

ROZSUDEK SOUDU (třetího senátu)

13. července 2006 *

Ve věci T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), se sídlem v Bruselu (Belgie), zastoupená S. Crosbym, solicitor, a J. Golding, solicitor, a I. Wekstein-Stegem, advokát,

žalobkyně,

proti

Komisi Evropských společenství, zastoupené A. Whelanem a K. Mojzesowicz, jako zmocněnci,

žalované,

* Jednací jazyk: angličtina.

podporované

Bertelsmann AG, se sídlem v Güterslohu (Německo), zastoupenou J. Boycem, solicitor, P. Chappattem a D. Loukasem, advokáti,

a

Sony BMG Music Entertainment BV, se sídlem v Vianenu (Nizozemsko),

a

Sony Corporation of America, se sídlem v New Yorku, New York (Spojené státy),

zastoupenými N. Levym, barrister, R. Sneldersem a T. Grafem, advokáti,

vedlejšími účastnicemi řízení,

jejímž předmětem je návrh na zrušení rozhodnutí Komise K(2004) 2815 ze dne 19. července 2004, kterým se prohlašuje, že spojení je slučitelné se společným trhem a Dohodou o EHP (případ COMP/M.3333 – Sony/BMG),

SOUD PRVNÍHO STUPNĚ
EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ (třetí senát),

ve složení M. Jaeger, předseda, J. Azizi a E. Cremona, soudci,
vedoucí soudní kanceláře: I. Natsinas, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 22. září 2005,

vydává tento

Rozsudek

Skutkový základ sporu

- ¹ Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) je mezinárodní sdružením podle belgického práva sdružující 2 500 nezávislých sdružení v oblasti výroby hudby.
- ² Dne 9. ledna 2004 Komise obdržela oznámení v souladu s článkem 4 nařízení Rady (EHS) č. 4064/89 ze dne 21. prosince 1989 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. L 395, s. 1; Zvl. vyd. 08/01, s. 31), ve znění nařízení Rady (ES) č. 1310/97 ze dne 30. června 1997 (Úř. věst. L 180, s. 1; Zvl. vyd. 08/01, s. 164) (dále jen „nařízení“), o návrhu spojení, kterým společnost Bertelsmann AG a Sony Corporation of

America, která patří do skupiny Sony (dále jen „Sony“), zamýšlejí přeskupit své globální činnosti v oblasti hudebních nahrávek.

- 3 Bertelsmann je mezinárodní mediální společnost, mezi jejíž činnosti v celosvětovém měřítku patří výroba a vydávání hudby, televizní a rozhlasové vysílání, vydávání knih a časopisů, mediální a tiskové služby, knižní a hudební kluby. Společnost Bertelsmann je činná v oblasti hudebních nahrávek prostřednictvím své plně vlastněné dceřiné společnosti, Bertelsmann Music Group (BMG). Mezi hudební značky společnosti BMG patří zejména Arista Records, Jive Records, Zomba a Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Společnost Sony je celosvětově činná v oblastech výroby a vydávání hudby, průmyslové a spotřební elektroniky a zábavy. V oblasti hudebních nahrávek působí prostřednictvím společnosti Sony Music Entertainment. Mezi značky společnosti Sony patří Columbia Records Group, Epic Records Group a Sony Classical.
- 5 Navržená transakce spočívá v soustředění celosvětových činností účastnic spojení podniků v oblasti hudebních nahrávek (s výjimkou činností společnosti Sony v Japonsku) do tří nebo více nových společností vytvořených podle „Business Contribution Agreement“ (dohoda o soustředění činností) ze dne 11. prosince 2003. Předpokládá se, že tyto společné podniky budou společně provozovány pod názvem Sony BMG.
- 6 Podle dohody bude Sony BMG činná v oblasti objevování a uvádění nových umělců [činnost uměleckého směru nazvaná A&R (Artist and Repertoire)] a v oblasti propagace a prodeje takto vzniklých disků. Sony BMG se nezúčastní souvisejících činností, jako je vydávání hudby, výroba a distribuce.

- 7 Dne 20. ledna 2004 Komise zaslala určitému počtu subjektů na trhu dotazník. Dne 28. ledna 2004 žalobkyně na tento dotazník odpověděla a podala samostatné vyjádření (příloha A5), ve kterém vysvětluje důvody, které podle ní měly vést Komisi k tomu, aby prohlásila spojení za neslučitelné se společným trhem. Žalobkyně v něm vyjádřila své obavy ohledně zvýšené míry koncentrace na trhu a jejího dopadu na přístup na trh, včetně oblasti distribuce, médií a internetu, jakož i na volbu spotřebitelů.
- 8 Rozhodnutím ze dne 12. února 2004 Komise dospěla k závěru, že oznámené spojení vyvolává vážné pochybnosti o své slučitelnosti se společným trhem a Dohodou o Evropském hospodářském prostoru (EHP), a zahájila řízení podle čl. 6 odst. 1 písm. c) nařízení.
- 9 Dne 24. května 2004 zaslala Komise účastnicím spojení podniků oznámení námitek, ve kterém dospěla předběžně k názoru, že oznámené spojení podniků je neslučitelné se společným trhem a Dohodou o EHP, jelikož by posílilo společné dominantní postavení na trhu s hudebními nahrávkami a na velkoobchodním trhu s licencemi na hudbu on-line a jelikož by koordinovala chování mateřských společností způsobem neslučitelným s článkem 81 ES.
- 10 Účastnice spojení podniků odpověděly na oznámení námitek a dne 14. a 15. června 2004 se zejména za účasti žalobkyně konalo jednání před úředníkem pro slyšení.
- 11 Rozhodnutím ze dne 19. července 2004 Komise prohlásila, že spojení je slučitelné se společným trhem podle čl. 8 odst. 2 nařízení (dále jen „rozhodnutí“).

- 12 Na základě své žádosti ze dne 26. července 2004 obdržela žalobkyně dne 23. září 2004 stejnopis rozhodnutí, který neobsahoval důvěrné údaje.

Řízení a návrhová žádání účastnic řízení

- 13 Návrhem došlým kanceláři Soudu dne 3. prosince 2004 podala žalobkyně projednávanou žalobu.
- 14 Samostatným podáním došlým téhož dne podala žalobkyně návrh, aby Soud o žalobě rozhodl v rámci zrychleného řízení v souladu s článkem 76a jednacího řádu Soudu.
- 15 Dopisem ze dne 17. prosince 2004 sdělila Komise své pochybnosti ohledně vhodnosti použití zrychleného řízení v projednávané věci, když kromě složitosti věci zdůraznila zejména obtíže vyplývající ze skutečnosti, že k odůvodnění svého rozhodnutí by měla použít mnohých a komplexních údajů a že takový postup obhajoby by si vyžádal mimo jiné podrobná jednání s účastnicemi spojení podniků a třetími osobami o míře, ve které by Komise případně mohla zpřístupnit důvěrné informace.
- 16 Svými spisy účastníků řízení došlými kanceláři Soudu 10., 11. a 19. ledna 2005, požádaly společnosti Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment a Sony Corporation of America o vstup do řízení jako vedlejší účastnice na podporu návrhových žádání Komise. Těmto žádostem bylo vyhověno usnesením předsedy třetího senátu ze dne 4. února 2005.

- 17 Mezitím Soud rozhodnutím ze dne 13. ledna 2005 na základě organizačních procesních opatření stanovených čl. 64 odst. 3 písm. e) jednacího řádu vyzval účastnice řízení k účasti na neformální schůzce dne 24. ledna 2005, aby byla přezkoumána možnost projednat věc ve zrychleném řízení s přihlédnutím zejména k otázce důvěrnosti některých částí spisu, která byla vznesena Komisí.
- 18 Spisem účastníka řízení došlým dne 18. ledna 2005 Komise ve shodě s žalobkyní podala návrh na organizační procesní opatření, které by v podstatě umožnilo Komisi předložit dokumenty a informace, které jí byly důvěrně předány, pouze právním zástupcům žalobkyně s vyloučením žalobkyně samotné.
- 19 Rozhodnutím ze dne 24. ledna 2005 Soud s přihlédnutím zejména k dohodě uzavřené mezi žalobkyní a vedlejšími účastnicemi vyhověl návrhu na organizační procesní opatření. Rovněž vyhověl návrhu na projednání ve zrychleném řízení s upřesněním, že uvedené rozhodnutí může být kdykoliv přehodnoceno ve světle vývoje soudního spisu a řízení. Rovněž byl stanoven harmonogram pro předkládání spisů účastníků řízení.
- 20 Spisem účastníka řízení došlým dne 11. února 2005 podala žalobkyně návrh na změnu organizačního procesního opatření. Dopisem ze dne 18. února 2005 žalovaná a vedlejší účastnice předložily svá vyjádření k uvedenému návrhu. Dopisem ze dne 22. února 2005 vzala žalobkyně svůj návrh na změnu organizačního procesního opatření zpět.
- 21 Mezitím dne 11. února 2005 Komise předložila svoji žalobní odpověď. Dne 25. února 2005 předložily společnosti Bertelsmann, Sony BMG a Sony své spisy vedlejšího účastníka.

- 22 Mezitím žalobkyně dopisem ze dne 15. února 2005 požádala o svolení předložit vyjádření k novým informacím obsaženým v žalobní odpovědi Komise. Rozhodnutím ze dne 21. února 2005 Soud této žádosti vyhověl a poskytl žalované možnost požádat do 4. března 2005 o svolení předložit dodatečná vyjádření, což skutečně udělala. Dopisem ze dne 1. března 2005 se žalobkyně postavila proti této žádosti. Dne 14. března 2005 Komise předložila svá dodatečná vyjádření.
- 23 Na základě zprávy soudce zpravodaje se Soud (třetí senát) rozhodl zahájit ústní část řízení a na základě organizačních procesních opatření vyzval Komisi, aby předložila několik dokumentů a písemně odpověděla na řadu písemných otázek.
- 24 Dopisem ze dne 19. září 2005 požádala Komise o prodloužení lhůty pro předložení svých odpovědí na otázky Soudu, které jí bylo poskytnuto. Dopisem ze dne 21. září 2005 Komise předložila své odpovědi na otázky Soudu.
- 25 Řeči účastnic řízení a jejich odpovědi na otázky Soudu byly vyslechnuty na jednání dne 22. září 2005.
- 26 Dopisem ze dne 26. září 2005 předložila Komise v návaznosti na jednání dokumenty a požádala o svolení písemně se vyjádřit k případným vyjádřením předloženým žalobkyní k odpovědím na písemné otázky ze dne 21. září 2005. Této žádosti bylo vyhověno.
- 27 Dne 29. září 2005 předložila žalobkyně spis účastníka řízení týkající se odpovědi Komise na písemné otázky Soudu.

28 Dne 11. října 2005 Komise předložila závěrečná vyjádření k vyjádřením žalobkyně ohledně odpovědí na písemné otázky Soudu.

29 Žalobkyně navrhuje, aby Soud:

- nepřihlížel k dokumentům předloženým Komisí v příloze její žalobní odpovědi;
- zrušil rozhodnutí;
- podpůrně zrušil rozhodnutí v rozsahu, v němž se týká některého z následujících bodů:
 - společného dominantního postavení na trhu s licencemi na hudbu on-line;
 - dominantního postavení na trhu distribuce hudby on-line;
 - koordinace příslušných činností účastnic spojení podniků v oblasti vydávání hudby;
- uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

30 Komise podporovaná vedlejšími účastnicemi navrhuje, aby Soud:

- zamítl žalobu jako neopodstatněnou;

- uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

31 Na podporu své žaloby na neplatnost vznáší žalobkyně pět důvodů, které se dělí na několik částí. V rámci prvního důvodu žalobkyně tvrdí, že Komise porušila článek 253 ES a dopustila se pochybení spočívajících ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení, když nezjistila existenci společného dominantního postavení před zamýšleným spojením podniků na trhu s hudebními nahrávkami a posílení uvedeného postavení. V rámci svého druhého důvodu žalobkyně tvrdí, že Komise porušila článek 253 ES a dopustila se pochybení spočívajících ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení, když se domnívala, že zamýšlené spojení podniků nevytvoří společné dominantní postavení na trhu s hudebními nahrávkami. Třetí žalobní důvod vychází z porušení článku 2 nařízení, jelikož Komise měla za to, že nedochází k vytvoření nebo posílení společného dominantního postavení na světovém trhu s licencemi na hudbu on-line. V rámci svého čtvrtého důvodu žalobkyně tvrdí, že Komise porušila článek 253 ES a dopustila se zjevně nesprávného posouzení, když se domnívala, že společnost Sony nedosáhne dominantního postavení na trhu pro distribuci hudby on-line. V rámci svého pátého žalobního důvodu žalobkyně tvrdí, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení a porušila článek 81 ES ve spojení s čl. 2 čtvrtým pododstavcem nařízení, když dospěla k závěru, že zamýšlené spojení podniků nebude mít účinek koordinace příslušných činností účastnic spojení podniků v oblasti vydávání hudby.

*I – K důkazům připojeným k žalobní odpovědi**A – Argumenty účastnic řízení*

- 32 Žalobkyně uvádí, že z žalobní odpovědi vyplývá, že v rámci správního řízení Komise vycházela z dokumentů a informací, ke kterým měla žalobkyně přístup pouze v rámci žalobní odpovědi, ačkoliv tyto dokumenty a informace hrály ústřední roli, jelikož na jejich základě Komise odůvodnila odklon od stanoviska zastávaného v oznámení námitek, podle kterého zamýšlené spojení podniků vytváří nebo posiluje společné dominantní postavení a je neslučitelné se společným trhem.
- 33 Žalobkyně uplatňuje, že byla-li by tyto dokumenty, které obsahovaly neúplné a zavádějící informace, během správního řízení viděla, byla by schopna prokázat jejich základní vady a rozhodnutí by bylo jiné nebo přinejmenším by muselo obsahovat výslovné důvody pro zamítnutí jejich vyjádření. Žalobkyně vytýká Komisi, že tyto dokumenty zadržovala a že z nich vycházela, aniž by je kdy předložila ke křížovému posouzení nebo k připomínkám třetích osob.
- 34 Zatímco žalobkyně uznává, že je Komise povinna chránit obchodní tajemství a nemá povinnost zpřístupnit třetím osobám všechny informace ze spisu během správních řízení o kontrole spojování podniků, tvrdí, že to nedovoluje Komisi zbavit žalobkyni možnosti vyjádřit své názory na věc, například zpracováním verze neobsahující důvěrné údaje a shrnující dotčené informace.
- 35 Žalobkyně upřesňuje, že neuplatňuje žalobní důvod vycházející z porušení základních procesních požadavků, ale domnívá se, že nové důkazy předložené

Komisí přicházejí příliš pozdě na to, aby zhojily vady rozhodnutí ve věci samé, a že představují pokus o následné odstranění protiprávnosti rozhodnutí. Žalobkyně připomíná, že dokumenty, které nebyly předloženy během správního řízení, nemohou být dodány až během soudního řízení (rozsudek Soudního dvora ze dne 8. července 1999, Hercules Chemicals v. Komise, C-51/92 P, Recueil, s. I-4235, bod 78), a tvrdí, že k dotčeným dokumentům nesmí být přihlíženo.

36 Komise dospívá k závěru, že je tento návrh třeba zamítnout.

B – Závěry Soudu

37 Úvodem je třeba konstatovat, že důkazní materiály, o jejichž vyloučení ze spisu žalobkyně Soud žádá, byly předloženy v příloze žalobní odpovědi Komise v souladu s ustanoveními článku 46 jednacího řádu. Žalobkyně neuvádí, v čem je předložení těchto dokumentů Komisí v rozporu s jednacím řádem.

38 Je proto nutné konstatovat, že ani důvody, pro které žalobkyně žádá vyloučení těchto dokumentů ze spisu, ani sám smysl její žádosti nejsou jasné.

39 Zaprvé, zatímco žalobkyně na jednu stranu tvrdí, že předložené dokumenty představují pokus o následné odstranění protiprávnosti rozhodnutí, na druhou stranu neuplatňuje, že by tyto dokumenty byly shromážděny nebo vyhotoveny po přijetí rozhodnutí, ale naopak prohlašuje, že hrály ústřední roli ve správním řízení, jelikož na jejich základě Komise odůvodnila rozhodnutí. Tato okolnost, za

předpokladu, že je prokázána, totiž každopádně nemůže vést k vyloučení těchto dokumentů. Mimoto, zatímco žalobkyně Komisi vyčítá, že se pokusila následně odstranit protiprávnost rozhodnutí, neuplatňuje – přinejmenším na podporu projednávaného návrhu – porušení zásady, podle které musí být odůvodnění uvedeno v rozhodnutí samém, a nemůže být poprvé podáno až před Soudem (rozsudek Soudu ze dne 15. září 1998, *European Night Services* a další v. Komise, T-374/94, T-375/94, T-384/94 a T-388/94, Recueil, s. II-3141, bod 95). V každém případě je případné nedostatečné odůvodnění sankcionováno zrušením napadeného aktu, a nikoliv vyloučením dokumentů. Otázka, zda je rozhodnutí právně dostačujícím způsobem odůvodněno, bude v projednávaném případě přezkoumána v rámci různých důvodů uplatňovaných žalobkyní.

40 Zadruhé, žalobkyně, která poukazuje na to, že Komise nemá povinnost zpřístupnit třetím osobám všechny informace ze spisu během správního řízení kontroly spojování podniků, připomíná, že podle judikatury nepředložení dokumentů během správního řízení nelze nahradit během řízení soudního. Aniž by totiž bylo třeba přezkoumat rozsah práv obhajoby nebo práv přístupu třetích osob ke spisu v rámci řízení o spojování podniků, postačí konstatovat, že žalobkyně výslovně zdůrazňuje, že nezamýšlí uplatnit nový žalobní důvod vycházející z porušení podstatných procesních náležitostí. Návrhu tedy nemůže být vyhověno v míře, ve které se opírá o tento důvod. V každém případě může být porušení práv obhajoby potvrzeno jen za předpokladu, že bude prokázáno, že nezpřístupnění těchto dokumentů mohlo ke škodě žalobkyně ovlivnit obsah dotčeného rozhodnutí, což nemůže být bez přezkumu uvedených dokumentů provedeno.

41 Zatřetí, žalobkyně tvrdí, že tyto dokumenty obsahují neúplné informace, že jsou zavádějící a že, pokud by byla měla přístup k uvedeným dokumentům během správního řízení, byla by schopna prokázat jejich základní vady, což by bylo mohlo vést k jinému rozhodnutí. Jestliže tato okolnost může vést k obezřetnému posouzení důkazů předložených Komisí, nemůže mít za následek, že bude vyhověno opatřením, která navrhovala žalobkyně. Zcela naopak by toto opatření zbavilo

žalobkyni možnosti prokázat namítaný nedostatek spolehlivosti nebo relevance dotčených dokumentů v rámci jejích žalobních důvodů vycházejících ze zjevně nesprávného posouzení.

42 Konečně musí být podpůrný návrh žalobkyně, který směřuje k tomu, aby Soud prohlásil uvedené dokumenty za nepřesvědčivé nebo za irelevantní, rovněž zamítnut ze stejných důvodů. V každém případě tento návrh představuje meritorní otázku, která bude posouzena v rámci jiných důvodů a argumentů uvedených v žalobě.

43 Z předcházejících poznámek vyplývá, že žádost žalobkyně, která směřuje k tomu, aby k dokumentům předloženým Komisí na podporu její žalobní odpovědi nebylo přihlíženo nebo aby byly prohlášeny za irelevantní, je třeba zamítnout.

II – K prvnímu důvodu, týkajícímu se posílení stávajícího společného dominantního postavení na trhu s hudebními nahrávkami

44 První žalobní důvod se dělí na dvě části, přičemž první se týká nesprávnosti tvrzení Komise, podle kterého před zamýšleným spojením podniků na trhu s hudebními nahrávkami neexistovalo společné dominantní postavení, a druhá se týká pochybení spočívajícího ve skutečnosti, že nebylo zjištěno posílení uvedeného již existujícího společného dominantního postavení zamýšleným spojením podniků.

A – Argumenty žalobkyně

1. K první části

- ⁴⁵ Úvodem žalobkyně poznamenává, že jak oznámení námitek, tak rozhodnutí obsahují mnohé důkazy, že trh s hudebními nahrávkami před spojením podniků vykazoval všechny znaky trhu, na kterém převládá společné dominantní postavení odpovídající kritériím stanoveným judikaturou (rozsudek Soudu ze dne 6. června 2002, *Airtours v. Komise*, T-342/99, Recueil, s. II-2585).
- ⁴⁶ Zaprvé žalobkyně v tomto ohledu uvádí, že větší společnosti (dále jen „velké společnosti“) jsou popsány tak, že mají všechny znaky skupiny v dominantním postavení: velké tržní podíly, významnou finanční sílu (bod 53 odůvodnění rozhodnutí), udržování vysokých cen (bod 56 odůvodnění rozhodnutí), oligopolní strukturu (bod 148 odůvodnění rozhodnutí), a tedy vzájemnou závislost.
- ⁴⁷ Zadruhé žalobkyně zdůrazňuje, že Komise zjistila, že trh má veškeré znaky prospívající tichým kartelovým dohodám a usnadňuje sledování této koordinace (body 93 až 116 oznámení námitek), a že přezkoumala deset faktorů ukazujících na tichou kartelovou dohodu (viz přílohu A15), které se od doby oznámení námitek nezměnily. Výrobek je homogenní ve svém formátu a spotřebitel nakupuje disky několika umělců nebo několika žánrů, čímž vytváří „prostor nahraditelnosti“ (bod 110 odůvodnění rozhodnutí). Trh je vysoce příznivý koordinaci, která údajně také skutečně nastala (bod 112 odůvodnění rozhodnutí). Existuje stálá základna zákazníků (bod 112 odůvodnění rozhodnutí) a účastnice spojení podniků ovládají trh pro distribuci (bod 113 odůvodnění rozhodnutí).

48 Zatřetí, ceny podle žalobkyně napovídají existenci společného dominantního postavení. Vyskytuje se paralelnost čistých reálných cen (body 76 až 80 oznámení námitek a body 75, 82, 89, 96 a 103 odůvodnění rozhodnutí). Veřejné prodejní ceny (dále jen „VPC“) jsou známy a množství referenčních cen je omezené (body 111 a 112 odůvodnění rozhodnutí). Čisté prodejní ceny jsou úzce spojeny s VPC (body 77, 84, 91, 98 a 105 odůvodnění rozhodnutí). VPC a čisté reálné ceny jsou těsně vyrovnány a jsou transparentní a transparentnost průměrných čistých reálných cen není ovlivněna slevami (body 88, 90 a 92 oznámení námitek a poznámky pod čarou 45, 49, 52, 55 a 57 rozhodnutí).

49 Začtvrté, Komise podle žalobkyně zjistila existenci potenciálně účinných mechanismů odrazení (body 128 až 132 oznámení námitek a bod 118 odůvodnění rozhodnutí) a velké společnosti nejsou těmito omezením účinně hospodářské soutěže podřízeny.

50 Žalobkyně tvrdí, že důvody podávané Komisí vycházející ze skutečnosti, že obsah alb je heterogenní, že díky propagačním slevám neexistuje dostatek transparentnosti cen a že neexistuje důkaz sebemenšího odvetného jednání, nedovolují vyloučit závěr, že existuje společné dominantní postavení, a že posouzení Komise je postiženo vadou spočívající v nedostatečném odůvodnění, ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení.

a) K porušení povinnosti odůvodnění

51 Rozhodnutí podle žalobkyně porušuje článek 253 ES, neboť neobsahuje popis skutkových a právních okolností, o něž se orgán opírá, tak, aby mohl Soudní dvůr vykonávat svůj přezkum a aby se jak členské státy, tak zúčastněné osoby seznámily s podmínkami, za jakých orgány Společenství použily Smlouvu (rozsudek Soudního dvora ze dne 26. března 1987, Komise v. Rada, 45/86, Recueil, s. 1493).

Homogennost výrobku

- 52 Zprvé, co se týče homogennosti výrobku, žalobkyně vytýká Komisi, že neuvedla důvod, proč faktor týkající se heterogennosti obsahu převážil nad faktorem týkajícím se existence „prostoru nahraditelnosti“, podle kterého většina spotřebitelů nakupuje hudbu nejruznějších umělců a žánrů, nebo nad faktorem týkajícím se homogennosti formátu, co se týče cen a transparentnosti. Komise rovněž neuvádí, proč zjištění, podle kterého jsou ceny alb velmi standardizované, bylo vyvráceno obecným tvrzením, podle kterého jsou ceny závislé na „úspěchu alba“. Bod 110 odůvodnění rozhodnutí v tomto ohledu obsahuje navzájem si odporující zjištění.

Transparentnost

- 53 Zadruhé, co se týče transparentnosti, žalobkyně tvrdí, že tvrzení a argumenty Komise týkající se slev, které ve svém účinku vyvracejí veškeré důkazy ohledně transparentnosti, nejsou odpovídajícím způsobem odůvodněny.
- 54 Komise tak podle žalobkyně tvrdí, že je ve velkých zemích transparentnost cen vyplývající z VPC vyloučena díky propagačním slevám, aniž by však vysvětlila jejich význam ve vztahu k systému cen a jejich vzájemnou závislost.
- 55 Stejně tak podle žalobkyně nejsou, co se týče malých zemí, jasné vysvětleny důvody, na jejichž základě Komise přiznala takový význam propagačním slevám a nikoliv obvyklým slevám, zatímco v bodě 150 oznámení námitek tvrdila, že „stejně jako na větších územích jsou nejdůležitějšími slevami v každé zemi obvyklé slevy“. Mimoto

chybí přesný popis toho, co se obvyklými slevami rozumí. Při posouzení transparentnosti v malých zemích Komise střídavě a nepřesně porovnávala obvyklé a propagační slevy, takže není jasné, zda tato studie srovnávala propagační slevy, nebo obvyklé slevy.

- 56 Žalobkyně dále tvrdí, že rozhodnutí pouze odkazuje na důkazy týkající se slev společností Sony a BMG a nezahrnuje ostatní velké společnosti (bod 71 odůvodnění a poznámka pod čarou 43 rozhodnutí). Proto je prý odůvodnění neúplné.

Odrážující prostředky

- 57 Zatřetí, co se týče odrážujících prostředků, Komise prý nevysvětluje, proč skutečnost, že (i kdyby tomu tak bylo) nemohla prokázat, zda prostředky odplaty byly někdy použity, umožnila vyvrátit veškeré důkazy o existenci účinných odrážujících prostředků.

Protiváha na trhu

- 58 Konečně začtvrté, rozhodnutí na rozdíl od oznámení námitek neobsahuje ani posouzení existence protiváhy na trhu, ani vysvětlení její neexistence, což je totéž, jako kdyby odůvodnění zcela chybělo.

b) Ke zjevně nesprávnému posouzení

- 59 Žalobkyně připomíná judikaturu, podle které se Komise dopustí zjevně nesprávného posouzení skutkového stavu, když při hodnocení protikladných argumentů přízná příliš váhy jednomu z nich [rozsudek Soudu ze dne 10. října 2001, *British American Tobacco International (Investments) v. Komise*, T-111/00, Recueil, s. II-2997, bod 58] nebo když uvedené důvody rozhodnutí toto rozhodnutí ve skutečnosti neodůvodňují. Stejně tak, když posouzení Komise není podepřeno určitými okolnostmi nebo skutečnostmi, nemělo by se mít za to, že bylo provedeno způsobem vhodným, a nikoliv nerozumným (rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 1991, *Nölle*, C-16/90, Recueil, s. I-5163). Tvrzení o neexistenci společného dominantního postavení se totiž podle žalobkyně neopírá o relevantní skutkové okolnosti, argumentaci nebo důkazy a Komise prý nesplnila svoji povinnost posoudit veškeré relevantní faktory.
- 60 Žalobkyně tvrdí, že je rozhodnutí postiženo vadami spočívajícími ve zjevně nesprávném posouzení při posuzování homogenosti výrobku, transparentnosti a existence odrazujících prostředků, při hodnocení protiváhy na trhu a v rámci analýzy společné politiky.

Homogenost výrobku

- 61 Komise se prý dopustila nesprávného posouzení, když měla za to, že heterogenost obsahu převážila nad homogeností formátu, přestože přijala, že spotřebitel nakupuje disky několika umělců a žánrů, a že tedy existuje „prostor nahraditelnosti“. V každém případě je parametr heterogenosti výrobku relevantní jen tehdy, pokud by ceny byly stanoveny na základě jednotlivých titulů, a nikoliv, jak je tomu

v projednávaném případě, na základě jakýchsi referenčních cen (body 110 a 111 odůvodnění rozhodnutí). Podle logiky Komise by se v odvětvích spojených s duševním vlastnictvím nikdy nemohlo vyskytovat společné dominantní postavení, jelikož homogenost obsahu nikdy nemůže být úplná.

Transparentnost

— Obecná argumentace

62 Žalobkyně tvrdí, že uvedené důkazy ukazují na to, že ceny určované velkými společnostmi jsou jistě dost transparentní na to, aby těmto společnostem umožnily vyrovnávat své ceny. Komise nepředložila žádný důkaz, který by tuto analýzu vyvracel, ale pouze vyvodila z údajné rozdílnosti slev, že transparentnost může být vyloučena nebo snížena natolik, že již neumožní vyrovnávání cen.

63 Nesprávné posouzení podle žalobkyně vychází z vlastních závěrů Komise, podle kterých:

— existuje paralelnost a poměrně podobný vývoj cen na straně velkých společností v průměrných čistých cenách (body 75, 82, 89, 96 a 103 odůvodnění rozhodnutí);

— VPC mohou být použity jako ústřední bod pro vyrovnání (body 76, 83, 90, 97 a 104 odůvodnění rozhodnutí);

— VPC a průměrné čisté ceny se vyvíjely paralelně (body 77, 84, 91, 98 a 105 odůvodnění rozhodnutí).

64 Žalobkyně uvádí, že VPC jsou transparentní, že maloobchodní ceny jsou známé, že se průměrné čisté ceny vyvíjejí paralelně s VPC a že distributorské marže jsou dostatečně přesně známy. Z toho podle ní vyplývá, že čisté ceny pro maloobchodníky (tzn. VPC beze slev) jsou transparentní nehledě na slevy. To ostatně vyplývá z oznámení námitek (body 81 až 92) a z bodu 77 odůvodnění rozhodnutí, podle kterého „kdyby se velké společnosti citelně odchýlily od dohodnutých politik v oblasti cen poskytování slev, projevíly by se tyto odchylky v čistých průměrných cenách“.

65 Žalobkyně uplatňuje, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení, když přiznala přílišný význam slevám a zejména propagačním slevám, neboť:

— se opírala o informace o slevách dodaných společnostmi Sony a BMG, spíše než o informace o paralelnosti VPC a čistých cen veškerých velkých společností (poznámka pod čarou 43 rozhodnutí);

— podle informací poskytnutých maloobchodníky jsou slevy transparentní; 20 z 26 maloobchodníků dotazovaných Komisí potvrdilo, že velké společnosti znají slevy ostatních. To je zvláště případ obvyklých slev, které jsou významnější, jelikož se o nich vyjednává každý rok;

- společnosti Sony a BMG vypracovávaly týdenní zprávy o sledování trhu pro distribuci zahrnující informace o jejich soutěžitelích (bod 113 odůvodnění rozhodnutí);

- pro případ kompilací mají velké společnosti dohody o společné distribuci a o partnerství, v jejichž rámci se s obvyklými slevami mohou seznámit;

- mezi nahrávacími společnostmi existuje vysoká míra převádění řídicích pracovníků;

- týdenní žebříčky jsou zdrojem informací o prodeji jednotlivých titulů, což umožňuje snadno zachytit tituly, z nichž se stávají „hity“ a které mají největší podíl na prodeji (bod 73 odůvodnění rozhodnutí);

- podle zprávy Office of Fair Trading (britský orgán pro hospodářskou soutěž) jsou informace o soutěžitelích snadněji k dispozici na trhu s hudebními nahrávkami než ve všech ostatních odvětvích (příloha A.16 žaloby).

⁶⁶ Žalobkyně upozorňuje, že Komise na základě těchto skutečností ostatně dospěla v bodě 81 oznámení námitek k závěru, že „slevy jsou z velké části stabilní, a nejsou používány tak, aby účinně změnilly cenovou politiku“. Skutkové okolnosti se přitom od té doby nezměnily.

- 67 Propagační slevy každopádně nejsou obecně používány ve vztahu k diskům, které jsou na žebříčcích a které přinášejí kolem 80 % příjmů, ale pouze k tomu, aby motivovaly spotřebitele k tomu, aby čerpali z katalogu titulů („back catalogue“) (příloha A.17 žaloby), a mají pouze malý dopad na vzorek, který posuzovala Komise (body 70 a 71 rozhodnutí). Krom toho údaje posuzované Komisí o těchto propagačních slevách se týkaly pouze společností Sony a BMG a jejich relevance je o to menší.
- 68 Proto jen malá část struktury cen velkých společností je potenciálně ovlivněna nedostatkem transparentnosti, jak vyplývá ze zprávy připojené k žalobě, která vysvětluje systém cen a slev v Evropě (příloha A.17).
- 69 Žalobkyně tvrdí, že Komise měla k dispozici dostatečné množství dokumentů, na jejichž základě mohla své analýzy ověřit, ale že toto ověření neprovedla, zejména co se týče důkazů týkajících se maloobchodníků. Tím, že Komise nesprávně posoudila skutkové okolnosti a že přiznala přílišnou váhu slevám, zejména propagačním, se dopustila zjevně nesprávného posouzení.

— Obecná vyjádření k novým důkazům

- 70 Z nových informací předložených Komisí v příloze její žalobní odpovědi žalobkyně vyvozuje, že Komise zřejmě založila svůj závěr ohledně netransparentnosti trhu na komplexnosti jednotlivých rozdílů ve slevách mezi zákazníky, mezi jednotlivými tituly a v čase. Existence takových jednotlivých, často významných, rozdílů přitom nevylučuje možnost, že se tvorba cen řídí omezeným počtem struktur a známých pravidel, které činí průměrné ceny předvídatelnými, přičemž jakékoliv významné a systematické odchylení se od těchto struktur a pravidel je zřejmé.

- 71 Tato pravidla nemusí umožňovat vždy předpovědět cenu každého jednotlivého vydání účtovanou jednotlivému maloobchodníku, ale nicméně umožňuje s dostatečnou mírou jistoty znát čisté ceny, které vyplývají ze skupiny VPC, a určit, zda se soutěžitelé těmto pravidlům podřídili, či nikoliv. Tato pravidla tedy poskytují transparentnost požadovanou pro existenci společného dominantního postavení. Koordinace chování, která vyplývá z paralelního pohybu VPC a průměrných čistých cen, tedy může vzejít ze společně známých a přijatých struktur a pravidel; tato koordinace může být kontrolována lépe než na základě dokonalé a úplné znalosti každého jednotlivého rozhodnutí o cenách.
- 72 Komise podle žalobkyně neproověřila, zda paralelnost pozorovaná u průměrných cen (hrubých i čistých) mohla být důsledkem koordinace chování vyplývající z takových pravidel, ale spíše na základě existence jednotlivých rozdílů dospěla k závěru, že tomu tak není, aniž by přezkoumala, zda uvedené rozdíly byly statisticky významné a měly skutečný dopad na žalobní důvody.
- 73 Tato pravidla se podle žalobkyně nepoužijí na všechny případy, ale na podstatnou část prodeje v každé kategorii disků každé nahrávací společnosti (nová vydání, nový umělec, katalog „vyšší“, „střední“ a „nižší“ cenové kategorie atd.), z nichž pro každou existuje omezené množství obecných prodejních strategií, jimiž se řídí velká většina prodeje (znovuumístění disků na žebříčku, účast na propagačních akcích, koupě umístění ve výloze atd.). Tyto prodejní strategie se jistě mohly lišit podle každého území a podle zákazníků (supermarkety, specializované řetězce, nezávislé obchody atd.), ale nicméně jich je omezené množství a jsou známy odpovědným osobám v prodeji. Tato pravidla nebo tyto struktury dostatečně umožňují koordinaci cen bez nutnosti zvláštních znalostí čistých a hrubých cen jednotlivých vydání a krom toho nabízejí nezbytnou flexibilitu přizpůsobení se v konkrétních případech v oblasti, ve které se poptávka po jednotlivých titulech liší a ve které nemůže být úspěch alb s jistotou předpovězen, aniž by byla celkově ohrožena struktura cen.

- 74 Přes jednotlivé odlišnosti by podle žalobkyně neměla být opomíjena skutečnost, že veškeré čisté ceny jsou těsně vyrovnány s hrubými cenami a že je tomu tak pravděpodobně proto, že se všechny společnosti řídí určitými obecnými pravidly, díky nimž jsou ceny ve svém celku vysoce předvídatelné a systematické odchylky jsou zřejmé. Existuje tudíž transparentnost.
- 75 Přezkum nových důkazů uvedených v příloze žalobní odpovědi ukazuje, že se Komise soustředila na jednotlivé rozdíly, aniž by přezkoumala, zda jsou tyto rozdíly statisticky významné. Komise neprovedla správnou statistickou analýzu výchozích údajů, nepřezkoumala význam rozpětí cen nebo slev, ani relevanci rozdílů v obvyklých cenových rozpětích, ani se nedotázala maloobchodníků, aby ověřila, zda jednotlivé rozdíly spadají do rámce obecných pravidel systému cen, či nikoliv. Komise nesprávně dospěla k závěru, že pouhá existence rozdílů vylučuje možnost, že by tyto rozdíly byly způsobeny několika ojedinělými případy, i když většina prodeje probíhá za ceny určené na základě známých a předvídatelných pravidel.
- 76 Krom toho Komise podle žalobkyně přezkoumala důkazy prostřednictvím chybné metody a bez provedení nezbytných ověření.
- 77 Žalobkyně uplatňuje následující obecné poznámky k novým důkazům předloženým Komisí:
- velká část údajů není upravena s ohledem na objem prodeje tak, aby bylo možné posoudit význam rozpětí cen a slev. Tam, kde jsou údaje správně agregovány – tzn. pro všechny subjekty a upravené podle objemu prodeje – jsou rozdíly o dost méně významné;

- ve většině případů nebyly údaje posouzeny ze statistického hlediska a tedy není možné posoudit, zda jsou rozdíly vzhledem k různým kategoriím výrobků významné;

- s výjimkou některých údajů použitých v oznámení námitek údaje srovnávají jen ceny účastnic spojení podniků. Argument Komise, podle kterého je zjištění ohledně neprůhledných jednání v oblasti slev u dvou velkých společností dostatečné k tomu, aby byla transparentnost minimalizována, je chybný vzhledem k tomu, že společnosti Sony a BMG měly na trhu velmi rozdílné výsledky a že by se rozpětí cen a slev, při rozdílných výsledcích podle určité řady vydání, lišilo i v systému jednotných cen. Krom toho účastnice spojení podniků byly historicky dvě nejrozdílnější velké společnosti, takže jejich spojení nesnižuje pouze počet subjektů, ale tyto subjekty rovněž sblížuje;

- Komise nevyšetřila, zda velké společnosti mají údaje, které jsou v přímém rozporu s údajnou rozdílností a komplexností cen, totiž rozpočty nebo jiné údaje, které přesně předvídají čisté a hrubé ceny, jakož i slevy, jejichž stanovení je mezi soutěžiteli paralelní a stabilní v čase;

- výpovědi řídicích pracovníků účastnic spojení podniků se netýkají klíčových otázek – jako je existence obecných pravidel pro ceny a sledování cen – a nebyly kontrolovány.

78 Názor Komise, podle kterého jsou průměrné čisté ceny výsledkem řady jednotlivých spíše různorodých rozhodnutí a podle kterého musí být průměrné čisté ceny možné sledovat s dostatečnou mírou jistoty, aby umožnily skutečnou koordinaci čistých cen, je podle žalobkyně chybný, jelikož stačí, aby každá společnost byla schopna

ověřit, zda rozhodnutí o cenách ostatních společností u jejich vydání jsou v souladu s určitými pravidly o cenách tak, aby byly pohyby cen každému známy a aby byla dodržována tichá koluze.

- 79 Rozdíly zjištěné Komisí na základě údajů poskytnutých účastnicemi spojení podniků, krom toho, že jsou méně konkrétní, než si Komise zřejmě myslí, nemohou být podle žalobkyně považovány za důkaz neprůhlednosti cen, neboť jako v každém odvětví v oblasti duševního vlastnictví, v němž se výsledek jednotlivého titulu může měnit a závisí na různých činnostech v oblasti prodeje a marketingu, ale v němž jsou agregované soubory takových titulů v souladu s obecně známými pravidly, je dobře možné vysvětlit jakýkoliv rozdíl v rámci rozpětí slev a cen odkazem na několik obecně známých zásad.
- 80 Podle svého prohlášení se žalobkyně krom toho podivuje nad tím, že Komise použila pouze velmi málo důkazů uvedených v oznámení námitek, z nichž určité byly vyvážené a týkaly se celého odvětví, ale soustředila se na informace poskytnuté společnostmi Sony a BMG, které tyto vlastnosti nevykazovaly. Před tím, než bude první soubor údajů zamítnut, je tedy podle žalobkyně třeba se s těmito odlišnostmi vypořádat; nezdá se však, že by Komise provedla vyvážené posouzení.

— Individuální přezkum různých důkazů

- 81 Svědectví řídicích pracovníků společností Sony a BMG uvedená v příloze B.2 se omezují na to, že potvrzují existenci různých slev pro různé zákazníky, ale netýkají se otázky, zda jsou tyto slevy do značné míry určovány souborem obecných pravidel, či nikoliv. Zatímco tato prohlášení zdůrazňují velmi komplexní povahu metod tvorby cen, příloha B.14, která má prokázat komplexnost propagačních slev, ve skutečnosti tuto komplexnost vyvrací, když popisuje jejich fungování na jedné jediné stránce. Podle žalobkyně bylo třeba se ptát, zda existují standardní marže spojené s různými

cenovými kategoriemi a zda větší část slev byla spíše soustředěna v užším rozpětí. Otázky se zdají být postaveny takovým způsobem, aby se vyhnuly zjištění, že marže mohly být známy jako obecná pravidla, a že tedy nebylo třeba se s nimi seznamovat pravidelně po jednotlivých vydáních a že obrácená analýza jednotlivých cen nebyla nijak nutná k tomu, aby velká nahrávací společnost mohla sledovat ceny stanovené jejími soutěžiteli. Tyto otázky nebyly položeny ani maloobchodníkům, což by přitom umožnilo porovnání odpovědí.

82 Co se týče přílohy B.3, která ukazuje procentní podíl velkoobchodního prodeje účastnic spojení podniků dosaženého za použití jejich deseti nejvyšších VPC v letech 1998 až 2003 a která podle Komise prokazuje nepředvídatelnost úspěchu, a tedy nutnost pro každou velkou společnost kontrolovat VPC více než 80 alb jejich soutěžitelů, upozorňuje žalobkyně na určitou nesoudržnost těchto údajů (jako rozdíly podle období) a uplatňuje, že neukazují na nic jiného než na skutečnost, že účastnice spojení podniků prodávají své výrobky za různé VPC. To podle žalobkyně není relevantní, jelikož rozhodnutí uvádí, že VPC jsou spíše transparentní. Krom toho, na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, z bodu 111 odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že „[v]elké společnosti však mohou kontrolovat pouze referenční ceny u omezeného množství nejprodávanějších alb, aby mohly sledovat většinu prodeje“. Uvedené informace nejsou v rozporu ani s úvahami uvedenými Komisí při jednání, podle kterých velká většina prodeje každé z velkých společností probíhá za použití velmi malého počtu VPC. Není nutné kontrolovat ceny více než 80 alb, jelikož, existují-li obecné přijaté zásady a pravidla, postačí ke kontrole celkového dodržování koordinace zjistit pouze u několika titulů, zda jsou tato pravidla dodržována a zda jsou odchylky systematické. Závěr Komise vycházející z rozdílu v procentním podílu hrubého prodeje účastnic spojení podniků tedy není odůvodněn.

83 Mimoto se podle žalobkyně zdá, že tyto tabulky kladou důraz na faktor, totiž nepředvídatelnou povahu úspěchu, který je v rozporu s klíčovými tvrzeními rozhodnutí, podle kterých, zaprvé, jsou VPC transparentní a představují ústřední bod pro vyrovnání (body 76, 83, 90, 97 a 104 odůvodnění rozhodnutí), zadruhé, byla možná kontrola ceníků jiných velkých společností (body 76, 83, 90, 97 a 104 odůvodnění rozhodnutí), a, zatřetí, velké společnosti pouze potřebují kontrolovat

referenční ceny omezeného množství nejprodávanějších alb, aby mohly sledovat většinu prodeje (bod 111 odůvodnění rozhodnutí). Konečně i za předpokladu, že by bylo nutné kontrolovat VPC více než 80 alb (nebo 60 po spojení podniků), se nezdá, že by to bylo tak obtížné, jak naznačuje Komise.

- 84 Co se týče příloh B.4 a B.5 týkajících se průměrných slev na fakturu poskytovaných společnostmi Sony a BMG jejich deseti nejlepším zákazníkům ve čtyř z pěti velkých členských států, žalobkyně se podle svého prohlášení nejdříve táže, v jaké míře ukazují průměrné slevy na fakturu spíše na rozdílné zacházení s různými zákazníky než na rozdílné výsledky portfolií účastnic spojení podniků, když se rozumí, že velikost vydání velké nahrávací společnosti, jakož i kombinace jejich činností (vydání na žebříčku, činnost v supermarketu, katalog, specializované a propagační činnosti) ovlivňují průměrnou slevu poskytnutou zákazníkům. Dále, případné rozdílné zacházení se zákazníky účastnicemi spojení podniků neznamená, že jejich rozhodnutí o cenách jsou neprůhledná, neboť tyto rozdíly mohou být systematické, předvídatelné a stabilní v čase.
- 85 Příloha B.5, která má ukazovat příklady, kde chybí vzájemný vztah nebo paralelní pohyb, není relevantní, neboť tuto skutečnost lze vysvětlit odlišnostmi ve výsledcích portfolia účastnic spojení podniků a neboť navíc ukazuje na významné podobnosti (nižší slevy poskytované stejnému zákazníkovi, slevy měnící se ve stejném období, nebo rozdíly stabilní v čase). Pouze příklad hlavního zákazníka v Německu je v souladu s názorem, že jedna z velkých společností může snížit své reálné ceny, aniž by ji její soutěžitelé následovali, ale pouhý jeden konkrétní rozdíl během konkrétního roku na daném území ve vztahu ke konkrétnímu zákazníkovi není přesvědčivý. Krom toho, jelikož tabulky pouze operují s údaji od společností Sony a BMG a tyto údaje nejsou vyvážené, jsou odlišnosti přehnané. To je zejména případ analýzy pravděpodobného vývoje, kterou měla Komise provést, jelikož spojením společností, jejichž výsledky se značně liší, může být zvýšena symetrie a homogennost, a tudíž pravděpodobnost tiché koluze.

- 86 Co se týče příloh B.6 a B.7, které obsahují údajné důkazy o rozdílech ve slevách na fakturu poskytnutých účastnicemi spojení podniků během pětiletého období svým deseti nejlepším zákazníkům na dvacet svých nejlepších kompaktních disků (dále jen „CD“), žalobkyně upozorňuje na to, že tabulky pouze poskytují informace o rozpětí slev a že tato rozpětí mohou být zavádějící, jelikož spíše ukazují mezní než průměrné hodnoty a statisticky významné odchyly od těchto průměrných hodnot. Veliké rozpětí slev může být vysvětleno několika vzácnými výjimkami, ale velká část slev je stejné úrovně. Krom toho, nad rámec svých metodických nedostatků vykazují tyto tabulky zajímavé pravidelnosti. Například v příloze B.6 v zemi A poskytují účastnice spojení podniků obecně vyšší slevy velkoobchodníkům než supermarketům nebo všeobecným maloobchodníkům, a příloha B.7 žalobní odpovědi ukazuje překvapivě vyrovnaný vztah mezi rozpětími slev.
- 87 Co se týče příloh B.8 a B.9, které podle Komise ukazují, že účastnice spojení podniků nesledovaly jednotný postup v oblasti slev, že se jejich postupy vyvinuly v čase a že v roce 2003 nebyl rozpis příslušných slev účastnic spojení podniků velmi podobný, žalobkyně znovu zdůrazňuje, že rozdíly v rozpětích slev v čase a mezi účastnicemi spojení podniků mohou vyplývat z odlišných výsledků a že to nijak nenaznačuje, že by slevy nevyplývaly ze škály známých pravidel. Krom toho údaje uvedené v příloze B.8 spíše ukazují opačným směrem než Komise (struktura spíše stálých a podobných slev, nebo přibližujících se slev, vysoký korelační faktor).
- 88 Žalobkyně se domnívá, že se struktury slev nemění v čase, jak to naznačuje analýza Komise. Čísla uvedená v příloze D.3 ukazují korelační koeficient struktury slev každé z účastnic spojení podniků v daném roce a strukturu slev v předchozím roce. I když kombinace obchodních činností ovlivňuje slevy, vysoké celkové korelační koeficienty naznačují, že struktury slev zůstávají poměrně stabilní v čase, čímž z transparentních VPC vytvářejí spíše předvídatelné čisté ceny.

- 89 Krom toho uvedení údajů ve velmi úzkých pásmech v kombinaci s určitými mezními body může zvýraznit rozdíly (například je-li sleva jen o málo nižší než 15 % nebo o málo vyšší než 15 %, mění se pásmo, aniž by se sleva významně lišila). Konečně žalobkyně zdůrazňuje, že, zakládal-li by se výsledek na úspěchu dvaceti nejprodávanějších titulů účastnic spojení podniků, došlo by na vysoce konkurenčním trhu ke změně v cenách. Jelikož tomu tak není, vyvozuje z toho žalobkyně závěr, že mechanismus slev ve skutečnosti není silným soutěžním prvkem ani zdrojem netransparentnosti.
- 90 Co se týče přílohy B.10, která ukazuje rozdělení čistých cen pro 5 nejlepších zákazníků společností Sony a BMG v roce 2003, žalobkyně se domnívá, že relevance závěru, ke kterému na základě této přílohy Komise dospěla a podle kterého různí zákazníci uskutečňují velmi rozdílné podíly svého nákupu u dané velké společnosti v různých pásmech čistých cen, je sporná, jelikož transparentnost a předvídatelnost cen nevyžaduje, aby nákupní trendy u zákazníků obou nahrávacích společností byly totožné nebo podobné. Jelikož určujícími faktory pro výši slev nezbytných pro dosažení prodejních cílů jsou sortiment výrobků a výsledek nových hlavních vydání u zákazníků, není zřejmé, jak Komise dospěla k závěru, že u obou velkých společností obecně existovaly rozdíly v rozdělení čistých cen.
- 91 Mimoto, i když se tyto údaje týkají pouze společností Sony a BMG, jsou podle žalobkyně nicméně vhodnější proto, že jsou vyvážené. Podrobnější přezkum rozdělení podle zemí totiž ukazuje na značné podobnosti uvedené ve formě diagramu v příloze D.4.
- 92 Krom toho závěr Komise, podle kterého příloha B.10 ukazuje odlišnosti mezi oběma účastnicemi spojení podniků, se podle žalobkyně neslučuje s posouzením provedeným v bodech 74 a 75 odůvodnění rozhodnutí, podle kterého byly průměrné čisté ceny společností Sony a BMG poměrně podobné, což při zvážení pravděpodobnosti ukazuje na použití pravidel tvorby cen, která zajišťují, aby se většina cen

určovala podle několika referenčních cen. Tyto důkazy, než aby podporovaly názor, že komplexní tvorba cen je příčinou neprůhledných cen, se zdají spíše podporovat opačný názor, podle kterého jsou ceny spíše předvídatelné a podobné i přes zjevnou komplexnost jednotlivých rozhodnutí o stanovení cen.

- 93 Žalobkyně se domnívá, že příloha B.11, která ukazuje průměrné čtvrtletní čisté ceny společnosti Sony podle alba za nejpoužívanější VPC, neobsahuje žádný náznak neprůhlednosti, neboť tabulka je problematická v souvislosti s rozpětím, totiž že ukazuje pouze mezní hodnoty, aniž by zkoumala vážené průměrné hodnoty a odchylky od průměrných hodnot. Krom toho není tato příloha relevantní, neboť se týká pouze společnosti Sony a není srovnávací.
- 94 Následující příloha (B.12) také není relevantní, neboť není srovnávací a pouze má za cíl ukázat, že společnost BMG nabízí maloobchodníkům slevy v různých výších.
- 95 Žalobkyně rovněž vytýká Komisi, že neuvedla, zda mohou být zřejmé rozdíly ve výši propagačních slev vysvětleny na základě několika prostých zásad. To je podle žalobkyně překvapivé, jelikož zásady uvedené Komisí v jedné z příloh její žalobní odpovědi v příloze B.14 naznačují existenci a jednoduchost takových pravidel týkajících se propagačních slev:

— propagační slevy se liší podle velikosti objednávky (kromě zvláštního případu Francie);

- propagační slevy se liší podle druhu spotřebitele (například v Německu obecně získávají nejvyšší slevy velkoobchodníci a hudební kluby);

- propagační slevy se liší podle druhu titulu nebo vydání (například podle oblíbenosti umělce a cílových posluchačů);

- propagační slevy jsou zaměřeny na zákazníky, kteří mají pověst, že prodávají určitý žánr, na základě povahy maloobchodníka a demografických vlastností jeho zákaznické základny;

- propagační slevy se liší podle povahy akce (například pouze jeden titul nebo více titulů, obvykle katalog);

- propagační slevy se liší podle úrovně nákladů na prodej a marketing, které je maloobchodník připraven poskytnout.

⁹⁶ Žalobkyně je názoru, že, jsou-li tato pravidla obecně známá, nemělo by být obtížné s přiměřenou mírou přesnosti předpovědět výši slev, které může určitý zákazník ve vztahu k určitému titulu v rámci určité akce od velké společnosti očekávat, a tedy zjistit, zda skutečné slevy jsou v souladu s těmito pravidly. Zdá se, že Komise tuto otázku nevyšetřila.

- 97 Navíc, jelikož příloha B.13 pouze poskytuje údaje za jeden jediný rok, není rozhodující, jelikož neumožňuje posoudit, zda je výše slev stabilní, a tedy předvídatelná.
- 98 Co se týče přílohy B.15, která obsahuje určité monitorovací zprávy předložené Soudu účastnicemi spojení podniků, upozorňuje žalobkyně na to, že tyto důkazy nenaznačují, že neexistuje metoda tvorby cen sestávající ze souboru obecných pravidel a směrnic o tvorbě cen. Komise se tedy místo na otázku, zda byly jednotlivé slevy předmětem zvláštního sledování, spíše měla zaměřit na otázku, zda bylo takové sledování nutné, jelikož rozdíly v systému tvorby cen představují výjimky ve srovnání s cenami, které jsou uplatňovány ve vztahu k velké většině prodeje.
- 99 Co se týče přílohy B.17 obsahující studii společnosti ekonomického poradenství RBB Economics (dále jen „studie RBB“), podle které by nahrávací společnost nebyla schopna odvodit velkoobchodní ceny ze sledovaných prodejních cen, za které se nabízejí výrobky soutěžitelů, žalobkyně uplatňuje, že se tato studie soustřeďuje zásadně na ceny jednotlivých vydání, a nikoliv na otázku, zda existuje systematický vztah mezi VPC a velkoobchodními čistými cenami u velké většiny vydání během přiměřeně dlouhého období. Různí maloobchodníci mohou jistě sledovat různé strategie tvorby svých prodejních cen, ale bylo by překvapivé, kdyby neexistoval jasný a systematický vztah mezi průměrnými čistými cenami vydání v každé zvláštní kategorii prodaných určitému maloobchodníkovi a jejich skutečnými velkoobchodními cenami pro dostatečně velkou škálu titulů a během přiměřeně dlouhého období. Skutečnost, že neexistuje jedna jednotná marže automaticky uplatňovaná na velkoobchodní ceny, neznamená, že maloobchodní prodejní ceny a velkoobchodní ceny jsou natolik odlišné, že by nebyla možná kontrola dodržování obecných zásad tvorby cen. Podle žalobkyně existuje obecná výše marží pro různé kategorie výrobků (vyšší, nejvyšší, střední a nižší cenová kategorie, kategorie developing artists atd.).

100 Žalobkyně upozorňuje na to, že se studie vyhýbá jakémukoliv přezkumu systému tvorby cen, a podle svého prohlášení pochybuje o tom, že Komise studii podrobila přezkumu ze strany maloobchodníků nebo třetích osob nebo že si vyžádala agregované údaje o cenách a slevách, které každá velká nahrávací společnost musí mít ve svých rozpočtech. Neexistuje ani srovnání s jinými již shromážděnými údaji. Takový přezkum by oproti tvrzením uvedeným ve studii ukázal, že:

- existuje systematická spojitost mezi kategoriemi výrobku, pokud jsou tyto výrobky správně označeny, aby odrazily svůj výkon, svoji zralost a důležitost pro zákaznickou základnu;

- tvrzení, podle kterého maloobchodníci neuplatňují standardní marži na velkoobchodní ceny, je zavádějící, neboť záměrně opomíjí existenci kategorií výrobků a prodejních akcí, které jsou mezi velkými společnostmi známe a vzájemně soudržné. Studie opomíjí nutnost vysvětlit soustředění agregovaných výší slev u omezeného množství výší cen a slev. Rozdíly v maržích pouze odrážejí přízpůsobení pravidel poptávce;

- v obecnější rovině Komise opomněla zohlednit skutečnost, že zkoumala odvětví v oblasti duševního vlastnictví na trhu s hudebními nahrávkami. Skutečnost, že jednotlivá vydání se během svého životního cyklu pohybují napříč různými známými a přijatými kategoriemi cen a slev, nutně neznamená, že nemůže existovat transparentnost nebo dokonce koordinace.

Odrazující prostředky

- 101 Žalobkyně tvrdí, že Komise podrobně nepřezkoumala všechny možné formy prostředků odplaty, ale pouze ty prostředky, které jsou spojeny s partnerskými dohodami v souvislosti s kompilacemi. Pokud by velká nahrávací společnost zavedla politiku snížení cen pro maloobchodníky, ostatní by tuto velkou nahrávací společnost mohli potrestat pobízením maloobchodníků, aby politiku nižších cen odmítli, tak, že jim nabídnou vyšší slevy a zvýšení spolupráce v oblasti reklamy. Jiným odrazujícím prostředkem je omezení přístupu levnějších výrobků „odchylující se“ nahrávací společnosti nebo výrobků, které představují jednostrannou inovaci, na žebříček. Kritéria přístupu na žebříčky v členských státech jsou obecně stanovována výbory, které jsou zcela složeny z nahrávacích společností, někdy ve spojení s maloobchodníky, a týkají se zejména formátů a minimálních cen.
- 102 Žalobkyně se domnívá, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení, když, přestože zjistila existenci věrohodných odrazujících mechanismů, dospěla k závěru, že tyto mechanismy neexistují, jelikož nenalezla důkaz o jejich použití. Nejefektivnějším odrazujícím prostředkem je totiž takový prostředek, který nemusí být použit.

Protiváha na trhu

- 103 Žalobkyně tvrdí, že analýza Komise je neúplná, jelikož rozhodnutí neobsahuje posouzení protiváhy na trhu. Krom toho zdůrazňuje, že v oznámení námitek Komise zjistila, že ani nezávislé společnosti, ani maloobchodníci nepředstavovali pro velké společnosti účinná omezení soutěžní povahy.

Neprovedení skutečné analýzy společné politiky

- 104 Komise podle žalobkyně svou analýzu zaměřila na hospodářskou soutěž v oblasti cen a úplně zanedbala množství dalších otázek, přestože podle sdělení o horizontálním spojení podniků (Úř. věst. 2004, C 31, s. 5) může koordinace probíhat v různých formách.
- 105 Komise tak měla podle žalobkyně přezkoumat, zda je, či není pro velké společnosti příznivější usilovně soutěžit o podíl na trhu než dodržovat společnou politiku. Skutečnost, že tržní podíly velkých společností jsou poměrně stabilní a že jejich změny jsou především důsledkem převzetí nezávislých společností nebo důsledkem vzájemného spojování, ukazuje na to, že neexistuje skutečná hospodářská soutěž v oblasti cen nebo že existuje společná politika, která především závisí na závazku neuskutečňovat konkurenční jednání na oligopolistickém trhu (rozsudek Soudního dvora ze dne 17. listopadu 1987, BAT a Reynolds v. Komise, 142/84 a 156/84, Recueil, s. 4487, bod 43).
- 106 Komise podle žalobkyně ani nepřezkoumala, zda velké společnosti postupovaly paralelně v oblasti licencí na hudbu on-line nebo v oblasti uzavírání smluv s umělci. Neposoudila všechny rysy, které jsou důkazem, jak je blíže popsáno v bodech 96 až 116 oznámení námitek, toho, že trh s hudebními nahrávkami je „zvláště prospěšný koordinaci a usnadňuje kontrolu takové koordinace“ (bod 94 oznámení námitek). Komise však označila deset faktorů, které ukazují na existenci tiché kartelové dohody, mezi nimiž jsou strukturální vazby, licenční a distribuční dohody, jakož i dohody o partnerství a kompilace (viz seznam v příloze A.15 žaloby).
- 107 Komise podle žalobkyně ani neprovedla přezkum, zda spojení podniků může mít za následek schopnost snížit nabídku, co se týče počtu nových titulů, nebo co se týče originality nových vydání, nebo zda spojení podniků ochuzuje kreativitu, kvalitu

a rozmanitost hudebního výběru [viz rozhodnutí Komise 2004/422/ES ze dne 7. ledna 2004, kterým se prohlašuje, že spojení je slučitelné se společným trhem a Dohodou o EHP (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (Úř. věst. L 125, s. 54, bod 674 odůvodnění)] nebo má dopad na volbu spotřebitelů, jak učinila v oznámení námitek ve věci Time Warner/EMI (COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (Úř. věst. C 136, s. 4) (viz bod 55, který se týká vytlačování nezávislých společností a dopadu na výběr a rozmanitost hudby nabízené veřejnosti). Konečně analýza nezohlednila čl. 151 odst. 4 ES ani kulturní rozmanitost.

c) Nesprávné použití práva v oblasti společného dominantního postavení

108 Žalobkyně tvrdí, že se Komise dopustila tří pochybení spočívajících v nesprávném právním posouzení.

109 Zprvce Komise podle žalobkyně dospěla k závěru, že ceny nebyly transparentní, z důvodu, že nebylo jisté, zda byla transparentnost úplná, přestože podle bodu 62 rozsudku Airtours v. Komise, bod 45 výše, je rozhodující „test dostatečné transparentnosti trhu“, který umožňuje všem členům oligopolu vědět „s dostatečnou mírou přesnosti a dostatečně rychle“, jak se vyvíjí chování na trhu jiných členů. V projednávaném případě přitom existuje dostatečná transparentnost.

110 Zadruhé, Komise se podle žalobkyně díky slevám domnívala, že neexistovala společná politika, aniž by však zjistila, že by slevy vedly k tak významným snížením cen, že by hospodářská soutěž v oblasti slev byla marginální. Podle bodu 62 rozsudku Airtours v. Komise, bod 45 výše, marginální hospodářská soutěž sama o sobě nevyvrací zjištění existence společného dominantního postavení. Je třeba, aby si byl subjekt vědom toho, „že silně konkurenční jednání na jeho straně s cílem zvýšit tržní podíl (například snížením cen) vyvolá totožné jednání na straně ostatních“.

Zejména by Komise měla pouze prokázat „neexistenci účinné hospodářské soutěže mezi subjekty [...] členy dominantního oligopolu“, a nikoliv vyloučení veškeré hospodářské soutěže (viz v tomto ohledu rozsudek Soudu ze dne 30. září 2003, *Atlantic Container Line a další v. Komise*, T-191/98 a T-212/98 až T-214/98, Recueil, s. II-3275, bod 645).

- 111 Zatřetí se Komise podle žalobkyně dopustila pochybení spočívajícího v nesprávném právním posouzení, když svou analýzu založila na neexistenci předchozích důkazů o odvetných opatřeních, zatímco podle bodu 195 rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, Komise nemusí nutně prokázat existenci určitého více či méně přísného „odvetného mechanismu“, ale musí prokázat existenci odrazujících faktorů.

2. K druhé části

- 112 Žalobkyně připomíná, že Komise musí za účelem prokázání, zda spojení podniků posiluje dominantní postavení, přezkoumat dopad spojení na referenční trhy prostřednictvím analýzy pravděpodobného vývoje (rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, body 58 a 59). Komise přitom podle žalobkyně neprovedla analýzu pravděpodobného vývoje a vůbec se nezabývala otázkou posílení dominantního postavení, neboť na základě analýzy minulého stavu nesprávně zjistila, že neexistuje dominantní postavení, které by mohlo být posíleno.
- 113 Jelikož bylo posílení dominantního postavení posouzeno na základě analýzy minulého stavu, je podle žalobkyně rozhodnutí postiženo vadou odůvodnění nebo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu z důvodů uvedených v první části, zatímco neexistence analýzy pravděpodobného vývoje představuje vadu spočívající v nesprávném právním posouzení.

B – *Argumenty Komise*

- 114 Komise se domnívá, že tři důvody neplatnosti vznášené žalobkyní, co se týče trhu s hudebními nahrávkami, se z velké části překrývají, a že je tedy užitečné nejprve vysvětlit odůvodnění rozhodnutí a důkazy, na kterých Komise založila své závěry před tím, než budou následně přezkoumána určitá nesprávná tvrzení ohledně obsahu rozhodnutí uvedená v žalobě a pak posouzeny konkrétní argumenty uplatněné žalobkyní.

1. Rozhodnutí Komise a důkazy, o něž se opírá

a) Souvislosti

- 115 Co se týče systému tvorby cen uplatňovaného v oblasti hudebních nahrávek, Komise vysvětluje, že každá velká společnost, jakož i každá nezávislá nahrávací společnost, pravidelně stanoví škálu různých katalogových cen za svá alba na CD nazývaných „veřejné prodejní ceny“. Každá velká nahrávací společnost obvykle má více než 50 VPC tohoto druhu, s různým významem, které mohou být zařazeny do kategorií „vyšší ceny“, „střední ceny“ a „nižší ceny“, a stanoví katalogovou cenu každého alba na CD, které vyrobí, odkazem na jednu z těchto VPC. Nicméně čistá cena, která se ve skutečnosti požaduje po zákazníkovi (malo- nebo velkoobchodníkovi) je nižší než katalogová cena díky slevám na fakturu (obvyklé a propagační slevy), které se mohou lišit podle zákazníka, v čase nebo podle alba (v případě propagačních slev). Každá nahrávací společnost vyjednává s každým ze svých zákazníků o obvyklé roční slevě (případně v různé výši pro populární hudbu, vážnou hudbu, nebo alba, která jsou předmětem reklamy v televizi), která se použije na celkový prodej dotyčného zákazníka. Naopak propagační slevy jsou stanoveny podle konkrétního případu, na různé dlouhá období, ve vztahu k jednotlivým albům nebo skupinám alb, které

nahrávací společnost hodlá propagovat; nejsou poskytovány nutně všem zákazníkům a jejich výše není nutně totožná. Komise poukazuje na skutečnost, že čistou cenu daného alba pro daného zákazníka je třeba odlišit od průměrné čisté ceny všech alb prodaných danou velkou nahrávací společností během daného roku, která se rovná podílu veškerých (potenciálně velmi se lišících) čistých cen za jednotlivá alba prodaná jednotlivým zákazníkům a celkového počtu alb prodaných dotčenou nahrávací společností.

- 116 Komise zjistila významné snížení poptávky a cen hudebních nahrávek na CD od roku 1999 (body 55 až 59 odůvodnění rozhodnutí).

b) Pět velkých trhů (Německo, Spojené království, Francie, Itálie, Španělsko)

- 117 Komise nejprve přezkoumala, zda je možné zjistit existující tichou kartelovou dohodu o cenách mezi velkými společnostmi v pěti velkých členských státech (body 69 až 108 odůvodnění rozhodnutí). Na základě sledování vývoje reálných průměrných čistých cen velkých společností ověřila, zda mezi cenami existovala paralelnost a zda by případná pozorovatelná paralelnost mohla být vysvětlena na základě koordinace. Za tímto účelem Komise nejprve posoudila VPC jako případné ústřední body, pak ověřila, zda slevy byly vyrovnány a dostatečně transparentní na to, aby umožnily účinné sledování případné koordinace čistých cen (bod 73 odůvodnění rozhodnutí).

Vyrovnaní průměrných čistých cen a VPC

- 118 Na pěti velkých trzích Komise zjistila pouze částečně podobný vývoj reálných průměrných čistých cen. V každé zemi se reálné průměrné čisté ceny každé velké nahrávací společnosti většinou pohybovaly v rozmezí okolo 10 % nebo více ve vztahu k ostatním. Komise měla za to, že taková míra podobnosti vývoje není rozhodující

(body 75, 82, 89, 96 a 103 odůvodnění rozhodnutí) ze zřejmých důvodů. Zaprvé, paralelnost reálných průměrných čistých cen nebyla potvrzena. Zadruhé, paralelní chování obecně nepostačí k prokázání existence koordinace, pokud nemohou být zjištěny podmínky fungování této koordinace. Zatřetí, v projednávané věci Komise nedospěla k závěru, že vývoj průměrných čistých cen každé velké společnosti byl nebo mohl být znám ostatním velkým společnostem. Průměrné čisté ceny jsou odrazem nejrůznějších jednotlivých rozhodnutí o stanovení cen (viz například přílohu B.10) a tato rozhodnutí musí být možno zjistit s dostatečnou jistotou na to, aby byla umožněna významná koordinace čistých cen.

- 119 Komise skutečně objevila některé skutečnosti, které ukazují na to, že katalogové ceny (tzn. VPC) mohly být použity jako základ vyrovnávání cen. V každém z pěti velkých členských států byla většina celkového prodeje každé velké nahrávací společnosti (více než 55 %, a dokonce 85 % v jedné z těchto zemí) dosažena za použití pěti VPC a dokonce za použití od jedné do tří VPC u poloviny nebo více nejprodávanějších 100 alb na CD v roce 2003 (s výjimkou Španělska). Krom toho jsou VPC poměrně transparentní, jelikož jsou uvedeny v katalogích velkých společností (body 76, 83, 90, 97 a 104 odůvodnění rozhodnutí).
- 120 Nicméně Komise zjistila dva druhy překážek použití VPC jako referenčních bodů pro tichou koordinaci čistých cen a jako prostředků kontroly dodržování této koordinace – přičemž jeden vyplývá z míry komplexnosti vlastních VPC, druhý vyplývá z komplexnosti a neprůhlednosti spojitostí mezi katalogovými cenami a čistými cenami.

Komplexnost a VPC

- 121 Co se týče VPC, alba na CD nepředstavují dokonale homogenní výrobek z důvodu rozdílnosti svého obsahu (bod 110 odůvodnění rozhodnutí). Přestože „prostor

nahraditelnosti“ přinejmenším umožňuje, aby na alba stejného žánru bylo nahlíženo tak, že patří na stejný výrobní trh (body 9 až 13 a 110 odůvodnění rozhodnutí), jsou alba na CD i nadále různými heterogenními výrobky. Proto, přestože jsou tvorba cen a marketing alb na CD poměrně standardizovány na velkoobchodní úrovni (aspekty standardizace tvorby velkoobchodních cen spočívají: ve třech velkých cenových kategoriích, ve standardizovaném počtu VPC každé velké nahrávací společnosti, ve skutečnosti, že obvyklé slevy stanovené každoročně pro každého zákazníka a dohodnutá sazba při vrácení neprodaných nahrávek jsou obecně určovány v závislosti na omezeném množství parametrů), mají jednotlivá alba různé míry očekávaného nebo skutečného úspěchu, což ovlivňuje stanovení původní VPC při vydání alba a její další vývoj.

122 Navíc nepředvídatelnost úspěchu zavazuje snad každou velkou nahrávací společnost, která si přeje detailně kontrolovat celkové dodržování koordinace čistých cen ostatními velkými společnostmi, aby sledovala VPC více než 80 alb vyrobených jejími soutěžiteli každý rok v dané zemi (nebo více než 60 alb tohoto druhu ročně po uskutečnění spojení podniků, jelikož 20 nejprodávějších alb každé velké nahrávací společnosti představuje nejméně 30 % a v mnohých případech i více než 50 % jejího celkového prodeje) (bod 111 odůvodnění rozhodnutí). Nahrávací společnost, která si přeje mít úplnější představu o trhu, musí značně posílit sledování trhu, neboť 100 nejprodávějších alb každé velké nahrávací společnosti každý rok obvykle pokrývá mezi 70 a 80 % jejího celkového prodeje hudby (bod 71 odůvodnění rozhodnutí) a tato vyčerpávající studie vyžaduje sledování téměř 400 alb. Účastnice spojení podniků předložily důkazy prokazující, že se soubor VPC odpovídající jejich 20 nejlepším albům často podstatně měnil mezi jednotlivými čtvrtletími (viz přílohu B.3). Přestože týdenní žebříčky napomáhají takovému sledování tím, že na nich „prorážejí“ tituly, ze kterých se stávají „hity“ (bod 112 odůvodnění rozhodnutí), problém jimi není vyřešen.

123 Pokud jde o zjištění uvedené v rozhodnutí, podle kterého „určité okolnosti ukazují na to, že VPC by mohly být použity jako základ pro vyrovnání cen velkých nahrávacích společností“, Komise zdůrazňuje, že se nejedná o konečné zjištění. Přestože Komise zjistila, že se sledování katalogových cenjevilo jako možné, rozdíl

v použití různých VPC uvedených v příloze B.3 žalobní odpovědi podle Komise ukazují, že takové sledování spojené se snahou objevit jednání v oblasti slev je přinejmenším velmi nákladné, co se týče zdrojů.

Vyrovnaní a komplexnost slev

124 V pěti velkých členských státech Komise zjistila úzkou spojitost mezi vývojem průměrných hrubých cen a reálných průměrných čistých cen společností Sony a BMG během šestiletého období s velmi stabilním poměrem čistých cen a hrubých cen v čase a za všechna alba dohromady (body 77, 84, 91, 98 a 105 odůvodnění rozhodnutí). Nicméně stabilní spojitost mezi průměrnými hrubými cenami a čistými cenami (tzn. průměrná sleva) každé účastnice spojení podniků u všech alb v dané zemi nevyhnutelně ruší účinky různých druhů slev na fakturu (obvyklých nebo propagačních), rozdíly mezi slevami na fakturu (obvyklými nebo propagačními) poskytovanými různým zákazníkům a rozdíly mezi slevami na fakturu (v podstatě propagačními) poskytovanými na jednotlivá alba. Závěr ohledně stabilního poměru mezi průměrnými čistými cenami a hrubými cenami musí být rovněž kvalifikován v důsledku metodologických omezení analýzy. V tomto ohledu Komise upřesňuje jednak, že byly zohledněny pouze údaje společností Sony a BMG, neboť ostatní velké společnosti uvedly, že si účtují pouze čisté ceny, a jednak, že účastnice spojení podniků, aby vyřešily problém spojený se skutečností, že dané album může mít několik VPC během jednoho roku, uvedly jedinou hrubou cenu u každého alba, která odpovídá VPC, za kterou bylo album během dotčeného roku nejvíce prodáváno (hrubý prodej alba tedy byl vypočítán pouze jako součin VPC a počtu prodaných alb). Hrubá cena zaznamenaná pro každé album a používaná k výpočtu průměrné hrubé ceny každé velké nahrávací společnosti je tedy přibližná.

125 Navíc stabilní poměr mezi průměrnými hrubými a průměrnými čistými cenami podle Komise nestačí k prokázání existence minulé nebo pravděpodobné budoucí koordinace, pokud chybí prokazatelný mechanismus, který by velkým společností

umožnil kontrolovat vznik této spojitosti mezi hrubými a čistými cenami na základě řady jednotlivých rozhodnutí o stanovení cen. Komise nenalezla dostatečné důkazy o existenci takového mechanismu.

126 Komise nejprve zjistila, že slevy na fakturu (obvyklé a propagační slevy) společností Sony a BMG byly zdaleka nejdůležitějšími slevami v každém z velkých členských států (kromě případu BMG ve Francii). Velkorysé výše slev na fakturu uplatňované účastnicemi spojení podniků se v určité míře lišily, když byly vyjádřeny jako podíl celkového hrubého prodeje účastnic spojení podniků jejich 20 nejlepším zákazníkům v uvedených členských státech (rozdíl mezi těmito výšemi byl [důvěrné] procentních bodů jejich celkového hrubého prodeje v Itálii, [důvěrné] procentních bodů ve Spojeném království a Španělsku, [důvěrné] procentních bodů v Německu a [důvěrné] procentních bodů ve Francii).

127 Krom toho nenalezla Komise důkazy o tom, že by slevy na fakturu u jednotlivých zákazníků byly mezi účastnicemi spojení podniků dostatečně vyrovnány na to, aby bylo možno dospět k závěru, že existovala koordinace a transparentnost. Body 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí uvádějí rozdíly mezi celkovými slevami na fakturu obou účastnic spojení podniků na úrovni jednotlivých zákazníků vyjádřené jako podíl hrubého prodeje každému z těchto zákazníků. Komise zjistila, že průměrné slevy na fakturu poskytované účastnicemi spojení podniků každému z jejich deseti nejlepších společných zákazníků ve velkých členských státech, vyjma Francie, v období mezi 2000 a 2003, se lišily o 2 až 5 % (Spojené království, Německo, Španělsko) nebo od 1 do 3 % (Itálie). Ve Spojeném království, Německu a Španělsku doznaly průměrné roční slevy obou účastnic spojení podniků pro určité z jejich důležitých zákazníků v určitých letech odchylky vyšší než 5 % jejich příslušného hrubého prodeje uvedeným zákazníkům. Ve Francii (bod 86 odůvodnění rozhodnutí) doznaly průměrné slevy na fakturu poskytované účastnicemi spojení podniků každému z jejich 15 nejlepších společných zákazníků značnějších rozdílů, které mohly dosáhnout 10 %. Vzhledem k důležitosti zpětných slev

a „smluvních slev“ společnosti BMG ve Francii přezkoumala Komise rovněž celkové slevy. Mezi účastnicemi spojení podniků zjistila rozdíly, které v roce 2003 mohly dosáhnout 3 % v uvedené skupině zákazníků a okolo 5 % u tří z těchto zákazníků. Ve všech velkých členských státech je toto kolísání v podstatě způsobeno propagačními slevami.

128 Komise rovněž zohlednila (body 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí) informace ze všech velkých členských států, které ukazují na to, že mezi slevami poskytovanými oběma účastnicemi spojení podniků byly trojí rozdíly (tyto závěry se opírají o údaje uvedené v přílohách B.A až B.14):

- pro daného zákazníka se slevy lišily v čase;

- pro daného zákazníka se slevy lišily podle jednotlivého alba;

- pro dané album se slevy lišily podle jednotlivého zákazníka.

129 Přestože příloha B.4, která se skládá z diagramů připojených k oznámení námitek a která uvádí průměrné slevy na fakturu poskytnuté účastnicemi spojení podniků každému z jejich deseti nejlepších společných maloobchodníků (tzn. za každý rok podíl celkové slevy na fakturu poskytnuté danému zákazníkovi a celkového hrubého prodeje tomuto zákazníkovi) ve Spojeném království, Německu, Itálii a Španělsku v období mezi 2000 a 2003, ukazuje na celkovou stabilitu slev v čase (bod 88 oznámení námitek), účastnice spojení podniků však na základě stejných diagramů uplatnily, že se jejich zacházení s určitými zákazníky ve Spojeném království, Německu a Španělsku značně lišilo (viz příloha B.5, odpověď na oznámení námitek, bod 4.21).

130 Pokud jde o vyjádření žalobkyně, podle kterého „není zdaleka jasné, zda rozdíly mezi slevami získanými deseti největšími zákazníky vyjadřují spíše rozdíly v zacházení než rozdíly ve výsledcích portfolií každé z účastnic spojení podniků“, Komise poukazuje na to, že, není-li to zdaleka jasné ani pro pozorovatele s přístupem ke všem údajům, je obtížné si představit, jak by velké společnosti za podmínek tiché koordinace a jasně neúplných informací o trhu mohly vyloučit „vzájemné ovlivňování“ způsobené složením portfolia, aby mohly mít přesnou představu o jednání nebo výchozí politice v oblasti slev.

131 Příloha B.6 žalobní odpovědi, která uvádí důkazy předložené účastnicemi spojení podniků pokrývající období 5 let, ukazuje v každém z pěti velkých členských států, někdy ve velmi širokém rozmezí, rozdíly ve slevách na fakturu poskytovaných každou účastnicí spojení podniků svým deseti nejlepším zákazníkům za 20 nejlepších alb na CD během daného roku, které představují důležitou část celkového obratu velkých společností, takže pozorovatelné a rovné zacházení na úrovni VPC a slev představuje jeden ze základních prvků případné koordinace čistých cen. Každá tabulka podle Komise ve vztahu k dané nahrávací společnosti v dané zemi zároveň naznačuje, že určití zákazníci získali velmi rozdílné slevy během daného roku nebo během určitého počtu let na uvedená nejprodávanější alba a že existují značné rozdíly mezi nejvyššími a nejnižšími slevami poskytovanými různým zákazníkům během daného roku, dokonce i zákazníkům patřícím do též kategorie (například velkoobchodníci, specializovaní maloobchodníci, supermarkety).

132 Krom toho srovnání tabulek uvedené přílohy u společností Sony a BMG a v jakémkoliv zemi podle Komise dovoluje učinit závěr, že slevy poskytované každou z nich jakémukoliv zákazníkovi za jakýkoliv rok se často značně lišily, co se týče jak výše nejvyšších a nejnižších slev během uvedeného období, tak rozdílu mezi těmito částkami.

- 133 Komise zpochybňuje relevanci závěru žalobkyně, podle kterého tabulky vykazují „zajímavé pravidelnosti“, a poukazuje na to, že jakákoliv taková „pravidelnost“ neubírá nijak na důležitosti rozdílu ve slevách jako důkazu o komplexnosti a neprůhlednosti stanovení čistých cen.
- 134 Příloha B.8, která rozepisuje do pásem slevy poskytnuté účastnicemi spojení podniků na jejich 20 nejlepších alb na CD mezi roky 1998 a 2003 v pěti velkých členských státech, umožnila Komisi ověřit, jaký byl podíl prodeje jejich příslušných 20 nejlepších alb na CD ve vztahu k veškerým zákazníkům dosažený každou ze dvou velkých společností prostřednictvím dané slevy (vyjádřeno v úzkých pásmech 2,5 %) ve vztahu ke katalogovým cenám dotčených alb. Obecněji, svislý sloupec odpovídající každému roku této tabulky ukazuje, že bez ohledu na rok či zemi ani jedna z uvedených velkých společností nesledovala jednotný postup v oblasti slev, ani pro tento omezený výběr jejich nejprodávanějších alb. Vodorovné řádky odpovídající různým úzkým pásmům slev rovněž ukazují, že se příslušná jednání dvou účastnic spojení podniků v oblasti slev lišily v čase, mezi jednotlivými roky.
- 135 Krom toho jedna z příloh žalobní odpovědi (příloha B.9) ukazuje, že rozdělení slev poskytnutých společnostmi Sony a BMG na jejich 20 nejlepších alb v roce 2003 bylo citelně rozdílné.
- 136 Vyjádření žalobkyně, podle kterého rozdíly v rozpětí slev nevylučují, že se slevy zakládají na známém souboru pravidel, podle Komise spočívá na nesprávné domněnce, že skutečnost, že je znám soubor pravidel, postačí k tomu, aby všechny velké společnosti měly jistotu, že uvedená pravidla budou dodržována.

- 137 Komise poukazuje na to, že korelační analýza provedená žalobkyní v příloze D.3 se týká slev jediné účastnice v čase, a nikoliv vyrovnání mezi účastnicemi spojení podniků. Mimoto, i kdyby uvedená analýza ukazovala, že struktury slev každé účastnice spojení podniků byly poměrně stabilní v čase i přes změny v kombinaci obchodních činností, potvrzuje to ve skutečnosti argument Komise, podle kterého může výše průměrných čistých cen skrýt značné kolísání na úrovni alb nebo zákazníků. Konečně oproti tomu, co tvrdí žalobkyně, úzké rozpětí slev (2,5 %) v diagramech ve skutečnosti snižuje citlivost analýzy ve vztahu k malým změnám ve slevách.
- 138 Krom toho se Komise domnívá, že vyjádření žalobkyně k některým diagramům, podle kterých tyto diagramy ukazují spíše stabilitu slev nebo vysoký korelační faktor mezi účastnicemi spojení podniků, nejsou opodstatněná.
- 139 Příloha B.10, která u pěti velkých členských států ukazuje rozdělení čistých cen mezi pěti hlavními zákazníky každé z obou účastnic spojení podniků, podle Komise ukazuje, že:
- rozdělení čistých cen se silně liší mezi uvedenými dvěma velkými společnostmi, jak obecně, tak ve vztahu ke konkrétním zákazníkům;
 - způsob, jakým se rozdělují nákupy různých zákazníků u dané nahrávací společnosti do různých pásem čistých cen, je velmi proměnlivý. To platí i pro zákazníky patřící do stejné kategorie (jako velkoobchodníci, specializovaní maloobchodníci, supermarkety), pokud je v tabulce uveden více než jeden zákazník dané kategorie.

- 140 Komise souhlasí s žalobkyní, že rozdíly v rozdělení čistých cen placených důležitými zákazníky různým velkým společnostem mohou být způsobeny rozdíly v nákupních zvyklostech a sortimentu výrobků nahrávací společnosti. Tyto rozdíly však vůbec neztrácejí relevanci. Ve skutečnosti, i kdyby velká nahrávací společnost byla způsobilá objevit rozdílné čisté ceny placené společným zákazníkem za různá alba jiné velké nahrávací společnosti (což se podle důkazů, které jsou k dispozici, nezdá být pravděpodobné), by nemohla uvedená společnost určit, zda tyto ceny odrážejí přijetí nutně komplexních pravidel, jak navrhuje žalobkyně, nebo odchylku od těchto pravidel, aniž by měla přinejmenším mnohem více informací o albech, ke kterým se uvedené ceny vztahují.
- 141 Mimoto, pokud by sortiment výrobků a rozdílné míry úspěchu měly vysvětlit veškeré vážené rozdíly v rozdělení cen uvedené v této příloze nebo většinu těchto rozdílů, ukázaly by podle Komise rovněž bezvýznamnost jakéhokoliv pokusu o koordinaci založenou na veškerých průměrných čistých cenách, jak navrhuje žalobkyně.
- 142 Komise zpochybňuje relevanci skutečností uváděných žalobkyní jako důkaz, že dokumenty připojené k žalobní odpovědi neprokazují významné rozdíly v cenách.
- 143 Mimoto má Komise rovněž k dispozici důkazy týkající se VPC vyšší cenové kategorie (viz přílohu B.11), které ukazují na to, že určití velmi důležití zákazníci jedné z obou účastnic spojení podniků jednotlivě zaplatili uvedené nahrávací společnosti během jednoho roku (2003) rozdílné čisté ceny (jinak řečeno získali rozdílné slevy) za alba, která měla stejnou VPC. Rozdíl mezi nejvyšší a nejnižší čistou cenou zaplacenou za alba se stanovenou VPC je často podstatný.

144 Z důkazů předložených společnostmi BMG (viz přílohu B.12) týkajících se části celkové průměrné slevy poskytnuté každému z jejích deseti nejlepších zákazníků podle Komise vyplývá, že v jedné zemi (země E) průměrné propagační slevy zákazníkovi kolísaly mezi zhruba 8,5 % a 13 % a značně převyšovaly průměrné obvyklé slevy (které se pohybovaly od 3 do 10 %) pro téměř všechny zákazníky, zatímco v jiné zemi (země C) průměrná propagační sleva (kolísající mezi 2 až 5 %) představovala okolo poloviny nebo více nejvyšší obecně uplatňované slevy, tzn. s výjimkou zvláštní velkoobchodní slevy. Ve třech ostatních zemích (země B, země D a země A) doznala výše průměrných propagačních slev značné rozdíly mezi jednotlivými zákazníky, když kolísala mezi 0,5 a 12,5 %; 0,5 a 13 %; a kolem 2,5 a 14,5 %. V těchto třech zemích přesáhly průměrné propagační slevy pro jednoho z nejlepších zákazníků průměrné obvyklé slevy, zatímco pro ostatní byly o mnoho nižší.

145 Oproti tomu, co tvrdí žalobkyně, skutečnost, že každá z uvedených příloh pouze ukazuje rozdíly v čistých cenách nebo slevách jedné z oznamujících účastnic spojení, neznamená, že tyto přílohy nemají relevanci. Skutečnost, že se slevy jediné velké nahrávací společnosti liší podle zákazníků (včetně zákazníků stejného druhu, u nichž je možno očekávat zájem na stejných částech sortimentu výrobků), ve skutečnosti ukazuje na to, že, ačkoliv musí soutěžitel získat znalost slev poskytovaných uvedenou velkou nahrávací společností zákazníkovi, nemůže být tato znalost vztažena na obecná jednání uvedené nahrávací společnosti v oblasti slev. Mimoto podmínky provádění koordinace zahrnující jak jednotlivé zákazníky, tak jednotlivé druhy zákazníků jsou mnohem komplexnější.

146 Komise rovněž obdržela „svědecká prohlášení“ prokazující, že táž nahrávací společnost poskytuje propagační slevy jak na svá přední alba, tak na tituly v katalogu (příloha B.2).

147 To je podle Komise potvrzeno přílohou B.13 skládající se z diagramů předložených účastnicemi spojení podniků a ukazujících ve vztahu ke každé z pěti velkých zemí slevy na fakturu poskytnuté každou z účastnic spojení podniků jejich nejlepším

společným zákazníkům na nejprodávanější alba v roce 2002 s velmi podobnými VPC ve vyšší cenové kategorii. Komise připomíná, že u každé nahrávací společnosti a každého zákazníka by obvyklá sleva měla být stabilní u všech alb daného roku, a vyvozuje z toho, že rozdíly ve slevě na fakturu poskytnuté velkou nahrávací společností danému zákazníkovi na různá alba stejné VPC musí být způsobeny propagačními slevami poskytnutými v daném okamžiku na dotčená přední alba. Diagramy prozrazují takové rozdíly v účtovacích postupech každé oznamující nahrávací společnosti ve všech dotčených zemích, přinejmenším ve vztahu k určitým zákazníkům.

148 Komise zdůrazňuje, že jí žalobkyně vytýká, že nepřezkoumala „určité prosté zásady, podle kterých by se rozlišovala alba stejné referenční ceny a které by mohly vysvětlit rozdíly ve výši propagačních slev“, ale že při jejich popisu uvedla šest kritérií, která, ač jsou v zásadě vzájemně slučitelná, by způsobila silné zvýšení počtu kombinací pravidel s potenciálním uplatněním pouze na propagační slevy. Podle Komise žalobkyně navíc neprovedla žádný pokus o jejich kvantifikaci, ačkoliv je tato kvantifikace zásadní, pokud mají podmínky provádění koordinace v oblasti cen umožnit s přiměřenou mírou přesnosti předpovědět výši slevy na daný titul během dané propagační akce – a samozřejmě prokázat, zda skutečné slevy jsou v souladu s těmito pravidly nebo se od společných zásad tvorby cen odchylují.

149 Rozdíly v propagačních slevách vyplývají z určitého množství příkladů. Různé druhy zákazníků získaly slevy na alba patřící do stejného hudebního žánru v různých výších; různí zákazníci získali rozdílné slevy na totéž album; tentýž zákazník získal rozdílné slevy na rozdílná alba; tentýž zákazník získal na určité album slevy omezené v čase.

150 Konečně obecný závěr Komise, podle kterého existují „určité rozdíly ve výši slev uplatňovaných velkými nahrávacími společnostmi“ na velkých trzích (body 78, 85, 92, 99 a 106 odůvodnění rozhodnutí), je rovněž potvrzen důkazy hospodářské

povahy, které se týkají slev pěti velkých společností. Na základě informací získaných Komisí u uvedených pěti velkých společností týkajících se jejich slev na fakturu v roce 2003, ekonomičtí experti účastnic spojení podniků dospěli ve studii RBB k následujícímu závěru:

„Srovnáváme rovněž rozdělení slev na fakturu poskytnutých účastnicemi A, B, C, D a E v každé z pěti hlavních zemí v roce 2003. Analýza prokazuje významné rozdíly v rozdělení slev tohoto druhu poskytnutých velkými společnostmi. To potvrzuje, že jejich cenové politiky nejsou v současné době vyrovnány.“

Transparentnost slev

- 151 Rozhodnutí podle Komise zdůrazňuje, že podle několika zákazníků ve velkých členských státech měly velké společnosti „jistou znalost“ obvyklých slev (stabilnějších) uplatňovaných jejich soutěžiteli (viz poznámky pod čarou 45, 49, 52, 55 a 57 rozhodnutí). Tato otázka byla hojně diskutována při slyšení uspořádaném Komisí. Účastnice spojení podniků uplatnily, že určitý počet kladných odpovědí se týká pouze VPC nebo nerozlišují mezi VPC a slevami. Pouze pět odpovědí (z Belgie, Francie a Itálie) z celkových 36 dostupných odpovědí přicházejících ze všech zemí výslovně poukázalo na to, že existuje určitá transparentnost slev; opačné hledisko bylo zastáváno v 11 odpovědích. Na základě odpovědí maloobchodníků, „svědeckých prohlášení“ řídicích pracovníků společností Sony a BMG v členských státech (viz relevantní pasáže z přílohy B.2) a neexistence informací o slevách v monitorovacích zprávách obchodních zástupců, které jí byly předány (viz přílohu B.15), dospěla Komise k závěru, že pokud několik maloobchodníků u velkých společností pozorovalo určitou znalost cenové politiky jiných velkých nahrávacích společností, mohla se tato znalost týkat VPC, které byly poměrně transparentní, a v určité míře obvyklých slev, o kterých se vyjednává každoročně, ale zřejmě se nevztahovala na propagační slevy, o kterých se vyjednává případ od případu. Vztahy mezi velkými

společnostmi a stabilní zákaznickou základnou (bod 112 odůvodnění rozhodnutí) mohou umožnit získání určitých informací o ročních slevách, ale nezdá se, že by prospívaly transparentnosti, co se týče krátkodobých propagačních akcí.

- 152 Komise zjistila, že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy a že jejich sledování by vyžadovalo podrobné pozorování slev na maloobchodním trhu (body 80, 87, 94, 101 a 108 odůvodnění rozhodnutí). Systém týdenních zpráv zpracovávaných prodejními složkami společností Sony a BMG (zahrnující vyjádření týkající se soutěžitelů) nicméně podle Komise nedosahuje vyžadovaný stupeň transparentnosti v oblasti uvedených slev. Komise zejména nenalezla dostatečné důkazy na to, aby prokázala, že by sledování maloobchodních cen nebo kontakty s maloobchodníky umožnily velkým společnostem zmírnit nedostatek transparentnosti slev, zejména propagačních slev.
- 153 Monitorovací zprávy trhu předložené účastnicemi spojení podniků uvedené v příloze B.15 podle Komise neobsahují takové podrobné informace o slevách soutěžitelů, které by umožnily účinné sledování čistých cen stanovených u jednotlivých alb pro různé zákazníky. Mimoto v ostatních zemích jsou tyto zprávy ještě stručnější nebo dokonce neexistují. Zejména zástupci společnosti BMG předložili pouze formální monitorovací zprávy ve Francii a Rakousku.
- 154 Přestože Komise souhlasí, že nemůže snadno dokázat, že neexistuje mechanismus tvorby cen skládající se ze souboru obecných pravidel, poukazuje na to, že se žalobkyně nepokusila poskytnout jasný důkaz o tom, jak je taková metoda stanovení cen koncipována a pak použita na nesčetné množství jednotlivých smluv, ani jak je zajišťováno její dodržování.
- 155 Komise vyjadřuje svoje překvapení mimo jiné nad tím, že žalobkyně za účelem prokázání existence společného dominantního postavení přímo zpochybňuje nezbytnost sledování.

- 156 Závěr Komise ohledně neúčinnosti sledování maloobchodního prodeje se rovněž zakládá na komplexnosti a netransparentnosti stanovení maloobchodních cen. Studie předložená účastnicemi spojení podniků (příloha B.17) ukazuje, že existují velké rozdíly mezi maloobchodními cenami uplatňovanými hlavními maloobchodníky u srovnatelných alb na CD v každé velké cenové kategorii (vyšší ceny, střední ceny, nižší ceny) a že tvorba maloobchodních cen je stejně komplexní jako u velkoobchodních cen. Krom toho u daného alba z výběru pěti nejprodávanějších se maloobchodní ceny často současně liší jak u kteréhokoliv maloobchodníka v čase, tak ještě znatelněji v kterémkoliv okamžiku podle jednotlivého maloobchodníka.
- 157 Důkazy (uvedené v příloze B.17, oddíl 2) podle Komise prokazují, že intenzivní sledování vývoje maloobchodních cen stanovených každým maloobchodníkem u každého důležitého alba velkými společnostmi neumožňuje velké nahrávací společnosti u daného alba vyvodit metody stanovení čistých cen (VPC snížena o slevu na fakturu) jejich hlavních soutěžitelů. Ne všichni maloobchodníci totiž v daném okamžiku systematicky uplatňují totéž zvýšení velkoobchodní ceny, ať již na všechny kategorie alb, nebo dokonce na všechna alba v omezenější vyšší cenové kategorii (tabulka 2.1).
- 158 Konečně, Komise nezjistila žádnou prokazatelnou spojitost mezi maloobchodními cenami a slevami na fakturu poskytnutými na alba stejné VPC. Studie předložená účastnicemi spojení podniků naopak naznačuje, že jak u alb vyšší cenové kategorie tak u jiných alb neměly rozdíly v maloobchodních cenách u daného alba v daném okamžiku na různých maloobchodních prodejních místech žádnou konkrétní spojitost se slevami na fakturu poskytnutými uvedeným maloobchodníkům na uvedené album (tabulka 3.1).
- 159 Velká nahrávací společnost při tak rozdílných a nepředvídatelných metodách stanovení maloobchodních cen nemůže s jistotou dospět k závěru, že daný maloobchodník uplatní u rovnocenných alb ostatních velkých nahrávacích společností tutéž výši nebo tutéž metodu stanovení marže, jako u jejích vlastních alb, a nemohla si tak učinit spolehlivý úsudek o čistých cenách soutěžitelů, ani u daného alba, ani obecně, na základě poměru maloobchodní a velkoobchodní ceny

uplatněného daným maloobchodníkem na její vlastní alba, ať jsou posuzována jednotlivě, nebo celkově.

160 Komise zdůrazňuje, že tvrzení žalobkyně, podle kterého „je překvapující, že neexistuje řádně definovaný a systémový poměr mezi průměrnými maloobchodními cenami alb určené kategorie prodaných určenému maloobchodníku a jejich skutečnými velkoobchodními cenami u dostatečně velkého množství titulů a během přiměřeně dlouhého období“, není podepřeno žádným důkazem. Dostatečně vysoký stupeň agregace u všech alb a v čase skrývá rozdíly na úrovni jednotlivých titulů – které mají často vysoké míry prodeje – kterými se tichá koordinace v oblasti cen nutně musí zabývat. Velká nahrávací společnost podle Komise nemůže na základě poměru maloobchodní a velkoobchodní ceny vlastních alb – které, jak žalobkyně zdůrazňuje ve svých vyjádřeních, představují v jakémkoliv okamžiku konkrétní sortiment výrobků – spolehlivě zjistit, zda tento poměr platí rovněž pro ostatní velké společnosti.

161 Komise uplatňuje, že kritika žalobkyně směřovaná vůči studii RBB a vůči Komisi, která údajně tuto studii opomněla předložit subjektům na trhu, se omezuje na určité množství nepodložených tvrzení.

Strukturální vazby

162 Co se týče kompilací, účastnice spojení podniků podle Komise prokázaly, že společníci společného podniku pouze získávají údaj o průměrné výši slevy (bez rozpisu podle druhu slevy nebo podle zákazníka) na prodej dotčené kompilace. Vzhledem k rozdílům pozorovaným v postupech v oblasti slev podle alb, podle zákazníků a v čase, k výši propagačních slev a pravděpodobným rozdílům propagačních slev mezi kompilacemi a alby nemohou kompilace zajistit nezbytnou transparentnost, a tedy nejsou relevantní v rámci analýzy Komise.

- 163 Stejně tak distribuční nebo licenční dohody podle Komise zřídka zahrnují více než dvě velké společnosti, a tedy nepředstavují vhodnou cestu pro vícestrannou výměnu velmi komplexních informací o metodách stanovení čistých cen všech velkých společností, které jsou pro tichou koordinaci na tomto základě nezbytné. Konečně, jelikož jsou vyjednávání ohledně poplatků v oblasti vydávání hudby společná a pořádají se mezi vnitrostátními sdruženími nahrávacích společností (velké společnosti a nezávislé společnosti) a vnitrostátními sdruženími pro vybírání poplatků (zastupující vydavatele a umělce) a netýkají se tvorby cen hudebních nahrávek, Komise dospěla k závěru, že nejsou v rámci analýzy transparentnosti relevantní.

Odvetná opatření

- 164 Z bodů 114 a 118 odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že se Komise nepokusila ověřit existenci případných účinných odvetných mechanismů (odhalila určité množství potenciálních věrohodných mechanismů), ale především se spíše pokoušela zjistit, zda paralelnost a stabilita slev, které byly pozorovány na určitých velmi obecných úrovních analýzy, mohou být i přes komplexnost jednotlivých rozhodnutí o stanovení čistých cen, rozptýlení jednotlivých čistých cen do více dimenzí a i přes zjevný nedostatek dostatečné transparentnosti způsobeny tichou koordinací. Zjevné důkazy o odvetných opatřeních uplatněných ostatními velkými společnostmi v reakci na „odchýlení se“ od obvyklých výší průměrných čistých cen nebo průměrných slev na fakturu mohly být ukazatelem (třebaže nikoliv rozhodujícím) existence koordinace. Neexistence důkazů o odvetných opatřeních ve formě obecného využití zvýšené hospodářské soutěže v oblasti cen nebo kompilací, hudby on-line nebo vydávání hudby může být podle Komise považována za „negativní“ ukazatel toho, že celkově pozorovaná míra vyrovnávání není výsledkem tiché koordinace.
- 165 Co se týče obecnější otázky, zda existují dostatečně účinné odvetné mechanismy, které by zajistily dlouhodobou koordinaci na trhu s hudebními nahrávkami, Komise zjevně považovala případné vyloučení podniku, který se odchyluje, z kompilací nebo

případné zamítnutí spoluúčasti na jeho vlastních kompilacích (kromě návratu k hospodářské soutěži v oblasti cen) za potenciální metodu, která si zaslouží největší pozornost. Okolnosti uvedené Komisí v bodech 116 a 117 odůvodnění rozhodnutí nejsou rozhodující. Na jednu stranu velké společnosti skutečně disponují sítí společných podniků pro kompilace (bod 116 odůvodnění rozhodnutí) a tato alba představují důležitou část trhu s hudebními nahrávkami (mezi 15 a 20 %) a většinou dosahují značného prodeje (bod 115 odůvodnění rozhodnutí). Na druhou stranu směsice umělců patřící k různým nahrávacím společnostem se zdá být klíčovým faktorem takového úspěchu (bod 115 odůvodnění rozhodnutí), přičemž kompilace se zapojením dvou nebo tří velkých společností jsou zdaleka nejuspěšnější (bod 116 odůvodnění rozhodnutí). To podle Komise nutně znamená, že použití odvetného mechanismu s sebou může nést ztrátu dodatečných příjmů, které mohou být dosaženy prostřednictvím kompilace se zapojením umělců podniku, který se odchyluje. Vzhledem k souboru těchto podněcujících i odrazujících okolností a při neexistenci důkazů, že odvetná opatření uvedené povahy byla v minulosti buď uplatněna, nebo použita jako hrozba, nebyla Komise schopna učinit závěr, zda mechanismus, který by „pro velké společnosti mohl obecně představovat účinné prostředky odplaty“, byl nebo bude dostatečně věrohodný, aby zajistil minulou nebo budoucí koordinaci.

c) Ostatní členské státy

¹⁶⁶ V ostatních, menších, členských státech byla většina celkového prodeje každé velké nahrávací společnosti (mezi 50 až 60 % a 90 až 100 %) dosažena za použití pěti VPC a (s výjimkou Rakouska) dvě VPC každé velké nahrávací společnosti odpovídaly mezi 30 až 40 % a 60 až 70 % celkového prodeje CD každé velké nahrávací společnosti v roce 2003.

¹⁶⁷ Krom toho slevy na fakturu podle Komise vykazovaly vysoké rozdíly mezi jednotlivými zákazníky u každé z účastnic spojení podniků. Nejmenší rozpětí mezi nejvyššími a nejnižšími průměrnými slevami poskytnutými jednou z účastnic spojení podniků jejím deseti nejlepším zákazníkům (pět z nich v Irsku) bylo 5,7 %, zatímco

rozpětí mezi nejvyššími a nejnižšími průměrnými slevami poskytnutými jednomu z deseti nejlepších zákazníků nebylo ani u jedné z obou oznamujících účastnic v žádné zemi menší než 10 %.

168 Komise zjistila (body 148 až 152 odůvodnění rozhodnutí) určité množství podobností mezi trhy malých zemí a pěti velkými trhy. Na základě důkazů předložených v souvislosti s malými zeměmi je podle Komise nemožné na uvedených trzích prokázat existenci skutečné tiché koordinace mezi velkými společnostmi.

2. Nesprávný výklad rozhodnutí v žalobě

169 Komise úvodem připomíná, že oznámení námitek je pouze přípravným aktem předběžné povahy (rozsudek Soudního dvora ze dne 11. listopadu 1981, *International Business Machines v. Komise*, 60/81, Recueil, s. 2639) a že nemá zvláštní povinnost uvést, proč se odchýlila od svého předběžného názoru. Nestačí, že žalobkyně poukazuje na to, že charakteristické rysy trhu se během období mezi oznámením námitek a přijetím rozhodnutí nezměnily. Ačkoliv to může být z objektivního hlediska z většiny pravda, jistě tomu tak není, pokud jde o rozsah znalosti a porozumění trhu Komisí. K zaujetí konečného stanoviska Komise řádně zohlednila podrobná vyjádření předložená účastnicemi spojení podniků jako odpověď na oznámení námitek.

170 Komise poukazuje na to, že žalobkyně v několika bodech podává zkreslený obraz rozhodnutí.

- 171 Nejprve ze všeho, rozhodnutí neuvádí, že velké společnosti vykazují „veškeré charakteristické rysy dominantní skupiny“.
- 172 Dále, rozhodnutí podle Komise neobsahuje zjištění, že by velké společnosti byly schopny udržovat vysoké ceny. Bod 56 odůvodnění rozhodnutí spíše uvádí, že se ceny snížily, ale méně znatelně, než tvrdily účastnice spojení podniků, a bod 58 odůvodnění rozhodnutí se týká pouze cen CD, které jsou vnímány jako vysoké.
- 173 Konečně, Komise v rozhodnutí nezjistila, že trh vykazuje všechny charakteristické rysy prospěšné pro tichou koordinaci. Zejména se v rozhodnutí netvrdí, že koordinace skutečně probíhá, ale nanejvýš že Komise objevila určité ukazatele ve prospěch koordinace (bod 109 odůvodnění rozhodnutí). Ačkoliv Komise v bodech 112 a 113 odůvodnění rozhodnutí zdůrazňuje určitou stabilitu zákaznické základny a existenci kontroly, nedomnívá se, že by tato kontrola byla dostatečná, aby zmírnila nedostatek transparentnosti slev, zejména propagačních slev.

3. K první části

a) K porušení povinnosti odůvodnění

- 174 Komise pokládá za užitečné vyložit obecné požadavky článku 253 ES před tím, než budou přezkoumány konkrétní argumenty uplatněné žalobkyní.

- 175 Zaprvé, Komise zdůrazňuje, že je důležité rozlišovat mezi údajnou neexistencí dostatečně jasného odůvodnění přijetí aktu a uvedením důvodů, které se zakládají na nesprávném skutkovém zjištění, nesprávném posouzení skutkového stavu nebo nesprávném právním posouzení, přičemž druhý případ se spíše týká věci samé než porušení podstatných formálních náležitostí a nepředstavuje porušení článku 253 ES (rozsudky Soudu ze dne 7. listopadu 1997, Cipeke v. Komise, T-84/96, Recueil, s. II-2081, body 46 a 47, a ze dne 14. května 1998, Buchmann v. Komise, T-295/94, Recueil, s. II-813, body 44 a 45).
- 176 Zadruhé Komise připomíná, že podle ustálené judikatury musí být odůvodnění vyžadované článkem 253 ES přizpůsobeno povaze dotčeného aktu a musejí z něho jasně a jednoznačně vyplývat úvahy orgánu a že Komise nemá povinnost vyjádřit se ke všem skutkovým a právním aspektům vneseným každou zúčastněnou osobou během správního řízení, ale musí přihlídnout k souvislostem, jakož i k souboru právních pravidel, které dotčenou oblast upravují.
- 177 Mezi relevantní faktory, co se týče souvislostí, patří podle Komise rozsah předběžné znalosti úvah nebo relevantních skutkových okolností ze strany osob dotčených aktem, přičemž se rozumí, že znalost odvětví může být očekávána od určitých osob nebo může být získána silnou účastí dotčených osob na řízení vedoucím k přijetí aktu nebo na souvisejícím řízení. Bylo rozhodnuto, že požadavek rychlosti v rámci kontroly spojování podniků je rovněž relevantní pro určení odpovídající povahy odůvodnění.
- 178 I když se na určité relevantní skutkové okolnosti vztahuje povinnost profesního tajemství stanovená v článku 287 ES, musí příslušný orgán nicméně dbát na to, aby podstatná část jeho odůvodnění byla oznámena dotčeným osobám.

179 Pokud není význam textu jasný při prvním čtení, článek 253 ES přesto není porušen, pokud nejednoznačnosti obsažené v odůvodnění mohou být odstraněny obvyklým výkladovým postupem.

180 Je třeba rovněž uvést, že Soudní dvůr měl za to, že „Komise nemá povinnost vysvětlit případné odchylky od svého oznámení námitek, které je přípravným dokumentem, jehož závěry mají čistě předběžnou povahu a sledují účel vymezit předmět správního řízení ve vztahu k podnikům, které se uvedeného řízení účastní“.

181 Konečně, pokud spojení podniků nemění soutěžní podmínky daného trhu nebo je mění jen ve velmi omezené míře, nelze po Komisi požadovat, aby předložila konkrétní odůvodnění této otázky. Komise neporuší svoji povinnost odůvodnění ani tehdy, pokud v rozhodnutí neuvede přesné odůvodnění, co se týče posouzení určitého množství aspektů spojení podniků, které se jí zdají být zjevně nevhodné, bez významu, nebo při tomto posuzování jasně podružné.

Homogennost výrobku

182 Co se týče výtky žalobkyně, že zjištění ohledně homogennosti výrobku není dostatečně odůvodněno, Komise tvrdí, že nezjistila, že „heterogennost obsahu by měla mít více váhy než homogennost formátu“, ale pouze dospěla k závěru, že tyto dva aspekty musí být vzaty v úvahu. Stejně tak skutečnost, že jsou mnohé aspekty procesu tvorby velkoobchodních prodejních cen CD standardizovány (použitím nejběžnějších VPC a obvyklých slev u každého zákazníka), není „vyvrácena“, ale spíše relativizována zmínkou o roli, kterou hraje úspěch při stanovení cen jednotlivých

alb. Krátce řečeno, alba na CD není možno srovnávat s barely ropy a možnost považovat několik alb na CD za součást téhož trhu (prostřednictvím „prostoru nahraditelnosti“) neznamená, že tato alba jsou dokonale homogenní ani z hlediska samotného výrobku, ani z hlediska procesu tvorby cen. Výsledkem je nikoliv „soubor navzájem si odporujících zjištění“, ale odraz komplexní reality.

Transparentnost

- 183 Žalobkyně podle Komise nemůže tvrdit, že neporozuměla napadenému rozhodnutí z důvodu, že Komise nevymezila, co rozumí pod pojmem „propagační slevy“, jelikož je odvětvovým sdružením, které se aktivně účastnilo diskuzí při slyšení pořádaném Komisí, a jelikož sama o sobě tvrdí, že je seznámena s fungováním uvedených slev. Rozhodnutí každopádně právně dostačujícím způsobem vysvětluje, čeho se různé druhy slev týkají (body 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 a 113 odůvodnění).
- 184 Stejně tak podle Komise žalobkyně nesprávně tvrdí, že se obecná analýza menších zemí provedená Komisí v bodě 148 a následujících odůvodnění týká pouze obvyklých slev. Komise v bodě 150 odůvodnění rozhodnutí pouze poukazuje na to, že obvyklé slevy jsou ve všech zemích nejdůležitější, ale dále analyzuje širší kategorii slev na fakturu (která zahrnuje obvyklé slevy a propagační slevy), jak již to provedla ve vztahu k jednotlivým zemím v bodech 119 až 146 odůvodnění. Tato analýza nebyla ani zmatečná, ani nejistá.
- 185 V rozhodnutí přikládá Komise velký význam propagačním slevám, neboť jsou to čisté ceny, které jsou důležité pro účinnou koordinaci. „[U]rčitá znalost“ obvyklých slev není dostatečná, pokud jsou propagační slevy příčinou tak silného kolísání slev

u některých zákazníků v čase a u jednotlivých alb jako kolísání zmíněného v bodech 79, 86, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí.

- 186 Komise přezkoumala slevy ostatních velkých společností, ale jelikož nemohla být tato čísla zpřístupněna oznamujícím účastníkům, nebylo možno je zahrnout do rozhodnutí. To ostatně nebylo ani nutné, neboť neprůhledná jednání v oblasti slev u obou velkých společností jsou dostatečnou překážkou účinného sledování čistých cen všemi velkými společnostmi. Mimoto se tvrzení žalobkyně ohledně tvorby cen uvedená v příloze A.17 sama zakládají na předpokladu, že všechny nahrávací společnosti stanovují své čisté ceny stejným způsobem.

Odrážející prostředky

- 187 Z rozhodnutí (zejména z bodu 114 odůvodnění) vyplývá, že Komise přezkoumala hrozbu použití nebo skutečné použití případných odvetných mechanismů v minulosti, aby dodatečně ověřila, zda je určitá míra vyrovnání cen na celkové úrovni způsobena tichou koordinací. Při neexistenci důkazů o jejich skutečném použití Komise nebyla schopna zaujmout konečné stanovisko ohledně dostatečnosti případných rozličných odvetných mechanismů, o kterých se rozhodnutí zmiňuje.

Protiváha na trhu

- 188 Jelikož jsou podmínky pro zjištění existence současného nebo budoucího společného dominantního postavení kumulativní, nepotřebovala Komise učinit závěr o protiváze soutěžitelů a spotřebitelů, a tudíž nemusela v tomto ohledu podat odůvodnění.

b) Ke zjevně nesprávnému posouzení a k nesprávnému právnímu posouzení

189 Jelikož se Komise domnívá, že se důvody pro zrušení vycházející ze zjevně nesprávného posouzení skutkového stavu a z nesprávného právního posouzení překrývají, přezkoumává tyto důvody společně.

190 Úvodem poukazuje Komise na dvě skutečnosti.

191 Jednak, co se týče argumentu, podle kterého nesmí Komise při hodnocení protikladných argumentů přiznat příliš váhy jednomu z nich, Komise připomíná, že při provádění komplexních hospodářských posouzení disponuje prostorem pro volné uvážení, a uplatňuje, že rozhodnutí je nicméně mimořádně vyvážené ve svých závěrech a že žalobkyně k této otázce mezi důkazy, kterými Komise disponuje, nezmiňuje žádný důkaz, kterému by podle ní bylo přiznáno příliš mnoho nebo příliš málo váhy.

192 Krom toho, co se týče tvrzení, podle kterého rozhodnutí, které na podporu svých závěrů neuvádí dostatečně podrobné důkazy o skutkovém stavu, je postiženo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení, Komise upřesňuje, že se v zásadě jedná o otázku odůvodnění, a tvrdí, že nemá povinnost ve svých rozhodnutích vysvětlit podrobnosti o důkazech, které vzala v úvahu a které jsou často objemné (a důvěrné). Podle Komise postačí, pokud jasně uvede obecný smysl důkazů, které přezkoumala, a důvody pro závěry, které z nich vyvodila, způsobem, aby umožnila zúčastněným osobám a zejména osobám, které mají znalost odvětví a již byly přímo zapojeny do správního řízení, udělat si vlastní názor na legalitu uvedených závěrů. V projednávaném případě jsou rozličné závěry o fungování trhů s hudebními nahrávkami uvedené v rozhodnutí podepřeny mnohými komplexními důkazy.

Homogennost výrobku

- 193 Podle Komise se žalobkyně mýlí, když tvrdí, že heterogennost obsahu není relevantní z důvodu, že ceny se stanovují na základě omezeného počtu referenčních cen. Referenční ceny se podle Komise ve skutečnosti týkají pouze katalogových cen alb, ale nikoliv slev na fakturu. Především propagační slevy se zejména u jednotlivých alb lišily.
- 194 Komise uplatňuje, že společné dominantní postavení může být obtížnější zjistit na trzích, které se vyznačují rozlišováním mezi výrobky, zejména když toto rozlišování „ztěžuje získávání informací na netransparentních trzích“ [viz Pokyny Komise pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 2004, C 31, s. 5; Zvl. vyd. 08/03, s. 10), bod 45].

Transparentnost

- 195 Před tím, než budou přezkoumána různá tvrzení žalobkyně, pokládá Komise za nezbytné poukázat na čtyři základní omyly obsažené v žalobě, dva omyly právní a koncepční povahy a dva omyly ve výkladu rozhodnutí.
- 196 V první řadě se žalobkyně dopouští základního koncepčního omylu, když předpokládá, že zjištění významné míry paralelnosti průměrných čistých cen velkých společností nebo zjištění významné míry stability v průměrných slevách dané nahrávací společnosti představuje dostatečný důkaz jak tiché koordinace tak

transparentnosti nutné k dlouhodobému zajištění uvedené koordinace za stanovených podmínek. Určitá celková míra vyrovnání nebo stability nemůže podle Komise nahradit důkazy, které by byly významné a navzájem se doplňovaly a svědčily by o existenci transparentnosti dostatečné k tomu, aby podniky v oligopolním postavení mohly vzájemně kontrolovat svá chování na trhu; při neexistenci důkazů o dostatečné transparentnosti nelze presumovat, že každý podnik v oligopolním postavení rozhodoval o svém chování na trhu s dostatečně přesnou znalostí chování svých soutěžitelů.

197 Zadruhé se žalobkyně dopouští základního právního omylu, když vytýká Komisi, že se opřela o důkazy týkající se slev, aniž by však zjistila, že uplatňované slevy vedly k významnému snížení cen, a když tvrdí, že hospodářská soutěž v oblasti slev je ve skutečnosti opravdu marginální. Toto tvrzení se nezakládá na skutkovém stavu: průměrné slevy na fakturu účastnic spojení podniků naopak představují vysoký podíl jejich průměrného hrubého prodeje (body 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 a 146 odůvodnění rozhodnutí) a u určitých zákazníků a alb byly slevy ještě vyšší (body 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí). Slevy tedy představují mimořádně důležitou složku v procesu tvorby cen a jsou zřejmě nejpravděpodobnějším a určitě nejméně transparentním prostředkem, jak velká společnost může podniknout „vysoce konkurenční jednání za účelem zvýšení svého tržního podílu (například snížení cen)“. Zájem Komise o transparentnost slev nemá přímo za cíl ověřit, zda velké společnosti v minulosti sledovaly hypotetický společný postup, ale zda samy podniky v oligopolním postavení takový společný postup mohly dlouhodobě sledovat (nebo by mohly dlouhodobě sledovat po spojení podniků) prostřednictvím odpovídajícího vzájemného dohledu. Proto podle Komise nebylo nutné prokázat, zda jedna nebo více velkých společností skutečně snížily své ceny ve vztahu k cenám ostatních prostřednictvím významných dodatečných slev.

198 Zatřetí se žalobkyně dopouští základního omylu ve výkladu rozhodnutí, když vytýká Komisi, že směřuje „dostatečnou transparentnost trhu“ ve věci, ve které byl vydán rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, s požadavkem úplné transparentnosti uplatněným v rozhodnutí. Rozhodnutí ve skutečnosti ustavičně zmiňuje „dosta-

tečnou míru transparentnosti“ (body 73, 80, 87, 94, 108 a 120 odůvodnění rozhodnutí). Žalobkyně mimoto opomíjí povahu studie provedené Komisí k systému tvorby cen. Komise přezkoumala složky čisté ceny jednotlivého alba prodaného jednotlivému zákazníkovi (VPC, obvyklá sleva, případná propagační sleva) a dospěla k závěru, že dostatečná míra transparentnosti všech složek je nutná k tomu, aby velká nahrávací společnost mohla mít přiměřenou míru jistoty, že zná skutečné metody stanovení čistých cen jiné nahrávací společnosti jak na úrovni zákazníků, tak i alb. Komise uplatňuje, že k takovému závěru nemohla dospět při existenci důkazů o relativní transparentnosti VPC, několika důkazů o určité míře transparentnosti obvyklých slev a jasných důkazů o neprůhledné a komplexní povaze propagačních slev.

199 Začtvrté se žalobkyně dopustila základního omylu ve výkladu, když tvrdila, že Komise zjistila, že VPC a průměrné čisté ceny měly paralelní vývoj. Toto tvrzení je nesprávné. Komise zjistila, že na každém z velkých trhů průměrné reálné hrubé ceny a průměrné reálné čisté ceny oznamujících účastnic měly paralelní vývoj (body 77, 84, 91, 98 a 105 odůvodnění rozhodnutí), ale nikoliv že průměrné slevy obou účastnic spojení podniků byly totožné (body 78, 85, 92 a 99 odůvodnění rozhodnutí a vyjádření týkající se přílohy B.6). Komise zdůrazňuje, že se slevy liší podle zákazníka, podle alba a v čase (body 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí a poznámky k výchozím důkazům). Dotčené důkazy neprokazují, že je daná VPC bez ohledu na uvedené proměnné systematicky snižována prostřednictvím pevné a předvídatelné slevy (viz zejména přílohu B.13).

200 Komise se dále domnívá, že je třeba v určitých případech poopravit nebo vyjasnit tvrzení žalobkyně:

— poměrně podobný vývoj cen velkých společností se odehrával v rozmezí obecně přesahující 10 % (viz například přílohu B.10);

- použití omezeného množství klíčových VPC jako základu je omezeno nutností sledovat každý rok nejméně přes 80 úspěšných alb s kolísajícími VPC;

- maloobchodní ceny jsou veřejné, a tudíž v zásadě sledovatelné, ale bylo by pro velké společnosti obtížné sledovat jejich nepřetržitý vývoj u každého jednotlivého maloobchodníka a v čase;

- neexistuje žádný důkaz o tom, že by monitorovací zprávy účastnic spojení podniků ohledně určitých trhů obsahovaly užitečné informace o čistých cenách soutěžitelů nebo o maloobchodních maržích;

- žalobkyně nepředkládá sebemenší důkazy na podporu svého tvrzení, že maloobchodní marže jsou transparentní a známé s vysokou mírou přesnosti; tomuto nepodloženému tvrzení odporují důkazy obsažené ve spisu (příloha B.17), které prokazují, že tvorba maloobchodních cen je komplexní a nepředvídatelná. Zjištění Komise, podle kterého by se citelné odchýlení se od cenové politiky prostřednictvím slev projevilo na průměrných čistých cenách velké nahrávací společnosti, nemá s uvedenou otázkou žádnou souvislost. Ve skutečnosti postrádá relevanci hned dvakrát: zaprvé se toto zjištění vztahuje k fenoménu, který, kdyby nastal, by Komise mohla sledovat pomocí svých vyšetřovacích pravomocí, ale který žádná velká nahrávací společnost posuzovaná jednotlivě nemohla vnímat, jelikož ani obecná výše slev velkých společností, ani jejich průměrné čisté ceny nejsou transparentní, a zadruhé, vzájemný vztah mezi obecnou výší slevy a průměrnými čistými cenami neříká nic o existenci pevné a transparentní spojitosti mezi maloobchodními a čistými velkoobchodními cenami;

- existuje jen málo spolehlivých důkazů ukazujících na to, že velké společnosti vzájemně a podrobně znají výše obvyklých a propagačních slev, a významných

důkazů o opaku, včetně objektivní komplexnosti propagačních slev, které se liší podle zákazníků, podle alb, jakož i v čase;

- Komise se v dostatečné míře zaměřila na slevy uplatňované účastnicemi spojení podniků, než dospěla k závěru ohledně neexistence dostatečné míry vzájemné transparentnosti mezi podniky v oligopolním postavení, která by byla nezbytná pro fungování tiché koordinace;

- spolupráce mezi určitými velkými společnostmi v oblasti kompilací a distribuce může sotva vést ke zpřístupnění dostatečných informací o jednotlivých komplexních rozhodnutích všech velkých společností v oblasti slev;

- žalobkyně nepředkládá žádný důkaz prokazující, že existuje významná míra převádění řídicích pracovníků mezi velkými společnostmi nebo že tato míra je vyšší než v jiných koncentrovaných odvětvích, nebo dále, že by znalost, kterou má řídicí pracovník o postupech v oblasti slev, které jsou komplexní a liší se u jednotlivých alb, a tedy mají omezenou „životnost“, v okamžiku, kdy opustí velkou nahrávací společnost, byla velmi dlouho užitečná nebo by dlouhodobě umožnila koordinaci mezi všemi velkými společnostmi;

- ačkoliv zveřejňované žebříčky usnadňují rozpoznání nejprodávanějších alb, jsou jen zřídka zdrojem informací o VPC, a nikdy o slevách;

- rozhodnutí není možno kritizovat pouze z důvodu, že se odchyluje od oznámení námitek.

- 201 Oproti tvrzení žalobkyně není „poměrně snadné“ určit výši slevy a pro propagační slevy je to ve skutečnosti prakticky nemožné. Tvrzení žalobkyně, že propagační slevy představují mezi čtvrtinou a třetinou hodnoty celkových slev, může být obecně přijato jako základ do diskuze, ale musí být kvalifikováno v několika ohledech.
- 202 Zaprvé se celková výše uvedených slev pravděpodobně liší u každé jednotlivé velké nahrávací společnosti, stejně jako výše slev obecně.
- 203 Zadruhé, průměrná čísla uvedená ve spisu ukazují na to, že propagační slevy představovaly v roce 1998 poměrně vyšší podíl slev na fakturu v několika zemích; slevy na fakturu jsou slevy, které mají největší okamžitý dopad na rozhodnutí zákazníka koupit si určité album.
- 204 Zatřetí, toto průměrné číslo přesně neodráží mimořádnou komplexnost a neprůhlednost rozdělení propagačních slev podle alb a zákazníků, jakož i v čase. I když je možné, že další podmínky účasti na propagačních akcích jsou poměrně standardizované a jednoduché, důkazy, které má Komise k dispozici, zjevně odporují jakékoliv standardizaci či jednoduchosti v rámci týdenních jednání ohledně výše slev a doby trvání uvedených propagačních akcí a ohledně možnosti účasti určitých alb nebo zákazníků.
- 205 Začtvrté, samotná skutečnost, že jsou propagační slevy zaměřeny na určitá alba a na určité propagační akce a že výše je stanovována pro každého maloobchodníka, pravděpodobně umožňuje, aby uvedené slevy měly větší dopad na prodej dotčených alb.

- 206 Ještě důležitější je skutečnost, že žalobkyně nepředkládá důkazy prokazující s jistotou, že se Komise dopustila pochybení, když měla za to, že propagační slevy měly velký význam na trzích, na nichž 100 nejlepších alb každé velké nahrávací společnosti představuje většinu jejího celkového prodeje za daný rok a v dané zemi, jelikož mnoho z uvedených alb není na žebříčku.
- 207 Komise měla naopak k dispozici důkazy (příloha B.13) ukazující, že i určitá alba ve vyšší cenové kategorii společností Sony a BMG, která měla největší úspěch, byla předmětem propagačních slev.
- 208 Komise dodává, že důkazy o skutečném postupu v oblasti propagačních slev v daném okamžiku jsou pouze relevantní pro posouzení skutečné míry vyrovnání čistých cen (zatímco v rozhodnutí měla za to, že slevy nebyly obecně dostatečně vyrovnány, aby z nich mohla být vyvozena existence společného postupu). Nicméně transparentnost slev má význam při zjišťování, zda systém tvorby cen s sebou nese dostatečnou vnitřní transparentnost, aby mohly velké společnosti s přesností a v pravý čas zjistit, zda se jedna z nich odchyluje od společného postupu v oblasti čistých cen alb tak, že zvýší propagační slevy. Kromě svých nepodložených vyjádření o transparentnosti maloobchodních marží žalobkyně neuplatnila žádný argument ani konkrétní důkazy k poslední uvedené otázce, takže její žalobní důvod každopádně nemůže obstát.
- 209 Podle Komise se zjištění ohledně míry transparentnosti čistých cen na trhu s hudebními nahrávkami zjevně nezakládalo na „spekulaci“ nebo na „subjektivní a nepodložené pochybnosti“, ale naopak na konkrétních důkazech o vysoce komplexním a nedostatečně transparentním způsobu, jak se určují složky konečné čisté prodejní ceny daného alba s konkrétním obsahem pro daného zákazníka. Za těchto okolností nebylo možno důkazy, které byly k dispozici, vyložit tak, že se vši pravděpodobností prokazují existenci transparentnosti dostatečné k tomu, aby v pravý čas umožnila odpovídající kontrolu dodržování společného postupu v oblasti cen.

- 210 Co se týče argumentu žalobkyně, že na základě uzavřeného počtu známých a rozpoznatelných struktur a pravidel jsou průměrné ceny předvídatelné, Komise připomíná, že určitý stupeň podobného vývoje průměrných čistých cen alb nepostačí k prokázání koordinace, jelikož ceny mohou vykazovat významné vyrovnání jak za podmínek hospodářské soutěže, tak tiché koluze, neboť podniky reagují na podobné vnější faktory (například ceny společných vstupních faktorů), jakož i na svá vzájemná chování na trhu. Komise tvrdí, že žalobkyně směřuje zjištění podmínek výkonu koordinace („známá a rozpoznatelná pravidla“) a prostředky sledování dodržování těchto podmínek („požadovaná transparentnost“), a to zejména proto, že žádná velká nahrávací společnost obvykle nemá přístup ke všem nebo alespoň k nejdůležitějším údajům o tvorbě cen všech velkých nahrávacích společností ve všech kategoriích posuzovaných alb a zákazníků, které by byly nutné k určení průměrných čistých cen.
- 211 Mimoto žalobkyně, která přiznává, že uvedená pravidla a uvedené prodejní strategie mohou vést ke značným rozdílům v cenách a slevách podle kategorie disků nebo zákazníků, však neuvedla, jaká tato pravidla jsou ani jak se prostřednictvím tiché koordinace vzhledem k tolika různým okolnostem stanovují. Velké společnosti totiž nemohou zjistit, zda jsou rozdíly v jejich příslušných průměrných čistých cenách způsobeny odchýlením se nebo rozdíly v sortimentu nebo úspěchu výrobků, aniž by v pravý čas disponovaly podrobnými informacemi o těchto změnách, co se týče obsahu a úspěchu jejich nabídky příslušných výrobků, a Komise nenalezla dostatečné důkazy o tom, že by k takto podrobným informacím měly přístup.
- 212 Žalobkyně se podle Komise nemůže omezit na tvrzení, že koordinace ve skutečnosti probíhá na úrovni velkých strategických rozhodnutí každé velké nahrávací společnosti o celkových maržích slev a celkových rozpočtech na slevy, aniž by uvedla, co by mohlo být obsahem takového rozhodnutí nebo jakým způsobem by uvedené podmínky výkonu koordinace mohly být velkými společnostmi dovozeny nebo jak by mohlo být sledováno jejich dodržování. Komise nemá žádnou povinnost vyšetřit takto mlhavé a nepodložené argumenty.

- 213 Co se týče kritiky žalobkyně na adresu metody, že většina údajů předložených Komisí nebyla vážena podle objemu, Komise zdůrazňuje, že otázku adekvátnosti dané metody nelze oddělit od hypotézy, kterou má tato metoda potvrdit nebo vyvrátit. Ačkoliv je přitom výběr vážených údajů skutečně důležitý pro zjištění, zda existuje, či nikoliv výchozí vyrovnání mezi velkými nahrávacími společnostmi, buď obecně, nebo pro určité druhy alb (například 20 nejprodávanějších alb), není toto vážení údajů při přezkumu komplexnosti a jejího účinku na transparentnost relevantní. Pro pochopení míry komplexnosti tvorby cen a míry transparentnosti trhu je stále nutné přezkoumat rozdílnost cen jednotlivých titulů.
- 214 Komise připomíná, že představa, že jsou podmínky výkonu koordinace založeny na průměrných čistých cenách, není realistická. Poukazuje však na to, že čísla týkající se míry pozorovatelné podobnosti (v případě neexistence paralelnosti) průměrných čistých cen velkých nahrávacích společností, které Komise uvedla v rozhodnutí, byla vážena v závislosti na objemu a že je tomu tak rovněž u diagramů přílohy B.4, které se zakládají na průměrných ročních slevách na fakturu poskytnutých různým společným zákazníkům účastnic spojení podniků. Velké množství dalších údajů uvedených v žalobní odpovědi, zejména v přílohách B.8, B.9, B.10 a B.13, je rovněž váženo v závislosti na objemu, což v každém jednotlivém případě vyplývá z povahy věci.
- 215 Všechny výše uvedené důkazy vážené podle objemu jsou podle Komise potenciálně relevantní pro určení, zda existuje, či nikoliv vysoký stupeň vyrovnání postupů mezi velkými nahrávacími společnostmi, nebo jsou relevantní, co se týče otázky, zda tvorba cen je, či není komplexní, což má význam při posuzování transparentnosti. V druhé uvedené souvislosti není otázka vážení v závislosti na objemu tak důležitá. Rozdílnost čistých cen nebo slev podle titulů nebo zákazníků (i když jsou stejného druhu) a v čase je důležitá bez ohledu na příslušný dosažený objem prodeje. Jak ukazují přílohy B.6 a B.7 žalobní odpovědi, velké rozdíly ve slevách existují i ve vztahu k 20 nejprodávanějším albům každé účastnice spojení podniků. Pokud nejsou velké společnosti dostatečně vybaveny na dostatečně intenzivní sledování uvedených

rozdílů, může se velká společnost odchýlit od jakékoliv podmínky výkonu koordinace v oblasti čistých cen a uplatňovat vysoké slevy, zejména propagační, aniž by byla odhalena. To platí o to více, mají-li být podmínky výkonu koordinace flexibilní; pokud by si ostatní velké společnosti měly být dostatečně jisty, že se dotčený podnik odchýlil, bylo by pak třeba odhalit v oblasti slev závažné jednání překračující tiše dohodnutou normu.

216 Co se týče korelační analýzy provedené žalobkyní zejména v jejích přílohách D.2 a D.3 a z ní plynoucí kritiky Komise za to, že tyto údaje uvedeným způsobem neověřila, Komise připomíná, že otázka metody nemůže být posouzena abstraktním způsobem, aniž byl vzat v úvahu předmět šetření, kterým je zjištění, zda existuje stupeň vyrovnání prokazující koordinaci a zda existuje transparentnost umožňující kontrolu chování na trhu.

217 Komise nejprve poukazuje na to, že účastnice spojení podniků během správného řízení předložily významné množství korelačních údajů, které svědčily o obecně nízkých korelačních faktorech, ale že však k těmto příspěvkům přistupovala se značnou obezřetností.

218 Stejně tak určitý stupeň stability v čase slev poskytnutých danou velkou nahrávací společností není sám o sobě důkazem o koordinaci (viz přílohu D.3), neboť může opět z velké části záviset na stabilních faktorech, jako je velikost zákazníka, druhy nakoupené hudby atd. Samotný vysoký stupeň statistické předvídatelnosti neprokazuje existenci koordinace z různých důvodů: jednotlivá racionální rozhodnutí mohou být vysoce předvídatelná; bez informací umožňujících odhadnout takovou míru předvídatelnosti zůstává tento odhad zajímavou intelektuální možností bez praktických dopadů a, stejně tak, bez přístupu k informacím o skutečném jednání

není možné pravdivost předpovědi ověřit (pokračování v provádění domnělé tiché kartelové dohody). I kdyby samy velké společnosti mohly používat tyto statistické nástroje na vzájemná jednání v oblasti tvorby cen v minulosti, nemohl by takový postup nahradit sledování trhu.

- 219 Komise uplatňuje, že oproti tomu, co tvrdí žalobkyně, není pravda, že Komise „odmítla“ údaje použité v oznámení námitek, které byly váženy v závislosti na objemu a pro celé odvětví, ve prospěch údajů poskytnutých účastnicemi spojení podniků, které tímto způsobem váženy nebyly. Velká část těchto údajů je uvedena v rozhodnutí (například o stupni podobného vývoje průměrných čistých cen) a určité údaje jsou připojeny k žalobní odpovědi (příloha B.4). Komise spíše změnila své předběžné závěry o tom, co může vzhledem k dodatečným informacím a argumentům předloženým společnostmi Sony a BMG být na základě těchto údajů dokázáno.

Odrážející prostředky a protiváha na trhu

- 220 Komise tvrdí, že jelikož zjistila, že jedna ze tří kumulativních podmínek (transparentnost) není splněna, nedopustila se pochybení spočívajícího ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu ani nesprávném právním posouzení, když nezaujala stanovisko k dvěma ostatním podmínkám.

Analýza společného postupu

- 221 Komise nejprve uplatňuje, že okolnost vytýkaná žalobkyní spočívá na chybném skutkovém předpokladu, totiž že závěr ohledně transparentnosti se týká výlučně „jediné formy slevy, propagační slevy“. Ačkoliv propagační slevy zaujímají v rámci

analýzy základní pozici, týkala se tato analýza obecněji způsobu tvorby cen, která je celkově velmi komplexní na úrovni alba a zákazníka, jakož i v čase, a tudíž i VPC a obvyklých slev.

222 Komise dále tvrdí, že se žalobkyně dopouští zjevného právního omylu, jelikož, jak se zdá, tvrdí, že, pokud by Komise byla schopna prokázat, že je pro velké společnosti výhodné dodržovat společný postup, byl by tedy nedostatek transparentnosti méně důležitý. Tato teze není v souladu s judikaturou. Kromě dostatečné transparentnosti umožňující fungování kontroly a odrazení neví Komise o dalších prostředcích – a žalobkyně žádné nenavrhuje – jak prokázat, že mlčky stanovený společný postup proti hospodářské soutěži je pro skupinu podniků v oligopolním postavení výhodný, a tedy racionální.

223 Ačkoliv mohou relativně stabilní tržní podíly vést k vytvoření souvislostí prospěšných vzniku společného dominantního postavení, nestačí však podle Komise k prokázání skutečné nebo pravděpodobné tiché koordinace při neexistenci dostatečných důkazů, v souladu s kumulativními podmínkami hospodářské povahy pro společné dominantní postavení uznanými v rozsudku Airtours v. Komise, bod 45 výše, že je tato koordinace racionální. Žalobkyně podle Komise nepředkládá dodatečné důkazy o existenci společného postupu spočívajícího ve vyhýbání se „vysoce konkurenčním jednáním“. Nic tedy nedovoluje tvrdit, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení, když takový společný postup na straně velkých společností neodhalila.

224 Co se týče volby spotřebitelů a kulturní rozmanitosti, Komise nejprve poukazuje na to, že pokud není povinna v konečném rozhodnutí uvést důvody, pro které se odchýlila od předběžných závěrů v oznámení námitek v dané věci, musí tomu tak být o to spíše, když se odchýlí od závěrů v oznámení námitek vydaném o čtyři roky dříve

v jiné věci. Dále uvádí, že žalobkyně výslovně neuvádí žádný věcný argument nebo důkaz svědčící o koordinovaném ochuzování kreativity, kvality nebo rozmanitosti v hudebním výběru.

4. K druhé části

²²⁵ Komise se domnívá, že tři žalobní důvody týkající se skutečnosti, že Komise nedospěla k závěru, že se spojením podniků posiluje společné dominantní postavení, nic dalšího nepřinášejí ve vztahu k důvodům, které se týkají stávající existence takového společného dominantního postavení. Pokud by totiž jeden z těchto posledně uvedených důvodů žalobkyně měl uspět, rozhodnutí by každopádně bylo zrušeno, zatímco, pokud by neuspěl, vyplývalo by z toho, že Komise jednala správně, když nepřezkoumala údajné posilující účinky spojení podniků.

C – Argumenty vedlejších účastnic

1. Úvodní vyjádření

²²⁶ Před tím, než budou přezkoumány různé důvody a argumenty žalobkyně, považují vedlejší účastnice za nezbytné učinit čtyři poznámky k souvislostem, ve kterých bylo rozhodnutí přijato a v jejichž rámci musí být posuzováno, a čtyři obecné poznámky k žalobě.

227 Zprvė Komise vedla mimořádně hluboké šetření po dobu více než 6 měsíců. Účastnice spojení podniků poskytovaly od začátku velmi spolehlivé údaje a velmi spolehlivá vysvětlení o hudebním průmyslu v Evropě a o dopadu spojení podniků na hospodářskou soutěž, zejména na ceny CD, na kulturní rozmanitost, volbu spotřebitelů, soutěžní příležitosti pro nezávislé nahrávací společnosti, na vývoj hudby on-line nebo na riziko koordinace činností, které si ponechají společnosti Sony a BMG (viz přílohu C.1). V několika dotaznících, které obsahovaly více než 250 otázek a byly odeslány zhruba 1 240 subjektům na trhu (účastnicím spojení podniků, jiným velkým společností, nezávislým společností, maloobchodníkům, autorům, vydavatelům, umělcům, distributorům on-line), Komise hledala a našla četné důkazy a údaje ke všem relevantním otázkám. Účastnice spojení podniků odkázaly na více než 30 milionů cen a ekonomové podrobně posoudili průměrné čisté prodejní ceny pěti velkých společností v pěti velkých zemích. Několik nezávislých společností nesdílelo obavy žalobkyně, ale domnívalo se, že spojení podniků zvýší jejich soutěžní příležitosti. Na základě všech uvedených údajů, stanovisek dvou renomovaných ekonomů v oblasti průmyslu, podrobných analýz velkoobchodních a prodejních cen uvedených ve studii RBB a podrobných vysvětlení poskytnutých v odpovědi na oznámení námitek nebo při slyšení (viz přílohu C.3), Komise dospěla k závěru, že její původní obavy, zejména ohledně rizika společné dominance, nebyly opodstatněné.

228 Zadruhé se žalobkyně mýlí ohledně cíle a právního statusu oznámení námitek, jehož hlavní funkcí je umožnit účastníkům spojení podniků porozumět původním námitkám Komise, aby mohli předložit protiargumenty a důkazy (viz čl. 18 odst. 1 a 3 nařízení). Při důkazech o pochybení musí Komise upustit od námitek, které se ukázaly jako neopodstatněné (rozsudek Soudního dvora ze dne 7. ledna 2004, Aalborg Portland a další v. Komise, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P, Recueil, s. I-123), jak to učinila ve 14 věcech ze 62 během posledních pěti let (viz přílohu C.5). Správní postup Komise podléhal její úplné vnitřní kontrole a správní řízení zajistilo, že všechny zúčastněné osoby mohly předložit argumenty a důkazy (viz zprávu úředníka pro slyšení, příloha C.6) a poradní výbor hlasoval pro povolení spojení bez dalších podmínek (příloha C.7).

- 229 Zatřetí, orgány pro hospodářskou soutěž ve světě (Spojené státy, Austrálie, Kanada, Česká republika, Maďarsko, Polsko, Rumunsko, Rusko, Švýcarsko, Mexiko, Jihoafrická republika) všechny dospěly k závěru, že transakce musí být bezpodmínečně povolena, a žádné z uvedených rozhodnutí nebylo napadeno. Stejně tak žádný vnitrostátní orgán pro hospodářskou soutěž, který předtím zkoumal trh hudebního průmyslu v Evropě, se nedomníval, že by tento trh podléhal tiché koordinaci (viz zejména závěr Office of Fair Trading ze září 2002, podle kterého společná dominance nebyla prokázána, příloha A.16, bod 6.11).
- 230 Začtvrté, spojení podniků představuje prokonkurenční reakci na úpadek (pád prodejních cen CD o 20 % za tři roky, nepovolené stahování hudby z internetu, zvýšená hospodářská soutěž ze strany alternativních prostředků zábavy, jako filmů na DVD) a pokračující transformaci hudebního průmyslu. Nestabilita poptávky a nejistota ohledně budoucích obchodních modelů ještě ztěžují provádění nebo udržení tiché koluze, která je nepravděpodobná již vzhledem k charakteristickým rysům trhu (rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, bod 139, a bod 45 Pokynů o horizontálním spojování podniků). Stejně tak, jelikož jsou podmínky převládající v odvětví velmi odlišné od podmínek, za kterých Komise přezkoumala spojení podniků mezi společnostmi EMI a Time Warner v roce 2000, nejsou závěry Komise se svou předběžnou povahou v uvedené věci relevantní.
- 231 Zapáté, odůvodnění rozhodnutí je jasné, přesvědčivé a podložené důkazy značné váhy s tím, že se rozumí, že Komise není povinna odůvodnit svá posouzení všech právních a skutkových okolností (rozsudek Soudu ze dne 8. července 2003, *Verband der freien Rohrwerke a další v. Komise*, T-374/00, Recueil, s. II-2275, body 185 až 187). Žaloba dokazuje, že žalobkyně důvodům povolení porozuměla.
- 232 Zašesté, zakazující rozhodnutí vyžadují více než pouhé zvážení pravděpodobnosti, neboť v nejistotě ohledně slučitelnosti nebo neslučitelnosti spojení musí převážít

zájem podniků, které hodlají spojení uskutečnit (stanovisko generálního advokáta A. Tizzano ve věci, ve které byl vydán rozsudek Soudního dvora ze dne 15. února 2005, Komise v. Tetra Laval, C-12/03 P, Sb. rozh. s. I-987, s. I-992, body 74 až 79).

- 233 Zasedmé, vedlejší účastnice připomínají, že přestože Soud provádí úplný přezkum právních a skutkových otázek, omezuje se tento přezkum v případě komplexního hospodářského posuzování takového typu jako v případě hodnocení vytvoření nebo posílení společného dominantního postavení pouze na přezkum zjevného pochybení (rozsudek Soudu ze dne 3. dubna 2003, Petrolessence a SG2R v. Komise, T-342/00, Recueil, s. II-1161, bod 101). Žalobkyně totiž při mnohých příležitostech vyzývá Soud, aby nahradil posouzení Komise svým vlastním, když například uvádí, že Komise přiznala nepatřičnou váhu heterogenosti výrobku a slevám.
- 234 Zaosmé, co se týče testu pro společné dominantního postavení, otázkou není, zda jsou společnosti podněcovány ke koluznímu jednání, ale spíše zda mají vzhledem k charakteristickým rysům trhu možnost tiše dosáhnout a udržovat podmínky koordinace (rozsudek Airtours v. Komise, bod 45 výše, bod 62). Zvláště důležité je zhodnotit, zda je trh dostatečně transparentní.

2. Přezkum argumentů žalobkyně

a) K propagačním slevám

- 235 Vedlejší účastnice uplatňují, že, jelikož koordinace cen nemůže být dosažena nebo udržována bez dostatečné transparentnosti aktuálních čistých velkoobchodních cen, je dostatečným podkladem pro rozhodnutí samo zjištění, že propagační slevy nejsou transparentní.

236 Rozhodnutí správně zjistilo spojitost mezi heterogeností obsahu alb na straně jedné a velkými rozdíly v propagačních slevách, a z toho vyplývající neexistencí transparentnosti u čistých velkoobchodních cen na straně druhé (viz rovněž přílohu C.4, s. 27). Předpokládané důkazy prokazují, že propagační slevy jsou významné jak pro alba uvedená na žebříčku, tak pro alba z katalogu titulů, že se značně liší v závislosti na zákazníkovi, albu a v čase a že nejsou mezi velkými společnostmi vyrovnány (přílohy B.2, B.4 až B.14, a důvěrná zpráva „data room“). Jelikož se uvedené slevy mění, není možno dělat spolehlivé vývody pouze z pozorování VPC. Stejně tak maloobchodní marže se značně liší podle vydání a v čase, a tedy neumožňují z prodejních cen odvodit čisté ceny (viz příloha B.17). Mimoto společnosti Sony a BMG metodicky nesledovaly prodejní ceny soutěžitelů ani od maloobchodníků systematicky nezískávaly spolehlivé informace o slevách nabízených soutěžiteli. Konečně, předpokládané důkazy prokazují, že nahrávací společnosti neuplatňovaly odvetná jednání ani při vysokém kolísání cen, což činí jakýkoliv sankční mechanismus nevěrohodným (viz přílohu C.4, s. 5 a 10).

b) Nedostatek vyrovnání

237 Údaje o průměrných čistých cenách, o VPC a o slevách na fakturu podle vedlejších účastnic prokazují nikoliv vyrovnání, ale nanejvýš částečně podobný vývoj, a neumožňují zjistit existenci koordinace cen.

238 Údaje o průměrných čistých cenách ukazují: zaprvé, vysoký stupeň komplexnosti; zadruhé, vysokou míru rozptýlení a rozdílnosti; zatřetí, značně nepředvídatelný vývoj v umístění velkých společností; začtvrté, velké rozpětí cen velkých společností; a, zapáté, nedostatek paralelnosti.

- 239 Velký podíl prodeje 100 nejlepších titulů je dosažen za použití jiných VPC než VPC uvedených v rozhodnutí (body 76, 83, 90, 97 a 107 odůvodnění rozhodnutí).
- 240 Z příloh k žalobní odpovědi (B.4 až B.14) vyplývá, že se slevy na fakturu a čisté ceny mezi velkými společnostmi silně lišily.

c) Nedostatek transparentnosti

- 241 Podle vedlejších účastnic rozhodnutí neobjevilo žádný přesvědčivý důkaz o transparentnosti dokonce ani u jiných složek ceny než propagačních slev. Obezřetné formulace rozhodnutí zmenšují skutečnou sílu výchozích důkazů o nedostatku transparentnosti. Na rozdíl od určitých zemí tak nejsou VPC ani známé, ani snadno přístupné, nahrávací společnosti proto nemají v kterémkoliv okamžiku přesné informace o VPC určitého alba. Obvyklé slevy nejsou dostatečně transparentní na to, aby byly tiše koordinovány. Mezi 161 dotázanými maloobchodníky potvrdilo pouze 5 z nich, že soutěžitelé mají částečnou znalost slev ostatních, zatímco 10 tvrdilo opak.

3. K různým aspektům nezmiňovaným v rozhodnutí

- 242 Vedlejší účastnice uplatňují, že ani zkoumané hypotézy potenciálního ohrožení hospodářské soutěže nemohou díky různým aspektům neuvedeným v rozhodnutí obstát. Zprv se Komise nesprávně zaměřila na průměrné čisté ceny, přestože koordinace na úrovni průměrných cen nemůže probíhat, jelikož cena jednotlivých alb není stanovena za účelem získání zvláštní průměrné čisté ceny, a přestože tento

průměr každopádně nemůže být ostatními velkými společnostmi dodržován. Průměr může skrýt významné rozdíly v jednotlivých cenách alb (viz přílohu C.4, poznámka 12). Zadržet, VPC neslouží jako ústřední bod pro vyrovnání. Každá velká nahrávací společnost používá dokonce i pro nejlepší alba nejrůznější VPC, které se u jednotlivého disku liší v čase. Zatřetí, tržní podíly nejsou stabilní a jejich mírná změna se může silně projevit na ziskovosti.

D – Závěry Soudu

1. Obecné úvahy

²⁴³ Žalobkyně tvrdí, že úvahy ohledně homogenosti výrobku, transparentnosti trhu, odrazujících prostředků a ohledně nedostatku protiváhy na trhu, na kterých se zakládá zjištění, že velké společnosti před zamýšleným spojením podniků neměly na trzích s hudebními nahrávkami společné dominantní postavení, jsou postiženy vadou spočívající v nedostatečném odůvodnění, zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení.

²⁴⁴ Před přezkumem různých okolností vytýkaných žalobkyní, je nejprve třeba uvést určité poznámky k pojmu „společné dominantního postavení“, pak stručně vysvětlit metodu přezkumu, kterou Komise použila, aby dospěla k napadenému závěru, jakož i různé relevantní faktory a okolnosti týkající se uplatnění pojmu „společné dominantní postavení“ v projednávané věci, jako faktory uvedené v rozhodnutí, a konečně upřesnit důvody, na kterých je založen v rozhodnutí uvedený závěr o nedostatku již existujícího společného dominantního postavení.

2. Pojem „společné dominantního postavení“

²⁴⁵ Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že pokud jde o údajné společné dominantní postavení, je Komise povinna na základě analýzy pravděpodobného vývoje referenčního trhu posoudit, zda spojení, kterým se zabývá, vede k situaci, kdy je účinná hospodářská soutěž na relevantním trhu významně narušena podniky, jež jsou účastníky spojení podniků, a jedním nebo více třetími podniky, které společně mají, zejména na základě mezi nimi existujících vzájemných vztahů, možnost chovat se na trhu jednotně a jednat do značné míry nezávisle na ostatních soutěžitelích, zákaznících a nakonec i spotřebitelích (rozsudek Soudního dvora ze dne 31. března 1998, Francie a další v. Komise, nazývaný „Kali & Salz“, C-68/94 a C-30/95, Recueil, s. I-1375, bod 221).

²⁴⁶ Soud rozhodl že případ společného dominantního postavení významně omezujícího účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo jeho podstatné části tedy může nastat po spojení podniků, kdyby to s ohledem na samotné charakteristické rysy relevantního trhu a na změny v jeho struktuře způsobené spojením podniků mělo za důsledek, že by každý člen dominantního oligopolu, vědom si společných zájmů, považoval za možné, hospodářsky racionální, a tedy vhodné chovat se na trhu dlouhodobě jednotně s cílem prodávat za ceny vyšší než konkurenční, aniž by musel uzavřít dohodu nebo jednat ve vzájemné shodě ve smyslu článku 81 ES, a aniž by současní či potenciální soutěžitelé nebo také zákazníci a spotřebitelé mohli účinným způsobem reagovat (viz v tomto smyslu rozsudek Soudu ze dne 25. března 1999, Gencor v. Komise, T-102/96, Recueil, s. II-753, bod 276).

²⁴⁷ V rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše (bod 62), Soud rozhodl, jak je uvedeno v bodě 68 odůvodnění rozhodnutí, že musí být splněny tři následující podmínky, aby mohl vzniknout případ takto definovaného společného dominantního postavení. Zaprvé, trh musí být dostatečně transparentní na to, aby podniky, které koordinují své chování, mohly v dostatečné míře sledovat, zda jsou dodržovány podmínky

koordinace. Zadržet, k zajištění disciplíny je třeba, aby existovala určitá forma odrazujícího mechanismu pro případ odchylovícího se chování. Zatřetí, reakce podniků, které se koordinace neúčastní, například reakce současných nebo budoucích soutěžitelů, jakož i reakce zákazníků, nesmí být způsobila ohrozit očekávané výsledky koordinace.

248 Krom toho z judikatury Soudního dvora (rozsudek *Kali & Salz*, bod 245 výše, bod 222), a Soudu (rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, bod 63) vyplývá, že analýza pravděpodobného vývoje, kterou má Komise v rámci kontroly spojování podniků provést, co se týče společného dominantního postavení, vyžaduje pozorný přezkum zejména okolností, které se v konkrétním projednávaném případě ukazují jako relevantní pro posouzení dopadu spojení podniků na hospodářskou soutěž na referenčním trhu, a že Komise je příslušná k tomu, aby předložila spolehlivé důkazy.

249 Je třeba poznamenat, že, jak vyplývá ze samotného znění výše uvedených důvodů, se uvedená judikatura vyvinula v souvislosti s posuzováním rizika vytvoření společného dominantního postavení spojením podniků, a nikoliv v souvislosti se zjišťováním existence společného dominantního postavení, což je otázkou v první části projednávaného důvodu.

250 Ačkoliv by Komise při posouzení rizika vytvoření takového postavení hypoteticky měla provést podrobnou prognózu pravděpodobného vývoje trhu a soutěžních podmínek na základě analýzy pravděpodobného vývoje, což s sebou nese komplexní hospodářské hodnocení, v jehož rámci Komise disponuje širokým prostorem pro volné uvážení, samotné zjištění existence společného dominantního postavení se přitom zakládá na konkrétní analýze situace existující v okamžiku přijetí rozhodnutí. Zjištění existence společného dominantního postavení se musí zakládat na souboru prokázaných skutkových okolností, minulých nebo současných, svědčících

o významném omezení hospodářské soutěže na trhu z důvodu, že určité podniky společně získaly možnost chovat se na uvedeném trhu jednotně ve značné míře nezávisle na svých soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích.

251 Z toho vyplývá, že ačkoliv jsou v rámci posuzování existence společného dominantního postavení tři podmínky uvedené Soudem v rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, vyvozené z teoretické analýzy pojmu „společné dominantní postavení“, jistě rovněž nezbytné, může být jejich splnění případně i nepřímo prokázáno na základě souboru ukazatelů a důkazů, případně i velmi různorodých, o znacích, projevech a zvlátnostech spojených s existencí společného dominantního postavení.

252 Takto může v případě nedostatku žádného jiného rozumného zdůvodnění především dlouhodobé těsné vyrovnání cen, zejména jsou-li vyšší než konkurenční, spojené s jinými typickými faktory společného dominantního postavení, postačit k prokázání existence společného dominantního postavení, i přesto, že chybí spolehlivé přímé důkazy o vysoké transparentnosti trhu, s ohledem na to, že její existence může být za těchto okolností předpokládána.

253 Z toho vyplývá, že vyrovnání jak hrubých, tak čistých cen za posledních šest let v projednávaném případě i přesto, že výrobky nejsou totožné (každý disk má jiný obsah), jakož i jejich udržování v poměrně stabilní výši, která je považována za vysokou i přes významné snížení poptávky, spojené s jinými faktory (síla podniků v oligopolním postavení, stabilita tržních podílů atd.), které Komise uvedla v rozhodnutí, může v případě nedostatku jiného vysvětlení naznačovat nebo představovat ukazatel toho, že vyrovnání cen není důsledkem obvyklého průběhu účinné hospodářské soutěže a že trh je dostatečně transparentní, jelikož umožnil tichou koordinaci cen.

254 Nicméně, jelikož žalobkyně ve svých úvahách vycházela spíše z nesprávného uplatnění rozličných podmínek vyžadovaných pro společné dominantní postavení, jak jsou vymezeny v rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, a zejména podmínky týkající se transparentnosti trhu, než z myšlenky, že zjištění dlouhodobé společné politiky spojené s přítomností souboru jiných faktorů, které jsou pro společné dominantní postavení příznačné, může za určitých okolností a v případě nedostatku jiného vysvětlení postačit k prokázání existence takového postavení, na rozdíl od jeho vzniku, aniž by bylo třeba jasně prokázat transparentnost trhu, Soud se v rámci posuzování dovolávaných žalobních důvodů omezí na ověření, zda rozhodnutí správně uplatnilo podmínky vycházející z judikatury *Airtours*. Aniž by totiž bylo nutné posoudit, zda by opačný přístup vedl Soud k překročení rámce sporu, jak je vymezen účastnicemi řízení, nebo zda by představoval pouhé použití práva v rámci důvodu uplatňovaného žalobkyní, je třeba v souladu se zásadou kontradiktornosti postupovat výše uvedeným způsobem, jelikož tato otázka nebyla před Soudem projednávána.

3. Rozhodnutí Komise

255 Prvky rozhodnutí, které jsou relevantní při přezkumu prvního žalobního důvodu, lze shrnout následujícím způsobem.

256 Zjištění Komise ohledně různých výrobních a zeměpisných trhů nejsou účastnicemi řízení zpochybňována. V bodě 12 odůvodnění svého rozhodnutí byla Komise názoru, že „není nutné určit, zda existují samostatné výrobné trhy podle žánrů a zda existuje zvláštní výrobný trh pro kompilace“. V bodě 15 odůvodnění konstatovala, že „za relevantní zeměpisné trhy se považují vnitrostátní trhy“.

- 257 Stejně tak není zpochybněno, že různé vnitrostátní trhy mají oligopolistickou strukturu, když pět velkých společností v jednotlivých zemích drží od 72 do 93 % trhu a početné značně menší nahrávací společnosti (dále jen „nezávislé nahrávací společnosti“) představují kolem 15 až 20 % trhu.
- 258 Pět velkých společností se mimoto vyznačuje, zaprvé, celosvětovou přítomností, zadruhé, částečnou vertikální integrací, zatřetí, investicemi na předcházejícím trhu v oblasti vydávání hudby a na trzích rádiového vysílání a využívání hudby on-line, začtvrté, významnou finanční silou, která jim umožňuje nabízet umělcům přítažlivější finanční výhody, a zapáté, velkým a různorodým portfoliem smluvně vázaných umělců a velkým katalogem již vyrobených titulů.
- 259 Krom toho vývoj poptávky ukazuje, že prodej klesá od roku 1999 (13 % pád v EHP mezi 1999 a 2002, a více než 7 % pád mezi rokem 2002 a 2003). Ceny přesto zůstaly dosti stabilní. Šetření trhu provedené Komisí přineslo i jiná vysvětlení pro tento nízký prodej než vysvětlení podaná účastnicemi spojení podniků, totiž: výše cen CD – vnímaná jako vysoká, obecné zpomalení hospodářské činnosti, neschopnost nahrávacích společností uspokojit vkus spotřebitelů, nedostatek kvalitního obsahu a inovativních umělců a neschopnost nahrávacích společností přizpůsobit se technologickým výzvám internetu.
- 260 Co se týče metodologie, kterou použila Komise, je v bodě 69 odůvodnění rozhodnutí uvedeno, že za účelem zjištění existence společného dominantního postavení Komise přezkoumala, zda během tří nebo čtyř posledních let pět velkých společností skutečně sledovalo politiku koordinace svých cen.

- 261 Za tímto účelem Komise, zaprvé, posoudila čtvrtletní vývoj průměrných čistých cen 100 nejprodávanějších alb každé nahrávací společnosti, které představují nejméně 70 až 80 % jejich celkového prodeje hudby v pěti velkých členských státech, jelikož Komise byla názoru, že průměrné ceny představují vhodný nástroj, jak zjistit, zda se velké nahrávací společnosti v oblasti cen chovají paralelně. Komise tak přezkoumala vývoj čistých průměrných cen, VPC, a vývoj poměru hrubých a čistých cen, jakož i slevy na fakturu a zpětné slevy (bod 72 odůvodnění rozhodnutí).
- 262 Zadruhé, Komise přezkoumala případnou možnost, že by na základě paralelnosti průměrných cen mohly katalogové ceny sloužit jako ústřední body pro koordinaci cen.
- 263 Zatřetí, Komise zkoumala, zda slevy poskytnuté různými velkými nahrávacími společnostmi byly vyrovnány a byly dostatečně transparentní na to, aby umožnily účinnou kontrolu jakékoliv koordinace cen, i na úrovni čistých cen (bod 73 odůvodnění rozhodnutí).
- 264 Zjištění Komise, která jsou formulována prakticky stejně pro každou z pěti velkých zemí, mohou být shrnuta takto:
- Komise uvádí, že „zjistila určitou míru paralelnosti reálných čistých průměrných cen a dosti srovnatelný vývoj cen velkých společností“, „[u]vedená zjištění však nebyla sama o sobě dostatečně rozhodující, aby postačila k prokázání, že velké společnosti v minulosti koordinovaly své ceny“; „[p]roto Komise dále přezkoumala, zda dodatečné okolnosti, totiž katalogové ceny a slevy, byly vyrovnány a byly dosti transparentní na to, aby podaly dostatečný důkaz svědčící o existenci koordinace“;

- Komise „nalezla určité okolnosti, podle kterých by VPC bylo možné použít jako základ pro vyrovnávání cen velkých společností“. Každá velká nahrávací společnost dosáhla prostřednictvím svých tří hlavních VPC v jednotlivých zemích více než 55 až 80 % celkového čistého prodeje 100 nejlepších alb v roce 2003. Komise se proto domnívá, že „[v]e světle těchto zjištění se katalogové ceny nejprodávanějších alb zdají být spíše vyrovnané“ (Spojené království, Francie a Itálie, nebo do určité místy vyrovnané v Německu a Španělsku);

- Komise krom toho zjistila, že VPC jsou dosti transparentní, jelikož jsou uvedeny v katalogích velkých společností. Zdá se tedy, že je možné sledovat katalogové ceny ostatních velkých společností;

- čisté prodejní ceny jsou úzce spojeny s hrubými cenami (VPC) vzhledem k paralelnímu vývoji hrubých průměrných cen a reálných čistých průměrných cen společností Sony a BMG za posledních šest let, jakož i k velmi vysoké stabilitě v jakémkoliv okamžiku poměru mezi čistými a hrubými cenami u všech alb dohromady;

- Komise však zjistila určité rozdíly ve výši slev poskytovaných různými velkými nahrávacími společnostmi a rovněž rozdíly ve výši 2 až 5 procentních bodů mezi slevami na fakturu společností Sony a BMG u většiny jejich deseti hlavních zákazníků a více než 5 procentních bodů u určitých zákazníků v určitých letech (situace je trochu odlišná na francouzském trhu);

- účastnice spojení podniků předložily údaje, které ukazují, že se slevy na fakturu u daného zákazníka lišily v čase a podle alba a že slevy poskytnuté na dané album kolísaly podle zákazníka. Na základě provedeného šetření trhu se ukázalo, že uvedená kolísání jsou v podstatě důsledkem propagačních slev

používaných pružnějším způsobem než obvyklé slevy, které jsou obecně stanovovány každoročně. Na základě těchto zjištění nelze prokázat, že jsou slevy na fakturu mezi účastnicemi spojení podniků dostatečně vyrovnány (situace je trochu odlišná ve Francii);

- co se týče transparentnosti slev, z odpovědí zákazníků v rámci šetření trhu provedeného Komisí se z většiny ukazuje, že velké společnosti měly v určité míře znalost obvyklých slev poskytovaných jejich soutěžiteli vzhledem k jejich trvalým vztahům se stejnými zákazníky. Ukazuje se však, že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy a že jejich kontrola vyžaduje rovněž pozorné sledování vývoje uvedeného druhu slev na maloobchodním trhu. Ačkoliv Komise zjistila, že jak společnost Sony, tak BMG zavedly systém týdenních zpráv zpracovávaných jejich prodejními složkami, nemohla prokázat, že uvedené zprávy zajišťovaly dostatečný stupeň transparentnosti propagačních slev poskytovaných soutěžiteli.

²⁶⁵ Komise na tomto základě posléze v bodě 109 odůvodnění rozhodnutí dospěla k závěru, že, „jelikož podrobná analýza vývoje cen velkých společností v pěti hlavních členských státech odhalila určité ukazatele koordinace, které samy o sobě nepostačovaly k prokázání existence společného dominantního postavení, postupovala Komise v analýze dále za účelem zjištění, zda trhy s hudebními nahrávkami vykazovaly vlastní charakteristické rysy, které by uvedený druh dominantního postavení usnadnily“.

²⁶⁶ Proto Komise přezkoumávala homogenost výrobku (bod 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí), transparentnost trhu (body 111 až 113 odůvodnění rozhodnutí) a použití odvetných opatření (body 114 až 118 odůvodnění rozhodnutí).

- 267 Co se týče homogennosti výrobku, Komise zjistila, že heterogennost obsahu a její účinky na ceny snižují transparentnost na trhu a činí tiché kartelové dohody obtížnějšími, jelikož tyto dohody vyžadují určitou kontrolu na úrovni jednotlivého výrobku, tzn. alba.
- 268 Co se týče transparentnosti trhu, Komise měla za to, že velké společnosti musí za účelem sledování většiny prodeje pouze sledovat referenční ceny omezeného počtu nejprodávanějších alb. Komise nicméně uvádí, že je nutná rovněž kontrola na úrovni jednotlivého alba, zejména s ohledem na propagační slevy, a že tato nutnost by mohla činit tiché kartelové dohody obtížnějšími (bod 111 odůvodnění rozhodnutí).
- 269 Co se týče odvetných opatření, bod 118 odůvodnění rozhodnutí uvádí, že Komise nenalezla důkazy o použití takových opatření v minulosti, což by představovalo důkaz o společném dominantním postavení.
- 270 Aniž by v této fázi rozhodnutí Komise vyslovila závěr ohledně existence společného dominantního postavení v pěti velkých zemích, provedla posléze přezkum trhů v malých zemích a dospěla k podobným zjištěním.
- 271 Komise zjistila zejména vysokou míru paralelnosti mezi VPC různých velkých společností. Uvedla, že stejně jako ve velkých zemích jsou hlavními uplatňovanými slevami obvyklé slevy. Slevy na fakturu nejsou ani standardní ani zveřejňované a snižují transparentnost. S ohledem na význam slev na fakturu a na rozdíly mezi nimi nenalezla Komise dostatečné důkazy, aby prokázala, že paralelnost průměrných čistých cen je způsobena tichou koluzí mezi velkými společnostmi, i když jsou VPC silně vyrovnány a i když v zásadě mohou být použity jako základ tiché koluze (bod 150 odůvodnění rozhodnutí).

272 Mimoto úvahy ohledně homogennosti výrobku, transparentnosti trhu a odvetných opatření u velkých zemí platí rovněž pro malé země EHP.

273 Komise z toho v bodě 153 odůvodnění vyvozuje, že „za těchto podmínek neexistují dostatečné důkazy pro závěr, že [v malých zemích] existuje společné dominantní postavení velkých společností na vnitrostátních trzích s hudebními nahrávkami“.

274 Na základě výše zmíněných úvah Komise dospěla v bodě 154 odůvodnění k závěru, že neexistují dostatečné důkazy, které by prokazovaly, že by návrh spojení podniků přinášel posílení společného dominantního postavení na trzích s hudebními nahrávkami v kterékoliv zemi EHP.

275 Z výše uvedeného vyplývá, že Komise dospěla k závěru, že neexistuje společné dominantní postavení, vzhledem k homogennosti výrobku, transparentnosti trhu, jakož i použití odvetných opatření.

276 To je potvrzeno v bodě 157 odůvodnění, kde je uvedeno následující:

„[...] podle přezkumu v části týkající se posílení společného dominantního postavení vykazují trhy s hudebními nahrávkami určité charakteristické rysy, které dávají tušit přítomnosti podmínek příznivých pro existenci společného dominantního postavení. Komise přitom nenalezla dostatek okolností, aby prokázala, že [velké společnosti] v minulosti měly společné dominantní postavení; je tomu tak zejména díky

zjištěným nedostatkům v oblasti skutečné transparentnosti, díky částečně heterogenní povaze výrobků a díky nedostatku okolností svědčících o existenci odvetných opatření v minulosti.“

277 Ve světle těchto úvah je třeba přezkoumat různé okolnosti vytykávané žalobkyní.

4. Transparentnost

a) K výtce vycházející z nedostatečného odůvodnění

278 Žalobkyně v podstatě tvrdí, že rozhodnutí nevysvětluje právně dostačujícím způsobem důvody, proč jsou slevy, zejména propagační slevy, překážkou transparentnosti nutné k tomu, aby umožnila rozvoj společného dominantního postavení.

279 Úvodem je třeba připomenout, že podle stálé judikatury musí být odůvodnění vyžadované článkem 253 ES přizpůsobeno povaze dotčeného aktu a musí z něj jasně a jednoznačně vyplývat úvahy orgánu, jenž akt vydal, aby se zúčastněné osoby mohly seznámit s důvody, které vedly k přijetí opatření, a aby příslušný soud mohl vykonávat svůj přezkum. Požadavek uvést odůvodnění musí být posuzován v závislosti na okolnostech projednávaného případu, zejména na obsahu aktu, povaze dovolávaných důvodů a zájmu, který mohou mít osoby, kterým je akt určen nebo jiné osoby, kterých se akt bezprostředně a osobně dotýká, na získání těchto vysvětlení (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 2. dubna 1998, Komise v. Sytraval a Brink's France, C-367/95 P, Recueil, s. I-1719, bod 63 a citovaná judikatura).

- 280 Otázka, zda odůvodnění aktu splňuje požadavky článku 253 ES musí být posouzena nejen s ohledem na jeho text, ale i s ohledem na jeho souvislost, jakož i na všechna právní pravidla upravující dotčenou oblast (rozsudek Soudního dvora ze dne 29. února 1996, *Belgie v. Komise*, C-56/93, Recueil, s. I-723, bod 86, a rozsudek Soudu ze dne 27. listopadu 1997, *Kaysersberg v. Komise*, T-290/94, Recueil, s. II-2137, bod 150).
- 281 Pokud Komise prohlásí spojení podniků za slučitelné se společným trhem na základě čl. 6 odst. 1 písm. b) nařízení, je ve vztahu k povinnosti odůvodnění nutnou a dostatečnou podmínkou, aby toto rozhodnutí obsahovalo jasné a jednoznačné odůvodnění, proč se Komise domnívá, že sporné spojení podniků nevyvolává vážné pochybnosti o své slučitelnosti se společným trhem. Z této povinnosti však nelze vyvozovat, že by v takovém hypotetickém případě Komise byla povinna odůvodnit své posouzení veškerých právních a skutkových okolností, které případně mohou vykazovat spojitost s oznámeným spojením podniků nebo které byly uplatněny během správního řízení (viz rozsudek *Verband der freien Rohrwerke* a další v. Komise, bod 231 výše, bod 185 a citovaná judikatura).
- 282 Nejprve je třeba přezkoumat dopad okolnosti zdůrazněné žalobkyní, že Komise v oznámení námitek dospěla k důraznému závěru, že spojení podniků je neslučitelné se společným trhem zejména z důvodu, že před zamýšleným spojením podniků již existovalo společné dominantní postavení a že trh s hudebními nahrávkami je velmi transparentní a zvláště příznivý pro koordinaci.
- 283 Tento základní obrat ve stanovisku Komise může jistě být překvapivý, zejména vzhledem k tomu, jak pozdě nastal. Jak totiž vyplývá ze spisu a z diskuzí před Soudem, během celého správního řízení Komise na základě veškerých informací získaných během pětiměsíčního šetření jak od různých subjektů na trhu, tak od účastnic spojení podniků, měla za to, že trh byl dostatečně transparentní, aby

umožnil tichou koordinaci cen, a teprve až na základě argumentace účastnic spojení podniků za pomoci jejich ekonomického poradce při slyšení ve dnech 15. a 16. června 2004 zaujala opačné stanovisko, aniž by provedla nová šetření trhu, a zaslala návrh rozhodnutí poradnímu výboru dne 1. července 2004.

284 Nicméně, jak správně uplatňuje Komise, z judikatury (rozsudek BAT a Reynolds v. Komise, bod 105 výše) vyplývá, že pokud Komise zamítne žádost podle článku 3 nařízení Rady č. 17 ze dne 6. února 1962, první nařízení, kterým se provádějí články [81] a [82] Smlouvy (Úř. věst. 1962, 13, s. 204; Zvl. vyd. 08/01, s. 3), postačí, když vysvětlí důvody, proč měla za nemožné prokázat existenci porušení pravidel hospodářské soutěže, aniž by měla povinnost vysvětlit případné odchylky od oznámení námitek, které je přípravným dokumentem, jehož závěry mají čistě předběžnou povahu, a které sleduje účel vymezit předmět správního řízení ve vztahu k podnikům, které se uvedeného řízení účastní, nebo povinnost se zabývat všemi právními a skutkovými otázkami, o kterých se během správního řízení jednalo. Ve svém rozsudku Aalborg Portland a další v. Komise, bod 228 výše, Soudní dvůr poukázal na předběžnou povahu oznámení námitek a na povinnost Komise vzít v úvahu okolnosti vyplývající ze správního řízení, zejména aby upustila od námitek, které se ukázaly jako neopodstatněné.

285 Je jisté třeba poznamenat, že se uvedená judikatura vyvinula v rámci řízení podle článků 81 ES a 82 ES, a nikoliv ve zvláštní oblasti kontroly spojování podniků, v jejímž rámci požadavek dodržování pevných lhůt, kterými se přijímání rozhodnutí Komise řídí, Komisi neumožňuje prodloužit její šetření, čímž se snižuje pravděpodobnost, že Komise zásadním způsobem změní stanovisko v průběhu správního řízení. Ve svých závěrečných vyjádřeních ostatně Komise zdůraznila, že opatření v rámci vyšetřování prováděná po slyšení spočívají v podstatě v konzultování navržených závazků se subjekty na trhu a netýkají se námitek proti oznámenému spojení podniků. Nicméně platí, že oznámení námitek představuje jen přípravný akt a že konečné rozhodnutí musí být odůvodněno pouze ve vztahu k celkovým okolnostem a důkazům, které jsou relevantní za účelem posouzení dopadu zamýšleného spojení podniků na hospodářskou soutěž na referenčních

trzích. Z toho vyplývá, že pouhá okolnost, že Komise v textu svého rozhodnutí nevysvětlila změnu svého stanoviska oproti stanovisku uvedenému v oznámení námitek, nemůže sama o sobě znamenat, že odůvodnění chybí nebo je nedostatečné.

286 Krom toho se Komise rovněž dovolává judikatury, podle které, pokud spojení podniků pouze ve velmi omezené míře mění soutěžní podmínky na daném trhu, nemá Komise povinnost tuto otázku zvláštním způsobem odůvodnit, ani neporuší svou povinnost odůvodnění, pokud v rozhodnutí neuvede přesné odůvodnění posouzení určitého množství otázek souvisejících se spojením podniků, které se jí zdají zjevně irelevantní nebo bezvýznamné. Přestože jsou tato tvrzení správná, je třeba konstatovat, že nejsou v rámci projednávané výtky relevantní. Na jednu stranu se totiž projednávaná výtka nevztahuje ke změně způsobené v omezeném rozsahu spojením podniků, ale k situaci existující před ním, a na druhou stranu je nezpochybnitelné, že nedostatek transparentnosti trhu představuje základní nebo dokonce jediný důvod, na němž je založen napadený závěr o nedostatku již existujícího společného dominantního postavení.

287 Ve světle těchto úvodních poznámek je třeba přezkoumat, zda rozhodnutí obsahuje dostatečné odůvodnění zjištění, že trh není dostatečně transparentní na to, aby umožnil koordinaci cen.

288 Přezkum otázky transparentnosti trhu je předmětem zvláštního oddílu v bodech 111 až 113 odůvodnění rozhodnutí. Ukazuje se však, že rozhodnutí rovněž obsahuje argumentaci ohledně transparentnosti v oddílu vztahujícím se k přezkumu společné cenové politiky velkých společností v pěti velkých členských státech v bodech 69 až 108 odůvodnění, na který zvláštní oddíl odkazuje, jakož i v oddíle vztahujícím se k posouzení existence společného dominantního postavení na trzích malých zemí v bodech 148 až 153 odůvodnění, na který zvláštní oddíl neodkazuje. Je tedy třeba postupně přezkoumat důvody uvedené v těchto třech oddílech.

289 Co se týče zvláštního oddílu, je úvodem třeba poznamenat, že obsahuje pouze tři body odůvodnění, ačkoliv transparentnost v projednávané věci představuje podle rozhodnutí a navíc podle stanoviska zastávaného Komisí v jejich spisech účastníka řízení před Soudem základní nebo dokonce jediný důvod, na kterém se zakládá tvrzení, že na trzích s hudebními nahrávkami neexistuje společné dominantní postavení. Je namístě rovněž uvést, že zde není uveden závěr, že by trh nebyl transparentní ani že by nebyl dostatečně transparentní na to, aby umožnil tichou koluzi. Navíc se jednak na konci bodu 111 odůvodnění uvádí, že nutnost provádět kontrolu na úrovni jednotlivého alba, zejména u propagačních slev, „by mohla snížit transparentnost na trhu a činit tiché kartelové dohody obtížnějšími“ a jednak se na konci bodu 113 odůvodnění uvádí, že „Komise však nenalezla dostatek důkazů prokazujících, že sledováním maloobchodních cen nebo využíváním svých kontaktů s maloobchodníky mohly velké nahrávací společnosti v minulosti nahradit nedostatek transparentnosti v oblasti propagačních slev vzpomínaný u pěti velkých členských států“. Je zřejmé, že taková mlhavá, neutříděná a nepřesná tvrzení zejména o povaze propagačních slev, o okolnostech, za kterých mohou být uplatňovány, o stupni jejich neprůhlednosti, o jejich výši nebo jejich dopadu na transparentnost cen nemohou právně dostačujícím způsobem odůvodnit zjištění, že trh není dostatečně transparentní na to, aby umožnil společné dominantní postavení.

290 Dále se zdá, že kromě dvou výše uvedených pasáží všechny faktory uvedené v bodech 111 až 113 odůvodnění rozhodnutí zdaleka neprokazují neprůhlednost trhu, ale naopak jeho transparentnost.

291 V bodě 111 odůvodnění se tak uvádí omezené množství referenčních cen a skutečnost, že velké společnosti pouze musí kontrolovat referenční ceny omezeného počtu nejprodávanějších alb, aby mohly sledovat většinu prodeje, jelikož 20 nejprodávanějších titulů představuje nejméně polovinu ročního prodeje ve všech zemích dohromady.

292 Navíc bod 112 odůvodnění vysvětluje, že „na trhu existují jiné mechanismy zvyšující transparentnost, které by mohly usnadnit kontrolu dodržování kartelové dohody“. Mezi nimi je nejprve zveřejňování týdenních žebříčků, které poskytují informace o prodeji jednotlivých titulů a umožňují velmi snadno identifikovat tituly, ze kterých se stávají „hity“, což, jak je vysvětleno, „značně usnadňuje kontrolu velkými nahrávacími společnostmi“. Dále je vysvětleno, že povaha trhu s hudebními nahrávkami je taková, že, aby „maloobchodník s hudbou hospodářsky uspěl, musí nabízet výrobky všech velkých nahrávacích společností“, a že „odvětví se tedy vyznačuje stabilními a dlouhodobými vztahy mezi maloobchodníky a velkými nahrávacími společnostmi“. Komise zde rovněž uvádí, že „[m]imoto, velká část prodeje hudebních nahrávek [velkých společností] je směřována omezenému počtu zákazníků“, a na základě toho dospívá k závěru, že „[t]ato situace, která se vyznačuje přítomností malého počtu subjektů na trhu, prospívá přijímání strategií spolupráce, které slouží zájmům velkých nahrávacích společností, jelikož usnadňuje kontrolu a výměnu informací“.

293 Je třeba ještě konstatovat, že uvedený výčet mechanismů a faktorů zvyšujících transparentnost a usnadňujících kontrolu dodržování kartelových dohod pokračuje v posledním bodu odůvodnění zvláštního oddílu o transparentnosti trhu. Komise totiž v bodě 113 odůvodnění vysvětluje, že „jiným zdrojem transparentnosti je kontrola maloobchodního trhu“. V tomto ohledu upřesňuje, že „[n]a základě šetření trhu vyšlo najevo, že společnosti Sony a BMG zavedly systém týdenních zpráv [...] zahrnujících informace o soutěžitelích“. Komise konečně uvádí, že šetření „rovněž potvrdilo, že prodejní složky velkých nahrávacích společností udržují pravidelné a stálé kontakty s maloobchodníky a velkoobchodníky, jelikož jednání o podpoře a propagačních slevách často probíhají každý týden“.

294 Z výše uvedeného vyplývá, že ve zvláštním oddílu rozhodnutí věnovaném přezkumu transparentnosti nejenže Komise nedospěla k závěru, že trh je neprůhledný nebo nedostatečně transparentní na to, aby umožnil společné dominantní postavení, ale mimoto pouze uvedla faktory, které vytváří vysokou transparentnost trhu a umožňují kontrolu dodržování koluze, s jedinou výjimkou tvrzení, které má dosti

omezený dosah a není podložené, že propagační ceny by mohly snížit transparentnost a učinit tiché kartelové dohody obtížnějšími. Je tedy třeba konstatovat, že uvedený oddíl nemůže zjevně sám o sobě být považován za právně dostatečné odůvodnění tvrzení, že trh není dostatečně transparentní.

295 Dále je třeba přezkoumat, zda takové odůvodnění je uvedeno v oddílu věnovaném analýze společné cenové politiky velkých společností.

296 Předem je užitečné připomenout, že použitá metoda a učiněná zjištění jsou s výhradou velmi malých odchylek u trhů pěti velkých zemí totožná, takže následující poznámky ke Spojenému království platí obdobně pro všech pět velkých trhů.

297 Poté, co Komise zjistila částečně podobný vývoj reálných čistých průměrných cen a srovnatelný vývoj cen velkých společností ve Spojeném království, uvádí v bodě 75 odůvodnění rozhodnutí, že dále přezkoumala, zda dodatečné okolnosti, totiž katalogové ceny a slevy, byly vyrovnány a byly dosti transparentní na to, aby podaly dostatečný důkaz svědčící o existenci koordinace.

298 Úvodem je třeba poznamenat, že Komise v dotčeném oddíle sleduje cíl přezkoumat, zda chování velkých společností může prokázat existenci koordinace. Ve svých vyjádřeních před Soudem Komise několikrát zdůraznila nutnost nezaměňovat společnou politiku na trhu s důkazem o transparentnosti trhu a upřesnila, že ani podstatné vyrovnání uplatňovaných podmínek nemůže prokázat transparentnost trhu. Z toho vyplývá, že i podle názoru Komise nejsou zjištění o jednáních velkých společností v oblasti cen a slev relevantní při posouzení transparentnosti trhu. Za

těchto podmínek by vyjádření obsažená v uvedeném oddíle nemohla výše zjištěný nedostatek odůvodnění nahradit. Nicméně, jelikož tato teze není v souladu s rozhodnutím, Soud považuje za nezbytné přezkoumat, zda mohou zjištění učiněná v uvedeném oddílu zjištění o neexistenci transparentnosti trhu dostatečně odůvodnit.

299 Co se, zaprvé, týče VPC, Komise zjistila, že každá velká nahrávací společnost prostřednictvím svých tří hlavních VPC dosáhla více než 80 % celkového čistého prodeje 100 nejlepších alb v roce 2003 a, navíc, že jedna nebo dvě VPC v rozmezí 17 pencí (mezi 8,98 a 9,15 liber sterlingů) představovaly více než 47 % prodeje 100 nejlepších titulů (čísla jsou dosti podobná v jiných velkých zemích; jedna nebo dvě VPC v rozmezí 0,36 eur – mezi 12,55 a 12,91 eury – představovaly například více než 60 % prodeje 100 nejlepších titulů v Itálii). Na základě toho dospěla Komise k závěru, že „katalogové ceny nejprodávanějších alb se zdají být spíše vyrovnané“. Je třeba konstatovat, že se jedná o přinejmenším opatrný závěr, jelikož vyrovnání bylo skutečně velmi značné.

300 Ostatně je namístě v tomto ohledu poznamenat, že v oznámení námitek Komise neuvedla, že jsou ceny „spíše vyrovnané“, ale uvedla, že jsou skutečně „podstatně vyrovnané“ (podle bodu 82 oznámení námitek „VPC jsou navzájem položeny velmi blízko“ a bod 87 zmiňuje „podstatné vyrovnání“). Co se týče 20 nejprodávanějších disků, Komise dokonce zmínila téměř úplné vyrovnání (viz body 85 a 86 oznámení námitek), třebaže tento prvek analýzy není v rozhodnutí opakován, aniž by Komise, která v tomto ohledu byla při jednání dotazována, uvedla, že analýza byla nepřesná, nebo aniž by byla schopna vysvětlit důvody pro vypuštění uvedeného prvku analýzy. Mimoto bod 72 odůvodnění rozhodnutí zmiňuje pouze čtyři okolnosti, na kterých se analýza společné cenové politiky zakládá, ačkoliv bod 75 oznámení námitek uváděl pátou okolnost. Jak se totiž výše připomíná, ačkoliv je oznámení námitek pouze předběžným dokumentem a ačkoliv Komise má naprosté právo nebo dokonce

povinnost změnit své stanovisko ve světle informací, které získala během svého šetření, nemůže naopak vypustit určité relevantní okolnosti pouze z důvodu, že nejsou případně v souladu s jejím novým posouzením.

- 301 Každopádně Komise, i když brala v úvahu pouze vyjádření uvedená v rozhodnutí, dospěla k závěru, že katalogové ceny byly spíše vyrovnané.
- 302 Stejně tak bod 76 odůvodnění rozhodnutí uvádí, že VPC jsou „dostatečně transparentní, jelikož jsou uvedeny v katalogích velkých nahrávacích společností“, a že „se tedy zdá být možné kontrolovat katalogové ceny jiných velkých nahrávacích společností“. Ačkoliv je toto posouzení opět velmi opatrné a silně zmírněné ve srovnání s posouzením učiněným v oznámení námitek (bod 81 oznámení námitek totiž uvádí, že „Komise se domnívá, že je pro velké společnosti mimořádně snadné sledovat VPC, za které jsou nová úspěšná alba uváděna na trh, neboť uvedené VPC jsou dostupné veřejnosti v katalogích velkých společností“), je rovněž třeba uvést, že zdůrazňuje jednu dodatečnou okolnost, která hovoří ve prospěch transparentnosti trhu. Veřejná povaha hrubých cen (katalogových cen) je zajisté velmi významná pro transparentnost v oblasti cen.
- 303 Tak se zdá, že podle samotného znění rozhodnutí představují katalogové ceny z hlediska dvou aspektů zkoumaných Komisí, tedy vyrovnání a transparentnosti, faktor transparentnosti trhu.
- 304 Co se, zadruhé, týče slev, bod 78 odůvodnění rozhodnutí uvádí, že Komise zjistila „určitý rozdíl u slev uplatňovaných velkými nahrávacími společnostmi“ a že zjistila, že „slevy na fakturu jsou ve vztahu k jiným formám slev (dohody o obchodní spolupráci a zpětných slevách) zdaleka nejvyšším uplatněným snížením cen“. Dále ověřuje jednak vyrovnání slev na fakturu, a jednak jejich transparentnost.

305 Co se týče vyrovnání slev, bod 79 odůvodnění rozhodnutí vysvětluje, že „Komise zjistila určitou míru kolísání podle jednotlivého zákazníka a rovněž rozdíly 2 až 5 procentních bodů mezi slevami na fakturu společností Sony a BMG u většiny jejich [deseti] hlavních zákazníků, a více než 5 procentních bodů u určitých zákazníků v určitých letech“. Uvedený bod odůvodnění mimo jiné zmiňuje, že „uvedená kolísání jsou v podstatě důsledkem propagačních slev používaných pružnějším způsobem než obvyklé slevy, které jsou obecně stanovovány každoročně“, a na základě toho je učiněn závěr, že „[nebylo] možno na základě uvedených zjištění prokázat, že slevy na fakturu mezi účastnicemi [spojení podniků] [byly] dostatečně vyrovnány“.

306 Úvodem je namístě poznamenat, že, jak je uvedeno výše, se analýza tedy týká chování velkých společností, a nikoliv objektivních charakteristických rysů trhu, takže má nanejvýš relativní význam pro posouzení míry transparentnosti trhu. Komise v tomto ohledu zdůraznila, že zjištění paralelnosti průměrných čistých cen velkých nahrávacích společností nebo vysoké míry stability průměrných slev dané nahrávací společnosti není důkazem ani tiché koordinace, ani nutné transparentnosti a že „celková míra vyrovnání nebo stability nemůže nahradit důkazy, které by byly významné, navzájem by se doplňovaly a svědčily by o existenci transparentnosti dostatečné k tomu, aby [podniky v oligopolním postavení] mohly vzájemně kontrolovat své chování na trhu“. Na základě toho je třeba dospět k závěru, že přezkum vyrovnání slev podle Komise nepředstavuje vhodný test pro posouzení transparentnosti trhu, jelikož transparentnost nelze prokázat ani na základě vyrovnání slev. Uvedený test může totiž být vhodný jen tehdy, pokud umožňuje zjistit jak transparentnost, tak neexistenci transparentnosti. Jelikož se však tento názor Komise, jak bylo výše uvedeno, dostatečně nezakládá na rozhodnutí, přezkoumá Soud, zda vyjádření obsažená v bodech 78 a 79 odůvodnění rozhodnutí právně dostatečným způsobem prokazují nedostatek transparentnosti trhu.

307 Nejprve je třeba konstatovat, že rozdíl v obecné výši slev na fakturu poskytovaných účastnicemi spojení podniků, jak je uveden v bodě 78 odůvodnění rozhodnutí, je pouze velmi malý, totiž [důvěrné] od 2 do 5 % jejich celkového hrubého prodeje ve Spojeném království. V Itálii je tento rozdíl rovněž téměř nulový, totiž [důvěrné]

mezi 0 a 5 % (bod 99 odůvodnění rozhodnutí). Stejně tak jsou rozdíly od 2 do 5 % [důvěrné] mezi slevami na fakturu účastnic spojení podniků pro většinu jejich deseti nejlepších zákazníků, uvedené v bodě 79 odůvodnění rozhodnutí, velmi malé. Z toho plyne, že údaje uvedené v bodech 78 a 79 odůvodnění a v bodech odůvodnění týkajících se ostatních velkých zemí neumožňují odůvodnit závěr, že slevy na fakturu nejsou dostatečně vyrovnány.

308 Dále se zdá, že podle samotného znění rozhodnutí se tento malý rozdíl zdá bezvýznamný. Podle bodu 77 odůvodnění rozhodnutí totiž „[a]nalýza Komise prokázala, že čisté prodejní ceny jsou úzce spojeny s hrubými cenami (VPC) vzhledem k paralelnímu vývoji hrubých průměrných cen a reálných čistých průměrných cen společností Sony a BMG za posledních šest let, jakož i k velmi vysoké stabilitě poměru mezi čistými a hrubými cenami v jakémkoliv okamžiku u všech alb dohromady“. Mimoto na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, bod 77 odůvodnění rozhodnutí se neomezuje na konstatování paralelního vývoje pouze mezi průměrnými hrubými a čistými cenami u všech alb dohromady (tj. stability průměrné slevy na celkový prodej), který by takto zakryl případné rozdíly ve slevách poskytovaných na jednotlivá alba, ale rovněž se tam konstatuje stabilita slev podle jednotlivého alba a v čase. Pokud se totiž druhá část věty bodu 77 odůvodnění týkala poměru průměrných hrubých a čistých cen, jak to tvrdí Komise, byla by nadbytečná, jelikož tento poměr je totéž co odchylka mezi hrubými a čistými cenami, jejíž stabilita je konstatována v první části věty. To vyplývá velmi jasně i z jazykové verze, v níž bylo rozhodnutí vypracováno, jelikož tato verze používá pojem „ratios“ (poměry) v množném čísle (velmi stabilní poměry hrubých a čistých cen u jednotlivých alb a v čase). Bod 90 oznámení námitek ostatně rovněž uvádí, že Komise zjistila, že „u jednotlivých vydání přezkoumávaných Komisí byly poměry mezi hrubými a čistými cenami velmi stabilní podle alba a v čase“. Stejně tak bod 75 podbod iv) oznámení námitek vysvětluje, že Komise analyzovala vývoj hrubého a čistého prodeje jednotlivých alb, a v poznámce pod čarou 47 upřesňuje, že „analýza hrubých a čistých cen byla provedena jednotlivě pro deset nejprodávanějších titulů společností BMG a Sony v roce 2002“.

- 309 Krom toho z poslední věty bodu 77 odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že slevy nemohou skutečně ovlivnit transparentnost trhu v oblasti cen, která je důsledkem zejména veřejných katalogových cen, jelikož se konstatuje, že „[k]dyby se velké nahrávací společnosti citelně odchýlily od dohodnutých cenových politik poskytováním slev, projevíly by se tyto odchylky v jejich čistých průměrných cenách“.
- 310 Mimoto, ačkoliv Komise ve svých spisech účastníka řízení uplatňuje, že údaje týkající se průměrných čistých cen nebo průměrných slev nemohou prokázat vyrovnání nebo koordinaci a že pouze záleží na jednotlivých rozhodnutích o stanovení cen, je třeba konstatovat, že uvedená argumentace nenachází v rozhodnutí oporu. Takto zejména bod 70 odůvodnění rozhodnutí vysvětluje, že „Komise je názoru, že průměrné ceny představují vhodný nástroj, jak zjistit, zda velké nahrávací společnosti vykazují paralelní chování“. Krom toho, pokud, jak tvrdila Komise před Soudem, vyjádření týkající se cenové politiky nejsou relevantní pro posouzení transparentnosti, vyplývalo by z toho, že vyjádření ke slevám uvedená v bodech 78 až 80 odůvodnění rozhodnutí (a v bodech odůvodnění týkajících se trhů ostatních velkých zemí) by nemohla obsahovat odůvodnění nedostatku transparentnosti, jelikož slevy představují složku cen a jsou posuzovány v rámci přezkumu koordinace v oblasti cen.
- 311 Z výše uvedeného vyplývá, že zjištění týkající se vyrovnání slev na fakturu uvedená v bodech 78 a 79 odůvodnění rozhodnutí (a v bodech odůvodnění týkajících se ostatních velkých zemí) neumožňují odůvodnit tvrzení o nedostatku transparentnosti trhu.
- 312 Co se týče transparentnosti slev, bod 80 odůvodnění rozhodnutí uvádí, že „z odpovědí britských zákazníků v rámci šetření trhu provedeného Komisí se z většiny ukazuje, že velké nahrávací společnosti měly v určité míře znalost obvyklých slev poskytovaných jejich soutěžiteli vzhledem k jejich stálým vztahům se stejnými zákazníky“. Toto zjištění se ve stejném znění opakuje v souvislosti s pěti

velkými zeměmi (body 87, 94, 101 a 108 odůvodnění rozhodnutí). Aniž by bylo třeba v rámci přezkumu výtky vycházející z porušení povinnosti odůvodnění posoudit opodstatněnost uvedeného zjištění, je přinejmenším třeba konstatovat, že vzhledem k důkazům, na kterých je založeno, zřejmě podává velmi zmírněný obraz míry transparentnosti na trhu. Zejména, co se týče Itálie, je sotva možné pochopit, jak se mohla Komise domnívat, že se z odpovědí zákazníků mohlo „z většiny“ ukázat, že velké společnosti měly pouze „v určité míře“ znalost slev poskytovaných jejich soutěžiteli, jelikož poznámka pod čarou 55 rozhodnutí uvádí, že „[p]ět italských maloobchodníků, kterých na otázku odpovědělo, uvedlo, že velké nahrávací společnosti znaly VPC a slevy uplatňované jejich soutěžiteli“. Stejně tak v případě Francie z poznámky pod čarou 49 rozhodnutí vyplývá, že tři ze čtyř maloobchodníků uvedli, že velké nahrávací společnosti znaly VPC a slevy uplatňované na trhu jejich soutěžiteli.

313 Dále je namístě poznamenat, že v případě žádné z těchto zemí vysvětlující poznámky pod čarou nijak nerozlišují mezi obvyklými a propagačními slevami, takže nejsou zřejmé důvody, proč Komise z odpovědí zákazníků vyvodila, že velké společnosti měly určitou znalost pouze obvyklých slev, a nikoliv propagačních slev.

314 Je každopádně třeba konstatovat, že se podle samotného rozhodnutí Komise domnívala, že existuje určitá transparentnost obvyklých slev.

315 Tak se zdá, že jediným znakem neprůhlednosti zjištěným v rozhodnutí je tvrzení v bodě 80 odůvodnění (a v bodech odůvodnění týkajících se ostatních velkých zemí), podle kterého „se však [zdá], že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy a že jejich sledování vyžaduje rovněž pozorné sledování vývoje uvedeného druhu slev na maloobchodním trhu“.

- 316 V tomto ohledu je třeba nejprve poznamenat, že se neuvádí, že by propagační ceny byly neprůhledné, ale pouze že jsou „méně transparentní než obvyklé slevy“ a že jejich kontrola vyžaduje pozorné sledování. Mimoto je upřesněno, že Komise zjistila, že společnosti Sony a BMG zavedly systém týdenních zpráv zpracovávaných jejich prodejními složkami, aniž by však bylo možné prokázat, že tyto zprávy zajišťovaly dostatečnou míru transparentnosti uvedených propagačních slev.
- 317 Dále je namístě připomenout, že, jak vyplývá z druhé věty bodu 150 odůvodnění rozhodnutí, hlavními slevami uplatňovanými ve všech zemích jsou obvyklé slevy. Z toho vyplývá, že podle samotného rozhodnutí měly propagační slevy pouze omezený dopad na ceny. Stejně tak z bodu 77 odůvodnění vyplývá, že slevy (jak obvyklé tak propagační) za posledních šest let neovlivnily dohodnuté postupy v oblasti cen.
- 318 Rovněž je třeba poznamenat, že rozhodnutí neuvádí, že by trh byl neprůhledný ani že by nebyl dostatečně transparentní na to, aby umožnil koordinaci cen, ale nanejvýš, že propagační slevy jsou méně transparentní, aniž by poskytovalo sebemenší informaci o jejich povaze, o okolnostech, za jakých jsou poskytovány, o jejich konkrétní výši ve vztahu k čistým cenám nebo o jejich dopadu na transparentnost cen.
- 319 Krom toho je třeba připomenout, že, jak bylo výše vysvětleno, Komise v rozhodnutí uvedla množství okolností a faktorů, které prospívají transparentnosti trhu a usnadňují kontrolu dodržování kartelové dohody.
- 320 Z toho vyplývá, že několik tvrzení o propagačních slevách obsažených v oddíle rozhodnutí věnovaném přezkumu koordinace cen ve velkých zemích, jelikož jsou

nepřesné, nepodepřené, nebo dokonce v rozporu s jinými tvrzeními uvedenými v rozhodnutí, nemůže prokázat neprůhlednost trhu ani samotných propagačních slev. Tato tvrzení se mimoto omezují na to, že uvádějí, že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy, ale nevysvětlují, v čem jsou relevantní pro transparentnost trhu, a neumožňují pochopit, jak by sama o sobě mohla vyvážit všechny ostatní faktory transparentnosti trhu uvedené v rozhodnutí, a tak znemožnit transparentnost nezbytnou pro existenci společného dominantního postavení.

321 Co se konečně týče skutečností uvedených v oddíle rozhodnutí věnovaném posouzení situace v malých zemích, Komise nejprve uvádí v bodě 149 odůvodnění rozhodnutí, že VPC jsou používány dosti srovnatelným způsobem ve velkých zemích. V tomto ohledu poznamenává, že podstatná část prodeje probíhá za použití několika VPC a že velké společnosti používají VPC paralelním způsobem, a upřesňuje, že „[j]ak svědčí čísla uvedená pro každou z malých zemí, jsou, co se týče Nizozemska a Belgie, dvě hlavní VPC společností Sony a BMG prakticky totožné“. Na základě toho dospívá k závěru, že mezi VPC velkých nahrávacích společností existoval vysoký stupeň podobného vývoje. Tak z bodu 149 odůvodnění vyplývá, že Komise v malých zemích zjistila ještě značnější transparentnost a vyrovnání VPC než ve velkých zemích.

322 Co se týče slev poskytovaných v malých zemích, je třeba konstatovat, že dotčený oddíl neuvádí žádné tvrzení v souvislosti s propagačními slevami a že tyto slevy nejsou zmíněny. Komise zcela naopak v bodě 150 odůvodnění rozhodnutí poukazuje na to, že stejně jako v pěti velkých zemích jsou hlavními slevami uplatňovanými ve všech malých zemích obvyklé slevy.

323 Krom toho, ačkoliv Komise uvádí, že společnosti Sony a BMG poskytují slevy na fakturu významného dosahu, že se jejich výše liší mezi jednotlivými zákazníky a i mezi společnostmi Sony a BMG, že nejsou zveřejněny a že je jejich důsledkem

snížena transparentnost, neposkytuje však žádný číselný údaj o jejich výši či o jejich rozdílu. Mimoto není vysvětleno, zda, je-li tomu tak, charakteristické rysy trhu stejně jako ve velkých zemích přinejmenším nezpůsobují transparentnost obvyklých slev. Stejně tak není uvedeno, zda slevy, obvyklé nebo propagační, vedou k různým čistým cenám, jelikož se zdá, že výrok, podle kterého „Komise neprokázala existenci dostatečných důkazů dosvědčujících, že by paralelnost průměrných čistých cen byl způsoben tichou koluzí“, spíše naznačuje, že tomu tak není.

324 Z toho vyplývá, že ani oddíl týkající se malých zemí neobsahuje odůvodnění zjištění, podle kterého trh není dostatečně transparentní z důvodu propagačních slev. Situace v malých zemích každopádně nemůže představovat platné odůvodnění zjištění o míře transparentnosti trhů velkých zemí.

325 Z celkových výše uvedených úvah vyplývá, že výtka vycházející z nedostatečného odůvodnění zjištění ohledně transparentnosti trhu je opodstatněná, což samo o sobě odůvodňuje zrušení rozhodnutí.

326 Krom toho Soud nicméně nadto přezkoumá výtky a argumenty žalobkyně, podle kterých okolnosti, kterých se dovolává Komise s cílem prokázat nedostatek transparentnosti trhu, jsou postiženy vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení.

b) K výtce vycházející ze zjevně nesprávného posouzení

327 Nejprve je třeba připomenout, že hmotněprávní pravidla nařízení, a zejména jeho článek 2, svěřují Komisi, především pro účely posouzení hospodářské povahy,

určitou diskreční pravomoc. Soud Společenství proto musí provádět přezkum výkonu takové pravomoci, která má pro vymezení pravidel v oblasti spojování podniků zásadní význam, s přihlédnutím k prostoru pro uvážení, který je předpokládán normami hospodářské povahy, jež jsou součástí režimu spojování podniků (rozsudky Kali & Salz, bod 245 výše, body 223 a 224, a Komise v. Tetra Laval, bod 232 výše, bod 38; rozsudky Soudu Gencor v. Komise, bod 246 výše, body 164 a 165; Airtours v. Komise, bod 45 výše, bod 64; ze dne 25. října 2002, Tetra Laval v. Komise, T-80/02, Recueil, s. II-4519, bod 119, a ze dne 14. prosince 2005, General Electric v. Komise, T-210/01, Sb. rozh. s. II-5575, bod 60).

328 Soudní dvůr však upřesnil následující:

„Jestliže Soudní dvůr přiznává Komisi určitý prostor pro uvážení v hospodářské oblasti, neznamená to, že soud Společenství nesmí přezkoumávat výklad údajů hospodářské povahy provedený Komisí. Soud Společenství totiž musí zejména ověřit nejen věcnou správnost uplatněných důkazů, jejich spolehlivost a soudržnost, ale rovněž přezkoumat, zda představují veškeré relevantní údaje, jež musí být při posuzování komplexní situace vzaty v úvahu, a zda o ně lze opřít závěry, které z nich byly vyvozeny.“ (rozsudek Komise v. Tetra Laval, bod 232 výše, bod 39.)

329 Ve světle uvedených úvah je třeba přezkoumat, zda jsou posouzení Komise ohledně transparentnosti trhu postižena zjevnou vadou.

330 Žalobkyně nejprve upozorňuje, že před přijetím rozhodnutí byly trhy s hudebními nahrávkami považovány za dostatečně transparentní, aby umožnily společně dominantní postavení.

- 331 Žalobkyně v tomto ohledu připomíná, že v rámci přezkumu návrhu spojení podniků mezi EMI a Time Warner Komise zjistila, že trh s hudebními nahrávkami se vyznačuje výrobky se standardizovanými cenami (standardised pricing products) a je „velmi transparentní“ (viz body 37, 38 a 57 oznámení námitek ve věci návrhu spojení podniků EMI/Time Warner).
- 332 Žalobkyně dodává, že ve své měsíční zprávě ze září 2002 o trhu s hudebními nahrávkami měl Office of Fair Trading rovněž za to, že se trh vyznačuje vysokou mírou transparentnosti a označil soubor faktorů (zejména týdenní zveřejňování žebříčků, společný prodej a pravidelné návštěvy maloobchodníků za účelem kontroly zásob), v jejichž důsledku je dostupných více informací o soutěžitelích než v mnohých jiných odvětvích (viz bod 114 oznámení námitek).
- 333 Konečně žalobkyně uplatňuje, že v projednávaném případě po prvním přezkumu návrhu spojení podniků mezi společnostmi Sony a Bertelsmann oznámeném dne 9. ledna 2004 a po prvním šetření trhu, zejména u maloobchodníků a velkých společností, dospěla Komise v rozhodnutí ze dne 12. února 2004 k závěru, že navrhované spojení vyvolává vážné pochybnosti o své slučitelnosti se společným trhem, a tedy zahájila řízení v souladu s čl. 6 odst. 1 písm. c) nařízení. Během tohoto řízení Komise pokračovala ve svém šetření a adresovala soubor žádostí o informace účastnicím spojení podniků (ve dnech 19. února, 5. března, 17. března, 23. března, 1. dubna a 10. května 2004), jiným velkým společnostem (ve dnech 11. března a 10. května 2004), jakož i jiným subjektům na trhu (viz zejména dotazník ze dne 16. dubna 2004 pro maloobchodníky). Vzhledem k přezkumu veškerých získaných údajů a informací, jakož i diskuzím se společnostmi Sony a BMG, vydala Komise dne 24. května 2004 oznámení námitek, ve kterém dospěla předběžně k závěru, že navrhované spojení je neslučitelné se společným trhem, zejména jelikož posiluje společné dominantní postavení na trhu s hudebními nahrávkami.

334 Žalobkyně zdůrazňuje, že v oznámení námitek Komise jednak zjistila paralelnost cen velkých společností, jak hrubých, tak čistých, a jednak měla za to, že trh je dostatečně transparentní, aby umožnil rozvoj společného dominantního postavení velkých společností a sledování koordinace cen (viz zejména bod 93 oznámení námitek). V bodech 94 až 114 oznámení námitek Komise v tomto ohledu analyzovala deset faktorů, díky nimž je trh s hudebními nahrávkami zvláště prospěšný koordinaci a které usnadňují kontrolu této koordinace. Komise tak poukázala na: a) homogennost výrobku; b) omezený počet VPC; c) omezený počet relevantních alb; d) týdenní zveřejňování žebříčků; e) stabilitu zákaznické základny; f) relativní stabilitu tržních podílů; g) vysoký počet kontaktů díky vertikální integraci velkých společností; h) vysoký počet strukturálních vazeb mezi velkými společnostmi, jako jsou společné podniky pro kompilace a distribuci, jakož i licenční a distribuční dohody; i) společnou účast v odvětvových sdruženích; j) společné vyjednávání o autorských právech.

335 Ačkoliv se tedy na rozdíl od posouzení Komise uvedeného v rozhodnutí ukazuje, že dotčený trh byl jak Komisí, tak orgánem pro hospodářskou soutěž Spojeného království považován, co se týče britského trhu, za velmi transparentní a každopádně dostatečně transparentní na to, aby umožnil nezbytné sledování tiché koordinace cen, nestačí však tato samotná okolnost sama o sobě k prokázání, že opačné stanovisko přijaté Komisí v rozhodnutí je postiženo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení. Na jednu stranu totiž nemohou posouzení provedená vnitrostátním orgánem pro hospodářskou soutěž Komisi jakýmkoliv způsobem vázat v jejím posouzení a na druhou stranu, jak se výše připomíná, oznámení námitek je pouze přípravným dokumentem, jehož závěry mají čistě předběžnou povahu, a Komise má povinnost vzít v úvahu okolnosti shromážděné během správního řízení, jakož i argumenty vznesené dotčenými podniky, aby mohla upustit od námitek, které se definitivně ukázaly jako neopodstatněné. Tato poznámka se přirozeně uplatní *a fortiori* tam, kde se jedná o předběžné posouzení provedené několik let předtím v rámci přezkumu jiného návrhu spojení podniků nebo o posouzení jiného orgánu pro hospodářskou soutěž v jiné souvislosti. To však neznamená, že oznámení námitek zcela postrádá platnost či relevanci. Má-li totiž vyšetřovací správní řízení mít sebemenší smysl nebo význam, měla by Komise být

nejen schopna vysvětlit, jistěže nikoliv v rozhodnutí, ale přinejmenším v rámci řízení před Soudem, důvody, pro které měla za to, že její předběžná posouzení byla chybná, ale především musí být posouzení obsažená v rozhodnutí slučitelná se skutkovými zjištěními učiněnými v oznámení námitek, pokud není prokázáno, že uvedená zjištění byla nesprávná.

336 Žalobkyně dále předně tvrdí, že veškeré důkazy shromážděné Komisí a obsažené jak v oznámení námitek, tak v rozhodnutí ukazují na to, že ceny velkých společností jsou transparentní a určitě dosti transparentní na to, aby umožnily tichou koordinaci. Komise podle ní nepředložila žádný důkaz o neprůhlednosti trhu, ale na základě údajných rozdílů ve slevách se spokojila se závěrem, že tyto rozdíly mohou snížit transparentnost. Žalobkyně uvádí k úvahám ohledně slev množství výtek a tvrdí, že Komise přiznala přílišný význam slevám, zejména propagačním slevám, aniž by posoudila jejich relevanci.

337 Je třeba postupně přezkoumat výtky a argumenty týkající se faktorů transparentnosti trhu uvedených v rozhodnutí a dále faktorů, které mají zpochybnit údajné faktory neprůhlednosti trhu tím, že budou současně konfrontovány s argumenty a důkazy uplatněnými žalovanou a vedlejšími účastnicemi řízení, i když jsou mnohé okolnosti a argumenty vzájemně spojeny a i když se posouzení transparentnosti trhu musí zakládat na celkové analýze veškerých relevantních okolností.

Faktory transparentnosti uvedené v rozhodnutí

338 Zprv je třeba připomenout, že hrubé prodejní ceny velkých společností pro jejich zákazníky (maloobchodníky, supermarkety atd.) jsou veřejné, jelikož jsou uvedeny v jejich katalogích. Jde nezpochybnitelně o velmi důležitý zdroj transparentnosti

v oblasti cen. Bod 76 odůvodnění rozhodnutí skutečně pouze zmiňuje, že „VPC jsou dostatečně transparentní, jelikož jsou uvedeny v katalogích velkých společností“ a že „zdá se tedy být možné kontrolovat katalogové ceny jiných velkých společností“. Tato zmírněná formulace však nemůže relativizovat zjištění o transparentnosti hrubých cen, jelikož Komise v rozhodnutí ani v řízení před Soudem neuplatnila žádnou okolnost, kterou by vysvětlila, proč jsou hrubé ceny pouze „dosti transparentní“. V oznámení námitek (bod 81) Komise ostatně v tomto ohledu poznamenala následující:

„Komise se domnívá, že je pro velké společnosti mimořádně snadné sledovat VPC, za které jsou nová úspěšná alba uváděna na trh, neboť uvedené VPC jsou dostupné veřejnosti v katalogích velkých společností.“

339 Zadruhé je namístě zdůraznit, že je v rozhodnutí uvedeno, že přestože účastnice spojení podniků potvrdily, že používaly více než 100 VPC, Komise zjistila, že každá velká společnost s jejími třemi hlavními VPC dosáhla v jednotlivých zemích mezi více než 55 a více než 80 % celkového prodeje 100 nejlepších titulů. Toto soustředění podstatné části prodeje alb kolem velmi omezeného počtu referenčních cen, které je potvrzeno odpověďmi velkých společností, má za účinek usnadnění koordinace cen, jak to ostatně zdůraznila Komise v bodě 96 oznámení námitek: „Uvedený cenový systém usnadňuje koordinaci, jelikož poskytuje snadno pochopitelnou informaci o výši, ve které velké společnosti stanovují ceny většiny svého prodeje“.

340 Ve své žalobní odpovědi Komise zajisté argumentovala komplexností tvorby velkoobchodních cen, jelikož jednotlivá alba mají různou míru úspěchu, což ovlivňuje původní stanovení VPC při vydání alba a její další vývoj, takže je podle ní obtížné určit, zda se VPC alba změnila, aby udržela klesající úspěch, nebo v rámci strategie „odchýlení se“. Nejprve je třeba konstatovat, že uvedená argumentace nenachází žádnou oporu v rozhodnutí a že se dokonce nachází v rozporu se zjištěními, která jsou v něm učiněna. Jak je totiž výše zmíněno, Komise v bodě 76 odůvodnění rozhodnutí (a v bodech odůvodnění týkajících se ostatních zemí) zjistila, že ačkoliv velké společnosti potvrdily, že používají více než 100 VPC, používají pro podstatnou část svého prodeje pouze dvě nebo tři VPC. Mimoto je v bodě 110

odůvodnění rozhodnutí uvedeno, že „[p]řes tuto heterogennost obsahu se zdají být podmínky stanovování cen alb a podmínky jejich prodeje na velkoobchodních trzích dosti standardizované“. Dále je namístě poznamenat, že jelikož je míra úspěchu alba v každém okamžiku známa díky žebříčkům, mohou velké společnosti na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, snadno zjistit, zda změna VPC alba je v mezích dohodnuté cenové politiky, či nikoliv.

341 Zatřetí bod 111 odůvodnění rozhodnutí uvádí následující:

„[...] Přestože prodej alb probíhá za omezeného počtu referenčních cen, mohla by rozdílnost alb nabízených za rozdílné katalogové ceny ztížit kontrolu dodržování kartelové dohody. Velké společnosti však musí pouze kontrolovat referenční ceny omezeného počtu alb, která patří mezi nejprodávanější, aby mohly sledovat většinu prodeje. Z údajů poskytnutých účastnicemi spojení podniků vyplývá, že 20 nejprodávanějších titulů každý rok představuje alespoň polovinu ročního prodeje společnosti BMG ve všech zemích dohromady s výjimkou Německa“ (viz rovněž bod 85 oznámení námitek).

342 Ve své žalobní odpovědi však Komise uplatnila, že jelikož míru budoucího úspěchu nelze s úplnou jistotou před vydáním daného alba předvídat (stejně jako dobu trvání úspěchu po jeho vydání), vyžaduje úspěšná koordinace stálé sledování VPC mnohem většího počtu jednotlivých alb, než je počet alb, která jsou posléze považována za největší přínos z hlediska obratu každé velké společnosti.

343 Je třeba konstatovat, že uvedená argumentace nenachází žádnou oporu v rozhodnutí, podle kterého musí velké společnosti kontrolovat pouze referenční

ceny omezeného počtu alb, která patří mezi nejprodávanější, aby mohly sledovat většinu prodeje. Toto sledování je ostatně z velké části usnadněno prostřednictvím žebříčků, které v každém okamžiku poskytují velmi přesnou informaci o vývoji úspěchu různých alb.

344 Mimoto, jak správně zdůrazňuje žalobkyně, rozhodnutí rovněž uvádí, že „Komise nalezla určité okolnosti, podle kterých mohly VPC být použity jako základ pro vyrovnávání cen“. Tvrzení Komise, že uvedené zjištění není konečné, zjevně nemůže obstát, jelikož rozhodnutí z definice představuje poslední fázi řízení o kontrole spojování podniků a Komise nepoukázala na žádnou jinou okolnost v rozhodnutí, která by vyvrátila nebo snížila význam uvedeného zjištění. Komise se nanejvýš dovolává skutečnosti, že účastnice spojení podniků předložily důkazy, že se kombinace VPC odpovídajících jejich 20 nejlepším albům často a ve vysoké míře měnily mezi jednotlivými čtvrtletími a že nepředvídatelnost úspěchu by nutila každou velkou společnost sledovat VPC více než 80 alb (nebo 60 alb po spojení podniků) vyrobených jejich soutěžiteli. Toto zjištění přitom v rozhodnutí uvedeno nebylo a je se zjištěními v něm učiněnými v rozporu.

345 Je třeba rovněž konstatovat, že údaje zpracované ekonomy účastnic spojení podniků, krom toho, že není jasné, jak je na jejich základě možno dojít k závěru, ke kterému na jejich základě dospívá Komise, nejsou jasné a nezdají se být spolehlivé. Tak je přinejmenším překvapivé, že VPC mohly mezi jednotlivými čtvrtletími vzrůst v uvedené míře [*důvěrné*].

346 Počet alb, který by podle Komise měl být sledován, se každopádně nezdá být tak vysoký, že by toto sledování znemožňoval, ani zvláště obtížný nebo nákladný, o to více, jak uznává Komise, když týdenní žebříčky sledování značně usnadňují.

- 347 Z výše uvedeného vyplývá, že tři faktory – veřejná povaha hrubých cen (VPC), omezený počet referenčních cen a omezený počet alb, která musí být sledována – uvedené v rozhodnutí umožňují vytvořit vysokou transparentnost cen.
- 348 Mimoto, jak je uvedeno v bodě 112 odůvodnění rozhodnutí, „na trhu existují jiné mechanismy zvyšující transparentnost, které by mohly usnadnit kontrolu dodržování kartelové dohody“.
- 349 Zaprvé rozhodnutí v bodě 112 odůvodnění uvádí, že „zveřejňování týdenních [žebříčků], které poskytují informace o prodeji jednotlivých titulů, umožňuje velmi snadno identifikovat tituly, z nichž se stávají ‚hity‘ a které mají největší podíl na prodeji“. Žebříčky tak představují důležitý zdroj transparentnosti, jelikož umožňují nejen v každém okamžiku identifikovat nejprodávanější alba, ale rovněž ověřit, zda jsou alba prodávána za cenu odpovídající míře jejich úspěchu, jelikož jsou VPC veřejné. Rozhodnutí ostatně upřesňuje, že toto „týdenní zveřejňování prodeje podle titulu značně usnadňuje kontrolu ze strany velkých společností“.
- 350 Zadruhé se trh „vyznačuje stabilními a dlouhodobými vztahy mezi maloobchodníky a velkými společnostmi“, jelikož každý maloobchodník musí nabízet výrobky všech velkých společností (bod 112 odůvodnění rozhodnutí).
- 351 Zatřetí existuje podle rozhodnutí pouze omezený počet subjektů na trhu, jelikož velká část prodeje je směřována omezenému počtu zákazníků. Jak je vysvětleno v bodě 112 odůvodnění *in fine*, tato situace „prospívá přijímání strategií spolupráce, které slouží zájmům velkých společností, jelikož usnadňuje kontrolu a výměnu informací“.

352 Začtvrté Komise zjistila existenci kontroly maloobchodního trhu. Podle bodu 113 odůvodnění rozhodnutí „na základě šetření vyšlo najevo, že společnosti Sony a BMG zavedly systém týdenních zpráv zahrnujících informace o soutěžitelích“.

353 Ve své žalobní odpovědi Komise zajisté uplatňuje, že zprávy, které jí byly předloženy účastnicemi spojení podniků, neobsahovaly informace o slevách a že nemohla prokázat, že uvedené zprávy zajišťovaly dostatečnou míru transparentnosti propagačních slev poskytovaných soutěžiteli.

354 V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že ať již jsou informace o hrubých, čistých nebo maloobchodních prodejních cenách nebo o slevách obsažené v uvedených zprávách jakkoliv přesné, představují, což ostatně rozhodnutí poznamenává, dodatečný faktor transparentnosti trhu. Z týdenních zpráv předložených Komisí ostatně vyplývá, že uvedené zprávy obsahují informace o stavu zásob alb soutěžitelů a jeho vývoji.

355 Dále je třeba poznamenat, že se pouze jedná o několik příkladů týdenních zpráv předložených samotnými účastnicemi spojení podniků.

356 [důvěrné]

357 [důvěrné]

358 [důvěrné]

359 [důvěrné]

360 [důvěrné]

361 Zapáté je v bodě 113 odůvodnění rozhodnutí vysvětleno, že prodejní složky velkých společností udržují pravidelné a stálé kontakty s maloobchodníky a velkoobchodníky, jelikož jednání o podpoře a propagačních slevách často probíhají každý týden. Ačkoliv na existenci kontaktů s maloobchodníky není nic neobvyklého, hojnost kontaktů však prodejním složkám umožňuje získat přesnější informace o soutěžitelích a jimi uplatňovaných podmínkách a sledovat téměř v reálném čase vývoj úspěchu různých alb soutěžitelů. Tak je tomu v projednávaném případě o to spíše, když, jak je vysvětleno v bodě 112 odůvodnění rozhodnutí, povaha trhu je taková, že každý maloobchodník musí nabízet výrobky všech velkých společností, takže každá velká společnost je ve stálém kontaktu se všemi zákazníky svých soutěžitelů, a může tak získat přesné informace o jimi uplatňovaných podmínkách. Je rovněž zjištěno, že podstatná část prodeje je směřována omezenému počtu zákazníků. Uvedené okolnosti mohou způsobit vysokou transparentnost trhu. Komise ostatně v bodě 112 odůvodnění rozhodnutí dospěla k závěru, že tato situace „prospívá přijímání strategií spolupráce, které slouží zájmům velkých nahrávacích společností, jelikož usnadňuje kontrolu a výměnu informací“.

362 Z uvedených pěti dodatečných faktorů vyplývá, že vysoká transparentnost, která byla již důsledkem prvních tří výše uvedených faktorů (zejména zveřejňování prodejních cen), se dále zvyšuje. V tomto ohledu je namístě poznamenat, že Komise v bodě 116 oznámení námitek ostatně dospěla k závěru, že „struktura trhu je taková, že se informace snadno vyměňují a že vzájemné sledování vůdčích zásad velkými společnostmi bylo jen rutinou“.

- 363 Nyní je třeba přezkoumat, zda okolnosti, jichž se dovolává Komise jako zdroje neprůhlednosti trhu, jsou natolik významné, aby umožnily vyvrátit závěr, že je trh dostatečně transparentní na to, aby umožnil sledování dodržování společné cenové politiky.

Okolnosti, které mohou činit trh neprůhledným

- 364 Přes mnohé výše vzpomínané zdroje transparentnosti trhu dospěla Komise k závěru, jak vyplývá z bodu 157 odůvodnění rozhodnutí, že neexistuje společné dominantní postavení z důvodu, že byly zjištěny nedostatky na úrovni skutečné transparentnosti.
- 365 Ze zvláštního oddílu věnovaného přezkumu transparentnosti trhu vyplývá, že se toto posouzení zakládá na tvrzení uvedeném v bodě 111 odůvodnění rozhodnutí, podle kterého „určitá kontrola na úrovni jednotlivého výrobku, tzn. alba, je rovněž nutná, zejména s ohledem na propagační slevy“. Uvedený bod odůvodnění mimoto poukazuje na to, že „[š]etření trhu ukazuje, že by tato nutnost mohla snížit transparentnost trhu a činit tiché kartelové dohody obtížnějšími“ a že „Komise nenalezla dostatek důkazů pro závěr, že tyto obtíže mohly být v minulosti překonány“. V tomto ohledu je v bodě 113 odůvodnění rozhodnutí upřesněno, že Komise „nenalezla dostatek důkazů, aby prokázala, že sledováním maloobchodních cen nebo využíváním uvedených kontaktů s maloobchodníky mohly velké nahrávací společnosti v minulosti nahradit nedostatek transparentnosti v oblasti slev, zejména propagačních“. Z toho vyplývá, že to bylo na základě slev, nebo přinejmenším propagačních slev, proč se Komise domnívala, že trh nebyl dostatečně transparentní na to, aby umožnil vytvoření společného dominantního postavení.

366 V tomto ohledu je úvodem třeba poznamenat, že Komise v rozhodnutí nedospěla k závěru, že by trh díky slevám nebyl transparentní ani že by slevy ovlivnily transparentnost nebo míru transparentnosti nutnou k tomu, aby bylo umožněno společné dominantní postavení, ale nanejvýš že by slevy mohly „činit tiché kartelové dohody obtížnějšími“. Za těchto podmínek a vzhledem k veřejné, a tudíž transparentní povaze VPC a všech ostatních faktorů, které podle samotného znění rozhodnutí zvyšují transparentnost trhu a usnadňují kontrolu dodržování kartelové dohody, neumožňují tvrzení a úvahy uvedené ve zvláštním oddíle věnovaném přezkumu transparentnosti trhu, jak bylo rozhodnuto v rámci výtky týkající se odůvodnění, odůvodnit posouzení, podle kterého trh není dostatečně transparentní.

367 Nicméně v rámci oddílu věnovaného společné cenové politice Komise u všech pěti velkých zemí týmž způsobem konstatovala kolísání slev v podstatě v důsledku propagačních slev a uvedla, že nemůže prokázat dostatečnou míru transparentnosti propagačních slev (body 79 a 80 odůvodnění rozhodnutí v souvislosti se Spojeným královstvím a body 86 a 87, 93 a 94, 100 a 101 a 107 a 108 v souvislosti s ostatními zeměmi).

368 Posouzení Komise se zakládá na myšlence, která byla výslovně uplatňována v jejích spisech účastníka řízení a která byla pro rozhodnutí výchozí, že tichá koordinace v oblasti cen může být účinná leda tehdy, pokud se týká čistých prodejních cen, tzn. hrubých cen – v projednávané věci tedy VPC minus slevy. Sledování společné politiky na úrovni VPC a možnost kontrolovat její dodržování by totiž neměly význam, pokud by tajné a neprůhledné slevy rušily účinky této koordinace katalogových cen.

369 Z rozhodnutí (bod 73 odůvodnění) vyplývá, že velké společnosti poskytují více druhů slev: slevy na fakturu (obvyklé a propagační), zpětné slevy a platby na základě dohod o obchodní spolupráci. Je nesporné, že pouze slevy na fakturu byly považovány Komisí za relevantní za účelem posouzení transparentnosti. Na jedné

straně totiž podle bodu 73 odůvodnění (a rovněž podle bodu 151 odůvodnění) šetření ukázalo, že výdaje na základě dohod o obchodní spolupráci představovaly spíše určitou formu úplaty za prodej než opravdovou slevu, na druhé straně, zpětné slevy podle bodů 78, 92, 99 a 106 odůvodnění rozhodnutí neexistují nebo jsou nízké a, jak je vysvětleno v bodě 151 odůvodnění rozhodnutí, jelikož je „jejich posláním být určitou ‚věrnostní slevou‘, nemají bezprostřední dopad na hospodářskou soutěž v oblasti cen“. Všechny body odůvodnění rozhodnutí týkající se transparentnosti slev (body 111 a 113 ve zvláštním oddíle o transparentnosti a body 79 a 80 odůvodnění v oddíle týkajícím se společné cenové politiky v souvislosti se Spojeným královstvím, jakož i body odůvodnění související s ostatními velkými státy) ostatně obsahují pouze vyjádření ohledně transparentnosti slev na fakturu (obvyklých a propagačních). Stejně tak se ve svých spisech účastníka řízení před Soudem Komise dovolávala pouze nedostatku transparentnosti slev na fakturu.

370 Nejprve je třeba konstatovat, že body 111 a 113 odůvodnění neobsahují konkrétní zjištění, ale ve skutečnosti se omezují na to, že odkazují na vyjádření uvedená v oddíle věnovaném přezkumu společné cenové politiky (tj. body 79 a 80 odůvodnění rozhodnutí v souvislosti se Spojeným královstvím a body odůvodnění týkající se ostatních zemí, které jsou formulovány přesně tímž způsobem)

371 Je však třeba zdůraznit, že se uvedený odkaz týká, přinejmenším výslovně, pouze propagačních slev, a nikoliv slev obvyklých. Na jednu stranu totiž bod 111 odůvodnění odkazuje na nutnost kontroly na úrovni alba, „zejména co se týče propagačních slev“, a na druhou stranu bod 113 odůvodnění *in fine* zmiňuje „nedostatek transparentnosti v oblasti slev, zejména propagačních, uplatňovaný v souvislosti s pěti velkými členskými státy“. Tak z vyjádření obsažených ve zvláštním oddíle o transparentnosti vyplývá, že neprůhlednost je pouze důsledkem propagačních slev. Tato analýza je ve zbytku potvrzena body 79 a 80 odůvodnění. V bodě 79 odůvodnění rozhodnutí se tak konstatuje, že kolísání slev „bylo v podstatě důsledkem propagačních slev používaných pružnějším způsobem než obvyklé slevy, které jsou obecně stanovovány každoročně“. Stejně tak je v bodě 80 odůvodnění

rozhodnutí uvedeno, že velké společnosti mají „v určité míře znalost obvyklých slev poskytovaných jejich soutěžiteli, vzhledem k jejich stálým vztahům se zákazníky“ a že „propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy“. Ostatně se v žádné části rozhodnutí netvrdí ani nebylo prokázáno, že by obvyklé slevy byly neprůhledné nebo nedostatečně transparentní.

372 Ve svých spisech účastníka řízení před Soudem Komise rovněž připustila dostatečně transparentní povahu obvyklých slev, jelikož jsou zejména stanovovány každoročně a uplatňují se na celkový prodej zákazníka (s případně jinými sazbami za populární hudbu, vážnou hudbu nebo za alba, která jsou předmětem reklamy v televizi), a ostatně uplatnila pouze argumenty s cílem prokázat neprůhlednost propagačních slev. Ve své žalobní odpovědi rovněž vysvětlila, že přiznala takový význam propagačním slevám díky nutnosti kontrolovat všechny složky čistých cen, jelikož by relativně transparentní VPC a určitá znalost obvyklých slev nebyly dostatečné, pokud by významné neprůhledné propagační slevy byly zdrojem kolísání čistých cen. Stejně tak v žalobní odpovědi uvedla, že nemohla dospět k závěru, že velké společnosti s jistotou znaly skutečné metody stanovení čistých cen jiné velké společnosti, „při existenci důkazu o relativní transparentnosti VPC, několika důkazů o určité míře transparentnosti obvyklých slev a spolehlivých důkazů o neprůhledné a komplexní povaze propagačních slev“. Konečně ve svých závěrečných vyjádřeních Komise rovněž výslovně uvedla, že v rozhodnutí dospěla k závěru, že „existuje vysoká míra transparentnosti jak VPC, tak obvyklých slev“.

373 Ze samotného rozhodnutí i z argumentace Komise před Soudem tedy vyplývá, že jediný údajný faktor neprůhlednosti trhu vyplývá z nižší transparentnosti propagačních slev.

374 Nejprve je třeba konstatovat, že pouze bod 80 odůvodnění rozhodnutí (a odpovídající body odůvodnění 87, 94, 101 a 108 v souvislosti se čtyřmi ostatními

velkými státy, které jsou formulovány tímž způsobem) se výslovně zabývá transparentností slev. Uvádí se tam následující:

„[C]o se týče transparentnosti slev, z odpovědí zákazníků [...] v rámci šetření trhu provedeného Komisí se z většiny ukazuje, že velké nahrávací společnosti měly v určité míře znalost obvyklých slev poskytovaných jejich soutěžiteli vzhledem k jejich stálým vztahům se stejnými zákazníky. Ukazuje se však, že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy a že jejich kontrola vyžaduje pozorné sledování vývoje uvedeného druhu slev na maloobchodním trhu.“

375 V tomto ohledu je třeba poznamenat, že u většiny velkých zemí odpovědi zmíněné ve vysvětlujících poznámkách pod čarou u bodů 80, 87, 94, 101 a 108 odůvodnění rozhodnutí nicméně potvrdily vyšší míru transparentnosti, než je míra transparentnosti zmíněná v rozhodnutí. Poznámka pod čarou 55 tak upřesňuje, že „pět italských maloobchodníků, kteří na otázku odpověděli, uvedlo, že velké nahrávací společnosti znaly VPC a slevy uplatňované jejich soutěžiteli“, u francouzských maloobchodníků tomu tak bylo u tří ze čtyř maloobchodníků, přičemž čtvrtý prohlásil, že není schopen odpovědět (viz poznámka pod čarou 49). S výjimkou jediného britského zákazníka neuvádí vysvětlující poznámka u žádné z dalších zemí, že by alespoň jeden maloobchodník odpověděl, že velké společnosti slevy neznaly. Stejně tak s výjimkou jediného zákazníka z osmi v Německu neuvedl podle vysvětlujících poznámek žádný maloobchodník, že by velké společnosti měly pouze omezenou znalost slev uplatňovaných jejich soutěžiteli.

376 Kromě toho je třeba zdůraznit, že žádná z vysvětlujících poznámek dále neuvádí, že by maloobchodníci odpověděli, že by velké společnosti znaly pouze obvyklé slevy a nikoliv propagační slevy, jelikož se odpovědi týkaly pouze slev bez jejich rozlišení.

377 Je tedy třeba konstatovat, že závěry, které jsou vyvozeny z důkazů zmíněných v rozhodnutí, nelze o tyto důkazy opřít.

378 Dále se ukazuje, že závěry vyvozené z důkazů v rozhodnutí se rovněž jednoznačně odchyľují od závěru učiněných v oznámení námitek.

379 Oznámení námitek tak v bodě 81 uvádí, že „Komise má za to, že existuje dostatek důkazů, že velké společnosti navzájem znají své obchodní podmínky“. Navíc z něj vyplývá, že se nejedná tolik o posouzení Komise, které může být změněno, jako spíše o skutkové zjištění vycházející z jejího šetření. Bod 92 oznámení námitek totiž upřesňuje: „Informace získaná od maloobchodníků ukazuje, že velké společnosti nejenže znají navzájem své ceníky, ale mimoto navzájem znají své slevy a obchodní podmínky. Určití důležití prodejci ve Francii, ve Spojeném království a v Německu informovali Komisi, že podle jejich názoru velké společnosti dobře navzájem znají své obchodní podmínky.“ Stejně tak vysvětlující poznámka 54 v oznámení námitek poukazuje na prohlášení maloobchodníků, že: „Velké společnosti jsou dobře obeznámeny s rozpětím slev uplatňovaných jejich soutěžiteli. Je veřejně dobře známo, že slevy na obchodní transakce poskytované nahrávacími společnostmi jsou známy obchodním oddělením velkých společností. Jeden zákazník prohlásil, že velké společnosti navzájem znají své slevy s přesností od 0,5 až 1 %.“ Komise v bodě 92 oznámení námitek pokračuje takto: „Mnozí prodejci si rovněž myslí, že je obvyklé používat podmínky získané od jedné z velkých společností při vyjednávání s ostatními velkými společnostmi“ a ve vysvětlující poznámce 55 cituje následující odpověď jednoho maloobchodníka: „Při obchodních jednáních se odkazuje na podmínky a slevy uplatňované ostatními velkými společnostmi. Nižší počet dodavatelů snadno umožňuje velkým společnostem mít celkovou představu o jimi uplatňovaných podmínkách a umožňuje jim tak se vyrovnat.“ Konečně, ačkoliv se

spíše jedná o posouzení než o zjištění, Komise v bodě 129 oznámení námitek uvedla: „Šetření trhu potvrdilo, že prodejní složky velkých společností mají pravidelné a stálé kontakty s maloobchodníky a velkoobchodníky [...] Jelikož jsou mimoto zveřejňována různá pořadí, mohou velké společnosti snadno sledovat, zda ostatní velké společnosti nabízejí na nejlepší alba dodatečné slevy.“

380 Znění žalobní odpovědi Komise krom toho přináší ještě více otázek. V poznámce pod čarou 45 u bodu 51 žalobní odpovědi Komise vysvětluje: „Oznamující účastnice spojení uplatnily, že určitý počet kladných odpovědí se týká pouze VPC nebo nerozlišují mezi VPC a slevami. Pouze pět odpovědí z celkových 36 dostupných odpovědí přicházejících ze všech zemí výslovně poukázalo na to, že existuje určitá transparentnost slev; opačné hledisko bylo zastáváno v jedenácti odpovědích.“ Ačkoliv první věta jasně poukazuje na to, že se pouze jedná o argument, kterého se dovolávají účastnice spojení podniků, je druhá věta naopak formulována jako skutkové zjištění Komise. Je přitom třeba konstatovat, že uvedené tvrzení je ve zjevném rozporu s odpověďmi maloobchodníků v podání obsaženém v rozhodnutí, jelikož poznámky pod čarou 49, 52, 55 a 57 rozhodnutí uvádí, jak bylo výše uvedeno, že velká většina maloobchodníků odpověděla, že velké společnosti znají slevy svých soutěžitelů, aniž by ostatně bylo jakkoliv upřesněno, že se jedná pouze o částečnou nebo přibližnou znalost, a žádný (s výjimkou jediného britského maloobchodníka) nevedl, že slevy nejsou transparentní. Argument Komise tedy nelze přijmout. Krom toho žalobní odpověď Komise odkazuje pouze na odpovědi 36 maloobchodníků, zatímco účastnice spojení podniků ve svém přípisu o transparentnosti ze dne 17. června 2004 ostatně podaly připomínky alespoň ke 42 odpovědím.

381 Dále z odpovědi Komise na písemné otázky Soudu vyplývá, že závěry, ke kterým dospěla na základě šetření u maloobchodníků, se částečně vysvětlují tím, že použila argumentaci účastnic spojení podniků uvedenou v jejich odpovědi na oznámení

námitek a v přípisu o transparentnosti cen předloženém dne 17. června 2004 po slyšení před Komisí, podle které musí být kladné odpovědi maloobchodníků, které neupřesňují, zda se týkají VPC nebo slev, vyloučeny z posuzování.

382 Před přezkumem opodstatněnosti uvedeného vysvětlení je nejprve namístě vyjádřit překvapení nad tím, jak opožděně bylo dodáno. Jelikož míra transparentnosti v projednávané věci představuje základní otázku, je obtížné pochopit, proč není uvedené vysvětlení týkající se hlavního důkazu uvedeno ani v rozhodnutí, v žalobní odpovědi, ani dokonce ve spisu účastníka řízení obsahujícím dodatečná vyjádření, ale bylo podáno až den před jednáním jako odpověď na konkrétní otázku Soudu.

383 Co se týče opodstatněnosti tohoto argumentu, je třeba připomenout, že dotazník adresovaný Komisí maloobchodníkům kladl následující otázku: „Znaly podle zkušeností Vašeho nákupního oddělení nahrávací společnosti VPC a slevy jejich soutěžitelů?“ Jak žalobkyně správně uplatnila, neexistuje žádný platný důvod domnívat se, že by kladné odpovědi (ostatně někdy vyjádřené velmi kategoricky, jako „zjevné“, „naprosto“ nebo „určité“) maloobchodníků, kteří neupřesnili, zda hovořili o cenách nebo slevách, nemohly být vzaty v úvahu. Odpověď na otázku, jak byla formulována, ať byla kladná, či záporná, totiž musí být logicky chápána tak, že se týká obou dotčených aspektů, pokud neobsahuje omezení či upřesnění. Pokud se Komise domnívala, že pochybnost o přesném významu odpovědí nicméně přetrvávala, měla tento aspekt ověřit u dotčených maloobchodníků, zejména vzhledem k jeho významu pro rozhodnutí, což ostatně bylo možné učinit ve velmi krátké lhůtě.

384 Každopádně je třeba konstatovat, že tvrzení oznamujících účastnic spojení, které zastává i Komise a podle kterého „pouze pět odpovědí z celkových 36 výslovně uvedlo, že existuje určitá transparentnost, zatímco opačné hledisko bylo výslovně zastáváno v jedenácti odpovědích“, je zjevně chybné.

385 Co se týče údajných jedenácti odpovědí, které výslovně uvádí, že neexistuje transparentnost slev, je nejprve namístě konstatovat, že z přípisu společností Sony a BMG ze dne 17. června 2004 (příloha C.9 spisu vedlejšího účastníka) vyplývá, že uváděný počet záporných odpovědí je deset, a nikoliv jedenáct (viz s. 213) a že jich ve skutečnosti tento přípis pouze zmiňuje sedm, z nichž se pouze čtyři týkají velkých zemí, které představují předmět hlavního přezkumu v rozhodnutí. Mimoto se ukazuje, že téměř žádná z těchto čtyř odpovědí nemůže být vykládána tak, že obsahuje výslovně zápornou odpověď. Je jasné, že odpověď [důvěrné] „podle našeho názoru znaly VPC soutěžitelů“ nemůže být chápána tak, že by výslovně uváděla, že velké společnosti neznaly slevy soutěžitelů. Jiná odpověď týkající se německého trhu poukazuje na to, že „nikoliv podrobně, ale minimální cenu soutěžitelů znaly“, což také nepředstavuje výslovně zápornou odpověď. Odpověď uvedená na straně 61 [důvěrné] týkající se trhu Spojeného království je jedinou výslovně zápornou odpovědí „VPC – Ano. Slevy – Ne“, ale nicméně i ona okamžitě upřesňuje, že „pokud je však jedno album předmětem obecné slevy u maloobchodníků, bude výsledné snížení průměrné maloobchodní prodejní ceny zjevné na celém trhu“. Konečně, jiná údajně záporná odpověď [důvěrné] zmíněná v přípisu ze dne 17. června 2004 („nejsme obeznámeni s tím, že by nahrávací společnosti byly obeznámeny s VPC a slevami jejich soutěžitelů“) není ve spisu uvedena. Čtyři ostatní odpovědi týkající se trhu Spojeného království přitom (jak podle rozhodnutí tak podle dokumentů předložených Soudu Komisi odpovědělo pět britských maloobchodníků) uvádí „VPC – Ano. Slevy – V rozpětí od 0,5 do 1 %“ (s. 56), „Zjevně“ (s. 58), „Ano“ (s. 63), „nahrávací společnosti jsou dobře obeznámeny s VPC jejich soutěžitelů [...] myslím, že jsou rovněž spíše dobře obeznámeny s rozpětím slev uplatňovaných jejich soutěžiteli“ (s. 65) (tento maloobchodník rovněž v odpovědi na následující otázku poukazuje na to, že „při obchodních jednáních se odkazuje na podmínky a slevy uplatňované ostatními velkými společnostmi“ a že „nižší počet dodavatelů snadno umožňuje velkým společnostem mít celkovou představu o jimi uplatňovaných podmínkách, a umožňuje jim tak se vyrovnat“. Je třeba konstatovat, že všechny odpovědi britských zákazníků, které zdaleka nejsou výslovně záporné, naopak jasně potvrzují dosti vysokou transparentnost jak VPC, tak slev.

386 Mimoto z přezkumu uvedených odpovědí maloobchodníků předložených Komisi den před jednáním vyplývá, že závěry, ke kterým na jejich základě dospěla, o tyto odpovědi nelze opřít. Mnohé odpovědi totiž potvrzují transparentnost slev nebo jejich znalost velkými společnostmi.

387 Z výše uvedeného vyplývá, že posouzení odpovědí maloobchodníků provedené Komisí je postiženo zjevnou vadou.

388 Co se dále týče rozlišení provedeného v rozhodnutí mezi transparentností obvyklých slev a transparentností propagačních slev, vyplývá z žalobní odpovědi, že se závěr Komise, podle kterého, ačkoliv se transparentnost může týkat VPC a v určité míře obvyklých slev, netýká se pravděpodobně propagačních slev, o kterých se vyjednával případ od případu, zakládal na analýze zpracované účastnicemi spojení podniků ohledně odpovědí maloobchodníků, na prohlášeních řídicích pracovníků společností Sony a BMG v členských státech (příloha B.2) a na monitorovacích zprávách obchodních zástupců.

389 Závěr, ke kterému Komise dospěla, přitom nelze opřít o žádný z těchto tří zdrojů. Zaprvé, jak je výše vysvětleno, posouzení odpovědí maloobchodníků provedené Komisí v souladu s analýzou účastnic spojení podniků je postiženo zjevnou vadou. Mimoto žádná z odpovědí maloobchodníků, ať již kladná, či záporná, nerozlišuje mezi obvyklými a propagačními slevami. Zadruhé je jasné, že pouhá prohlášení zástupců účastnic spojení podniků nemohou být platným důkazem neprůhlednosti propagačních slev. Zatřetí, týdenní monitorovací zprávy obchodních zástupců zahrnující informace o soutěžitelích představují, jak je vysvětleno v bodě 113 odůvodnění rozhodnutí, dodatečný zdroj transparentnosti trhu. Tudíž i za předpokladu, že by neobsahovaly velmi přesné informace o slevách, zejména propagačních, by každopádně nemohly prokázat jejich neprůhlednost. Mimoto, jak bylo výše konstatováno, [*důvěrné*].

390 Z výše uvedeného vyplývá, že posouzení transparentnosti trhu provedené v rozhodnutí je postiženo zjevnou vadou, jelikož se zakládá na okolnostech, o které nelze opřít závěry, které jsou z nich vyozeny.

391 Nicméně Soud nadto ještě přezkoumá argumenty vycházející z rozdílnosti a komplexnosti propagačních slev.

392 V bodech 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění rozhodnutí Komise konstatovala určitou míru kolísání a rovněž rozdíly mezi slevami na fakturu společností Sony a BMG u většiny jejich hlavních zákazníků v pěti velkých zemích (2 až 5 % ve Spojeném království, Německu a Španělsku; 1 až 3 % v Itálii, přičemž situace je trochu odlišná ve Francii, ale je téhož rozsahu, pokud jsou vzaty v úvahu veškeré slevy). Rovněž se uvádí následující:

„Navíc účastnice [spojení podniků] předložily údaje, které ukazují, že se slevy na fakturu u daného zákazníka lišily v čase a podle alba a že slevy poskytnuté na dané album kolísaly podle zákazníka. Na základě šetření trhu se ukázalo, že uvedená kolísání jsou v podstatě důsledkem propagačních slev používaných pružnějším způsobem než obvyklé slevy.“

393 Ve své žalobní odpovědi Komise předložila řadu tabulek, které mají prokázat rozdílnost a komplexnost slev. Z nich podle Komise vyplývá, že propagační slevy jsou méně transparentní než obvyklé slevy a že by jejich sledování vyžadovalo podrobné sledování propagačních akcí na maloobchodním trhu, a Komise neobjevila dostatečné důkazy dosvědčující, že by velké společnosti takto jednaly. Ve své žalobní odpovědi Komise vysvětlila, že přezkoumala složky čisté ceny jednotlivého alba (VPC, obvyklá sleva, případná propagační sleva) a dospěla k závěru, že dostatečná míra transparentnosti všech složek je nutná k tomu, aby si velká nahrávací společnost mohla být přiměřeně jista, že zná skutečné metody stanovení čistých cen jiné nahrávací společnosti, jak se projevují u jednotlivých zákazníků a alb, a že „nemohla dospět k takovému závěru při existenci důkazů o relativní transparentnosti VPC, několika důkazů o určité míře transparentnosti obvyklých slev a jasných důkazů o neprůhledné a komplexní povaze propagačních slev“.

394 Uvedená argumentace Komise si žádá následující poznámky.

395 Zprv je překvapující, že se Komise za účelem prokázání neexistence transparentnosti opírá o rozdíly ve slevách. Ve svých spisech účastníka řízení před Soudem totiž Komise několikrát zdůraznila nedostatek relevance stability nebo paralelnosti čistých cen nebo slev při posuzování transparentnosti trhu. Zejména tak tvrdila, že vysoká stabilita (průměrných) slev jedné nahrávací společnosti nemůže být nutným důkazem transparentnosti, že zájem Komise o transparentnost slev nemá za cíl ověřit, zda velké společnosti postupovaly společně, že důkazy ohledně skutečné praxe v oblasti propagačních slev v daném okamžiku jsou pouze relevantní pro posouzení skutečné míry vyrovnání cen, že těsné vyrovnání na jakékoliv úrovni každopádně nemůže být považováno za dostatečný důkaz koordinace, že určitá míra stability slev poskytovaných velkou nahrávací společností v čase není sama o sobě důkazem a že ani vysoká míra statistické předvídatelnosti neprokazuje existenci koordinace.

396 Stejně tak ve svém přípisu ze dne 17. června 2004 o důkazech týkajících se transparentnosti odeslaném po slyšení před Komisí tvrdily účastnice spojení podniků, že otázka 28 dotazníku v rámci fáze II adresovaného zákazníkům („Pozorovali jste vyrovnání VPC, slev nebo jiných podmínek mezi [velkými společnostmi]?“) nemá žádnou spojitost s transparentností cen („Vzhledem ke svému samotnému znění se tato otázka jasně netýká problému transparentnosti cen“).

397 Zadruhé je třeba připomenout, že samotná vyjádření týkající se slev obsažená ve zvláštním oddíle rozhodnutí věnovaném přezkumu transparentnosti trhu (body 111 až 113 odůvodnění rozhodnutí), co se týče propagačních slev, pouze odkazují na zjištění učiněná v oddíle týkajícím se přezkumu společné cenové politiky v pěti velkých zemích (tj. body 77 až 80 odůvodnění v souvislosti se Spojeným královstvím a body odůvodnění týkající se ostatních velkých zemí). V bodě 70 odůvodnění rozhodnutí přitom Komise za účelem zjištění, zda velké společnosti skutečně

sledovaly politiku koordinace svých cen, poukázala na to, že „průměrné ceny představují vhodný nástroj, jak zjistit, zda se velké nahrávací společnosti v oblasti cen chovají paralelně“. Z toho plyne, že podle samotného rozhodnutí se Komise při posuzování transparentnosti, včetně posuzování transparentnosti propagačních slev, domnívala, že může vycházet z průměrných hodnot, a nikoliv z přesných rozdílů.

398 Přinejmenším se nezdá, že by Komise provedla vážný přezkum přesných rozdílů v propagačních slevách a jejich dopadu na transparentci trhu nebo cen. Z bodu 72 odůvodnění rozhodnutí, který zmiňuje různé okolnosti zkoumané Komisí, ostatně vyplývá, že byly přezkoumány pouze průměrné hodnoty slev na fakturu (viz poznámku pod čarou 43 rozhodnutí). Jak v oznámení námitek, tak během správního řízení se Komise domnívala, že údaje o cenách, hrubých i čistých, a o průměrných slevách umožňují posoudit existenci společného dominantního postavení, a tedy rovněž posoudit, zda byl trh dostatečně transparentní. Teprve až po slyšení ve dnech 14. a 15. června 2004 Komise změnila své posouzení a přijala názor zastávaný účastnicemi spojení podniků, podle kterého komplexnost propagačních slev a rozdíly mezi nimi odstraňují nutnou transparentnost, aniž by však provedla nová šetření na trhu za účelem ověření, zda jsou tyto nové závěry opodstatněné.

399 Zatřetí, argumenty a důkazy týkající se údajných rozdílů v propagačních slevách, kterých se dovolává Komise v rozhodnutí a ve spisech účastníka řízení před Soudem, si mimoto žádají několik poznámek jednak ohledně jejich míry neprůhlednosti, a jednak jejich relevance.

— K neprůhlednosti propagačních slev

400 Úvodem je třeba poznamenat, že ani v rozhodnutí, ani dokonce v žádném spise účastníka řízení předloženém před Soudem Komise přesně nevymezila, co jsou

propagační slevy, podmínky, za kterých jsou poskytovány a kterými se řídí, jejich četnost, jejich výši nebo druh alb, v souvislosti s nimiž se mají uplatňovat. Zdá se však, že ze spisu a zejména z nemnohých pasáží z odpovědí soutěžitelů předložených Komisí vyplývá, že se jedná o konkrétní slevy dosti vysoké procentní sazby, které jsou poskytovány na určený objem zvláštních alb a na omezenou dobu v konkrétních případech, typicky, pokud je třeba odprodat významné zásoby.

401 Podle bodu 79 odůvodnění rozhodnutí (a bodů odůvodnění týkajících se ostatních velkých zemí) „účastnice [spojení podniků] předložily údaje, které ukazují, že se slevy na fakturu u daného zákazníka lišily v čase a podle alba a že slevy poskytnuté na dané album kolísaly podle zákazníka“. Ačkoliv uvedený bod rozhodnutí hovoří o obecnější kategorii slev na fakturu, je namístě domnívat se, že se tato poznámka ve skutečnosti týká pouze propagačních slev. Jak totiž vyplývá z rozhodnutí a spisu Komise, obvyklé slevy jsou sjednávány s každým zákazníkem na celý rok a uplatňují se na celkový prodej dotčeného zákazníka. Komise ostatně pokračuje, když v bodě 79 odůvodnění rozhodnutí upřesňuje, že uvedené kolísání je v podstatě důsledkem propagačních slev. Komise tvrdí, že uvedené rozdíly mezi slevami těchto tří druhů (podle zákazníka, podle alba a v čase) způsobují neprůhlednost propagačních slev. Na podporu tohoto tvrzení předložila Komise v příloze své žalobní odpovědi soubor tabulek, které mají tyto různé rozdíly prokázat (dále jen „nové důkazy“).

402 Nejprve je v tomto ohledu třeba poznamenat, že se zdá, jak správně uplatnila žalobkyně, že propagační sleva (campaign discount) má ve své podstatě povahu reklamy. Propagační sleva, která má vysokou procentní sazbu a uplatňuje se nad rámec obvyklé slevy, bude nahrávací společností poskytnuta maloobchodníkovi logicky pouze pod podmínkou, že se tato sleva odrazí u konečného spotřebitele (prostřednictvím jasného snížení ceny nebo lepšího umístění ve výloze), aby se zvýšil prodej alba, kterého se sleva týká. To platí o to více, když, jak vyplývá z bodu 115 oznámení námitek, se výše „royalties“ (autorských odměn) počítá z VPC alba, a nikoliv z čisté ceny, takže je v zájmu velkých společností poskytování slev maximálně omezit.

403 Dále je třeba konstatovat, že pouhé tři pasáže z odpovědí soutěžitelů na základě žádosti o informace podle článku 11 nařízení, které Komise před Soudem předložila, která tvrzení Komise zdaleka nepotvrzují, naopak vypovídají o spíše veřejné a transparentní povaze propagačních slev.

404 Tak podle odpovědi jedné z velkých společností:

„[Propagační slevy] mohou být použity u nového vydání za účelem propagace nového umělce, na podporu nové prodejny, na podporu zvláštního programu nebo zvláštní prodejní akce (nejčastěji se jedná o celou kategorii disků) nebo za účelem propagace konkrétní události. Uvedený druh slevy může představovat významnou část VPC [*důvěrné*] a je důležitý, jelikož má za cíl zvýšit prodej určitých titulů.“

405 Upřesnění podmínek, za kterých jsou slevy poskytovány, obsažená v jediné další odpovědi velkých společností předložené Komisí rovněž ukazují na to, že se slevy vztahují k dosti konkrétním událostem, které mohou soutěžitelé snadno odhalit. Uvedená velká společnost totiž vysvětluje:

„[Propagační slevy] jsou slevy, které jsou nabízeny v rámci zvláštních propagačních akcí. Jsou spojeny se zvláštními vydáními nebo řadami vydání. Pokud je například umělec na turné, aby propagoval nové album, může být nabízena sleva za účelem maximalizace objemu prodeje uvedeného alba během turné umělce. Stejně tak určité sezónní zásoby (vánoční hudba) mohou být spojeny se zvláštní propagační akcí. Propagační slevy se někdy týkají starších nahrávek, které již nemají velký úspěch. Typicky, [...] se pokusí prodat velké množství určitého disku (nebo skupiny disků) se slevou maloobchodníkovi, který je posléze dále prodá ve formě zvláštní

nabídky. Slevy na nová vydání jsou mnohdy poskytovány na předběžné objednávky, aby byla zajištěna vysoká přítomnost těchto nahrávek na prodejních místech. [...] Uvedený druh slevy bývá poskytován u nových umělců nebo stoupajících umělců, pokud si [...] přeje popohnat prodej prostřednictvím zaměřené propagační akce.“

406 Konečně, z odpovědi nezávislého výrobce vyplývá, že se propagační sleva viditelně projevuje v prodejní ceně následnému spotřebiteli a v lepším umístění zvýhodněných alb v prodejně na straně jedné a že propagační akce jsou často iniciovány samotnými maloobchodníky, kteří vyzvou různé výrobce k účasti na ní (viz rovněž v tomto smyslu prohlášení zástupců společností Sony a BMG, příloha B.2), což jim tímto způsobem umožňuje seznámit se s existencí uvedených slevových akcí na straně druhé.

407 Z toho vyplývá, že žádná informace od třetích osob, ani v rozhodnutí, ani v rámci nových důkazů předložených Komisí, nepotvrzuje neprůhlednou povahu propagačních slev.

408 Z bodu 79 odůvodnění rozhodnutí a ze spisů účastníka řízení předložených Komisí před Soudem však vyplývá, že účastnice spojení podniků poskytly údaje, které prý prokazují, že propagační slevy nejsou dostatečně vyrovnány, jelikož se liší v čase podle zákazníka a podle alba. Komise a vedlejší účastnice v podstatě tvrdí, že díky těmto rozdílům a komplexnosti uvedených slev není trh dostatečně transparentní.

409 Nejprve je v tomto ohledu třeba připomenout, že Komise v bodech 88 až 90 oznámení námitek na základě přezkumu údajů všech velkých společností dospěla k závěru, že se slevy liší, ale jsou stabilní, že kromě několika výjimek jsou rozdíly dosti omezené, že neexistuje naprosto žádný důkaz o tom, že jsou používány za

účelem podstatné změny cenové politiky ani zejména za účelem ovlivnění průměrné čisté ceny nových úspěšných vydání (new hit releases), jelikož je poměr hrubých a čistých cen velmi stabilní v čase a podle alba.

410 Ačkoliv, jak se výše připomíná, má Komise zajisté právo změnit své posouzení provedené během správního řízení, zejména aby vzala v úvahu připomínky dotčených účastníků řízení, a ačkoliv nemá povinnost tuto změnu v rozhodnutí odůvodnit, je nicméně třeba, aby bylo možno, přinejmenším ve fázi řízení před Soudem, odůvodnit zjištění uvedená v rozhodnutí s ohledem na předcházející skutková zjištění, popřípadě s vysvětlením, v čem byla uvedená zjištění chybná. V projednávané věci přitom Komise, jak správně zdůrazňuje žalobkyně, neprovedla další přezkum údajů o slevách všech velkých společností, ale omezila se na to, že odůvodnila své závěry pouze s ohledem na údaje poskytnuté účastnicemi spojení podniků.

411 Ve své žalobní odpovědi Komise zajisté uplatnila, že přezkoumala slevy ostatních velkých společností, ale že z důvodu, že tato čísla nemohla být zpřístupněna účastnicím spojení podniků, nebylo možné je uvést v rozhodnutí. Tuto argumentaci nicméně nelze přijmout.

412 Zaprvé, z rozhodnutí (viz zejména bod 79 odůvodnění a poznámka pod čarou 43 rozhodnutí), z jiných bodů spisů účastníka řízení předložených Komisí (viz zejména pasáž žalobní odpovědi, ve které Komise výslovně uvádí, že „[p]ouze údaje společností Sony a BMG byly vzaty v úvahu, neboť ostatní velké nahrávací společnosti uvedly, že si pouze účtují čisté ceny“) a z nových důkazů předložených Komisí jasně vyplývá, že se posouzení vyvozené z rozdílnosti slev uvedené v rozhodnutí zakládá pouze na údajích o slevách účastnic spojení podniků. Žádný bod odůvodnění rozhodnutí ostatně neuvádí, že by Komise posoudila údaje

o slevách ostatních velkých společností, ani *a fortiori* že by se tyto slevy vyznačovaly komplexností a rozdílností propagačních slev.

413 Zadruhé, Komise zjevně nemůže tvrdit, že v rámci svého přezkumu návrhu spojení podniků nemůže vzít v úvahu údaje ostatních subjektů na trhu, a případně na nich založit své závěry. Tato úvaha by ve většině případů znemožnila přezkum slučitelnosti návrhu spojení podniků se společným trhem. Ostatně je třeba konstatovat, že se i většina jiných faktorů, než jsou slevy (tržní podíly, hrubé a čisté ceny atd.), přezkoumávaných v rozhodnutí zakládá na údajích různých subjektů na trhu.

414 Zatřetí, Komise, která ve svých závěrečných vyjádřeních předložených po jednání zdůraznila obtíže vyplývající z přísných lhůt, které se uplatňují v rámci řízení o přezkumu návrhů spojení podniků, a nutnost dodržet práva obhajoby oznamujících účastnic spojení, uplatnila, že mnohá tvrzení žalobkyně, podle kterých Komise řádně nevyšetřila určité základní otázky ve spojení se zjištěnými námitkami a podle kterých měla Komise rovněž vyšetřit další námitky, vycházejí z chybného pojetí řízení o kontrole spojování podniků, jelikož vyšetřování zaměřené na problémy, které spojení podniků přináší z hlediska hospodářské soutěže, v podstatě probíhá před oznámením námitek. Ačkoliv žalobkyně nemůže ve skutečnosti vytýkat Komisi, že nevyšetřila problémy, které byly poprvé zmíněny před Soudem, z nichž některé jsou ostatně zjevně nepřijatelné z důvodu, že byly uplatněny až v její replice nebo v jejích vyjádřeních předložených po jednání, opomíjí uvedené vyjádření Komise dva aspekty. Zaprvé je nesporné, že od počátku řízení se Komise věnovala problematice transparentnosti a slev a že v tomto ohledu vyslechla jak třetí osoby, tak účastnice spojení podniků. Zadruhé, časová nouze má rovněž za účinek cíl, že účastnice spojení podniků nemohou vyčkávat do posledního okamžiku, aby Komisi předložily důkazy vyvracející její včas vznesené námitky, jelikož by takto Komise neměla možnost provést nutná ověření. V takovém případě je přinejmenším třeba, aby se tyto důkazy jevily jako zvláště spolehlivé, objektivní, relevantní a přesvědčivé, aby mohly platně vyvrátit námitky uplatněné Komisí.

- 415 V tomto ohledu je třeba bez dalšího konstatovat, že jak ze znění bodu 79 odůvodnění rozhodnutí („účastnice [spojení podniků] předložily údaje“), tak z přezkumu nových důkazů (uvedených v příloze žalobní odpovědi) vyplývá, že nejenže se zjištění ohledně propagačních slev zakládají pouze na údajích týkajících se účastnic spojení podniků, ale mimoto že tabulky uvádějící tyto údaje byly připraveny uvedenými účastnicemi (nebo jejich ekonomy) podle metodologie a na základě údajů vybraných jimi samými, aniž by se ukázalo, že Komise provedla kontrolu jejich správnosti, relevance nebo objektivní a vypovídající povahy. Ačkoliv, jak Komise uplatnila při jednání, řízení o kontrole spojování podniků zajisté nutně ve velké míře spočívá na důvěře, jelikož Komise nemůže mít sama povinnost ověřit do nejmenších podrobností spolehlivost a správnost všech předložených informací, Komise nemůže bez kontroly delegovat odpovědnost za vedení určitých aspektů vyšetřování na účastnice řízení, zejména když, jako je tomu v projednávané věci, tyto aspekty představují klíčovou okolnost, na níž je rozhodnutí založeno, a když údaje a posouzení poskytnutá účastnicemi spojení podniků jsou diametrálně v rozporu s informacemi shromážděnými Komisí během jejího vyšetřování, jakož i se závěry, ke kterým na jejich základě dospěla.
- 416 Začtvrté, žalobkyně zdůraznila, aniž by jí Komise odporovala, že, jak se potvrzuje v bodě 146 oznámení námitek, společnosti Sony a BMG dosáhly během sledovaných let velmi rozdílných výsledků. Jelikož velikost vydání může ovlivnit ceny a slevy, mají tabulky, které hodnotí údaje pouze těchto dvou společností, tendenci tyto rozdíly zvyšovat.
- 417 Zapáté, přezkum nových důkazů předložených Komisí ve světle výše uvedených úvah si žádá dalších několik poznámek.
- 418 Ve své žalobní odpovědi Komise potvrzuje, že se opírala o údaje připojené k jejímu spisu účastníka řízení, když dospěla k závěru, že se slevy vyznačují trojími rozdíly (v čase, podle alba a podle zákazníka).

419 Nejprve je v tomto ohledu třeba poznamenat, že mezi všemi těmito údajnými důkazy byla pouze jedna z příloh (B.4) vypracována samotnou Komisí, přestože se rovněž pouze zakládá na údajích týkajících se slev, které poskytly společnosti Sony a BMG. Dotčená příloha se skládá z diagramů uvádějících průměrné slevy na fakturu poskytnuté účastnicemi spojení podniků v letech 2000 až 2003 každému z jejich deseti nejlepších společných zákazníků ve velkých zemích s výjimkou Francie, jelikož Komise zjistila, že poskytnuté údaje týkající se Francie vykazovaly nesoudržnosti. V oznámení námitek (bod 88) se Komise opírala o uvedené diagramy, aby prokázala celkovou stabilitu slev. Komise nezpochybnila správnost uvedeného posouzení před Soudem, ale pouze poukázala na to, že účastnice spojení podniků uplatnily, že se jejich zacházení s určitými zákazníky značně lišilo, a v příloze B.5 připojila pasáž z jejich vyjádření. Je však třeba konstatovat, že uvedená vyjádření nemohou zpochybnit celkový dojem vyplývající z uvedených diagramů. Tak u italského trhu, který vykazuje stabilitu a prokázanou paralelnost, ačkoliv, jak uvádějí účastnice spojení podniků, dva zákazníci skutečně získali slevy, které byly jednoznačně nižší než u jiných zákazníků, je o to významnější, že uvedené nižší slevy byly poskytnuty společnostmi Sony a BMG přesně dvěma stejným zákazníkům, že jsou téměř té výše u obou velkých společností a že kolísaly paralelním způsobem.

420 Co se týče tabulek uvedených v přílohách B.8 a B.9 k žalobní odpovědi, které podle Komise prokazují, že rozdělení slev na fakturu poskytnutých společnostmi Sony a BMG na 20 jejich příslušných nejlepších alb v každém z pěti velkých členských států bylo citelně rozdílné, je třeba nejprve poznamenat, že se týkají obecnější kategorie slev na fakturu, a nikoliv pouze propagačních slev a že, jak uvedla žalobkyně, rozdíly v rozpětí slev v čase by mohly být důsledkem rozdílných výsledků a nevylučují, že se slevy řídí známým souborem pravidel.

421 Dále je třeba konstatovat, že, ačkoliv se rozpis rozpětí slev mezi roky 1998 a 2003 skutečně liší v čase a podle země, mění se však podobným způsobem u obou účastnic spojení podniků, jak v čase, tak podle země. To vyplývá ještě jednoznačněji

z tabulky (příloha B.9), která srovnává rozpis slev poskytnutých v roce 2003 v každé z pěti velkých zemí, jelikož, přestože se rozpis mění podle země, vyvíjejí se slevy obou účastnic spojení podniků paralelním způsobem (viz zejména údaje týkající se zemí A a C). Tak, zatímco se v zemi A slevy společností Sony a BMG v podstatě soustřeďují v rozpětí [důvěrné], nacházejí se v zemi B převážně v pásmu [důvěrné] a [důvěrné], v zemi C v pásmu [důvěrné] a v zemích D a E se nacházejí ve vyšších pásmech. Z uvedených tabulek v přílohách tak nejen vyplývá, že rozpis slev podle různých rozpětí je u každé země dosti podobné, ale také že se rozdíly podle zemí velmi podobají.

422 Co se konkrétněji týče propagačních slev, Komise v podstatě odkazuje na své dvě přílohy (B.13 a E.4.2) na podporu svého názoru, že propagační slevy jsou neprůhledné z důvodu jejich mimořádné komplexnosti a významu. Ukazuje se totiž, že tabulky, které jsou v nich uvedeny, se týkají pouze slev společností Sony a BMG za jediný rok a že byly celé zpracovány jimi samotnými, nelze považovat za dostatečně relevantní a spolehlivé.

423 Co se tedy týče tabulek v příloze B.13, které srovnávají slevy na fakturu poskytnuté účastnicemi spojení podniků jejich šesti nejlepším zákazníkům na jejich nejprodávanější alba v roce 2002 „uvedená na cenících VPC za podobné ceny“ (listed at similar prices), je namísto konstatovat zejména, že ve svých odpovědích na písemné otázky Soudu Komise poukázala na to, že zvolená VPC pro každou zemi představuje jednu z nejdůležitějších VPC příslušných účastnic spojení, co se týče dosaženého prodeje, avšak upřesnila, že například v Německu se jedná o třetí a čtvrtou nejdůležitější VPC pro společnost BMG a první a šestou nejdůležitější VPC pro společnost Sony. Jelikož je totiž v rozhodnutí vysvětleno, že účastnice spojení podniků dosahují podstatnou část svého prodeje za použití jedné nebo dvou nebo maximálně tří VPC, je otázkou, v jaké míře představují alba vzata v úvahu skutečně jejich nejprodávanější alba. Mimoto z jedné poznámky pod čarou vztahující se

k tabulkám vyplývá, že u mnohých alb byla jejich VPC během roku změněna, což vypadá, že by mohlo mít dopad na poskytnuté slevy a tedy mohlo zvětšit komparativní rozdíly. Stejně tak z uvedených tabulek vyplývá, že se údaje společnosti BMG týkají roku 2002, zatímco údaje společnosti Sony se vztahují k účetnímu období 2002/2003.

424 Konečně, ačkoliv je výklad uvedených tabulek ztížen z důvodu, že srovnávají střídavě údaje společností Sony a BMG, zatímco by srovnání mělo být provedeno mezi slevami poskytnutými každou z účastnic spojení podniků jejím různým zákazníkům, a nikoliv mezi slevami poskytnutými na alba jedné z uvedených účastnic ve vztahu ke slevám poskytnutým na alba druhé účastnice, pozorné srovnání tabulek každopádně ukazuje, že se rozdíly zdají být nakonec dosti omezené. Ostatně je v tomto ohledu třeba připomenout, že z bodu 75 oznámení námitek a jeho poznámky pod čarou 47 vyplývá, že Komise provedla analýzu hrubých a čistých cen společností Sony a BMG jednotlivě u jejich deseti nejlepších alb a že v bodě 90 oznámení námitek dospěla k závěru, že „poměry hrubých cen a čistých cen byly u jednotlivých posuzovaných vydání velmi stabilní podle alba a v čase“. Ani Komise, ani vedlejší účastnice přitom nepotvrdily, a *a fortiori* ani neprokázaly, že by uvedené zjištění bylo nesprávné.

425 Co se týče tabulek v příloze E.4.2, které mají ukázat nejvyšší propagační slevy poskytnuté společnostmi Sony a BMG na jejich nejprodávanější alba, je třeba konstatovat, že obsahují velmi hojné nesprávnosti, jejichž účinkem je zvýšení těchto slev. Je totiž třeba uvést, že výpočet rozdílů mezi nejnižšími a nejvyššími slevami podle zákazníka (což se podle Komise rovná propagační slevě) u každé z účastnic spojení podniků byl ve většině případů chybně proveden ve vztahu ke slevám poskytnutým druhou účastnicí spojení, zatímco, jak vysvětluje sama Komise, uvedený výpočet je třeba provést na základě rozdílů mezi nejnižšími a nejvyššími slevami poskytnutými jednou a toutéž účastnicí spojení jejím různým zákazníkům.

- 426 Z těchto dvou příkladů vyplývá, že kromě nezbytné obezřetnosti, se kterou je třeba posuzovat různé tabulky předložené účastnicemi spojení podniků, jelikož byly vypracovány podle parametrů, které si účastnice samy zvolily a které ostatně nejsou vždy zřejmé, existuje možnost, že tyto tabulky jsou postiženy věcnými chybami, které mohou být v projednávaném případě odhaleny i jen povšechným přezkumem.
- 427 Každopádně, i za předpokladu, že by tabulky zpracované účastnicemi spojení podniků a předložené Komisí mohly skutečně prokázat údajné více či méně významné rozdíly, je rovněž pravda, že, jak správně poznamenala žalobkyně, uvedené rozdíly mají pochybnou relevanci, jelikož na jedné straně ukazují pouze rozpětí, aniž by analyzovaly vážené průměry a rozdíly ve vztahu k průměrným hodnotám, a na druhé straně nevylučují možnost, že by uvedené rozdíly mohly přinejmenším pro odborníka v odvětví být dosti snadno vysvětlitelné prostřednictvím existence určitého množství obecných nebo zvláštních pravidel, kterými se řídí poskytování slev a ve vztahu k nimž Komise neprovedla nezbytná šetření.
- 428 Ačkoliv, jak zdůraznila Komise, žalobkyně skutečně přesně nevysvětlila, kterými různými pravidly se řídí poskytování slev, nebo ačkoliv podle Komise poukázala na příliš vysoký počet těchto pravidel, což by jejich uplatnění činilo komplexním, a tedy málo transparentním, je rovněž pravda, jak již bylo konstatováno, že Komise v tomto ohledu neprovedla šetření na trhu nebo přinejmenším nepředložila žádný důkaz o neprůhlednosti propagačních slev kromě tabulek účastnic spojení podniků, které bez ohledu na jejich nedostatky mají každopádně pouze za cíl prokázat existenci určitých rozdílů mezi uvedenými slevami, ale neprokazují, že by uvedené rozdíly nemohly být víceméně snadno vysvětlitelné pro odborníka v odvětví. Žalobkyni ostatně nemůže být vytýkáno, že sama tuto okolnost neprokázala, jelikož uvedené tabulky neupřesňují alba, zákazníky, výše, ani okamžik, ve kterém byly uvedené slevy poskytnuty, a jelikož ani žalobkyně, ani Soud tedy nemohou ověřit, zda uvedené slevy byly poskytnuty v souladu s obecnými pravidly odvětví, jejichž existenci tvrdí žalobkyně.

429 Co se týče argumentu Komise, podle kterého kritéria, podle nichž se obecně poskytují propagační slevy, jsou natolik početná, že je jejich použití neprůhledné, je namístej nejprve konstatovat, že žalobkyně vysvětlila, že u různých kategorií disků (nová vydání, nový umělec, katalog „full price“, katalog „mid price“, katalog „budget“), existuje omezené množství obecných prodejních strategií (znovuumístění disku na žebříčku, účast na propagačních akcích, nákup umístění v prodejně), které se mohou do určité míry lišit podle druhů zákazníků (supermarkety, specializované řetězce, nezávislé prodejny). Ačkoliv má kombinace proměnných nutně za účinek zvýšení počtu možných případů, Komise neprokázala, že by tento úkol byl pro znalce trhu příliš obtížný. Dále je třeba uvést, že vysvětlení několika zásad, kterými se řídí poskytování propagačních slev, podané samotnými účastnicemi spojení podniků v příloze B.14 může rovněž spíše potvrdit existenci obecných pravidel, kterou uplatňuje žalobkyně, jakož i skutečnost, že nejsou příliš komplexní. Konečně je namístej poznamenat, že ani dosti vysoký počet komplexně vypadajících pravidel, popřípadě i obtížně vyčíslitelných vyčerpávajícím způsobem, nutně odborníkovi nebrání, aby dosti snadno určil, zda jsou tato pravidla *a priori* nebo celkově dodržována. Pravidla chování na trhu nebo etikety by tak vyžadovala ke svému podrobnému popisu objemná díla, ale osoba alespoň trochu s nimi obeznámená může nicméně snadno určit, zda je chování jiné osoby s nimi v podstatě v souladu.

430 Každopádně, jak zdůraznila žalobkyně, z rozhodnutí ani z důkazů předložených Komisí nevyplývá, že by Komise vyšetřovala existenci obecně známých pravidel, kterými se řídí poskytování propagačních slev, nebo vyšetřovala, zda velké společnosti mohou zjistit, zda slevy poskytované ostatními velkými společnostmi jsou s uvedenými pravidly v souladu, nebo zda se společným zásadám vzdalují.

431 Krom toho žalobkyně dále tvrdila, že čisté ceny pro maloobchodníky byly transparentní, jelikož marže maloobchodníků jsou obecně transparentní a jsou známé vysokou mírou přesnosti.

- 432 Ve své žalobní odpovědi Komise v tomto ohledu tvrdila, že její závěr ohledně neúčinnosti sledování maloobchodního prodeje se rovněž zakládá na komplexnosti a neprůhlednosti maloobchodních cen. Uplatňuje, že ze studie připojené v příloze uvedené žalobní odpovědi vyplývá, že intenzivní sledování maloobchodního prodeje neumožňuje velké společnosti odvodit metody stanovení čistých cen (VPC snížená o slevy na fakturu) jejich soutěžitelů u daného alba, jelikož ne všichni maloobchodníci systematicky uplatňují v daném okamžiku totéž zvýšení velkoobchodní ceny, ať již na všechny kategorie alb, nebo dokonce na všechna alba v omezenější vyšší cenové kategorii. Nejistila žádnou prokazatelnou spojitost mezi maloobchodními cenami a slevami na fakturu poskytnutými na alba stejné VPC.
- 433 V tomto ohledu postačí konstatovat, že žádný bod odůvodnění rozhodnutí neobsahuje tvrzení o této údajné nemožnosti určit čisté prodejní ceny pro maloobchodníky obráceným uvažováním (reverse engineering) na základě maloobchodních prodejních cen. Krom toho žádná okolnost vyplývající ze spisu nenaznačuje, že by Komise během správního řízení provedla sebemenší přezkum spojitosti mezi maloobchodními a velkoobchodními prodejními cenami nebo že by shromažďovala informace o maloobchodních prodejních cenách. Nelze tedy vzít v úvahu ani argumentaci Komise, ani studii připojenou v příloze žalobní odpovědi.
- 434 Mimoto je namístě poznamenat, že, jak uplatnila žalobkyně, studie zpracovaná ekonomy účastnic spojení podniků neuvádí dostatečně spolehlivé, relevantní a srovnatelné údaje a nelze o ni opřít závěry, ke kterým na jejím základě dospívá Komise. Okolnost, i kdyby byla prokázána, že ne všichni maloobchodníci vždy systematicky uplatňují totéž zvýšení velkoobchodní ceny, každopádně není relevantní. Ačkoliv je skutečně pravděpodobné, že různé druhy maloobchodníků (supermarkety, nezávislé podniky, řetězce specializovaných obchodů atd.) sledují různou politiku v oblasti marží a že existují rozdíly v každé kategorii subjektů na trhu, a že tyto rozdíly existují dokonce i u každého jednotlivého subjektu na trhu podle druhů alb nebo jejich míry úspěchu, je naopak velmi málo pravděpodobné, a studie v tomto ohledu neobsahuje žádný údaj, že by maloobchodník sledoval rozdílnou prodejní politiku u stejného druhu alb. Jelikož jsou totiž všichni maloobchodníci zákazníci všech velkých společností, může tak každá velká

společnost sledovat marži uplatněnou konkrétním maloobchodníkem na její vlastní alba, a vyvodit tak z nich marži, kterou takový maloobchodník obvykle uplatňuje na alba jejích soutěžitelů, která se vyznačují podobnými charakteristickými rysy. Konečně je třeba uvést, že podle prohlášení vedoucích prodeje společností Sony a BMG pro Francii (připojená v příloze B.2), je maloobchodní cena obecně určena přidáním DPH k velkoobchodní ceně.

435 Z předcházejících úvah vyplývá, že nové důkazy předložené Komisí se neukazují být dostatečně spolehlivými, relevantními a přesvědčivými na to, aby prokázaly neprůhlednou povahu propagačních slev.

436 Konečně je ještě nadto třeba poznamenat, že v případě, že by propagační sleva nebyla transparentní, jelikož by se za předpokladu, že by k tomu byl maloobchodník oprávněn, neodrazila u konečného spotřebitele, ale ponechal by si ji maloobchodník, aby zvýšil svůj zisk, Komise nevysvětlila, jak by mohla být propagační sleva v projednávané věci relevantní. Ačkoliv v případě dokonale homogenních výrobků může být tajná a neprůhledná sleva poskytnutá výrobcem maloobchodníkovi relevantní pro posouzení existence transparentnosti nezbytné pro tichou koordinaci, jelikož uvedená sleva tomuto výrobcu umožňuje zvýšit jeho prodej na úkor ostatních členů oligopolu, není tomu nutně tak v případě prodeje rozdílných výrobků zprostředkovatelům. Jelikož je v projednávané věci každý disk rozdílný, nakoupí tak maloobchodník, který u velkých společností nakupuje pouze za účelem dalšího prodeje konečnému spotřebiteli, u dané velké společnosti méně disků v zásadě pouze v případě, že je konečný spotřebitel účinkem propagační slevy motivován nakupovat spíše disky konkurenční velké společnosti, která maloobchodníkovi poskytla uvedenou propagační slevu. Mimoto, ačkoliv by to bylo možné nebo dokonce pravděpodobné, ani Komise, ani vedlejší účastnice netvrdily, a o to spíše ani neprokázaly, že by poskytování propagační slevy bylo spojeno s nemožností vrátit neprodané disky. Za těchto podmínek se nezdá, že by propagační sleva poskytnutá velkou společností maloobchodníkovi, která není transparentní z důvodu, že se neodráží u konečného spotřebitele, mohla ovlivnit objem prodeje dotčeného alba nebo ohrozit společnou cenovou politiku vyplývající z tiché koordinace. Komise měla přinejmenším přezkoumat a vysvětlit, jak by propagační sleva neprůhledná

z důvodu, že se neodráží u konečného spotřebitele, mohla představovat překážku nezbytné transparency trhu, pokud se za ní neskrývá chování, které může ohrozit tichou koordinaci.

— K relevanci propagačních slev

⁴³⁷ Žalobkyně uplatňuje řadu výtek, kterými v podstatě tvrdí, že se Komise nesprávně opírala o požadavek úplné transparentnosti trhu, že nepřezkoumala relevanci propagačních slev pro posouzení transparentnosti trhu a že není prokázáno, že by propagační slevy rušily nebo snižovaly nezbytnou transparentnost, jelikož se pouze okrajově týkají alb uvedených na žebříčkách nebo nejprodávanějších alb a nemají skutečný vliv na čisté ceny, zejména poněvadž představují pouze čtvrtinu až třetinu veškerých slev.

⁴³⁸ Zaprvé, co se týče výtky, že Komise zaměnila požadavek dostatečné transparentnosti trhu stanovený ve věci, ve které byl vydán rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, s požadavkem úplné transparentnosti uplatněným v rozhodnutí, je namístě konstatovat, že, jak správně zdůrazňuje Komise, žádný bod odůvodnění rozhodnutí nezbytnost úplné transparentnosti nezmiňuje.

⁴³⁹ Je však třeba ověřit, zda Komise v praxi nevyžadovala úplnou transparentnost nebo přinejmenším vyšší transparentnost, než je transparentnost nutná k tomu, aby umožnila společné dominantní postavení.

440 Jak vyplývá z bodu 62 rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, nutná transparentnost je taková transparentnost, která umožňuje každému členu dominantního oligopolu znát chování ostatních, aby mohl ověřit, zda se chovají nebo nechovají stejně, tzn. že musí disponovat prostředky k tomu, aby věděl, zda ostatní subjekty přijímají tutéž strategii a zda jí dodržují. Transparentnost trhu by tedy měla být dostatečná, aby každému členu dominantního oligopolu umožnila znát dostatečně přesně a bezprostředně vývoj tržního chování každého jiného člena. Vyžadovaná míra transparentnosti neznamená, že každý člen může v každém okamžiku znát do nejmenších podrobností přesné podmínky každého prodeje uskutečněného ostatními členy oligopolu, ale musí jednak umožnit rozpoznat podmínky tiché koordinace, a jednak představovat vážné riziko, že odchylující se chování, které by mohlo ohrozit tichou koordinaci, bude odhaleno ostatními členy oligopolu.

441 Komise vysvětluje, že „přezkoumala složky čisté ceny jednotlivého alba prodaného jednotlivému zákazníkovi (VPC, obvyklá sleva, případná propagační sleva) a dospěla k závěru, že dostatečná míra transparentnosti všech složek je nutná k tomu, aby si velká nahrávací společnost mohla být přiměřeně jista, že zná skutečné metody stanovení čistých cen jiné nahrávací společnosti jak na úrovni zákazníků, tak alb“. Z tohoto vysvětlení vyplývá, že, ačkoliv rozhodnutí bez dalšího upřesnění pouze zmiňuje dostatečnou transparentnost, zdá se, že Komise vyžadovala zvlášť vysokou míru transparentnosti.

442 Stejně tak Komise zejména tvrdí, že význam propagačních slev vyplývá ze skutečnosti, že „aby velké nahrávací společnosti mohly koordinovat čisté ceny, musí mít možnost kontrolovat všechny složky – poměrně transparentní VPC a různé slevy na fakturu“. Komise v tomto ohledu upřesňuje, že „[u]rčitá znalost obvyklých slev jednoduše není dostatečná, pokud slevy díky propagačním slevám kolísají (tzn. čisté ceny nejsou stabilní) u určitých zákazníků, v čase a podle alba tak silně, jak je uvedeno v bodech 79, 86, 93, 100 a 107 odůvodnění [rozhodnutí], a pokud se ukazuje, že uvedené slevy jsou méně transparentní“.

- 443 Na jedné straně je třeba v tomto ohledu poznamenat, že kromě množství dalších faktorů transparentnosti zmíněných v bodech 111 až 113 odůvodnění rozhodnutí (zejména stálé kontakty se stabilní a omezenou zákaznickou základnou společnou všem velkým společnostem, jakož i týdenní zveřejňování žebříčků) měla Komise v rozhodnutí za to, že jak hrubé ceny, tak obvyklé slevy byly transparentní. Přestože ve svých spisech účastníka řízení před Soudem Komise relativizovala míru transparentnosti uvedených dvou základních složek, ze kterých se skládají čisté ceny, ostatně v různé míře podle toho, na které argumenty odpovídala, Komise rovněž ve svých závěrečných vyjádřeních výslovně uvedla, že dospěla k závěru, že „existuje vysoká míra transparentnosti jak VPC, tak obvyklých slev“.
- 444 Na druhé straně, kolísání slev, které je důsledkem propagačních slev, může být jen stěží kvalifikováno jako „tak silné“ vzhledem k tomu, že rozhodnutí zmiňuje rozdíly od 2 do 5 procentních bodů ve Spojeném království, Německu a Španělsku, od 1 do 3 procentních bodů v Itálii a do 3 procentních bodů ve Francii u většiny hlavních zákazníků (nebo hlavních společných zákazníků). Krom toho, jak tvrdila žalobkyně a jak připustila Komise (zejména v bodě 13 dodatečných vyjádření), rozdíly ve slevách mohou být vysvětleny díky sortimentům různých výrobků a díky různé míře úspěchu, jakož i druhům zákazníků, takže lze pouze vyvodit, že dosti malé rozdíly, které byly zjištěny, jsou skutečně způsobeny propagačními slevami.
- 445 Zadruhé, co se týče výtek žalobkyně, které mají zpochybnit relevanci slev, je třeba nejprve připomenout, že, jak zdůrazňuje žalobkyně, Komise v bodech 77, 84, 91, 98 a 105 odůvodnění rozhodnutí zjistila, že čisté prodejní ceny jsou úzce spojeny s hrubými cenami vzhledem k paralelnímu vývoji hrubých průměrných cen a reálných čistých průměrných cen společností Sony a BMG za šest posledních let. Ačkoliv Komise ve svých spisech účastníka řízení před Soudem uplatnila, že údaje o průměrných cenách mohou setřít jednotlivé rozdíly, je třeba konstatovat jednak, že je v bodě 70 odůvodnění rozhodnutí uvedeno, že průměrné ceny představují vhodný nástroj, jak zjistit, zda velké společnosti vykazují paralelní chování v oblasti cen, a jednak, že se rovněž v bodě 77 odůvodnění rozhodnutí

každopádně konstatuje velmi vysoká míra stability poměru čistých a hrubých cen podle alba a v čase. Jelikož jsou obvyklé slevy stanovovány pro daného zákazníka a na daný rok, není pak jasné, jak by rozdílné propagační slevy mohly ovlivnit čisté ceny dotčených alb.

446 Relevance slev obecně se ve zbytku zdá být vážně zpochybněna posouzením samotné Komise. V bodech 88 a 89 oznámení námitek tak Komise uvedla „že po přezkumu údajů zjistila, že slevy nezměnily poměrné ceny velkých společností“ a že „neexistoval naprosto žádný důkaz, že by slevy byly používány za účelem podstatné změny cen“. Ačkoliv, jak bylo výše připomenuto, má Komise skutečně právo změnit svá posouzení učiněná v oznámení námitek, která jsou *per definitionem* předběžná, musí být posouzení a závěry obsažené v rozhodnutí slučitelné se skutkovými zjištěními učiněnými během správního řízení, leda že by bylo prokázáno, přinejmenším v řízení před soudem Společenství, že tato zjištění byla chybná. Tvrzení, že neexistoval žádný důkaz o tom, že by slevy citelně ovlivnily ceny, totiž spíše představuje skutkové zjištění než právní posouzení. Každopádně se zdá, že Komise v této otázce nezměnila názor, jelikož se v bodě 77 odůvodnění rozhodnutí uvádí, že „[k]dyby se velké nahrávací společnosti citelně odchýlily od dohodnuté cenové politiky poskytováním slev, projevíly by se tyto odchylky v jejich čistých průměrných cenách“.

447 Zatřetí je třeba konstatovat, že rozhodnutí neobsahuje sebemenší informaci, která by mohla prokázat skutečný dopad propagačních slev na čisté ceny dotčených alb. Jediný náznak v tomto ohledu je učiněn v bodu 150 odůvodnění rozhodnutí, ale ten spíše naopak tento dopad popírá, neboť je v něm uvedeno, že „[s]tejně jako na rozlehlejších územích jsou hlavními slevami uplatňovanými ve veškerých malých zemích obvyklé slevy“. Komise skutečně při jednání uplatnila názor, že se jedná o typografickou chybu, ale sama však uvedené vyjádření opakovala ve své žalobní odpovědi. Krom toho je třeba připomenout, že v oznámení námitek zhotoveném po pěti měsících vyšetřování, během kterého Komise vyslechla jak velké společnosti, tak

nezávislé výrobce a maloobchodníky zejména ohledně významu jednotlivých druhů slev, včetně propagačních slev (viz zejména otázky 19 a 24 dotazníků adresovaných dne 20. ledna 2004 maloobchodníkům a soutěžitelům, zmiňovaných v příloze E.4.1), Komise přesto nepovažovala za nutné propagační slevy zmínit.

448 Na výzvu Soudu, aby uvedla celkovou hodnotu propagačních slev v procentním podílu na celkovém prodeji 100 a 20ti nejprodávanějších alb každé z pěti velkých společností (tj. průměrnou propagační slevu poskytnutou na tato alba), jakož i poměrnou hodnotu propagačních slev ve vztahu k obvyklým slevám na uvedená alba, Komise odpověděla, že je na základě informací uvedených v jejím spisu nemožné je vypočítat.

449 Z výše uvedených poznámek vyplývá, že Komise dospěla k závěru ohledně nedostatku transparentnosti trhu, i přes transparentnost hrubých cen a obvyklých slev a přes mnohé další faktory transparentnosti uvedené v rozhodnutí, z pouhého důvodu, že propagační slevy jsou méně transparentní, aniž by však přezkoumala, zda uvedené propagační slevy představují dostatečně významnou složku ceny dotčených alb na to, aby měly účinný dopad na transparentnost cen uvedených alb. Z toho vyplývá, že výtka žalobkyně, podle které je rozhodnutí postiženo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení, protože Komise nepřezkoumala, nebo přinejmenším právně dostačujícím způsobem neprokázala, relevanci propagačních slev, je opodstatněná.

450 Uvedené zjištění nemůže být zpochybněno tvrzením Komise, podle kterého jí další informace předané během správního řízení umožnily učinit závěr, že propagační slevy byly zásadní složkou při stanovování cen, a vypočítat průměrné propagační slevy uplatněné na veškerá alba v roce 2002. Okolnosti, o které se tato argumentace opírá, zejména nelze považovat za dostatečně soudržné, spolehlivé a relevantní, ani tyto okolnosti nemohou odůvodnit závěry, které jsou na jejich základě učiněny.

451 Zaprvé, časová posloupnost průběhu vyšetřování neukazuje, že by Komise přezkoumávala relevanci propagačních slev pro hodnocení míry transparentnosti trhu, ani *a fortiori*, že by takové hodnocení mohlo být provedeno na základě veškerých relevantních a spolehlivých údajů. V tomto ohledu je třeba připomenout, že až do slyšení ve dnech 14. a 15. června 2004 zastávala Komise na základě přezkumu veškerých okolností shromážděných během jejího vyšetřování závěr, jistě předběžné povahy, že existovalo společné dominantní postavení již před spojením podniků, a zejména, že trhy i slevy jsou transparentní a že slevy nemohly ohrozit koordinaci cen. Vzhledem k odpovědím jak velkých společností, soutěžitelů, tak i maloobchodníků na její dotazníky o významu jednotlivých různých slev, zejména obvyklých a propagačních, rozhodla, že není nutné propagační ceny uvádět v oznámení námitek (přinejmenším jak to vyplývá z důvěrné verze předložené před Soudem). Ze spisu nevyplývá a Komise to ostatně netvrdila, že by v této fázi Komise provedla sebemenší přezkum týkající se propagačních slev. Nezdá se totiž, že by v krátkém intervalu mezi slyšením ve dnech 14. a 15. června 2004, v jehož důsledku Komise změnila své posouzení, a odesláním návrhu rozhodnutí poradnímu výboru dne 1. července 2004 Komise provedla šetření za účelem ověření relevance propagačních slev nebo relevance míry jejich transparentnosti. Jediné opatření v rámci šetření provedené po slyšení a zmíněné Komisí ostatně spočívá v žádosti o informace s datem 21. června 2004 adresované oznamujícím účastnicím spojení a týkající se nikoliv relevance propagačních slev, ale jednání velkých společností v oblasti sledování trhu. Vypovídací hodnota monitorovacích zpráv vypracovaných obchodními zástupci společností Sony a BMG poskytnutých (příloha B.15) na základě uvedené žádosti je ostatně, jak bylo výše zjištěno, vážně zpochybněna důvěrnými dokumenty předloženými žalobkyní (příloha B.16). Konečně, ve svých závěrečných vyjádřeních Komise sama zdůrazňuje, že právo oznamujících účastnic spojení být slyšen omezuje možnosti dodatečného vyšetřování po slyšení a vylučuje hromadnou konzultaci se subjekty na trhu týkající se námitek. Opatření v rámci vyšetřování provedená po slyšení v podstatě podle Komise spočívala v konzultaci se subjekty na trhu týkající se navrhovaných závazků a netýkala se námitek proti oznámenému spojení podniků.

452 Zadruhé, ačkoliv ve svých odpovědích na písemné otázky Soudu Komise uvedla, že informace poskytnuté oznamujícími účastnicemi spojení během správního řízení jí

umožnily vypočítat průměrné propagační slevy, přiznala však při jednání, že sama výpočty neprovedla a že byla nucena ponechat ekonomům účastnic spojení podniků úkol vysvětlit, proč mohly slevy být vypočítány na veškerá alba, ale nikoliv na 20 nebo 100 nejprodávanějších alb, i když se vyšetřování a údaje shromážděné Komisí týkaly pouze těchto alb.

453 Zatřetí, ačkoliv Komise uvedla, že výpočty byly provedeny na základě údajů, které sloužily jako základ jedné z příloh B.12 žalobní odpovědi, obsahují tyto přílohy pouze údaje týkající se společnosti BMG, a nikoliv Sony.

454 Začtvrté se tyto údaje nezdají být dostatečně soudržné, spolehlivé a relevantní.

455 Nejprve je třeba uvést, že tabulky poskytnuté Komisí v odpovědi na otázky Soudu se týkají pouze roku 2002, aniž by byly uvedeny důvody, proč byl tento rok oznamujícími účastnicemi spojení zvolen, když se rozhodnutí týká cen a slev mezi roky 1998 až 2003. Stejně tak, ačkoliv je u společnosti BMG podíl hrubého prodeje vypočítán pro deset největších zákazníků, týká se pouze pěti až deseti největších zákazníků (podle země), aniž by v tomto ohledu bylo podáno jakékoliv vysvětlení. Je rovněž namístě poznamenat, že rozpětí propagačních slev uvedená v tabulkách (která se týkají veškerých alb pro všechny zákazníky) neodpovídají rozpětím uvedeným v tabulkách ostatních příloh B.6/E.2 (které se týkají pouze 20 nejprodávanějších alb deseti nejlepším zákazníkům). Jelikož je počet alb a zákazníků, který byl vzat v tabulkách v úvahu, o hodně vyšší než počet alb a zákazníků, kterého se týkají uvedené přílohy, měla by se nejvyšší propagační sleva v tabulkách [důvěrné] rovnat slevě uvedené v dotčených přílohách za tentýž rok [důvěrné] nebo být vyšší. Celkové slevy na fakturu každé z oznamujících účastnic spojení, jakož i rozdíl ve slevách, které každá z nich poskytla, se rovněž liší od slev a rozdílů, které jsou uvedeny v rozhodnutí. Rozhodnutí se ve skutečnosti týká nejprodávanějších alb v roce 2003, a nikoliv, jako tabulky, veškerých alb prodaných

v roce 2002, ale to však jen potvrzuje, že se výsledek může lišit podle zvolených parametrů, a tedy nutnost toho, aby si Komise nad takovými úkony ponechala kontrolu, nebo přinejmenším, aby ověřila relevanci údajů předložených účastnicemi spojení podniků.

456 Dále je třeba konstatovat, že jelikož se tabulky týkají průměrné propagační slevy na veškerá prodaná alba, a nikoliv na 100 nebo 20 nejprodávanějších alb, postrádají relevanci, neboť předpokládají právě to, co by měly prokázat, totiž že propagační slevy rovněž hrají významnou roli u nejprodávanějších alb nebo nových vydání uvedených na žebříčkách (new hit releases) a že se hlavně netýkají, jak tvrdí žalobkyně, alb uvedených v katalogu. Nelze přijmout argument Komise, podle kterého je vzhledem k významu 100 nejprodávanějších alb pro celkové příjmy z prodeje hudby překvapivé, že se průměrné výše propagačních slev vypočítané na veškerá prodaná alba citelně neodráží na cenách 100 nejprodávanějších alb, neboť by to znamenalo, že by se průměrné propagační slevy, které byly několikanásobkem obecného průměru, uplatňovaly na veškerá ostatní alba. Ačkoliv rozhodnutí neobsahuje v tomto ohledu žádnou informaci a ačkoliv Komise ve svých spisech účastníka řízení sotva poskytla upřesnění, jediné okolnosti uvedené ve spise naznačují, že propagační slevy jsou skutečně vysoké nebo dokonce velmi vysoké. V odpověď na dotazník Komise tak jedna velká společnost uvedla, že „[u]vedený druh slevy může představovat významný podíl VPC (například až do [důvěrné])“. Stejně tak tabulky přílohy E.2 předložené Komisí, které obsahují odhady nejvyšších propagačních slev, často zmiňují velmi vysokou sazbu slev poskytnutých oznamujícími účastnicemi spojení jejich deseti nejlepším zákazníkům, která dosahovala až [důvěrné]. Uvedené odhady jsou mimoto Komisí kvalifikovány jako obezřetné, neboť, zatímco jsou tato čísla uvedena v ročním vyjádření, je propagační sleva obvykle časově omezena. Jelikož propagační slevy představují i podle tabulky předložené Komisí pouze nízký průměrný podíl prodejní ceny [důvěrné] veškerých prodaných alb, měly by se proto uplatnit jen ve vztahu k dosti nízkému počtu alb. Konečně, jak bylo zjištěno výše, jediná prohlášení velkých společností předložená Komisí naznačují, že se propagační slevy uplatňují ve zvláštních případech (umělec na turné, určité sezónní zásoby, starší alba, která se již velmi dobře neprodávají). Za těchto podmínek se nelze domnívat, že průměrné sazby propagačních slev

poskytnutých na veškerá alba vypovídají něco o propagačních slevách poskytnutých na 100 nejprodávanějších alb, ani *a fortiori* o propagačních slevách poskytnutých na nové „hits releases“. Mimo je v tomto ohledu třeba připomenout, že v bodech 87 a 90 oznámení námitek Komise uvedla, že se podle jejího odhadu ceníky nových vydání používají za účelem koordinace a sledování cenových politik a že nenalezla jediný důkaz o tom, že by tyto slevy byly používány za účelem podstatné změny průměrných čistých cen nových „hit releases“.

457 Zapáté, i za předpokladu, že jsou tabulky správné a mají vypovídací hodnotu, je třeba konstatovat, že propagační slevy představují pouze velmi malou část hrubé prodejní ceny alb ve třech z pěti velkých zemí u společnosti BMG, [důvěrné] % v zemi B, [důvěrné] % v zemi C a [důvěrné] % v zemi D, a ve dvou z pěti velkých zemí u společnosti Sony, [důvěrné] % v zemi C a [důvěrné] % v zemi D. Mimoto v rozporu s tím, co tvrdí Komise, nelze mít za to, že tabulky ukazují, že by se průměrné propagační slevy obou oznamujících účastnic spojení ve většině zemí velmi lišily, jelikož ve třech z pěti zemí je rozdíl mezi propagačními slevami uplatňovanými společnostmi Sony a BMG menší než [důvěrné] %. Každá země totiž podle rozhodnutí představuje jeden trh a spojení podniků, které vytváří nebo posiluje dominantní postavení, v jehož důsledku je účinná hospodářská soutěž významně narušena i na jediném z těchto relevantních trhů, musí být prohlášeno za neslučitelné se společným trhem. Za těchto podmínek i za předpokladu, že propagační slevy mohou být považovány za méně transparentní, měla Komise, aniž by uplatnila požadavek úplné transparentnosti, přinejmenším v rozhodnutí vysvětlit, jak mohly propagační slevy přes jejich minimální skutečný dopad na ceny a přes existenci mnohých faktorů transparentnosti uvedených v rozhodnutí odstranit dostatečnou transparentnost trhu nezbytnou k umožnění společného dominantního postavení.

458 Ani vysvětlení poskytnutá během řízení před Soudem, ani *a fortiori* ověření týkající se podstatného aspektu rozhodnutí každopádně nemohou být náhradou za nedostatek přezkumu v okamžiku přijetí rozhodnutí a odstranit vadu spočívající ve zjevně nesprávném posouzení, kterým je tak rozhodnutí postiženo, i kdyby

uvedená vada nijak neovlivnila výsledek posouzení (viz obdobně rozsudek Soudního dvora ze dne 22. ledna 2004, *Mattila v. Rada a Komise*, C-353/01 P, Recueil, s. I-1073, body 31 a 37).

c) Závěr ohledně transparentnosti

⁴⁵⁹ Z výše uvedených úvah vyplývá, že zjištění učiněná v rozhodnutí ohledně transparentnosti trhu nejsou právně dostatečným způsobem odůvodněna a jsou postižena vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení, jelikož se nezakládají na přezkumu veškerých relevantních údajů, které musí být vzaty v úvahu, a jelikož nemohou být oporou pro závěr, že trh není dostatečně transparentní na to, aby umožnil společné dominantní postavení.

5. Homogennost

⁴⁶⁰ Co se týče kritéria homogennosti výrobku, je třeba připomenout, že Komise v bodě 157 odůvodnění rozhodnutí dospěla k závěru, že neexistuje společné dominantní postavení, když kromě nedostatků v oblasti transparentnosti a nedostatku důkazů svědčících o existenci odvetných opatření v minulosti, poukázala na částečně heterogenní vlastnosti výrobku. Je však třeba uvést, že v bodě 110 odůvodnění rozhodnutí věnovaném přezkumu homogennosti výrobku Komise zdůraznila, zaprvé, že formát hudebních nahrávek je homogenní, zadruhé, že se přes heterogennost obsahu zdají být podmínky stanovování cen a prodeje alb na velkoobchodních trzích dosti standardizované a, konečně zatřetí, že, co se týče slev a dohodnutých sazeb při vrácení neprodaného zboží, velké společnosti obvykle nijak

nerozlišují mezi hudebními žánry nebo druhy alb. Komise přinejmenším ve zjevném rozporu s uvedeným tvrzením a bez dalšího vysvětlení dodala, že stanovení ceny přirozeně také závisí na úspěchu alba a že na úrovni jednotlivých alb existují rozdíly v propagačních slevách. Na základě výše uvedeného dospěla k závěru, že heterogennost obsahu a její výše uvedené účinky na ceny snižují transparentnost.

461 V důsledku toho měla Komise za to, že uvedené prvky heterogennosti měly pouze dopad na propagační slevy. Jak bylo totiž výše vysvětleno, okolnosti uvedené v rozhodnutí a argumenty, kterých se Komise dovolává ve svých písemnostech, nestačí k tomu, aby prokázaly, že se trh nevyznačuje mírou vyžadované transparentnosti, aby mohlo existovat společné dominantní postavení. Zjištění, ostatně vzájemně si odporující, týkající se prvků heterogennosti výrobku tedy sama o sobě nemohou vést k závěru, že takové společné dominantní postavení na trhu neexistovalo.

462 Je ostatně namístě poznamenat, že okolnost, že je výrobek heterogenní, přinejmenším co se týče jeho obsahu, a že, jak by bylo namístě očekávat, se jeho cena podle jednotlivého alba liší, dává dosti zvláštní význam zjištění učiněnému samotnou Komisí v bodech 76 a 77 odůvodnění týkajících se trhu Spojeného království (a v bodech odůvodnění týkajících se ostatních trhů), podle kterého se katalogové ceny nejprodávanějších alb zdají být spíše vyrovnané, a že čisté prodejní ceny jsou úzce spojeny s hrubými cenami.

6. Odvetná opatření

463 V bodech 114 až 118 odůvodnění rozhodnutí Komise přezkoumala, zda velké společnosti v minulosti podnikly „odvetná opatření“ proti jiné velké společnosti, a dospěla k závěru, že nenalezla „žádnou okolnost prokazující, že odmítnutí ze strany velké společnosti být vázána jednáním ve shodě mohlo v minulosti přinést

jako odplatu vyloučení ostatních velkých společností ze společného podniku pro kompilace nebo (dočasný) návrat ke skutečně soutěžním jednáním“, ani nenalezla „náznak hrozby v tomto smyslu“.

- 464 Žalobkyně tvrdí, že uvedené zjištění je postiženo vadou spočívající v nedostatečném odůvodnění, zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení. Výtky rozvedené do těchto tří částí se překrývají a v podstatě napadají skutečnost, že Komise svou analýzu založila na neexistenci důkazu o předchozím použití odvetných opatření, ačkoliv měla pouze ověřit, zda existují účinné odrazující mechanismy.
- 465 Z judikatury (rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, bod 62) vyplývá, že aby bylo společné dominantní postavení životaschopné, je třeba, aby existovalo dostatečné množství odrazujících faktorů, které by dlouhodobě odrazovaly od odchýlení se od společného chování, což znamená, že každý člen dominantního oligopolu musí vědět, že jeho silně soutěžní jednání s cílem zvýšit jeho tržní podíl by vyvolalo stejné jednání ostatních podniků, takže by ze svého podnětu neměl žádnou výhodu (viz v tomto smyslu rozsudek *Gencor v. Komise*, bod 246 výše, bod 276).
- 466 Pouhá existence účinných odrazujících mechanismů totiž v zásadě postačuje, jelikož, přizpůsobí-li se členové oligopolu společné politice, není třeba uplatnit sankce. Krom toho, jak zdůrazňuje žalobkyně, neúčinnější odrazující prostředek je takový prostředek, který nemusí být použit.
- 467 Krom toho, Komise v bodech 128 až 132 oznámení námitek výslovně konstatovala, že vyloučení ze společných podniků pro kompilace představuje zvláště účinný mechanismus odplaty, a rozhodnutí, i když to neuznává tak výslovně, tuto analýzu potvrzuje v rozporu s tím, co tvrdila Komise ve svých spisech účastníka řízení. Po té,

co Komise v bodech 115 a 116 odůvodnění rozhodnutí uznala hospodářský význam kompilací několika umělců nebo značek, které představují přibližně od 15 do 20 % celkového trhu s hudebními nahrávkami, a zdůraznila, že přítomnost umělců „patřících“ k jiným nahrávacím společnostem na albech se zdá být klíčovým faktorem úspěchu kompilace, totiž Komise v bodě 117 odůvodnění rozhodnutí vysvětluje, že „[v] případě přetrvávajícího ‚odchýlení se‘ jedné z nich by ji tak velké nahrávací společnosti mohly vyloučit ze zakládání nových společných podniků nebo by jí mohly odmítnout udělit právo na užití jejich titulů na kompilaci, nebo dokonce zrušit určité existující společné podniky“. Konečně bod 118 odůvodnění rozhodnutí ukazuje, že Komise nicméně nenalezla jedinou okolnost prokazující vyloučení ostatních velkých nahrávacích společností ze společného podniku pro kompilace v minulosti ani náznak hrozby v tomto smyslu, a upřesňuje, že „tato opatření by obecně mohla představovat věrohodné prostředky odplaty na trzích s hudebními nahrávkami“.

468 Jelikož však v rámci projednávaného žalobního důvodu jde o zjištění existence společného dominantního postavení, a nikoliv o jeho vytvoření, lze mít za to, že podmínka týkající se prostředků odplaty nemůže spočívat v ověření samotné existence mechanismů odplaty, jak tomu bylo ve věci, ve které byl vydán rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, ale v přezkoumání, zda se vyskytovala porušení společného postupu, aniž by tato porušení byla následována opatřeními odplaty. Ačkoliv rozhodnutí neuvádí, že by pro zjištění existence společného dominantního postavení měl být použit jiný test, a ačkoliv to Komise netvrdila ani ve svých spisech účastníka řízení, Soud nicméně přezkoumá, zda zjištění učiněná v rozhodnutí uvedený test splňují.

469 Aby bylo možné mít za to, že neprovedení opatření odplaty znamená, že kritérium týkající se prostředků odplaty nebylo splněno, jsou nezbytné dvě kumulativní podmínky, totiž důkaz o odchýlení se od společného postupu, bez něhož není třeba zkoumat, zda byla opatření odplaty uplatněna, a dále skutečný důkaz o neexistenci

opatření odplaty. Je totiž třeba konstatovat, že se rozhodnutí ve vztahu k těmto dvěma aspektům o žádných důkazech nezmiňuje.

470 Zaprvé, ani ve zvláštním oddíle věnovaném prostředkům odplaty, ani ve zbytku rozhodnutí Komise jasně nezaznamenala žádný případ porušení společné cenové politiky. Ve své žalobní odpovědi se Komise skutečně dovolávala dvou případů, kdy rozhodnutí konstatovalo odchylky od společného postupu (ve Spojeném království v roce 2000 a 2001, bod 74 odůvodnění, a v Německu, s pomalejším vývojem u jedné z velkých společností, bod 88 odůvodnění). Z rozhodnutí však nevyplývá, zda byly uvedené případy považovány za porušení společné politiky; tyto případy však dokládaly, že paralelnost cen v kterémkoliv okamžiku nebyla dosažena.

471 Zadruhé, je každopádně třeba konstatovat, že Komise dotazovaná při jednání Soudem na opatření v rámci šetření, která podnikla, aby dospěla k závěru, že nenalezla důkaz o uplatnění opatření odplaty v minulosti ani o hrozbě v tomto smyslu, nebyla schopna poukázat na sebemenší kroky, které za tímto účelem uskutečnila nebo podnikla. Krom toho, jelikož se ve fázi oznámení námitek vyšetřování Komise zaměřilo na ověření existence věrohodných odrazujících mechanismů, a nikoliv na účinné uplatnění opatření odplaty a jelikož Komise teprve po slyšení před ní změnila své posouzení spojení podniků, zdá se obtížné určit, kdy a jak mohla Komise účinně hledat důkazy o uplatnění opatření odplaty. Ze spisu ostatně vyplývá, že po slyšení již Komise neprováděla šetření trhu. Jediným krokem Komise za účelem ověření tedy mohlo být pouze adresování otázky oznamujícím účastnicím spojení, které však zjevně nebyly s to předložit Komisi důkazy o uplatnění opatření odplaty.

472 Konečně je třeba konstatovat, že nemůže uspět argument Komise, podle kterého „[z]jevné důkazy o opatřeních odplaty uplatněných ostatními velkými společnostmi v reakci na ‚odchýlení se‘ od obvyklých výší průměrných čistých cen nebo

průměrných slev na fakturu by mohly představovat ukazatel (třebaže zjevně nikoliv rozhodující) existence koordinace i přes obtížnost zjištění dostatečně jasných podmínek koordinace a dostatečně účinných prostředků kontroly jejich dodržování“. Jednak je totiž uvedené tvrzení v rozporu s rozhodnutím, podle kterého „[j]akýkoliv náznak odplaty by totiž mohl být považován za upozornění na existenci společného dominantního postavení na uvedených trzích“ (bod 114 odůvodnění rozhodnutí), a „Komise tedy v projednávané věci nenalezla žádnou okolnost ukazující na to, že takové prostředky nebo hrozby byly v minulosti použity, což by bylo důkazem společného dominantního postavení“. Krom toho argumentace Komise vede k tvrzení, že přezkum kritéria týkajícího se prostředků odplaty, který provedla, nebyl odpovídající, jelikož by i „zjevné důkazy o opatřeních odplaty“ mohly představovat jen „zjevně nikoliv rozhodující“ ukazatel.

473 Z výše uvedeného vyplývá, že výtky žalobkyně, podle které posouzení obsažená v rozhodnutí týkající se prostředků odplaty jsou postižena vadou spočívající v nesprávném právním posouzení a zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu, je opodstatněná.

474 Jelikož, jak vyplývá zejména z bodu 157 odůvodnění rozhodnutí, uvedená posouzení jsou základním důvodem, na němž je rozhodnutí založeno, je třeba toto rozhodnutí zrušit.

7. Závěr k prvnímu žalobnímu důvodu

475 Z výše uvedeného vyplývá, že tvrzení, podle kterého trhy s hudebními nahrávkami nejsou dostatečně transparentní na to, aby umožnily společné dominantní postavení, není právně dostačujícím způsobem odůvodněno a je postiženo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení, jelikož poznatky, na kterých se toto tvrzení zakládá, jsou neúplné a nezahrnují veškeré relevantní údaje, které měly být Komisí vzaty

v úvahu, a nemohou být oporou pro závěry, které z nich vycházejí. Jelikož, jak vyplývá jak z rozhodnutí a zejména jeho bodu 157 odůvodnění, tak z diskuzí před Soudem, uvedené tvrzení představuje základní důvod, na jehož základě Komise dospěla v rozhodnutí k závěru, že neexistuje společné dominantní postavení, musí být z tohoto pouhého důvodu rozhodnutí zrušeno.

⁴⁷⁶ Stejně tak, jelikož je analýza prostředků odplaty postižena vadou spočívající v nesprávném právním posouzení nebo přinejmenším ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a jelikož tato analýza představuje další základní důvod, na jehož základě Komise dospěla v rozhodnutí k závěru, že neexistuje společné dominantní postavení, je uvedená vada rovněž důvodem pro zrušení rozhodnutí.

⁴⁷⁷ Konečně je ještě třeba v potřebné míře konstatovat, že, jak vyplývá výslovně či mlčky z veškerých výše uvedených úvah, žádný z argumentů uplatňovaných vedlejšími účastnicemi nemůže uvedené závěry vyvrátit a několik z nich dokonce výslovně odporuje rozhodnutí.

⁴⁷⁸ Co se zaprvé týče úvodních vyjádření vedlejších účastnic, je namístě konstatovat, že již byly zamítnuty a nejsou relevantní. Skutečnost, že Komise údajně vedla mimořádně důkladné šetření, nemůže sama o sobě prokázat, že Komise skutečně shromáždila, analyzovala a správně posoudila veškeré relevantní údaje. Ostatně je v tomto ohledu třeba poznamenat, že vedlejší účastnice zdůrazňují, že od oznámení spojení podniků předložily velmi spolehlivé údaje a velmi spolehlivá vysvětlení o hudebním průmyslu v Evropě. Ze spisu totiž vyplývá, že na základě těchto informací a ostatních informací shromážděných na trhu během téměř pěti měsíců vyšetřování Komise v oznámení námitek dospěla k závěru o neslučitelnosti spojení podniků a že teprve po přednesení argumentace účastnic řízení a jejich ekonomů při slyšení ve dnech 14. a 15. června 2004 Komise změnila své posouzení a dva týdny na to poradnímu výboru zaslala návrh rozhodnutí povolujícího spojení podniků. Stejně

tak okolnost, že orgány pro hospodářskou soutěž ve světě spojení podniků povolily, není relevantní. Konečně, argument, podle kterého spojení podniků představuje prokonkurenční reakci na úpadek hudebního průmyslu a zejména na pád prodejních cen CD, je rovněž třeba zamítnout. Nejenže totiž rozhodnutí není nijak postaveno na údajném vážení různých výhod a nevýhod spojení podniků, ale krom toho argumenty vedlejších účastnic vycházející z vývoje poptávky byly výslovně zamítnuty v bodech 55 až 59 odůvodnění rozhodnutí.

479 Co se zadruhé týče argumentů vedlejších účastnic, které mají zpochybnit opodstatněnost výtek žalobkyně týkajících se propagačních slev, vyrovnání cen nebo transparentnosti, postačí konstatovat, že se tyto argumenty překrývají s argumenty Komise a byly již výše zamítnuty nebo nemohou být vzaty v úvahu, jelikož jsou výslovně v rozporu se zjištěními učiněnými v rozhodnutí. Argument vycházející z údajné neexistence vyrovnání cen a z tvrzení, že velký podíl prodeje 100 nejlepších titulů je dosažen za použití jiných VPC než VPC uvedených v rozhodnutí, tak byl v rozhodnutí výslovně zamítnut. Stejně tak není relevantní tvrzení, že rozhodnutí snižuje váhu výchozích důkazů o nedostatku transparentnosti. Soudu totiž nepřisluší, aby rozhodoval o slučitelnosti spojení podniků, ale aby vykonával přezkum legality zjištění učiněných v rozhodnutí. Krom toho je třeba znovu konstatovat, že tvrzení vedlejších účastnic v tomto ohledu, podle kterého nejsou VPC ani známé, ani přístupné nebo že obvyklé slevy nejsou dostatečně transparentní, výslovně odporují zjištěním obsaženým v rozhodnutí.

480 Konečně, co se zatřetí týče argumentů týkajících se různých otázek v rozhodnutí nezmíněných, postačí konstatovat, že nejsou relevantní, jelikož se přezkum Soudu omezuje na kontrolu legality rozhodnutí.

481 Soud má nicméně za to, že je nadto nezbytné přezkoumat druhý žalobní důvod.

III – K druhému žalobnímu důvodu, týkajícímu se vytvoření společného dominantního postavení na trzích s hudebními nahrávkami

A – Argumenty žalobkyně

482 Žalobkyně poukazuje na to, že Komise přezkoumala otázku, zda spojení podniků vytváří společné dominantní postavení, na méně než jedné stránce. Ačkoliv Komise tvrdila, že snížení počtu soutěžitelů by mohlo na některých oligopolistických trzích přinést vytvoření společného dominantního postavení zbývajících podniků a že skutečnost, zda k vytvoření takového postavení dojde či nikoliv, v podstatě závisí na charakteristických rysech trhu, Komise však neoznačila tyto rozhodující charakteristické rysy, ale omezila se na to, že poukázala na analýzu provedenou ohledně společného dominantního postavení již existujícího před spojením podniků, a v bodě 157 odůvodnění rozhodnutí dospěla k závěru, že nenalezla „dost důkazů, aby prokázala, že snížení počtu nahrávacích společností z pěti na čtyři by představovalo dostatečně významnou změnu, která by mohla přinést pravděpodobnost vytvoření společného dominantního postavení“, zejména s ohledem na transparentnost a opatření odplaty.

1. K nesprávnému právnímu posouzení

483 Komise se podle žalobkyně při použití testu pro společné dominantní postavení dopustila čtyř pochybení spočívajících v nesprávném právním posouzení.

a) Neexistence analýzy pravděpodobného vývoje

484 Komise se podle žalobkyně dopustila pochybení spočívajícího v nesprávném právním posouzení při použití právní úpravy společného dominantního postavení, jelikož neprovedla analýzu pravděpodobného vývoje, aby zjistila, zda by na základě spojení podniků bylo vytvořeno společné dominantní postavení. Přitom test, který má určit, zda spojení podniků takové postavení vytváří, či nikoliv, je podstatně odlišný od testu, který má ověřit jeho současnou existenci, jelikož druhý uvedený test vyžaduje analýzu *ex post*, zatímco první uvedený vyžaduje analýzu *ex ante*, která musí být vedena ve vztahu k míře hospodářské soutěže existující na trhu před spojením podniků.

485 Z rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, vyplývá, že analýza pravděpodobného vývoje musí nejen vzít v úvahu situaci uvedeného postavení v okamžiku, kdy se spojení podniků uskutečňuje, ale rovněž tuto situaci dynamickým způsobem posoudit při zohlednění zejména „vnitřní rovnováhy, stability a otázky, zda paralelní protisoutěžní chování, které by [tato situace] mohla způsobit, je udržitelné v čase“. Z bodu 157 odůvodnění rozhodnutí totiž vyplývá, že namísto provedení vyžadované zvláštní analýzy pravděpodobného vývoje Komise ke svým zjištěním došla na základě týchž důkazů – *ex post* – které použila k vyvrácení tvrzení o existenci společného dominantního postavení před spojením podniků.

486 Analýza *ex post* však podle žalobkyně není rozhodující. Komise skutečně prokázala, že „trhy s hudebními nahrávkami vykazují určité charakteristické rysy prospívající existenci společného dominantního postavení“ (bod 157 odůvodnění rozhodnutí), ale pak se omezila pouze na tvrzení, že nenalezla dostatečný důkaz o tom, že

společné dominantní postavení již existovalo, takže každá změna faktorů zvyšujících možnost tichých kartelových dohod by měla být velmi obezřetně analyzována. Jediným důkazem, který Komise přezkoumávala, je zpráva o tom, co se v minulosti odehrálo, čímž Komise podle žalobkyně mlčky uznává, že analýzu pravděpodobného vývoje neprovedla.

b) Transparentnost

⁴⁸⁷ Žalobkyně tvrdí, že při ověřování, zda bude společné dominantní postavení vytvořeno, se Komise dopustila pochybení spočívajícího v nesprávném právním posouzení ze stejných důvodů jako důvodů uplatněných v rámci prvního žalobního důvodu, jelikož použila test úplné transparentnosti trhu, zatímco podle rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, je třeba pouze ověřit, zda je trh dostatečně transparentní na to, aby umožnil koordinaci chování.

c) Odrazující prostředky

⁴⁸⁸ Žalobkyně vytýká Komisi, že neprovedla analýzu pravděpodobného vývoje, aby ověřila existenci odrazujících prostředků, ale opřela se o závěry, ke kterým dospěla, jelikož nesprávně vycházela z nedostatku důkazu o opatřeních odvety v minulosti v souvislosti s posílením již existujícího společného dominantního postavení, aby odmítla jakýkoliv argument, podle kterého by snížení z pěti na čtyři velké společnosti usnadnilo opatření odplaty na trhu.

489 V rámci analýzy pravděpodobného vývoje, kterou měla provést, mělo být zjištění, že existovala opatření, která mohla představovat věrohodné možnosti odplaty ze strany velkých společností (bod 118 odůvodnění rozhodnutí), podle žalobkyně považováno za dostatečný důkaz, zejména jakmile počet velkých nahrávacích společností klesne na čtyři.

d) Protiváha na trhu

490 Žalobkyně tvrdí, že se Komise dopustila pochybení spočívajícího v nesprávném právním posouzení, jelikož vůbec nepřezkoumala třetí podmínku stanovenou v rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, pro ověřování existence společného dominantního postavení, totiž schopnost zákazníků nebo soutěžitelů svými jednáními ohrozit výsledky jakékoliv společné politiky přijaté velkými společnostmi.

2. K porušení povinnosti odůvodnění

491 Žalobkyně uplatňuje, že analýza pravděpodobného vývoje, kterou musí Komise provést, aby ověřila riziko vytvoření společného dominantního postavení, s sebou nese důkladný přezkum relevantních okolností ohledně účinku spojení podniků na trhu. Na straně jedné totiž Komise možnost vytvoření společného dominantního postavení nepřezkoumala ani v oznámení námitek a na straně druhé analýza Komise v rozhodnutí není ani zaměřena na pravděpodobný vývoj ani není podrobná. Z toho, že neprokázala existenci společného dominantního postavení, podle žalobkyně Komise vyvodila, že neexistují dostatečné důkazy prokazující, že společné dominantní postavení bude vytvořeno v budoucnosti.

492 Žalobkyně tvrdí, že, kdyby Komise zpracovala vyžadovanou analýzu pravděpodobného vývoje, musela by se věnovat následujícím otázkám:

- míře, ve které snížení počtu velkých společností znamená:
 - že velké společnosti se vzájemně stávají na sobě více závislé z důvodu snížení počtu soutěžitelů z pěti na čtyři;
 - že trh, který je i před spojením podniků podle všech přijatých standardů koncentrovaný, se stane mnohem koncentrovanějším po spojení podniků;
 - že kontrola koordinace mezi velkými společnostmi a její udržování v čase jsou ještě více usnadněny a že transparentnost cen je rovněž ještě více zesílena z důvodu symetrie, která usnadňuje kontrolu, včetně kontroly velmi důležitého trhu žebříčků;
 - že je snazší nalézt ústřední bod a udržet společné chápání toho, co je ve společném zájmu velkých společností, jelikož je jejich počet snížen;
 - že rovnováha mezi dlouhodobým prospěchem plynoucím z připojení se ke kartelové dohodě a krátkodobým prospěchem plynoucím z prodeje za nižší cenu než soutěžitelé je s menším počtem společností na trhu porušena;

- míře, ve které se zvýší míra symetrie na trhu, jelikož by se společnost Sony BMG podobala společnosti Universal, co se týče velikosti a tržních podílů, s ostatními dvěma velkými společnostmi EMI a Time Warner za nimi se svými rovněž symetrickými tržními podíly. Tato otázka je důležitá, protože symetrie, co se týče velikosti a tržních podílů, usnadňuje udržování tiché kartelové dohody. Společnosti Sony BMG a Universal by společně měly tržní podíl 50 % na světovém trhu s hudebními nahrávkami a jejich podíl by se spíše blížil 60 až 70 % na velmi důležitém trhu žebříčků, jehož význam Komise nestudovala. Uvedený tržní segment je významný jak pro současnou hospodářskou soutěž, tak jako ukazatel dlouhodobé síly na trhu, jelikož se z nových vydání stávají tituly v katalogu;

- míře, ve které se zvýší míra symetrie a sníží míra hospodářské soutěže, protože by dvě velké společnosti s rozdílnými výsledky během posledních let napříště byly jen jednou společností;

- míře, ve které se dostupné odrazující prostředky stanou účinnějšími;

- míře, ve které se nezávislé podniky stanou ještě více závislé na velkých společnostech, zejména proto, že by se počet obchodních partnerů, které nelze na trhu obejít a kteří jsou nezávislým podnikům k dispozici, snížil o 20 %;

- míře, ve které bude oslabena veškerá konkurenční protiváha proti velkým společnostem.

⁴⁹³ Komise podle žalobkyně nepřezkoumala podrobně ani jednu z těchto otázek, takže zjištění Komise, že se nevytváří společné dominantní postavení (bod 158 odůvodnění napadeného rozhodnutí), se buď neopírá o žádnou argumentaci, nebo spočívá na úvahách, které zjevně nejsou odpovídající.

3. Ke zjevně nesprávnému posouzení

⁴⁹⁴ Neexistence analýzy pravděpodobného vývoje představuje podle žalobkyně rovněž pochybení spočívající v nesprávném posouzení skutkového stavu. Komise se opřela o starší důkazy týkající se již existujícího společného dominantního postavení, aniž by podrobně přezkoumala dopad změn v důsledku spojení podniků. Krom toho jsou tyto údajné důkazy samy postižené vadou z důvodů vysvětlených v rámci prvního žalobního důvodu.

⁴⁹⁵ Žalobkyně poukazuje na to, že ačkoliv Komise stručně uvádí, že se transparentnost zvýší, neuvádí však podrobně míru, která bude dosažena, nebo následný dopad, ale omezuje se pouze na to, že zdůrazňuje neexistenci dostatečných důkazů. Komise mimoto měla přezkoumat míru, ve které snížení počtu soutěžitelů na trhu usnadní tiché kartelové dohody a učiní je atraktivnějšími, jelikož se zisky rozdělí mezi menší počet subjektů. Komise ani neuvádí, jaké důkazy byly shromážděny, ani důvod, proč nejsou dostatečné, a ani to, které důkazy jsou nezbytné.

⁴⁹⁶ Co se týče opatření odplaty, spočívá analýza na dřívějších důkazech, které se vztahují k období, v němž podle tvrzení Komise neexistovalo společné dominantní postavení. Komise nepřezkoumala otázku potenciálních opatření odplaty po uskutečnění spojení podniků.

⁴⁹⁷ Žalobkyně připomíná, že Komise téměř konstatovala přítomnost společného dominantního postavení existujícího ještě před spojením podniků, ale nesprávně rozhodla, že důkazy nejsou dostatečné. Tentýž závěr ohledně trhu po spojení podniků, které transparentnost zvýšilo, představuje zjevně nesprávné posouzení.

498 Konečně, žalobkyně uplatňuje, že závěr Komise je zvláště překvapivý vzhledem k tomu, že o čtyři roky dříve Komise zjistila, že fúze podniků EMI/Time Warner by vytvořila společné dominantní postavení na trhu s hudebními nahrávkami (bod 57 oznámení námitek v uvedené věci, připojeného v příloze A.13).

B – Argumenty Komise

1. K nesprávnému právnímu posouzení

a) Neexistence analýzy pravděpodobného vývoje

499 Komise tvrdí, že nejsou opodstatněné výtky žalobkyně, podle kterých Komise neprovedla analýzu pravděpodobného vývoje a opřela se o tytéž důkazy *ex post* jako ve své analýze případného již existujícího společného dominantního postavení, i když se příslušná kritéria podstatně liší. Úvodem připomíná dvě zásadní okolnosti.

500 Na jednu stranu by se rozhodnutí o kontrole spojování podniků podle Komise měla vždy zakládat na analýze pravděpodobného vývoje, neboť rozhodnutí otázky, zda spojení podniků je, či není slučitelné se společným trhem, závisí na změnách, které mohou být způsobeny na trhu dosud neprovedeným spojením podniků (rozsudek Kali & Salz, bod 245 výše, body 109 až 111). Analýza pravděpodobného vývoje tak musí v každém případě vycházet z jasné představy o soutěžních podmínkách předcházejících spojení podniků. Již shromážděné a posouzené důkazy týkající se současných podmínek na trhu (které lze jen těžko kvalifikovat jako důkazy *ex post*) jsou i nadále relevantní jako výchozí body analýzy.

501 Na druhou stranu je podle Komise předpokladem pro posouzení případné současné existence společného dominantního postavení zvážení těchč čtyř podmínek jako při posouzení případného vytvoření takového dominantního postavení: ukazatelé tiché koordinace, dostatečná transparentnost, riziko odplaty, protiváha soutěžitelů a zákazníků (rozsudek Soudu ze dne 26. ledna 2005, Piau v. Komise, T-193/02, Sb. rozh. s. II-209, bod 111). Pokud, jako je tomu v projednávané věci, byla jedna nebo více uvedených otázek ohledně současné situace zodpovězena záporně, soustředí se analýza pravděpodobného vývoje nutně na zjištění, zda a jakým způsobem by spojení podniků v předvídatelné budoucnosti mohlo přinést kladnou odpověď na takovou otázku.

502 Jelikož byl závěr ohledně nedostatku důkazů pro již existující společné dominantní postavení v podstatě založen na skutečnosti, že podmínka týkající se dostatečné transparentnosti nebyla splněna, zajímala se Komise hlavně o účinek spojení podniků na tento parametr. I kdyby spojení podniků automaticky vedlo ke snížení počtu dvoustranných vztahů z deseti na šest, což by v zásadě sledování usnadnilo, není tato v zásadě aritmetická poznámka podle Komise rozhodující hlavně z důvodu, že omezení transparentnosti spočívalo nikoliv v počtu velkých společností, které mají být sledovány, ale v komplexnosti jednotlivých rozhodnutí každé velké nahrávací společnosti, kterými se pro jednotlivé zákazníky stanovují čisté ceny jednotlivých alb s heterogenním obsahem a rozdílným obchodním úspěchem prostřednictvím kombinace VPC, obvyklých slev a propagačních slev. Co se týče slev na fakturu, Komise uvádí, že vzácné informace, které jsou k dispozici (týkající se hlavně obvyklých slev), je každopádně spíše možno získat od zákazníků než od ostatních velkých společností a zamýšlené spojení podniků nemění vztah zbývajících velkých společností se zákaznickou základnou, která zůstává spojením podniků nedotčena. To je důvod, proč Komise dospěla – co se týče pravděpodobného vývoje – k závěru, že neexistuje dostatek důkazů o tom, že by změna struktury trhu,

kteřá by měla důsledkem spojení podniků nastat, usnadnila transparentnost do takové míry, že by byla dosažena míra transparentnosti vyžadovaná pro vytvoření společného dominantního postavení (bod 157 odůvodnění rozhodnutí *in fine*).

503 Komise tvrdí, že uvedené okolnosti představují dostatečnou analýzu kumulativních podmínek pro společné dominantní postavení.

b) Transparentnost

504 Jelikož argument žalobkyně pouze opakuje to, co již bylo uplatněno v rámci prvního žalobního důvodu, je v této souvislosti podle Komise rovněž neopodstatněný.

c) Odrazující prostředky a protiváha na trhu

505 Ačkoliv se Komise v bodě 157 odůvodnění rozhodnutí domnívala, že neexistuje dostatek důkazů o tom, že by spojení podniků usnadňovalo odvetná opatření, nezaujala k této otázce na oporu svého posouzení konečné stanovisko. Tím, že dospěla k závěru, že neměla k dispozici důkazy prokazující, že tvorba cen je dostatečně transparentní, aby umožnila účinné sledování, totiž nebylo dále nutné, aby přezkoumávala otázku opatření odplaty nebo otázku protiváhy spíše z hlediska „vytvoření“ než „posílení“ společného dominantního postavení.

2. K porušení povinnosti odůvodnění

506 Komise tvrdí, že většina kritiky žalobkyně nemá žádnou souvislost s nedostatkem odůvodnění. Údajné opomenutí Komise vzít v úvahu různé okolnosti se týká legality posouzení, a nikoliv odůvodnění. Komise upřesňuje, že pokud v určitých otázkách nedospěla k žádnému závěru, znamená to, že nemusela k tomuto neexistujícímu závěru podat žádné odůvodnění.

507 Podle Komise je nepřijatelné, aby se žalobkyně v pozdější fázi řízení v projednávané věci snažila svůj žalobní důvod změnit z formálního důvodu (nedostatek odůvodnění) na meritorní důvod (nesprávné právní posouzení nebo zjevně nesprávné posouzení skutkového stavu), a zjevná irelevance jejích konkrétních argumentů ohledně použití článku 253 ES podle Komise představuje dostatečný základ pro zamítnutí uvedeného důvodu neplatnosti.

508 Komise tedy uvedené argumenty přezkoumá pouze čistě podpůrně.

509 Co se týče tvrzení žalobkyně, že analýza musí být podrobná, odkazuje Komise na vyjádření uvedená v rámci předchozího žalobního důvodu.

510 Skutečnost, že Komise nevěnovala pozornost možnému vytvoření společného dominantního postavení v oznámení námitek, nemá s dostatečností odůvodnění

uvedeného v rozhodnutí žádnou souvislost. Co se týče údajného předpokladu Komise, že neměla dostatečné důkazy k tomu, aby rozvedla své závěry ohledně nedostatku existujícího společného dominantního postavení, odkazuje Komise na diskuze ohledně povahy analýzy pravděpodobného vývoje.

- 511 Zvýšení míry koncentrace na trzích s hudebními nahrávkami a míry symetrie tržních podílů, jakož i případné zvýšení míry vzájemné závislosti, podle Komise významným způsobem nepřispívá k odstranění překážek koordinace, které byly zjištěny v analýze případné současné existence společného dominantního postavení, totiž komplexnosti a nedostatku důkazů o dostatečné transparentnosti celkového procesu tvorby cen (VPC plus obvyklá sleva plus propagační sleva) jednotlivých alb pro jednotlivé zákazníky v čase.
- 512 Ačkoliv by větší koncentrace trhu mohla obecně změnit míru motivace postupovat společně, nemá v projednávané věci citelný dopad na základní odrazující okolnost, která spočívá v neschopnosti podniků v oligopolním postavení odhalit, a tudíž potrestat odchylný se jednání a odradit od něj. Při nedostatečné transparentnosti nemohou mít velké společnosti jistotu, že se jedna z nich nebude snažit získat zároveň prospěch z dlouhodobých výhod tiché koordinace a krátkodobých výhod snížení cen pod úroveň jejich soutěžitelů, a tato nejistota činí tichou koordinaci nestabilní a její udržení nemožné.
- 513 Vyjádření žalobkyně k symetrii je podle Komise rovněž třeba zamítnout, jelikož neexistuje zřejmá spojitost mezi symetrií a transparentností.
- 514 Konečně, ostatní argumenty žalobkyně se podle Komise v zásadě týkají druhé a třetí kumulativní podmínky pro dlouhodobé společné dominantní postavení. Komise

přítom k uvedeným podmínkám nemusela zaujmout stanovisko, jelikož zjistila, že neexistuje dostatek důkazů o tom, že by první podmínka byla splněna.

3. Ke zjevně nesprávnému posouzení

515 Tvrzení žalobkyně ohledně nedostatku posouzení pravděpodobného vývoje je třeba zamítnout z důvodů uvedených v oddílu týkajícím se nesprávného právního posouzení.

516 Argumenty žalobkyně vycházející z okolností podněcujících podniky v oligopolním postavení k tomu, aby společně postupovaly, je znovu třeba zamítnout z důvodu, že opomíjejí nedostatek transparentnosti.

517 Úvaha žalobkyně, podle které, jelikož snížení počtu velkých společností celkově zvýší pravděpodobnost tiché koordinace, měla Komise dospět k závěru, že bude vytvořeno společné dominantní postavení, ledaže by se spojení podniků vyznačovalo jinými charakteristickými rysy, které by činily tichou koordinaci méně pravděpodobnou, podle Komise úplně opomíjí zvláštní povahu různých podmínek pro dlouhodobé společné dominantní postavení. Zvýšení míry koncentrace na dotčených trzích by nemělo znamenat odpovídající snížení požadavků na důkazy, co se týče zvláštní podmínky dostatečné transparentnosti, pokud není prokázáno, že tato zvýšená koncentrace citelně mění posouzení poslední uvedené podmínky.

518 Konečně, Komise připomíná, že o legalitě rozhodnutí nelze rozhodovat na základě předběžných závěrů dvou oznámení námitek, z nichž jedno bylo vydáno před čtyřmi lety v jiné věci.

C – Argumenty vedlejších účastnic

519 Vedlejší účastnice uplatňují, že rozhodnutí o zahájení fáze II šetření ukazuje, že od počátku Komise přezkoumávala jak možnost vytvoření tak možnost posílení společného dominantního postavení. Komise se správně zaměřila na vlastní charakteristické rysy trhu a zejména na otázku, zda byly ceny dostatečně transparentní na to, aby umožnily tichou koordinaci (rozsudek Gencor v. Komise, bod 246 výše, bod 227). Jelikož charakteristické rysy trhu, co se týče cen, nemohou být oporou pro závěr, že v minulosti koluze existovala, Komise podle vedlejších účastnic správně dospěla k závěru, že snížení počtu velkých společností z pěti na čtyři není dostatečné, aby překonalo skutečné překážky tiché koluze (rozsudek Airtours v. Komise, bod 45 výše, body 75 a 76).

520 Charakteristické rysy trhu jsou i nadále neslučitelné s tichou koordinací jak cen tak jiných faktorů (počet, originalita, kreativita, kulturní rozmanitost nových vydání, podepisování umělců). Mezi nimi vedlejší účastnice uplatňují, že hudební nahrávky jsou heterogenními výrobky, že velké společnosti jsou silně motivovány dosáhnout co možná největšího prodeje „hitů“, že rozhodnutí o cenách a slevách jsou přizpůsobena každému vydání alba, jak v okamžiku jeho uvedení na trh, tak během jeho života, a každému jednotlivému maloobchodníku, že nahrávací společnosti mají ohledně VPC při vydání titulu a v čase volné uvážení, které odráží subjektivní úsudek zaměstnanců v marketingu, že všechny společnosti poskytují rozličné slevy a příspěvky, které nejsou jejich soutěžitelům známy a které se liší v čase, podle alba a podle maloobchodníka, a konečně že, jelikož nejsou slevy předvídatelné nebo viditelné, nelze ze sledování VPC vyvozovat spolehlivé závěry o čistých cenách, takže

koordinace VPC, i kdyby k ní docházelo, nemá dopad na reálné ceny (viz rovněž příloha C.4, s. 6).

D – Závěry Soudu

521 Žalobkyně v podstatě uvádí, že tvrzení, podle kterého spojení podniků nevyvolá vytvoření společného dominantního postavení na trhu s hudebními nahrávkami, není dostatečně odůvodněné a je postiženo vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení.

522 Je namístě připomenout, že pokud Komise zkoumá riziko vytvoření společného dominantního postavení, je povinna „na základě analýzy pravděpodobného vývoje referenčního trhu posoudit, zda spojení, kterým se zabývá, vede k situaci, kdy je účinná hospodářská soutěž na dotčeném trhu významně narušena podniky, jež jsou účastníky spojení, a jedním nebo více třetími podniky, které společně mají, zejména na základě mezi nimi existujících vzájemných vztahů, možnost chovat se na trhu jednotně a jednat do značné míry nezávisle na ostatních soutěžitelích, zákaznících a nakonec i spotřebitelích“ (rozsudky *Kali & Salz*, bod 245 výše, bod 221, *Gencor v. Komise*, bod 246 výše, bod 163, a *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, bod 59). Analýza pravděpodobného vývoje, kterou má Komise v rámci kontroly spojování podniků provést, co se týče společného dominantního postavení, „vyžaduje pozorný přezkum zejména okolností, které se v konkrétním projednávaném případě ukazují jako relevantní pro posouzení dopadu spojení podniků na hospodářskou soutěž na relevantním trhu“ (rozsudek *Kali & Salz*, bod 245 výše, bod 222, a rozsudek *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, bod 63).

- 523 To platí o to více, „[když] nejde o zkoumání událostí v minulosti, k nimž často existuje řada poznatků umožňujících porozumět jejich příčinám, ani o zkoumání událostí v přítomnosti, ale o odhad událostí, ke kterým dojde s větší či menší pravděpodobností v budoucnu, pokud není přijato rozhodnutí, jímž je plánované spojení zakázáno nebo jsou upřesněny jeho podmínky“ (rozsudek Komise v. Tetra Laval, bod 232 výše, bod 42). „[T]aková analýza [tak] vyžaduje představu různých řetězení příčin a následků, aby bylo možno vyjít z těch s největší pravděpodobností“ (rozsudek Komise v. Tetra Laval, bod 232 výše, bod 43).
- 524 Vzhledem k těmto úvahám je třeba přezkoumat, zda Komise správně analyzovala riziko vytvoření společného dominantního postavení.
- 525 Úvodem je třeba poukázat na mimořádně stručnou povahu přezkumu provedeného v tomto ohledu v rozhodnutí.
- 526 Komise v bodě 156 odůvodnění vysvětluje, že „otázka, zda spojení podniků v projednávané věci přinese vytvoření společného dominantního postavení, v podstatě závisí na charakteristických rysech trhu“.
- 527 Analýza, kterou v tomto ohledu Komise provádí, se omezuje na následující sled úvah obsažený v bodě 157 odůvodnění rozhodnutí, který zní takto:

„Jak ukazuje analýza týkající se posílení společného dominantního postavení, nelze na základě míry paralelnosti pozorované v oblasti průměrných cen dojít k závěru, že velké nahrávací společnosti v současnosti zauímají společné dominantní postavení na trzích s hudebními nahrávkami. Snížení počtu velkých nahrávacích společností z pěti na čtyři zvyšuje transparentnost, jelikož počet dvoustranných soutěžních

vztahů se snižuje z 10 na 6. Kontrola relevantního trhu je v důsledku toho v zásadě usnadněna. Podle přezkumu v části týkající se posílení společného dominantního postavení vykazují trhy s hudebními nahrávkami určité charakteristické rysy, které dávají tušit přítomnosti podmínek příznivých pro existenci společného dominantního postavení. Komise přitom nenalezla dostatek okolností, aby prokázala, že pět velkých nahrávacích společností v minulosti mělo společné dominantní postavení; je tomu tak zejména díky zjištěným nedostatkům v oblasti skutečné transparentnosti, díky částečně heterogenní povaze výrobků a díky nedostatku okolností svědčících o existenci odvetných opatření v minulosti. Co se týče vytvoření společného dominantního postavení velkých nahrávacích společností na trhu s hudebními nahrávkami, Komise, která s ohledem na skutečnost, že se koordinace mezi čtyřmi zbývajícíchmi soutěžiteli celkově usnadní, nenalezla dost důkazů, že snížení počtu nahrávacích společností z pěti na čtyři představuje dostatečně významnou změnu na to, aby přinesla pravděpodobné vytvoření společného dominantního postavení. Komise zejména nenalezla dostatečné důkazy o tom, že by snížení z pěti na čtyři velké nahrávací společnosti usnadnilo transparentnost a odvetná opatření v takové míře, že by bylo třeba očekávat vytvoření společného dominantního postavení čtyř zbývajících velkých nahrávacích společností.“

528 Je třeba konstatovat, že těchto několik tvrzení, natolik povrchních nebo dokonce čistě formálních, nemůže představovat splnění povinnosti Komise provést analýzu pravděpodobného vývoje a pozorný přezkum okolností, které se v konkrétní projednávané věci jeví jako relevantní pro účely posouzení dopadu spojení podniků na průběh hospodářské soutěže na referenčním trhu, a to zejména pokud, jako je tomu v projednávané věci, spojení podniků vyvolává vážné obtíže. Bez ohledu na posouzení prvního žalobního důvodu Soudem totiž jak z okolnosti, že Komise měla v rozhodnutí rozvést argumenty, aby dospěla k závěru, že neexistuje společné dominantní postavení před spojením podniků, tak ze skutečnosti, že po pěti měsících vyšetřování dospěla v oznámení námitek k závěru, že takové postavení před spojením podniků již existuje, vyplývá, že otázka, zda je fúze dvou z pěti velkých společností spojena s rizikem vytvoření společného dominantního postavení, *a fortiori* vyvolává vážné obtíže, které vyžadují důkladný přezkum. Jelikož uvedený přezkum nebyl proveden, vyplývá již z tohoto samotného důvodu, že druhý žalobní důvod je opodstatněný.

- 529 Soud nicméně nadto přezkoumá, zda zjištění ohledně transparentnosti a odvetných opatření nejsou mimoto postižena vadou spočívající v nesprávném posouzení skutkového stavu nebo nesprávném právním posouzení.
- 530 Z bodu 157 odůvodnění rozhodnutí, a zejména z jeho poslední věty, vyplývá, že závěr Komise, podle kterého spojení podniků nepředstavuje dostatečně významnou změnu na to, aby přinesla pravděpodobné vytvoření společného dominantního postavení, se výslovně opírá o podmínky týkající se transparentnosti trhu a odvetných opatření.
- 531 Co se týče transparentnosti, je nejprve třeba uvést, že v rámci prvního žalobního důvodu bylo konstatováno, že zjištění Komise, podle kterého je účinkem propagačních slev snížení transparentnosti v takové míře, že brání existenci společného dominantního postavení, není dostatečně odůvodněn a je postižen vadami spočívajícími ve zjevně nesprávném posouzení.
- 532 Krom toho, co se týče posouzení rizika vytvoření společného dominantního postavení, Komise se nemohla opřít pouze o existující situaci, ale měla povinnost provést analýzu pravděpodobného vývoje a vzít v úvahu změny způsobené v důsledku zamýšleného spojení podniků. Bod 157 odůvodnění rozhodnutí, přestože je přinejmenším lakonický, v tomto ohledu mimoto zmiňuje, že koordinace mezi čtyřmi zbývajícími soutěžiteli se celkově usnadní. Rozhodnutí však neobsahuje žádný přezkum otázky, zda spojení podniků, zejména z důvodu, že se v jeho důsledku snižuje počet alb, která musí být sledována, nečiní trh dostatečně transparentním na to, aby umožnil vznik společného dominantního postavení. Krom toho je třeba v tomto ohledu připomenout, že v oznámení námitek Komise zjistila:

„Zamýšlené spojení podniků by usnadnilo sledování koordinace cen, jelikož by každá velká společnost musela vzít v úvahu pouze chování tří ostatních velkých společností v oblasti cen. V důsledku toho by u většiny nejprodávanějších alb byly VPC ještě více soustředěny ve velmi úzkém cenovém rozpětí. Transparentnost slev by rovněž byla zvýšena, jelikož by velké společnosti dále musely v rámci svých návštěv prodejen a kontaktů s maloobchodníky sledovat pouze tři ostatní velké společnosti.“

533 Z toho vyplývá, že vyjádření týkající se transparentnosti nemohou být oporou pro analýzu, podle které spojení podniků nepřináší riziko vytvoření společného dominantního postavení.

534 Co se týče odvetných opatření, je nejprve třeba konstatovat, že tvrzení Komise v její žalobní odpovědi, že nezažala stanovisko k dostatečné povaze různých možných mechanismů odplaty a že se její posouzení uvedené otázky netýkalo, není, jak vyplývá z bodu 157 odůvodnění rozhodnutí, slučitelné s rozhodnutím.

535 Stejně tak je třeba zamítnout argumentaci Komise a vedlejších účastnic, podle které nebylo nutné přezkoumat otázku opatření odplaty, jakmile Komise dospěla k závěru, že neměla k dispozici důkazy prokazující, že by tvorba cen byla dostatečně transparentní na to, aby umožnila účinné sledování, jelikož je rozhodnutí výslovně založeno na neexistenci opatření odplaty a jelikož Soud nemůže nahradit posouzení Komise svým vlastním posouzením a rozhodnutí opravit. Každopádně tuto argumentaci nelze přijmout, jelikož bylo rozhodnuto, že tvrzení, že trh není

dostatečně transparentní, nebo, *a fortiori*, že nebude dostatečně transparentní po uskutečnění spojení podniků, není právně dostačujícím způsobem odůvodněno a je postiženou vadou spočívající ve zjevně nesprávném posouzení.

536 Dále je namístě poznamenat, že se Komise v rozhodnutí spokojila s odkazem na provedený přezkum existence společného dominantního postavení a s tím, že uvedla, že nenalezla dostatečné důkazy dosvědčující, že by spojení podniků usnadnilo „odvetná opatření v takové míře, že by bylo třeba očekávat vytvoření společného dominantního postavení čtyř zbývajících velkých nahrávacích společností“.

537 V rámci tohoto přezkumu se totiž Komise, jak vyplývá z prvního žalobního důvodu, zaměřila nikoliv na ověření existence účinných odrazujících mechanismů, ale na opatřování důkazů o uplatnění opatření odplaty v minulosti. Uvedený krok každopádně představuje chybný výklad podmínky uvedené v rozsudku *Airtours v. Komise*, bod 45 výše, co se týče přezkumu zjištění vytvoření společného dominantního postavení, jelikož se tento přezkum musí zakládat na analýze pravděpodobného vývoje. Je totiž jasné, že v tomto rámci nemůže opatřování důkazů o uplatnění opatření odplaty v minulosti představovat platný test, jelikož uvedená podmínka může být stejně dobře splněna při neexistenci jakýchkoliv opatření odplaty v minulosti. Jelikož se posouzení rizika vytvoření společného dominantního postavení v důsledku spojení podniků již z definice nezakládá na předchozí existenci společné politiky, není kritérium týkající se neexistence uplatnění opatření odplaty v minulosti nijak relevantní. Rozhodnutí je tedy v této otázce postiženo vadou.

538 Mimoto z rozhodnutí a ze spisu vyplývá, že takové věrohodné a účinné odrazující prostředky, a zejména možnost potrestat odchylnou se nahrávací společnost jejím

vyloučením z kompilací, zřejmě skutečně v projednávané věci existují. V oznámení námitek Komise ostatně jasně konstatovala účinnost tohoto odrazujícího prostředku a rozhodnutí neposkytuje žádné vysvětlení, proč by tomu tak nakonec nemělo být. Zcela naopak, analýzy uvedené v bodech 115 až 118 odůvodnění rozhodnutí mohou účinnost uvedeného prostředku odrazení potvrdit. Poté, co Komise v bodech 115 a 116 odůvodnění rozhodnutí uznala hospodářský význam kompilací několika umělců nebo značek, které představují přibližně od 15 do 20 % celkového trhu s hudebními nahrávkami, a zdůraznila, že přítomnost umělců „patřících“ k jiným nahrávacím společnostem na albech se zdá být klíčovým faktorem úspěchu kompilace, totiž Komise v bodě 117 odůvodnění rozhodnutí vysvětluje, že „[v] případě přetrvávajícího ‚odchýlení se‘ jedné z nich by jí tak velké nahrávací společnosti mohly vyloučit ze zakládání nových společných podniků nebo by jí mohly odmítnout udělit právo na užití jejich titulů na kompilaci, nebo dokonce zrušit určité existující podniky“. Konečně bod 118 odůvodnění rozhodnutí ukazuje, že Komise nicméně nenalezla jedinou okolnost prokazující vyloučení ostatních velkých nahrávacích společností ze společného podniku pro kompilace v minulosti, ani náznak hrozby v tomto smyslu, a upřesňuje, že „tato opatření by obecně mohla představovat věrohodné prostředky odplaty na trzích s hudebními nahrávkami“.

539 Proto Komise nemohla o neexistenci důkazu o uplatnění opatření odplaty v minulosti opřít závěr, že spojení podniků s sebou nese riziko vytvoření společného dominantního postavení, aniž by se dopustila pochybení.

540 Mimoto je třeba připomenout, že, jak bylo zjištěno v rámci prvního žalobního důvodu, rozhodnutí nezmiňuje jediný případ, ve kterém by se velká společnost odchýlila od společné cenové politiky, aniž by to přineslo uplatnění opatření odplaty, a Komise na dotaz Soudu v tomto ohledu nebyla schopna poukázat na sebemenší ověření, které provedla, než dospěla k závěru, že nenalezla žádnou okolnost ukazující na to, že by opatření odplaty nebo hrozby v tomto smyslu byly v minulosti použity.

541 Z výše uvedeného vyplývá, že druhý důvod neplatnosti je rovněž opodstatněný.

IV – Obecný závěr

542 Z veškerých výše uvedených úvah vyplývá, že první a druhý žalobní důvod je opodstatněný, jelikož je rozhodnutí postiženo vadami spočívajícími jednak v nedostatečném odůvodnění, a jednak ve zjevně nesprávném posouzení, jelikož okolnosti, na nichž je rozhodnutí založeno, nepředstavují veškeré relevantní údaje, které musí být vzaty v úvahu, a nejsou dostatečné, aby na nich mohly být založeny závěry, jež z nich vycházejí, na straně druhé.

543 Z toho vyplývá, že aniž by bylo třeba přezkoumat žalobní důvod týkající se posílení nebo vytvoření společného dominantního postavení na velkoobchodním trhu s licencemi na hudbu on-line nebo důvod týkající se koordinace příslušných činností účastnic spojení podniků v oblasti vydávání hudby, rozhodnutí je třeba zrušit.

K nákladům řízení

544 Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Podle čl. 87 odst. 3 jednacího řádu však může Soud rozdělit náklady řízení mezi účastníky nebo rozhodnout, že každý z účastníků řízení ponese své náklady, pokud jsou účastníci řízení neúspěšní v jednom nebo více bodech nebo pokud jsou k tomu dány výjimečné důvody. Konečně, čl. 87 odst. 4 jednacího řádu stanoví, že Soud může rozhodnout, že vedlejší účastník ponese vlastní náklady.

545 V projednávané věci je třeba rozhodnutí zrušit a žalobkyně požadovala, aby byla Komisi uložena náhrada nákladů řízení. Je však namístě vzít v úvahu následující okolnosti.

546 Co se týče žalobkyně, je třeba konstatovat, že, přestože důrazně trvala na tom, aby věc přes svou komplexnost, kterou správně zdůraznila Komise, byla projednána ve zrychleném řízení, nepřizpůsobila odpovídajícím způsobem své chování, i když Soud ve svém rozhodnutí, ve kterém vyhověl návrhu na zrychlené řízení, výslovně zdůraznil, že uvedené rozhodnutí by mohlo být zrušeno vzhledem k vývoji věci. I kdyby tedy Soud skutečně mohl toto zrychlené řízení ukončit, bylo třeba vzít v úvahu objektivní naléhavost věci a značnou snahu již vyvinutou dalšími účastnicemi řízení, která tak tuto možnost činí čím dál tím méně vhodnou. Žalobkyně přitom postupně během různých fází řízení přijala přístup, který je málo slučitelný s literou a duchem zrychleného řízení.

547 Zaprvé, objemnost žaloby a počet žalobních důvodů a argumentů vysoce přesahoval obvyklou normu na to, aby bylo využito zrychlené řízení, a žalobkyně ani nepředložila zkrácenou verzi své žaloby, ani neupustila od určitých žalobních důvodů.

548 Zadruhé, ačkoliv organizační procesní opatření, které mělo za cíl umožnit přístup k určitým dokumentům nebo důvěrným údajům, bylo projednáno a provedeno spolu s Komisí, vedlejšími účastnicemi a Soudem, jak prostřednictvím výměny různých přípisů, tak při neformální schůzi Soudu, navrhla žalobkyně jeho změnu, což přineslo značné námítky ostatních účastnic řízení, než ji nakonec vzala zpět.

- 549 Zatřetí, poté, co žalobkyně požádala o svolení předložit vyjádření k důkazům, kterých se dovolávala Komise ve své žalobní odpovědi, které je v rámci zrychleného řízení neobvyklé, a její žádosti bylo vyhověno, se žalobkyně nesprávně postavila proti tomu, aby Komise v souladu se zásadou kontradiktornosti řízení mohla odpovědět předložením dodatečných vyjádření.
- 550 Začtvrté, žalobkyně poté, co trvala na rychlém nařízení jednání, už nebyla schopna uvést, ve kterém ze čtyř dat navržených Soudem je k dispozici, čímž o několik měsíců zpozdila konání jednání.
- 551 Zapáté, jelikož žalobkyni bylo skutečně mimořádně povoleno předložit vyjádření až po jednání za podmínky, že se omezí na odpovědi Komise na písemné otázky Soudu, žalobkyně, jak správně zdůraznila Komise, předložila vyjádření, které mělo bez příloh přes 50 stran, ve kterém se zejména dovolává řady argumentů a důkazů bez jakékoliv souvislosti s uvedenými otázkami a ve kterém uplatňuje nové argumenty a důkazy.
- 552 Krom toho, ačkoliv žalobkyně měla ve věci samé úspěch, co se týče společného dominantního postavení na trhu s hudebními nahrávkami, její návrhová žádání směřující k tomu, aby byly ze spisu vyloučeny veškeré důkazy předložené Komisí v příloze její žalobní odpovědi, byla zamítnuta. Stejně tak její návrhová žádání týkající se údajného samostatného dominantního postavení společnosti Sony na trzích pro distribuci hudby on-line nejsou nijak podložena přinejmenším z důvodu,

že v době přijetí rozhodnutí neměla společnost SonyConnect žádný tržní podíl, zatímco ostatní soutěžitelé, zejména Apple, zaujímali již významné postavení.

553 Co se týče Komise, je politováníhodné, že se její vyjádření v několika otázkách odchylují, někdy dosti citelně, od analýz provedených v rozhodnutí, což nutilo jak žalobkyni, tak Soud k tomu, aby neustále prováděl neobvyklá ověřování. Tvrzení, že z důvodu skutečnosti, že použití mechanismu odplaty, který spočíval ve vyloučení člena odchylujícího se od společné politiky z kompilací, mohlo znamenat obětování zisků dosažených prostřednictvím kompilace, Komise nebyla schopna dospět k závěru, že se jednalo o věrohodný mechanismus, nebo k otázce opatření odplaty nezaujala stanovisko, tak zjevně neodpovídají závěrům zmíněným v bodech 115 až 118 odůvodnění rozhodnutí, které naopak účinnost uvedeného mechanismu odplaty uznávají (jak bylo již ostatně výslovně konstatováno v bodech 128 až 132 oznámení námitek), ale uvádějí, že Komise nenalezla důkaz o jeho použití. Stejně tak tvrzení Komise, podle kterého Komise v bodě 169 odůvodnění rozhodnutí dospěla k závěru, že transparentnost na trzích s licencemi na hudbu on-line byla omezená z důvodu neexistence obecně známých velkoobchodních cen licencí, neodpovídá tvrzení rovněž uvedenému v rozhodnutí, podle kterého „transparentnost je každopádně vyšší na trhu s licencemi on-line než na tradičním trhu s hudebními nahrávkami“.

554 Vzhledem k výše uvedeným úvahám má Soud za to, že okolnosti ve věci budou spravedlivě posouzeny, když bude jednak rozhodnuto, že Komise ponese vlastní náklady řízení a nahradí tři čtvrtiny nákladů řízení vynaložených žalobkyní, a jednak, že vedlejší účastnice řízení ponесou vlastní náklady řízení v souladu s čl. 87 odst. 4 jednacího řádu.

Z těchto důvodů

SOUD (třetí senát)

rozhodl takto:

- 1) **Rozhodnutí Komise K(2004) 2815 ze dne 19. července 2004, kterým se prohlašuje, že spojení je slučitelné se společným trhem a Dohodou o EHP (případ COMP/M.3333 – Sony/BMG), se zrušuje.**
- 2) **Komise ponese vlastní náklady řízení a nahradí tři čtvrtiny nákladů řízení vynaložených žalobkyní.**
- 3) **Žalobkyně ponese čtvrtinu svých nákladů řízení.**
- 4) **Vedlejší účastnice ponесou vlastní náklady řízení.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 13. července 2006.

Vedoucí soudní kanceláře

Předseda

E. Coulon

M. Jaeger

Obsah

Skutkový základ sporu	II - 2300
Řízení a návrhová žádání účastnic řízení	II - 2303
Právní otázky	II - 2307
I — K důkazům připojeným k žalobní odpovědi	II - 2308
A — Argumenty účastnic řízení	II - 2308
B — Závěry Soudu	II - 2309
II — K prvnímu důvodu, týkajícímu se posílení stávajícího společného dominantního postavení na trhu s hudebními nahrávkami	II - 2311
A — Argumenty žalobkyně	II - 2312
1. K první části	II - 2312
a) K porušení povinnosti odůvodnění	II - 2313
Homogennost výrobku	II - 2314
Transparentnost	II - 2314
Odrážející prostředky	II - 2315
Protiváha na trhu	II - 2315
b) Ke zjevné nesprávnému posouzení	II - 2316
Homogennost výrobku	II - 2316
Transparentnost	II - 2317
— Obecná argumentace	II - 2317
— Obecná vyjádření k novým důkazům	II - 2320
— Individuální přezkum různých důkazů	II - 2324
	II - 2487

Odrazující prostředky	II - 2333
Protiváha na trhu	II - 2333
Neprovedení skutečné analýzy společné politiky	II - 2334
c) Nesprávné použití práva v oblasti společného dominantního postavení	II - 2335
2. K druhé části	II - 2336
B — Argumenty Komise	II - 2337
1. Rozhodnutí Komise a důkazy, o něž se opírá	II - 2337
a) Souvislosti	II - 2337
b) Pět velkých trhů (Německo, Spojené království, Francie, Itálie, Španělsko)	II - 2338
Vyrovnaní průměrných čistých cen a VPC	II - 2338
Komplexnost a VPC	II - 2339
Vyrovnaní a komplexnost slev	II - 2341
Transparentnost slev	II - 2350
Strukturální vazby	II - 2353
Odvetná opatření	II - 2354
c) Ostatní členské státy	II - 2355
2. Nesprávný výklad rozhodnutí v žalobě	II - 2356
3. K první části	II - 2357
a) K porušení povinnosti odůvodnění	II - 2357
Homogennost výrobku	II - 2359
Transparentnost	II - 2360
Odrazující prostředky	II - 2361
Protiváha na trhu	II - 2361

b)	Ke zjevně nesprávnému posouzení a k nesprávnému právnímu posouzení	II - 2362
	Homogennost výrobku	II - 2363
	Transparentnost	II - 2363
	Odrazující prostředky a protiváha na trhu	II - 2373
	Analýza společného postupu	II - 2373
4.	K druhé části	II - 2375
C —	Argumenty vedlejších účastnic	II - 2375
1.	Úvodní vyjádření	II - 2375
2.	Přezkum argumentů žalobkyně	II - 2378
a)	K propagačním slevám	II - 2378
b)	Nedostatek vyrovnání	II - 2379
c)	Nedostatek transparentnosti	II - 2380
3.	K různým aspektům nezmiňovaným v rozhodnutí	II - 2380
D —	Závěry Soudu	II - 2381
1.	Obecné úvahy	II - 2381
2.	Pojem „společné dominantního postavení“	II - 2382
3.	Rozhodnutí Komise	II - 2385
4.	Transparentnost	II - 2392
a)	K výtce vycházející z nedostatečného odůvodnění	II - 2392
b)	K výtce vycházející ze zjevně nesprávného posouzení	II - 2407
	Faktory transparentnosti uvedené v rozhodnutí	II - 2411
	Okolnosti, které mohou činit trh neprůhledným	II - 2418
	— K neprůhlednosti propagačních slev	II - 2430
	— K relevanci propagačních slev	II - 2444
c)	Závěr ohledně transparentnosti	II - 2453
		II - 2489

5. Homogennost	II - 2453
6. Odvetná opatření	II - 2454
7. Závěr k prvnímu žalobnímu důvodu	II - 2458
III — K druhému žalobnímu důvodu, týkajícímu se vytvoření společného dominantního postavení na trzích s hudebními nahrávkami	II - 2461
A — Argumenty žalobkyně	II - 2461
1. K nesprávnému právnímu posouzení	II - 2461
a) Neexistence analýzy pravděpodobného vývoje	II - 2462
b) Transparentnost	II - 2463
c) Odrazující prostředky	II - 2463
d) Protiváha na trhu	II - 2464
2. K porušení povinnosti odůvodnění	II - 2464
3. Ke zjevně nesprávnému posouzení	II - 2467
B — Argumenty Komise	II - 2468
1. K nesprávnému právnímu posouzení	II - 2468
a) Neexistence analýzy pravděpodobného vývoje	II - 2468
b) Transparentnost	II - 2470
c) Odrazující prostředky a protiváha na trhu	II - 2470
2. K porušení povinnosti odůvodnění	II - 2471
3. Ke zjevně nesprávnému posouzení	II - 2473
C — Argumenty vedlejších účastnic	II - 2474
D — Závěry Soudu	II - 2475
IV — Obecný závěr	II - 2482
K nákladům řízení	II - 2482