell'edizione musicale.

I — *Sugli elementi di prova allegati al controricorso*A — *Argomenti delle parti*

- 32 La ricorrente rileva che dal controricorso emerge che la Commissione, durante il procedimento amministrativo, si è basata su documenti e informazioni cui la stessa ricorrente ha avuto accesso solo dopo la presentazione del controricorso, mentre essi hanno avuto un ruolo fondamentale, dato che sono stati utilizzati dalla Commissione per giustificare il fatto di essersi discostata dalla comunicazione degli addebiti, secondo la quale la concentrazione proposta avrebbe creato o rafforzato una posizione dominante collettiva e sarebbe stata incompatibile con il mercato comune.
- 33 La ricorrente fa valere che se avesse potuto consultare tali documenti, che contengono informazioni incomplete e sono ingannevoli, durante il procedimento amministrativo, avrebbe potuto dimostrarne le carenze fondamentali e la decisione sarebbe stata diversa o, quanto meno, avrebbe dovuto motivare espressamente il rigetto delle sue osservazioni. Essa contesta alla Commissione di avere utilizzato tali documenti e di essersi basata su di essi senza mai sottoporli alla prova dell'esame incrociato o alle osservazioni dei terzi.
- 34 Pur ammettendo che la Commissione è tenuta a tutelare i segreti commerciali e non ha l'obbligo di divulgare ai terzi tutte le informazioni contenute nel fascicolo durante il procedimento amministrativo di controllo delle concentrazioni, la ricorrente sostiene che ciò non autorizza la Commissione a privare i terzi della possibilità di presentare le loro osservazioni sulla questione, predisponendo, ad esempio, una versione sintetica e non riservata delle informazioni stesse.
- 35 La ricorrente precisa di non dedurre alcun motivo basato sulla violazione di condizioni di procedura essenziali, ma ritiene che i nuovi elementi di prova prodotti

dalla Commissione intervengano troppo tardi per poter sanare la decisione nel merito e costituiscano un tentativo di regolarizzare la decisione a posteriori. La ricorrente ricorda che la mancata presentazione di documenti nel corso del procedimento amministrativo non può essere sanata nel corso del procedimento giurisdizionale (sentenza della Corte 8 luglio 1999, causa C-51/92 P, Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. I-4235, punto 78) e sostiene che i documenti in questione devono essere stralciati.

³⁶ La Commissione chiede che tale istanza sia respinta.

B — *Giudizio del Tribunale*

³⁷ In via preliminare, va rilevato che gli elementi di prova che la ricorrente chiede al Tribunale di stralciare dagli atti sono stati prodotti in allegato al controricorso presentato dalla Commissione conformemente alle disposizioni dell'art. 46 del regolamento di procedura. La ricorrente non spiega perché la produzione di tali documenti da parte della Commissione sarebbe contraria al regolamento di procedura.

³⁸ Si deve inoltre rilevare che non risultano chiari né i motivi per cui la ricorrente chiede di stralciare dagli atti tali documenti né il senso della sua domanda.

³⁹ In primo luogo, la ricorrente sostiene che i documenti prodotti costituiscono un tentativo di regolarizzare la decisione a posteriori, ma non afferma che tali documenti sono stati raccolti o redatti successivamente all'adozione della decisione, anzi asserisce che essi hanno avuto un ruolo fondamentale durante il procedimento amministrativo, in quanto la Commissione avrebbe basato sugli stessi la sua

decisione. Orbene, tale circostanza, quand'anche fosse confermata, non potrebbe comunque comportare lo stralcio dei suddetti documenti. Peraltro, benché la ricorrente contesti alla Commissione il tentativo di regolarizzare la decisione a posteriori, essa tuttavia non fa valere, almeno non a sostegno della domanda in esame, la violazione del principio secondo cui una decisione deve essere corredata di una motivazione inclusa nel testo e non può essere espressa per la prima volta dinanzi al Tribunale (sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e a./Commissione*, Racc. pag. II-3141, punto 95). In ogni caso, l'eventuale carenza di motivazione è sanzionata con l'annullamento dell'atto impugnato e non con lo stralcio di documenti. La questione se la decisione sia sufficientemente motivata sarà esaminata, nella fattispecie, nel contesto dei vari motivi dedotti dalla ricorrente.

40 In secondo luogo, la ricorrente, pur affermando che la Commissione non è soggetta ad alcun obbligo di divulgare ai terzi, durante il procedimento amministrativo di controllo delle concentrazioni, tutte le informazioni contenute nel fascicolo, ricorda che, secondo la giurisprudenza, l'omessa presentazione di documenti durante il procedimento amministrativo non può essere sanata durante il procedimento giurisdizionale. Orbene, senza che occorra esaminare la portata dei diritti della difesa o del diritto di accesso al fascicolo dei terzi nei procedimenti relativi alle concentrazioni, è sufficiente rilevare come la ricorrente sottolinei espressamente che non intende dedurre un nuovo motivo basato sulla violazione di forme sostanziali. Qualora si fondasse su tale motivo, la domanda non potrebbe quindi essere accolta. In ogni caso, una violazione dei diritti della difesa è sanzionabile solo qualora si dimostri che la mancata divulgazione di documenti potrebbe avere influito, a scapito di un ricorrente, sul contenuto della decisione controversa, il che non può essere accertato senza esaminare i documenti in questione.

41 In terzo luogo, la ricorrente sostiene che i documenti contengono informazioni incomplete, che sono ingannevoli e che, se avesse potuto consultarli durante il procedimento amministrativo, avrebbe potuto dimostrarne le carenze fondamentali, il che avrebbe potuto condurre a una decisione diversa. Orbene, se tale circostanza può indurre a valutare con cautela gli elementi di prova dedotti dalla Commissione, tuttavia non consente di concedere la misura richiesta dalla ricorrente. Anzi, tale

misura priverebbe la ricorrente della possibilità di dimostrare la pretesa inaffidabilità o irrilevanza dei documenti controversi nell'ambito dei motivi basati su un errore manifesto di valutazione.

42 Infine, la domanda in subordine della ricorrente diretta a far sì che il Tribunale dichiari i documenti non persuasivi o irrilevanti va respinta per gli stessi motivi. In ogni caso, tale domanda costituisce una questione di merito che sarà esaminata nel contesto dei vari motivi e argomenti del ricorso.

43 Dalle osservazioni che precedono discende che va respinta la domanda con cui la ricorrente chiede che i documenti prodotti dalla Commissione a sostegno del controricorso siano stralciati o dichiarati irrilevanti.

II — Sul primo motivo, concernente il rafforzamento di una posizione dominante collettiva preesistente nel mercato della musica registrata

44 Il primo motivo è suddiviso in due parti, la prima riguardante l'erroneità della tesi della Commissione secondo cui non esisteva alcuna posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata prima della concentrazione proposta, la seconda relativa all'errore risultante dalla mancata constatazione del rafforzamento della suddetta posizione dominante collettiva preesistente per effetto della concentrazione progettata.

A — Argomenti della ricorrente

1. Sulla prima parte

- ⁴⁵ In via preliminare, la ricorrente osserva che sia la comunicazione degli addebiti che la decisione contengono molte prove del fatto che il mercato della musica registrata presentava, prima della concentrazione, tutte le caratteristiche di un mercato contraddistinto da una posizione dominante collettiva rispondente ai criteri stabiliti dalla giurisprudenza (sentenza del Tribunale 6 giugno 2006, causa T-342/99, *Airtours/Commissione*, Racc. pag. II-2585).
- ⁴⁶ In primo luogo, la ricorrente rileva al riguardo che le imprese principali (in prosieguo: le «major») sono descritte come imprese che possiedono tutte le caratteristiche di un gruppo in posizione dominante: ampie quote di mercato, notevole potenza finanziaria (punto 53 della decisione), mantenimento di prezzi elevati (punto 56 della decisione), struttura oligopolistica (punto 148 della decisione) e quindi interdipendenza.
- ⁴⁷ In secondo luogo, essa sottolinea che la Commissione ha stabilito che il mercato presentava tutte le caratteristiche favorevoli agli accordi taciti e agevolava il controllo di tale coordinamento (punti 93-116 della comunicazione degli addebiti) e ha esaminato dieci elementi da cui emerge un accordo tacito (v. allegato A.15), che non sarebbero mutati dopo la comunicazione degli addebiti. Il prodotto sarebbe omogeneo per formato e i consumatori acquisterebbero dischi di artisti diversi e di generi diversi, creando in tal modo uno «spazio di sostituibilità» (punto 110 della decisione). Il mercato sarebbe fortemente favorevole al coordinamento e quest'ultimo avrebbe effettivamente avuto luogo (punto 112 della decisione). Esisterebbe una base stabile di clienti (punto 112 della decisione) e le parti della concentrazione controllerebbero il mercato della distribuzione (punto 113 della decisione).

48 In terzo luogo, i prezzi indicherebbero l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Sussisterebbe un parallelismo tra i prezzi netti reali (punti 76-80 della comunicazione degli addebiti e punti 75, 82, 89, 96 e 103 della decisione). I prezzi pubblici di vendita (in prosieguo: i «PPV») sarebbero noti e il numero di prezzi di riferimento limitato (punti 111 e 112 della decisione). I prezzi netti di vendita sarebbero strettamente legati ai PPV (punti 77, 84, 91, 98 e 105 della decisione). I PPV e i prezzi netti reali sarebbero strettamente allineati e trasparenti e la trasparenza dei prezzi netti reali medi non sarebbe compromessa dagli sconti (punti 88, 90 e 92 della comunicazione degli addebiti e note 45, 49, 52, 55 e 57 della decisione).

49 In quarto luogo, la Commissione avrebbe rilevato l'esistenza di meccanismi di dissuasione potenzialmente efficaci (punti 128-132 della comunicazione degli addebiti e punto 118 della decisione) e le major non sarebbero soggette a questi vincoli efficaci imposti dalla concorrenza.

50 La ricorrente sostiene che i motivi adottati dalla Commissione, basati sull'eterogeneità del contenuto degli album, sull'insufficiente trasparenza dei prezzi determinata dagli sconti promozionali e dalla mancanza di prove relative alla benché minima azione di ritorsione, non consentono di escludere l'esistenza di una posizione dominante collettiva, e che l'analisi della Commissione è viziata da una carenza di motivazione, da un errore manifesto di valutazione e da un errore di diritto.

a) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

51 La decisione violerebbe l'art. 253 CE in quanto non conterrebbe l'esposizione dei dati di fatto e di diritto sui quali l'istituzione si è basata, di guisa che la Corte possa esercitare il proprio sindacato e tanto gli Stati membri quanto gli interessati sappiano in che modo le istituzioni comunitarie hanno applicato il Trattato (sentenza della Corte 26 marzo 1987, causa 45/86, Commissione/Consiglio, Racc. pag. 1493).

Omogeneità del prodotto

52 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'omogeneità del prodotto, la ricorrente contesta alla Commissione di non avere indicato il motivo per cui l'elemento relativo all'eterogeneità del contenuto sarebbe prevalente rispetto a quello concernente l'esistenza di uno «spazio di sostituibilità», secondo cui la maggior parte dei consumatori acquista musica di un gran numero di artisti e generi diversi, o a quello relativo all'omogeneità del formato per quanto riguarda i prezzi e la trasparenza. La Commissione non spiegherebbe neanche perché il rilievo secondo cui i prezzi degli album sono molto standardizzati sarebbe inficiato dall'osservazione generale secondo cui i prezzi dipendono dal «successo dell'album». Al riguardo, il punto 110 della decisione conterrebbe osservazioni contraddittorie.

Trasparenza

53 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la trasparenza, la ricorrente sostiene che le affermazioni e gli argomenti della Commissione riguardanti gli sconti, che comportano il rigetto di tutti gli elementi di prova relativi alla trasparenza, non sono adeguatamente motivati.

54 Infatti, la Commissione sosterrrebbe che, nei grandi paesi, la trasparenza dei prezzi risultante dai PPV è compromessa dagli sconti promozionali, senza tuttavia spiegare la funzione e il significato di questi ultimi rispetto al sistema di prezzi.

55 Del pari, per quanto riguarda i piccoli paesi, non sarebbero esposti chiaramente i motivi per cui la Commissione ha attribuito così tanta importanza alle campagne di sconti e non agli sconti ordinari, mentre al punto 150 della comunicazione degli addebiti essa avrebbe affermato che «come nei territori più grandi, gli sconti più

importanti in tutti i paesi sono gli sconti ordinari». Peraltro non verrebbe fornita alcuna descrizione precisa di tali sconti ordinari. Per valutare la trasparenza nei piccoli paesi, la Commissione avrebbe fatto ricorso alternativamente, senza un criterio preciso, al confronto tra sconti ordinari e sconti promozionali, per cui non sarebbe agevole stabilire se l'analisi riguardi gli sconti promozionali o quelli ordinari.

- 56 La ricorrente sostiene inoltre che la decisione fa riferimento solo agli elementi di prova concernenti gli sconti relativi alla Sony e alla BMG e non tiene conto delle altre major (punto 71 e nota 43 della decisione). La motivazione sarebbe quindi incompleta.

Mezzi di dissuasione

- 57 Per quanto riguarda, in terzo luogo, i mezzi di dissuasione, la Commissione non spiegherebbe perché il fatto che essa non abbia potuto dimostrare che non sono mai state utilizzate misure di ritorsione, ammesso che ciò sia vero, consentirebbe di confutare tutte le prove dell'esistenza di mezzi di dissuasione efficaci.

Meccanismi di compensazione

- 58 Infine, in quarto luogo, la decisione, a differenza della comunicazione degli addebiti, non conterrebbe alcuna valutazione in ordine all'esistenza nel mercato di meccanismi di compensazione, né spiegazioni di tale assenza, il che equivarrebbe a una totale mancanza di motivazione.

b) Sull'errore manifesto di valutazione

- 59 La ricorrente ricorda la giurisprudenza secondo cui la Commissione commette un errore manifesto di valutazione quando, dovendo ponderare argomenti contraddittori, attribuisca eccessiva rilevanza a uno di essi [sentenza del Tribunale 10 ottobre 2001, causa T-111/00, *British American Tobacco International (Investments)/Commissione*, Racc. pag. II-2997, punto 58] o quando la motivazione fornita per giustificare una decisione di fatto non sostenga tale decisione. Del pari, quando una valutazione della Commissione non è sostenuta da determinati elementi o fatti, si dovrebbe ritenere che essa non sia stata compiuta in maniera idonea e non irragionevole (sentenza della Corte 22 ottobre 1991, causa C-16/90, *Nölle*, Racc. pag. I-5163). Orbene, la tesi relativa alla mancanza di una posizione dominante collettiva non sarebbe suffragata da fatti rilevanti, da un ragionamento o da prove, e la Commissione sarebbe venuta meno all'obbligo di valutare tutti i fattori pertinenti.
- 60 La ricorrente sostiene che la decisione è viziata da errori manifesti di valutazione nella determinazione dell'omogeneità del prodotto, della trasparenza e dell'esistenza di mezzi di dissuasione, nonché nella valutazione dei meccanismi di compensazione e nell'analisi della politica comune.

Omogeneità del prodotto

- 61 La Commissione avrebbe commesso un errore manifesto di valutazione nel ritenere che l'eterogeneità del contenuto fosse prevalente rispetto all'omogeneità del formato, pur accogliendo la tesi secondo cui il consumatore acquista dischi di artisti e generi diversi ed esiste quindi uno «spazio di sostituibilità». In ogni caso, il parametro relativo all'eterogeneità del prodotto sarebbe pertinente solo se i prezzi fossero stabiliti in base ai singoli titoli e non, come nella fattispecie, in base a taluni

prezzi di riferimento (punti 110 e 111 della decisione). Se si seguisse la logica della Commissione, non potrebbe sussistere in alcun caso una posizione dominante collettiva nei settori legati alla proprietà intellettuale, in quanto il contenuto non sarebbe mai totalmente omogeneo.

Trasparenza

— Argomento generale

- ⁶² La ricorrente sostiene che dalle prove fornite emerge che i prezzi applicati dalle major sono sicuramente abbastanza trasparenti da consentire loro di allineare i prezzi. La Commissione non avrebbe presentato alcuna prova atta ad inficiare questa conclusione, ma si sarebbe limitata a dedurre dalla pretesa variazione degli sconti che la trasparenza poteva essere compromessa o ridotta al punto da non consentire più l'allineamento dei prezzi.
- ⁶³ L'errore di valutazione discenderebbe dalle conclusioni della stessa Commissione secondo cui:
- esisterebbero un parallelismo e un'evoluzione relativamente simile dei prezzi applicati dalle major per quanto riguarda i prezzi netti medi (punti 75, 82, 89, 96 e 103 della decisione);
 - i PPV potrebbero essere utilizzati come punto focale ai fini dell'allineamento (punti 76, 83, 90, 97 e 104 della decisione);

— i PPV e i prezzi netti medi si sarebbero evoluti in modo parallelo (punti 77, 84, 91, 98 e 105 della decisione).

⁶⁴ La ricorrente rileva che i PPV sono trasparenti, i prezzi di vendita al dettaglio sono noti, i prezzi netti medi si evolvono parallelamente ai PPV e si conoscono con sufficiente precisione i margini dei distributori. Ne conseguirebbe che i prezzi netti ai rivenditori (vale a dire i PPV meno gli sconti) sono trasparenti nonostante gli sconti. Ciò emergerebbe peraltro dalla comunicazione degli addebiti (punti 81-92) e dal punto 77 della decisione, secondo cui, «[s]e le grandi case discografiche si fossero discostate in misura significativa dalle politiche concordate in materia di prezzi concedendo sconti, tale deviazione si sarebbe manifestata nei loro prezzi medi netti».

⁶⁵ La ricorrente fa valere che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nell'attribuire eccessiva importanza agli sconti e, in particolare, agli sconti promozionali, dato che:

— si sarebbe basata sulle informazioni relative agli sconti fornite dalla Sony e dalla BMG anziché sui dati relativi al parallelismo tra PPV e prezzi netti di tutte le major (nota 43 della decisione);

— secondo le informazioni fornite dai rivenditori, gli sconti sarebbero trasparenti; 20 dei 26 rivenditori interrogati dalla Commissione avrebbero affermato che le major conoscevano gli sconti applicati dalle altre. Ciò varrebbe in particolare per gli sconti ordinari, i più importanti, dato che vengono negoziati tutti gli anni;

- la Sony e la BMG avrebbero elaborato relazioni settimanali di monitoraggio del mercato della distribuzione contenenti anche informazioni sui loro concorrenti (punto 113 della decisione);

- per le compilation, le major avrebbero stipulato accordi di distribuzione congiunta e di partenariato nell'ambito dei quali sarebbero stati rivelati gli sconti ordinari;

- sussisterebbe un tasso di trasferimento rilevante dei direttori tra le case discografiche;

- le classifiche settimanali fornirebbero informazioni sulle vendite di ciascun titolo che consentirebbero di individuare agevolmente i titoli che diventano «hit» e generano la maggior parte delle vendite (punto 73 della decisione);

- secondo la relazione dell'Office of Fair Trading (autorità per la concorrenza britannica), le informazioni sui concorrenti sarebbero reperibili più facilmente nel mercato della musica registrata che in qualsiasi altro settore (allegato A.16 del ricorso).

⁶⁶ La ricorrente osserva che, in base a tali elementi, la Commissione ha peraltro concluso, al punto 81 della comunicazione degli addebiti, che «gli sconti [erano] in gran parte stabili e non [venivano] utilizzati per modificare efficacemente la politica dei prezzi». Orbene, i fatti non sarebbero cambiati nel frattempo.

- 67 In ogni caso, di regola gli sconti promozionali non sarebbero utilizzati per i dischi in classifica, che generano circa l'80% delle entrate, ma solo per incoraggiare i consumatori a scegliere titoli del catalogo («back catalogue») (allegato A.17 del ricorso) e avrebbero un impatto modesto sul campione esaminato dalla Commissione (punti 70 e 71 della decisione). Inoltre, poiché i dati esaminati dalla Commissione per i menzionati sconti promozionali riguarderebbero solo la Sony e la BMG, essi avrebbero una rilevanza ancora minore.
- 68 La parte della struttura dei prezzi delle major potenzialmente interessata dalla mancanza di trasparenza sarebbe quindi modesta, come emergerebbe dalla relazione allegata al ricorso, che descrive il sistema dei prezzi e degli sconti in Europa (allegato A.17).
- 69 La ricorrente sostiene che la Commissione disponeva di documenti sufficienti per verificare le sue analisi, ma non l'ha fatto, in particolare per quanto riguarda gli elementi di prova relativi ai rivenditori. Non valutando correttamente i fatti e attribuendo eccessiva importanza agli sconti, e segnatamente a quelli promozionali, la Commissione avrebbe commesso un errore manifesto di valutazione.

— Osservazioni generali sui nuovi elementi di prova

- 70 In base alle nuove informazioni prodotte dalla Commissione in allegato al controricorso, la ricorrente deduce che la Commissione sembra aver basato la propria valutazione secondo cui il mercato non è trasparente sulla complessità delle variazioni degli sconti tra singoli titoli e clienti, nonché sulla loro evoluzione nel tempo. Orbene, l'esistenza di tali variazioni specifiche, in alcuni casi considerevoli, non escluderebbe la possibilità che la fissazione dei prezzi avvenga mediante un numero limitato di strutture e di regole comuni tali rendere prevedibili i prezzi medi e da far sì che qualsiasi deviazione significativa e sistematica dalle stesse risulti evidente.

- 71 Forse tali regole non consentirebbero di prevedere il prezzo di ogni singola uscita fatturata ad ogni singolo rivenditore in un qualsiasi momento, ma permetterebbero comunque di conoscere con un sufficiente grado di certezza i prezzi netti che risulterebbero da un gruppo di PPV e di stabilire se i concorrenti si siano conformati o meno alle regole in questione. Esse garantirebbero quindi la trasparenza necessaria perché esista una posizione dominante collettiva. Il coordinamento del comportamento che emerge dal movimento parallelo dei PPV e dei prezzi netti medi potrebbe quindi fondarsi semplicemente su strutture o regole comunemente note e ben comprese che possano essere controllate, piuttosto che su una conoscenza perfetta e completa di ogni singola decisione in materia di prezzi.
- 72 La Commissione non avrebbe verificato se il parallelismo dei prezzi medi (lordi e netti) osservato potesse dipendere dal coordinamento di comportamenti derivanti dalle suddette regole, ma avrebbe invece concluso che ciò non si verificava in quanto esistevano variazioni specifiche, senza esaminare se tali variazioni fossero statisticamente significative e avessero un impatto concreto sui valori medi.
- 73 Le regole in questione non si applicherebbero in tutti i casi, ma ad una quota sostanziale delle vendite in ciascuna categoria di dischi di ogni grande casa discografica (nuove uscite, nuovi artisti, catalogo «full price», «mid price», «budget», ecc.) per ognuna delle quali esisterebbe un numero limitato di strategie generali di vendita che regolerebbe la grande maggioranza delle vendite (sostituzione di un disco in classifica, partecipazione a campagne promozionali, acquisto di spazi espositivi, ecc.). Tali strategie di vendita potrebbero effettivamente variare da una zona all'altra e in funzione dei clienti (supermercati, catene specializzate, negozi indipendenti, ecc.), ma sarebbero comunque limitate di numero e note ai responsabili delle vendite. Tali regole o strutture sarebbero sufficienti a consentire il coordinamento dei prezzi senza bisogno di conoscere specificamente i prezzi netti e lordi delle singole uscite e offrirebbero inoltre, in un ambiente in cui la domanda per i singoli titoli è variabile e il successo degli album non può essere previsto con certezza, la flessibilità necessaria per adeguarsi nel caso specifico senza compromettere la struttura dei prezzi nel suo complesso.

- 74 Le specifiche variazioni non dovrebbero indurre a trascurare il fatto che i prezzi netti nel complesso sarebbero fortemente allineati sui prezzi lordi e ciò avverrebbe probabilmente perché le imprese seguono alcune regole generali che rendono tutti i prezzi altamente prevedibili e le divergenze sistematiche evidenti. Vi sarebbe quindi trasparenza.
- 75 L'esame dei nuovi elementi di prova che figurano in allegato al controricorso dimostrerebbe che la Commissione si è concentrata sulle specifiche variazioni senza esaminare se fossero statisticamente significative. La Commissione non avrebbe effettuato un'analisi statistica corretta dei dati soggiacenti e non avrebbe valutato l'importanza delle gamme di prezzi o di sconti né la rilevanza delle variazioni nell'ambito delle fasce abituali di prezzo, né interrogato i rivenditori per verificare se le singole variazioni rientrassero o meno nelle regole generali del sistema dei prezzi. La Commissione avrebbe erroneamente concluso che la semplice esistenza di variazioni escludeva la possibilità che queste ultime costituissero casi isolati, mentre la massa delle vendite sarebbe stata soggetta a prezzi stabiliti in base a regole note e prevedibili.
- 76 Inoltre, la Commissione avrebbe esaminato gli elementi di prova seguendo un metodo errato e senza effettuare le necessarie verifiche.
- 77 La ricorrente formula le seguenti osservazioni generali sui nuovi elementi di prova prodotti dalla Commissione:
- gran parte dei dati non sarebbe stata rettificata in funzione delle vendite al fine di valutare l'importanza delle gamme di prezzi e di sconti. Nei casi in cui i dati sono aggregati correttamente – vale a dire tenendo conto di tutti gli operatori e ponderando i dati in funzione delle vendite – le variazioni sarebbero molto meno significative;

- nella maggior parte dei casi, i dati non verrebbero analizzati dal punto di vista statistico e quindi non si potrebbe valutare se le variazioni siano significative per le varie categorie di prodotti;

- ad eccezione di alcuni dati utilizzati nella comunicazione degli addebiti, i dati confronterebbero solo i prezzi delle parti della concentrazione. L'argomento della Commissione, secondo cui la rilevazione di pratiche di sconti opache tra due major è sufficiente a compromettere la trasparenza, sarebbe errato, dato che la Sony e la BMG avevano ottenuto risultati molto diversi nel mercato e per il fatto che, dati risultati diversi per una serie di uscite, la fascia dei prezzi e degli sconti varierebbe anche in un sistema di prezzi uniforme. Inoltre, le parti della concentrazione erano storicamente le due major più diverse, per cui la concentrazione non ridurrebbe solo il numero di operatori, ma renderebbe questi ultimi anche molto più simili;

- la Commissione non avrebbe svolto indagini per verificare se esistessero presso le major dati atti a contraddire direttamente l'argomento relativo alla varietà e alla complessità dei prezzi, ossia bilanci o altri dati per prevedere con precisione i prezzi netti e lordi e gli sconti, la cui formazione apparisse parallela tra i concorrenti e stabile nel tempo;

- le testimonianze rese dai dirigenti delle parti della concentrazione non riguarderebbero le questioni fondamentali — quali l'esistenza di regole generali sui prezzi e il controllo sugli stessi — e non sarebbero state verificate.

78 La tesi della Commissione, secondo cui i prezzi netti medi sono espressione di una pluralità di singole decisioni piuttosto diverse tra loro — e ciò deve poter essere osservato con sufficiente certezza per consentire un reale coordinamento dei prezzi netti —, sarebbe errata, dato che sarebbe sufficiente ad ogni impresa poter verificare

che le decisioni in materia di prezzi di tutte le imprese, sulle rispettive uscite, siano conformi a determinate regole, in modo da venire a conoscenza di qualsiasi oscillazione di prezzo e mantenere in vita la collusione tacita.

79 Le variazioni osservate dalla Commissione in base ai dati forniti dalle parti della concentrazione, oltre ad essere meno concrete di quanto la Commissione sembri ritenere, non potrebbero essere considerate prove dell'opacità dei prezzi, dato che, come in qualsiasi settore della proprietà intellettuale, in cui il risultato di un singolo titolo è variabile e soggetto a molteplici attività di commercializzazione, ma in cui serie aggregate di titoli obbediscono a regole generalmente note, sarebbe perfettamente possibile spiegare qualsiasi variazione della portata degli sconti e dei prezzi in base a principi generalmente noti.

80 La ricorrente afferma peraltro di stupirsi del fatto che la Commissione abbia dedotto solo pochissimi elementi di prova utilizzati nella comunicazione degli addebiti, alcuni dei quali erano ponderati e riguardavano l'intero settore, e si sia invece concentrata sulle informazioni fornite dalla Sony e dalla BMG, che non presentavano tali caratteristiche. Pertanto, prima di scartare il primo gruppo di dati occorrerebbe conciliare le differenze, e sembrerebbe che la Commissione non abbia effettuato una valutazione equilibrata.

— Esame dei singoli elementi di prova

81 Dalle testimonianze dei dirigenti della Sony e della BMG, che figurano nell'allegato B.2, emergerebbe solo l'esistenza di sconti diversi a clienti diversi, ma tali testimonianze non riguarderebbero la questione se tali sconti siano o meno determinati in larga misura da una serie di regole generali. Mentre le dichiarazioni sottolineerebbero la grande complessità del meccanismo di fissazione dei prezzi, l'allegato B.14, inteso a dimostrare la complessità degli sconti promozionali, in realtà la negherebbe, in quanto ne descrive il funzionamento in una sola pagina. Si sarebbe dovuto accertare se esistessero margini standard per ogni diversa categoria di prezzo

e se la maggior parte degli sconti tendesse a concentrarsi in fasce ristrette. Le domande sembrerebbero essere state concepite in modo da evitare di rivelare che i margini di ricarico potevano essere noti in quanto regole generali e che pertanto non era necessario venirne a conoscenza con regolarità, uscita per uscita, e che la retroanalisi dei singoli prezzi non era affatto necessaria per consentire a una grande casa discografica di controllare il prezzo applicato dai concorrenti. Tali domande non sarebbero state poste neanche ai rivenditori, il che avrebbe invece consentito di confrontare le risposte.

82 Per quanto riguarda l'allegato B.3, che indica la quota di vendite all'ingrosso delle parti della concentrazione ai loro dieci PPV più elevati tra il 1998 e il 2003, il quale, secondo la Commissione, dimostrerebbe l'imprevedibilità del successo e quindi l'esigenza, per ogni major, di monitorare i PPV di oltre 80 album della concorrenza, la ricorrente rileva alcune incoerenze tra i dati (quali le variazioni sui periodi) e fa valere che essi dimostrano solo che le parti della concentrazione vendono i loro prodotti a PPV diversi. Ciò sarebbe irrilevante, in quanto la decisione rileverebbe che i PPV sono piuttosto trasparenti. Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, dal punto 111 della decisione emergerebbe che «le [m]ajor tuttavia devono controllare solo i prezzi di riferimento di un numero limitato di album fra i più venduti per seguire la maggior parte delle vendite». Tali informazioni non contraddirebbero neanche le considerazioni svolte dalla Commissione in udienza, secondo cui la grande maggioranza delle vendite di ciascuna delle major riguardava un numero molto ridotto di PPV. Non sarebbe necessario controllare i prezzi di oltre 80 album, dato che, laddove esistono principi e regole generalmente compresi, per controllare il rispetto globale del coordinamento sarebbe sufficiente stabilire, solo per alcuni titoli, se tali regole siano state rispettate e se le anomalie siano sistematiche. Sarebbe quindi infondata la conclusione che la Commissione ha tratto dalla variazione nella percentuale di vendite lorde delle parti della concentrazione.

83 Inoltre, tali tabelle sembrerebbero porre l'accento su un fattore, cioè l'imprevedibilità del successo, che contrasterebbe con le osservazioni fondamentali della decisione, secondo cui, in primo luogo, i PPV sono trasparenti e costituiscono un elemento essenziale ai fini dell'allineamento (punti 76, 83, 90, 97 e 104 della decisione), in secondo luogo, era possibile controllare i listini prezzi delle altre major (punti 76, 83, 90, 97 e 104 della decisione) e, in terzo luogo, alle major è sufficiente

controllare i prezzi di riferimento di un numero limitato di album fra i più venduti per seguire la maggior parte delle vendite (punto 111 della decisione). Infine, anche supponendo che occorra monitorare i PPV di oltre 80 album (o 60 dopo la concentrazione), ciò non sembrerebbe così oneroso come afferma la Commissione.

84 Per quanto riguarda gli allegati B.4 e B.5, relativi agli sconti medi su fattura concessi dalla Sony e dalla BMG ai loro dieci migliori clienti in quattro dei cinque grandi Stati membri, la ricorrente afferma che occorre accertare anzitutto se le differenze tra gli sconti medi su fattura siano indizio di una disparità di trattamento tra i vari clienti anziché di una differenza tra il risultato relativo del portafoglio delle parti della concentrazione, partendo dal presupposto che la forza delle uscite di una grande casa discografica e l'insieme delle sue attività (uscite in classifica, attività nei supermercati, cataloghi, attività specializzate e promozionali) inciderebbero sullo sconto medio concesso ai clienti. Inoltre, il fatto che le parti della concentrazione trattino in modo diverso i clienti non significherebbe che le loro decisioni sui prezzi siano opache, dato che tali disparità potrebbero essere sistematiche, prevedibili e stabili nel tempo.

85 L'allegato B.5, che dovrebbe contenere esempi in cui non esiste alcuna correlazione o movimento parallelo, sarebbe irrilevante, in quanto si potrebbe spiegare con la differenza tra i risultati dei portafogli delle parti della concentrazione e mostrerebbe inoltre analogie significative (sconti inferiori concessi allo stesso cliente o variabili nello stesso momento o differenze stabili nel tempo). Solo l'esempio del cliente n. 1 in Germania confermerebbe la tesi secondo cui una major può ridurre i propri prezzi reali senza essere imitata dai concorrenti, ma un'unica specifica variazione nel corso di uno specifico anno in un determinato territorio nei confronti di uno specifico cliente non sarebbe persuasiva. Inoltre, poiché le tabelle esaminano solo i dati relativi alla Sony e alla BMG e i dati non sono ponderati, le variazioni risulterebbero ingigantite. Ciò varrebbe in particolare per l'analisi prospettica che la Commissione avrebbe dovuto effettuare, dato che la concentrazione, associando imprese con risultati molto diversi, potrebbe accrescere la simmetria e l'omogeneità e quindi la probabilità di una collusione tacita.

- 86 Per quanto riguarda gli allegati B.6 e B.7, che presentano presunte prove di variazioni negli sconti su fattura concessi dalle parti della concentrazione in un periodo di cinque anni ai loro dieci migliori clienti sui rispettivi 20 migliori compact disc (in prosieguo: i «CD»), la ricorrente osserva che le tabelle offrono solo fasce di dati e che tali fasce di dati possono indurre in errore, in quanto indicano gli estremi anziché le medie e le variazioni statisticamente significative intorno a tali medie. Le ampie fasce di sconti potrebbero essere spiegate con alcune rare eccezioni, mentre la maggior parte degli sconti si collocherebbero allo stesso livello. Inoltre, al di là delle loro carenze metodologiche, tali tabelle mostrerebbero regolarità interessanti. Ad esempio, nell'allegato B.6, nel paese A, le due parti della concentrazione offrirebbero in generale sconti più rilevanti ai grossisti che ai supermercati e ai rivenditori al dettaglio, e dall'allegato B.7 del controricorso emergerebbe un rapporto sorprendentemente ben allineato tra le gamme di sconti.
- 87 Per quanto riguarda gli allegati B.8 e B.9, che dimostrerebbero, secondo la Commissione, che le parti della concentrazione non hanno seguito una prassi uniforme in materia di sconti, che le loro pratiche si sono evolute nel tempo e che nel 2003 la ripartizione dei rispettivi sconti delle parti della concentrazione non era molto simile, la ricorrente sottolinea nuovamente che le differenze rilevate tra le gamme di sconti nel tempo e tra le parti della concentrazione potevano essere determinate da differenze tra i risultati e che ciò non significa affatto che gli sconti non vengano stabiliti in base a una serie nota di regole. Inoltre, i dati contenuti nell'allegato B.8 fornirebbero semmai indizi di senso opposto a quello indicato dalla Commissione (struttura di sconti piuttosto stabili e analoghi, o ravvicinati, fattore di correlazione elevato).
- 88 La ricorrente ritiene che le strutture degli sconti non varino nel tempo nella misura indicata dall'analisi della Commissione. Le cifre contenute nell'allegato D.3 mostrerebbero il coefficiente di correlazione della struttura dei prezzi di ognuna delle parti della concentrazione in un determinato anno e la struttura degli sconti dell'anno precedente. Anche se l'insieme delle attività incide sugli sconti, gli elevati coefficienti globali di correlazione indicherebbero che le strutture degli sconti rimangono relativamente stabili nel tempo e producono quindi prezzi netti piuttosto prevedibili su una base di PPV trasparenti.

- 89 Inoltre, la presentazione dei dati in colonne molto strette, unitamente a delimitazioni particolari, potrebbe accentuare le differenze (ad esempio, se lo sconto passa da poco meno del 15 % a poco più del 15 %, si ha un cambiamento di colonna anche in assenza di una modifica rilevante). Infine, la ricorrente sottolinea che, se il risultato dipendesse dal successo delle 20 migliori vendite delle parti della concentrazione, si osserverebbe una modifica dei prezzi in un mercato fortemente concorrenziale. Poiché ciò non si verifica, essa ne deduce che il meccanismo degli sconti non costituisce realmente un elemento concorrenziale forte o una causa di opacità.
- 90 Per quanto riguarda l'allegato B.10, che mostra la ripartizione dei prezzi netti tra i cinque migliori clienti della Sony e della BMG nel 2003, la ricorrente ritiene che la conclusione trattata dalla Commissione, secondo cui clienti diversi effettuano quote di acquisti molto diverse presso una major nell'ambito delle varie categorie di prezzi netti, abbia una rilevanza discutibile, dato che la trasparenza e la prevedibilità dei prezzi non presuppongono che le tendenze di acquisto dei clienti delle due case discografiche siano identiche o simili. Poiché i fattori decisivi per il livello di sconto necessari a conseguire gli obiettivi di vendita sono costituiti dall'insieme dei prodotti e dal successo delle nuove uscite di punta presso i clienti, sarebbe difficile capire come la Commissione sia giunta alla conclusione che tra le due major esisteva una differenza nella ripartizione dei prezzi netti in generale.
- 91 D'altro canto, benché i dati in questione riguardino solo la Sony e la BMG, essi tuttavia sarebbero più attendibili, in quanto ponderati. Orbene, da un esame più approfondito delle ripartizioni paese per paese emergerebbero notevoli analogie presentate in forma di diagramma nell'allegato D.4.
- 92 Inoltre, la conclusione della Commissione, secondo cui l'allegato B.10 mostra le differenze tra le due parti della concentrazione, non sarebbe compatibile con la valutazione, effettuata ai punti 74 e 75 della decisione, secondo cui i prezzi netti medi della Sony e della BMG erano relativamente simili, il che, secondo il calcolo delle probabilità, sembrerebbe indicare che vengono applicate regole di fissazione dei prezzi atte a garantire che la maggior parte dei prezzi si concentri intorno ad

alcuni prezzi di riferimento. Tali elementi di prova, anziché confermare la tesi secondo cui una fissazione complessa dei prezzi rende questi ultimi opachi, sembrerebbero suffragare la tesi opposta, secondo cui i prezzi sono piuttosto prevedibili e simili nonostante l'apparente complessità delle singole decisioni sulla fissazione dei prezzi.

93 La ricorrente ritiene che l'allegato B.11, che mostra i prezzi netti medi trimestrali della Sony per album ai PPV più utilizzati, non fornisca alcuna indicazione sull'opacità, in quanto l'attendibilità della tabella risulta compromessa dal problema legato alle fasce di dati, giacché essa indica solo gli estremi senza analizzare le medie ponderate e le variazioni rispetto alle medie. Inoltre, l'allegato sarebbe irrilevante, in quanto riguarderebbe solo la Sony e non sarebbe comparativo.

94 Anche l'allegato successivo (B.12) sarebbe irrilevante, in quanto non sarebbe comparativo e mirerebbe solo a dimostrare che la BMG offre ai rivenditori diversi livelli di sconto.

95 La ricorrente contesta anche alla Commissione di non avere specificato se le apparenti variazioni nel livello degli sconti promozionali potessero essere spiegate con pochi semplici principi. Ciò sarebbe sorprendente, in quanto dai principi esposti dalla Commissione in uno degli allegati del controricorso nell'allegato B.14 emergerebbero l'esistenza e la semplicità di tali regole relative agli sconti promozionali, vale a dire:

- gli sconti promozionali variano in funzione dell'entità dell'ordine (ad eccezione del caso specifico della Francia);

- gli sconti promozionali variano in funzione del tipo di consumatore (in Germania, ad esempio, ai grossisti e ai club musicali sono generalmente riconosciuti sconti maggiori);

- gli sconti promozionali variano in funzione del tipo di titolo o di uscita (ad esempio in funzione della popolarità dell'artista, degli ascoltatori interessati);

- gli sconti promozionali si concentrano sui clienti che hanno la reputazione di vendere un genere particolare, in base alla natura del rivenditore al dettaglio e alle caratteristiche demografiche della sua clientela;

- gli sconti promozionali variano a seconda del tipo di campagna (ad esempio un titolo o un paniere di titoli, di regola un catalogo);

- gli sconti promozionali variano a seconda del livello delle spese di commercializzazione che il rivenditore è disposto a sostenere in cambio.

⁹⁶ La ricorrente ritiene che, se tali regole sono generalmente note, non dovrebbe essere difficile prevedere con ragionevole precisione il livello degli sconti che ci si può attendere da una major nei confronti di un determinato cliente, per un determinato titolo, nell'ambito di una determinata campagna, e quindi stabilire se gli sconti effettivi siano conformi a tali regole. La Commissione non sembrerebbe aver svolto indagini su questo punto.

- 97 Inoltre, l'allegato B.13, che fornisce dati relativi a un solo anno, non sarebbe decisivo, in quanto non consentirebbe di valutare se i livelli di sconto siano stabili e quindi prevedibili.
- 98 Per quanto riguarda l'allegato B.15, che raggruppa alcune relazioni di monitoraggio sottoposte al Tribunale dalle parti della concentrazione, la ricorrente osserva che tali elementi di prova non sembrano indicare che non esista un meccanismo di fissazione dei prezzi consistente in una serie di regole generali e di orientamento sulle modalità di fissazione dei prezzi. Pertanto, la Commissione non avrebbe dovuto concentrarsi sulla questione se gli sconti individuali fossero oggetto di uno specifico monitoraggio, bensì se tale monitoraggio fosse necessario, dato che le variazioni nel sistema di fissazione dei prezzi costituiscono eccezioni rispetto ai prezzi di riferimento applicati alla maggior parte delle vendite.
- 99 Per quanto riguarda l'allegato B.17, che contiene lo studio della società di consulenza economica RBB Economics (in prosieguo: lo «studio RBB»), secondo cui una casa discografica non sarebbe in grado di desumere i prezzi all'ingrosso dalla rilevazione dei prezzi di vendita a cui vengono offerti i prodotti delle concorrenti, la ricorrente fa valere che tale studio è incentrato essenzialmente sui prezzi delle singole uscite e non sulla questione se esista un nesso sistematico tra i PPV e i prezzi netti all'ingrosso della maggior parte delle uscite in un periodo ragionevole. È vero che rivenditori al dettaglio diversi potrebbero perseguire strategie diverse per quanto riguarda la fissazione dei rispettivi prezzi di vendita, ma sarebbe sorprendente che non esistesse un rapporto chiaro e sistematico tra i prezzi netti medi degli album di una determinata categoria, venduti presso un determinato rivenditore al dettaglio, e i relativi prezzi all'ingrosso effettivi per una gamma sufficientemente ampia di titoli e per un periodo ragionevole. La circostanza che non esista un margine di ricarico unico e uniforme applicato automaticamente ai prezzi all'ingrosso non significherebbe che i prezzi di vendita al dettaglio e i prezzi all'ingrosso siano così diversi da rendere impossibile il controllo del rispetto dei principi generali di fissazione dei prezzi. Vi sarebbe un livello generale di margine per categorie diverse di prodotti (top price, super top price, mid price, developing artists, budget, ecc.).

100 La ricorrente osserva che lo studio evita qualsiasi esame delle regole del sistema di fissazione dei prezzi e afferma di dubitare che la Commissione abbia sottoposto lo studio all'esame dei rivenditori al dettaglio o di terzi o che abbia chiesto i dati aggregati su prezzi e sconti che ogni grande casa discografica deve riportare nei propri bilanci. Mancherebbe anche qualsiasi confronto con gli altri dati già raccolti. Da tale esame sarebbe emerso che, contrariamente a quanto si afferma nello studio:

- esisterebbe un nesso sistematico tra le categorie di prodotti se tali prodotti sono definiti correttamente in modo da rispecchiare il loro risultato, la loro maturità e la loro importanza per la base di clientela;

- l'affermazione secondo cui i rivenditori al dettaglio non applicano margini di ricarico standard ai prezzi all'ingrosso sarebbe ingannevole, in quanto ignorerebbe volutamente l'esistenza di categorie di prodotti e di campagne di vendita, note e coerenti tra le major. Lo studio ignorerebbe l'esigenza di spiegare la concentrazione dei livelli di sconto aggregati intorno a un numero limitato di livelli di prezzo e di sconto. Le variazioni tra i margini rispecchierebbero solo l'adeguamento delle regole in funzione della domanda;

- più in generale, la Commissione avrebbe omissso di prendere in considerazione il fatto che stava esaminando un settore della proprietà intellettuale nel mercato della musica registrata. Il fatto che le singole uscite si spostino tra le varie categorie note e accettate di prezzi e di sconti durante il loro ciclo di vita non implicherebbe necessariamente che non possa esistere trasparenza o coordinamento.

Mezzi di dissuasione

- 101 La ricorrente sostiene che la Commissione non ha esaminato in modo approfondito tutte le possibili forme di misure di ritorsione, ma solo quelle legate agli accordi di partenariato per le compilation. Pertanto, se una grande casa discografica dovesse introdurre una politica di riduzione dei prezzi nei confronti dei rivenditori al dettaglio, le altre potrebbero punire tale grande casa discografica incitando i rivenditori a respingere la politica dei prezzi più bassi offrendo sconti più consistenti e un incremento della pubblicità cooperativa. Un altro mezzo di dissuasione consisterebbe nel limitare l'ammissibilità alle classifiche dei prodotti di prezzo inferiore della casa discografica «deviante» o dei prodotti che costituiscono un'innovazione unilaterale. I criteri di ammissibilità alle classifiche nazionali sarebbero stabiliti, di regola, da comitati composti da tutte le case discografiche, a volte unitamente ai rivenditori, e riguarderebbero in particolare i formati o i prezzi minimi.
- 102 La ricorrente afferma che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione in quanto, pur avendo riscontrato l'esistenza di meccanismi di dissuasione credibili, ha concluso che tali meccanismi non sussistevano perché non aveva rilevato prove del loro utilizzo. Orbene, il mezzo di dissuasione più efficace sarebbe proprio quello che non è necessario utilizzare.

Meccanismi di compensazione

- 103 La ricorrente sostiene che l'analisi della Commissione è incompleta, in quanto la decisione non contiene l'esame dei meccanismi di compensazione nel mercato. Essa sottolinea inoltre che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione ha rilevato che né gli indipendenti né i rivenditori al dettaglio imponevano vincoli concorrenziali effettivi alle major.

Assenza di una vera analisi della politica comune

- 104 La Commissione avrebbe concentrato la sua analisi sulla concorrenza attraverso i prezzi e avrebbe completamente trascurato una serie di altre questioni, mentre, secondo la comunicazione sulle concentrazioni orizzontali (GU 2004, C 31, pag. 5), il coordinamento può assumere forme diverse.
- 105 Infatti, la Commissione avrebbe dovuto esaminare se fosse o meno più vantaggioso per le major competere attivamente per ottenere quote di mercato anziché aderire a una politica comune. Il fatto che le quote di mercato delle major siano relativamente stabili e che le modifiche siano principalmente la conseguenza dell'acquisizione di indipendenti, o di fusioni tra di loro, indicherebbe una reale mancanza di concorrenza sui prezzi o una politica comune consistente soprattutto nel non intraprendere azioni concorrenziali quando il mercato è oligopolistico (sentenza della Corte 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione, Racc. pag. 4487, punto 43).
- 106 La Commissione non avrebbe esaminato neanche se le major adottassero politiche parallele in materia di licenze per la musica online o per quanto riguarda l'ingaggio degli artisti. Essa non avrebbe esaminato tutte le caratteristiche, esposte ai punti 96-116 della comunicazione degli addebiti, che provano che il mercato della musica registrata è «particolarmente propizio al coordinamento e ne facilita il controllo» (comunicazione degli addebiti, punto 94). Tuttavia, la Commissione avrebbe individuato dieci elementi da cui emergerebbe l'esistenza di un'intesa tacita che comprende i legami strutturali, gli accordi di licenza e di distribuzione nonché gli accordi di partenariato e le compilation (v. l'elenco di cui all'allegato A.15 del ricorso).
- 107 La Commissione, inoltre, avrebbe omesso di esaminare se dalla concentrazione possa derivare la possibilità di ridurre l'offerta in termini di numero di nuovi titoli o di originalità delle nuove uscite, o se la concentrazione impoverisca la creatività, la

qualità e la varietà delle scelte musicali [v. decisione della Commissione 7 gennaio 2004, 2004/422/CE, che dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo sul SEE (COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (GU L 125, pag. 54, punto 674) ovvero abbia un impatto sulla scelta dei consumatori, come aveva fatto nella comunicazione degli addebiti relativa al procedimento Time Warner/EMI (COMP/M.1852 — Time Warner/EMI) (GU C 136, pag. 4) (v. punto 55, relativo alla marginalizzazione degli indipendenti e all'impatto sulla scelta e sulla varietà della musica offerta al pubblico). Infine, l'analisi non avrebbe tenuto conto dell'art. 151, n. 4, CE né della diversità culturale.

c) Errata applicazione della normativa sulle posizioni dominanti collettive

108 La ricorrente sostiene che la Commissione ha commesso tre errori di diritto.

109 In primo luogo, la Commissione avrebbe concluso che i prezzi non erano trasparenti in quanto non era accertato che la trasparenza fosse assoluta, mentre, secondo il punto 62 della sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, occorre verificare se sussista una «trasparenza del mercato sufficiente» per consentire a tutti i membri dell'oligopolio di sapere «in modo sufficientemente preciso ed immediato» come si evolve il comportamento sul mercato degli altri membri. Orbene, nella fattispecie sussisterebbe una trasparenza sufficiente.

110 In secondo luogo, la Commissione avrebbe considerato che non esiste alcuna politica comune basata sugli sconti, senza tuttavia dimostrare che questi ultimi hanno determinato significative riduzioni di prezzo, per cui, secondo la ricorrente, la concorrenza sugli sconti sarebbe marginale. Orbene, secondo la sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 60, una concorrenza marginale, di per sé, non inficerebbe la constatazione di una posizione dominante collettiva. Occorrerebbe che l'operatore fosse cosciente del fatto che «un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per

esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri». In particolare, la Commissione dovrebbe solo provare «l'assenza di una concorrenza effettiva tra gli operatori (...) membri dell'oligopolio dominante» e non l'eliminazione di qualsiasi concorrenza (v., al riguardo, sentenza 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line e a./Commissione, Racc. pag. II-3275, punto 645).

- 111 In terzo luogo, la Commissione avrebbe commesso un errore di diritto nel basare la sua analisi sulla mancanza di precedenti prove di misure di ritorsione, mentre secondo la sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 195, la Commissione non dovrebbe necessariamente accertare l'esistenza di un determinato «meccanismo di ritorsione», più o meno drastico, bensì dimostrare l'esistenza di fattori deterrenti.

2. Sulla seconda parte

- 112 La ricorrente ricorda che, per stabilire se una concentrazione rafforzi una posizione dominante, la Commissione deve esaminarne l'impatto sui mercati di riferimento con un'analisi prospettica (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punti 58 e 59). Orbene, la Commissione non avrebbe effettuato un'analisi prospettica e non avrebbe affatto esaminato la questione del rafforzamento della posizione dominante, dato che, in base a un'analisi retrospettiva, avrebbe erroneamente rilevato che non vi era una posizione dominante preesistente che potesse essere rafforzata.
- 113 Poiché il rafforzamento della posizione dominante sarebbe stato esaminato in base all'analisi retrospettiva, la decisione sarebbe viziata da una carenza di motivazione o da un errore manifesto di valutazione per le ragioni esposte nella prima parte, mentre l'assenza di analisi prospettica costituirebbe un errore di diritto.

B — *Argomenti della Commissione*

- 114 La Commissione ritiene che i tre motivi d'annullamento dedotti dalla ricorrente per quanto riguarda il mercato della musica registrata coincidano in larga misura e che sia quindi utile esporre anzitutto i motivi della decisione e gli elementi di prova sui quali si fondano le sue conclusioni, prima di esaminare, in un secondo tempo, alcune esposizioni errate del contenuto della decisione figuranti nel ricorso e, infine, analizzare gli specifici argomenti dedotti dalla ricorrente.

1. Decisione della Commissione ed elementi di prova sui quali essa si fonda

a) Contesto

- 115 Per quanto riguarda il sistema di fissazione dei prezzi applicabile alla musica registrata, la Commissione spiega che ogni major e ogni casa indipendente fissa periodicamente una gamma di prezzi di catalogo diversi per i suoi album CD, denominati «prezzi pubblici di vendita». Ogni grande casa disporrebbe normalmente di oltre 50 PPV di questo tipo, di entità variabile, che possono essere attribuiti alle categorie di prezzo «alto», «medio» e «piccolo budget» e fisserebbe il prezzo di ogni album CD da essa prodotto facendo riferimento a uno di tali PPV. Tuttavia, il prezzo netto effettivamente chiesto a un cliente (rivenditore al dettaglio o grossista) sarebbe inferiore al prezzo di catalogo, a causa degli sconti su fattura (sconti ordinari e promozionali) che possono variare da un cliente all'altro, nel tempo, o da un album all'altro (nel caso degli sconti promozionali). Ogni casa discografica negozierebbe con ciascun cliente uno sconto ordinario annuo (in percentuali eventualmente diverse per la musica pop, la musica classica o gli album oggetto di pubblicità televisiva), applicabile a tutte le vendite al cliente in questione. Per contro, gli sconti promozionali sarebbero stabiliti caso per caso, per periodi variabili, per singoli album o gruppi di album che la casa discografica desidera promuovere; essi non verrebbero necessariamente concessi a tutti i clienti e la loro entità non sarebbe

necessariamente la stessa. La Commissione richiama l'attenzione sul fatto che il prezzo netto di un determinato album per un determinato cliente dev'essere mantenuto distinto dal prezzo netto medio di tutti gli album venduti da una determinata grande casa discografica nel corso di un determinato anno, prezzo che è pari al quoziente della divisione della somma di tutti i prezzi netti (potenzialmente molto diversi) dei singoli album venduti ai singoli clienti per il numero totale di album venduti dalla casa discografica in questione.

116 La Commissione avrebbe riscontrato una riduzione significativa della domanda e dei prezzi della musica registrata su CD a partire dal 1999 (punti 55-59 della decisione).

b) Cinque grandi mercati (Germania, Regno Unito, Francia, Italia, Spagna)

117 La Commissione avrebbe esaminato in primo luogo se fosse possibile individuare un accordo tacito esistente sui prezzi tra le major nei cinque grandi Stati membri (punti 69-108 della decisione). Essa avrebbe verificato se esistesse un parallelismo tra i prezzi osservando l'evoluzione dei prezzi netti medi reali delle major e se un'eventuale parallelismo osservabile potesse essere spiegato con un coordinamento. A tale fine, la Commissione avrebbe anzitutto esaminato i PPV in quanto eventuali punti di riferimento, quindi verificato se gli sconti fossero allineati e sufficientemente trasparenti per consentire il controllo efficace di un eventuale coordinamento dei prezzi netti (punto 73 della decisione).

Allineamento dei prezzi netti medi e dei PPV

118 Nei cinque grandi mercati, la Commissione avrebbe riscontrato un'evoluzione solo parzialmente analoga dei prezzi netti medi reali. In ciascun paese, i prezzi netti medi reali di ogni grande casa discografica avrebbero oscillato per la maggior parte del tempo in una fascia pari a circa il 10% o più gli uni rispetto agli altri. La

Commissione ha ritenuto che tale grado di evoluzione analogo non fosse decisivo (punti 75, 82, 89, 96 e 103 della decisione), per ovvi motivi. In primo luogo, il parallelismo dei prezzi netti medi reali non sarebbe assolutamente dimostrato. In secondo luogo, comportamenti paralleli, di regola, non basterebbero a dimostrare l'esistenza di un coordinamento, se non se ne possono individuare i meccanismi. In terzo luogo, nella fattispecie, la Commissione non avrebbe concluso che l'evoluzione dei prezzi netti medi di ogni major era o poteva essere nota alle altre major. I prezzi netti medi sarebbero il riflesso di un gran numero di singole decisioni di fissazione dei prezzi (v., ad esempio, allegato B.10) e tali decisioni dovrebbero poter essere individuate con sufficiente certezza per consentire un coordinamento significativo dei prezzi netti.

119 La Commissione avrebbe effettivamente riscontrato alcuni elementi da cui emerge che i prezzi di catalogo (vale a dire i PPV) potevano essere utilizzati come base per un allineamento. In ciascuno dei cinque grandi Stati membri, la maggior parte delle vendite totali di ogni grande casa discografica (oltre il 55 % e addirittura l'85 % in uno dei paesi) è stata realizzata utilizzando 5 PPV e anche solo da 1 a 3 PPV per metà o più dei 100 album CD singoli più venduti nel 2003 (ad eccezione della Spagna). Inoltre, i PPV sarebbero relativamente trasparenti, dato che figurano nei cataloghi delle major (punti 76, 83, 90, 97 e 104 della decisione).

120 Tuttavia, la Commissione avrebbe riscontrato due tipi di ostacoli all'utilizzo dei PPV come punti di riferimento di un coordinamento tacito dei prezzi netti e come strumento di verifica del rispetto di tale coordinamento – uno relativo al grado di complessità inerente agli stessi PPV, l'altro alla complessità e all'opacità del rapporto tra i prezzi di catalogo e i prezzi netti.

Complessità e PPV

121 Per quanto riguarda i PPV, gli album CD non costituirebbero un prodotto perfettamente omogeneo a causa del loro diverso contenuto (punto 110 della

decisione). Benché un «continuum di sostituibilità» consenta quanto meno di considerare gli album dello stesso genere come appartenenti a un unico mercato di prodotti (punti 9-13 e 110 della decisione), gli album CD sarebbero comunque prodotti eterogenei differenziati. Di conseguenza, anche se la determinazione dei prezzi e la commercializzazione degli album CD sono relativamente standardizzate a livello di vendita all'ingrosso (gli elementi di standardizzazione della fissazione dei prezzi all'ingrosso sono: le tre grandi categorie di prezzi, la serie standardizzata di PPV di ogni grande casa discografica, il fatto che gli sconti ordinari fissati annualmente per ogni cliente e le percentuali concordate di resa dell'inventuto sono generalmente determinati in funzione di un numero limitato di parametri), i singoli album hanno gradi diversi di successo previsto o reale, il che influirebbe sulla fissazione iniziale del PPV all'uscita dell'album e sulle sue successive evoluzioni.

122 Inoltre, l'imprevedibilità del successo obbligherebbe probabilmente ogni grande casa discografica che intenda controllare minuziosamente il rispetto globale del coordinamento dei prezzi netti da parte delle altre grandi case a monitorare i PPV di oltre 80 album prodotti ogni anno dai concorrenti in un determinato paese (o di oltre 60 album di questo tipo all'anno dopo l'operazione di concentrazione, dato che i 20 album più venduti di ogni grande casa discografica rappresentano almeno il 30 % delle sue vendite totali e in molti casi oltre il 50 %) (punto 111 della decisione). Una casa che intenda avere una visione più completa del mercato dovrebbe far fronte a un notevole incremento dell'attività di controllo, in quanto i 100 album più venduti ogni anno da ciascuna grande casa costituirebbero di regola tra il 70 e l'80 % delle sue vendite totali di musica (punto 71 della decisione) e tale indagine esaustiva comporterebbe il controllo di circa 400 album. Le parti della concentrazione avrebbero presentato elementi di prova che dimostrano come le combinazioni dei PPV relativi ai loro rispettivi 20 migliori album CD singoli cambino spesso in misura rilevante da un trimestre all'altro (v. allegato B.3). Benché le classifiche settimanali facilitino tale monitoraggio evidenziando i titoli destinati a diventare «hit» (punto 112 della decisione), esse non eliminerebbero il problema.

123 Per quanto riguarda il rilievo contenuto nella decisione secondo cui «alcuni elementi [indicavano] che i PPV avrebbero potuto essere utilizzati come base per allineare i prezzi delle grandi case discografiche», la Commissione sottolinea che non si tratta di una constatazione definitiva. Pur avendo rilevato che sembrava possibile

controllare i prezzi di catalogo, le variazioni nell'uso dei diversi PPV che figurano nell'allegato B.3 del controricorso dimostrerebbero che tale controllo, abbinato agli sforzi per svelare le pratiche in materia di sconti, richiederebbe quanto meno un grande dispendio di risorse.

Allineamento e complessità degli sconti

124 Nei cinque grandi Stati membri, la Commissione avrebbe riscontrato uno stretto legame tra l'evoluzione dei prezzi medi lordi e dei prezzi medi netti reali della Sony e della BMG in un periodo di sei anni, con un rapporto prezzi netti/prezzi lordi fortemente stabile nel tempo e su tutti gli album (punti 77, 84, 91, 98 e 105 della decisione). Tuttavia, il rapporto stabile esistente tra i prezzi lordi e i prezzi netti medi (vale a dire lo sconto medio) di ciascuna delle parti della concentrazione su tutti gli album in un determinato paese provocherebbe inevitabilmente il livellamento degli effetti dei vari tipi di sconto su fattura (ordinari e promozionali), della disparità tra gli sconti su fattura (ordinari e promozionali) concessi ai diversi clienti e delle differenze tra gli sconti su fattura (essenzialmente promozionali) concessi per singoli album. Anche la conclusione relativa alla stabilità del rapporto tra i prezzi netti e lordi medi dovrebbe essere attenuata dai limiti metodologici dell'analisi. A tale proposito, la Commissione precisa, da un lato, che sono stati presi in considerazione solo i dati della Sony e della BMG in quanto le altre major hanno affermato che fatturavano solo prezzi netti e, dall'altro, che per risolvere il problema derivante dal fatto che un determinato album può avere più PPV nel corso di un anno, le parti della concentrazione hanno attribuito un prezzo lordo unico a ciascun album, corrispondente al PPV al quale è stato maggiormente venduto nell'anno in questione (le vendite lorde per album sono quindi state calcolate semplicemente moltiplicando il PPV per il numero di album venduti). Il prezzo lordo registrato per ciascun album è utilizzato per calcolare il prezzo lordo medio di ogni grande casa costituirebbe quindi un'approssimazione.

125 Inoltre, un rapporto stabile tra i prezzi lordi medi e i prezzi netti medi non basterebbe a dimostrare l'esistenza di un coordinamento pregresso o di un probabile coordinamento futuro, in mancanza di un meccanismo dimostrabile che consenta

alle major di verificare la comparsa di tale nesso tra prezzi lordi e prezzi netti in base a una moltitudine di decisioni singole di fissazione dei prezzi. La Commissione non avrebbe riscontrato prove sufficienti dell'esistenza di tale meccanismo.

126 La Commissione avrebbe anzitutto rilevato che gli sconti su fattura (sconti ordinari e promozionali) della Sony e della BMG erano di gran lunga gli sconti più importanti in ciascuno dei grandi Stati membri (tranne che in Francia, nel caso della BMG). I livelli generali degli sconti su fattura applicati rispettivamente dalle parti della concentrazione variavano in una certa misura quando erano espressi in proporzione alle rispettive vendite lorde totali ai loro 20 migliori clienti in tali Stati membri (la differenza tra questi livelli era pari a [riservato] punti percentuali delle loro rispettive vendite lorde totali in Italia, a [riservato] punti percentuali nel Regno Unito e in Spagna, a [riservato] punti percentuali in Germania e a [riservato] punti percentuali in Francia).

127 Inoltre, la Commissione non avrebbe riscontrato prove che gli sconti su fattura fossero sufficientemente allineati tra le parti della concentrazione da un cliente all'altro perché si possa concludere nel senso che sussistevano il coordinamento e la trasparenza. I punti 79, 86, 93, 100 e 107 della decisione farebbero riferimento a differenze tra gli sconti su fattura totali delle due parti della concentrazione a livello di singoli clienti, espressi in percentuale rispetto alle vendite lorde a ognuno di tali clienti. La Commissione ha rilevato che gli sconti su fattura medi rispettivamente concessi dalle parti della concentrazione a ciascuno dei loro dieci migliori clienti comuni nei grandi Stati membri, ad eccezione della Francia, nel periodo 2000-2003, oscillavano tra il 2 e il 5 % (Regno Unito, Germania, Spagna) e tra l'1 e il 3 % (Italia). Nel Regno Unito, in Germania e in Spagna gli sconti annui medi delle due parti della concentrazione per alcuni loro clienti importanti hanno fatto registrare, in alcuni anni, una variazione di oltre il 5 % delle loro rispettive vendite lorde a tali clienti. In Francia (punto 86 della decisione), gli sconti su fattura medi concessi dalle parti della concentrazione a ciascuno dei loro quindici migliori clienti comuni hanno fatto registrare variazioni più marcate, che potevano raggiungere il 10 %. Data l'importanza degli sconti retroattivi e degli «sconti contrattuali» della BMG in

Francia, la Commissione avrebbe anche esaminato gli sconti totali. Essa avrebbe riscontrato differenze tra le parti della concentrazione che potevano raggiungere il 3 % nel 2003 nel suddetto gruppo di clienti, e circa il 5 % per tre di loro. In tutti i grandi Stati membri, tali oscillazioni sarebbero essenzialmente imputabili agli sconti promozionali.

128 La Commissione avrebbe anche tenuto conto (punti 79, 86, 93, 100 e 107 della decisione) delle informazioni provenienti da tutti i grandi Stati membri secondo cui gli sconti concessi dalle due parti della concentrazione erano soggetti a tre tipi di variazioni (tali conclusioni sarebbero fondate sui dati contenuti negli allegati B.A-B.14):

- per un determinato cliente, gli sconti variavano nel tempo;
- per un determinato cliente, gli sconti variavano da un album all'altro;
- per un determinato album, gli sconti variavano da un cliente all'altro.

129 Benché l'allegato B.4, costituito da grafici allegati alla comunicazione degli addebiti, che indica gli sconti su fattura medi concessi dalle parti della concentrazione a ciascuno dei loro dieci migliori rivenditori al dettaglio comuni (vale a dire, per ogni anno, gli sconti su fattura totali concessi a un determinato cliente, divisi per il totale delle vendite lorde a tale cliente) nel Regno Unito, in Germania, in Italia e in Spagna, tra il 2000 e il 2003, dimostrasse la stabilità globale degli sconti nel tempo (punto 88 della comunicazione degli addebiti), tuttavia le parti della concentrazione avrebbero fatto valere, in base agli stessi grafici, che il rispettivo trattamento di alcuni clienti nel Regno Unito, in Germania e in Spagna (v. allegato B.5, risposta alla comunicazione degli addebiti, punto 4.21) era notevolmente diverso.

130 Per quanto riguarda l'osservazione della ricorrente secondo cui «[è] tutt'altro che chiaro se le differenze tra gli sconti ottenuti dai dieci maggiori clienti siano espressione di disparità di trattamento piuttosto che di differenze tra i risultati relativi dei portafogli di ciascuna delle parti della concentrazione», la Commissione osserva che, se ciò è tutt'altro che chiaro, anche per un osservatore che abbia accesso all'integralità dei dati, è difficile capire come le major, nella situazione di coordinamento tacito e di informazione assolutamente imperfetta sul mercato, potrebbero eliminare le «interferenze» causate dalla composizione del portafoglio per avere un'idea esatta della pratica o della politica soggiacente in materia di sconti.

131 L'allegato B.6 del controricorso, che riproduce gli elementi di prova forniti dalle parti della concentrazione e riguarda un periodo di cinque anni, mostrerebbe, per ciascuno dei cinque grandi Stati membri, le variazioni, comprese tra margini in alcuni casi molto ampi, degli sconti su fattura concessi da ognuna delle parti della concentrazione ai dieci migliori clienti sui suoi 20 migliori album CD singoli nel corso di un determinato anno, che rappresentano una quota importante del volume d'affari globale delle major, per cui un trattamento osservabile ed equivalente a livello di PPV e di sconti costituirebbe uno degli elementi essenziali di un eventuale coordinamento dei prezzi netti. Ogni tabella tenderebbe a dimostrare nel contempo, per una determinata casa discografica in un determinato paese, che alcuni clienti hanno beneficiato di sconti molto diversi nel corso di un determinato anno o per un certo numero di anni sugli album più venduti e che esisterebbero differenze marcate tra gli sconti più elevati e/o più bassi concessi a vari clienti nel corso di un determinato anno, anche per clienti appartenenti alla stessa categoria (ad esempio grossisti, rivenditori al dettaglio specializzati, supermercati).

132 Inoltre, il confronto tra le tabelle del suddetto allegato relative alla Sony e alla BMG per un qualsiasi paese permetterebbe di concludere che gli sconti concessi da ciascuna di esse a un qualsiasi cliente in un qualsiasi anno sono spesso cambiati in misura considerevole, sia per quanto riguarda gli sconti più elevati e più bassi concessi in tale periodo che per quanto riguarda lo scarto tra queste due cifre.

- 133 La Commissione dubita della rilevanza della conclusione della ricorrente secondo cui dalle tabelle emergono «regolarità interessanti» e osserva che nessuna «regolarità» di questo tipo sminuisce l'importanza della variazione degli sconti in quanto prova della complessità e dell'opacità della fissazione dei prezzi netti.
- 134 L'allegato B.8, che presenta una ripartizione per fasce degli sconti concessi dalle parti della concentrazione per i rispettivi 20 migliori album CD tra il 1998 e il 2003 nei cinque grandi Stati membri, avrebbe permesso alla Commissione di verificare quale fosse la percentuale delle vendite dei loro rispettivi 20 migliori album CD singoli, in rapporto alla totalità dei clienti, che ciascuna delle due major aveva effettuato con un determinato sconto (espresso in strette fasce pari al 2,5%) rispetto ai prezzi di catalogo degli album in questione. Più in generale, la colonna verticale, che nelle suddette tabelle corrisponde a un anno, mostrerebbe che, a prescindere dall'anno o dal paese, nessuna delle due major ha adottato una prassi uniforme in materia di sconti, neanche per tale limitata selezione dei loro album più venduti. Le righe orizzontali, relative alle varie strette fasce di sconti, mostrerebbero inoltre che le rispettive prassi delle due parti della concentrazione in materia di sconti sono cambiate nel tempo, da un anno all'altro.
- 135 Emergerebbe inoltre da uno degli allegati del controricorso (allegato B.9) che la ripartizione degli sconti concessi rispettivamente dalla Sony e dalla BMG per i loro 20 migliori album nel 2003 era notevolmente diversa.
- 136 L'osservazione della ricorrente secondo cui le differenze nelle gamme di sconti non escludono che gli sconti siano basati su una serie nota di regole si fonderebbe sull'errato presupposto secondo cui è sufficiente che una serie di regole sia nota affinché tutte le major abbiano la certezza che tali regole vengano rispettate.

137 La Commissione osserva che l'analisi di correlazione effettuata dalla ricorrente nell'allegato D.3 riguarda gli sconti di una sola parte nel tempo e non l'allineamento tra le parti della concentrazione. Inoltre, quand'anche emergesse da tale analisi che le strutture degli sconti di ciascuna delle parti della concentrazione erano relativamente stabili nel tempo, nonostante le variazioni nella composizione delle attività, ciò confermerebbe di fatto l'argomento della Commissione secondo cui le cifre relative ai prezzi netti medi possono celare oscillazioni considerevoli a livello di album o di clienti. Infine, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, le strette fasce degli sconti (pari al 2,5 %) indicate nei grafici ridurrebbero di fatto la sensibilità dell'analisi alle piccole variazioni di sconto.

138 D'altro canto, la Commissione ritiene che siano infondate le osservazioni svolte dalla ricorrente su alcuni grafici, secondo cui da questi ultimi emergerebbe semmai una stabilità degli sconti o un elevato fattore di correlazione tra le parti della concentrazione.

139 L'allegato B.10, che indica, per i cinque grandi Stati membri, la ripartizione dei prezzi netti tra i cinque principali clienti di ciascuna delle due parti della concentrazione, mostrerebbe che:

- la ripartizione dei prezzi netti varia notevolmente tra le due major, sia in generale che per clienti specifici;

- le modalità con cui gli acquisti di vari clienti presso una determinata casa vengono ripartiti in fasce di prezzi netti diversi sono molto variabili. Tale osservazione varrebbe anche per i clienti che appartengono alla stessa categoria (quali grossisti, rivenditori specializzati, supermercati), in quanto nella tabella figura più di un cliente di una data categoria.

- 140 La Commissione concorda con la ricorrente che le variazioni nella distribuzione dei prezzi netti pagati da clienti importanti alle varie major possono essere attribuibili alle loro diverse abitudini di acquisto e al diverso assortimento di prodotti della casa discografica. Tuttavia, tali variazioni sarebbero tutt'altro che irrilevanti. Infatti, anche se una grande casa discografica potesse scoprire i vari prezzi netti pagati per vari album di un'altra grande casa discografica da parte di un cliente comune (il che, alla luce delle prove disponibili, sembrerebbe poco probabile), essa non saprebbe dire se tali prezzi siano espressione dell'adesione alle regole necessariamente complesse menzionate dalla ricorrente o di una deviazione rispetto a tali regole, senza disporre, quanto meno, di molte più informazioni sugli album cui tali prezzi si riferiscono.
- 141 Inoltre, se l'assortimento di prodotti e il grado di successo variabile dovessero spiegare la totalità o la maggior parte delle variazioni ponderate della distribuzione dei prezzi che figurano in tale allegato, ciò dimostrerebbe anche la futilità di qualsiasi tentativo di coordinamento basato sull'insieme dei prezzi medi netti, come ipotizzato dalla ricorrente.
- 142 La Commissione contesta la rilevanza degli elementi dedotti dalla ricorrente per dimostrare che dai documenti allegati al controricorso non emerge una variazione considerevole dei prezzi.
- 143 Inoltre, la Commissione disporrebbe anche di elementi di prova, relativi ai PPV della categoria dei prezzi elevati (v. allegato B.11), da cui emergerebbe che alcuni clienti molto importanti di una delle due parti della concentrazione avevano pagato a tale casa discografica, nel corso di un anno (2003), prezzi netti diversi (in altre parole, avevano beneficiato di sconti diversi) per album aventi lo stesso PPV. La differenza tra il prezzo netto più elevato e il prezzo netto più basso per album di un determinato PPV sarebbe spesso considerevole.

- 144 Emergerebbe dagli elementi di prova prodotti dalla BMG (v. allegato B.12) relativi alla percentuale di sconto medio totale concesso a ciascuno dei suoi dieci migliori clienti che, in un paese (paese F), gli sconti promozionali medi per cliente oscillavano tra l'8,5 % circa e il 13 % e quindi eccedevano ampiamente gli sconti ordinari medi (che oscillavano tra il 3 e il 10 %) per quasi tutti i clienti, mentre, in un altro paese (paese C), lo sconto promozionale medio (oscillante tra il 2 e il 5 %) rappresentava circa la metà, o poco più, dello sconto più elevato globalmente applicabile, vale a dire escludendo lo sconto all'ingrosso specifico. Negli altri tre paesi (paesi B, D e A), il livello degli sconti promozionali medi avrebbe fatto registrare variazioni marcate da un cliente all'altro, oscillando rispettivamente tra lo 0,5 e il 12,5 %, lo 0,5 e il 13 %, il 2,5 % circa e il 14,5 %. Nei tre paesi in questione, gli sconti promozionali medi avrebbero superato gli sconti ordinari medi per uno dei clienti migliori, mentre sarebbero stati molto meno consistenti per altri.
- 145 Contrariamente a quanto afferma la ricorrente, la circostanza che ciascuno degli allegati mostri differenze solo nei prezzi netti o negli sconti di una delle parti notificanti non significa che essi siano irrilevanti. Il fatto che gli sconti di una sola grande casa discografica variino in funzione dei clienti (compresi i clienti dello stesso tipo, che prevedibilmente sono interessati a elementi simili del suo assortimento di prodotti) indicherebbe infatti che, quand'anche un concorrente dovesse venire a conoscenza degli sconti concessi da tale grande casa discografica a un cliente, da tale conoscenza non si potrebbe dedurre la prassi generale della suddetta casa discografica in materia di sconti. Inoltre, le modalità di esercizio di un coordinamento in relazione ai singoli clienti e ai tipi di clienti sarebbero troppo complesse.
- 146 La Commissione avrebbe anche ricevuto «dichiarazioni testimoniali» secondo cui, per la stessa casa discografica, vengono concessi sconti promozionali sia per gli album di punta che per il catalogo dei titoli (allegato B.2).
- 147 Ciò sarebbe confermato dall'allegato B.13, costituito da grafici presentati dalle parti della concentrazione che indicano, per ciascuno dei cinque grandi paesi, gli sconti su fattura concessi da ognuna di esse ai loro migliori clienti comuni per i loro album

più venduti nel 2002, con PPV della categoria dei prezzi elevati molto simili. La Commissione ricorda che, per ogni grande casa discografica e per tutti i clienti, lo sconto ordinario dovrebbe essere stabile su tutti gli album in un determinato anno, e ne deduce che la variazione degli sconti su fattura concessi da una grande casa discografica a un determinato cliente per album diversi aventi lo stesso PPV va attribuita agli sconti promozionali concessi in un determinato momento sugli album di punta di cui trattasi. I grafici mostrerebbero tali variazioni nelle pratiche di fatturazione di ciascuna casa discografica notificante, quanto meno per alcuni clienti, in tutti i paesi considerati.

148 La Commissione sottolinea che la ricorrente contesta alla Commissione di non avere esaminato «alcuni semplici principi che differenzierebbero gli album di uno stesso prezzo di riferimento e potrebbero spiegare le differenze a livello degli sconti promozionali», ma, per descrivere tali principi, menziona sei criteri che, essendo in linea di massima compatibili tra loro, provocherebbero un notevole aumento del numero di combinazioni di regole potenzialmente applicabili ai soli sconti promozionali. Inoltre la ricorrente non farebbe alcun tentativo di quantificazione, che sarebbe invece necessaria se le modalità di esercizio del coordinamento sui prezzi devono consentire di prevedere con ragionevole certezza il livello di sconto per un determinato titolo nel corso di una determinata campagna promozionale e, evidentemente, di stabilire se gli sconti effettivi siano conformi a tali regole o si discostino dai principi comuni di fissazione dei prezzi.

149 La variazione degli sconti promozionali emergerebbe da un certo numero di esempi: tipi diversi di clienti avrebbero beneficiato di livelli diversi di sconto per album appartenenti allo stesso genere musicale; clienti diversi avrebbero beneficiato di sconti diversi per lo stesso album; lo stesso cliente avrebbe beneficiato di sconti diversi per album diversi; lo stesso cliente avrebbe beneficiato di sconti limitati nel tempo per uno specifico album.

150 Infine, la conclusione generale della Commissione secondo cui sussiste una «certa variazione del livello degli sconti applicati dalle grandi case» nei grandi mercati (punti 78, 85, 92, 99 e 106 della decisione) sarebbe suffragata anche da elementi di

prova di ordine economico relativi agli sconti delle cinque major. In base alle informazioni ottenute dalla Commissione presso le cinque major per quanto riguarda i loro sconti su fattura applicati nel 2003, i consulenti economici delle parti della concentrazione, nello studio RBB, hanno concluso quanto segue:

«Confrontiamo anche la ripartizione degli sconti su fattura concessi dalle parti A, B, C, D e E in ognuno dei cinque paesi principali nel 2003. L'analisi evidenzia differenze significative nella ripartizione degli sconti di questo tipo concessi dalle major. Ciò conferma che, attualmente, le loro politiche di fissazione dei prezzi non sono allineate».

Trasparenza degli sconti

- ¹⁵¹ La decisione sottolineerebbe che, secondo vari clienti nei grandi Stati membri, le major avevano una «certa conoscenza» degli sconti ordinari (più stabili) applicati dai concorrenti (v. note 45, 49, 52, 55 e 57 della decisione). Tale questione sarebbe stata ampiamente discussa durante l'audizione predisposta dalla Commissione. Le parti della concentrazione avrebbero fatto valere che un certo numero di risposte positive riguardavano solo i PPV o non facevano distinzione tra i PPV e gli sconti. Solo cinque risposte (provenienti dal Belgio, dalla Francia e dall'Italia) su un totale di 36 risposte accessibili provenienti da tutti i paesi avrebbero esplicitamente indicato che esisteva una certa trasparenza degli sconti, mentre 11 risposte avrebbero espressamente sostenuto la tesi opposta. Sulla base delle risposte dei rivenditori al dettaglio, delle «dichiarazioni testimoniali» dei dirigenti nazionali della Sony e della BMG (v. gli estratti pertinenti dell'allegato B.2) e della mancanza di informazioni sugli sconti riscontrata nelle relazioni di controllo dei rappresentanti commerciali che le erano state presentate (v. allegato B.15), la Commissione avrebbe concluso che, se pure alcuni rivenditori hanno ritenuto che le major avessero una certa conoscenza della politica delle altre grandi case in materia di prezzi, tale conoscenza poteva riguardare i PPV, relativamente trasparenti, e in una certa misura gli sconti ordinari, negoziati annualmente, ma probabilmente non si estendeva agli sconti promozionali, che vengono negoziati caso per caso. I rapporti tra le major e una

clientela stabile (punto 112 della decisione) potrebbero consentire di ottenere alcune informazioni sugli sconti annui, ma non sembrerebbero favorire la trasparenza nel caso delle campagne promozionali di breve durata.

- 152 La Commissione avrebbe rilevato che gli sconti promozionali sono meno trasparenti rispetto agli sconti ordinari e che il loro controllo richiederebbe un'osservazione minuziosa delle promozioni nel mercato della vendita al dettaglio (punti 80, 87, 94, 101 e 108 della decisione). Tuttavia, il sistema di relazioni settimanali elaborate dai venditori della Sony e della BMG (comprehensive di osservazioni relative ai concorrenti) non raggiungerebbe il grado di trasparenza richiesto in relazione a tali sconti. In particolare, la Commissione non avrebbe riscontrato prove sufficienti per dimostrare che il controllo dei prezzi al dettaglio o i contatti con i rivenditori consentissero alle major di supplire alla mancanza di trasparenza degli sconti, e segnatamente degli sconti promozionali.
- 153 Le relazioni di monitoraggio del mercato elaborate dalle parti della concentrazione che figurano nell'allegato B.15 non conterrebbero il tipo di informazioni dettagliate sugli sconti dei concorrenti che consentirebbe un controllo efficace dei prezzi netti chiesti per i singoli album ai diversi clienti. Inoltre, in altri paesi, esse sarebbero molto più brevi, se non inesistenti. I rappresentanti della BMG, in particolare, presenterebbero relazioni di monitoraggio solo in Francia e in Austria.
- 154 Se pure la Commissione ammette di non poter provare agevolmente che non esiste un meccanismo di fissazione dei prezzi consistente in una serie di regole generali, essa rileva che la ricorrente non si è curata di fornire la prova positiva delle modalità con cui tale meccanismo di fissazione dei prezzi sarebbe stato concepito e successivamente applicato a innumerevoli contratti individuali, né come ne verrebbe garantito il rispetto.
- 155 La Commissione dichiara peraltro di stupirsi del fatto che la ricorrente contesti direttamente la necessità di un controllo per dimostrare una posizione dominante collettiva.

- 156 La conclusione della Commissione relativa all'inefficacia del controllo delle vendite al dettaglio si fonderebbe anche sulla complessità e sull'opacità della fissazione dei prezzi al dettaglio. Uno studio presentato dalle parti della concentrazione (allegato B.17) dimostrerebbe che esistono forti variazioni tra i prezzi al dettaglio praticati dai principali rivenditori al dettaglio per album CD equiparabili in ciascuno dei grandi segmenti di prezzo (prezzi elevati, prezzi medi e piccolo budget) e che la fissazione dei prezzi al dettaglio è altrettanto complessa quanto quella dei prezzi all'ingrosso. Inoltre, per un determinato album della categoria dei cinque album più venduti, i prezzi al dettaglio varierebbero spesso sia nel tempo per tutti i rivenditori sia, in modo più evidente, tra un rivenditore e l'altro, in qualsiasi momento.
- 157 Gli elementi di prova (che figurano nell'allegato B.17, sezione 2) dimostrerebbero che il controllo intensivo, da parte delle major, dell'evoluzione dei prezzi al dettaglio praticati da ciascun rivenditore per ogni album importante non consentirebbe a una grande casa discografica di dedurre le pratiche in materia di fissazione dei prezzi netti (PPV meno sconto su fattura) delle principali concorrenti per un determinato album. I rivenditori infatti non applicherebbero tutti sistematicamente la stessa maggiorazione rispetto al prezzo all'ingrosso, in un determinato momento, né a tutte le categorie di album e nemmeno a tutti gli album della categoria più limitata dei prezzi elevati (tabella 2.1).
- 158 Infine, la Commissione non avrebbe rilevato alcun nesso dimostrabile tra i prezzi al dettaglio e gli sconti su fattura concessi per album aventi lo stesso PPV. Al contrario, lo studio presentato dalle parti della concentrazione tenderebbe a dimostrare che, sia per gli album della categoria dei prezzi elevati che per gli altri album, le variazioni del prezzo al dettaglio di un determinato album in un determinato momento nei vari punti vendita al dettaglio non presenterebbero alcun nesso preciso con gli sconti su fattura concessi a tali rivenditori per l'album in questione (tabella 3.1).
- 159 Di fronte a pratiche di fissazione dei prezzi al dettaglio così diverse e imprevedibili, una grande casa discografica non potrebbe concludere con certezza che un determinato rivenditore applichi agli album equivalenti delle altre grandi case lo stesso livello o lo stesso metodo di maggiorazione applicato ai propri album e non potrebbe farsi un'idea attendibile dei prezzi netti della concorrenza, né per un determinato album né globalmente, in base al rapporto prezzo al dettaglio/prezzo

all'ingrosso applicato da un determinato rivenditore ai propri album, considerati individualmente o globalmente.

160 La Commissione sottolinea che l'affermazione della ricorrente secondo cui «sarebbe sorprendente che non esistesse un rapporto chiaro e sistematico tra i prezzi netti medi degli album di una determinata categoria, venduti presso un determinato rivenditore al dettaglio, e relativi prezzi all'ingrosso effettivi per una gamma sufficientemente ampia di titoli e per un periodo ragionevole», non è corredata da alcuna prova a sostegno. Un grado sufficientemente elevato di aggregazione sugli album e nel tempo tenderebbe a mascherare la variazione a livello di singoli titoli – che spesso farebbero registrare livelli di vendita considerevoli — cui dovrebbe inevitabilmente interessarsi un coordinamento tacito sui prezzi. Una grande casa discografica non sarebbe in grado di stabilire in modo affidabile, sulla base del rapporto tra il prezzo al dettaglio e il prezzo all'ingrosso dei propri album — che, come sottolinea la ricorrente in tutte le sue osservazioni, rappresentano in ogni momento un assortimento di prodotti specifico — se tale rapporto valga anche per le altre major.

161 La Commissione fa valere che le critiche della ricorrente relative allo studio RBB e al fatto che la Commissione avrebbe omesso di sottoporre tale studio agli operatori del mercato consistono solo in un certo numero di affermazioni non dimostrate.

Legami strutturali

162 Per quanto riguarda le compilation, le parti della concentrazione avrebbero dimostrato che i partner di un'impresa comune ricevono solo uno sconto medio (non ripartito per tipo di sconto o per cliente) sulle vendite dell'album di compilation in questione. Tenuto conto delle differenze rilevate tra le pratiche relative agli sconti in funzione degli album e dei clienti e nel tempo, dell'importanza degli sconti promozionali e delle probabili differenze tra gli sconti promozionali sulle compilation e quelli sugli album singoli, le compilation non potrebbero garantire la trasparenza necessaria e quindi non sarebbero pertinenti ai fini dell'analisi della Commissione.

163 Del pari, gli accordi di distribuzione o di licenza raggrupparebbero raramente più di due major e quindi non costituirebbero un vettore appropriato per lo scambio multilaterale di informazioni molto complesse sulle pratiche di fissazione dei prezzi netti di tutte le major che sarebbero necessarie per un coordinamento tacito su tale base. Infine, poiché le contrattazioni sui diritti d'autore in materia di edizione musicale sarebbero collettive e avrebbero luogo tra le associazioni nazionali di case discografiche (grandi case ed etichette indipendenti) e le società nazionali di gestione collettiva (che rappresentano gli editori e gli autori) e non riguarderebbero la fissazione dei prezzi della musica registrata, la Commissione ha concluso che esse non erano pertinenti ai fini dell'analisi della trasparenza.

Misure di ritorsione

164 Dai punti 114 e 118 della decisione emergerebbe che la Commissione non ha cercato di verificare l'esistenza di eventuali meccanismi credibili di ritorsione (essa avrebbe individuato un certo numero di meccanismi potenzialmente credibili), ma piuttosto di stabilire anzitutto se il parallelismo e la stabilità degli sconti osservati a certi livelli di analisi molto generali fossero o meno attribuibili a un coordinamento tacito, nonostante la complessità delle singole decisioni di fissazione dei prezzi netti, la dispersione dei singoli prezzi netti su più dimensioni e l'apparente mancanza di trasparenza sufficiente. Prove evidenti di misure di ritorsione applicate dalle altre major per reagire a una «deviazione» rispetto ai livelli abituali dei prezzi medi netti o degli sconti su fattura medi avrebbero potuto costituire un indizio (ancorché chiaramente non decisivo) dell'esistenza di un coordinamento. La mancanza di prove relative a misure di ritorsione, sotto forma di ricorso generalizzato a una maggiore concorrenza a livello di prezzi o di compilation, di musica online o di edizione musicale, potrebbe essere considerata un indizio «negativo» del fatto che il grado di allineamento osservato a livello globale non era frutto di un coordinamento tacito.

165 Quanto alla questione più generale se esistano meccanismi di ritorsione sufficientemente credibili da garantire un coordinamento durevole nel mercato della musica registrata, la Commissione avrebbe chiaramente ritenuto che

l'eventuale esclusione dell'impresa deviante dagli album di compilation o il rifiuto di partecipare a sue compilation (al di fuori del ritorno a una concorrenza sui prezzi) fosse il metodo potenziale più degno di interesse. Gli elementi esposti dalla Commissione ai punti 116 e 117 della decisione non sarebbero decisivi. Da un lato, le major disporrebbero effettivamente di una rete di imprese comuni di compilation (punto 166 della decisione) e tali album rappresenterebbero una quota importante del mercato della musica registrata (tra il 15 e il 20%) e realizzerebbero per lo più vendite considerevoli (punto 115 della decisione). D'altro lato, un insieme di artisti appartenenti a case discografiche diverse sembrerebbe essere un fattore chiave di tale successo (punto 115 della decisione), dato che le compilation cui collaborano due o tre major sono di gran lunga le più vendute (punto 116 della decisione). È evidente che il ricorso a questo meccanismo di ritorsione potrebbe comportare il sacrificio degli utili supplementari che potrebbero essere generati da una compilation con gli artisti dell'impresa deviante. Tenuto conto di questo insieme di fattori incoraggianti e dissuasivi, e in mancanza di elementi di prova da cui emerga che misure di ritorsione di questo tipo sono state applicate o utilizzate in passato come minaccia, la Commissione non avrebbe potuto concludere che un meccanismo che potesse «comportare in generale mezzi di ritorsione credibili per le [m]ajor» era, o sarebbe stato, sufficientemente credibile da garantire un coordinamento pregresso o futuro.

c) Altri Stati membri

¹⁶⁶ Negli altri Stati membri, più piccoli, la maggior parte delle vendite totali di ciascuna grande casa (tra il 50 e il 60% e tra il 90 e il 100%) sarebbe stata realizzata utilizzando cinque PPV e (ad eccezione dell'Austria) nel 2003 due PPV di ogni grande casa avrebbero rappresentato tra il 30 e il 40% e tra il 60 e il 70% delle vendite totali di CD di ogni grande casa discografica.

¹⁶⁷ D'altro canto, gli sconti su fattura presenterebbero variazioni rilevanti da un cliente all'altro per ciascuna delle parti della concentrazione. La differenza minore tra gli sconti medi più elevati e quelli più bassi concessi da una delle parti della concentrazione ai suoi dieci migliori clienti (i cinque migliori in Irlanda) era pari al

5,7 %, mentre, per le due parti notificanti, la differenza tra gli sconti medi più elevati e quelli più bassi concessi a un cliente facente parte del gruppo dei migliori dieci non era inferiore al 10 % in nessun paese.

¹⁶⁸ La Commissione avrebbe riscontrato (punti 148-152 della decisione) un certo numero di analogie tra i mercati dei piccoli paesi e i cinque grandi mercati. Sulla base degli elementi di prova prodotti in relazione ai piccoli paesi, sarebbe impossibile dimostrare l'esistenza di un vero coordinamento tacito tra le major su tali mercati.

2. Presentazione inesatta della decisione nel ricorso

¹⁶⁹ La Commissione ricorda, in via preliminare, che una comunicazione degli addebiti è solo un atto preparatorio di natura provvisoria (sentenza della Corte 11 novembre 1981, causa 60/81, International Business Machines/Commissione, Racc. pag. 2639) e che essa non è specificamente tenuta ad indicare i motivi per cui si è discostata dal suo parere provvisorio. Non sarebbe sufficiente che la ricorrente rilevi che le caratteristiche del mercato non sono cambiate nel periodo che separa la comunicazione degli addebiti dall'adozione della decisione. Benché ciò possa essere sostanzialmente esatto dal punto di vista oggettivo, non lo sarebbe certamente per quanto riguarda la portata della conoscenza e della comprensione del mercato da parte della Commissione. Per adottare la decisione finale, la Commissione avrebbe tenuto in debita considerazione le dettagliate osservazioni presentate dalle parti della concentrazione in risposta alla comunicazione degli addebiti.

¹⁷⁰ La Commissione osserva che, su vari punti, la ricorrente dà una visione distorta della decisione.

- 171 Anzitutto, nella decisione non si affermerebbe affatto che le major presentano «tutte le caratteristiche di un gruppo dominante».
- 172 Inoltre, la decisione non rileverebbe che le major potevano mantenere prezzi elevati. Il punto 56 della decisione indicherebbe semmai che i prezzi sono diminuiti, ma in misura meno accentuata rispetto a quanto hanno sostenuto le parti della concentrazione, e il punto 58 della decisione riguarderebbe solo il livello dei prezzi dei CD percepito come elevato.
- 173 Infine, la Commissione non avrebbe stabilito nella decisione che il mercato presenta tutte le caratteristiche favorevoli a un coordinamento tacito. La decisione, in particolare, non dichiarerebbe che ha effettivamente avuto luogo un coordinamento, ma tutt'al più che la Commissione aveva riscontrato alcuni indizi di coordinamento (punto 109 della decisione). Benché la Commissione sottolinei, ai punti 112 e 113 della decisione, una certa stabilità della clientela e l'esistenza di un controllo, essa non riterrebbe tale controllo sufficiente a supplire alla mancanza di trasparenza degli sconti, in particolare degli sconti promozionali.

3. Sulla prima parte

a) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

- 174 La Commissione ritiene utile ricordare gli obblighi generali derivanti dall'art. 253 CE, prima di esaminare gli argomenti specifici svolti dalla ricorrente.

- 175 In primo luogo, la Commissione sottolinea che occorre distinguere tra la pretesa mancanza di motivazione sufficientemente chiara dell'adozione di un atto e la motivazione basata su errori di fatto, di valutazione o di diritto, dato che il secondo caso riguarda una questione di merito, più che una violazione di forme sostanziali, e non costituisce una violazione dell'art. 253 CE (sentenze del Tribunale 7 novembre 1997, causa T-84/96, Cipeke/Commissione, Racc. pag. II-2081, punti 46 e 47, e 14 maggio 1998, causa T-295/94, Buchmann/Commissione, Racc. pag. II-813, punti 44 e 45).
- 176 In secondo luogo, la Commissione ricorda che, secondo costante giurisprudenza, la motivazione prescritta dall'art. 253 CE dev'essere adeguata alla natura dell'atto e deve fare apparire in forma chiara e inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, e che la Commissione non è tenuta a pronunciarsi su tutti i punti di fatto e di diritto sollevati dagli interessati durante il procedimento amministrativo, ma deve tenere conto del contesto e dell'insieme delle norme che disciplinano la materia.
- 177 Tra i fattori contestuali pertinenti rientrerebbe il grado di previa conoscenza delle considerazioni o dei fatti pertinenti da parte delle persone interessate da un atto, restando inteso che si può presumere che alcune persone abbiano conoscenza del settore o che tale conoscenza venga acquisita attraverso una stretta partecipazione degli interessati al procedimento che conduce all'adozione dell'atto o a un procedimento connesso. Anche l'imperativo della celerità nel controllo delle concentrazioni sarebbe stato ritenuto pertinente per valutare l'adeguatezza di una motivazione.
- 178 Quando alcuni fatti sono coperti dall'obbligo del segreto professionale sancito dall'art. 287 CE, l'istituzione competente deve comunque garantire che gli elementi essenziali della sua motivazione vengano comunicati agli interessati.

- 179 Anche qualora dalla prima lettura non emerga con chiarezza il senso del testo, tuttavia non sussiste violazione dell'art. 253 CE se un normale sforzo interpretativo consente di fugare le ambiguità contenute nella motivazione.
- 180 È inoltre opportuno osservare che la Corte di giustizia ha dichiarato che «la Commissione non deve spiegare eventuali differenze rispetto alla comunicazione degli addebiti, la quale costituisce un documento preparatorio le cui valutazioni sono di natura puramente provvisoria e destinate a delimitare l'oggetto della procedura amministrativa nei confronti delle imprese cui la procedura stessa si riferisce».
- 181 Infine, se una concentrazione non modifica, o modifica in misura molto limitata, la situazione della concorrenza di un determinato mercato, non si può pretendere che la Commissione fornisca una specifica motivazione su questo punto. La Commissione non violerebbe l'obbligo di motivazione che le incombe nemmeno qualora non includesse nella decisione una motivazione precisa per quanto riguarda la valutazione di un certo numero di aspetti della concentrazione che le sembrano manifestamente irrilevanti, privi di senso o chiaramente secondari ai fini della valutazione della concentrazione stessa.

Omogeneità del prodotto

- 182 Per quanto riguarda la censura della ricorrente secondo cui l'osservazione relativa all'omogeneità del prodotto non è sufficientemente motivata, la Commissione afferma di non avere rilevato che «l'eterogeneità del contenuto dovrebbe avere più importanza rispetto all'omogeneità del formato», bensì di avere semplicemente concluso che occorre prendere in considerazione entrambi gli aspetti. Del pari, la standardizzazione di molti aspetti del processo di fissazione dei prezzi di vendita all'ingrosso dei CD (utilizzando i PPV più comuni e gli sconti ordinari per ogni cliente) non sarebbe «inficiata», ma semmai relativizzata dal riferimento all'importanza del successo ai fini della fissazione del prezzo di un determinato album. In

breve, gli album CD singoli non sarebbero equiparabili a barili di petrolio e la possibilità di considerare più album come appartenenti allo stesso mercato (attraverso un «continuum di sostituibilità») non renderebbe questi ultimi perfettamente omogenei, dal punto di vista del prodotto stesso o del processo di fissazione dei prezzi. Il risultato non sarebbe una «serie di osservazioni contraddittorie», bensì il riflesso di una realtà complessa.

Trasparenza

183 La ricorrente non potrebbe affermare di non avere compreso la decisione impugnata in quanto la Commissione non avrebbe fornito una definizione di ciò che intende per «sconti promozionali», dato che la ricorrente è un'associazione di settore, che ha partecipato attivamente alle discussioni durante l'audizione predisposta dalla Commissione e dichiara di avere familiarità con il funzionamento di tali sconti. In ogni caso, la decisione spiegherebbe sufficientemente quali siano i diversi tipi di sconto (punti 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 e 113).

184 Del pari, la ricorrente affermerebbe a torto che l'analisi generale dei paesi più piccoli, effettuata dalla Commissione ai punti 148 e seguenti, riguarda solo gli sconti ordinari. La Commissione osserverebbe semplicemente, al punto 150 della decisione, che gli sconti ordinari sono i più importanti in tutti i paesi, ma in seguito analizzerebbe la categoria più ampia degli sconti su fattura (che comprende gli sconti ordinari e gli sconti promozionali), come aveva già fatto paese per paese ai punti 119-146. Non vi sarebbe né confusione né incertezza.

185 Nella decisione, la Commissione attribuirebbe grande importanza agli sconti promozionali in quanto, ai fini di un coordinamento efficace, conterebbero i prezzi netti. Una «certa conoscenza» degli sconti ordinari non sarebbe sufficiente se gli sconti promozionali fossero responsabili, per alcuni clienti, di oscillazioni degli

sconti nel tempo e da un album all'altro altrettanto forti quanto quelle menzionate ai punti 79, 86, 100 e 107 della decisione.

186 La Commissione avrebbe esaminato gli sconti delle altre major, ma poiché tali dati non possono essere rivelati alle parti notificanti, non sarebbe stato possibile indicarli nella decisione. Ciò peraltro non sarebbe necessario, in quanto le pratiche opache in materia di sconti di due major sarebbero sufficienti a impedire un monitoraggio efficace dei prezzi netti da parte di tutte le major. Inoltre, le affermazioni della ricorrente relative alla fissazione dei prezzi che figurano nell'allegato A.17 si baserebbero sulla tesi secondo cui tutte le case discografiche stabiliscono i propri prezzi netti allo stesso modo.

Mezzi di dissuasione

187 Dalla decisione (segnatamente dal punto 114) emergerebbe che la Commissione in passato ha esaminato la minaccia di utilizzare o l'effettivo utilizzo di eventuali meccanismi di ritorsione come mezzo complementare per verificare se un certo grado di allineamento dei prezzi a livello globale fosse imputabile a un coordinamento tacito. In mancanza di prove del loro uso effettivo, la Commissione non avrebbe potuto adottare una posizione definitiva in merito alla sufficienza dei vari meccanismi eventuali di ritorsione menzionati nella decisione.

Meccanismi di compensazione

188 Poiché le condizioni di constatazione di una posizione dominante collettiva attuale o futura devono sussistere cumulativamente, la Commissione non sarebbe stata tenuta a formulare conclusioni in merito al potere compensativo della reazione di concorrenti e consumatori e quindi non sarebbe stata tenuta a fornire alcuna motivazione al riguardo.

b) Sull'errore manifesto di valutazione e sull'errore di diritto

189 Ritenendoli coincidenti, la Commissione esamina congiuntamente i motivi di annullamento relativi all'errore manifesto di valutazione e all'errore di diritto.

190 In via preliminare, la Commissione formula due osservazioni.

191 Da un lato, per quanto riguarda l'argomento secondo cui, quando occorre ponderare argomenti contraddittori, la Commissione non deve attribuire eccessiva importanza a uno di essi, la stessa Commissione ricorda il potere discrezionale di cui essa dispone quando occorre effettuare valutazioni economiche complesse e fa valere che le conclusioni della decisione sono estremamente misurate e che al riguardo la ricorrente non menziona, tra gli elementi di prova di cui disponeva la Commissione, alcun elemento cui, a suo parere, sarebbe stata attribuita troppa o troppo poca importanza.

192 D'altro canto, per quanto riguarda l'affermazione secondo cui una decisione che non menzioni prove fattuali sufficientemente circostanziate a sostegno delle sue conclusioni è viziata da un errore manifesto di valutazione, la Commissione precisa che si tratta essenzialmente di una questione di motivazione e sostiene di non essere assolutamente tenuta ad indicare in modo particolareggiato nelle sue decisioni gli elementi di prova, in molti casi voluminosi (e riservati), presi in considerazione. Sarebbe sufficiente che essa indichi chiaramente il tenore generale degli elementi di prova esaminati e i motivi delle conclusioni che ne ha tratto, in modo da consentire agli interessati, e in particolare a coloro che conoscono il settore e sono già stati strettamente associati al procedimento amministrativo, di formarsi una propria opinione sulla legittimità di tali conclusioni. Nella fattispecie, le varie valutazioni operate nella decisione in merito al funzionamento dei mercati della musica registrata sarebbero suffragate da abbondanti prove complesse.

Omogeneità del prodotto

- ¹⁹³ La Commissione sostiene che la ricorrente commette un errore quando afferma che l'eterogeneità del contenuto è irrilevante perché i prezzi sono fissati in base a un numero limitato di prezzi di riferimento. I prezzi di riferimento, infatti, riguarderebbero solo i prezzi di catalogo degli album, ma non gli sconti su fattura. In particolare, gli sconti promozionali varierebbero, segnatamente, da un album all'altro.
- ¹⁹⁴ La Commissione fa valere che una posizione dominante collettiva può essere più difficile da individuare su mercati caratterizzati da una differenziazione tra i prodotti, soprattutto quando tale differenziazione «accentua le difficoltà di informazione su mercati non trasparenti» [v. gli orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, C 31, pag. 5), punto 45].

Trasparenza

- ¹⁹⁵ Prima di esaminare i vari argomenti della ricorrente, la Commissione ritiene necessario commentare quattro errori fondamentali contenuti nel ricorso, due di natura giuridica e concettuale e due di interpretazione della decisione.
- ¹⁹⁶ In primo luogo, la ricorrente commetterebbe un errore concettuale fondamentale laddove presume che la constatazione di un parallelismo considerevole dei prezzi netti medi delle major o di una notevole stabilità degli sconti medi di una determinata casa discografica costituisca una prova sufficiente sia del coordina-

mento tacito che della trasparenza necessaria per garantire durevolmente tale coordinamento alle condizioni stabilite. Un certo grado di allineamento o di stabilità a livello globale non potrebbe supplire alla mancanza di prove significative e concordanti dell'esistenza di una trasparenza sufficiente a consentire alle imprese in situazione di oligopolio di controllare reciprocamente i rispettivi comportamenti sul mercato e, in mancanza di prove di una trasparenza sufficiente, non si potrebbe presumere che ogni impresa in situazione di oligopolio abbia deciso il proprio comportamento sul mercato in base a una conoscenza sufficientemente precisa del comportamento dei concorrenti.

197 In secondo luogo, la ricorrente commetterebbe un errore giuridico fondamentale quando contesta alla Commissione di essersi basata su elementi di prova relativi agli sconti senza però rilevare che gli sconti applicati hanno determinato riduzioni significative di prezzo, e quando afferma che la concorrenza sugli sconti, in realtà, è del tutto marginale. Tale affermazione non troverebbe riscontro nei fatti: gli sconti su fattura medi delle parti della concentrazione rappresenterebbero invece una quota molto rilevante delle loro vendite lorde medie (punti 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 e 146 della decisione) e alcuni clienti e album beneficerebbero di sconti ancora maggiori (punti 79, 86, 93, 100 e 107 della decisione). Gli sconti rappresenterebbero quindi un elemento estremamente importante del processo di formazione dei prezzi e sarebbero forse il mezzo più probabile e sicuramente il meno trasparente con cui una major potrebbe intraprendere «un'azione fortemente concorrenziale destinata ad ampliare la sua quota di mercato (ad esempio una riduzione di prezzo)». L'interesse della Commissione per la trasparenza degli sconti non si spiegherebbe direttamente con l'intento di accertare se le major abbiano seguito in passato un'ipotetica linea di azione comune, bensì con quello di verificare se le stesse imprese in situazione di oligopolio avrebbero potuto seguire durevolmente (o durevolmente dopo la concentrazione) tale linea di azione comune mediante un adeguato controllo reciproco. Pertanto, secondo la Commissione, non era necessario dimostrare che una o più major avevano effettivamente ridotto i loro prezzi rispetto a quelli delle altre per mezzo di rilevanti sconti supplementari.

198 In terzo luogo, la ricorrente commetterebbe un errore fondamentale di interpretazione della decisione contestando alla Commissione di confondere la «sufficiente trasparenza del mercato», di cui alla causa decisa con sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, con la necessità di una trasparenza totale

richiamata nella decisione. La decisione menzionerebbe infatti costantemente un «grado di trasparenza sufficiente» (punti 73, 80, 87, 94, 108 e 120 della decisione). La ricorrente ignorerebbe inoltre la natura dell'analisi svolta dalla Commissione in merito al sistema di fissazione dei prezzi. La Commissione avrebbe esaminato gli elementi del prezzo netto di un singolo album venduto a un singolo cliente (PPV, sconto ordinario, eventuale sconto promozionale) e avrebbe concluso che occorrerebbe un grado sufficiente di trasparenza di tutti gli elementi affinché una grande casa discografica potesse avere la ragionevole certezza di conoscere realmente le pratiche di fissazione dei prezzi netti di un'altra casa discografica, espresse a livello di clienti e di album. La Commissione fa valere che non poteva pervenire a tale conclusione in presenza di prove di una relativa trasparenza dei PPV, di alcune prove di una certa trasparenza degli sconti ordinari e di prove certe dell'opacità e della complessità degli sconti promozionali.

199 In quarto luogo, la ricorrente avrebbe commesso un altro errore fondamentale di interpretazione nell'affermare che la Commissione aveva stabilito che i PPV e i prezzi netti medi presentavano un'evoluzione parallela. Tale affermazione sarebbe infondata. La Commissione avrebbe rilevato che, su ciascuno dei grandi mercati, i prezzi lordi reali medi e i prezzi netti reali medi delle parti notificanti hanno avuto un'evoluzione parallela (punti 77, 84, 91, 98 e 105 della decisione), ma non che gli sconti medi erano identici per le due parti della concentrazione (punti 78, 85, 92 e 99 della decisione e osservazioni relative all'allegato B.6). La Commissione sottolinea che gli sconti variano in funzione dei clienti e degli album, nonché nel tempo (punti 79, 86, 93, 100 e 107 della decisione e osservazioni sugli elementi di prova soggiacenti). Gli elementi di prova in questione non dimostrerebbero che un determinato PPV verrà sistematicamente ridotto di una percentuale di sconto fissa e prevedibile a prescindere dalle suddette variabili (v., in particolare, l'allegato B.13).

200 La Commissione afferma inoltre di dover rettificare o chiarire alcune affermazioni della ricorrente:

- le evoluzioni relativamente simili dei prezzi delle major si collocherebbero in una fascia che di regola superava il 10 % (v., ad esempio, l'allegato B.10);

- il riferimento a un numero limitato di PPV fondamentali come punto focale sarebbe attenuato dall'esigenza di monitorare ogni anno almeno 80 album di successo, i cui PPV sono soggetti a oscillazioni;

- i prezzi al dettaglio sono pubblici e quindi di regola osservabili, ma sarebbe difficile per le major seguirne le evoluzioni costanti da un rivenditore all'altro e nel tempo;

- non sussisterebbe alcuna prova del fatto che le relazioni delle parti della concentrazione relative al controllo di alcuni mercati contengano informazioni utili sui prezzi netti dei concorrenti o sui margini dei rivenditori;

- la ricorrente non produrrebbe alcuna prova a sostegno della tesi secondo cui i margini dei rivenditori sono trasparenti e noti con un elevato grado di precisione; tale affermazione non confermata sarebbe contraddetta dalle prove agli atti (allegato B.17), da cui emergerebbe che la fissazione dei prezzi al dettaglio è complessa e imprevedibile. A tal fine sarebbe irrilevante l'osservazione della Commissione secondo cui una deviazione significativa dalle politiche di prezzo attraverso gli sconti risulterebbe dai prezzi netti medi di una grande casa discografica. Tale osservazione sarebbe infatti doppiamente irrilevante; in primo luogo, essa riguarderebbe un fenomeno che, se si fosse verificato, la Commissione avrebbe potuto rilevare avvalendosi dei suoi poteri d'indagine, ma che nessuna grande casa discografica considerata singolarmente avrebbe potuto percepire, dato che non sarebbero trasparenti né i livelli generali di sconto delle major né i loro prezzi netti medi e, in secondo luogo, l'interazione tra i livelli generali di sconto e i prezzi netti medi non fornirebbe alcun indizio dell'esistenza di un legame stabile e trasparente tra i prezzi al dettaglio e i prezzi netti all'ingrosso;

- sussisterebbero solo poche prove affidabili da cui emerga che le major conoscevano nel dettaglio i rispettivi livelli di sconto ordinario e promozionale,

e molte prove in senso contrario, tra cui la complessità degli sconti promozionali, che variano in funzione dei clienti e degli album, nonché nel tempo;

- la Commissione avrebbe esaminato a sufficienza gli sconti applicati dalle parti della concentrazione per concludere che non sussisteva quel grado di reciproca trasparenza tra imprese in situazione di oligopolio che sarebbe necessario per il funzionamento del coordinamento tacito;
- dalla collaborazione tra alcune major ai fini delle compilation e della distribuzione non emergerebbero sufficienti informazioni sulle specifiche complesse decisioni di tutte le major in materia di sconti;
- la ricorrente non produrrebbe alcun elemento di prova da cui emerga che sussiste un rilevante tasso di trasferimento di dirigenti tra le major, o che tale tasso è superiore a quello di altri settori concentrati, né che la conoscenza di un dirigente delle pratiche in materia di sconti, che sono complesse, variano a livello di singoli album e hanno un «ciclo di vita» limitato, nel momento in cui egli lascia una grande casa discografica, sarebbe utile per molto tempo o consentirebbe durevolmente il coordinamento tra tutte le major;
- benché la pubblicazione di classifiche faciliti l'individuazione degli album più venduti, solo raramente verrebbero fornite informazioni sui PPV e mai sugli sconti;
- la decisione non potrebbe essere criticata per il semplice motivo che è diversa dalla comunicazione degli addebiti.

- 201 Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, non sarebbe «relativamente agevole» stabilire i livelli di sconto e di fatto sarebbe praticamente impossibile farlo per gli sconti promozionali. L'affermazione della ricorrente secondo cui gli sconti promozionali rappresentano tra un quarto e un terzo di tutti gli sconti potrebbe essere accolta in generale come base di discussione, ma andrebbe attenuata sotto molteplici aspetti.
- 202 In primo luogo, il livello globale degli sconti in questione varierebbe probabilmente da una grande casa discografica all'altra, al pari del livello degli sconti in generale.
- 203 In secondo luogo, dai valori medi che figurano agli atti emergerebbe che nel 1998 gli sconti promozionali rappresentavano una quota relativamente più elevata degli sconti su fattura in vari paesi; gli sconti su fattura sarebbero quelli con la maggiore incidenza immediata sulle decisioni di acquisto di alcuni album da parte dei clienti.
- 204 In terzo luogo, tale valore medio non rispecchierebbe con precisione la straordinaria complessità e l'opacità della ripartizione degli sconti promozionali in funzione degli album e dei clienti, nonché nel tempo. Anche se le altre condizioni di partecipazione alle campagne possono essere relativamente standardizzate e semplici, le prove di cui dispone la Commissione contraddirebbero manifestamente qualsiasi nozione di standardizzazione o di semplicità della negoziazione settimanale dell'entità e della durata di tali campagne e dell'ammissibilità di alcuni album o clienti.
- 205 In quarto luogo, il fatto stesso che gli sconti promozionali siano incentrati su alcuni album e su alcune campagne e che la loro entità venga adeguata in funzione di ciascun rivenditore probabilmente farebbe sì che tali sconti incidano maggiormente sulle vendite degli album in questione.

- 206 Più importante ancora sarebbe il fatto che la ricorrente non produce prove da cui emerga con certezza che la Commissione ha commesso un errore nel considerare che gli sconti promozionali avessero grande importanza su mercati in cui i 100 album più venduti di ogni grande casa discografica rappresentano la maggior parte delle sue vendite totali in un determinato anno e in un determinato paese, fermo restando che buona parte di tali album non sono in classifica.
- 207 La Commissione avrebbe invece avuto prove (allegato B.13) da cui emergerebbe che anche alcuni album di prezzo elevato e di maggior successo della Sony e della BMG beneficiavano di sconti promozionali.
- 208 La Commissione rileva inoltre che le prove relative all'applicazione effettiva di sconti promozionali in un determinato momento sono pertinenti solo al fine di valutare il grado effettivo di allineamento dei prezzi netti (mentre nella decisione essa ha ritenuto che in generale gli sconti non fossero sufficientemente allineati perché se ne potesse dedurre l'esistenza di una linea d'azione comune). Tuttavia, la trasparenza degli sconti sarebbe importante per sapere se il sistema di fissazione dei prezzi presenti una trasparenza intrinseca sufficiente affinché le major possano stabilire con precisione e in tempo utile se una di loro si discosti da una linea d'azione comune in materia di prezzi netti degli album aumentando gli sconti promozionali. A parte le sue infondate osservazioni relative alla trasparenza dei margini dei rivenditori al dettaglio, la ricorrente non avrebbe dedotto argomenti né prove concrete su quest'ultimo punto, per cui il suo motivo non potrebbe comunque essere accolto.
- 209 Secondo la Commissione, l'osservazione relativa al grado di trasparenza dei prezzi netti nel mercato della musica registrata non era manifestamente basata su una «speculazione» o su un «dubbio non confermato e soggettivo», bensì, al contrario, su prove concrete delle modalità molto complesse e non sufficientemente trasparenti con cui vengono stabiliti gli elementi del prezzo netto finale (PPV, sconto ordinario e promozionale) ai fini della vendita di un determinato album, di contenuto specifico, a un determinato cliente. Pertanto, le prove disponibili non avrebbero potuto essere interpretate nel senso che con ogni probabilità sussiste una trasparenza sufficiente a consentire un'adeguata e tempestiva verifica del rispetto di una linea d'azione comune in materia di prezzi.

210 Per quanto riguarda l'argomento della ricorrente secondo cui un numero limitato di strutture e di regole note e conoscibili rende prevedibili i prezzi medi, la Commissione ricorda che un certo grado di analogia nell'evoluzione dei prezzi netti medi degli album non è sufficiente per dimostrare il coordinamento, dato che i prezzi possono presentare un allineamento considerevole sia in ambiti concorrenziali che in un contesto collusivo, in quanto le imprese reagiscono a fattori esterni analoghi (ad esempio, i prezzi delle «new entry» comuni) nonché ai rispettivi comportamenti sul mercato. La Commissione sostiene che la ricorrente confonde l'individuazione delle modalità di esercizio del coordinamento («regole note e conoscibili») con gli strumenti per verificare il rispetto di tali modalità («trasparenza richiesta»), e ciò varrebbe a maggior ragione in quanto, di regola, nessuna grande casa discografica ha accesso a tutti o almeno ai più importanti dati relativi alla fissazione dei prezzi di tutte le grandi case discografiche in tutte le categorie di album e di clienti esaminati che sarebbe necessario conoscere per stabilire i prezzi netti medi.

211 Inoltre, la ricorrente, pur ammettendo che tali regole e strategie di vendita possono condurre a prezzi e a sconti che variano in misura considerevole a seconda delle categorie di dischi o in funzione dei clienti, non avrebbe precisato quali siano tali regole né come verrebbero stabilite attraverso il coordinamento tacito per una così grande varietà di circostanze. Orbene, le major non potrebbero stabilire se le variazioni dei loro rispettivi prezzi netti medi siano imputabili a una deviazione o a variazioni dell'assortimento di prodotti o del loro successo senza disporre in tempo utile di informazioni precise su tali variazioni nella composizione e nel successo delle loro rispettive offerte di prodotti e la Commissione non avrebbe individuato prove sufficienti del fatto che esse abbiano accesso ad informazioni così dettagliate.

212 La ricorrente non potrebbe limitarsi ad affermare che il coordinamento avrebbe effettivamente luogo a livello delle grandi decisioni strategiche di ogni grande casa discografica sui margini e sui livelli generali di sconto, senza specificare quale possa essere il contenuto di siffatta decisione, o come possano desumersi tali modalità di esercizio del coordinamento, o come si possa vigilare sul loro rispetto, da parte delle major. La Commissione non sarebbe tenuta ad indagare su argomenti così vaghi e non sostenuti da prove.

- 213 Per quanto riguarda la critica della ricorrente relativa al metodo, secondo cui la maggior parte dei dati prodotti dalla Commissione non era ponderata in funzione del volume, la Commissione sottolinea che la questione dell'adeguatezza di un determinato metodo è indissociabile dall'ipotesi che tale metodo dovrebbe confermare o escludere. Orbene, se pure la raccolta di dati ponderati è effettivamente importante per determinare se esista o meno un allineamento soggiacente tra le grandi case discografiche, in generale o per alcuni tipi di album (ad esempio, i 20 album più venduti), tuttavia tale ponderazione dei dati non sarebbe pertinente ai fini dell'esame della complessità e dei suoi effetti sulla trasparenza. Occorrerebbe anche esaminare la variabilità dei prezzi di singoli titoli per comprendere il livello di complessità della fissazione dei prezzi e il grado di trasparenza del mercato.
- 214 La Commissione ricorda che non è irrealistico ipotizzare modalità di esercizio del coordinamento basate sui prezzi netti medi. Essa rileva tuttavia che le cifre relative al grado di analogia osservabile (in mancanza di parallelismo) tra i prezzi netti medi delle grandi case discografiche da essa fornite nella decisione erano ponderate in funzione del volume e che lo stesso vale per i grafici dell'allegato B.4, basati sugli sconti su fattura annui medi concessi a vari clienti comuni delle parti della concentrazione. Anche un numero rilevante di altri dati presentati nel controricorso, in particolare negli allegati B.8, B.9, B.10 e B.13, sarebbe ponderato in funzione del volume e, in ciascun caso, ciò dipenderebbe dalla natura dell'esercizio.
- 215 Tutti i menzionati elementi di prova, ponderati in funzione del volume, sarebbero potenzialmente pertinenti per stabilire se esista o meno un grado elevato di allineamento delle pratiche delle grandi case discografiche o per quanto riguarda la questione se la fissazione dei prezzi sia o meno complessa, questione che sarebbe rilevante per valutare la trasparenza. In quest'ultimo contesto, la questione della ponderazione in funzione del volume non avrebbe grande importanza. La variabilità dei prezzi netti o degli sconti in funzione dei titoli e dei clienti (anche dello stesso tipo) e nel tempo sarebbe importante, a prescindere dai rispettivi quantitativi venduti. Infatti, gli allegati B.6 e B.7 del controricorso dimostrerebbero che, anche per quanto riguarda i 20 album più venduti di ciascuna parte della concentrazione, gli sconti sarebbero soggetti a variazioni rilevanti. Se le major non fossero attrezzate per monitorare tali variazioni in modo sufficientemente rigoroso, una di esse

potrebbe discostarsi da qualsiasi modalità di esercizio del coordinamento in materia di prezzi netti applicando sconti rilevanti, e in particolare sconti promozionali, senza essere scoperta. Ciò varrebbe a maggior ragione se le modalità di esercizio del coordinamento fossero considerate flessibili e occorresse quindi individuare una rilevante applicazione di sconti al di fuori della norma tacitamente concordata per consentire alle altre grandi case discografiche di concludere con sufficiente sicurezza che il responsabile dell'operazione si è discostato dalla norma in questione.

216 Per quanto riguarda l'analisi delle correlazioni effettuata dalla ricorrente, in particolare negli allegati D.2 e D.3, e la critica implicita alla Commissione per non avere sottoposto i dati a tali verifiche, la stessa Commissione ricorda che la questione del metodo non può essere valutata in astratto, senza tenere conto dell'oggetto dell'indagine, che consiste nello stabilire se esista un grado di allineamento che riveli il coordinamento e se sussista una trasparenza tale da consentire il controllo del comportamento sul mercato.

217 La Commissione osserva anzitutto che le parti della concentrazione, durante il procedimento amministrativo, hanno presentato una considerevole quantità di dati sulla correlazione da cui emergevano fattori di correlazione generalmente affidabili, ma che essa ha tuttavia valutato tali contributi con grande prudenza.

218 Del pari, un certo grado di stabilità nel tempo degli sconti concessi da una determinata grande casa discografica non costituirebbe di per sé una prova di coordinamento (v. allegato D.3), giacché, anche in questo caso, ciò potrebbe dipendere in gran parte da fattori stabili, quali le dimensioni del cliente, i tipi di musica acquistati, ecc. Neanche un elevato grado di prevedibilità statistica dimostrerebbe l'esistenza di un coordinamento, per vari motivi: una specifica decisione razionale può essere altamente prevedibile; in mancanza di informazioni che consentano una stima dei livelli di prevedibilità, ciò rimarrebbe un interessante esercizio intellettuale privo di conseguenze pratiche e, analogamente, senza avere accesso alle informazioni sulla pratica reale non si potrebbe verificare l'esattezza

della previsione (proseguimento dell'attuazione di un presunto accordo tacito). Quand'anche le major potessero applicare tali strumenti statistici alle pratiche di fissazione dei prezzi rispettivamente applicate in passato, ciò non potrebbe sostituire il monitoraggio del mercato.

- 219 La Commissione osserva che, contrariamente a quanto afferma la ricorrente, essa non ha «respinto» i dati utilizzati nella comunicazione degli addebiti, che erano ponderati in funzione del volume e dell'entità del settore, a vantaggio dei dati delle parti della concentrazione, che non erano né una cosa né l'altra. Gran parte di tali dati sarebbe menzionata nella decisione (ad esempio, sul grado di analogia dell'evoluzione dei prezzi netti medi) e alcuni sono allegati al controricorso (allegato B.4). La Commissione avrebbe semmai modificato le sue conclusioni provvisorie in merito a ciò che si poteva dimostrare in base a tali dati, alla luce delle informazioni e degli argomenti supplementari presentati dalla Sony e dalla BMG.

Mezzi di dissuasione e meccanismi di compensazione

- 220 La Commissione sostiene che, avendo constatato che non sussisteva una delle tre condizioni cumulative (la trasparenza), essa non ha commesso un errore manifesto di valutazione, né ha commesso un errore di diritto per non avere preso posizione in merito alle altre due condizioni.

Analisi della linea d'azione comune

- 221 La Commissione fa valere anzitutto che la censura della ricorrente si fonda su una premessa di fatto errata, ossia che la conclusione relativa alla trasparenza riguardi esclusivamente «una sola forma di sconto, lo sconto promozionale». Benché gli

sconti promozionali costituiscano una parte essenziale dell'analisi, quest'ultima riguarderebbe più in generale le modalità di fissazione dei prezzi, che sono globalmente molto complesse a livello di album e di cliente, nonché nel tempo, e allo stesso modo i PPV e gli sconti promozionali.

222 La Commissione sostiene inoltre che la ricorrente commette un errore di diritto manifesto in quanto sembra affermare che, se la Commissione potesse provare la convenienza delle major di aderire a una strategia comune, la scarsa trasparenza sarebbe meno rilevante. Questa tesi non sarebbe conforme alla giurisprudenza. A parte una trasparenza sufficiente a consentire il funzionamento del controllo e della dissuasione, la Commissione non conoscerebbe altri mezzi — e la ricorrente non ne proporrebbe alcuno — per provare che una strategia anticoncorrenziale comune definita tacitamente sarebbe vantaggiosa per un gruppo di imprese in situazione di oligopolio e, pertanto, razionale.

223 Benché quote di mercato relativamente stabili possano creare un contesto favorevole all'emergere di una posizione dominante collettiva, esse tuttavia non sarebbero sufficienti a dimostrare un coordinamento tacito effettivo o probabile in mancanza di prove sufficienti della razionalità di tale coordinamento, conformemente alle condizioni economiche cumulative della posizione dominante collettiva riconosciute nella sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 *supra*. La ricorrente non fornirebbe prove supplementari dell'esistenza di una linea d'azione comune consistente nell'evitare le «azioni fortemente concorrenziali». Nessun elemento consentirebbe quindi di affermare che la Commissione ha commesso un errore di valutazione manifesto nel non rilevare tale linea d'azione comune delle major.

224 Per quanto riguarda la scelta dei consumatori e la varietà culturale, la Commissione osserva anzitutto che se non è tenuta ad esporre in una decisione finale i motivi per cui si discosta dalle conclusioni provvisorie della comunicazione degli addebiti in un determinato procedimento, lo stesso deve valere a maggior ragione quando essa si

discosta dalle conclusioni di una comunicazione degli addebiti emessa quattro anni prima nel contesto di un procedimento diverso. La Commissione rileva inoltre che la ricorrente non menziona espressamente alcun argomento di merito né alcun elemento di prova da cui emerga un impoverimento coordinato della creatività, della qualità o della varietà della scelta musicale.

4. Sulla seconda parte

²²⁵ La Commissione afferma che i tre motivi di ricorso basati sul fatto che essa non ha concluso che una posizione dominante collettiva sarebbe rafforzata dalla concentrazione non aggiungono alcunché a quelli relativi alla previa esistenza di tale posizione dominante collettiva. Infatti, se uno di questi ultimi motivi della ricorrente dovesse essere accolto, la decisione sarebbe comunque annullata, mentre, se fosse respinto, ne conseguirebbe che la Commissione avrebbe avuto ragione a non esaminare il presunto effetto di rafforzamento della concentrazione.

C — *Argomenti delle intervenienti*

1. Osservazioni preliminari

²²⁶ Prima di esaminare i vari motivi e argomenti della ricorrente, le intervenienti ritengono necessario formulare quattro osservazioni attinenti al contesto in cui la decisione è stata presa e dev'essere valutata, nonché quattro osservazioni generali sul ricorso.

227 In primo luogo, la Commissione avrebbe svolto un'indagine straordinariamente approfondita durata oltre sei mesi. Fin dall'inizio le parti della concentrazione avrebbero fornito dati e spiegazioni molto consistenti in merito al settore musicale in Europa e all'impatto della concentrazione sulla concorrenza, in particolare sui prezzi dei CD, sulla varietà culturale, sulla scelta dei consumatori, sulle opportunità concorrenziali per le case discografiche indipendenti, sullo sviluppo della musica online o sul rischio di coordinamento delle attività conservate dalla Sony e BMG (v. allegato C.1). Attraverso vari questionari, contenenti oltre 250 quesiti, inviati a circa 1 240 operatori dei mercati (parti della concentrazione, altre major, indipendenti, rivenditori al dettaglio, altri editori, artisti, distributori online), la Commissione avrebbe cercato e ottenuto abbondanti prove e dati su tutte le questioni pertinenti. Le parti della concentrazione avrebbero fornito oltre 30 milioni di prezzi di riferimento e alcuni economisti avrebbero svolto una valutazione precisa dei prezzi di vendita netti medi delle cinque major nei cinque grandi paesi. Vari indipendenti non condividerebbero le inquietudini della ricorrente, ma riterrebbero che la concentrazione sia destinata ad incrementare le opportunità concorrenziali. In base a tutti questi dati, ai pareri di due economisti del settore molto stimati, alle analisi approfondite dei prezzi all'ingrosso e di vendita di cui allo studio RBB e alle dettagliate spiegazioni fornite nella risposta alla comunicazione degli addebiti o nel corso dell'audizione (v. allegato C.3), la Commissione sarebbe giunta alla conclusione che i suoi timori iniziali, in particolare per quanto riguarda il rischio di posizione dominante collettiva, erano infondati.

228 In secondo luogo, la ricorrente commetterebbe un errore per quanto riguarda l'oggetto e lo status giuridico della comunicazione degli addebiti, la cui funzione principale consisterebbe nel consentire alle parti della concentrazione di comprendere le obiezioni iniziali della Commissione affinché possano presentare argomenti e prove contrari (v. art. 18, nn. 1 e 3, del regolamento). Dinanzi a prove di errori, la Commissione dovrebbe abbandonare le censure che risultino infondate (sentenza della Corte 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione, Racc. pag. I-123), come avrebbe fatto in 14 casi su 62 negli ultimi cinque anni (v. allegato C.5). Il processo amministrativo della Commissione sarebbe stato sottoposto a controlli interni completi, il procedimento amministrativo avrebbe garantito che tutti gli interessati potessero presentare gli argomenti e le prove (v. relazione del consigliere-uditore, allegato C.6) e il comitato consultivo avrebbe votato a favore di un'autorizzazione incondizionata (allegato C.7).

- 229 In terzo luogo, le autorità per la concorrenza di tutto il mondo (Stati Uniti, Australia, Canada, Repubblica ceca, Ungheria, Polonia, Romania, Russia, Svizzera, Messico, Sudafrica) sarebbero tutte giunte alla conclusione che l'operazione doveva essere autorizzata incondizionatamente e nessuna di tali decisioni sarebbe stata impugnata. Del pari, nessuna autorità nazionale per la concorrenza che abbia precedentemente esaminato il settore musicale in Europa avrebbe ritenuto che esso fosse soggetto a un coordinamento tacito (v., in particolare, la conclusione dell'Office of Fair Trading del settembre 2002, secondo cui la posizione dominante collettiva non era stata dimostrata, allegato A.16, punto 6.11).
- 230 In quarto luogo, la concentrazione rappresenterebbe una risposta proconcorrenziale al declino (crollo del prezzo di vendita dei CD del 20 % in tre anni, scaricamento non autorizzato di musica tramite Internet, aumento della concorrenza di intrattenimenti alternativi come i film DVD) e alla continua trasformazione del settore musicale. L'instabilità della domanda e l'incertezza per quanto riguarda i futuri modelli commerciali renderebbero la collusione tacita — già improbabile alla luce delle caratteristiche del mercato — ancora più difficile da realizzare o da mantenere (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 139, e *Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali*, punto 45). Del pari, poiché le condizioni del settore sono molto diverse rispetto a quanto non fossero nel 2000, allorché la Commissione ha esaminato la concentrazione tra la EMI e la Time Warner, le conclusioni, per loro natura provvisorie, formulate dalla Commissione in quel caso sarebbero irrilevanti.
- 231 In quinto luogo, la motivazione della decisione sarebbe chiara, convincente e sostenuta da prove abbondanti, restando inteso che la Commissione non è tenuta a indicare i motivi su cui si fonda la sua valutazione di tutti gli elementi di diritto o di fatto (sentenza del Tribunale 8 luglio 2003, causa T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke e a./Commissione*, Racc. pag. II-2275, punti 185-187). L'atto introduttivo dimostrerebbe che la ricorrente ha compreso i motivi dell'autorizzazione.
- 232 In sesto luogo, le decisioni di divieto richiederebbero qualche elemento in più di un semplice equilibrio delle possibilità, dato che, qualora sussistano dubbi sulla

compatibilità o meno di un'operazione, dovrebbe prevalere l'interesse delle imprese che intendono realizzare l'operazione (conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, decisa con sentenza 15 febbraio 2005, Racc. pag. I-987, pag. I-992, paragrafi 74-79).

233 In settimo luogo, le intervenienti ricordano che il Tribunale, se pure effettua un controllo completo delle questioni di diritto e di fatto, tuttavia si limita a verificare se esista un errore manifesto nelle valutazioni economiche complesse del tipo necessario per pronunciarsi sulla creazione o sul rafforzamento di una posizione dominante collettiva (sentenza del Tribunale 3 aprile 2003, causa T-342/00, Petrolessence e SG2R/Commissione, Racc. pag. II-1161, punto 101). Orbene, la ricorrente inviterebbe a più riprese il Tribunale a sostituire la valutazione della Commissione con la propria, sostenendo ad esempio che la Commissione attribuisce troppa importanza all'eterogeneità del prodotto e agli sconti.

234 In ottavo luogo, per quanto riguarda la verifica della posizione dominante collettiva, non si tratterebbe di stabilire se le società siano incentivate ad agire collusivamente, quanto piuttosto di accertare se, date le caratteristiche del mercato, esse possano definire e mantenere tacitamente i termini del coordinamento (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 62). Sarebbe particolarmente importante valutare se il mercato sia sufficientemente trasparente.

2. Esame degli argomenti della ricorrente

a) Sugli sconti promozionali

235 Le intervenienti fanno valere che, siccome il coordinamento dei prezzi non può essere definito o mantenuto senza una sufficiente trasparenza dei prezzi all'ingrosso netti reali, la constatazione che gli sconti promozionali non sono trasparenti è di per sé sufficiente a sostenere la decisione.

236 La decisione avrebbe correttamente accertato il nesso esistente tra, da un lato, l'eterogeneità del contenuto degli album e, dall'altro, le forti variazioni degli sconti promozionali e la mancanza di trasparenza che ne deriva per i prezzi all'ingrosso netti (v. anche allegato C.4, pag. 27). Le presunte prove dimostrerebbero che gli sconti promozionali sono significativi sia per gli album in classifica che per quelli del catalogo dei titoli, che tali sconti variano in misura considerevole in funzione del cliente, dell'album e nel tempo e che essi non erano allineati tra le major (allegati B.2, B.4-B.14, e relazione «data room» riservata). Poiché tali sconti sono variabili, non si potrebbero trarre conclusioni certe dalla semplice osservazione dei PPV. Del pari, i margini dei rivenditori varierebbero molto da un'uscita all'altra e nel tempo e quindi non consentirebbero di dedurre i prezzi netti in base ai prezzi di vendita (v. allegato B.17). Inoltre, la Sony e la BMG non avrebbero controllato metodicamente i prezzi di vendita dei concorrenti né ottenuto sistematicamente dai rivenditori informazioni affidabili sugli sconti offerti dai concorrenti. Infine, le prove dedotte dimostrerebbero che le case discografiche non avevano esercitato azioni di ritorsione, neanche di fronte ai movimenti altamente volatili dei prezzi, il che priverebbe di credibilità qualsiasi meccanismo sanzionatorio (v. allegato C.4, pagg. 5 e 10).

b) Assenza di allineamento

237 I dati relativi ai prezzi netti medi, ai PPV e agli sconti su fattura dimostrerebbero non già un allineamento, bensì, tutt'al più, un'evoluzione parzialmente simile e non consentirebbero di constatare un coordinamento dei prezzi.

238 Dai dati relativi ai prezzi netti medi emergerebbe: in primo luogo, un grado elevato di complessità; in secondo luogo, una grande dispersione e una grande variabilità; in terzo luogo, una notevole volatilità delle classificazioni gerarchiche delle major; in quarto luogo, una grande ampiezza dei prezzi delle major; in quinto luogo, una mancanza di parallelismo.

- 239 Gran parte delle 100 migliori vendite sarebbe generata al di fuori dei PPV individuati nella decisione (punti 76, 83, 90, 97 e 107 della decisione).
- 240 Dagli allegati del controricorso (B.4-B.14) emergerebbe che gli sconti su fattura e i prezzi netti variavano molto da una major all'altra.

c) Mancanza di trasparenza

- 241 La decisione non avrebbe rivelato alcuna prova convincente della trasparenza neanche per quanto riguarda gli elementi di prezzo diversi dagli sconti promozionali. Le formule prudenti utilizzate nella decisione minimizzerebbero la vera forza delle prove soggiacenti relative alla mancanza di sufficiente trasparenza. Infatti, oltre al fatto che in alcuni paesi i PPV non sarebbero né noti né facilmente accessibili, le case discografiche non disporrebbero di informazioni precise sui PPV utilizzati per uno specifico album in un dato momento. Gli sconti ordinari non sarebbero sufficientemente trasparenti per essere coordinati tacitamente. Dei 161 rivenditori al dettaglio interpellati, solo 5 avrebbero affermato che i concorrenti avevano una conoscenza parziale degli sconti degli altri, mentre 10 di loro avrebbero affermato il contrario.

3. Sui vari aspetti non menzionati nella decisione

- 242 Le intervenienti fanno valere che le teorie relative alla potenziale lesione della concorrenza prese in esame sono infondate anche sotto vari profili non menzionati nella decisione. In primo luogo, la Commissione si sarebbe erroneamente concentrata sui prezzi netti medi, mentre il coordinamento non potrebbe avere luogo a livello di prezzi medi, dato che il prezzo dei singoli album non viene fissato

al fine di ottenere un prezzo netto medio particolare e che tale valore medio, in ogni caso, non potrebbe essere osservato dalle altre major. I valori medi potrebbero celare divergenze significative tra i singoli prezzi degli album (v. allegato C.4, nota 12). In secondo luogo, i PPV non fungerebbero da punto focale ai fini dell'allineamento. Ogni grande casa discografica utilizzerebbe anzi, per i suoi album migliori, un'ampia gamma di PPV, che varierebbero nel tempo per lo stesso disco. In terzo luogo, le quote di mercato non sarebbero stabili e una piccola evoluzione potrebbe tradursi in una differenza enorme in termini di redditività.

D — *Giudizio del Tribunale*

1. Considerazioni generali

²⁴³ La ricorrente sostiene che le considerazioni relative all'omogeneità del prodotto, alla trasparenza del mercato, ai mezzi di dissuasione e alla mancanza di meccanismi di compensazione, su cui si basa la conclusione che le major non disponevano, nei mercati della musica registrata, di una posizione dominante collettiva prima della concentrazione progettata, sono viziate da carenza di motivazione, da errori manifesti di valutazione e da errori di diritto.

²⁴⁴ Prima di esaminare le varie censure dedotte dalla ricorrente, occorre anzitutto svolgere alcune osservazioni in merito alla nozione di posizione dominante collettiva, esporre poi brevemente il metodo di analisi con cui la Commissione è giunta alla conclusione controversa e i diversi fattori ed elementi rilevanti relativi all'applicazione nel caso di specie della nozione di posizione dominante collettiva rilevati nella decisione e, infine, precisare i motivi su cui si fonda, nella decisione, la conclusione relativa alla mancanza di una posizione dominante collettiva preesistente.

2. Nozione di posizione dominante collettiva

²⁴⁵ Risulta dalla giurisprudenza della Corte che, nei confronti di una prospettata posizione dominante collettiva, la Commissione è tenuta a valutare, procedendo a un'analisi prospettica del mercato di riferimento, se l'operazione di concentrazione sottoposta al suo vaglio dia origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva in tale mercato venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori (sentenza della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, detta «Kali & Salz», Racc. pag. I-1375, punto 221).

²⁴⁶ Il Tribunale ha dichiarato che una situazione di posizione dominante collettiva che ostacola in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale dello stesso può quindi verificarsi a seguito di una concentrazione qualora, tenuto conto delle caratteristiche stesse del mercato di cui trattasi e della modifica che apporterebbe alla sua struttura la realizzazione dell'operazione, il risultato di quest'ultima fosse che, prendendo coscienza degli interessi comuni, ciascun membro dell'oligopolio dominante ritenesse possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare in modo duraturo una stessa linea d'azione nel mercato allo scopo di vendere al di sopra dei prezzi concorrenziali, senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere ad una pratica concertata ai sensi dell'art. 81 CE, e ciò senza che i concorrenti effettivi o potenziali, o anche i clienti ed i consumatori, possano effettivamente reagire (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punto 276).

²⁴⁷ Nella sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra (punto 62), il Tribunale, come si rileva al punto 68 della decisione, ha dichiarato che affinché possa crearsi una posizione dominante collettiva così definita sono necessarie tre condizioni. In primo luogo, il mercato dev'essere abbastanza trasparente perché le imprese che coordinano il loro comportamento possano vigilare sufficientemente sul rispetto delle modalità del coordinamento. In secondo luogo, la disciplina

impone l'esistenza di una forma di meccanismo di dissuasione in caso di comportamento deviante. In terzo luogo, le reazioni delle imprese che non partecipano al coordinamento, quali i concorrenti attuali o futuri, e le reazioni dei clienti non devono poter mettere in discussione i risultati attesi dal coordinamento.

248 D'altro canto, emerge dalla giurisprudenza della Corte (sentenza *Kali & Salz*, citata al punto 245 supra, punto 222) e del Tribunale (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 63) che l'analisi prospettica che la Commissione è chiamata a svolgere nell'ambito del controllo delle concentrazioni, per quanto riguarda una posizione dominante collettiva, richiede un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante e che la Commissione deve fornire elementi di prova particolarmente solidi.

249 Si deve osservare che, come emerge dal testo stesso delle sentenze sopra richiamate, tale giurisprudenza è stata elaborata nell'ambito della valutazione del rischio che la concentrazione crei una posizione dominante collettiva e non, come nel contesto della prima parte del motivo in esame, nell'ambito dell'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva.

250 Orbene, se è vero che, per valutare il rischio che si crei tale posizione, la Commissione è indotta, per ipotesi, ad effettuare un delicato pronostico circa la probabile evoluzione del mercato e delle condizioni di concorrenza in base a un'analisi prospettica, il che comporta valutazioni economiche complesse per le quali la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale, l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva si basa invece su un'analisi concreta della situazione esistente nel momento in cui viene adottata la decisione. L'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva deve fondarsi su una serie di elementi di fatto certi, pregressi o attuali, da cui emerga che sussiste un ostacolo significativo alla concorrenza sul mercato a causa del potere acquisito da

alcune imprese di adottare congiuntamente la stessa linea d'azione nel mercato di cui trattasi, in misura significativa, indipendentemente dai concorrenti, dalla clientela e dai consumatori.

251 Ne consegue che, per valutare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, le tre condizioni indicate dal Tribunale nella sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, dedotte da un'analisi teorica della nozione di posizione dominante collettiva, se pure indubbiamente anch'esse necessarie, possono tuttavia desumersi indirettamente, se del caso, da un insieme di indizi e di elementi di prova, eventualmente anche molto eterogenei, relativi ai segni, alle manifestazioni e ai fenomeni inerenti alla presenza di una posizione dominante collettiva.

252 Pertanto, in particolare, uno stretto allineamento dei prezzi nel lungo periodo, soprattutto a un livello superiore a quello concorrenziale, unitamente ad altri fattori tipici di una posizione dominante collettiva, potrebbero essere sufficienti, in mancanza di altra spiegazione ragionevole, a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, anche qualora non sussistano solide prove dirette di una forte trasparenza del mercato, dato che quest'ultima, in siffatte circostanze, può essere presunta.

253 Ne consegue che, nella fattispecie, l'allineamento dei prezzi, sia lordi che netti, negli ultimi dieci anni, anche se i prodotti non sono identici (dato che ogni disco ha un contenuto diverso), e il loro mantenimento a un livello piuttosto stabile e percepito come elevato nonostante una notevole riduzione della domanda, unitamente ad altri fattori (potenza delle imprese in situazione di oligopolio, stabilità delle quote di mercato, ecc.) riscontrati dalla Commissione nella decisione, in mancanza di altre spiegazioni, potrebbero suggerire o costituire un indizio nel senso che l'allineamento dei prezzi non è il risultato del normale gioco di una concorrenza effettiva e che il mercato è sufficientemente trasparente in quanto ha consentito un coordinamento tacito dei prezzi.

254 Tuttavia, poiché l'argomento della ricorrente si basa su un'errata applicazione delle molteplici condizioni cui è subordinata l'esistenza di una posizione dominante collettiva, definite nella sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 *supra* e, in particolare, di quella relativa alla trasparenza del mercato, più che sulla tesi secondo cui la constatazione di una politica comune nel lungo periodo, unitamente a una serie di altri elementi tipici di una posizione dominante collettiva, potrebbe essere sufficiente, in alcune circostanze e in mancanza di altre spiegazioni, a dimostrare l'esistenza di tale posizione, se non la creazione della stessa, senza che occorra dimostrare positivamente la trasparenza del mercato, il Tribunale si limiterà, nell'esame dei motivi dedotti, a verificare se la decisione abbia applicato correttamente le condizioni risultanti dalla giurisprudenza *Airtours*. Infatti, senza che occorra stabilire se l'atteggiamento opposto indurrebbe il Tribunale a travalicare l'ambito della controversia definito dalle parti o costituirebbe una semplice applicazione del diritto nel contesto di un motivo dedotto dalla ricorrente, questo *modus operandi* s'impone, in virtù del principio del contraddittorio, in quanto tale questione non è stata discussa dinanzi al Tribunale.

3. Decisione della Commissione

255 Gli elementi della decisione pertinenti ai fini dell'esame del primo motivo possono essere riassunti come segue.

256 Le osservazioni della Commissione relative ai diversi mercati di prodotti e geografici non sono contestate dalle parti. Al punto 12 della decisione, la Commissione ha affermato che «non [era] necessario accertare se [esistessero] mercati di prodotti diversi a seconda dei generi e se [esistesse] un mercato di prodotti separati per le compilation». Al punto 15, essa ha rilevato che «i mercati geografici in questione [erano] considerati nazionali».

- 257 Parimenti, è pacifico che i diversi mercati nazionali hanno una struttura oligopolistica, in cui le cinque major detengono, a seconda dei paesi, tra il 72 e il 93 % del mercato e varie case discografiche considerevolmente più piccole (in prosieguo: le «case discografiche indipendenti») rappresentano una quota compresa all'incirca tra il 15 e il 20 % del mercato.
- 258 Le cinque major sono inoltre caratterizzate, in primo luogo, da una presenza mondiale, in secondo luogo, da un'integrazione verticale parziale, in terzo luogo, da un investimento a monte nel settore dell'edizione musicale e nei mercati della radiodiffusione e della distribuzione di musica online, in quarto luogo, da una potenza finanziaria notevole che consente loro di offrire agli artisti vantaggi finanziari più allettanti e, in quinto luogo, da un portafoglio ampio e diversificato di artisti sotto contratto e da un nutrito catalogo di titoli già prodotti.
- 259 D'altro canto, l'evoluzione della domanda dimostra che le vendite sono in ribasso fin dal 1999 (calo del 13 % nel SEE tra il 1999 e il 2002, e di oltre il 7 % tra il 2002 e il 2003). I prezzi tuttavia sono rimasti abbastanza stabili. L'indagine di mercato della Commissione ha anche individuato spiegazioni diverse da quelle addotte dalle parti della concentrazione per tale calo delle vendite, vale a dire: il livello — percepito come elevato — dei prezzi dei CD, il rallentamento dell'attività economica in generale, l'incapacità delle case discografiche di soddisfare i gusti dei consumatori, la mancanza di contenuti di qualità e di artisti innovativi e l'incapacità delle case discografiche di adeguarsi alla sfida tecnologica di Internet.
- 260 Per quanto riguarda il metodo seguito dalla Commissione, la decisione rileva, al punto 69, che, per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, la Commissione ha esaminato se, nel corso degli ultimi tre o quattro anni, le cinque major avessero effettivamente perseguito una politica di coordinamento dei prezzi.

261 A tal fine, in primo luogo, la Commissione ha analizzato l'evoluzione trimestrale dei prezzi netti medi dei 100 album singoli più venduti di ogni casa discografica, che rappresentano almeno tra il 70 e l'80 % delle loro vendite totali di musica, nei cinque Stati membri più grandi, ritenendo che i prezzi medi costituiscano un valido strumento per stabilire se le grandi case discografiche tengano un comportamento parallelo in materia di prezzi. La Commissione ha quindi esaminato l'evoluzione dei prezzi medi netti, dei PPV, dei rapporti tra prezzi lordi e prezzi netti nonché gli sconti su fattura e gli sconti retroattivi (punto 72 della decisione).

262 In secondo luogo, la Commissione ha esaminato l'eventualità che, in base a un parallelismo dei prezzi medi, i prezzi di catalogo potessero servire come punti di riferimento per il coordinamento dei prezzi.

263 In terzo luogo, la Commissione ha verificato se gli sconti concessi dalle diverse grandi case discografiche fossero allineati e sufficientemente trasparenti da consentire il controllo efficace di un qualsiasi coordinamento sui prezzi, anche a livello di prezzi netti (punto 73 della decisione).

264 Le conclusioni formulate dalla Commissione in termini pressoché identici per ciascuno dei cinque grandi paesi possono essere riassunte come segue:

- la Commissione afferma di «avere riscontrato un certo parallelismo tra i prezzi medi netti reali e un'evoluzione abbastanza simile dei prezzi delle [m]ajor», ma che «[t]ali osservazioni, tuttavia, di per sé non erano sufficientemente decisive per poter dimostrare che le [m]ajor [avevano] coordinato i prezzi in passato»; «[l]a Commissione ha quindi esaminato se elementi supplementari, ossia i prezzi di catalogo e gli sconti, fossero allineati e abbastanza trasparenti da fornire elementi di prova sufficienti a dimostrare l'esistenza del coordinamento»;

- la Commissione «ha individuato alcuni elementi secondo cui i PPV potrebbero essere stati utilizzati come base per allineare i prezzi delle [m]ajor». Ogni grande casa discografica avrebbe generato con tre dei suoi principali PPV, a seconda dei paesi, oltre il 55-80 % del totale delle 100 migliori vendite nette di album singoli nel 2003. La Commissione ritiene quindi che «[a]lla luce di tali osservazioni, i prezzi [di] catalogo degli album più venduti sembrano essere piuttosto allineati» (Regno Unito, Francia e Italia, o allineati in una certa misura in Germania e in Spagna);

- la Commissione ha stabilito peraltro che i PPV erano abbastanza trasparenti, dato che figurano nei cataloghi delle major. Sembra quindi possibile controllare i prezzi di catalogo di altre major;

- i prezzi di vendita netti sono strettamente legati ai prezzi lordi (PPV), data l'evoluzione parallela, negli ultimi sei anni, dei prezzi medi lordi e dei prezzi medi netti reali della Sony e della BMG, nonché la grande stabilità, in qualsiasi momento, del rapporto tra i prezzi netti e i prezzi lordi sulla totalità degli album;

- la Commissione ha tuttavia rilevato una certa variazione del livello degli sconti applicati dalle diverse grandi case discografiche, nonché differenze comprese fra 2 e 5 punti percentuali negli sconti su fattura della Sony e della BMG per la maggior parte dei loro dieci principali clienti e di oltre 5 punti percentuali per taluni clienti in alcuni anni (la situazione è diversa, in una certa misura, per quanto riguarda il mercato francese);

- le parti della concentrazione hanno trasmesso dati da cui emerge che gli sconti su fattura a un determinato cliente variavano nel tempo e da un album all'altro e che gli sconti concessi per un determinato album oscillavano da un cliente all'altro. L'indagine di mercato ha rivelato che tali oscillazioni erano dovute sostanzialmente agli sconti promozionali, utilizzati in modo più flessibile

rispetto agli sconti ordinari, che di regola vengono fissati annualmente. Non si può dimostrare, sulla base di tali osservazioni, che gli sconti su fattura sono sufficientemente allineati tra le parti della concentrazione (la situazione è leggermente diversa in Francia);

- per quanto riguarda la trasparenza degli sconti, dalla maggior parte delle risposte fornite dai clienti durante l'indagine della Commissione sul mercato risulta che le major conoscevano, in una certa misura, gli sconti ordinari concessi dai loro concorrenti, data la loro costante interazione con la stessa clientela. Risulta tuttavia che gli sconti promozionali sono meno trasparenti rispetto a quelli ordinari e che il loro controllo richiede anche un'osservazione rigorosa dell'evoluzione di questo tipo di sconti nel mercato al dettaglio. Benché abbia accertato che sia la Sony che la BMG avevano istituito un sistema di relazioni settimanali elaborate dai loro venditori, la Commissione non ha potuto dimostrare che tali relazioni garantissero un sufficiente grado di trasparenza degli sconti promozionali concessi dai concorrenti.

²⁶⁵ La Commissione ha quindi concluso, al punto 109 della decisione, che «siccome dall'accurata analisi dell'evoluzione dei prezzi delle [m]ajor nei cinque principali Stati membri erano emersi alcuni indizi di coordinamento che di per sé non erano sufficienti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, la Commissione [aveva] approfondito ulteriormente l'analisi, al fine di stabilire se i mercati della musica registrata presentassero caratteristiche tali da facilitare questo tipo di posizione dominante».

²⁶⁶ A tal fine, la Commissione ha esaminato l'omogeneità del prodotto (punto 110 della decisione impugnata), la trasparenza del mercato (punti 111-113 della decisione) e l'esercizio di misure di ritorsione (punti 114-118 della decisione).

- 267 Per quanto riguarda l'omogeneità del prodotto, la Commissione ha constatato che l'eterogeneità del contenuto e i suoi effetti sui prezzi riducono la trasparenza nel mercato e rendono più difficili gli accordi taciti, dato che questi ultimi presuppongono un certo controllo a livello di singolo prodotto, ossia di album.
- 268 Per quanto riguarda la trasparenza del mercato, la Commissione ha ritenuto che le major dovessero controllare solo i prezzi di riferimento di un numero limitato di album tra quelli più venduti per monitorare la maggior parte delle vendite. Tuttavia, la Commissione osserva che è necessario anche un controllo a livello di album, in particolare per quanto riguarda gli sconti promozionali, e che tale esigenza potrebbe rendere più difficili gli accordi taciti (punto 111 della decisione).
- 269 Per quanto riguarda le misure di ritorsione, il punto 118 della decisione spiega che la Commissione non ha riscontrato prove dell'esercizio di tali misure in passato, il che avrebbe provato l'esistenza di una posizione dominante collettiva.
- 270 Senza formulare in questa fase della decisione alcuna conclusione per quanto riguarda l'esistenza di una posizione dominante collettiva nei cinque grandi paesi, la Commissione ha poi esaminato i mercati dei piccoli paesi e ha svolto rilievi analoghi.
- 271 In particolare, essa ha osservato che esiste un elevato livello di parallelismo tra i PPV delle diverse major. Essa ha rilevato che, come nei cinque grandi paesi, gli sconti maggiormente applicati sono gli sconti ordinari. Gli sconti su fattura non sono standard né sono resi pubblici e determinano una riduzione della trasparenza. Tenuto conto dell'importanza degli sconti su fattura e delle differenze tra gli stessi, la Commissione non ha rilevato elementi di prova sufficienti per dimostrare che un parallelismo dei prezzi netti medi fosse imputabile a una collusione tacita tra le major, anche se i PPV erano fortemente allineati e, in linea di massima, potevano essere utilizzati come base di una collusione tacita (punto 150 della decisione).

272 Inoltre, le considerazioni relative all'omogeneità del prodotto, alla trasparenza del mercato e alle misure di ritorsione per i grandi paesi valgono anche per i piccoli paesi del SEE.

273 La Commissione ne ha dedotto, al punto 153, che, «in tali circostanze, non sussistono elementi di prova sufficienti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva delle [major] sui mercati nazionali della musica registrata [nei piccoli paesi]».

274 In base alle considerazioni che precedono, la Commissione ha concluso, al punto 154, che non sussistevano elementi di prova sufficienti a dimostrare che il progetto di operazione avrebbe comportato il rafforzamento di una posizione dominante collettiva sui mercati della musica registrata in uno qualsiasi dei paesi del SEE.

275 Risulta da quanto precede che la Commissione ha concluso nel senso che non sussisteva una posizione dominante collettiva sulla base dell'omogeneità del prodotto, della trasparenza del mercato e dell'esercizio delle misure di ritorsione.

276 Ciò trova conferma nel punto 157, che è così formulato:

«Come si è rilevato nella sezione relativa al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, i mercati della musica registrata presentano alcune caratteristiche che possono lasciar supporre la presenza di condizioni favorevoli all'esistenza di una posizione dominante collettiva. Orbene, la Commissione non ha riscontrato elementi di prova sufficienti a dimostrare che le [major] hanno detenuto

in passato una posizione dominante collettiva; ciò è dovuto segnatamente alle carenze rilevate a livello di trasparenza reale, alle caratteristiche parzialmente eterogenee del prodotto e alla mancanza di elementi da cui emerga l'esistenza di misure di ritorzione in passato».

277 Le varie censure formulate dalla ricorrente vanno esaminate alla luce di tali considerazioni.

4. Trasparenza

a) Sulle censure relative alla carenza di motivazione

278 La ricorrente afferma, in sostanza, che la decisione non spiega sufficientemente i motivi per cui gli sconti, in particolare quelli promozionali, costituiscono un ostacolo alla trasparenza necessaria per consentire l'instaurarsi di una posizione dominante collettiva.

279 In limine va ricordato che, secondo costante giurisprudenza, la motivazione prescritta dall'art. 253 CE dev'essere adeguata alla natura dell'atto e deve fare apparire in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo. La necessità della motivazione dev'essere valutata in funzione delle circostanze del caso, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone da questo riguardate direttamente e individualmente possano avere a ricevere spiegazioni (v. sentenza della Corte 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, Commissione/Sytraval e Brink's France, Racc. pag. I-1719, punto 63, e giurisprudenza ivi citata).

- 280 L'accertamento del se la motivazione di un atto soddisfi le condizioni di cui all'art. 253 CE va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia (sentenza della Corte 29 febbraio 1996, causa C-56/93, Belgio/Commissione, Racc. pag. I-723, punto 86, e sentenza del Tribunale 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione, Racc. pag. II-2137, punto 150).
- 281 Quando la Commissione dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune in forza dell'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento, è condizione necessaria e sufficiente per il rispetto del dovere di motivazione il fatto che tale decisione esponga in maniera chiara e univoca le ragioni per le quali la Commissione ritiene che la concentrazione controversa non sollevi seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune. Tuttavia, non si può dedurre da tale obbligo che, in un caso del genere, la Commissione sia obbligata a motivare la sua valutazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto che possono eventualmente presentare un collegamento con l'operazione di concentrazione notificata e/o che sono stati sollevati durante il procedimento amministrativo (v. sentenza *Verband der freien Rohrwerke e a./Commissione*, citata al punto 231 supra, punto 185, e giurisprudenza ivi citata).
- 282 Occorre esaminare anzitutto l'incidenza della circostanza, sottolineata dalla ricorrente, che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva concluso molto chiaramente che la concentrazione era incompatibile con il mercato comune perché, in particolare, esisteva una posizione dominante collettiva già prima della concentrazione proposta e il mercato della musica registrata era molto trasparente e particolarmente favorevole al coordinamento.
- 283 È vero che questo capovolgimento della posizione della Commissione può sembrare sorprendente, visto in particolare il ritardo con cui è intervenuto. Infatti, come risulta dagli atti e dal dibattimento dinanzi al Tribunale, per tutto il procedimento amministrativo la Commissione, in base a tutte le informazioni fornitele durante cinque mesi di indagini sia da vari operatori del mercato che dalle parti della concentrazione, ha ritenuto che il mercato fosse sufficientemente trasparente da

consentire un coordinamento tacito dei prezzi e solo dopo che le parti della concentrazione, assistite dal loro consulente economico, hanno esposto i propri argomenti durante l'audizione del 15 e del 16 giugno 2004 essa, senza effettuare nuove indagini sul mercato, ha adottato la posizione opposta e, in data 1° luglio 2004, ha trasmesso il progetto di decisione al comitato consultivo.

284 Tuttavia, come fa valere giustamente la Commissione, risulta dalla giurisprudenza (sentenza BAT e Reynolds/Commissione, citata al punto 105 supra) che la stessa Commissione, quando respinge una domanda presentata a norma dell'art. 3 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli articoli [81] e [82] del Trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204), può limitarsi ad esporre i motivi per i quali non ha ritenuto possibile dimostrare l'esistenza di una trasgressione delle norme sulla concorrenza, senza dover spiegare eventuali differenze rispetto alla comunicazione degli addebiti, la quale costituisce un documento preparatorio le cui valutazioni sono di natura puramente provvisoria e destinate a delimitare l'oggetto del procedimento amministrativo nei confronti delle imprese cui il procedimento stesso si riferisce, né discutere tutti i punti di fatto e di diritto trattati durante il procedimento amministrativo. Nella sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, citata al punto 228 supra, la Corte ha ricordato il carattere provvisorio della comunicazione degli addebiti e l'obbligo della Commissione di tenere conto delle risultanze del procedimento amministrativo, tra l'altro per rinunciare agli addebiti che si siano rivelati infondati.

285 Si deve rilevare, è vero, che tale giurisprudenza è stata elaborata in relazione a procedimenti di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE e non nel settore specifico del controllo delle concentrazioni, nel cui ambito il rispetto dei termini tassativi cui è soggetta l'adozione delle decisioni da parte della Commissione non consente a quest'ultima di prorogare la sua indagine e rende quindi sempre meno probabile un cambiamento fondamentale di posizione man mano che avanza il procedimento amministrativo. Nelle sue osservazioni finali, inoltre, la Commissione ha sottolineato che le misure di indagine adottate dopo l'audizione consistono essenzialmente nel consultare gli operatori di mercato in merito agli impegni proposti e non riguardano gli addebiti formulati nei confronti dell'operazione di concentrazione notificata. Ciò non toglie, tuttavia, che la comunicazione degli addebiti costituisce solo un atto preparatorio e che la decisione finale dev'essere motivata solo per quanto riguarda

tutte le circostanze e tutti gli elementi pertinenti ai fini della valutazione degli effetti della concentrazione proposta sul gioco della concorrenza nei mercati di riferimento. Ne consegue che, di per sé, il semplice fatto che la Commissione non abbia spiegato, nel testo della decisione, il suo cambiamento di posizione rispetto a quella contenuta nella comunicazione degli addebiti non può costituire un difetto o una carenza di motivazione.

286 Inoltre, la Commissione invoca la giurisprudenza secondo cui, se una concentrazione modifica solo in misura molto limitata la situazione della concorrenza di un determinato mercato, essa non è tenuta a fornire una motivazione specifica sulla questione, né viene meno al suo obbligo di motivazione se non include nella decisione una motivazione precisa per quanto riguarda la valutazione di un certo numero di aspetti della concentrazione che le sembrano manifestamente irrilevanti o privi di significato. Se pure tali affermazioni sono esatte, si deve osservare che esse sono irrilevanti nel contesto della censura in esame. Infatti, da un lato, la censura in questione non riguarda una modifica limitata indotta dalla concentrazione, bensì la situazione preesistente a quest'ultima, e, dall'altro, è innegabile che la mancanza di sufficiente trasparenza del mercato costituisce il motivo fondamentale, se non l'unico, su cui si fonda la controversa valutazione relativa alla mancanza di posizione dominante collettiva preesistente.

287 Alla luce di tali osservazioni preliminari, si deve esaminare se la decisione contenga una motivazione sufficiente della conclusione secondo cui il mercato non è sufficientemente trasparente da consentire il coordinamento dei prezzi.

288 L'esame della questione della trasparenza del mercato è oggetto di una sezione ad hoc ai punti 111-113 della decisione. Risulta tuttavia che la decisione contiene osservazioni sulla trasparenza anche nella sezione relativa all'esame della politica comune delle major in materia di prezzi nei cinque grandi Stati membri, ai punti 69-108, cui fa riferimento la sezione ad hoc, nonché nella sezione relativa alla valutazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva nei mercati dei piccoli paesi, ai punti 148-153, a cui la sezione ad hoc non fa alcun riferimento. Occorre quindi esaminare in ordine successivo i motivi esposti nelle tre sezioni sopra indicate.

289 Per quanto riguarda la sezione ad hoc, si deve osservare, in limine, che essa contiene solo tre punti, nonostante la trasparenza costituisca nella fattispecie, secondo la decisione e ancor più secondo la tesi sostenuta dalla Commissione nelle memorie presentate al Tribunale, il motivo fondamentale, se non l'unico, su cui si basa l'affermazione che non sussiste una posizione dominante collettiva nei mercati della musica registrata. Va inoltre rilevato che nella suddetta sezione non si è concluso che il mercato non è trasparente, né che esso non è sufficientemente trasparente da consentire una collusione tacita. Tutt'al più vi si rileva, da un lato, al punto 111 in fine, che l'esigenza di effettuare un controllo a livello di album, in particolare per gli sconti promozionali, «potrebbe ridurre la trasparenza nel mercato e rendere più difficili gli accordi taciti» e, dall'altro, al punto 113 in fine, che «la Commissione tuttavia non ha rilevato abbastanza elementi da dimostrare che, controllando i prezzi al dettaglio o utilizzando tali contatti con i rivenditori, le grandi case discografiche erano riuscite, in passato, a compensare la mancanza di trasparenza in materia di sconti promozionali, evocata in relazione ai cinque grandi Stati membri». È evidente che tali affermazioni, che sono vaghe e non forniscono la minima precisazione per quanto riguarda, in particolare, la natura degli sconti promozionali, le circostanze in cui essi possono essere applicati, il loro grado di opacità, la loro entità o il loro impatto sulla trasparenza dei prezzi, non bastano a giustificare la conclusione secondo cui il mercato non è sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva.

290 Risulta inoltre che, a parte i due estratti sopra menzionati, tutti i fattori rilevati ai punti 111-113 della decisione, lungi dal dimostrare l'opacità del mercato, ne evidenziano semmai la trasparenza.

291 Al punto 111 si menzionano infatti il numero limitato di prezzi di riferimento e il fatto che le major devono controllare solo i prezzi di riferimento di un numero limitato di album tra quelli più venduti per monitorare la maggior parte delle vendite, dato che i 20 titoli più venduti rappresentano almeno la metà delle vendite annuali in tutti i paesi.

292 Non solo: il punto 112 dichiara che «sul mercato esistono altri dispositivi che accrescono la trasparenza e potrebbero facilitare la verifica del rispetto di un accordo». Tra essi figura anzitutto la pubblicazione di classifiche settimanali che forniscono informazioni sulle vendite a livello di titolo e consentono di individuare molto facilmente i titoli che diventano «hit», il che, si precisa, «facilita considerevolmente il controllo da parte delle grandi case discografiche». Si spiega inoltre che la natura del mercato della musica registrata è tale che, per «riuscire economicamente, un rivenditore di musica al dettaglio deve proporre i prodotti di tutte le grandi case» e che il «settore è quindi caratterizzato da relazioni stabili e durevoli tra rivenditori e grandi case discografiche». Nello stesso punto, la Commissione rileva altresì che, «[i]noltre, gran parte delle vendite di musica registrata delle [major] viene effettuata a un numero limitato di clienti» e conclude quindi che «[t]ale situazione, caratterizzata dalla presenza di un numero modesto di operatori sul mercato, favorisce l'adozione di strategie di cooperazione funzionali agli interessi delle grandi case discografiche, in quanto facilita il controllo e la circolazione delle informazioni».

293 Si deve ancora rilevare che tale elenco di dispositivi e di fattori che accrescono la trasparenza e facilitano la verifica del rispetto degli accordi prosegue nell'ultimo punto della sezione ad hoc relativa alla trasparenza del mercato. La Commissione rileva infatti, al punto 113, che un'«altra fonte di trasparenza è il monitoraggio del mercato al dettaglio». Essa precisa al riguardo che «[d]all'indagine di mercato è emerso che la Sony e la BMG [avevano] messo in atto un sistema di relazioni settimanali (...) che contenevano anche informazioni sui concorrenti». La Commissione rileva infine che l'indagine «ha anche confermato che i venditori delle grandi case discografiche [avevano] contatti regolari e costanti con i rivenditori al dettaglio e con i grossisti e che le contrattazioni sulle azioni e gli sconti promozionali [avevano] spesso luogo su base settimanale».

294 Risulta da quanto precede che, nella sezione ad hoc della decisione dedicata all'esame della trasparenza, non solo la Commissione non ha concluso che il mercato era opaco o non sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva, ma ha anche fatto riferimento solo a fattori idonei a determinare una forte trasparenza del mercato e a facilitare la verifica del rispetto di

un accordo collusivo, con la sola eccezione dell'affermazione, di portata piuttosto limitata e non confermata, secondo cui gli sconti promozionali potevano ridurre la trasparenza e rendere più difficili gli accordi taciti. Si deve quindi rilevare che tale sezione è palesemente inidonea, di per sé, a giustificare la tesi secondo cui il mercato non sarebbe sufficientemente trasparente.

295 Occorre quindi esaminare se tale motivazione figuri nella sezione relativa all'analisi della politica comune delle major in materia di prezzi.

296 In limine, può essere utile ricordare che il metodo seguito e gli accertamenti effettuati sono identici, salvo leggerissime variazioni, per i mercati dei cinque grandi paesi; pertanto le osservazioni che seguono, formulate in relazione al Regno Unito, valgono, *mutatis mutandis*, per tutti e cinque i grandi mercati.

297 Dopo avere riscontrato un'evoluzione parzialmente simile dei prezzi medi netti reali e un'evoluzione analoga dei prezzi delle major nel Regno Unito, la Commissione afferma, al punto 75 della decisione, di avere successivamente esaminato se elementi supplementari, ossia i prezzi di catalogo e gli sconti, fossero allineati e abbastanza trasparenti da fornire elementi di prova sufficienti a dimostrare il coordinamento.

298 Si deve osservare, preliminarmente, che nella suddetta sezione la Commissione intende esaminare se il comportamento delle major sia idoneo a dimostrare l'esistenza di un coordinamento. Orbene, nelle memorie presentate al Tribunale la Commissione ha sottolineato a più riprese che non si deve confondere la politica comune degli operatori del mercato con la prova della trasparenza di quest'ultimo e ha precisato che neanche un sostanziale allineamento delle condizioni applicate sarebbe idoneo a dimostrare la trasparenza del mercato. Ne consegue che, secondo la stessa tesi della Commissione, le osservazioni relative alle pratiche delle major in

materia di prezzi e di sconti sono irrilevanti al fine di valutare la trasparenza del mercato. Pertanto, le osservazioni contenute in tale sezione non dovrebbero consentire di supplire alla carenza di motivazione sopra rilevata. Tuttavia, poiché questa tesi non è conforme alla decisione, il Tribunale ritiene che occorra stabilire se le osservazioni svolte nella suddetta sezione possano fornire una motivazione sufficiente a concludere che il mercato non era trasparente.

299 Per quanto riguarda, in primo luogo, i PPV, la Commissione ha rilevato che ogni grande casa discografica ha generato con i suoi tre principali PPV oltre l'80 % delle 100 migliori vendite nette di album singoli nel 2003 e che, inoltre, uno o due PPV rientranti in una fascia di 17 pence (tra GBP 8,98 e GBP 9,15) rappresentavano oltre il 47 % delle 100 vendite migliori (i dati sono abbastanza simili negli altri grandi paesi; uno o due PPV compresi in una fascia di EUR 0,36 – tra EUR 12,55 e EUR 12,91 – rappresentavano, ad esempio, oltre il 60 % delle 100 migliori vendite in Italia). La Commissione ha concluso che «i prezzi [di] catalogo degli album più venduti sembrano essere piuttosto allineati». Si deve rilevare che si tratta in questo caso di una conclusione per lo meno prudente, dato che l'allineamento è effettivamente molto marcato.

300 A tale proposito si deve osservare che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione non aveva semplicemente rilevato che i prezzi erano «piuttosto allineati», bensì che essi erano «sostanzialmente allineati» (secondo il punto 82 della comunicazione degli addebiti, «i PPV sono fissati gli uni molto vicini agli altri» e il punto 87 parla di un «allineamento sostanziale»). Per quanto riguarda i 20 dischi più venduti, la Commissione aveva anche menzionato un allineamento quasi completo (v. punti 85 e 86 della comunicazione degli addebiti), ma tale elemento d'analisi non viene ripreso nella decisione, senza tuttavia che la Commissione, interrogata al riguardo in udienza, affermi che l'analisi era inesatta o sappia spiegare i motivi dell'esclusione di tale elemento di analisi. Inoltre, il punto 72 della decisione cita solo quattro elementi su cui si basa l'analisi della politica comune in materia di prezzi, mentre il punto 75 della comunicazione degli addebiti faceva riferimento a un quinto elemento. Orbene, se è vero che, come si è ricordato in precedenza, la comunicazione degli addebiti è solo un documento provvisorio e la Commissione ha il diritto, o meglio l'obbligo, di modificare la sua posizione alla luce delle

informazioni raccolte durante l'indagine, essa tuttavia non può escludere alcuni elementi pertinenti solo perché potrebbero non essere compatibili con la sua nuova valutazione.

301 In ogni caso, anche prendendo in considerazione solo le osservazioni riprese nella decisione, la Commissione ha concluso che i prezzi di catalogo erano piuttosto allineati.

302 Del pari, il punto 76 della decisione enuncia che i PPV sono «abbastanza trasparenti, dato che figurano nei cataloghi delle grandi case discografiche» e che «sembra quindi possibile controllare i prezzi [di] catalogo di altre grandi case discografiche». Benché tale valutazione sia, anche in questo caso, molto prudente e fortemente attenuata rispetto a quella operata nella comunicazione degli addebiti (il cui punto 81 spiega infatti che «[l]a Commissione ritiene che sia estremamente facile per le major controllare i PPV ai quali vengono immessi sul mercato i nuovi album di successo, in quanto tali PPV possono essere consultati dal pubblico nei cataloghi delle major»), ciò non toglie che essa evidenzi un ulteriore elemento che favorisce la trasparenza del mercato. Il carattere pubblico dei prezzi lordi (i prezzi di catalogo) riveste indubbiamente un'importanza considerevole per la trasparenza in materia di prezzi.

303 Risulta quindi che, secondo la stessa decisione, i prezzi di catalogo, nei due aspetti esaminati dalla Commissione, allineamento e trasparenza, costituiscono un fattore di trasparenza del mercato.

304 Per quanto riguarda, in secondo luogo, gli sconti, il punto 78 della decisione dichiara che la Commissione ha rilevato «una certa variazione degli sconti applicati dalle grandi case» e che «gli sconti su fattura sono di gran lunga, rispetto alle altre forme di sconto (accordi di cooperazione commerciali e sconti retroattivi), le più importanti riduzioni di prezzo applicate». Essa verifica quindi, da una parte, l'allineamento degli sconti su fattura e, dall'altra, la loro trasparenza.

305 Per quanto riguarda l'allineamento degli sconti, il punto 79 della decisione spiega che «la Commissione ha riscontrato un certo grado di oscillazione da un cliente all'altro, nonché differenze comprese fra 2 e 5 punti percentuali negli sconti su fattura della Sony e della BMG per la maggior parte dei loro [dieci] principali clienti, e di oltre 5 punti percentuali per taluni clienti in alcuni anni». Lo stesso punto menziona inoltre il fatto che «tali oscillazioni erano dovute per lo più agli sconti promozionali, utilizzati con maggiore flessibilità rispetto agli sconti ordinari, che di regola vengono fissati annualmente» e conclude che «sulla base di tali osservazioni non si [poteva] dimostrare che gli sconti su fattura [fossero] sufficientemente allineati tra le parti [della concentrazione]».

306 In via preliminare va osservato che, come si è rilevato in precedenza, l'analisi verte dunque sul comportamento adottato dalle major, e non sulle caratteristiche oggettive del mercato, per cui tale osservazione ha tutt'al più un'importanza relativa al fine di valutare il grado di trasparenza del mercato. La Commissione ha sottolineato al riguardo che la constatazione di un parallelismo tra i prezzi netti medi delle grandi case discografiche o di una notevole stabilità degli sconti medi di una determinata casa discografica non costituiva una prova né del coordinamento tacito né della trasparenza necessaria e che il «grado di allineamento o di stabilità a livello globale non può sostituire prove significative e concordanti di una trasparenza sufficiente per consentire alle [imprese in situazione di oligopolio] di controllare reciprocamente il rispettivo comportamento sul mercato». Si deve quindi concludere che l'esame dell'allineamento degli sconti non costituisce, secondo la Commissione, un adeguato metodo di valutazione della trasparenza del mercato, dato che, sempre secondo la Commissione, tale trasparenza non è dimostrata neanche dall'allineamento degli sconti. Questo metodo, infatti, sarebbe appropriato solo se consentisse di accertare sia la trasparenza che la mancanza di trasparenza. Tuttavia, poiché questa tesi della Commissione, come si è rilevato in precedenza, non trova sufficiente sostegno nella decisione, il Tribunale esaminerà se le osservazioni contenute nei punti 78 e 79 dimostrino sufficientemente la mancanza di trasparenza del mercato.

307 Va osservato anzitutto che la variazione dei livelli generali di sconto su fattura applicati dalle parti della concentrazione, rilevata al punto 78 della decisione, è molto modesta, ossia [riservato] tra il 2 il 5 % delle rispettive vendite totali lorde nel Regno Unito. In Italia, tale variazione è quasi nulla, ossia [riservato] tra lo 0 e il 5 %

(punto 99 della decisione). Del pari, le differenze comprese fra il 2 e il 5% [*riservato*] negli sconti su fattura delle parti della concentrazione per la maggior parte dei loro dieci principali clienti, rilevate al punto 79 della decisione, sono molto modeste. Ne consegue che i dati riportati nei punti 78 e 79, nonché nei punti corrispondenti per gli altri grandi paesi, non giustificano la conclusione secondo cui gli sconti su fattura non sono sufficientemente allineati.

308 Risulta inoltre che, secondo il tenore letterale della decisione, tale modesta variazione sembra insignificante. Il punto 77 della decisione spiega infatti che «[l]’analisi della Commissione ha dimostrato che i prezzi di vendita netti sono strettamente legati ai prezzi lordi (PPV), data l’evoluzione parallela, negli ultimi sei anni, dei prezzi medi lordi e dei prezzi medi netti reali della Sony e della BMG, nonché la grande stabilità, in qualsiasi momento, del rapporto tra i prezzi netti e i prezzi lordi su tutti gli album». Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il punto 77 della decisione non si limita a rilevare un’evoluzione parallela dei soli prezzi lordi e netti medi per tutti gli album (ossia la stabilità dello sconto medio sulla totalità delle vendite), che maschererebbe quindi le eventuali differenze negli sconti concessi sui singoli album, ma ha anche riscontrato una stabilità degli sconti per singolo album e nel tempo. Infatti, se la seconda parte della frase del punto 77 riguardasse, come sostiene la Commissione, il rapporto tra i prezzi medi lordi e netti, essa sarebbe superflua, dato che tale rapporto è sinonimo della distanza tra i prezzi lordi e quelli netti, la cui stabilità viene osservata nella prima parte della frase. Ciò emerge molto chiaramente dalla versione facente fede della decisione, che utilizza il termine «ratios» al plurale (rapporti tra i prezzi lordi e i prezzi netti per album e nel tempo, molto stabili). Inoltre, il punto 90 della comunicazione degli addebiti precisa che la Commissione ha constatato che «i rapporti tra i prezzi lordi e i prezzi netti erano molto stabili per album e nel tempo per le singole uscite esaminate dalla Commissione». Del pari, il punto 75, iv), della comunicazione degli addebiti spiega che la Commissione ha analizzato l’evoluzione delle vendite lorde e nette dei singoli album e precisa, nella nota 47, che «era stata effettuata un’analisi individuale dei prezzi lordi e netti delle dieci migliori vendite della BMG e della Sony nel 2002».

- 309 D'altro canto, emerge dall'ultima frase del punto 77 della decisione che gli sconti non sono tali da incidere realmente sulla trasparenza del mercato in materia di prezzi risultante, tra l'altro, dai prezzi pubblici di catalogo, poiché si rileva che «[s]e le grandi case discografiche si fossero discostate in misura significativa dalle politiche concordate in materia di prezzi concedendo sconti, tale deviazione si sarebbe manifestata nei loro prezzi medi netti».
- 310 Inoltre, se pure la Commissione fa valere nelle sue memorie che i dati relativi ai prezzi medi netti o agli sconti medi non sono tali da dimostrare un allineamento o un coordinamento e che contano solo le singole decisioni di fissazione dei prezzi, si deve rilevare che tale argomento non trova sostegno nella decisione. Il punto 70 della decisione spiega infatti che «[l]a Commissione ritiene che i prezzi medi costituiscano un valido strumento per stabilire se le grandi case discografiche tengano un comportamento parallelo». Peraltro, se, come ha sostenuto la Commissione dinanzi al Tribunale, le osservazioni relative alla politica dei prezzi non fossero pertinenti al fine di valutare la trasparenza, ne conseguirebbe che le osservazioni relative agli sconti formulate ai punti 78-80 della decisione (e nei punti corrispondenti per i mercati degli altri grandi paesi) non potrebbero contenere la motivazione relativa alla mancanza di trasparenza, dato che gli sconti costituiscono una componente dei prezzi e vengono analizzati nell'ambito dell'esame del coordinamento in materia di prezzi.
- 311 Discende da quanto precede che le osservazioni relative all'allineamento degli sconti su fattura, contenute nei punti 78 e 79 della decisione (e nei punti corrispondenti per gli altri grandi paesi), non possono giustificare l'affermazione secondo cui la trasparenza del mercato è insufficiente.
- 312 Per quanto riguarda la trasparenza degli sconti, il punto 80 della decisione spiega che «dalle risposte fornite dai clienti britannici durante l'indagine sul mercato realizzata dalla Commissione emerge che la maggior parte delle grandi case discografiche conoscevano, in una certa misura, gli sconti ordinari concessi dai concorrenti, data la loro costante interazione con la medesima clientela». Tale

constatazione viene ripresa, in termini identici, in relazione ai cinque grandi paesi (punti 87, 94, 101 e 108 della decisione). Senza che occorra esaminare, ai fini dell'analisi della censura relativa all'inosservanza dell'obbligo di motivazione, la fondatezza di tale osservazione, va subito rilevato che essa sembra presentare il grado di trasparenza del mercato in una forma molto attenuata, dati gli elementi su cui si fonda. In particolare, per quanto riguarda l'Italia, non è facile capire come la Commissione abbia potuto ritenere che dalle risposte dei clienti emergesse che «la maggior parte» delle major conoscevano solo «in una certa misura» gli sconti concessi dai concorrenti, dato che la nota 55 della decisione spiega che «[i] cinque rivenditori italiani al dettaglio che hanno risposto alla domanda hanno affermato che le grandi case discografiche conoscevano i PPV e gli sconti applicati dai concorrenti». Del pari, per quanto riguarda la Francia, emerge dalla nota 49 della decisione che tre rivenditori su quattro hanno dichiarato che le grandi case discografiche conoscevano i PPV e gli sconti applicati sul mercato dai concorrenti.

- 313 Si deve inoltre rilevare che, per alcuni paesi, le note esplicative non formulano alcuna distinzione tra gli sconti ordinari e quelli promozionali e pertanto non emergono i motivi per i quali la Commissione ha dedotto dalle risposte dei clienti che le major avevano una certa conoscenza solo degli sconti ordinari e non degli sconti promozionali.
- 314 In ogni caso, si deve rilevare che, secondo la stessa decisione, la Commissione ha ritenuto che sussistesse una certa trasparenza degli sconti ordinari.
- 315 Risulta quindi che l'unico elemento di opacità rilevato nella decisione consiste nell'affermazione, contenuta nel punto 80 (e nei punti corrispondenti per gli altri grandi paesi), secondo cui «risulta tuttavia che gli sconti promozionali sono meno trasparenti degli sconti ordinari e il loro controllo richiede anche un'osservazione rigorosa dell'evoluzione di questo tipo di sconti nel mercato al dettaglio».

- 316 Al riguardo si deve rilevare anzitutto che non si afferma che gli sconti promozionali sono opachi, ma solo che essi sono «meno trasparenti degli sconti ordinari» e che il loro controllo richiede un'osservazione rigorosa. Si precisa inoltre che la Commissione ha accertato che la Sony e la BMG avevano istituito un sistema di relazioni settimanali elaborate dai loro venditori, senza tuttavia poter dimostrare che tali relazioni garantissero un grado di trasparenza sufficiente dei suddetti sconti promozionali.
- 317 Si deve inoltre ricordare che, come emerge dalla seconda frase del punto 150 della decisione, i principali sconti applicati in tutti i paesi sono gli sconti ordinari. Ne consegue che, secondo la stessa decisione, gli sconti promozionali hanno solo un'incidenza limitata sui prezzi. Del pari, emerge dal punto 77 che gli sconti (sia ordinari che promozionali) non hanno influito, negli ultimi sei anni, sulle politiche concordate in materia di prezzi.
- 318 Va inoltre rilevato che nella decisione non si afferma che il mercato è opaco, né che esso non è abbastanza trasparente da consentire il coordinamento dei prezzi, ma tutt'al più che gli sconti promozionali sarebbero meno trasparenti, peraltro senza che la decisione fornisca alcun elemento d'informazione sulla loro natura, sulle circostanze in cui essi vengono concessi o sulla loro importanza concreta rispetto ai prezzi netti, né relativamente al loro impatto sulla trasparenza dei prezzi.
- 319 D'altro canto, si deve ricordare che, come si è osservato in precedenza, la Commissione ha rilevato nella decisione molti elementi e fattori che favoriscono la trasparenza del mercato e facilitano la verifica del rispetto di un accordo.
- 320 Ne consegue che le scarse affermazioni relative agli sconti promozionali contenute nella sezione della decisione dedicata all'esame del coordinamento dei prezzi nei

grandi paesi, essendo imprecise e non confermate, se non addirittura contraddette da altre osservazioni figuranti nella decisione, non sono idonee a dimostrare l'opacità del mercato né quella degli sconti promozionali. Inoltre, tali affermazioni si limitano a precisare che gli sconti promozionali sarebbero meno trasparenti degli sconti ordinari, ma non spiegano perché sarebbero rilevanti per la trasparenza del mercato e non consentono di comprendere come, da soli, possano compensare tutti gli altri fattori di trasparenza del mercato individuati nella decisione ed eliminare quindi la trasparenza necessaria perché sussista una posizione dominante collettiva.

321 Per quanto riguarda, infine, le osservazioni contenute nella sezione della decisione dedicata all'esame della situazione nei piccoli paesi, la Commissione rileva anzitutto, al punto 149 della decisione, che i PPV vengono utilizzati in modo abbastanza simile nei grandi paesi. Essa osserva al riguardo che la maggior parte delle vendite viene realizzata su pochi PPV e che le major utilizzano i PPV in modo parallelo, e precisa che «[c]ome dimostrano le cifre fornite per ognuno dei piccoli paesi, nel caso dei Paesi Bassi e del Belgio i due principali PPV della Sony e della BMG sono praticamente identici». Essa conclude che esiste tra i PPV delle grandi case discografiche un livello di evoluzione parimenti elevato. Risulta infatti dal punto 149 che la Commissione ha riscontrato, nei piccoli paesi, una trasparenza e un allineamento dei PPV ancora più marcati che nei grandi paesi.

322 Per quanto riguarda gli sconti concessi nei piccoli paesi, si deve rilevare che la sezione in esame non contiene alcuna osservazione in merito agli sconti promozionali e che questi ultimi non vengono menzionati. Anzi, la Commissione rileva, al punto 150 della decisione, che, come nei cinque grandi paesi, i principali sconti applicati in tutti i piccoli paesi sono gli sconti ordinari.

323 Inoltre, se pure la Commissione spiega che la Sony e la BMG concedono sconti su fattura di notevole rilevanza, che l'entità di questi ultimi varia da un cliente all'altro, che il loro livello differisce anche tra la BMG e la Sony e che essi non sono resi

pubblici e determinano una riduzione della trasparenza, essa tuttavia non fornisce alcun dato che indichi la rilevanza o la variabilità di tali sconti. Inoltre, non si specifica se, e, in caso affermativo, perché, le caratteristiche del mercato non rendano trasparenti, come nei grandi paesi, quanto meno gli sconti ordinari. Del pari, non si precisa se gli sconti, ordinari e/o promozionali, conducano a prezzi netti diversi, e l'osservazione secondo cui «la Commissione non ha dimostrato l'esistenza di elementi di prova sufficienti a dimostrare che il parallelismo dei prezzi netti medi può essere imputato a una collusione tacita» sembra semmai indicare il contrario.

324 Ne consegue che neanche la sezione relativa ai piccoli paesi spiega i motivi su cui si fonda la conclusione che il mercato non è trasparente a causa degli sconti promozionali. In ogni caso, la situazione esistente nei piccoli paesi non può costituire un valido fondamento della conclusione relativa al grado di trasparenza dei mercati dei grandi paesi.

325 Da tutto ciò che precede discende che la censura basata su una carenza di motivazione della conclusione relativa alla trasparenza del mercato è fondata e comporta di per sé l'annullamento della decisione.

326 Ad abundantiam, il Tribunale esaminerà nondimeno anche le censure e gli argomenti della ricorrente secondo cui gli elementi dedotti dalla Commissione per dimostrare l'insufficiente trasparenza del mercato sono viziati da un errore manifesto di valutazione.

b) Sulla censura relativa a un errore manifesto di valutazione

327 Si deve ricordare anzitutto che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare

per quanto concerne le valutazioni di ordine economico. Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni (sentenze *Kali & Salz*, citata al punto 245 supra, punti 223 e 224, e *Commissione/Tetra Laval*, citata al punto 232 supra, punto 38; sentenze del Tribunale *Gencor/Commissione*, citata al punto 246 supra, punti 164 e 165; *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 64; 25 ottobre 2002, causa T-80/02, *Tetra Laval/Commissione*, Racc. pag. II-4519, punto 119, e 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric/Commissione*, Racc. pag. II-5575, punto 60).

328 La Corte ha tuttavia precisato quanto segue:

«Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono» (sentenza *Commissione/Tetra Laval*, citata al punto 232 supra, punto 39).

329 È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare se le valutazioni della Commissione relative alla trasparenza del mercato siano viziate da un errore manifesto.

330 La ricorrente osserva anzitutto che, prima che fosse adottata la decisione, i mercati della musica registrata erano stati considerati sufficientemente trasparenti da consentire una posizione dominante collettiva.

- 331 A tale riguardo la ricorrente ricorda che, nell'ambito dell'esame del progetto di concentrazione tra la EMI e la Time Warner, la Commissione aveva stabilito che il mercato della musica registrata è caratterizzato da prodotti a prezzi standardizzati («standardised pricing products») ed è «molto trasparente» (v. punti 37, 38 e 57 della comunicazione degli addebiti relativa al progetto di concentrazione EMI/Time Warner).
- 332 Essa osserva inoltre che, nella relazione del settembre 2002 sul mercato della musica registrata nel Regno Unito («Wholesale supply of compact discs»), l'Office of Fair Trading ha anche ritenuto che il mercato presentasse un elevato grado di trasparenza e ha individuato una serie di fattori (in particolare, la pubblicazione settimanale di classifiche, la vendita in comune e le visite periodiche ai rivenditori al dettaglio per verificare le scorte) che rendevano disponibili più informazioni sui concorrenti che in molti altri settori (v. comunicazione degli addebiti, punto 114).
- 333 Infine, la ricorrente fa valere che, nella fattispecie, dopo un primo esame del progetto di concentrazione tra la Sony e la Bertelsmann, notificato il 9 gennaio 2004, e una prima indagine sul mercato, svolta in particolare presso i rivenditori e le major, la Commissione ha concluso, con decisione 12 febbraio 2004, che l'operazione sollevava seri dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune e ha quindi avviato il procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento. Durante tale procedimento, la Commissione ha proseguito la sua indagine e ha inviato una serie di richieste di informazioni alle parti della concentrazione (in data 19 febbraio, 5 marzo, 17 marzo, 23 marzo, 1° aprile e 10 maggio 2004), alle altre major (l'11 marzo e il 10 maggio 2004), nonché ai vari operatori del mercato (v. segnatamente il questionario inviato il 16 aprile 2004 ai rivenditori). Alla luce di tutte le informazioni e di tutti i dati ottenuti, nonché delle discussioni con la Sony e la BMG, la Commissione ha emesso, in data 24 maggio 2004, una comunicazione degli addebiti in cui ha concluso provvisoriamente che l'operazione era incompatibile con il mercato comune, in particolare perché avrebbe rafforzato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata.

334 La ricorrente sottolinea che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione, da una parte, ha riscontrato un parallelismo tra i prezzi delle major, sia lordi che netti, e, dall'altra, ha ritenuto che il mercato fosse sufficientemente trasparente da consentire l'instaurarsi di una posizione dominante collettiva delle major e il controllo di un coordinamento dei prezzi (v., in particolare, comunicazione degli addebiti, punto 93). Ai punti 94-115 della comunicazione degli addebiti la Commissione ha esaminato, al riguardo, dieci fattori che rendono il mercato della musica registrata particolarmente favorevole al coordinamento e facilitano il controllo di quest'ultimo. La Commissione ha infatti rilevato a) l'omogeneità del prodotto; b) il numero limitato di PPV; c) il numero limitato di album pertinenti; d) la pubblicazione settimanale di classifiche; e) la stabilità della clientela; f) la relativa stabilità delle quote di mercato; g) l'elevato numero di contatti dovuti all'integrazione verticale delle major; h) l'elevato numero di legami strutturali tra le major, quali le joint venture per le compilation e la distribuzione, nonché gli accordi di licenza e di distribuzione; i) la partecipazione congiunta nelle associazioni del settore; j) la contrattazione congiunta dei diritti d'autore.

335 Se pure risulta che, contrariamente a quanto si afferma nella decisione, il mercato di cui trattasi era stato considerato, sia dalla Commissione che dall'autorità per la concorrenza del Regno Unito per quanto riguarda il mercato britannico, molto trasparente e comunque sufficientemente tale da consentire la necessaria vigilanza su un coordinamento tacito dei prezzi, quest'unica circostanza non è tuttavia idonea, di per sé, a dimostrare che la tesi opposta adottata dalla Commissione nella decisione sia viziata da un errore manifesto di valutazione. Infatti, da un lato, le valutazioni operate da un'autorità nazionale per la concorrenza non hanno alcun effetto vincolante sull'analisi della Commissione e, dall'altro, come si è ricordato in precedenza, la comunicazione degli addebiti costituisce solo un documento preparatorio le cui valutazioni hanno carattere puramente provvisorio e la Commissione deve tenere conto degli elementi raccolti durante il procedimento amministrativo, nonché degli argomenti dedotti dalle imprese interessate, per rinunciare alle censure che in definitiva risultino infondate. Tale osservazione, ovviamente, vale a fortiori per le valutazioni provvisorie effettuate vari anni prima nell'ambito dell'esame di un'altra operazione di concentrazione o per le valutazioni operate da un'altra autorità per la concorrenza in un contesto diverso. Ciò non significa tuttavia che la comunicazione degli addebiti sia totalmente priva di valore o irrilevante. Infatti, salvo privare di qualunque valore l'intera procedura d'indagine amministrativa, non solo la Commissione deve poter spiegare, se non nella decisione

quanto meno nel procedimento dinanzi al Tribunale, i motivi per cui ritiene che le sue valutazioni provvisorie fossero errate, ma soprattutto le valutazioni contenute nella decisione devono essere compatibili con gli accertamenti di fatto effettuati nella comunicazione degli addebiti, quando non sia dimostrato che questi ultimi erano inesatti.

336 La ricorrente sostiene inoltre, in via principale, che tutte le prove raccolte dalla Commissione e contenute sia nella comunicazione degli addebiti che nella decisione indicano che i prezzi applicati dalle major sono trasparenti e sicuramente abbastanza trasparenti da consentire un coordinamento tacito. La Commissione non avrebbe dedotto alcuna prova da cui emerga l'opacità del mercato, ma si sarebbe limitata a dedurre da presunte variazioni degli sconti che tali variazioni potrebbero ridurre la trasparenza. La ricorrente formula una serie di censure relative alle considerazioni sugli sconti e sostiene che la Commissione ha attribuito eccessiva importanza agli sconti, e segnatamente a quelli promozionali, senza avere neppure esaminato se essi fossero pertinenti.

337 Occorre esaminare in ordine successivo le censure e gli argomenti relativi ai fattori di trasparenza del mercato rilevati nella decisione e poi quelli diretti a contestare i pretesi fattori di opacità, confrontandoli simultaneamente con gli argomenti e gli elementi di prova dedotti dalla convenuta e dalle intervenienti, anche se molti elementi o argomenti sono interconnessi e la valutazione della trasparenza del mercato deve fondarsi su un'analisi globale di tutti gli elementi rilevanti.

Fattori di trasparenza rilevati nella decisione

338 In primo luogo, si deve ricordare che i prezzi di vendita lordi delle major ai loro clienti (rivenditori al dettaglio, supermercati, ecc.) sono pubblici, dato che figurano nei rispettivi cataloghi. Ciò costituisce incontestabilmente una fonte importantis-

sima di trasparenza in materia di prezzi. È vero che il punto 76 della decisione rileva solo che «i PPV sono abbastanza trasparenti, dato che figurano nei cataloghi delle major» e che «sembra quindi possibile controllare i prezzi [di] catalogo di altre [m]ajor». Tuttavia, tale formula attenuata non è tale da relativizzare la constatazione della trasparenza dei prezzi lordi, dato che la Commissione non ha dedotto alcun elemento, né nella decisione né nel procedimento dinanzi al Tribunale, per dimostrare che i prezzi lordi sarebbero solo «abbastanza trasparenti». Nella comunicazione degli addebiti (punto 81), la Commissione osservava al riguardo, tra l'altro, quanto segue:

«La Commissione ritiene che sia estremamente facile per le major controllare i PPV ai quali vengono immessi sul mercato i nuovi album di successo, in quanto tali PPV possono essere consultati dal pubblico nei cataloghi delle major».

339 In secondo luogo, va sottolineato che nella decisione si precisa che benché le parti della concentrazione abbiano affermato di utilizzare oltre 100 PPV, la Commissione ha accertato che ogni major ha generato con i suoi tre PPV principali, a seconda dei paesi, tra oltre il 55 e oltre l'80% del totale delle sue 100 vendite migliori. Tale concentrazione della maggior parte delle vendite di album su un numero molto limitato di prezzi di riferimento, che è confermata dalle risposte delle major, ha l'effetto di facilitare il coordinamento dei prezzi, come del resto ha sottolineato la Commissione al punto 96 della comunicazione degli addebiti: «Tale sistema di prezzi agevola il coordinamento, in quanto fornisce dati di facile interpretazione relativi al livello cui le major fissano i prezzi della maggior parte delle vendite».

340 È vero che, nel controricorso, la Commissione ha fatto valere la complessità del sistema di fissazione dei prezzi all'ingrosso, dovuta al fatto che i singoli album hanno gradi di successo diversi, il che influirebbe sulla determinazione iniziale del PPV all'uscita dell'album e sulle sue evoluzioni successive, per cui sarebbe difficile stabilire se il PPV di un album venga modificato per sostenere un successo declinante oppure nell'ambito di una strategia di «deviazione». Va rilevato anzitutto che tale argomento non trova conferma nella decisione ed è anzi contraddetto dalle osservazioni ivi contenute. Infatti, come si è rilevato in precedenza, la Commissione ha stabilito, al punto 76 della decisione (e ai punti corrispondenti per gli altri paesi),

che, anche se le major hanno affermato di utilizzare oltre 100 PPV, esse utilizzano solo due o tre PPV per la maggior parte delle loro vendite. Inoltre, al punto 110 della decisione si rileva che, «[n]onostante tale omogeneità di contenuti, le modalità di fissazione dei prezzi e di commercializzazione degli album sui mercati all'ingrosso sembrano abbastanza standardizzate». Si deve inoltre osservare che, poiché il grado di successo di un album è costantemente noto, grazie alle classifiche, le major, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, potranno agevolmente stabilire se la modifica del PPV di un album sia conforme o meno alla politica di prezzi concordata.

341 In terzo luogo, il punto 111 della decisione spiega quanto segue:

«(...) Benché le vendite degli album avvengano su un numero limitato di prezzi di riferimento, la varietà degli album proposti a prezzi [di] catalogo diversi potrebbe rendere più complessa la verifica del rispetto di un accordo. Le [m]ajor tuttavia devono controllare solo i prezzi di riferimento di un numero limitato di album tra quelli più venduti per seguire la maggior parte delle vendite. Risulta dai dati forniti dalle parti della concentrazione che i 20 titoli più venduti ogni anno rappresentano almeno la metà delle vendite annue della BMG, in tutti i paesi ad eccezione della Germania» (v. anche comunicazione degli addebiti, punto 85).

342 Nel controricorso, la Commissione ha tuttavia fatto valere che, siccome il grado di successo futuro non è prevedibile con assoluta certezza prima dell'uscita di un determinato album (non più di quanto lo sia la durata del suo successo dopo l'uscita), un coordinamento richiederebbe il controllo costante dei PPV su un numero di album singoli molto più elevato rispetto a quello degli album inseriti a posteriori nell'elenco degli album che hanno maggiormente contribuito al volume d'affari di ciascuna major.

343 Si deve rilevare che tale argomento non trova sostegno nella decisione secondo cui le major devono controllare solo i prezzi di riferimento di un numero limitato di

album tra quelli più venduti per monitorare la maggior parte delle vendite. Tale controllo è peraltro ampiamente agevolato dalle classifiche, che forniscono costantemente informazioni molto precise sull'evoluzione del successo dei vari album.

344 Inoltre, come sottolinea giustamente la ricorrente, la decisione spiega altresì che la «Commissione ha rilevato alcuni elementi secondo cui i PPV potrebbero essere stati utilizzati come base per allineare i prezzi». L'affermazione della Commissione secondo cui tale osservazione non è definitiva, evidentemente, non può essere accolta, dato che la decisione costituisce per definizione l'ultima fase della procedura di esame della concentrazione e la Commissione non fa riferimento ad alcun altro elemento della decisione tale da inficiare o attenuare tale osservazione. Tutt'al più, la Commissione evoca il fatto che le parti della concentrazione hanno presentato elementi di prova da cui emerge che le combinazioni di PPV corrispondenti ai loro rispettivi 20 migliori album cambiavano spesso in ampia misura da un trimestre all'altro e che l'imprevedibilità del successo obbligherebbe ciascuna major a monitorare i PPV di oltre 80 album (o 60 dopo la concentrazione) prodotti dai concorrenti. Orbene, tale osservazione non è stata espressamente ripresa nella decisione ed è anzi contraddetta dalle osservazioni ivi contenute.

345 Va inoltre rilevato che i dati elaborati dagli economisti dalle parti della concentrazione, a parte il fatto che non si vede come possano permettere di giungere alla conclusione che ne trae la Commissione, non sono chiari e non sembrano affidabili. Infatti, è quanto meno sorprendente che i PPV abbiano potuto aumentare da un trimestre all'altro nella misura indicata [*riservato*].

346 In ogni caso, il numero di album che, secondo la Commissione, occorrerebbe monitorare non pare quindi tanto elevato da rendere impossibile tale operazione e neanche particolarmente oneroso o costoso, tanto più che, come ammette la Commissione, le classifiche settimanali facilitano notevolmente il controllo.

- 347 Risulta da quanto precede che tre fattori — carattere pubblico dei prezzi lordi (PPV), numero limitato di prezzi di riferimento e numero limitato di album da monitorare — rilevati nella decisione sono idonei a determinare una forte trasparenza dei prezzi.
- 348 Inoltre, come spiega il punto 112 della decisione, «esistono nel mercato altri meccanismi che accrescono la trasparenza e potrebbero facilitare la verifica del rispetto di un accordo».
- 349 In primo luogo, nella decisione si rileva, al punto 112, che «la pubblicazione di [classifiche] settimanali che forniscono informazioni sulle vendite per titolo consente di individuare molto facilmente i titoli che diventano “hit” e generano la maggior parte delle vendite». Le classifiche costituiscono quindi un’importante fonte di trasparenza, dato che permettono non solo di individuare, in qualsiasi momento, gli album più venduti, ma anche di verificare che gli album vengano venduti a un prezzo corrispondente al loro livello di successo, dato che i PPV sono pubblici. La decisione precisa peraltro che tale «pubblicazione settimanale sulle vendite per titolo facilita notevolmente il controllo da parte delle [m]ajor».
- 350 In secondo luogo, il mercato è «caratterizzato da rapporti stabili e durevoli tra rivenditori e [m]ajor», nel cui ambito ogni rivenditore deve offrire i prodotti di tutte le grandi case (punto 112 della decisione).
- 351 In terzo luogo, secondo la decisione esiste solo un numero limitato di operatori sul mercato e gran parte delle vendite viene effettuata a un numero limitato di clienti. Come spiega il punto 112 in fine, tale situazione «favorisce l’adozione di strategie di cooperazione funzionali agli interessi delle [m]ajor, in quanto facilita il controllo e la circolazione delle informazioni».

352 In quarto luogo, la Commissione ha rilevato l'esistenza di un controllo del mercato al dettaglio. Secondo il punto 113, «l'indagine ha rivelato che la Sony e la BMG [avevano] istituito un sistema di relazioni settimanali che contenevano anche informazioni sui concorrenti».

353 È vero che, nel controricorso, la Commissione fa valere che le relazioni sottoposte dalle parti della concentrazione non contenevano informazioni sugli sconti e che essa non ha potuto dimostrare che tali relazioni garantivano un grado di trasparenza sufficiente degli sconti promozionali concessi dai concorrenti.

354 A tale proposito si deve rilevare anzitutto che, a prescindere dal grado di precisione delle informazioni sui prezzi di vendita lordi (netti o al dettaglio) o sugli sconti contenute in tali relazioni, queste ultime costituiscono, come peraltro si rileva nella decisione, un fattore supplementare di trasparenza del mercato. D'altro canto, emerge dalle relazioni settimanali prodotte dalla Commissione che queste ultime contengono informazioni sulle scorte di album della concorrenza e sulla loro evoluzione.

355 Si deve inoltre osservare che si tratta solo di alcuni esempi di relazioni settimanali prodotte dalle stesse parti della concentrazione.

356 [*riservato*]

357 [*riservato*]

358 [*riservato*]

359 [riservato]

360 [riservato]

361 In quinto luogo, al punto 113 della decisione si spiega che i venditori delle major hanno contatti regolari e costanti con i rivenditori al dettaglio e i grossisti e che le contrattazioni sulle azioni e sugli sconti promozionali hanno spesso luogo su base settimanale. Se l'esistenza di contatti con i rivenditori al dettaglio non presenta nulla di anormale, la frequenza dei contatti consente tuttavia ai venditori di ottenere informazioni più precise sulla concorrenza e sulle condizioni applicate da quest'ultima e di controllare pressoché in tempo reale l'evoluzione del successo dei vari album dei concorrenti. Ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, in cui, come si rileva al punto 112 della decisione, il mercato è tale che ogni rivenditore deve offrire i prodotti di tutte le major, per cui ogni major è costantemente in contatto con tutti i clienti dei suoi concorrenti e può quindi ottenere informazioni precise sulle condizioni applicate da questi ultimi. Nella decisione si rileva inoltre che la maggior parte delle vendite viene effettuata a un numero limitato di clienti. Tali elementi sono idonei a determinare una forte trasparenza del mercato. La Commissione ha peraltro concluso, al punto 112 della decisione, che tale situazione «favori[va] l'adozione di strategie di cooperazione funzionali agli interessi delle grandi case discografiche, in quanto facilita[va] il controllo e la circolazione delle informazioni».

362 Da questi cinque elementi supplementari discende che la già forte trasparenza che risultava dai primi tre fattori sopra menzionati (in particolare la pubblicazione dei prezzi di vendita) è ulteriormente rafforzata. Al riguardo va rilevato che, al punto 116 della comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva anche concluso che «la struttura del mercato [era] tale che le informazioni circola[vano] facilmente e il controllo, da parte delle major, dei principi direttivi di ciascuna era pura routine».

363 Occorre quindi esaminare se gli elementi dedotti dalla Commissione in quanto fonte di opacità del mercato siano tanto importanti da permettere di respingere la conclusione che il mercato è sufficientemente trasparente da consentire la verifica del rispetto della politica comune stabilita in materia di prezzi.

Elementi idonei a opacizzare il mercato

364 Nonostante le numerose fonti di trasparenza del mercato ricordate in precedenza, la Commissione, come risulta dal punto 157 della decisione, ha tuttavia concluso nel senso che non sussisteva una posizione dominante collettiva, date le carenze rilevate a livello di trasparenza reale.

365 Emerge dalla sezione ad hoc dedicata all'esame della trasparenza del mercato che tale valutazione si basa sulla tesi, esposta al punto 111 della decisione, secondo cui «è necessario anche un certo controllo a livello di singolo prodotto, ossia di album, segnatamente per quanto riguarda gli sconti promozionali». Tale punto spiega inoltre che «[l]'indagine di mercato dimostra che tale esigenza potrebbe ridurre la trasparenza nel mercato e rendere più difficili gli accordi taciti» e che «[l]a Commissione non ha rilevato abbastanza elementi di prova per concludere che tali difficoltà [erano] state superate in passato». Al riguardo si precisa, al punto 113 della decisione, che la Commissione non aveva «rilevato abbastanza elementi per dimostrare che, controllando i prezzi al dettaglio o utilizzando tali contatti con i rivenditori al dettaglio, le grandi case discografiche in passato erano riuscite a compensare la mancanza di trasparenza in materia di sconti, in particolare di quelli promozionali». Ne consegue che è in considerazione degli sconti, o quanto meno degli sconti promozionali, che la Commissione ha ritenuto che il mercato non fosse abbastanza trasparente da consentire l'instaurazione di una posizione dominante collettiva.

366 A tale proposito va rilevato, in via preliminare, che la Commissione non ha concluso nella decisione che, a causa degli sconti, il mercato non era trasparente, né che gli sconti influivano sulla trasparenza o sul grado di trasparenza necessaria a consentire una posizione dominante collettiva, ma tutt'al più che essi potrebbero «rendere più difficili gli accordi taciti». Pertanto, considerati il carattere pubblico, e quindi trasparente, dei PPV e tutti gli altri fattori che, secondo la stessa decisione, accrescono la trasparenza del mercato e facilitano la verifica del rispetto di un accordo, le osservazioni e considerazioni contenute nella sezione ad hoc dedicata all'esame della trasparenza del mercato non consentono, come si è dichiarato nell'ambito della censura relativa alla motivazione, di giustificare la conclusione secondo cui il mercato non è sufficientemente trasparente.

367 Tuttavia, nella sezione dedicata alla politica comune sui prezzi, la Commissione ha rilevato, in termini identici per i cinque grandi paesi, oscillazioni degli sconti, dovute per lo più agli sconti promozionali, e ha affermato di non avere potuto dimostrare un grado di trasparenza sufficiente degli sconti promozionali (punti 79 e 80 della decisione per il Regno Unito e, rispettivamente, punti 86 e 87, 93 e 94, 100 e 101, 107 e 108 per gli altri paesi).

368 Il giudizio della Commissione si fonda sulla tesi, dedotta esplicitamente nelle sue memorie e sottintesa alla decisione, secondo cui un coordinamento tacito in materia di prezzi può essere efficace solo se ha per oggetto i prezzi di vendita netti, vale a dire i prezzi lordi — ossia, nella fattispecie, i PPV — meno gli sconti. Infatti, sarebbe inutile seguire una politica comune a livello di PPV e poterne verificare il controllo, se sconti segreti e opachi annullassero gli effetti del coordinamento dei prezzi di catalogo.

369 Risulta dalla decisione (punto 73) che le major concedono sconti di vari tipi: sconti su fattura (ordinari o promozionali), sconti retroattivi e pagamenti a titolo di accordi di cooperazione commerciale. È pacifico che solo gli sconti su fattura sono stati ritenuti pertinenti dalla Commissione al fine di valutare la trasparenza. Infatti, da un

lato, secondo il punto 73 (nonché secondo il punto 151), l'indagine ha dimostrato che le spese a titolo di accordi di cooperazione commerciale costituivano una forma di remunerazione delle attività di commercializzazione più che un vero e proprio sconto, e, dall'altro, gli sconti retroattivi, secondo i punti 78, 92, 99 e 106 della decisione, sono assenti o modesti; inoltre, poiché, come si rileva al punto 151 della decisione, essi sono «intesi come una sorta di “sconto di fedeltà”, non hanno effetti immediati sulla concorrenza attraverso i prezzi». D'altro canto, tutti i punti della decisione relativi alla trasparenza degli sconti (punti 111 e 113 della sezione ad hoc sulla trasparenza e punti 79 e 80 della sezione relativa alla politica comune in materia di prezzi per il Regno Unito, nonché i punti corrispondenti per gli altri grandi Stati) contengono solo osservazioni sulla trasparenza degli sconti su fattura (ordinari e promozionali). Del pari, nelle memorie presentate al Tribunale, la Commissione ha invocato solo la mancanza di trasparenza degli sconti su fattura.

370 Va rilevato, anzitutto, che i punti 111 e 113 non contengono osservazioni specifiche, ma si limitano in realtà a fare rinvio alle osservazioni svolte nella sezione dedicata all'esame della politica comune in materia di prezzi (ossia i punti 79 e 80 per il Regno Unito e i punti corrispondenti per gli altri paesi, che sono formulati esattamente negli stessi termini).

371 Tuttavia si deve sottolineare che il rinvio riguarda, almeno secondo il suo tenore letterale, solo gli sconti promozionali e non gli sconti ordinari. Infatti, da un lato, il punto 111 fa riferimento all'esigenza di un controllo a livello di album «in particolare per quanto riguarda gli sconti promozionali» e, dall'altro, il punto 113 in fine menziona «la carenza di trasparenza in materia di sconti, in particolare promozionali, evocata in relazione ai cinque grandi Stati membri». Risulta infatti dalle osservazioni contenute nella sezione ad hoc relativa alla trasparenza che l'opacità dipende unicamente dagli sconti promozionali. Tale analisi è peraltro confermata dai punti 79 e 80. Infatti, al punto 79 della decisione si osserva che le oscillazioni degli sconti «dipendevano per lo più dagli sconti promozionali, utilizzati in modo più flessibile rispetto agli sconti ordinari, che generalmente vengono fissati

su base annua». Parimenti, al punto 80 della decisione si rileva che le major «conosc [ono], in una certa misura, gli sconti ordinari concessi dai concorrenti, data la loro costante interazione con la clientela» e che «gli sconti promozionali sono meno trasparenti degli sconti ordinari». Peraltro non si è affermato, né tanto meno dimostrato, in alcun punto della decisione che gli sconti ordinari sono opachi o non sufficientemente trasparenti.

372 Nelle memorie presentate al Tribunale, la Commissione ha anche ammesso che gli sconti ordinari sono abbastanza trasparenti, dato che, tra l'altro, vengono fissati annualmente e si applicano a tutte le vendite al cliente (a tassi eventualmente diversi per la musica pop, la musica classica o gli album pubblicizzati in televisione) e del resto ha unicamente dedotto argomenti intesi a dimostrare l'opacità dei soli sconti promozionali. Nel controricorso, essa ha inoltre spiegato di avere attribuito tanta importanza agli sconti promozionali in quanto l'esigenza di controllare tutte le componenti dei prezzi netti, i PPV relativamente trasparenti e una certa conoscenza degli sconti ordinari non erano sufficienti, se rilevanti sconti promozionali opachi determinavano un'oscillazione dei prezzi netti. Del pari, essa ha rilevato di non poter giungere alla conclusione che le major conoscevano con certezza le reali pratiche di fissazione dei prezzi netti di un'altra major «in presenza di prove di una relativa trasparenza dei PPV, di alcune prove di una certa trasparenza degli sconti ordinari e di prove solide dell'opacità e della complessità degli sconti promozionali». Infine, nelle sue osservazioni finali, la Commissione ha anche espressamente affermato di avere concluso nella decisione che sussiste «un notevole grado di trasparenza sia dei PPV che degli sconti ordinari».

373 Risulta sia dalla stessa decisione che dall'argomento svolto dalla Commissione dinanzi al Tribunale che l'unico presunto elemento di opacità del mercato sarebbe costituito da una scarsa trasparenza degli sconti promozionali.

374 Va rilevato, anzitutto, che solo il punto 80 della decisione (e i corrispondenti punti 87, 94, 101 e 108 per gli altri quattro grandi Stati, che sono redatti in maniera

identica) ha espressamente per oggetto la trasparenza degli sconti. In esso si spiega quanto segue:

«[P]er quanto riguarda la trasparenza degli sconti, dalla maggior parte delle risposte fornite dai clienti (...) durante l'indagine sul mercato realizzata dalla Commissione emerge che le grandi case discografiche conoscevano, in una certa misura, gli sconti ordinari concessi dai concorrenti, data la loro costante interazione con la stessa clientela. Risulta tuttavia che gli sconti promozionali sono meno trasparenti degli sconti ordinari e che il loro controllo richiede un'osservazione rigorosa dell'evoluzione di questo tipo di sconti nel mercato al dettaglio».

³⁷⁵ A tale riguardo va tuttavia rilevato che, per la maggior parte dei grandi paesi, le risposte menzionate nelle note esplicative relative ai punti 80, 87, 94, 101 e 108 della decisione fanno riferimento a un grado di trasparenza superiore a quello indicato nella decisione. Infatti, la nota 55 precisa che i «cinque rivenditori italiani al dettaglio che hanno risposto alla domanda hanno affermato che le grandi case discografiche conoscevano i PPV e gli sconti applicati dai concorrenti»; per i rivenditori francesi la percentuale era di tre su quattro, mentre il quarto dichiarava di non potersi pronunciare (v. nota 49). Ad eccezione di un unico cliente britannico, per nessuno degli altri paesi la nota esplicativa indica che almeno un rivenditore abbia risposto che le major non conoscevano gli sconti. Del pari, ad eccezione di un unico rivenditore su otto in Germania, nessuno di essi, secondo le note esplicative, ha precisato che le major conoscessero solo in una certa misura gli sconti applicati dai concorrenti.

³⁷⁶ D'altro canto, si deve sottolineare che nessuna delle note esplicative precisa che i rivenditori abbiano risposto che le major conoscevano solo gli sconti ordinari e non gli sconti promozionali, dato che le risposte si riferivano agli sconti, senza distinzioni.

377 Si deve quindi rilevare che gli elementi di prova menzionati nella decisione non consentono di confermare le conclusioni che ne vengono tratte.

378 Risulta poi che le conclusioni che ne vengono tratte nella decisione sono anche molto diverse rispetto ai riscontri operati nella comunicazione degli addebiti.

379 La comunicazione degli addebiti spiegava infatti, al punto 81, che «la Commissione rileva che sussistono prove sufficienti del fatto che le major sono al corrente delle rispettive condizioni commerciali». Soprattutto, risulta dalla stessa comunicazione che non si tratta di un giudizio della Commissione, suscettibile di modifica, bensì di una constatazione di fatto basata sulla sua indagine. Infatti, il punto 92 della comunicazione degli addebiti precisa: «Dalle informazioni fornite dai rivenditori emerge che le major conoscono non solo i rispettivi listini prezzi, ma anche i rispettivi sconti e le rispettive pratiche commerciali. Alcuni dei principali rivenditori francesi, tedeschi e del Regno Unito hanno informato la Commissione che, a loro parere, le major avevano una buona conoscenza delle rispettive condizioni commerciali». Parimenti, nella nota esplicativa 54 della comunicazione degli addebiti si precisa che i rivenditori hanno dichiarato quanto segue: «Le major hanno familiarità con le fasce di sconti applicate dai concorrenti. È risaputo che gli sconti sulle operazioni commerciali concessi dalle case discografiche sono noti al personale commerciale delle major. Un cliente ha dichiarato che le major conoscevano i rispettivi sconti con un margine di errore compreso tra lo 0,5 e l'1 %». La Commissione rileva poi, al punto 92 della comunicazione degli addebiti: «Molti rivenditori pensano inoltre che sia prassi comune utilizzare le condizioni ottenute da una delle major per negoziare con le altre major» e cita, alla nota esplicativa 55, la seguente risposta di un rivenditore: «Nelle trattative commerciali si fa riferimento alle condizioni e agli sconti applicati da altre major. Il limitato numero di fornitori consente alle major di ottenere facilmente un quadro completo delle condizioni da esse applicate e di adattarvisi». Infine, benché si tratti più di una valutazione che di una constatazione, la Commissione spiegava, al punto 129 della

comunicazione degli addebiti che «[l]’indagine di mercato ha confermato che i venditori delle major sono regolarmente e costantemente in contatto con i rivenditori al dettaglio e con i grossisti (...). Peraltro, poiché vengono pubblicate varie classifiche, le major possono facilmente controllare se le altre major offrano sconti supplementari sugli album migliori».

380 D’altro canto, la lettura del controricorso della Commissione solleva ulteriori interrogativi. Nella nota 45, corrispondente al punto 51 del controricorso della Commissione, quest’ultima afferma: «Le parti notificanti hanno fatto valere che un certo numero di risposte positive riguardavano solo i PPV o non distinguevano tra i PPV e gli sconti. Solo cinque risposte su un totale di 36 risposte accessibili provenienti da tutti i paesi indicano espressamente che esisteva un certa trasparenza degli sconti; in undici risposte si sostiene espressamente la tesi opposta». Se è vero che la prima frase indica che si tratta solo di un argomento dedotto dalle parti della concentrazione, la seconda frase viene invece presentata come una constatazione di fatto della Commissione. Orbene, si deve rilevare che tale affermazione è palesemente contraddetta dal resoconto delle risposte dei rivenditori contenuto nella decisione, dato che le note 49, 52, 55 e 57 della decisione spiegano, come si è rilevato in precedenza, che la grande maggioranza dei rivenditori aveva risposto che le major conoscevano gli sconti dei concorrenti, senza peraltro precisare che si trattava di una conoscenza parziale o approssimativa, e nessuno (ad eccezione di un solo rivenditore britannico) ha affermato che tali sconti non fossero trasparenti. L’argomento della Commissione non può quindi essere accolto. Inoltre, il controricorso della Commissione fa riferimento solo alle risposte di 36 rivenditori, mentre ve ne sono almeno 42, che le parti della concentrazione hanno peraltro commentato nella loro nota sulla trasparenza del 17 giugno 2004.

381 Emerge inoltre dalle risposte della Commissione ai quesiti scritti del Tribunale che le conclusioni tratte dall’indagine svolta presso i rivenditori si spiegano, in parte, con la circostanza che essa ha seguito l’argomento svolto dalle parti della concentrazione nella risposta alla comunicazione degli addebiti e in una nota sulla trasparenza dei

prezzi depositata il 17 giugno 2004 dopo l'audizione dinanzi alla Commissione, secondo cui andavano stralciate le risposte affermative dei rivenditori che non precisavano se si riferissero ai PPV e/o agli sconti.

382 Prima di esaminare la fondatezza di tale spiegazione, va anzitutto rilevato che è sorprendente il ritardo con cui essa è stata fornita. Dato che il grado di trasparenza costituiva nella fattispecie la questione fondamentale, è difficile capire perché tale spiegazione relativa al principale elemento di prova non figurò nella decisione, né, soprattutto, nel controricorso e nemmeno nella memoria di osservazioni complementari, ma sia stata dedotta solo alla vigilia dell'udienza, in risposta a una specifica domanda del Tribunale.

383 Per quanto riguarda la fondatezza dell'argomento, si deve ricordare che il questionario inviato dalla Commissione ai rivenditori poneva il seguente quesito: «In base all'esperienza del vostro ufficio acquisti, le case discografiche conoscono i PPV e gli sconti dei concorrenti?». Come ha giustamente fatto valere la ricorrente, non vi è alcun valido motivo per ritenere che non si possano prendere in considerazione le risposte affermative (peraltro espresse talora in forma molto categorica, come «evidentemente», «assolutamente» o «sicuramente») dei rivenditori che non hanno precisato se si riferissero ai prezzi e/o agli sconti. Una risposta alla domanda, così com'è stata formulata, affermativa o negativa che sia, va infatti logicamente interpretata nel senso che riguarda i due punti in questione, a meno che non contenga limitazioni o precisazioni. Se la Commissione avesse ritenuto che sussistevano comunque dubbi sull'esatto significato delle risposte, era suo compito, vista tra l'altro l'importanza che tale punto rivestiva ai fini della decisione, effettuare verifiche presso i rivenditori in questione, il che peraltro si sarebbe potuto fare in tempi molto brevi.

384 In ogni caso, si deve rilevare che l'affermazione delle parti notificanti, avallata dalla Commissione, secondo cui «solo cinque risposte su un totale di 36 hanno espressamente indicato che esisteva una certa trasparenza, mentre undici risposte hanno espressamente sostenuto la tesi opposta», è palesemente errata.

385 Per quanto riguarda le presunte undici risposte che indicherebbero espressamente che non esiste trasparenza per gli sconti, si deve rilevare che dalla nota della Sony e della BMG del 17 giugno 2004 (allegato C.9 della memoria d'intervento) emerge anzitutto che la cifra presunta è di dieci risposte negative e non di undici (v. pag. 213) e che, in realtà, la nota ne menziona solo sette, di cui appena quattro riguardano i grandi paesi oggetto dell'esame principale nella decisione. Risulta inoltre che praticamente nessuna di queste quattro risposte può essere interpretata nel senso che contiene una risposta espressamente negativa. È evidente che la risposta [*riservato*] «a nostro parere, esse conoscono i PPV dei concorrenti» non può essere interpretata nel senso che indica espressamente che le major non conoscono gli sconti dei concorrenti. L'altra risposta relativa al mercato tedesco indica che «non con precisione, ma esse conoscono il prezzo minimo della concorrenza», il che, a sua volta, non costituisce una risposta espressamente negativa. La risposta che figura a pag. 61 [*riservato*] relativa al mercato del Regno Unito è l'unica risposta espressamente negativa «PPV — Sì. Sconti — No », ma precisa immediatamente che «tuttavia, se un album è oggetto di uno sconto generale ai rivenditori, la riduzione del prezzo di vendita medio al dettaglio che ne consegue sarà evidente per tutto il mercato». Infine, l'altra presunta risposta negativa [*riservato*] menzionata nella nota 17 giugno 2004 («non ci consta che le case discografiche siano al corrente dei PPV e degli sconti dei concorrenti») non figura agli atti. In realtà, le altre quattro risposte relative al mercato del Regno Unito (sia secondo la decisione che secondo i documenti trasmessi dalla Commissione al Tribunale, hanno risposto cinque rivenditori britannici) riportano rispettivamente «PPV — Sì. Sconti — Con un margine d'errore compreso tra lo 0,5 e l'1 %» (pag. 56), «Evidentemente» (pag. 58), «Sì» (pag. 63), «le case discografiche sono senz'altro al corrente dei PPV dei concorrenti (...) credo che abbiano anche una certa familiarità con i margini di sconto applicati dai concorrenti» (pag. 65) (questo rivenditore afferma inoltre, nella risposta alla domanda successiva, che «[n]elle trattative commerciali si fa riferimento alle condizioni e agli sconti applicati da altre major» e che «il limitato numero di fornitori consente alle major di ottenere facilmente un quadro completo delle condizioni da esse applicate e di adattarvisi». Si deve quindi rilevare che tutte le risposte dei clienti britannici, lungi dall'essere espressamente negative, testimoniano inequivocabilmente di una trasparenza abbastanza forte sia dei PPV che degli sconti.

386 Emerge inoltre dall'esame delle suddette risposte dei rivenditori, prodotte dalla Commissione alla vigilia dell'udienza, che esse non corroborano le conclusioni che ne ha tratto la stessa Commissione. Molte risposte testimoniano infatti della trasparenza degli sconti o della loro conoscenza da parte delle major.

387 Risulta da quanto precede che la valutazione delle risposte dei rivenditori effettuata dalla Commissione è viziata da un errore manifesto.

388 Per quanto riguarda poi la distinzione, operata nella decisione, fra la trasparenza degli sconti ordinari e quella degli sconti promozionali, risulta dal controricorso che è sulla base dell'analisi delle risposte dei rivenditori svolta dalle parti della concentrazione, delle dichiarazioni dei dirigenti nazionali della Sony e della BMG (allegato B.2) e delle relazioni di controllo dei rappresentanti commerciali che nello stesso controricorso si conclude che, se la trasparenza poteva riguardare i PPV e, in una certa misura, gli sconti ordinari, essa probabilmente non si estendeva agli sconti promozionali, che vengono negoziati caso per caso.

389 Orbene, nessuna delle tre fonti menzionate consente di confermare la conclusione tratta dalla Commissione. In primo luogo, come si è rilevato in precedenza, la valutazione delle risposte dei rivenditori effettuata dalla Commissione, conformemente all'analisi delle parti della concentrazione, è viziata da un errore manifesto. Inoltre, nessuna delle risposte dei rivenditori, sia essa positiva o negativa, fa distinzione tra gli sconti ordinari e gli sconti promozionali. In secondo luogo, è chiaro che semplici dichiarazioni dei rappresentanti delle parti della concentrazione non possono costituire una prova valida dell'opacità degli sconti promozionali. In terzo luogo, le relazioni settimanali di monitoraggio elaborate dai rappresentanti commerciali e contenenti anche informazioni sui concorrenti costituiscono, come si rileva al punto 113 della decisione, una fonte supplementare di trasparenza del mercato. Pertanto tali relazioni, quand'anche non contenessero informazioni molto precise sugli sconti, in particolare su quelli promozionali, non sono tali da dimostrarne l'opacità. Inoltre, come si è rilevato in precedenza [*riservato*].

390 Risulta da quanto precede che la valutazione relativa alla trasparenza del mercato operata nella decisione è viziata da errore manifesto nella parte in cui si basa su elementi non idonei a corroborare le conclusioni che ne sono state tratte.

391 Ad abundantiam, tuttavia, il Tribunale esaminerà anche gli argomenti basati sulla variabilità e sulla complessità degli sconti promozionali.

392 Ai punti 79, 86, 93, 100 e 107 della decisione, la Commissione ha rilevato un certo grado di oscillazione e talune differenze negli sconti su fattura della Sony e della BMG per la maggior parte dei loro principali clienti nei cinque grandi paesi (dal 2 al 5 % nel Regno Unito, in Germania e in Spagna; dall'1 al 3 % in Italia, mentre la situazione è leggermente diversa in Francia, ma dello stesso ordine di grandezza, se si considerano tutti gli sconti). Si afferma inoltre quanto segue:

«Inoltre, le parti [della concentrazione] hanno trasmesso dati da cui emerge che gli sconti su fattura per un determinato cliente variavano nel tempo e da un album all'altro e che gli sconti concessi per un determinato album oscillavano da un cliente all'altro. L'indagine di mercato ha rivelato che tali oscillazioni dipendevano per lo più da sconti promozionali, utilizzati in modo più flessibile rispetto agli sconti ordinari».

393 Nel controricorso, la Commissione ha prodotto molte tabelle per dimostrare la variabilità e la complessità degli sconti. Ne emergerebbe che gli sconti promozionali sono meno trasparenti degli sconti ordinari e che il loro controllo richiederebbe un'osservazione minuziosa delle promozioni nel mercato al dettaglio: la Commissione non avrebbe rilevato elementi di prova sufficienti a dimostrare che le major avevano agito in tal modo. Nel controricorso, la Commissione ha spiegato di avere esaminato gli elementi del prezzo netto di un singolo album (PPV, sconto ordinario, eventuale sconto promozionale) e di avere concluso che occorrerebbe un sufficiente grado di trasparenza di tutti gli elementi perché una grande casa discografica potesse avere la ragionevole certezza di conoscere le vere pratiche di fissazione dei prezzi netti di un'altra casa discografica, espressi a livello di cliente e di album, e che essa «non poteva giungere a tale conclusione in presenza di prove di una relativa trasparenza dei PPV, di alcune prove di una certa trasparenza degli sconti ordinari e di prove solide dell'opacità e della complessità degli sconti promozionali».

394 Tale argomento della Commissione induce alle seguenti osservazioni.

395 In primo luogo, è sorprendente che la Commissione si basi sulle variazioni degli sconti per dimostrare la mancanza di trasparenza. Nelle memorie presentate al Tribunale, la Commissione ha infatti sottolineato a più riprese l'irrelevanza della stabilità o del parallelismo dei prezzi netti o degli sconti al fine di valutare la trasparenza del mercato. Essa ha infatti sostenuto, tra l'altro, che una notevole stabilità degli sconti (medi) di una casa discografica non può costituire la prova della necessaria trasparenza, che l'interesse della Commissione per la trasparenza degli sconti non era finalizzato a verificare se le major avessero seguito una linea d'azione comune, che gli elementi di prova relativi alla pratica effettiva in materia di sconti promozionali in un determinato momento erano pertinenti solo per valutare il grado effettivo di allineamento dei prezzi, che in ogni caso un allineamento rigoroso a qualsiasi livello non poteva essere considerato una prova sufficiente di coordinamento, che un certo grado di stabilità nel tempo degli sconti concessi da una grande casa discografica non costituiva di per sé una prova e che neanche un grado elevato di prevedibilità statistica dimostrava l'esistenza di un coordinamento.

396 Del pari, nella nota del 17 giugno 2004 sugli elementi di prova relativi alla trasparenza, presentata dopo l'audizione dinanzi alla Commissione, le parti della concentrazione hanno sostenuto che il quesito 28 del questionario Fase II inviato ai clienti («Avete constatato un allineamento dei PPV, degli sconti o di altri termini e condizioni tra le [major]?») non presentava alcun nesso con la trasparenza dei prezzi («È evidente che tale quesito, visti i termini in cui è espresso, non riguarda il problema della trasparenza del prezzo»).

397 In secondo luogo, si deve ricordare che le sole osservazioni relative agli sconti contenute nella sezione ad hoc della decisione dedicata all'esame della trasparenza del mercato (punti 111-113 della decisione) si limitano, per quanto riguarda gli sconti promozionali, a rinviare ai rilievi svolti nella sezione relativa all'esame della politica comune di prezzi nei cinque grandi paesi (ossia i punti 77-80 per il Regno Unito e i punti corrispondenti per gli altri grandi paesi). Orbene, al punto 70 della decisione, la Commissione, per stabilire se le major avessero effettivamente

perseguito una politica di coordinamento dei prezzi, ha affermato che «i prezzi medi costui[vano] un valido strumento per stabilire se le grandi case discografiche [tenessero] un comportamento parallelo in materia di prezzi». Ne consegue che, secondo la stessa decisione, per valutare la trasparenza, la Commissione ha ritenuto di potersi basare sulle medie e non sulle variazioni esatte, anche per quanto riguarda gli sconti promozionali.

³⁹⁸ Quanto meno, non risulta che la Commissione abbia effettuato un esame serio delle esatte variazioni degli sconti promozionali e del loro impatto sulla trasparenza del mercato o dei prezzi. Risulta inoltre dal punto 72 della decisione, che elenca i vari elementi analizzati dalla Commissione, che sono stati utilizzati solo i dati medi relativi agli sconti su fattura (v. nota 43 della decisione). Sia nella comunicazione degli addebiti che durante il procedimento amministrativo, la Commissione ha ritenuto che i dati relativi ai prezzi, lordi e netti, e agli sconti medi consentissero di valutare l'esistenza di una posizione dominante collettiva e quindi anche di stabilire se il mercato fosse sufficientemente trasparente. Solo dopo l'audizione del 14 e 15 giugno 2004 la Commissione ha modificato il suo giudizio e ha adottato la tesi sostenuta dalle parti della concentrazione secondo cui la complessità e le variazioni degli sconti promozionali eliminano la necessaria trasparenza, senza tuttavia effettuare nuove indagini sul mercato per verificare la fondatezza di queste nuove conclusioni.

³⁹⁹ In terzo luogo, gli argomenti e gli elementi di prova relativi alle presunte variazioni degli sconti promozionali dedotti dalla Commissione nella decisione e nelle memorie presentate al Tribunale inducono inoltre a una serie di osservazioni relative, da un lato, al loro grado di opacità e, dall'altro, alla loro rilevanza.

— Sull'opacità degli sconti promozionali

⁴⁰⁰ Va rilevato, in limine, che né nella decisione né in alcuna delle memorie presentate al Tribunale la Commissione ha definito con precisione che cosa siano gli sconti

promozionali, le condizioni alle quali vengono concessi e alle quali sono soggetti, la loro frequenza, la loro entità o il tipo di album cui si ritiene vengano applicati. Dagli atti, e soprattutto dai rari estratti delle risposte dei concorrenti prodotte dalla Commissione, sembrerebbe emergere tuttavia che si tratti di sconti particolari, di tasso piuttosto elevato, che vengono concessi per un numero determinato di specifici album e per un periodo limitato, in casi particolari, tipicamente per smaltire una giacenza rilevante.

401 Secondo il punto 79 della decisione (e i punti corrispondenti per gli altri paesi), «le parti [della concentrazione] hanno trasmesso dati da cui emerge che gli sconti su fattura per un determinato cliente variano nel tempo e da un album all'altro e che gli sconti concessi per un determinato album oscillano da un cliente all'altro». Benché questo punto della decisione menzioni la categoria più generale degli sconti su fattura, si deve ritenere che l'osservazione riguardi in realtà i soli sconti promozionali. Infatti, come risulta dalla decisione e dalle memorie della Commissione, gli sconti ordinari vengono negoziati con ciascun cliente per un intero anno e sono applicabili a tutte le vendite realizzate dal cliente in questione. D'altro canto, la Commissione prosegue, al punto 79, precisando che tali oscillazioni dipendono per lo più dagli sconti promozionali. La Commissione sostiene che tali variazioni di tre tipi (per cliente, per album e nel tempo) rendono opachi gli sconti promozionali. A sostegno di tale affermazione, la Commissione ha fornito nel controricorso un serie di tabelle che dovrebbero dimostrare tali diverse variazioni (in prosieguo: le «nuove prove»).

402 A tale proposito, si deve rilevare anzitutto che, come fa giustamente valere la ricorrente, uno sconto promozionale («campaign discount») sembra destinato, per sua natura, ad avere carattere pubblico. Uno sconto promozionale, che costituisce una percentuale elevata e si somma allo sconto ordinario, logicamente sarà concesso dalla casa discografica a un rivenditore solo a condizione che questi lo ripercuota sul consumatore finale (attraverso una netta riduzione di prezzo o una migliore esposizione) per incrementare le vendite dell'album cui lo sconto si riferisce. Ciò vale a maggior ragione se si considera che, come emerge dal punto 115 della comunicazione degli addebiti, le «royalty» (diritti d'autore), vengono calcolate sui PPV di un album e non sul prezzo netto, per cui le major hanno tutto l'interesse a limitare al massimo la concessione di sconti.

403 Occorre inoltre rilevare che gli unici tre estratti delle risposte dei concorrenti alla richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 11 del regolamento prodotti dalla Commissione dinanzi al Tribunale, lungi dal confermare la tesi della Commissione, testimoniano invece il carattere pubblico e trasparente degli sconti promozionali.

404 Infatti, secondo la risposta di una delle major:

«[Gli sconti promozionali] possono essere utilizzati per una nuova uscita al fine di promuovere un nuovo artista, aiutare un nuovo negozio, sostenere un programma o una campagna di vendita in particolare (nella maggior parte dei casi ciò vale per un'intera categoria di dischi) o per promuovere uno specifico avvenimento. Questo tipo di sconto può rappresentare una quota significativa di un PPV [*riservato*] ed è importante in quanto è finalizzato a realizzare determinate vendite».

405 Anche le precisazioni relative alle condizioni cui è subordinata la concessione di tali sconti, contenute nell'unica altra risposta delle major prodotta dalla Commissione, tendono a indicare che essi si riferiscono ad avvenimenti specifici facilmente individuabili dai concorrenti. La major in questione dichiara infatti:

«[Gli sconti promozionali] sono sconti offerti nell'ambito di particolari campagne promozionali. Essi sono legati a particolari uscite o gruppi di uscite. Se, ad esempio, un artista è in tournée per promuovere un nuovo album, si può offrire uno sconto per massimizzare il volume delle vendite dell'album in questione durante la tournée dell'artista. Del pari, alcuni prodotti stagionali (musica natalizia) possono essere associati a una particolare campagna. In alcuni casi gli sconti promozionali hanno per oggetto registrazioni già vecchie che non hanno più molto successo. Tipicamente, (...) si tenterà di vendere un grande quantitativo di un determinato disco (o di una serie di dischi) già oggetto di uno sconto a un rivenditore che, in un secondo tempo, lo rivenderà sotto forma di offerta speciale. Talora vengono concessi

sconti sulle prenotazioni per garantire una presenza importante nel punto vendita. (...) Questo tipo di sconto viene concesso tendenzialmente per i nuovi artisti o per gli artisti emergenti, quando (...) si desidera stimolarne le vendite mediante una campagna promozionale mirata».

406 Infine, emerge dalla risposta del produttore indipendente che, da un lato, gli sconti promozionali si traducono visibilmente in un prezzo di vendita più basso al consumatore inferiore e in una migliore esposizione in negozio degli album che ne beneficiano e, dall'altro, che le campagne vengono spesso lanciate dagli stessi rivenditori che invitano i vari produttori a parteciparvi (v. anche, in tal senso, le dichiarazioni dei rappresentanti della Sony e della BMG, allegato B.2), il che consente quindi a questi ultimi di essere al corrente dell'esistenza delle suddette campagne di sconti.

407 Ne consegue che nessuna informazione proveniente da terzi, né nella decisione né nelle nuove prove prodotte dalla Commissione, conferma l'opacità degli sconti promozionali.

408 Risulta tuttavia dal punto 79 della decisione e dalle memorie presentate dalla Commissione al Tribunale che le parti della concentrazione hanno fornito dati da cui emergerebbe che gli sconti promozionali non sono sufficientemente allineati, in quanto variano nel tempo, in funzione del cliente e dell'album. La Commissione e le intervenienti affermano in sostanza che, a causa delle variazioni e della complessità degli sconti in questione, il mercato non è sufficientemente trasparente.

409 Al riguardo si deve ricordare, anzitutto, che la Commissione aveva concluso, ai punti 88-90 della comunicazione degli addebiti, che, in base all'esame dei dati forniti da tutte le major, gli sconti variavano ma erano stabili, che, a parte alcune eccezioni, le differenze erano piuttosto limitate, che non esisteva assolutamente alcuna prova

che essi venissero utilizzati per modificare sostanzialmente le politiche di prezzo né, in particolare, per influire sui prezzi netti medi delle uscite di successo («new hit releases»), e che i rapporti tra prezzi lordi e prezzi netti erano molto stabili nel tempo e per album.

410 Se è vero che, come si è ricordato in precedenza, la Commissione può modificare le valutazioni effettuate durante il procedimento amministrativo, in particolare per tenere conto delle osservazioni delle parti interessate, e che nella decisione non deve necessariamente fornire una motivazione a tale riguardo, occorre tuttavia che le conclusioni formulate nella decisione possano essere giustificate, quanto meno nella fase del procedimento dinanzi al Tribunale, alla luce degli accertamenti fattuali operati in precedenza, eventualmente dimostrando perché tali conclusioni fossero errate. Orbene, nella fattispecie la Commissione, come sottolinea giustamente la ricorrente, non ha effettuato un riesame dei dati relativi agli sconti di tutte le major, ma si è limitata a giustificare le sue conclusioni in base ai soli dati forniti dalle parti della concentrazione.

411 È vero che, nel controricorso, la Commissione ha fatto valere di aver esaminato gli sconti delle altre major, ma che, poiché tali cifre non potevano essere rivelate alle parti della concentrazione, era impossibile includerle nella decisione. Tuttavia, tale argomento non può essere accolto.

412 In primo luogo, risulta chiaramente dalla decisione (v., in particolare, il punto 79 e la nota 43 della decisione), da altri punti delle memorie della Commissione (v., segnatamente, il passaggio del controricorso in cui la Commissione afferma espressamente che «[s]i è tenuto conto solo dei dati della Sony e della BMG in quanto le altre grandi case discografiche [avevano] dichiarato di fatturare solo prezzi netti») e dalle nuove prove presentate dalla Commissione che il giudizio tratto nella decisione dalle variazioni degli sconti si basa unicamente sui dati relativi agli sconti delle parti della concentrazione. Nessun punto della decisione indica peraltro che la

Commissione abbia esaminato i dati relativi agli sconti delle altre major, né a fortiori che questi ultimi dimostrino la complessità e le variazioni degli sconti promozionali.

⁴¹³ In secondo luogo, è evidente che la Commissione, nell'ambito dell'esame di un progetto di concentrazione, non può sostenere di non poter prendere in considerazione i dati concernenti gli altri operatori del mercato e di non potervi basare, se del caso, le proprie conclusioni. Questa tesi renderebbe impossibile, nella maggior parte dei casi, l'esame della compatibilità di un progetto di concentrazione con il mercato comune. Si deve peraltro rilevare che la maggior parte dei fattori diversi dagli sconti (quote di mercato, prezzi lordi e netti, ecc.) esaminati nella decisione si basano sui dati relativi a diversi operatori del mercato.

⁴¹⁴ In terzo luogo, la Commissione, sottolineando, nelle sue osservazioni conclusive depositate dopo l'udienza, i vincoli derivanti dai termini rigorosi che scandiscono la procedura di esame dei progetti di concentrazione e l'obbligo di rispettare i diritti della difesa delle parti notificanti, ha fatto valere che molti argomenti della ricorrente, secondo cui la Commissione non avrebbe debitamente indagato su alcune questioni fondamentali connesse agli addebiti contestati e avrebbe inoltre dovuto indagare su altre censure, si fondano su una concezione errata della procedura di controllo delle concentrazioni, in quanto l'indagine condotta sui problemi di concorrenza sollevati da una concentrazione ha sostanzialmente luogo prima della comunicazione degli addebiti. Se è vero che la ricorrente non può contestare alla Commissione di non avere indagato su problemi sollevati per la prima volta dinanzi al Tribunale, alcuni dei quali sono peraltro manifestamente irricevibili in quanto dedotti solo nella replica o nelle osservazioni presentate dopo l'udienza, tale osservazione della Commissione trascura tuttavia due aspetti. Da un lato, è pacifico che, fin dall'inizio del procedimento, la Commissione ha individuato il problema della trasparenza e degli sconti e ha interrogato al riguardo sia i terzi che le parti della concentrazione. Dall'altro, i vincoli temporali fanno anche sì che le parti della concentrazione non possano attendere l'ultimo momento per sottoporre elementi di prova alla Commissione allo scopo di confutare gli addebiti da essa contestati in tempo utile, dato che, in tal caso, la Commissione non sarebbe più in grado di effettuare le necessarie verifiche. In tal caso, occorre quanto meno che tali elementi di prova risultino particolarmente affidabili, oggettivi, pertinenti e persuasivi per potere validamente confutare gli addebiti mossi dalla Commissione.

415 A tale proposito va subito rilevato che sia dal tenore letterale del punto 79 della decisione («le parti [della concentrazione] hanno trasmesso dati») che dall'esame delle nuove prove (prodotte in allegato al controricorso) emerge non solo che le conclusioni relative agli sconti promozionali si fondano esclusivamente sui dati relativi alle parti della concentrazione, ma altresì che le tabelle che riprendono tali dati sono state predisposte dalle parti in questione (o dai loro economisti) secondo un metodo e in base a dati selezionati dalle stesse parti, senza che, a quanto risulta, la Commissione ne abbia verificato l'esattezza, la pertinenza, l'oggettività o la rappresentatività. Se è vero che, come la Commissione ha fatto valere in udienza, la procedura di controllo delle concentrazioni si fonda necessariamente, in ampia misura, sulla fiducia, dato che la Commissione non può essere obbligata a verificare direttamente, nei minimi dettagli, l'affidabilità e l'esattezza di tutte le informazioni trasmesse, essa tuttavia non può spingersi fino a delegare senza controlli la responsabilità dello svolgimento di alcuni aspetti dell'indagine alle parti della concentrazione, soprattutto quando, come nel caso di specie, tali aspetti costituiscono l'elemento chiave su cui si basa la decisione e i dati e le valutazioni sottoposti dalle parti della concentrazione siano diametralmente opposti alle informazioni raccolte dalla Commissione durante l'indagine e alle conclusioni che essa ne aveva tratto.

416 In quarto luogo, la ricorrente ha sottolineato, senza essere contraddetta dalla Commissione, e come si ammette al punto 146 della comunicazione degli addebiti, che la Sony e la BMG avevano ottenuto risultati molto diversi durante gli anni oggetto dell'indagine. Poiché la forza delle uscite era tale da influire sui prezzi e sugli sconti, le tabelle che esaminano solo i dati di queste due parti tendono ad accentuare le variazioni.

417 In quinto luogo, l'esame delle nuove prove prodotte dalla Commissione, alla luce delle considerazioni che precedono, induce a un'ulteriore serie di osservazioni.

418 Nel controricorso, la Commissione afferma di essersi basata sui dati allegati alla sua memoria per giungere alla conclusione che gli sconti erano soggetti a una triplice variazione (nel tempo, per album e per cliente).

419 Al riguardo va anzitutto rilevato che, di tutte queste presunte prove, solo uno degli allegati (B.4) è stato redatto dalla stessa Commissione, sebbene si fondi anch'esso unicamente sui dati relativi agli sconti concessi dalla Sony e dalla BMG. L'allegato in questione è composto da grafici che riportano gli sconti su fattura medi concessi dalle parti della concentrazione, negli anni 2000-2003, a ciascuno dei loro dieci migliori clienti comuni nei grandi paesi, ad eccezione della Francia, in quanto la Commissione aveva rilevato che i dati forniti relativi alla Francia presentavano incoerenze. Nella comunicazione degli addebiti (punto 88), la Commissione si era basata su tali grafici per dimostrare la stabilità globale degli sconti. La Commissione non ha contestato l'esattezza di tale valutazione dinanzi al Tribunale, ma si è limitata ad affermare che le parti della concentrazione avevano fatto valere che i rispettivi trattamenti riservati ad alcuni clienti presentavano notevoli differenze e ha inserito nell'allegato B.5 un estratto delle loro osservazioni. Tuttavia, si deve rilevare che tali osservazioni non sono tali da rimettere in discussione l'impressione generale suscitata dai grafici in questione. Infatti, per il mercato italiano, che mostra una stabilità e un parallelismo certi, se è vero, come rilevano le parti della concentrazione, che due clienti hanno effettivamente beneficiato di sconti nettamente inferiori rispetto agli altri clienti, è significativo che tali sconti inferiori siano stati concessi dalla Sony e della BMG precisamente agli stessi due clienti, che gli sconti in questione siano di livello pressoché identico per le due major e che essi siano variati in modo parallelo.

420 Per quanto riguarda le tabelle prodotte negli allegati B.8 e B.9 del controricorso, che, secondo la Commissione, dimostrerebbero che la ripartizione degli sconti su fattura, concessi rispettivamente dalla Sony e dalla BMG per i loro 20 migliori album in ciascuno dei cinque grandi Stati membri, era sensibilmente diversa, si deve osservare anzitutto che tali tabelle riguardano la categoria più generale degli sconti su fattura e non i soli sconti promozionali e che, come ha rilevato la ricorrente, le differenze tra le gamme di sconti nel tempo potrebbero dipendere da differenze nei risultati e non escludono che gli sconti si basino su una serie nota di regole.

421 Si deve inoltre osservare che, se la ripartizione tra le gamme di sconti tra il 1998 e il 2003 varia effettivamente nel tempo e per paese, essa varia tuttavia in modo analogo per le due parti della concentrazione, sia nel tempo che per paese. Ciò risulta ancora

più chiaramente dalla tabella (allegato B.9) che confronta la ripartizione degli sconti concessi nel 2003 in ciascuno dei cinque grandi paesi, dato che, se pure la ripartizione è variabile da un paese all'altro, tuttavia gli sconti delle due parti della concentrazione registrano un'evoluzione parallela (v., in particolare, i dati relativi ai paesi A e C). Infatti, mentre nel paese A gli sconti della Sony e della BMG sono concentrati per lo più nella gamma *[riservato]* essi si collocano principalmente nel segmento *[riservato]* e *[riservato]* nel paese B, nel segmento *[riservato]* per il paese C e nei segmenti superiori per i paesi D ed E. Risulta infatti da tali tabelle degli allegati non solo che la ripartizione degli sconti tra le varie fasce in ogni paese è abbastanza simile, ma altresì che le variazioni in funzione dei paesi sono molto simili.

422 Per quanto riguarda più specificamente gli sconti promozionali, la Commissione si richiama per lo più a due dei suoi allegati (B.13 e E.4.2) per sostenere la tesi secondo cui gli sconti promozionali sono opachi a causa della loro estrema complessità e della loro importanza. Orbene, risulta che le tabelle contenute nei suddetti allegati, che hanno per oggetto solo gli sconti della Sony e della BMG in un unico anno e sono state elaborate interamente da queste ultime, non possono essere considerate sufficientemente pertinenti e affidabili.

423 Infatti, per quanto riguarda le tabelle dell'allegato B.13, che confronta gli sconti su fattura concessi dalle parti della concentrazione ai loro sei migliori clienti per i loro album più venduti nel 2002 «che figurano nei listini PPV a prezzi analoghi» («listed at similar prices»), si deve osservare in particolare che, nelle risposte ai quesiti scritti del Tribunale, la Commissione ha affermato che il PPV scelto per ciascun paese rappresentava uno dei PPV più importanti delle rispettive parti in termini di vendite generate, precisando tuttavia che, per la Germania, ad esempio, si trattava del terzo e quarto PPV per la BMG e del più importante e del sesto PPV per la Sony. Orbene, poiché nella decisione si rileva che le parti della concentrazione realizzavano la maggior parte delle loro vendite utilizzando uno o due, o al massimo tre, PPV, si pone la questione se gli album presi in considerazione rappresentino effettivamente i loro album più venduti. Inoltre, emerge da una nota relativa alle tabelle che il PPV di

molti album è stato modificato nel corso dell'anno, il che potrebbe avere influito sugli sconti concessi e quindi accentuato le variazioni comparative. Del pari, dalle suddette tabelle risulta che i dati della BMG riguardano il 2002, mentre quelli relativi alla Sony si riferiscono all'esercizio 2002/2003.

424 Infine, e in ogni caso, se la lettura di tali tabelle è resa più complessa dal fatto che esse confrontano alternativamente i dati della Sony e della BMG, mentre occorre confrontare gli sconti concessi da ciascuna delle parti della concentrazione ai suoi vari clienti, e non gli sconti concessi sugli album di una delle suddette parti con gli sconti concessi sugli album dell'altra parte, da un esame approfondito delle tabelle emerge che le variazioni risultano in definitiva piuttosto limitate. A tale riguardo va peraltro ricordato che dal punto 75 della comunicazione degli addebiti e dalla relativa nota 47 risulta che la Commissione aveva effettuato un'analisi dei prezzi lordi e netti della Sony e della BMG singolarmente per i loro dieci migliori album e ne aveva concluso, al punto 90 della comunicazione degli addebiti, che «i rapporti tra i prezzi lordi e i prezzi netti erano molto stabili per album e nel tempo per le singole uscite esaminate». Orbene, né la Commissione né le intervenienti hanno affermato, né a fortiori dimostrato, che tale osservazione è inesatta.

425 Per quanto riguarda le tabelle dell'allegato E.4.2, che sono intese a evidenziare gli sconti promozionali massimi concessi dalla Sony e dalla BMG sui loro album più venduti, si deve osservare che esse contengono moltissimi errori che hanno l'effetto di incrementare gli sconti in questione. Va infatti rilevato che il calcolo del differenziale tra gli sconti minimi e massimi per cliente (che equivale, secondo la Commissione, allo sconto promozionale) realizzato da ciascuna delle parti della concentrazione è stato erroneamente effettuato, nella maggior parte dei casi, in considerazione degli sconti concessi dall'altra parte, mentre, come spiega la stessa Commissione, tale calcolo va effettuato in base al differenziale tra gli sconti minimi e massimi concessi da un'unica parte ai suoi vari clienti.

- 426 Da questi due esempi emerge che, oltre alla necessaria prudenza con cui vanno prese in considerazione le varie tabelle prodotte dalle parti della concentrazione, dato che sono state elaborate in base a parametri scelti da queste ultime e che non sempre risultano chiari, si deve tenere conto anche della possibilità che tali tabelle contengano errori materiali che, nel caso di specie, possono essere rilevati anche con un esame sommario.
- 427 In ogni caso, quand'anche le varie tabelle elaborate dalle parti della concentrazione e prodotte dalla Commissione fossero effettivamente idonee a dimostrare le pretese variazioni più o meno importanti, ciò non toglie che, come sottolinea con ragione la ricorrente, si può dubitare della rilevanza di tali variazioni, dato che, da un lato, le tabelle riportano solo le fasce senza analizzare le medie ponderate e le variazioni rispetto a tali medie e, dall'altro, non escludono che tali variazioni possano essere spiegate abbastanza facilmente, quanto meno per un professionista del settore, in base a un certo numero di norme generali o specifiche che regolano la concessione degli sconti e sulle quali la Commissione non ha svolto le necessarie indagini.
- 428 Se è vero che, come ha sottolineato la Commissione, la ricorrente non ha spiegato con precisione quali sarebbero le varie norme che regolano la concessione degli sconti promozionali o, secondo la Commissione, ne ha menzionato un numero troppo elevato, il che renderebbe la loro applicazione complessa e quindi poco trasparente, ciò non toglie che, come si è già rilevato, la Commissione non abbia effettuato indagini di mercato a tale riguardo o che, quanto meno, non abbia prodotto alcun elemento di prova dell'opacità degli sconti promozionali, a parte le tabelle delle parti della concentrazione, le quali, oltre ad essere imprecise, sono comunque intese solo a provare l'esistenza di alcune variazioni dei suddetti sconti, ma non dimostrano che tali variazioni non possano essere spiegate più o meno facilmente da un professionista del settore. Del resto non si può contestare alla ricorrente di non avere effettuato essa stessa tale dimostrazione, dato che le tabelle non precisano gli album, i clienti, gli importi e i momenti in cui gli sconti sono stati concessi e, quindi, né la ricorrente né il Tribunale possono verificare se gli sconti in questione siano stati concessi conformemente alle regole generali del settore menzionate dalla ricorrente.

429 Per quanto riguarda l'argomento della Commissione secondo cui i criteri in base ai quali vengono generalmente concessi gli sconti promozionali sarebbero così numerosi da renderne opaca l'applicazione, si deve osservare anzitutto che la ricorrente ha affermato che, per le varie categorie di dischi (nuove uscite, nuovo artista, catalogo «full price», catalogo «mid price», catalogo «budget»), esisteva un numero limitato di strategie generali di vendita (sostituzione di un disco in classifica, partecipazione a campagne promozionali, acquisti di spazi espositivi nei negozi), che potevano differire in una certa misura in funzione del tipo di cliente (supermercati, catene specializzate, negozi indipendenti). Se è vero che l'aggregazione delle variabili ha necessariamente l'effetto di aumentare il numero di ipotesi, tuttavia la Commissione non ha dimostrato che tale operazione risulterebbe troppo difficile per un professionista del mercato. Occorre inoltre rilevare che anche la descrizione effettuata dalle parti della concentrazione, nell'allegato B.14, di alcuni principi cui è soggetta la concessione di sconti promozionali è semmai tale da confermare l'esistenza delle regole generali menzionate dalla ricorrente e l'assenza di una loro eccessiva complessità. Infine, va rilevato che anche un numero piuttosto elevato di regole, apparentemente complesse, eventualmente anche difficili da elencare esaustivamente, non impedisce necessariamente a un professionista di stabilire con relativa facilità se tali regole siano, a priori o nel complesso, rispettate. Così, ad esempio, la descrizione dettagliata delle regole del saper vivere o dell'etichetta richiederebbe opere voluminose, ma una persona che abbia un minimo di familiarità con le stesse può nondimeno stabilire facilmente se il comportamento di un'altra persona sia sostanzialmente conforme alle regole in questione.

430 In ogni caso, come ha sottolineato la ricorrente, non emerge né dalla decisione né dagli elementi di prova prodotti dalla Commissione che quest'ultima abbia svolto indagini sull'esistenza di regole generalmente note relative alla concessione degli sconti promozionali o sulla possibilità per le major di stabilire se gli sconti concessi dalle altre major siano conformi a tali regole o si discostino dai principi comuni.

431 D'altro canto, la ricorrente ha anche sostenuto che i prezzi netti per i rivenditori al dettaglio erano trasparenti, dato che i margini dei rivenditori sono generalmente trasparenti e conosciuti con un grado elevato di precisione.

- 432 Nel controricorso, la Commissione ha sostenuto al riguardo che anche la sua conclusione relativa all'inefficacia del monitoraggio delle vendite al dettaglio si basava sulla complessità e sull'opacità dei prezzi al dettaglio. Essa fa valere che dallo studio allegato al controricorso emerge che un monitoraggio intensivo delle vendite al dettaglio non consentirebbe a una major di dedurre le pratiche di fissazione dei prezzi netti (PPV meno sconti su fattura) dei concorrenti per un determinato album, in quanto i rivenditori non applicano tutti sistematicamente la stessa maggiorazione al prezzo all'ingrosso in un determinato momento, né a tutte le categorie di album e nemmeno a tutti gli album della categoria più limitata dei prezzi elevati. La Commissione non avrebbe rilevato alcun nesso dimostrabile tra i prezzi al dettaglio e gli sconti su fattura concessi per album aventi lo stesso PPV.
- 433 Al riguardo è sufficiente osservare che nessun punto della decisione fa riferimento a tale presunta impossibilità di determinare con un ragionamento a contrario («reverse engineering») i prezzi di vendita netti ai rivenditori in base ai prezzi di vendita al dettaglio. Inoltre, nessun elemento del fascicolo indica che la Commissione abbia minimamente esaminato, durante il procedimento amministrativo, il nesso tra i prezzi di vendita al dettaglio e i prezzi di vendita all'ingrosso, o raccolto informazioni sui prezzi di vendita al dettaglio. Pertanto non si possono prendere in considerazione né l'argomento svolto dalla Commissione né lo studio allegato al controricorso.
- 434 Va inoltre rilevato che, come ha fatto valere la ricorrente, lo studio predisposto dagli economisti delle parti della concentrazione non presenta dati sufficientemente affidabili, pertinenti e comparabili, né consente di confermare le conclusioni che ne trae la Commissione. La circostanza che tutti i rivenditori non applichino sempre sistematicamente la stessa maggiorazione al prezzo all'ingrosso, quand'anche fosse dimostrata, è comunque irrilevante. Se è indubbiamente probabile che i vari tipi di rivenditori (supermercati, indipendenti, catene di negozi specializzati, ecc.) applichino una politica di margine diversa e che esistano differenze all'interno di ciascuna categoria di operatori, e anche per ogni singolo operatore, in funzione del tipo di album o del suo grado di successo, tuttavia è assai poco probabile, e lo studio non contiene alcun dato in proposito, che un rivenditore applichi una politica di vendita diversa per lo stesso tipo di album. Orbene, poiché tutti i rivenditori sono clienti di tutte le major, ciascuna major può verificare il margine applicato da un

determinato rivenditore ai propri album e dedurre in tal modo il margine da questi normalmente applicato agli album dei concorrenti che presentano caratteristiche analoghe. Occorre infine rilevare che, secondo la dichiarazione dei direttori delle vendite per la Francia della Sony e della BMG (presentata nell'allegato B.2), il prezzo di vendita al dettaglio viene generalmente fissato aggiungendo l'IVA al prezzo all'ingrosso.

435 Dalle considerazioni che precedono discende che le nuove prove presentate dalla Commissione non sembrano sufficientemente affidabili, pertinenti e persuasive per dimostrare l'opacità degli sconti promozionali.

436 Infine, occorre ancora osservare, ad abundantiam, che, qualora lo sconto promozionale non sia trasparente, in quanto il rivenditore, supponendo che sia autorizzato a farlo, non lo ripercuote sul consumatore finale ma lo conserva per incrementare i profitti, la Commissione non ha spiegato perché tale sconto sarebbe pertinente nella fattispecie. Se, nel caso di prodotti perfettamente omogenei, uno sconto segreto e opaco concesso da un produttore a un rivenditore può essere pertinente per valutare la trasparenza necessaria ai fini di un coordinamento tacito, dato che lo sconto in questione consente al suddetto produttore di incrementare le vendite a scapito degli altri membri dell'oligopolio, ciò non vale necessariamente in caso di vendite a intermediari di prodotti diversi. Infatti, poiché nel caso di specie ogni disco è diverso, un rivenditore, che effettua acquisti presso le major solo per rivendere al consumatore finale, acquisterà, in linea di principio, meno dischi presso una determinata major solo se il consumatore finale sarà indotto, per effetto dello sconto promozionale, ad acquistare piuttosto il disco della major concorrente che ha concesso al rivenditore il suddetto sconto promozionale. Inoltre, benché ciò sia possibile, se non addirittura probabile, né la Commissione né le intervenienti hanno sostenuto, né a fortiori dimostrato, che la concessione di uno sconto promozionale sia legata alla mancata resa dell'inventario. Pertanto, uno sconto promozionale concesso da una major a un rivenditore, che non è trasparente in quanto non viene traslato sul consumatore finale, non sembra idoneo a produrre effetti sul volume delle vendite dell'album di cui trattasi né a compromettere una politica comune dei prezzi determinata dal coordinamento tacito. La Commissione avrebbe dovuto quanto meno esaminare e spiegare perché uno sconto promozionale, opaco in

quanto non traslato dal rivenditore, avrebbe potuto costituire un ostacolo alla necessaria trasparenza del mercato nella misura in cui non dissimula un comportamento idoneo a compromettere il coordinamento tacito.

— Sulla rilevanza degli sconti promozionali

⁴³⁷ La ricorrente formula una serie di censure con cui afferma, in sostanza, che la Commissione si è erroneamente basata sull'esigenza di una trasparenza totale del mercato, non ha esaminato la rilevanza degli sconti promozionali al fine di valutare la trasparenza del mercato e non ha dimostrato che gli sconti promozionali eliminano o riducono la trasparenza necessaria in quanto riguardano solo marginalmente gli album in classifica o gli album più venduti e non incidono realmente sui prezzi netti, segnatamente perché rappresentano solo tra un quarto e un terzo di tutti gli sconti.

⁴³⁸ In primo luogo, per quanto riguarda la censura secondo cui la Commissione avrebbe confuso la necessità di una sufficiente trasparenza del mercato, quale definita in occasione del procedimento che ha dato origine alla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 *supra*, con un'esigenza di trasparenza totale applicata nella decisione, si deve osservare che, come sottolinea giustamente la Commissione, nessun punto della decisione menziona la necessità di una trasparenza totale.

⁴³⁹ Tuttavia occorre verificare se la Commissione non abbia preteso in pratica una trasparenza totale o quanto meno superiore a quella necessaria per consentire una posizione dominante collettiva.

440 Come emerge dalla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 62, la trasparenza necessaria è quella che consente a ogni membro dell'oligopolio dominante di conoscere il comportamento degli altri per verificare se adottino o meno la stessa linea d'azione, vale a dire che ogni membro deve disporre di un mezzo per sapere se gli altri operatori adottino la stessa strategia e se la mantengano. La trasparenza nel mercato deve perciò essere sufficiente per consentire a ciascun membro dell'oligopolio dominante di conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento nel mercato di ciascuno degli altri membri. La trasparenza necessaria non implica che ciascun membro possa conoscere in qualsiasi momento nei minimi dettagli le condizioni precise di ogni vendita effettuata dagli altri membri dell'oligopolio, bensì deve, da un lato, permettere di individuare i termini del coordinamento tacito e, dall'altro, determinare il grave rischio che un comportamento deviante atto a compromettere il coordinamento tacito venga scoperto dagli altri membri dell'oligopolio.

441 La Commissione afferma di avere «esaminato gli elementi del prezzo netto di un singolo album venduto a un singolo cliente (PPV, sconto ordinario, eventuale sconto promozionale) e [di avere] sostanzialmente concluso che sarebbe necessario un grado di trasparenza sufficiente di tutti gli elementi affinché una grande casa discografica potesse avere la ragionevole certezza di conoscere realmente le pratiche di fissazione dei prezzi netti di un'altra casa discografica, espresse a livello di clienti e di album». Da tale spiegazione discende che, sebbene la decisione si riferisca solo a una trasparenza sufficiente, senza ulteriori precisazioni, la Commissione sembra avere preteso un livello di trasparenza particolarmente elevato.

442 Del pari, la Commissione sostiene, tra l'altro, che l'importanza degli sconti promozionali risulta dal fatto che, «[p]er poter coordinare i prezzi netti, le grandi case discografiche devono poterne controllare tutte le componenti, i PPV relativamente trasparenti e i vari sconti su fattura». La Commissione precisa al riguardo che «[u]na "certa conoscenza" degli sconti ordinari non è di per sé sufficiente se gli sconti promozionali sono responsabili di un'oscillazione degli sconti (vale a dire di un'instabilità dei prezzi netti) per alcuni clienti, nel tempo e da un album all'altro, tanto forte quanto quelle menzionate ai punti 79, 86, 93, 100 e 107 [della decisione] e se risulta che tali sconti sono meno trasparenti».

443 A tale proposito si deve osservare, da un lato, che, oltre ai numerosi altri fattori di trasparenza menzionati nei punti 111-113 della decisione (in particolare i contatti costanti con una clientela stabile, limitata e comune a tutte le major, nonché la pubblicazione settimanale delle classifiche), la Commissione ha considerato nella decisione che fossero trasparenti sia i prezzi lordi che gli sconti ordinari. Benché, nelle memorie presentate al Tribunale, la Commissione abbia relativizzato, peraltro in proporzioni piuttosto variabili a seconda degli argomenti cui rispondeva, il grado di trasparenza di questi due elementi costitutivi fondamentali dei prezzi netti, essa ha anche espressamente rilevato, nelle sue osservazioni finali, di avere concluso che sussisteva «un notevole grado di trasparenza sia dei PPV che degli sconti ordinari».

444 D'altro canto, le oscillazioni degli sconti di cui sarebbero responsabili gli sconti promozionali difficilmente potrebbero essere qualificati «così forti», dato che la decisione menziona differenze comprese tra 2 e 5 punti percentuali per il Regno Unito, la Germania e la Spagna, tra 1 e 3 punti percentuali per l'Italia e fino a 3 punti percentuali in Francia per la maggior parte dei principali clienti (o dei principali clienti comuni). Inoltre, come ha sostenuto la ricorrente e ammesso la Commissione (in particolare al punto 13 delle osservazioni complementari), assortimenti di prodotti diversi e gradi di successo variabili, nonché il tipo di cliente, possono spiegare le variazioni degli sconti, per cui non si può dedurre che le variazioni abbastanza modeste osservate siano effettivamente imputabili agli sconti promozionali.

445 In secondo luogo, per quanto riguarda le censure della ricorrente dirette a contestare la rilevanza degli sconti, si deve anzitutto ricordare che, come sottolinea la ricorrente, la Commissione ha rilevato, ai punti 77, 84, 91, 98 e 105 della decisione, che i prezzi di vendita netti erano strettamente legati ai prezzi lordi, data l'evoluzione parallela, negli ultimi sei anni, dei prezzi medi lordi e dei prezzi medi netti reali della Sony e della BMG. Benché la Commissione abbia fatto valere, nelle memorie presentate al Tribunale, che i dati relativi ai prezzi medi possono celare le singole variazioni, si deve constatare, da un lato, che al punto 70 della decisione si afferma che i prezzi medi costituiscono un valido strumento per stabilire se le major tengano un comportamento parallelo in materia di prezzi e, dall'altro, che in ogni

caso, al punto 77 della decisione, si rileva anche una grande stabilità dei rapporti tra i prezzi netti e i prezzi lordi per album e nel tempo. Poiché gli sconti ordinari vengono stabiliti per un determinato cliente e per un determinato anno, non si vede come gli sconti promozionali variabili possano incidere sui prezzi netti degli album considerati.

446 La rilevanza degli sconti in generale sembra peraltro essere messa seriamente in dubbio dalle valutazioni operate dalla stessa Commissione. Infatti, ai punti 88 e 89 della comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva affermato, «previo esame dei dati, di avere riscontrato che gli sconti non modificavano i prezzi relativi delle major» e che «non esisteva assolutamente alcuna prova del fatto che gli sconti fossero stati utilizzati per modificare sostanzialmente i prezzi». Se pure, come si è ricordato in precedenza, la Commissione può modificare le valutazioni, per definizione provvisorie, operate nella comunicazione degli addebiti, tuttavia le valutazioni e le conclusioni contenute nella decisione devono essere compatibili con gli accertamenti fattuali operati durante il procedimento amministrativo, salvo dimostrare, quanto meno nel corso di un procedimento dinanzi al giudice comunitario, che essi erano errati. Orbene, l'osservazione secondo cui non esisteva alcuna prova del fatto che gli sconti avessero inciso sensibilmente sui prezzi costituisce un accertamento fattuale, più che una valutazione. In ogni caso, non sembra che la Commissione abbia cambiato parere su questo punto, dato che al punto 77 della decisione si rileva che, «[s]e le grandi case discografiche si fossero discostate in misura significativa dalle politiche concordate in materia di prezzi concedendo sconti, tale deviazione si sarebbe manifestata nei loro prezzi medi netti».

447 In terzo luogo, si deve osservare che la decisione non contiene alcun elemento atto a dimostrare l'incidenza effettiva che gli sconti promozionali avrebbero sui prezzi netti degli album considerati. L'unico indizio al riguardo emerge dal punto 150 della decisione e tende semmai a escludere tale incidenza, in quanto si rileva che, «[c]ome nei territori più ampi, i principali sconti applicati in tutti i piccoli paesi sono gli sconti ordinari». È vero che, in udienza, la Commissione ha ipotizzato che si trattasse di un errore di stampa, ma ha tuttavia ripreso tale osservazione nel controricorso. Va peraltro ricordato che nella comunicazione degli addebiti, redatta dopo cinque mesi d'indagine nel corso dei quali la Commissione aveva interrogato sia le major e i produttori indipendenti che i rivenditori, in particolare in merito alla rispettiva importanza dei vari tipi di sconti, compresi quelli promozionali (v., in

particolare, le domande 19 e 24 dei questionari inviati il 20 gennaio 2004 ai rivenditori e ai concorrenti, menzionate nell'allegato E.4.1), la Commissione non ha nemmeno ritenuto necessario menzionare gli sconti promozionali.

448 Invitata dal Tribunale a quantificare il valore complessivo degli sconti promozionali, in termini percentuali sulle vendite dei 100, e dei 20, album più venduti di ciascuna delle cinque major (ossia lo sconto promozionale medio concesso su tali album), nonché il valore relativo degli sconti promozionali rispetto agli sconti ordinari per i suddetti album, la Commissione ha risposto che era impossibile calcolarli sulla base delle informazioni contenute nel suo fascicolo.

449 Dalle osservazioni che precedono discende che la Commissione ha concluso che il mercato non era sufficientemente trasparente, nonostante la trasparenza dei prezzi lordi e degli sconti ordinari e numerosi altri fattori di trasparenza rilevati nella decisione, solo perché gli sconti promozionali sarebbero meno trasparenti, senza tuttavia aver esaminato se tali sconti promozionali rappresentino un elemento sufficientemente significativo del prezzo degli album in questione da avere un impatto effettivo sulla trasparenza dei prezzi dei suddetti album. Ne consegue che è fondata la censura della ricorrente secondo cui la decisione è viziata da un errore manifesto di valutazione, in quanto la Commissione non ha esaminato, o quanto meno non ha dimostrato sufficientemente, la rilevanza degli sconti promozionali.

450 Tale conclusione non può essere rimessa in causa dall'affermazione della Commissione secondo cui altre informazioni trasmesse durante il procedimento amministrativo le hanno permesso di concludere che gli sconti promozionali erano un elemento fondamentale della fissazione dei prezzi e di calcolare gli sconti promozionali medi per il 2002 applicati a tutti gli album. In particolare, gli elementi su cui si fonda tale argomento non possono essere considerati sufficientemente coerenti, affidabili e pertinenti, né tali da giustificare le conclusioni che ne vengono tratte.

451 In primo luogo, la cronologia delle indagini non consente di dedurre che la Commissione abbia esaminato la rilevanza degli sconti promozionali al fine di valutare il grado di trasparenza del mercato, né a fortiori che sia stato possibile effettuare tale esame in base a tutti i dati pertinenti e affidabili. Al riguardo si deve ricordare che, fino all'audizione del 14 e 15 giugno 2004, la Commissione aveva concluso, ancorché provvisoriamente, in base all'esame di tutti gli elementi raccolti durante l'indagine, nel senso che sussisteva una posizione dominante collettiva prima della concentrazione e, in particolare, che il mercato e gli sconti erano trasparenti e questi ultimi non erano tali da compromettere il coordinamento dei prezzi. Alla luce delle risposte sia delle major e dei concorrenti che dei rivenditori alle domande sulla rispettiva importanza dei vari sconti, segnatamente ordinari e promozionali, la Commissione non ha ritenuto necessario menzionare gli sconti promozionali nella comunicazione degli addebiti (quanto meno secondo quanto risulta dalla versione riservata prodotta dinanzi al Tribunale). Dagli atti non emerge, né peraltro la Commissione ha sostenuto, che, in quella fase, essa abbia effettuato alcun esame degli sconti promozionali. Orbene, non risulta neppure che, nel breve intervallo tra l'audizione del 14 e 15 giugno 2004, a seguito della quale la Commissione ha modificato il suo giudizio, e l'invio del progetto di decisione al comitato consultivo in data 1° luglio 2004, la Commissione abbia indagato per verificare la rilevanza degli sconti promozionali o il loro grado di trasparenza. L'unica misura d'indagine successiva all'audizione menzionata dalla Commissione consiste peraltro in una richiesta di informazioni del 21 giugno 2004 inviata alle parti notificanti avente per oggetto non la rilevanza degli sconti promozionali, bensì le attività di monitoraggio del mercato da parte delle major. Inoltre, come si è rilevato in precedenza, la rappresentatività delle relazioni di controllo redatte dagli addetti alle vendite della Sony e della BMG fornite (allegato B.15) in risposta a tale domanda è messa seriamente in discussione dai documenti riservati prodotti dalla ricorrente (allegato B.16). Da ultimo, nelle sue osservazioni finali, la stessa Commissione sottolinea che il diritto delle parti notificanti di essere sentite limita le possibilità di indagine complementare dopo l'audizione ed esclude una consultazione capillare degli operatori del mercato in merito agli addebiti. Le misure d'indagine successive all'audizione consistono sostanzialmente, secondo la Commissione, nel consultare gli operatori del mercato in merito agli impegni proposti e non riguardano gli addebiti mossi nei confronti dell'operazione di concentrazione notificata.

452 In secondo luogo, benché la Commissione abbia affermato, nelle risposte ai quesiti scritti del Tribunale, che le informazioni fornite dalle parti notificanti durante il

procedimento amministrativo le avevano consentito di calcolare gli sconti promozionali medi, essa tuttavia ha ammesso in udienza di non avere effettuato essa stessa i calcoli e di aver dovuto lasciare agli economisti delle parti della concentrazione il compito di spiegare come fossero stati calcolati gli sconti per tutti gli album ma non per i 20 o 100 album più venduti, nonostante l'indagine e i dati raccolti dalla Commissione riguardassero solo tali album.

453 In terzo luogo, benché la Commissione abbia affermato che i calcoli erano stati effettuati in base ai dati utilizzati come riferimento per uno degli allegati B.12 del controricorso, quest'ultimo contiene tuttavia solo dati relativi alla BMG e non alla Sony.

454 In quarto luogo, i dati non sembravano sufficientemente coerenti, affidabili e pertinenti.

455 Si deve rilevare anzitutto che le tabelle fornite dalla Commissione in risposta ai quesiti del Tribunale riguardano solo il 2002 e che non vengono esposti i motivi per cui tale anno è stato scelto dalle parti notificanti, mentre la decisione riguarda i prezzi e gli sconti dal 1998 al 2003. Del pari, benché la percentuale delle vendite lorde venga calcolata per la BMG con riferimento ai dieci clienti principali, tale percentuale riguarda solo i cinque-dieci clienti principali (a seconda dei paesi) senza che venga fornita alcuna spiegazione al riguardo. Si deve inoltre osservare che i margini degli sconti promozionali menzionati nelle tabelle (che riguardano tutti gli album sulla totalità della clientela) non corrispondono a quelli indicati nelle tabelle di altri allegati B.6/E.2 (che riguardano solo i 20 album più venduti ai dieci migliori clienti). Siccome il numero di album e di clienti preso in considerazione nelle tabelle è molto superiore a quello di cui tengono conto i suddetti allegati, lo sconto promozionale massimo delle tabelle [*riservato*] dovrebbe essere pari o superiore a quello che figura negli allegati in questione per lo stesso anno [*riservato*]. Anche il totale degli sconti su fattura di ciascuna delle due parti notificanti e il differenziale tra gli sconti concessi da ognuna di esse sono diversi da quelli indicati nella decisione. È vero che quest'ultima ha per oggetto gli album più venduti nel 2003 e

non, come le tabelle, tutti gli album venduti nel 2002, ma ciò conferma soltanto che il risultato può essere diverso a seconda dei parametri scelti e che, pertanto, occorre che la Commissione continui a vigilare sulle operazioni o, quanto meno, verifichi la rilevanza dei dati presentati dalle parti della concentrazione.

456 Si deve inoltre osservare che, siccome le tabelle hanno per oggetto lo sconto promozionale medio per tutti gli album venduti, e non quello sui 100 o i 20 album più venduti, esse sono irrilevanti in quanto presuppongono proprio ciò che dovrebbero dimostrare, cioè che gli sconti promozionali svolgono una funzione importante anche per quanto riguarda gli album più venduti o le nuove uscite che compaiono in classifica («new hit releases») e non riguardano principalmente, come sostiene la ricorrente, gli album meno importanti del catalogo. Non può essere accolto l'argomento della Commissione secondo cui, vista l'importanza dei 100 album più venduti sotto il profilo delle entrate complessive generate dalle vendite di musica, sarebbe sorprendente che i livelli medi degli sconti promozionali calcolati sulla totalità degli album venduti non si ripercuotessero in misura significativa sui prezzi dei 100 album più venduti, in quanto ciò significherebbe che a tutti gli altri album vengono applicati sconti promozionali medi pari a un multiplo della media generale. Benché la decisione non contenga alcuna informazione al riguardo, e la Commissione non abbia fornito alcuna precisazione nelle sue memorie, gli unici elementi agli atti tendono a indicare che gli sconti promozionali sono effettivamente di livello elevato, se non molto elevato. Infatti, in risposta al questionario della Commissione, una major ha dichiarato che «[q]uesto tipo di sconto [poteva] rappresentare una percentuale importante del PPV (ad esempio fino a [riservato])». Del pari, le tabelle dell'allegato E.2, prodotte dalla Commissione, che contengono stime degli sconti promozionali massimi, indicano tassi di sconto concessi dalle parti notificanti ai loro dieci migliori clienti spesso molto elevati, fino a [riservato]. Tali stime sono inoltre definite prudenti dalla Commissione, dato che le cifre sono espresse su base annua mentre uno sconto promozionale, di regola, è limitato nel tempo. Siccome gli sconti promozionali rappresentano mediamente, anche secondo la tabella prodotta dalla Commissione, solo una piccola percentuale del prezzo di vendita [riservato] di tutti gli album venduti, essi dovrebbero essere applicati solo a un numero piuttosto limitato di album. Infine, come si è rilevato in precedenza, le uniche dichiarazioni delle major prodotte dalla Commissione tendono a indicare che gli sconti promozionali si applicano in casi particolari (artista in tournée, alcune scorte stagionali, vecchi album che non si vendono più molto bene). Pertanto, non si può presumere che i tassi medi di sconto promozionale concessi sulla totalità degli album siano rappresentativi degli sconti promozionali concessi sui 100 album più

venduti, né a fortiori sulle nuove «hit releases». A tale proposito si deve inoltre ricordare che, ai punti 87 e 90 della comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva affermato di ritenere che i listini prezzi delle nuove uscite fossero utilizzati per coordinare e monitorare le politiche di prezzo e di non avere trovato alcuna prova del fatto che gli sconti fossero utilizzati per modificare sostanzialmente i prezzi netti medi delle nuove «hit releases».

457 In quinto luogo, si deve osservare che, quand'anche le tabelle fossero esatte e rappresentative, gli sconti promozionali rappresentano solo una quota molto modesta del prezzo di vendita lordo degli album in tre dei cinque grandi paesi per la BMG, [riservato] % nel paese B, [riservato] % nel paese C e [riservato] % nel paese D e in due dei cinque grandi paesi per la Sony, [riservato] % nel paese C e [riservato] % nel paese D. Inoltre, contrariamente a quanto afferma la Commissione, non si può ritenere che le tabelle dimostrino che gli sconti promozionali medi delle due parti notificanti differiscano molto ampiamente nella maggior parte dei paesi, dato che, in tre paesi su cinque, la differenza tra gli sconti promozionali applicati dalla Sony e dalla BMG è inferiore al [riservato] %. Orbene, secondo la decisione, ciascun paese costituisce un mercato, ed una concentrazione che crei o rafforzi una posizione dominante tale da ostacolare sensibilmente la concorrenza effettiva su uno solo dei mercati in questione va dichiarata incompatibile con il mercato comune. Pertanto, anche se gli sconti promozionali potessero essere considerati meno trasparenti, la Commissione avrebbe dovuto almeno spiegare nella decisione, salvo applicare una condizione di trasparenza totale, perché i suddetti sconti, nonostante il loro effetto reale minimo sui prezzi e la presenza di numerosi fattori di trasparenza rilevati nella decisione, fossero tali da eliminare la sufficiente trasparenza del mercato necessaria affinché potesse costituirsi una posizione dominante collettiva.

458 In ogni caso, né le spiegazioni fornite nel corso del procedimento contenzioso dinanzi al Tribunale né, a fortiori, le verifiche relative a un aspetto fondamentale della decisione possono supplire a una carenza di analisi al momento dell'adozione della decisione e sanare l'errore manifesto di valutazione da cui è viziata la decisione,

e ciò anche qualora l'errore in questione non abbia avuto alcuna influenza sul risultato della valutazione (v., per analogia, sentenza della Corte 22 gennaio 2004, causa C-353/01 P, Mattila/Consiglio e Commissione, Racc. pag. I-1073, punti 31 e 37).

c) Conclusione sulla trasparenza

⁴⁵⁹ Risulta dalle considerazioni che precedono che le osservazioni formulate nella decisione in merito alla trasparenza del mercato non sono sufficientemente motivate e sono viziate da un errore manifesto di valutazione, in quanto non si basano sull'esame di tutti i dati pertinenti che occorre prendere in considerazione e non sono tali da sostenere la conclusione che il mercato non è sufficientemente trasparente da consentire una posizione dominante collettiva.

5. Omogeneità

⁴⁶⁰ Per quanto riguarda il criterio relativo all'omogeneità del prodotto, si deve ricordare che, al punto 157 della decisione, la Commissione ha concluso che non sussisteva una posizione dominante collettiva facendo riferimento, oltre che alle carenze a livello di trasparenza e alla mancanza di prove dell'esistenza di misure di ritorsione in passato, alle caratteristiche parzialmente eterogenee del prodotto. Tuttavia, si deve rilevare che, nel punto 110 della decisione, dedicato all'esame dell'omogeneità del prodotto, la Commissione ha sottolineato, da una parte, che il formato della musica registrata era omogeneo e, dall'altra, che, nonostante l'eterogeneità dei contenuti, le modalità di fissazione dei prezzi e di commercializzazione degli album sui mercati all'ingrosso sembravano abbastanza standardizzate e, infine, che, per quanto riguarda gli sconti e i tassi concordati di resa dell'invenduto, le major di regola non distinguevano tra i generi musicali o i tipi di album. In contraddizione, almeno apparente, con tale affermazione, e senza ulteriori spiegazioni, la

Commissione ha aggiunto che il prezzo dipendeva naturalmente anche dal successo dell'album e che esisteva una differenza a livello di album per quanto riguarda gli sconti promozionali. Sulla base di quanto precede, essa ha concluso che l'eterogeneità del contenuto e i suoi effetti sopra menzionati sui prezzi riducevano la trasparenza.

461 Ne consegue che la Commissione ha ritenuto che gli elementi di eterogeneità rilevati incidessero solo sugli sconti promozionali. Orbene, come si è osservato in precedenza, gli elementi rilevati nella decisione e gli argomenti dedotti dalla Commissione nelle sue memorie non bastano a suffragare la tesi secondo cui il mercato non presentava il grado di trasparenza necessario affinché potesse costituirsi una posizione dominante collettiva. Pertanto le osservazioni, peraltro contraddittorie, relative agli elementi di eterogeneità del prodotto non possono, di per sé, indurre a concludere che nel mercato non esisteva siffatta posizione dominante collettiva.

462 Si deve inoltre rilevare che il fatto che il prodotto sia eterogeneo, almeno sotto il profilo del contenuto, e che pertanto sia prevedibile che il suo prezzo vari da un album all'altro, conferisce un'importanza del tutto particolare all'osservazione formulata dalla stessa Commissione nei punti 76 e 77 relativi al mercato del Regno Unito (e ai punti corrispondenti agli altri mercati), secondo cui i prezzi di catalogo degli album più venduti sembrano essere piuttosto allineati e i prezzi di vendita netti sono strettamente legati ai prezzi lordi.

6. Misure di ritorsione

463 Ai punti 114-118 della decisione, la Commissione ha esaminato se le major, in passato, avessero adottato «misure di ritorsione» nei confronti di una di loro e ha concluso di non aver riscontrato «nessun elemento idoneo a dimostrare che, in passato, il rifiuto di una major di attenersi alle pratiche concordate avesse

comportato, come misura di ritorsione, l'esclusione di altre major da un'impresa comune di compilation o un ritorno (temporaneo) a pratiche effettivamente concorrenziali», né di aver scoperto «indizi di minacce in tal senso».

⁴⁶⁴ La ricorrente sostiene che tale conclusione è viziata da carenza di motivazione, da un errore manifesto di valutazione e da un errore di diritto. Le censure formulate in queste tre parti coincidono e consistono in sostanza nella contestazione del fatto che la Commissione abbia basato la sua analisi sulla mancanza di prove di una precedente applicazione di misure di ritorsione, mentre avrebbe dovuto solo verificare l'esistenza di meccanismi di dissuasione efficaci.

⁴⁶⁵ Risulta dalla giurisprudenza (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 62) che, perché una situazione di posizione dominante collettiva possa rivelarsi efficace, occorre che ci siano fattori di dissuasione sufficienti ad assicurare con continuità un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune, il che significa che è necessario che ciascun membro dell'oligopolio dominante sappia che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa (v., in tal senso, sentenza *Gencor/Commissione*, citata al punto 246 supra, punto 276).

⁴⁶⁶ In linea di principio, infatti, è sufficiente la semplice esistenza di meccanismi di dissuasione efficaci, dato che, se i membri dell'oligopolio si conformano alla politica comune, non occorre fare ricorso a misure sanzionatorie. Inoltre, come sottolinea la ricorrente, il mezzo di dissuasione più efficace è quello che non occorre utilizzare.

⁴⁶⁷ D'altro canto, la Commissione ha espressamente rilevato, ai punti 128-132 della comunicazione degli addebiti, che l'esclusione dalle imprese comuni di compilation costituisce un meccanismo di ritorsione particolarmente efficace e la decisione, anche se non lo ammette espressamente, e contrariamente a quanto ha sostenuto la

Commissione nelle sue memorie, conferma quest'analisi. Infatti, dopo avere messo in risalto, ai punti 115 e 116 della decisione, l'importanza economica delle compilation di più artisti o etichette, che rappresentano tra il 15 e il 20 % circa del mercato totale della musica registrata, ed avere sottolineato che la presenza in un album di artisti «appartenenti» a case discografiche diverse sembra essere un fattore di successo fondamentale per una compilation, la Commissione spiega, al punto 117 della decisione, che, «[i]n caso di “deviazione” persistente di una di loro, le grandi case discografiche potrebbero quindi escludere quest'ultima dalla creazione di nuove imprese comuni, o negarle il diritto di utilizzare i loro titoli in una compilation, o addirittura cessare talune imprese comuni già esistenti». Infine, il punto 118 della decisione spiega che tuttavia la Commissione non ha rilevato alcun elemento che dimostri l'esclusione in passato di altre grandi case discografiche da un'impresa comune di compilation, né traccia di minacce in tal senso, pur precisando che «tali misure potrebbero rappresentare in generale mezzi di ritorsione credibili sui mercati della musica registrata».

⁴⁶⁸ Tuttavia, poiché il motivo in esame ha per oggetto l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, e non la creazione di quest'ultima, si potrebbe ritenere che la condizione relativa ai mezzi di ritorsione possa consistere non, come avveniva nella causa che ha dato origine alla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 *supra*, nel verificare la semplice esistenza di meccanismi di ritorsione, bensì nell'esaminare se vi siano state violazioni della linea d'azione comune non seguite da misure di ritorsione. Benché la decisione non precisi che per valutare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorra un criterio diverso, né la Commissione l'abbia sostenuto nelle sue memorie, nondimeno il Tribunale esaminerà se gli accertamenti effettuati nella decisione rispondano a tale criterio.

⁴⁶⁹ Affinché la mancata applicazione di misure di ritorsione possa essere interpretata nel senso che non sussiste la condizione relativa ai mezzi di ritorsione sono necessari due elementi cumulativi, ossia la prova di deviazioni dalla linea d'azione comune, senza la quale non occorre esaminare l'applicazione di misure di ritorsione, e la prova effettiva della mancanza di misure di ritorsione. Orbene, si deve osservare che

nella decisione non vengono indicate le prove necessarie in relazione a questi due aspetti.

470 In primo luogo, la Commissione non ha individuato chiaramente, né nella sezione ad hoc dedicata ai mezzi di ritorsione né in altre parti della decisione, alcun caso di violazione della politica comune in materia di prezzi. È vero che, nel controricorso, la Commissione ha fatto riferimento a due casi in cui nella decisione sarebbero state rilevate divergenze rispetto alla linea d'azione comune, (nel Regno Unito nel 2000 e nel 2001, punto 74, e in Germania, in presenza di un'evoluzione più lenta di una delle major, punto 88). Tuttavia, dalla decisione non risulta che questi casi siano stati considerati violazioni della politica comune, ma solo come indizi del fatto che il parallelismo dei prezzi non era costante.

471 In secondo luogo, e in ogni caso, si deve rilevare che la Commissione, interrogata in udienza dal Tribunale in merito alle misure di indagine adottate per giungere alla conclusione che non aveva individuato prove dell'applicazione di misure di ritorsione in passato, né di minacce in tal senso, non ha saputo indicare alcuna azione realizzata o intrapresa a tale fine. Inoltre, poiché, nella fase della comunicazione degli addebiti, l'indagine della Commissione era incentrata sulla verifica dell'esistenza di meccanismi di dissuasione credibili e non sull'esercizio effettivo di misure di ritorsione, e solo dopo l'audizione dinanzi alla Commissione quest'ultima ha modificato il suo giudizio sulla concentrazione, risulta difficile stabilire quando e come la Commissione avrebbe potuto procedere a una ricerca effettiva di prove dell'applicazione di misure di ritorsione. Del resto, risulta dagli atti che, dopo l'audizione, la Commissione non ha più svolto indagini sul mercato. L'unica misura di verifica avrebbe quindi potuto consistere nel rivolgere una domanda alle parti notificanti, cosa di cui essa non ha fornito alcuna prova al Tribunale, ed era ovviamente improbabile che le parti notificanti fornissero alla Commissione prove in tal senso.

472 Si deve infine osservare che non può essere accolto l'argomento della Commissione secondo cui «[p]rove evidenti di misure di ritorsione applicate dalle altre [m]ajor in reazione a una "deviazione" rispetto ai livelli abituali dei prezzi netti medi o degli

sconti su fattura medi avrebbero potuto costituire un indizio (ancorché evidentemente non decisivo) dell'esistenza di un coordinamento, nonostante la difficoltà di stabilire condizioni di coordinamento sufficientemente chiare e mezzi sufficientemente efficaci per verificarne il rispetto». Infatti, da un lato, tale affermazione contraddice la decisione, secondo cui «[q]ualsiasi indizio di ritorsione potrebbe infatti essere interpretato nel senso che segnala l'esistenza di una posizione dominante collettiva su tali mercati» (punto 114 della decisione) e «[l]a Commissione pertanto non ha riscontrato, nel caso di specie, alcun elemento da cui emerga che tali mezzi o minacce sono stati utilizzati in passato, il che avrebbe costituito la prova di una posizione dominante collettiva». D'altro canto, l'argomento della Commissione equivale a sostenere che il suo esame della condizione relativa ai mezzi di dissuasione era inadeguato, perché anche «prove evidenti di misure di ritorsione» avrebbero potuto costituire solo un indizio «evidentemente non decisivo».

⁴⁷³ Discende da quanto precede che è fondata la censura della ricorrente secondo cui le valutazioni contenute nella decisione relativamente ai mezzi di dissuasione sono viziate da un errore di diritto e da un errore manifesto di valutazione.

⁴⁷⁴ Poiché tali valutazioni costituiscono, come emerge in particolare dal punto 157 della decisione, un motivo fondamentale su cui si basa la decisione, quest'ultima dev'essere annullata.

7. Conclusione sul primo motivo

⁴⁷⁵ Risulta da quanto precede che l'asserzione secondo cui i mercati della musica registrata non sono sufficientemente trasparenti da consentire una posizione dominante collettiva non è sufficientemente motivata ed è viziosa da un errore manifesto di valutazione, in quanto gli elementi su cui si basa sono incompleti e non tengono conto di tutti i dati pertinenti che avrebbero dovuto essere presi in

considerazione dalla Commissione, e non sono tali da suffragare le conclusioni che ne vengono tratte. Poiché la suddetta asserzione costituisce, come emerge sia dalla decisione, e in particolare dal punto 157 di quest'ultima, che dal dibattimento dinanzi al Tribunale, un motivo fondamentale in base al quale la Commissione ha concluso, nella decisione, che non sussisteva una posizione dominante collettiva, la decisione dev'essere annullata per questo solo motivo.

476 Del pari, siccome l'analisi relativa ai mezzi di dissuasione è viziata da un errore di diritto o, quanto meno, da un errore manifesto di valutazione, e quest'analisi costituisce l'altro motivo fondamentale in base al quale la Commissione ha concluso, nella decisione, che non sussisteva una posizione dominante collettiva, anche tale vizio giustifica l'annullamento della decisione.

477 Infine, per quanto necessario, si deve ancora rilevare che, come risulta, esplicitamente o implicitamente, da tutte le considerazioni che precedono, nessuno degli argomenti dedotti dalle intervenienti è tale da inficiare queste conclusioni e molti di essi sono anche espressamente contraddetti nella decisione.

478 Per quanto riguarda, in primo luogo, le osservazioni preliminari formulate dalle intervenienti, si deve osservare che esse sono già state respinte o sono irrilevanti. Ad esempio, la pretesa circostanza che la Commissione abbia svolto un'indagine straordinariamente approfondita non è idonea di per sé a dimostrare che la Commissione abbia effettivamente raccolto, analizzato e correttamente valutato tutti i dati pertinenti. Al riguardo va peraltro osservato che le intervenienti sottolineano di avere fornito, fin dalla notifica, dati e spiegazioni molto solidi in merito al settore musicale europeo. Orbene, risulta dagli atti che, in base a tali dati e ad altri elementi di informazione raccolti sul mercato in circa cinque mesi di indagini, la Commissione aveva concluso, nella comunicazione degli addebiti, nel senso dell'incompatibilità della concentrazione e solo dopo che le parti e i loro economisti avevano esposto i loro argomenti durante l'audizione del 14 e 15 giugno 2004 la Commissione ha modificato il suo giudizio e ha inviato al comitato consultivo, due settimane più tardi, un progetto di decisione che approvava la

concentrazione. È parimenti irrilevante la circostanza che le autorità per la concorrenza di tutto il mondo abbiano approvato la concentrazione. Infine, va respinto anche l'argomento secondo cui la concentrazione rappresenterebbe una risposta proconcorrenziale al declino del settore musicale, e in particolare al crollo del prezzo di vendita dei CD. Infatti, non solo la decisione non si basa affatto su un presunto equilibrio tra i vari vantaggi e svantaggi della concentrazione, ma gli argomenti delle intervenienti tratti dall'evoluzione della domanda sono anzi stati espressamente respinti ai punti 55-59 della decisione.

479 Per quanto riguarda, in secondo luogo, gli argomenti delle intervenienti diretti a contestare la fondatezza delle censure della ricorrente relative agli sconti promozionali, all'allineamento dei prezzi o alla trasparenza, è sufficiente rilevare che essi sono indissociabili da quelli formulati dalla Commissione e sono già stati disattesi in precedenza o non possono essere presi in considerazione perché espressamente contraddetti dalle osservazioni contenute nella decisione. Ad esempio, l'argomento tratto dalla pretesa mancanza di allineamento dei prezzi e la tesi secondo cui gran parte delle 100 migliori vendite sarebbe generata al di fuori dei PPV individuati nella decisione sono stati espressamente disattesi nella decisione stessa. Parimenti, è irrilevante l'affermazione secondo cui la decisione minimizzerebbe la forza delle prove soggiacenti relative alla mancanza di sufficiente trasparenza. Infatti, al Tribunale non spetta pronunciarsi sulla compatibilità della concentrazione, bensì effettuare un controllo di legittimità degli accertamenti effettuati in proposito. Si deve inoltre nuovamente rilevare che le affermazioni formulate a tale riguardo dalle intervenienti, secondo cui i PPV non sarebbero noti né accessibili o gli sconti ordinari non sarebbero sufficientemente trasparenti, sono espressamente contraddette dalle osservazioni contenute nella decisione.

480 Infine, per quanto riguarda, in terzo luogo, gli argomenti relativi ai vari punti non menzionati nella decisione, è sufficiente rilevare che essi sono del tutto irrilevanti, dato che l'esame del Tribunale consiste unicamente in un controllo della legittimità di quest'ultima.

481 Nondimeno, il Tribunale ritiene necessario esaminare, ad abundantiam, il secondo motivo.

III — *Sul secondo motivo, concernente la creazione di una posizione dominante collettiva nei mercati della musica registrata*

A — *Argomenti della ricorrente*

482 La ricorrente osserva che la Commissione ha esaminato in meno di una pagina la questione se la concentrazione avrebbe creato una posizione dominante collettiva. Pur affermando che la riduzione del numero di operatori potrebbe comportare, in taluni mercati oligopolistici, la creazione di una posizione dominante collettiva delle imprese rimanenti, e che ciò è dovuto sostanzialmente alle caratteristiche del mercato, la Commissione tuttavia non avrebbe individuato tali caratteristiche decisive, ma si sarebbe limitata a rinviare all'analisi effettuata in merito alla posizione dominante collettiva preesistente alla concentrazione e avrebbe concluso, al punto 157 della decisione, di non aver riscontrato «elementi di prova sufficienti a dimostrare che la riduzione del numero di case discografiche da cinque a quattro rappresenterebbe una modifica sufficientemente importante da comportare la probabile creazione di una posizione dominante collettiva», segnatamente in termini di trasparenza e di misure di ritorsione.

1. Sull'errore di diritto

483 La Commissione avrebbe commesso quattro errori di diritto nell'applicazione del criterio di analisi della posizione dominante collettiva.

a) Mancanza di analisi prospettica

484 La Commissione avrebbe commesso un errore di diritto nell'applicazione del regolamento sulle posizioni dominanti collettive in quanto non avrebbe effettuato un'analisi prospettica per verificare se, per effetto della concentrazione, si sarebbe creata una posizione dominante collettiva. Orbene, il criterio inteso a stabilire se una concentrazione crei o meno siffatta posizione sarebbe fundamentalmente diverso dal criterio inteso a verificarne l'esistenza effettiva, dato che quest'ultimo richiede un'analisi ex post, mentre il primo richiede un'analisi ex ante che va effettuata con riferimento al livello di concorrenza registrato sul mercato prima della concentrazione.

485 Emergerebbe dalla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, che l'analisi prospettica deve non solo tenere conto della situazione relativa a tale posizione nel momento in cui ha luogo l'operazione, ma anche valutarla dinamicamente tenendo conto, in particolare, dell'«equilibrio interno, [della] stabilità e [della] questione se un comportamento anticoncorrenziale parallelo a cui essa potrebbe dare origine possa essere mantenuto nel tempo». Orbene, risulterebbe dal punto 157 della decisione che, invece di effettuare separatamente la necessaria analisi prospettica, la Commissione sarebbe giunta a una conclusione in base alle stesse prove — ex post — utilizzate per escludere che esistesse una posizione dominante collettiva prima della concentrazione.

486 Tuttavia, l'analisi ex post non sarebbe decisiva. È vero che la Commissione ha stabilito che «i mercati della musica registrata presenta[va]no talune caratteristiche favorevoli all'esistenza di una posizione dominante collettiva» (punto 157 della decisione), ma essa si sarebbe limitata ad affermare di non avere riscontrato prove

sufficienti per dimostrare che la posizione dominante collettiva esisteva già, per cui qualsiasi variazione dei fattori che incrementasse le possibilità di accordi taciti avrebbe dovuto essere analizzata con grande prudenza. L'unica prova esaminata dalla Commissione sarebbe una relazione su quanto avvenuto in passato, il che costituirebbe un'ammissione implicita, da parte della Commissione, del fatto che essa non aveva effettuato un'analisi prospettica.

b) Trasparenza

⁴⁸⁷ La ricorrente sostiene che, nel verificare se si sarebbe creata una posizione dominante, la Commissione ha commesso un errore di diritto, per gli stessi motivi esposti nell'ambito del primo motivo, per avere utilizzato un criterio di trasparenza totale del mercato, mentre, secondo la sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, occorre verificare solo se il mercato sia sufficientemente trasparente da consentire un coordinamento di comportamenti.

c) Mezzi di dissuasione

⁴⁸⁸ La ricorrente contesta alla Commissione di non avere effettuato un'analisi prospettica per verificare l'esistenza di mezzi di dissuasione, e di avere invece fatto riferimento alle conclusioni cui era giunta, basandosi erroneamente sulla mancanza di prove di misure di ritorsione in passato, nel contesto del rafforzamento di una posizione dominante collettiva preesistente, per respingere qualsiasi argomento secondo cui la riduzione da cinque a quattro major avrebbe facilitato l'adozione di misure di ritorsione sul mercato.

489 Nell'ambito dell'analisi prospettica che essa avrebbe dovuto effettuare, la constatazione che non esistevano misure che potessero rappresentare possibilità credibili di dissuasione da parte delle major (punto 118 della decisione) avrebbe dovuto essere considerata una prova sufficiente, soprattutto dopo che il numero delle grandi case si fosse ridotto a quattro.

d) Meccanismi di compensazione

490 La ricorrente sostiene che la Commissione ha commesso un errore di diritto nel non esaminare affatto la terza condizione stabilita dalla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 *supra*, per verificare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, ossia la possibilità dei clienti o dei concorrenti di mettere a rischio con le loro azioni i risultati di qualsiasi politica comune adottata dalle major.

2. Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

491 La ricorrente fa valere che l'analisi prospettica cui la Commissione deve procedere per verificare il rischio che si crei una posizione dominante collettiva comporta un esame approfondito delle circostanze pertinenti relativamente all'effetto della concentrazione sul mercato. Orbene, da un lato, nella comunicazione degli addebiti la Commissione non avrebbe neanche esaminato la possibilità che si creasse una posizione dominante collettiva e, dall'altro, nella decisione, la sua analisi non sarebbe stata né prospettica né approfondita. La Commissione avrebbe dedotto dal fatto stesso di non aver dimostrato l'esistenza di una posizione dominante collettiva che non esistevano prove sufficienti per dimostrare che una posizione dominante si sarebbe creata in futuro.

492 La ricorrente sostiene che, se la Commissione avesse effettuato la necessaria analisi prospettica, avrebbe dovuto esaminare le seguenti questioni:

- se, con la riduzione del numero di major:
 - queste sarebbero diventate più interdipendenti le une dalle altre in conseguenza della riduzione del numero di operatori da cinque a quattro;
 - se il mercato, già concentrato, secondo tutti i criteri ammessi, prima della concentrazione, sarebbe diventato ancora più concentrato a seguito della concentrazione;
 - se il coordinamento tra le major sarebbe stato ancora più facile da controllare e da mantenere nel tempo e se anche la trasparenza dei prezzi sarebbe risultata ancora più accentuata per effetto della simmetria che avrebbe agevolato il controllo anche sul mercato importantissimo delle classifiche;
 - se sarebbe stato più facile individuare un punto focale e mantenere una visione comune su ciò che avrebbe costituito l'interesse comune delle major, in quanto il loro numero si sarebbe ridotto;
 - se, con meno imprese sul mercato, si sarebbe spostato l'equilibrio tra i vantaggi a lungo termine derivanti dalla fedeltà all'accordo e i vantaggi a breve termine derivanti dal fatto di vendere a prezzi inferiori rispetto ai concorrenti;

- quanto sarebbe aumentato il livello di simmetria nel mercato, dato che la Sony BMG avrebbe raggiunto l'Universal in termini di dimensioni e di quote di mercato, seguite immediatamente dalle altre due major EMI e Time Warner con quote di mercato parimenti simmetriche. Questo punto sarebbe importante perché la simmetria in termini di dimensioni e di quote di mercato renderebbe più facile mantenere l'accordo tacito. La Sony BMG e la Universal insieme avrebbero raggiunto una quota di mercato pari al 50 % del mercato mondiale della musica registrata e tale quota si sarebbe avvicinata al 60-70 % nell'importantissimo mercato delle classifiche, di cui la Commissione non avrebbe valutato l'importanza. Tale segmento di mercato sarebbe importante sia per la concorrenza attuale che in quanto indizio del potere a lungo termine sul mercato, in quanto le nuove uscite diventano titoli del catalogo;
- quanto sarebbe aumentata la simmetria e quanto si sarebbe ridotta la concorrenza, per il fatto che due major che avevano fatto registrare risultati diversi negli ultimi anni sarebbero diventate ormai un tutt'uno;
- quanto più efficaci sarebbero diventati i mezzi di dissuasione disponibili;
- quanto gli indipendenti sarebbero diventati ancora più dipendenti dalle major, soprattutto perché il numero di partner commerciali inevitabili disponibili si sarebbe ridotto del 20 %;
- quanto si sarebbero indeboliti tutti i meccanismi di compensazione della concorrenza nei confronti delle major.

⁴⁹³ La Commissione non avrebbe esaminato in modo approfondito nessuna di tali questioni, per cui la conclusione della Commissione secondo cui non si sarebbe creata una posizione dominante collettiva (punto 158 della decisione impugnata) non sarebbe sostenuta da alcun ragionamento o si baserebbe su un ragionamento palesemente inadeguato.

3. Sull'errore manifesto di valutazione

- ⁴⁹⁴ La mancanza di analisi prospettica costituirebbe anche un errore di valutazione. La Commissione si sarebbe basata su prove precedenti relative alla posizione dominante collettiva preesistente senza esaminare in maniera approfondita l'impatto dei mutamenti indotti dalla concentrazione. Inoltre, tali presunte prove sarebbero già di per sé erronee per le ragioni esposte nell'ambito del primo motivo.
- ⁴⁹⁵ La ricorrente osserva che, sebbene la Commissione affermi brevemente che la trasparenza risulterà aumentata, essa tuttavia non fornisce alcun elemento preciso per quanto riguarda il livello che verrà aggiunto o l'impatto che ne deriverà, ma si limita a sottolineare la mancanza di prove sufficienti. La Commissione avrebbe inoltre dovuto esaminare in quale misura la riduzione del numero di operatori sul mercato avrebbe facilitato gli accordi taciti e li avrebbe resi più attraenti, dato che i profitti sarebbero stati ripartiti tra un numero inferiore di operatori. La Commissione non spiegherebbe quali prove siano state raccolte, né perché esse siano insufficienti, né quali prove sarebbero state necessarie.
- ⁴⁹⁶ Per quanto riguarda le misure di ritorsione, l'analisi si baserebbe su prove precedenti relative a un periodo in cui, secondo la Commissione, non esisteva una posizione dominante collettiva. La Commissione non avrebbe esaminato la questione delle misure di ritorsione potenziali dopo la concentrazione.
- ⁴⁹⁷ La ricorrente ricorda che la Commissione era sul punto di rilevare l'esistenza di una posizione dominante collettiva preesistente alla concentrazione, ma ha ritenuto erroneamente che le prove non fossero sufficienti. Il fatto che essa sia pervenuta alla stessa conclusione per quanto riguarda il mercato dopo la concentrazione, che ha determinato una maggiore trasparenza, denoterebbe un errore manifesto di valutazione.

498 Infine, la ricorrente fa valere che la conclusione della Commissione è particolarmente sorprendente dato che, quattro anni prima, essa aveva rilevato che la fusione tra la EMI e la Time Warner avrebbe creato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata (punto 57 della comunicazione degli addebiti relativi a quel procedimento, allegato A.13).

B — *Argomenti della Commissione*

1. Sull'errore di diritto

a) Mancanza di analisi prospettica

499 La Commissione sostiene che le censure della ricorrente secondo cui essa non avrebbe effettuato un'analisi prospettica e si sarebbe basata sulle stesse prove ex post utilizzate ai fini dell'analisi dell'eventuale esistenza di una precedente posizione dominante collettiva, mentre i criteri differiscono in modo sostanziale, sono infondate. In via preliminare, essa formula due osservazioni di principio.

500 Da un lato, le decisioni in materia di controllo delle concentrazioni dovrebbero invariabilmente fondarsi su un'analisi prospettica, in quanto la soluzione del problema se una concentrazione sia compatibile o meno con il mercato comune dipenderebbe dai mutamenti che potrebbero intervenire sul mercato per effetto dell'operazione non ancora realizzata (sentenza *Kali & Salz*, citata al punto 245 supra, punti 109-111). L'analisi prospettica dovrebbe quindi sempre basarsi su un quadro chiaro delle condizioni concorrenziali anteriori all'operazione di concentrazione. Gli elementi di prova già raccolti e valutati per quanto riguarda la situazione attuale del mercato (che difficilmente si potrebbero definire prove ex post) sarebbero comunque pertinenti in quanto punto di partenza dell'analisi.

501 Dall'altro lato, la valutazione dell'eventuale esistenza nel presente di una posizione dominante collettiva presupporrebbe che si prendessero in considerazione le stesse quattro condizioni di cui si tiene conto per valutare l'eventuale creazione di una posizione dominante di tale tipo: indizi di coordinamento tacito, trasparenza sufficiente, rischio di rappsaglie, reazioni dei concorrenti e dei clienti (sentenza del Tribunale 26 gennaio 2005, causa T-193/02, Piau/Commissione, Racc. pag. II-209, punto 111). Qualora, come nel caso di specie, sia già stata data una soluzione negativa a una o più di tali questioni in relazione alla situazione attuale, l'analisi prospettica sarebbe necessariamente volta a stabilire se o come la concentrazione possa far sì che tali questioni vengano risolte in senso affermativo in un prevedibile futuro.

502 Poiché la conclusione secondo cui non sussistevano prove sufficienti di una posizione dominante collettiva in essere si basava essenzialmente sull'insussistenza della condizione relativa alla sufficiente trasparenza, la Commissione si sarebbe interessata principalmente all'effetto della concentrazione su tale parametro. Quand'anche la concentrazione determinasse automaticamente una riduzione del numero di relazioni bilaterali, che passerebbe da dieci a sei, il che, in linea di massima, faciliterebbe il controllo, tuttavia tale osservazione essenzialmente aritmetica non sarebbe decisiva, anzitutto perché gli ostacoli alla trasparenza non erano costituiti dal numero di major da sorvegliare, bensì dalla complessità delle decisioni di ciascuna grande casa discografica riguardanti la fissazione del prezzo netto dei singoli album, dal contenuto eterogeneo e dal successo commerciale variabile, per singoli clienti, con una combinazione di PPV, di sconti ordinari e di sconti promozionali. Per quanto riguarda gli sconti su fattura, le rare informazioni disponibili (che riguardano principalmente gli sconti ordinari), in ogni caso, potrebbero essere ottenute piuttosto presso i clienti che presso altre major e l'operazione di concentrazione non determinerebbe alcun mutamento nei rapporti tra le major rimanenti e la clientela che non cambierà a seguito della concentrazione. Per tale motivo la Commissione avrebbe concluso — in prospettiva — che non sussistevano prove sufficienti a dimostrare che il mutamento nella struttura del

mercato, che sarebbe dovuto risultare dalla concentrazione, avrebbe accresciuto la trasparenza fino al livello necessario per la creazione di una posizione dominante collettiva (punto 157, in fine, della decisione).

503 La Commissione sostiene che tali elementi costituiscono un'analisi sufficiente delle condizioni cumulative della posizione dominante collettiva.

b) Trasparenza

504 Poiché l'argomento della ricorrente si limiterebbe a ribadire quello dedotto nell'ambito del primo motivo, esso sarebbe altrettanto infondato nel contesto in esame.

c) Mezzi di dissuasione e meccanismi di compensazione

505 Pur avendo osservato, al punto 157 della decisione, che non sussistevano prove sufficienti che l'operazione avrebbe facilitato le misure di ritorsione, la Commissione non avrebbe preso al riguardo una posizione definitiva su cui basare il proprio giudizio. Infatti, poiché aveva concluso che non disponeva di prove atte a dimostrare che la fissazione dei prezzi sarebbe stata sufficientemente trasparente da consentire un controllo effettivo, non sarebbe più stato necessario per la Commissione esaminare la questione delle misure di ritorsione o quella del potere dei meccanismi di compensazione sotto il profilo della «creazione» anziché sotto quello del «rafforzamento».

2. Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

506 La Commissione sostiene che la maggior parte delle critiche formulate dalla ricorrente non presenta alcun nesso con una carenza di motivazione. La tesi secondo cui la Commissione avrebbe omesso di tenere conto di vari elementi riguarderebbe la legittimità della valutazione, e non la motivazione. La Commissione precisa che, se non è giunta a una conclusione su taluni punti, ne consegue che essa non era tenuta a motivare tale conclusione inesistente.

507 Sarebbe inammissibile che la ricorrente tenti, in una fase successiva del presente procedimento, di convertire il suo motivo di ricorso trasformando un motivo relativo alla forma (carenza di motivazione) in uno attinente al merito (errore di diritto o errore manifesto di valutazione) e l'evidente irrilevanza degli argomenti specificamente attinenti all'applicazione dell'art. 253 CE costituirebbe una ragione sufficiente per respingere questo motivo d'annullamento.

508 La Commissione esamina quindi brevemente tali argomenti solo in via subordinata.

509 Per quanto riguarda l'argomento della ricorrente secondo cui l'analisi dev'essere approfondita, la Commissione rinvia alle osservazioni svolte in merito al motivo precedente.

510 Il fatto che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione non abbia rivolto la sua attenzione alla possibile creazione di una posizione dominante non

presenterebbe alcun nesso con la sufficienza dei motivi esposti nella decisione. Per quanto riguarda la sua asserita supposizione di non disporre di prove sufficienti per formulare conclusioni sulla mancanza di una posizione dominante collettiva esistente, la Commissione rinvia alla discussione relativa alla natura dell'analisi prospettica.

- 511 L'incremento del livello di concentrazione nei mercati della musica registrata e del grado di simmetria delle quote di mercato nonché un eventuale aumento del livello di interdipendenza non contribuirebbero in misura rilevante ad eliminare gli ostacoli al coordinamento riscontrati nell'analisi dell'eventuale esistenza nel presente di una posizione dominante collettiva, ossia la complessità e la mancanza di prove di una trasparenza sufficiente del processo globale di fissazione dei prezzi (PPV con applicazione dello sconto ordinario e dello sconto promozionale) dei singoli album per singoli clienti nel tempo.
- 512 Benché una maggiore concentrazione del mercato possa modificare in astratto gli incentivi a seguire una linea d'azione comune, essa tuttavia non avrebbe, nella fattispecie, effetti significativi sull'elemento di dissuasione fondamentale costituito dall'incapacità delle imprese in situazione di oligopolio di individuare e quindi di punire e scoraggiare i comportamenti devianti. In mancanza di sufficiente trasparenza, le major non potrebbero avere la certezza che una di loro non tenti di approfittare al contempo dei vantaggi a lungo termine del coordinamento tacito e dei vantaggi a breve termine dell'applicazione di prezzi inferiori a quelli dei concorrenti, e tale incertezza renderebbe il coordinamento tacito instabile e impossibile da mantenere.
- 513 Anche le osservazioni della ricorrente relative alla simmetria andrebbero respinte in quanto non esiste alcun nesso evidente tra la simmetria e la trasparenza.
- 514 Infine, gli altri argomenti della ricorrente riguarderebbero sostanzialmente la seconda e la terza condizione cumulativa di una posizione dominante collettiva durevole. Orbene, la Commissione non avrebbe dovuto prendere posizione su tali

condizioni in quanto aveva già stabilito che non sussistevano prove sufficienti che la prima condizione fosse soddisfatta.

3. Sull'errore manifesto di valutazione

⁵¹⁵ Le affermazioni della ricorrente relative alla mancanza di valutazione prospettica andrebbero respinte per i motivi esposti nella sezione dedicata all'errore di diritto.

⁵¹⁶ Gli argomenti della ricorrente basati sugli incentivi che spingerebbero le imprese in situazione di oligopolio ad adottare una linea d'azione comune andrebbero nuovamente respinti in quanto ignorano la mancanza di trasparenza sufficiente.

⁵¹⁷ La tesi della ricorrente secondo cui, dal momento che la riduzione del numero di major aumenterebbe globalmente la probabilità di un coordinamento tacito, la Commissione avrebbe dovuto concludere che si sarebbe creata una posizione dominante collettiva a meno che la concentrazione non presentasse altre caratteristiche tali da rendere meno probabile il coordinamento tacito ignorerebbe completamente le differenze tra le varie condizioni di una posizione dominante collettiva durevole. L'incremento del grado di concentrazione sui mercati di cui trattasi non dovrebbe comportare una corrispondente riduzione dell'onere probatorio relativo al diverso presupposto della trasparenza sufficiente, se non è dimostrato che tale incremento della concentrazione incide sensibilmente sulla valutazione di quest'ultimo presupposto.

518 Infine, la Commissione ricorda che la legittimità della decisione non può essere valutata in base alle conclusioni provvisorie delle due comunicazioni degli addebiti, di cui una è stata emessa quattro anni prima nel contesto di un procedimento diverso.

C — *Argomenti delle intervenienti*

519 Le intervenienti fanno valere che la decisione di aprire la fase II dell'indagine dimostra che, fin dall'inizio, la Commissione ha esaminato sia la possibilità di una creazione che quella di un rafforzamento di una posizione dominante collettiva. La Commissione si sarebbe giustamente concentrata sulle caratteristiche intrinseche del mercato e in particolare sulla questione se i prezzi fossero sufficientemente trasparenti da consentire il coordinamento tacito (sentenza *Gencor/Commissione*, citata al punto 246 supra, punto 227). Poiché le caratteristiche del mercato per quanto riguarda i prezzi non suffragavano la conclusione che in passato fossero esistiti accordi collusivi, la Commissione avrebbe correttamente concluso che la riduzione del numero di major da cinque a quattro non sarebbe stata sufficiente a superare gli ostacoli materiali alla collusione tacita (sentenza *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punti 75 e 76).

520 Le caratteristiche del mercato resterebbero incompatibili con il coordinamento tacito sia dei prezzi che degli altri fattori (numero, originalità, creatività, diversità culturale delle nuove uscite, ingaggio degli artisti). Tra tali caratteristiche, le intervenienti fanno valere che la musica registrata è un prodotto eterogeneo, che le major sono fortemente incentivate a massimizzare le vendite degli «hit», che le decisioni sui prezzi e sugli sconti vengono adeguate in funzione di ciascuna uscita di album, sia al momento della sua immissione sul mercato che durante il suo ciclo di vita e in funzione di ogni singolo rivenditore, che le case discografiche esercitano un potere discrezionale per quanto riguarda i PPV all'uscita degli album e nel tempo, che rispecchia il giudizio soggettivo del personale di marketing, che tutte le imprese concedono sconti e indennità differenti ignoti ai concorrenti e variabili nel tempo, a seconda dell'album e in funzione del rivenditore e che, infine, poiché gli sconti sono imprevedibili e opachi, non si possono trarre conclusioni certe sui prezzi netti

dall'osservazione dei PPV, per cui il coordinamento sui PPV, quand'anche avesse luogo, non avrebbe alcun impatto sui prezzi reali (v. anche allegato C.4, pag. 6).

D — *Giudizio del Tribunale*

521 La ricorrente sostiene, in sostanza, che l'affermazione secondo cui la concentrazione non determinerebbe la creazione di una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata non è sufficientemente motivata ed è viziata da un errore manifesto di valutazione e da un errore di diritto.

522 Si deve ricordare che la Commissione, quando esamina il rischio che si crei una posizione dominante collettiva, deve «valutare se, in prospettiva, l'operazione di concentrazione sottoposta al suo vaglio dia origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori» (sentenze *Kali & Salz*, citata al punto 245 supra, punto 221, *Gencor/Commissione*, citata al punto 246 supra, punto 163, e *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 59). L'analisi prospettica che la Commissione deve effettuare nell'ambito del controllo delle concentrazioni, in relazione a una posizione dominante collettiva, «richiede un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante» (sentenze *Kali & Salz*, citata al punto 245 supra, punto 222, e *Airtours/Commissione*, citata al punto 45 supra, punto 63).

523 Ciò vale a maggior ragione in quanto «non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista» (sentenza Commissione/Tetra Laval, citata al punto 232 supra, punto 42). Pertanto, «[t]ale analisi impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili» (sentenza Commissione/Tetra Laval, citata al punto 232 supra, punto 43).

524 Alla luce di tali considerazioni, occorre esaminare se la Commissione abbia correttamente analizzato il rischio che si crei una posizione dominante collettiva.

525 In limine va sottolineata l'estrema concisione dell'esame effettuato al riguardo nella decisione.

526 La Commissione spiega, al punto 156, che «la questione se, nella fattispecie, l'operazione di concentrazione determini la creazione di una posizione dominante collettiva dipende sostanzialmente dalle caratteristiche del mercato».

527 L'analisi svolta al riguardo dalla Commissione è costituita unicamente dalle seguenti osservazioni contenute nel punto 157 della decisione, che è così formulato:

«Come emerge dall'analisi relativa al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, sulla base del livello di parallelismo osservabile in materia di prezzi medi non si può concludere che le grandi case discografiche detengano attualmente una posizione dominante collettiva nei mercati della musica registrata. La riduzione del numero di grandi case discografiche da cinque a quattro accresce la trasparenza, in

quanto il numero di rapporti concorrenziali bilaterali scende da 10 a 6. In linea di principio, ciò renderebbe più facile il controllo del mercato in questione. Come si è rilevato nella sezione relativa al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, i mercati della musica registrata presentano alcune caratteristiche che possono far supporre la presenza di condizioni favorevoli all'esistenza di una posizione dominante collettiva. Orbene, la Commissione non ha riscontrato elementi di prova sufficienti a dimostrare che le cinque grandi case discografiche abbiano occupato in passato una posizione dominante collettiva; ciò è dovuto segnatamente alle carenze rilevate a livello di trasparenza reale, alle caratteristiche parzialmente eterogenee del prodotto e alla mancanza di elementi da cui emerga l'esistenza di misure di ritorsione in passato. Per quanto riguarda la creazione di una posizione dominante collettiva delle grandi case discografiche nel mercato della musica registrata, la Commissione, pur tenendo conto del fatto che il coordinamento tra i quattro operatori rimanenti diverrà complessivamente più facile, non ha riscontrato elementi di prova sufficienti a dimostrare che la riduzione del numero di case discografiche da cinque a quattro rappresenterebbe una modifica sufficientemente importante da comportare la probabile creazione di una posizione dominante collettiva. In particolare, la Commissione non ha individuato elementi di prova sufficienti a dimostrare che il passaggio da cinque a quattro grandi case discografiche faciliterebbe la trasparenza e le misure di ritorsione in misura tale da rendere prevedibile la creazione di una posizione dominante collettiva delle quattro grandi case discografiche rimanenti».

528 Si deve rilevare che queste poche osservazioni, estremamente superficiali, se non puramente formali, non bastano ad adempiere l'obbligo della Commissione di effettuare un'analisi prospettica e di procedere a un attento esame delle circostanze che, in ciascun caso, si rivelino pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante, soprattutto quando, come nella fattispecie, la concentrazione sollevi gravi difficoltà. Infatti, a prescindere dal giudizio del Tribunale sul primo motivo, sia dalla circostanza che la Commissione ha dovuto elaborare argomenti complessi nella decisione per concludere che non esisteva una posizione dominante collettiva prima della concentrazione, sia dal fatto che essa, nella comunicazione degli addebiti, dopo cinque mesi di indagini, aveva concluso nel senso che siffatta posizione esisteva già, discende che la questione se la fusione tra due delle cinque major rischi di creare una posizione dominante collettiva solleva a fortiori difficoltà che avrebbero richiesto un esame approfondito. Poiché tale esame non è stato effettuato, ne consegue, per questa sola ragione, che il secondo motivo è fondato.

529 Ad abundantiam, il Tribunale esaminerà nondimeno se le osservazioni relative alla trasparenza e alle misure di ritorsione non siano anche viziate da errori di diritto o di valutazione.

530 Dal punto 157 della decisione, e in particolare dalla sua ultima frase, emerge che la conclusione della Commissione secondo cui la concentrazione non rappresenta una modifica sufficientemente importante da comportare la probabile creazione di una posizione dominante collettiva si basa espressamente sulle condizioni relative alla trasparenza del mercato e alle misure di ritorsione.

531 Per quanto riguarda la trasparenza, si deve anzitutto ricordare che nell'ambito del primo motivo si è rilevato che la conclusione della Commissione secondo cui gli sconti promozionali hanno l'effetto di ridurre la trasparenza fino ad impedire l'esistenza di una posizione dominante collettiva non è sufficientemente motivata ed è viziosa da un errore manifesto di valutazione.

532 Inoltre, per quanto riguarda la valutazione del rischio che venisse a crearsi una posizione dominante collettiva, la Commissione non poteva basarsi solo sulla situazione esistente, ma avrebbe dovuto effettuare un'analisi prospettica e prendere in considerazione le modifiche risultanti dall'operazione di concentrazione controversa. A tale proposito, il punto 157 della decisione, benché a dir poco laconico, precisa che il coordinamento tra i quattro operatori rimanenti sarebbe diventato complessivamente più facile. La decisione, tuttavia, non contiene alcun esame della questione se la concentrazione, in particolare perché comporta una riduzione del numero di album da monitorare, non renda il mercato sufficientemente trasparente da consentire la creazione di una posizione dominante collettiva. Al riguardo occorre inoltre ricordare che, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva rilevato quanto segue:

«La concentrazione proposta agevolerebbe il controllo del coordinamento dei prezzi, dato che ogni major dovrebbe prendere in considerazione solo il comportamento in materia di prezzi delle altre tre major. Di conseguenza, i PPV si concentrerebbero in misura ancora maggiore in una fascia di prezzi molto ristretta per la maggior parte degli album più venduti. Aumenterebbe anche la trasparenza degli sconti, in quanto le major dovrebbero solo più controllare le altre tre major durante le loro visite ai negozi e nei contatti con i rivenditori».

533 Ne consegue che le osservazioni relative alla trasparenza non consentono di accogliere la tesi secondo cui la concentrazione non rischia di creare una posizione dominante collettiva.

534 Per quanto riguarda le misure di ritorsione, va rilevato anzitutto che l'affermazione formulata dalla Commissione nel controricorso, secondo cui essa non si è pronunciata in merito alla sufficienza dei diversi possibili meccanismi di ritorsione e nella sua analisi non ha considerato questo aspetto, non è compatibile con la decisione, come risulta dal punto 157 della stessa.

535 Va parimenti respinto l'argomento della Commissione e delle intervenienti secondo cui non occorre esaminare la questione delle misure di ritorsione, dato che la Commissione aveva concluso che non disponeva di prove da cui emergesse che la fissazione dei prezzi sarebbe stata sufficientemente trasparente da consentire un controllo effettivo, in quanto la decisione si basa espressamente sulla mancanza di misure di ritorsione e il Tribunale non può sostituire la valutazione della Commissione con la propria e rettificare la decisione. In ogni caso, l'argomento non può essere accolto, giacché si è dichiarato che l'affermazione secondo cui il

mercato non era sufficientemente trasparente e, a fortiori, quella secondo cui non lo sarebbe diventato dopo la concentrazione non sono sufficientemente motivate e sono viziate da un errore manifesto di valutazione.

536 Si deve inoltre osservare che, nella decisione, la Commissione si è limitata a rinviare all'esame effettuato a proposito dell'esistenza di una posizione dominante collettiva e a rilevare che non aveva riscontrato elementi di prova sufficienti a dimostrare che la concentrazione avrebbe facilitato «le misure di ritorsione in misura tale da far prevedere la creazione di una posizione dominante collettiva delle quattro grandi case discografiche rimanenti».

537 Orbene, nell'ambito di questo esame, la Commissione, come emerge dal primo motivo, non ha verificato l'esistenza di meccanismi di dissuasione efficaci, bensì ha cercato prove dell'applicazione di misure di ritorsione in passato. Questo modo di procedere costituisce in ogni caso un'interpretazione errata della condizione stabilita dalla sentenza *Airtours/Commissione*, citata al precedente punto 45, relativa all'esame della creazione di una posizione dominante collettiva, dato che tale esame deve fondarsi su un'analisi prospettica. È chiaro infatti che, in tale contesto, la ricerca di prove dell'applicazione, in passato, di misure di ritorsione non può costituire un criterio valido, dato che la condizione può sussistere anche in mancanza di qualsiasi misura di ritorsione pregressa. Poiché la valutazione del rischio che attraverso una concentrazione si crei una posizione dominante collettiva non si basa, per definizione, sull'esistenza di una precedente politica comune, il criterio relativo alla mancata attuazione di tali misure di ritorsione in passato è del tutto irrilevante. La decisione è quindi viziosa da un errore su questo punto.

538 Risulta inoltre dalla decisione e dagli atti che, nel caso di specie, tali mezzi di dissuasione credibili ed efficaci sembrano effettivamente esistere e, in particolare,

sembra possibile sanzionare la casa discografica deviante escludendola dalle compilation. Nella comunicazione degli addebiti, peraltro, la Commissione aveva chiaramente riscontrato l'efficacia di tale mezzo di dissuasione e la decisione non fornisce alcun chiarimento circa i motivi per cui, in definitiva, tale efficacia non sussisterebbe. Anzi, l'analisi svolta ai punti 115-118 della decisione conferma l'efficacia di tale mezzo di dissuasione. Infatti, dopo avere sottolineato, ai punti 115 e 116 della decisione, la rilevanza economica delle compilation di più artisti o etichette, che rappresentano tra il 15 e il 20 % circa del mercato totale della musica registrata, ed avere sottolineato che la presenza in un album di artisti «appartenenti» a case discografiche diverse sembra essere un fattore di successo fondamentale per una compilation, la Commissione afferma, al punto 117 della decisione, che, «[i]n caso di devianza persistente di una di esse, le grandi case discografiche potrebbero quindi escludere quest'ultima dalla creazione di nuove imprese comuni, o negarle il diritto di utilizzare i loro titoli in una compilation, o addirittura cessare imprese comuni esistenti». Infine, il punto 118 della decisione spiega che la Commissione non ha tuttavia rilevato alcun elemento idoneo a dimostrare che in passato altre grandi case discografiche siano state escluse da un'impresa comune di compilation, né indizi di minacce in tal senso, pur precisando che «tali misure potrebbero rappresentare in generale mezzi di ritorsione credibili sui mercati della musica registrata».

539 Pertanto, la Commissione non poteva, senza commettere un errore, basarsi sulla mancanza di prove dell'applicazione di misure di ritorsione in passato per concludere che la concentrazione non rischiava di creare una posizione dominante collettiva.

540 Si deve inoltre ricordare che, come si è rilevato nell'ambito del primo motivo, la decisione non menziona un solo caso in cui una major si sia discostata dalla politica comune in materia di prezzi senza che ciò abbia comportato l'attuazione di una misura di ritorsione e la Commissione, interrogata al riguardo dal Tribunale, non ha menzionato alcuna verifica cui avrebbe proceduto prima di concludere che non aveva riscontrato alcun elemento da cui emergesse che in passato erano state utilizzate misure di ritorsione, o formulate minacce in tal senso.

541 Da quanto precede discende che anche il secondo motivo d'annullamento è fondato.

IV — *Conclusioni generali*

542 Risulta da tutte le considerazioni che precedono che il primo e il secondo motivo sono fondati, in quanto la decisione è viziata da carenza di motivazione, da un lato, e da un errore manifesto di valutazione, in quanto gli elementi su cui si basa la decisione non costituiscono la totalità dei dati pertinenti che occorre prendere in considerazione e non sono sufficienti a suffragare le conclusioni che ne sono state tratte, dall'altro.

543 Ne consegue che la decisione dev'essere annullata, senza che occorra esaminare il motivo concernente il rafforzamento o la creazione di una posizione dominante collettiva nel mercato all'ingrosso delle licenze per la musica online o il motivo basato sul coordinamento delle rispettive attività delle parti della concentrazione nel settore dell'edizione musicale.

Sulle spese

544 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Tuttavia, conformemente all'art. 87, n. 3, del medesimo regolamento, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, ovvero per motivi eccezionali, il Tribunale può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese. Infine, l'art. 87, n. 4, del regolamento prevede che il Tribunale può ordinare che una parte interveniente sopporti le proprie spese.

545 Nella fattispecie, la decisione dev'essere annullata e la ricorrente ha chiesto la condanna della Commissione alle spese. Tuttavia, occorre tenere conto delle seguenti circostanze.

546 Per quanto riguarda la ricorrente, si deve rilevare che, se pure essa ha fortemente insistito affinché il ricorso, nonostante la sua complessità, giustamente sottolineata dalla Commissione, fosse trattato con il beneficio del procedimento accelerato, essa tuttavia non si è comportata di conseguenza, sebbene il Tribunale, nella decisione con cui ha accolto la richiesta di procedura accelerata, avesse espressamente sottolineato che tale decisione avrebbe potuto essere modificata alla luce degli sviluppi del procedimento. Benché il Tribunale potesse porre termine a tale procedura accelerata, tuttavia occorre tenere conto dell'urgenza oggettiva del caso e del notevole sforzo già profuso dalle altre parti che rendevano tale possibilità via via meno appropriata. Orbene, tale atteggiamento della ricorrente, poco compatibile con la lettera e lo spirito della procedura accelerata, si è progressivamente manifestato nelle varie fasi del procedimento.

547 In primo luogo, le dimensioni del ricorso e il numero di motivi e argomenti superavano ampiamente i limiti fissati per poter beneficiare della procedura accelerata e la ricorrente non ha prodotto alcuna versione abbreviata del ricorso né ha rinunciato ad alcuni motivi.

548 In secondo luogo, subito dopo che la misura di organizzazione del procedimento diretta a consentire l'accesso a taluni documenti o elementi riservati era stata negoziata e definita con la Commissione, le intervenienti e il Tribunale, sia attraverso lo scambio di varie note che durante una riunione informale del Tribunale, la ricorrente ha chiesto una modifica della suddetta misura, il che ha indotto le altre parti a sollevare rilevanti obiezioni, e infine ha ritirato tale istanza.

- 549 In terzo luogo, dopo avere chiesto e ottenuto il diritto, inusuale in una procedura accelerata, di presentare una memoria in risposta agli elementi di prova dedotti dalla Commissione nel controricorso, la ricorrente si è opposta, a torto, a che la Commissione potesse presentare, conformemente al principio del rispetto del contraddittorio, osservazioni complementari di risposta.
- 550 In quarto luogo, dopo avere insistito per ottenere rapidamente un'udienza, la ricorrente tuttavia non ha potuto dare la propria disponibilità per nessuna delle quattro date proposte dal Tribunale, ritardando così l'udienza di vari mesi.
- 551 In quinto luogo, dopo essere stata autorizzata, in via del tutto eccezionale, a presentare osservazioni dopo l'udienza, a condizione che fossero strettamente limitate alle risposte della Commissione ai quesiti scritti del Tribunale, la ricorrente, come ha giustamente sottolineato la Commissione, ha depositato una memoria di oltre 50 pagine, allegato escluso, in cui ha dedotto, tra l'altro, molti argomenti ed elementi di prova privi di qualsiasi nesso con le suddette questioni e ne ha introdotti di nuovi.
- 552 Inoltre, benché la ricorrente sia risultata vittoriosa per quanto riguarda la posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata, le sue conclusioni dirette a ottenere lo stralcio dal fascicolo di tutti gli elementi di prova dedotti dalla Commissione in allegato al controricorso sono state respinte. Del pari, le sue conclusioni relative alla pretesa posizione dominante individuale della Sony sui mercati della distribuzione di musica online sono del tutto infondate, se non altro perché, all'epoca della decisione, la SonyConnect non aveva alcuna quota di

mercato, mentre altri operatori, e in particolare la Apple, detenevano già una posizione rilevante.

553 Per quanto riguarda la Commissione, è deplorabile che, su vari punti, le sue osservazioni si discostino, talora anche in misura notevole, dalle analisi svolte nella decisione e abbiano quindi costantemente obbligato la ricorrente e il Tribunale ad effettuare verifiche inusuali. Ad esempio, le affermazioni secondo cui, poiché il ricorso al meccanismo di ritorsione consistente nell'escludere dalle compilation il membro che si fosse discostato dalla politica comune poteva comportare la perdita degli utili generati da una compilation, la Commissione non ha potuto concludere che si trattava di un meccanismo credibile o non ha preso posizione in ordine alle misure di ritorsione non trovano riscontro nelle conclusioni formulate ai punti 115-118 della decisione, che riconoscevano invece l'efficacia di tale meccanismo di ritorsione (come peraltro si era già espressamente rilevato ai punti 128-132 della comunicazione degli addebiti), ma testimoniano che la Commissione non ha riscontrato prove della sua attuazione. Del pari, l'affermazione della Commissione secondo cui essa ha concluso, al punto 169 della decisione, che la trasparenza del mercato sui mercati delle licenze per la musica online era limitata, a causa dell'inesistenza di prezzi all'ingrosso delle licenze generalmente noti, non trova riscontro nell'affermazione, anch'essa formulata nella decisione, secondo cui «in ogni caso, la trasparenza del mercato delle licenze online è superiore a quella del mercato tradizionale della musica registrata».

554 Alla luce delle considerazioni che precedono, il Tribunale ritiene equo, in base a una corretta valutazione dei fatti di causa, che, da un lato, la Commissione sopporti le proprie spese e tre quarti di quelle sostenute dalla ricorrente e, dall'altro, che le intervenienti sopportino le proprie spese conformemente all'art. 87, n. 4, del regolamento di procedura.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **La decisione della Commissione 19 luglio 2004, C(2004) 2815, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e il funzionamento dell'accordo SEE (caso COMP/M.3333 — Sony/BMG), è annullata.**
- 2) **La Commissione sopporterà le proprie spese e tre quarti di quelle della ricorrente.**
- 3) **La ricorrente sopporterà un quarto delle proprie spese.**
- 4) **Le intervenienti sopporteranno le proprie spese.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 13 luglio 2006.

Il cancelliere

E. Coulon

Il presidente

M. Jaeger

Indice

Fatti all'origine della controversia	II - 2300
Procedimento e conclusioni delle parti	II - 2303
In diritto	II - 2307
I — Sugli elementi di prova allegati al controricorso	II - 2308
A — Argomenti delle parti	II - 2308
B — Giudizio del Tribunale	II - 2309
II — Sul primo motivo, concernente il rafforzamento di una posizione dominante collettiva preesistente nel mercato della musica registrata	II - 2311
A — Argomenti della ricorrente	II - 2312
1. Sulla prima parte	II - 2312
a) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione	II - 2313
Omogeneità del prodotto	II - 2314
Trasparenza	II - 2314
Mezzi di dissuasione	II - 2315
Meccanismi di compensazione	II - 2315
b) Sull'errore manifesto di valutazione	II - 2316
Omogeneità del prodotto	II - 2316
Trasparenza	II - 2317
— Argomento generale	II - 2317
— Osservazioni generali sui nuovi elementi di prova	II - 2320
— Esame dei singoli elementi di prova	II - 2324
	II - 2487

Mezzi di dissuasione	II - 2333
Meccanismi di compensazione	II - 2333
Assenza di una vera analisi della politica comune	II - 2334
c) Errata applicazione della normativa sulle posizioni dominanti collettive	II - 2335
2. Sulla seconda parte	II - 2336
B — Argomenti della Commissione	II - 2337
1. Decisione della Commissione ed elementi di prova sui quali essa si fonda	II - 2337
a) Contesto	II - 2337
b) Cinque grandi mercati (Germania, Regno Unito, Francia, Italia, Spagna)	II - 2338
Allineamento dei prezzi netti medi e dei PPV	II - 2338
Complessità e PPV	II - 2339
Allineamento e complessità degli sconti	II - 2341
Trasparenza degli sconti	II - 2350
Legami strutturali	II - 2353
Misure di ritorsione	II - 2354
c) Altri Stati membri	II - 2355
2. Presentazione inesatta della decisione nel ricorso	II - 2356
3. Sulla prima parte	II - 2357
a) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione	II - 2357
Omogeneità del prodotto	II - 2359
Trasparenza	II - 2360
Mezzi di dissuasione	II - 2361
Meccanismi di compensazione	II - 2361

b)	Sull'errore manifesto di valutazione e sull'errore di diritto	II - 2362
	Omogeneità del prodotto	II - 2363
	Trasparenza	II - 2363
	Mezzi di dissuasione e meccanismi di compensazione	II - 2373
	Analisi della linea d'azione comune	II - 2373
4.	Sulla seconda parte	II - 2375
C —	Argomenti delle intervenienti	II - 2375
1.	Osservazioni preliminari	II - 2375
2.	Esame degli argomenti della ricorrente	II - 2378
a)	Sugli sconti promozionali	II - 2378
b)	Assenza di allineamento	II - 2379
c)	Mancaza di trasparenza	II - 2380
3.	Sui vari aspetti non menzionati nella decisione	II - 2380
D —	Giudizio del Tribunale	II - 2381
1.	Considerazioni generali	II - 2381
2.	Nozione di posizione dominante collettiva	II - 2382
3.	Decisione della Commissione	II - 2385
4.	Trasparenza	II - 2392
a)	Sulle censure relative alla carenza di motivazione	II - 2392
b)	Sulla censura relativa a un errore manifesto di valutazione	II - 2407
	Fattori di trasparenza rilevati nella decisione	II - 2411
	Elementi idonei a opacizzare il mercato	II - 2418
	— Sull'opacità degli sconti promozionali	II - 2430
	— Sulla rilevanza degli sconti promozionali	II - 2444
c)	Conclusione sulla trasparenza	II - 2453
		II - 2489

5. Omogeneità	II - 2453
6. Misure di ritorsione	II - 2454
7. Conclusione sul primo motivo	II - 2458
III — Sul secondo motivo, concernente la creazione di una posizione dominante collettiva nei mercati della musica registrata	II - 2461
A — Argomenti della ricorrente	II - 2461
1. Sull'errore di diritto	II - 2461
a) Mancanza di analisi prospettica	II - 2462
b) Trasparenza	II - 2463
c) Mezzi di dissuasione	II - 2463
d) Meccanismi di compensazione	II - 2464
2. Sulla violazione dell'obbligo di motivazione	II - 2464
3. Sull'errore manifesto di valutazione	II - 2467
B — Argomenti della Commissione	II - 2468
1. Sull'errore di diritto	II - 2468
a) Mancanza di analisi prospettica	II - 2468
b) Trasparenza	II - 2470
c) Mezzi di dissuasione e meccanismi di compensazione	II - 2470
2. Sulla violazione dell'obbligo di motivazione	II - 2471
3. Sull'errore manifesto di valutazione	II - 2473
C — Argomenti delle intervenienti	II - 2474
D — Giudizio del Tribunale	II - 2475
IV — Conclusione generale	II - 2482
Sulle spese	II - 2482