

PIRMOSIOS INSTANCIJOS TEISMO (trečioji kolegija) SPRENDIMAS
2006 m. liepos 13 d.*

Byloje T-464/04

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, tarptautinė asociacija), įsteigta Briuselyje (Belgija), atstovaujama *solicitors* S. Crosby ir J. Golding ir advokato I. Wekstein-Steg,

ieškovė,

prieš

Europos Bendrijų Komisija, atstovaujamą A. Whelan ir K. Mojzesowicz,

atsakovę,

* Proceso kalba: anglų.

palaikomą

Bertelsmann AG, įsteigtos Giutersle (Vokietija), atstovaujamos *solicitor* J. Boyce, advokatų P. Chappatte ir D. Loukas,

Sony BMG Music Entertainment BV, įsteigtos Vianene (Nyderlandai),

ir

Sony Corporation of America (SCA), įsteigtos Niujorke (Jungtinės Valstijos),

atstovaujamos *barrister* N. Levy, advokatų R. Snelders ir T. Graf,

įstojusių į bylą šalių,

dėl 2004 m. liepos 19 d. Komisijos sprendimo C(2004) 2815, paskelbiančio koncentraciją suderinamą su bendrąja rinka ir EEE susitarimo veikimu (byla Nr. COMP/M.3333 – Sony/BMG), panaikinimo,

EUROPOS BENDRIJŲ PIRMOSIOS INSTANCIJOS TEISMAS
(trečioji kolegija),

kurį sudaro pirmininkas M. Jaeger, teisėjai J. Azizi ir E. Cremona,
posėdžio sekretorius I. Natsinas, administratorius,

atsižvelgęs į rašytinę proceso dalį ir įvykus 2005 m. rugsėjo 22 d. posėdžiui,

priima šį

Sprendimą

Faktinės bylos aplinkybės

- ¹ *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)* – tai tarptautinė asociacija, įsteigta pagal Belgijos teisę, kurios narės yra 2 500 nepriklausomų muzikos leidybos bendrovių.
- ² 2004 m. sausio 9 d. Komisija gavo pranešimą pagal 1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos reglamento (EEB) Nr. 4064/89 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL L 395, p. 1), pataisyto (OL L 257, 1990, p. 13) ir iš dalies pakeisto 1997 m. birželio 30 d. Tarybos reglamentu (EB) Nr. 1310/97 (OL L 180, p. 1) (toliau – Susijungimų reglamentas), 4 straipsnį apie siūlomą koncentraciją, kuria įmonės *Bertelsmann AG*

(toliau – *Bertelsmann*) ir *Sony* grupei priklausanti *Sony Corporation of America* (toliau – *Sony*) siūlė sujungti savo pasaulinį muzikos įrašų verslą.

- 3 *Bertelsmann* yra tarptautinė žiniasklaidos bendrovė, kurios pasaulinė veikla apima muzikos įrašus ir leidybą, televiziją, radiją, knygų, žurnalų ir laikraščių leidybą, spausdos ir žiniasklaidos paslaugas, knygų ir muzikos klubus. *Bertelsmann* verčiasi muzikos įrašų veikla per jai visiškai priklausančią dukterinę bendrovę *Bertelsmann Music Group* (BMG). BMG priklauso tokie įrašų ženklai kaip *Arista Records*, *Jive Records*, *Zomba* ir *Radio Corporation of America (RCA) Records*.
- 4 *Sony* pasaulinė veikla apima muzikos įrašus ir leidybą, pramonei ir vartotojams skirtos elektronikos gamybą ir pramogas. Muzikos įrašų sektoriuje ji veikia per *Sony Music Entertainment*. *Sony* priklauso tokie įrašų ženklai kaip *Columbia Records Group*, *Epic Records Group* ir *Sony Classical*.
- 5 Siūlomą koncentraciją sudarė koncentracijos šalių pasaulinio muzikos įrašų verslo (išskyrus *Sony* veiklą Japonijoje) sujungimas į tris ar daugiau naujai įsteigtų bendrovių pagal 2003 m. gruodžio 11 d. verslo integracijos susitarimą (*Business Contribution Agreement*). Buvo numatyta, kad šios bendrosios įmonės veiks vienu pavadinimu *Sony BMG*.
- 6 Pagal šį susitarimą *Sony BMG* veiktų atlikėjų atradimo ir populiarinimo (vadinama A&R („atlikėjas ir repertuaras“) veikla) ir jų diskų rinkodaros bei pardavimo srityse. *Sony BMG* nedalyvautų susijusioje veikloje, pavyzdžiui, muzikos leidyboje, gamyboje ir platinime.

- 7 2004 m. sausio 20 d. Komisija išsiuntė klausimynus daugeliui rinkos dalyvių. Ieškovė atsakė į klausimyną ir 2004 m. sausio 28 d. pateikė atskirą procesinį dokumentą (A.5 priedas), kuriame nurodė priežastis, kodėl, jos manymu, Komisija turėtų pripažinti koncentraciją nesuderinamą su bendrąja rinka. Ieškovė išreiškė susirūpinimą tolesne koncentracija rinkoje ir poveikiu, kurį tai turėtų patekimui į rinką, įskaitant mažmeninės prekybos sektorių, žiniasklaidą, internetą ir vartotojų pasirinkimo galimybes.
- 8 2004 m. vasario 12 d. Sprendimu Komisija nustatė, kad koncentracija, apie kurią pranešta, kelia rimtų abejonių dėl suderinamumo su bendrąja rinka ir Europos Ekonominės Erdvės susitarimo (toliau – EEE susitarimas) veikimu. Todėl ji pradėjo procedūrą pagal Susijungimų reglamento 6 straipsnio 1 dalies c punktą.
- 9 2004 m. gegužės 24 d. Komisija išsiuntė koncentracijos šalims pranešimą apie kaltinimus, kuriame padarė preliminarią išvadą, kad koncentracija, apie kurią buvo pranešta, yra nesuderinama su bendrąja rinka ir EEE susitarimo veikimu, nes ji sustiprintų kolektyvinę dominuojančią padėtį muzikos įrašų rinkoje ir didmeninėje internetu transliuojamos muzikos licencijų rinkoje ir derintų pagrindinių bendrovių elgesį su EB 81 straipsniu nesuderinamu būdu.
- 10 Koncentracijos šalys atsakė į pranešimą apie kaltinimus ir dalyvavo 2004 m. birželio 15–16 d. bylą nagrinėjančio pareigūno surengtame posėdyje, kuriame, be kitų šalių, dalyvavo ir ieškovė.
- 11 2004 m. liepos 19 d. Sprendimu Komisija pripažino koncentraciją suderinamą su bendrąja rinka pagal Susijungimų reglamento 8 straipsnio 2 dalį (toliau – ginčijamas sprendimas).

- 12 Kaip atsakymą į savo 2004 m. liepos 26 d. prašymą, ieškovė 2004 m. rugsėjo 23 d. gavo nekonfidencialią sprendimo kopiją.

Procesas ir šalių reikalavimai

- 13 2004 m. gruodžio 3 d. ieškovė pateikė šį ieškinį Pirmosios instancijos teismo kanceliarijoje.
- 14 Atskiru dokumentu tą pačią dieną ieškovė pateikė prašymą Pirmosios instancijos teismui priimti sprendimą dėl šio ieškinio pagreitinta tvarka pagal Pirmosios instancijos teismo procedūros reglamento 76a straipsnį.
- 15 2004 m. gruodžio 17 d. laišku Komisija išreiškė abejonių dėl to, ar šioje byloje ieškinys gali būti išnagrinėtas taikant pagreitintą procedūrą, visų pirma pabrėždama, kad, be to, jog byla yra sudėtinga, taip pat kyla sunkumų, susijusių su tuo, jog, norėdama paaiškinti savo sprendimo motyvus, ji turėtų panaudoti labai daug ir sudėtingų duomenų ir jog pasirinkus tokį gynybos būdą reikėtų pradėti keblias derybas su koncentracijos šalimis bei trečiaisiais asmenimis dėl to, kiek konfidencialios informacijos Komisija galėtų atskleisti.
- 16 Procesiniais dokumentais, pateiktais Pirmosios instancijos teismo kanceliarijai 2005 m. sausio 10, 11 ir 19 d., *Bertelsmann, Sony BMG* ir *Sony Corporation of America* paprašė leidimo įstoti į bylą Komisijos pusėje. 2005 m. vasario 4 d. šie prašymai buvo patenkinti trečiosios kolegijos pirmininko nutartimi.

- 17 Tuo metu Pirmosios instancijos teismas, taikydamas proceso organizavimo priemones pagal Procedūros reglamento 64 straipsnio 3 dalies e punktą, 2005 m. sausio 13 d. Sprendimu pakvietė šalis dalyvauti neoficialiame 2005 m. sausio 24 d. susitikime, kad galėtų apsvarstyti galimybę išnagrinėti bylą taikant pagreitintą procedūrą, visų pirma atsižvelgdamas į Komisijos iškeltą klausimą dėl tam tikros bylos medžiagos konfidencialumo.
- 18 2005 m. sausio 18 d. procesiniu dokumentu Komisija, susitarusi su ieškove, paprašė taikyti proceso organizavimo priemonę, iš esmės susijusią su leidimu Komisijai pateikti tam tikrus dokumentus ir informaciją, kuri jai buvo perduota kaip konfidenciali, pateikiant juos tik ieškovės advokatui, bet ne pačiai ieškovei.
- 19 2005 m. sausio 24 d. Sprendimu Pirmosios instancijos teismas, visų pirma atsižvelgdamas į ieškovės ir į bylą įstojusių šalių susitarimą, leido taikyti proceso organizavimo priemonę. Pirmosios instancijos teismas taip pat nusprendė taikyti pagreitintą procedūrą, kartu nurodydamas, kad toks sprendimas gali būti bet kuriuo metu persvarstytas, atsižvelgiant į bylos medžiagos ir procedūros eigą. Taip pat buvo sudarytas procesinių dokumentų pateikimo grafikas.
- 20 2005 m. vasario 11 d. pateiktu procesiniu dokumentu ieškovė pateikė prašymą iš dalies pakeisti proceso organizavimo priemonę. 2005 m. vasario 18 d. laišku atsakė ir į bylą įstojusios šalys pateikė savo pastabas dėl šio prašymo. 2005 m. vasario 22 d. laišku ieškovė atsiėmė savo prašymą iš dalies pakeisti proceso organizavimo priemonę.
- 21 Tuo metu, 2005 m. vasario 11 d., Komisija pateikė savo atsiliepimą į ieškinį. 2005 m. vasario 25 d. *Bertelsmann*, *Sony BMG* ir *Sony* pateikė įstojimo į bylą paaikškinimus.

- 22 Tuo pat metu 2005 m. vasario 15 d. laišku ieškovė paprašė leidimo pateikti pastabas dėl naujos informacijos Komisijos atsiliepime į ieškinį. 2005 m. vasario 21 d. Sprendimu Pirmosios instancijos teismas patenkino šį prašymą ir suteikė atsakovei galimybę ne vėliau kaip iki 2005 m. kovo 4 d. prašyti leidimo pateikti papildomas pastabas, ir atsakovė tai padarė. 2005 m. kovo 1 d. laišku ieškovė paprieštaravo tokiam prašymui. 2005 m. kovo 14 d. Komisija pateikė papildomas pastabas.
- 23 Išklausęs teisėjo pranešėjo pranešimą, Pirmosios instancijos teismas (trečioji kolegija) nusprendė pradėti žodinę proceso dalį ir, taikydamas proceso organizavimo priemones, paprašė Komisijos pateikti tam tikrus dokumentus bei raštu atsakyti į kai kuriuos klausimus.
- 24 2005 m. rugsėjo 19 d. laišku Komisija paprašė daugiau laiko pateikti atsakymams į Pirmosios instancijos teismo klausimus; jos prašymas buvo patenkintas. 2005 m. rugsėjo 21 d. laišku Komisija pateikė savo atsakymus į Pirmosios instancijos teismo klausimus.
- 25 2005 m. rugsėjo 22 d. posėdyje šalys buvo išklausytos ir atsakė į Pirmosios instancijos teismo pateiktus klausimus.
- 26 Po posėdžio 2005 m. rugsėjo 26 d. laišku Komisija pateikė nemažai dokumentų ir paprašė suteikti jai galimybę raštu pakomentuoti pastabas, kurias ieškovė gali pateikti dėl jos 2005 m. rugsėjo 21 d. atsakymų į klausimus raštu. Jos prašymas buvo patenkintas.
- 27 2005 m. rugsėjo 29 d. ieškovė pateikė procesinį dokumentą dėl Komisijos atsakymų į Pirmosios instancijos teismo klausimus raštu.

28 2005 m. spalio 11 d. Komisija pateikė savo galutines pastabas, susijusias su ieškovės pastabomis dėl Komisijos atsakymų į Pirmosios instancijos teismo klausimus raštu.

29 Ieškovė Pirmosios instancijos teismo prašo:

- neatsižvelgti į Komisijos atsiliepimo į ieškinį prieduose pateiktus dokumentus,
- panaikinti sprendimą,
- nepatenkinus šių reikalavimų, panaikinti tą sprendimo dalį, kurioje sprendžiamas vienas ar kitas toliau nurodyti klausimai:
 - kolektyvinė dominuojanti padėtis internetu transliuojamos muzikos licencijų rinkoje,
 - individuali dominuojanti padėtis internetu transliuojamos muzikos platinimo rinkoje,
 - koncentracijos šalių atitinkamų veiksmų derinimas muzikos leidybos srityje,
- priteisti iš Komisijos bylinėjimosi išlaidas.

I — *Prie atsiliepimo į ieškinį pridėti įrodymai*A — *Šalių argumentai*

- 32 Ieškovė pažymi, kad iš atsiliepimo į ieškinį matyti, jog Komisija per administracinę procedūrą rėmėsi dokumentais ir informacija, su kuriais ieškovė galėjo susipažinti tik gavusi atsiliepimą į ieškinį, nors jie turėjo esminę reikšmę, nes Komisija juos naudojo, kad pateisintų savo nukrypimą nuo pranešime apie kaltinimus išreikštos pozicijos, t. y. kad siūloma koncentracija sukurtų ar sustiprintų kolektyvinę dominuojančią padėtį ir būtų nesuderinama su bendrąja rinka.
- 33 Ieškovė teigia, kad jeigu ji per administracinę procedūrą būtų mačiusi tuos dokumentus, kuriuose pateikta informacija yra neišsami ir klaidinanti, ji būtų galėjusi įrodyti tuos esminius trūkumus, ir sprendimas būtų buvęs kitoks arba bent jau jame reiktų pateikti aiškias ieškovės pastabų atmetimo priežastis. Ieškovė kaltina Komisiją, kad nuslėpė tuos dokumentus ir rėmėsi jais, niekada neatlikusi jų kryžminio nagrinėjimo ar nesuteikusi trečiosioms šalims galimybės pateikti dėl jų pastabų.
- 34 Pripažindama, kad Komisija privalo saugoti komercines paslaptis ir nėra įpareigota per administracines procedūras, susijusias su koncentracijų kontrole, atskleisti trečiosioms šalims visos bylos medžiagoje esančios informacijos, ieškovė teigia, kad Komisija, turėdama tokią teisę, negali atimti iš tų trečiųjų šalių galimybės pateikti savo nuomonės šiuo klausimu; ji galėtų, pavyzdžiui, parengti nekonfidencialią sutrumpintą nagrinėjamos informacijos versiją.
- 35 Ieškovė paaiškina nesiremianti pagrindu dėl esminių procedūros reikalavimų pažeidimo, tačiau tvirtina, kad nauji Komisijos įrodymai pateikti per vėlai, jog būtų

galima į juos atsižvelgti priimant sprendimą iš esmės ir jog tai yra Komisijos mėginimas sureguliuoti sprendimą *ex post facto*. Ieškovė pažymi, kad dokumentų nepateikimas per administracinę procedūrą negali būti ištaisytas vykstant teismo procesui (1999 m. liepos 8 d. Sprendimas *Hercules Chemicals prieš Komisiją*, C-51/92 P, Rink. p. I-4235, 78 punktas), ir teigia, kad į nagrinėjamus dokumentus neturi būti atsižvelgta.

36 Komisija tvirtina, kad šis reikalavimas turi būti atmestas.

B — Pirmosios instancijos teismo vertinimas

37 Pirmiausia reikia pažymėti, kad įrodymai, į kuriuos ieškovė prašo Pirmosios instancijos teismo neatsižvelgti, buvo pateikti Komisijos atsiliepimo į ieškinį prieduose pagal Procedūros reglamento 46 straipsnį. Ieškovė nenurodo, kaip tokių Komisijos įrodymų pateikimas pažeidžia Procedūros reglamentą.

38 Toliau reikia pažymėti, kad nei motyvai, dėl kurių ieškovė prašo neatsižvelgti į tokius įrodymus, nei jos prašymo prasmė nėra aiškūs.

39 Pirma, nors ieškovė teigia, kad pateikti dokumentai yra mėginimas sureguliuoti sprendimą *ex post facto*, ji nenurodo, kad tie dokumentai buvo gauti ar parengti priėmus sprendimą; atvirkščiai, ji tvirtina, kad jie turėjo esminę reikšmę per administracinę procedūrą, nes Komisija jais rėmėsi kaip ginčijamo sprendimo pagrindu. Net darant prielaidą, kad tokia aplinkybė būtų įrodyta, ji negalėtų būti

pagrindas neatsižvelgti į dokumentus. Be to, nors ieškovė kaltina Komisiją mėginimu sureguliuoti ginčijamą sprendimą *ex post facto*, ji neteigia, bent grįsdama šį prašymą, kad buvo pažeistas principas, pagal kurį motyvavimas turi būti pateiktas pačiame sprendime ir kad nepakanka jį pirmą kartą paaiškinti Pirmosios instancijos teisme (1998 m. rugsėjo 15 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *European Night Services ir kt. prieš Komisiją*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 ir T-388/94, Rink. p. II-3141, 95 punktas). Bet kuriuo atveju bausmė už nepakankamą motyvavimą yra ginčijamos priemonės panaikinimas, o ne neatsižvelgimas į dokumentus, ir į klausimą, ar ginčijamas sprendimas yra pakankamai motyvuotas, bus atsakyta šioje byloje nagrinėjant įvairius ieškovės pateiktus ieškinio pagrindus.

40 Antra, nors ieškovė pripažįsta, kad Komisija neprivalo per administracinę procedūrą, susijusią su koncentracijų kontrole, atskleisti trečiosioms šalims visos byloje esančios informacijos, ji pažymi, kad pagal teismų praktiką dokumentų nepateikimas per administracinę procedūrą negali būti ištaisytas vykstant teismo procesui. Nesant reikalo nagrinėti koncentracijos procedūroje dalyvaujančių trečiųjų šalių teisės į gynybą ar teisės susipažinti su bylos medžiaga taikymo srities, pakanka pažymėti, kad ieškovė aiškiai tvirtina neketinanti pateikti naujo ieškinio pagrindo dėl esminių procedūros reikalavimų pažeidimo. Todėl prašymas negali būti laikomas pagrįstu tiek, kiek jis yra paremtas tokiu pagrindu. Bet kuriuo atveju už teisės į gynybą pažeidimą gali būti baudžiama tik tuo atveju, jeigu nustatoma, kad dokumentų neatskleidimas galėjo turėti įtakos nagrinėjamo sprendimo turiniui ieškovės nenaudai, o to negalima padaryti neišnagrinėjus tų dokumentų.

41 Trečia, ieškovė tvirtina, kad dokumentuose pateikta neišsami ir klaidinanti informacija ir kad jeigu ji būtų galėjusi su jais susipažinti per administracinę procedūrą, būtų įrodžiusi jų esminius trūkumus, dėl kurių sprendimas galėjo būti kitoks. Tačiau, nors tokia aplinkybė gali reikšti, kad Komisijos pateikti įrodymai turi būti vertinami atsargiai, dėl to negalima tenkinti ieškovės prašomos priemonės.

Atvirkščiai, tokia priemonė atimtų iš ieškovės galimybę įrodyti tariamą nagrinėjamų dokumentų nepatikimumą ar nereikšmingumą teikiant ieškinio pagrindus, susijusius su akivaizdžia vertinimo klaida.

42 Galiausiai subsidarius ieškovės prašymas, kad Pirmosios instancijos teismas pripažintų, jog dokumentai yra neįtikinami ar neturi reikšmės, taip pat turi būti atmestas dėl tų pačių priežasčių. Bet kuriuo atveju tas prašymas yra su bylos esme susijęs klausimas, kuris bus išnagrinėtas aiškinantis įvairius ieškinyje pateiktus pagrindus ir argumentus.

43 Todėl iš pateiktų pastabų daroma išvada, kad ieškovės prašymas neatsižvelgti arba pripažinti neturinčiais reikšmės Komisijos atsiliepimui į ieškinį pagrįsti pateiktus dokumentus turi būti atmestas.

II — Pirmasis ieškinio pagrindas: jau esamos kolektyvinės padėties muzikos įrašų rinkoje sustiprinimas

44 Pirmasis ieškinio pagrindas padalytas į dvi dalis; pirma susijusi su Komisijos tvirtinimo, kad prieš siūlomą koncentraciją muzikos įrašų rinkoje nebuvo kolektyvinės dominuojančios padėties, klaidingu pobūdžiu, o antroji – su klaida, atsiradusia dėl to, kad nebuvo padaryta išvada, jog siūloma koncentracija sustiprins jau esamą kolektyvinę padėtį.

A — *Ieškovės argumentai*

1. Dėl pirmosios ieškinio pagrindo dalies

45 Preliminariai ieškovė pažymi, kad tiek pranešime apie kaltinimus, tiek sprendime yra daug įrodymų, jog prieš susijungimą muzikos įrašų rinka turėjo visas ypatybes rinkos, kurioje vyravo dominuojanti padėtis, pagal teismų praktikos nustatytus kriterijus (2002 m. birželio 6 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *Airtours prieš Komisiją*, T-342/99, Rink. p. II-2585).

46 Šiuo atžvilgiu ieškovė teigia, kad, pirma, didžiausios muzikos įrašų bendrovės (toliau – didžiosios bendrovės) apibūdinamos kaip turinčios visas dominuojančios grupės ypatybes (didelės rinkos dalys ir didelė finansinė galia (ginčijamo sprendimo 53 konstatuojamoji dalis), didelių kainų išlaikymas (ginčijamo sprendimo 56 konstatuojamoji dalis) ir oligopolinė struktūra (ginčijamo sprendimo 148 konstatuojamoji dalis)) ir todėl joms būdinga tarpusavio priklausomybė.

47 Ieškovė teigia, kad, antra, Komisija konstatavo, jog rinka turėjo visas nerašytiems susitarimams būdingas ypatybes ir sudarė sąlygas, palengvinančias tokį derinimą (pranešimo apie kaltinimus 93–116 punktai); be to, ji išnagrinėjo 10 veiksmų, rodančių nerašytą susitarimą, kurie, ieškovės nuomone, nepasikeitė nuo pranešimo apie kaltinimus. Produkto formatas yra vienodas ir vartotojai perka daugelio įvairaus žanro atlikėjų diskus, taip sudarydami sąlygas pakeičiamumui atsirasti (ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamoji dalis). Rinka yra labai palanki derinimui ir derinimas iš tiesų vyko (ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamoji dalis). Egzistuoja nuolatinė klientų bazė (ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamoji dalis) ir koncentracijos šalys kontroliuoja mažmeninę rinką (ginčijamo sprendimo 113 konstatuojamoji dalis).

48 Trečia, kainos leidžia manyti, kad yra kolektyvinė dominuojanti padėtis. Yra faktinių neto kainų paralelių (pranešimo apie kaltinimus 76–80 punktai ir ginčijamo sprendimo 75, 82, 89, 96 ir 103 punktai). Oficialios pardavimo kainos (toliau – PPD) yra žinomos, o referencinių kainų kiekis ribotas (ginčijamo sprendimo 111 ir 112 konstatuojamosios dalys). Neto pardavimo kainos glaudžiai susietos su PPD (ginčijamo sprendimo 77, 84, 91, 98 ir 105 konstatuojamosios dalys). PPD ir faktinės neto kainos glaudžiai suderintos ir skaidrios ir nuolaidos neturi įtakos vidutinėms faktinėms neto kainoms (pranešimo apie kaltinimus 88, 90 ir 92 punktai ir ginčijamo sprendimo 45, 49, 52, 55 ir 57 išnašos).

49 Ketvirta, Komisija nustatė, kad veikė potencialiai veiksmingi atgrasymo mechanizmai (pranešimo apie kaltinimus 128–132 punktai ir ginčijamo sprendimo 118 konstatuojamoji dalis), o didžiosioms bendrovėms negaliojo tie veiksmingi konkurenciniai suvaržymai.

50 Ieškovė tvirtina, kad Komisijos nurodytos priežastys, pagrįstos albumų turinio nevienodumu, nepakankamu kainų skaidrumu dėl taikomų reklaminių nuolaidų ir net mažiausio atsakomųjų veiksmų įrodymo nebuvimu, neleidžia atmesti išvados, kad egzistuoja kolektyvinė dominuojanti padėtis ir kad Komisijos analizė yra niekinė dėl nepakankamo motyvavimo, akivaizdžios vertinimo klaidos ir teisės klaidos.

a) Dėl pareigos nurodyti motyvus pažeidimo

51 Ieškovė tvirtina, kad ginčijamas sprendimas pažeidžia EB 253 straipsnį, nes jame nėra nurodytos faktinės ir teisinės aplinkybės, kuriomis Komisija rėmėsi priimdama sprendimą, kad Pirmosios instancijos teismas galėtų jas patikrinti, o valstybės narės bei suinteresuotieji nacionaliniai subjektai – sužinoti sąlygas, kuriomis Bendrijos institucijos taikė Sutartį (1987 m. kovo 26 d. Teisingumo Teismo sprendimas *Komisija prieš Tarybą*, 45/86, Rink. p. 1493).

Produktų vienodumas

- 52 Visų pirma kalbėdama apie produktų vienodumą ieškovė kaltina Komisiją nenurodžius motyvo, kodėl produktų vienodumas turi daugiau reikšmės nei „pakeičiamumo erdvė“ (nes daugelis vartotojų perka daugelio atlikėjų ir įvairių žanrų muziką) arba formato vienodumas kainos ir skaidrumo požiūriu. Komisija taip pat nenurodo, kodėl išvadą, kad albumų kainų nustatymas yra labai standartinis, paneigia bendras teiginys, jog kainų nustatymas priklauso nuo „albumo sėkmės“. Ieškovė tvirtina, kad ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamojoje dalyje padarytos priešingos išvados.

Skaidrumas

- 53 Kalbėdama, antra, apie skaidrumą, ieškovė teigia, kad Komisijos tvirtinimai ir argumentai dėl nuolaidų, paneigiantys visus skaidrumo įrodymus, yra nepakankamai motyvuoti.
- 54 Taigi, ieškovės teigimu, Komisija tvirtina, kad didelėse šalyse PPD sukurtą kainų nustatymo skaidrumą pašalina reklaminės nuolaidos, tačiau ji nepaaiškina tokių nuolaidų funkcijos ir jų reikšmės kainodaros sistemai.
- 55 Taip pat mažesnių valstybių atveju nėra aišku, kodėl Komisija suteikė tiek daug reikšmės reklaminėms, o ne įprastoms nuolaidoms, savo pranešime apie kaltinimus tvirtindama, kad, „kaip ir didesnėse teritorijose, svarbiausios nuolaidos visose šalyse yra įprastos nuolaidos“. Taip pat nėra tikslaus apibūdinimo, kas yra įprastos

nuolaidos. Vertindama skaidrumą mažesnėse šalyse, Komisija be jokio paaiškinimo lygino įprastas nuolaidas su reklaminėmis, todėl nėra aišku, ar nagrinėjimas buvo susijęs su reklaminėmis, ar su įprastomis nuolaidomis.

- 56 Ieškovė taip pat tvirtina, kad ginčijamame sprendime remiamasi tik įrodymais dėl nuolaidų, susijusių su *Sony* ir *BMG*, ir jis neapima kitų didžiųjų bendrovių (žr. ginčijamo sprendimo 71 konstatuojamąją dalį ir 43 išnašą). Todėl motyvavimas yra neišsamus.

Atgrasymo priemonės

- 57 Trečia, dėl atgrasymo priemonių Komisija nepaaiškina, kodėl ta aplinkybė, net jeigu ji būtų teisinga, kad ji nesurado įrodymų, jog kada nors būtų panaudotos atsakomosios priemonės, turėtų paneigti visus veiksmingų atgrasymo priemonių buvimo įrodymus.

Suvaržymai

- 58 Galiausiai, ketvirta, ginčijamame sprendime, skirtingai nei pranešime apie kaltinimus, nėra išlyginamosios rinkos galios vertinimo ir nepaaiškinama, kodėl tokio vertinimo nėra, o tai yra visiškas motyvų nepateikimas.

b) Dėl akivaizdžios vertinimo klaidos

- 59 Ieškovė remiasi teismų praktika, pagal kurią Komisija laikoma padariusia akivaizdžią vertinimo klaidą, jeigu vertindama prieštarigus argumentus, ji suteikia vienam iš jų pernelyg didelę reikšmę (2001 m. spalio 10 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *British American Tobacco International (Investments) prieš Komisiją*, T-111/00, Rink. p. II-2997, 58 punktas). Taip pat, kai Komisija nepagrindžia savo vertinimo konkrečiais įrodymais ar konkrečiomis faktinėmis aplinkybėmis, laikoma, kad jis atliktas netinkamai ir nepagrįstai (1991 m. spalio 22 d. Sprendimas *Nölle*, C-16/90, Rink. p. I-5163). Ieškovės teigimu, tvirtinimas, kad nebuvo kolektyvinės dominuojančios padėties, nėra pagrįstas reikšmingomis faktinėmis aplinkybėmis, motyvavimu ar įrodymais, ir Komisija neįvykdė savo pareigos įvertinti visus reikšmingus veiksnius.
- 60 Ieškovė teigia, kad ginčijamas sprendimas yra niekinis dėl akivaizdžių vertinimo klaidų nustatant produktų vienodumą, skaidrumą ir atgrasymo priemonių buvimą, vertinant išlyginamąją rinkos galią ir analizuojant bendrą politiką.

Produktų vienodumas

- 61 Ieškovės tvirtinimu, Komisija padarė akivaizdžią vertinimo klaidą laikydamosi nuomonės, kad turinio nevienodumas yra svarbesnis už formato vienodumą, kartu pripažindama, kad vartotojai perka įvairių atlikėjų ir įvairių žanrų įrašus ir kad todėl yra „pakeičiamumo erdvė“. Bet kuriuo atveju su produkto nevienodumu susijęs parametras turėtų reikšmės tik tuo atveju, jeigu kainos būtų nustatomos pagal

atskirus muzikos kūrinis, o ne pagal kelias referencines kainas, kaip yra šioje byloje (ginčijamo sprendimo 110 ir 111 konstatuojamosios dalys). Jeigu būtų vadovaujama Komisijos logika, intelektinės nuosavybės pramonėje niekada neatsirastų dominuojanti padėtis, nes niekada negali būti visiško turinio vienodumo.

Skaidrumas

— Bendri argumentai

⁶² Ieškovė teigia, kad pateikti įrodymai rodo, jog didžiųjų bendrovių kainos nustatomos pakankamai skaidriai ir tai joms leidžia šias suderinti. Ji tvirtina, kad Komisija nepateikė įrodymų šiai analizei paneigti, o tik iš tariamų nuolaidų skirtumų sprendė, kad skaidrumas galėjo būti pašalintas ar sumažintas tiek, jog nebebūtų įmanoma derinti kainų.

⁶³ Vertinimo klaida akivaizdžiai matyti iš pačios Komisijos išvadų, kad:

— tarp didžiųjų bendrovių vidutinių neto kainų yra paralelių ir jos palyginti panašiai kinta (sprendimo 75, 82, 89, 96 ir 103 konstatuojamosios dalys),

— PPD galėtų būti naudojamos kaip derinimo pagrindas (žr. ginčijamo sprendimo 76, 83, 90, 97 ir 104 konstatuojamąsias dalis),

— PPD ir vidutinės neto kainos kito paraleliai (ginčijamo sprendimo 77, 84, 91, 98 ir 105 konstatuojamosios dalys).

⁶⁴ Ieškovė pažymi, kad PPD yra skaidrios, kad mažmeninės kainos žinomos, kad vidutinės neto kainos kinta paraleliai PPD ir kad mažmenininkų antkainiai pakankamai tiksliai žinomi. Ieškovės teigimu, iš to galima daryti išvadą, kad neto kainos mažmenininkams (t. y. PPD atėmus nuolaidas) yra skaidrios, nepaisant nuolaidų. Tai taip pat aišku iš pranešimo apie kaltinimus (81–92 punktų) ir iš ginčijamo sprendimo 77 konstatuojamosios dalies, kurioje nurodyta, kad „jeigu didžiosios bendrovės būtų įgyvendinusios esminį nukrypimą nuo kainodaros politikos taikydamos nuolaidas, tokį nukrypimą atspindėtų vidutinės neto kainos“.

⁶⁵ Ieškovė tvirtina, kad Komisija padarė akivaizdžią vertinimo klaidą, suteikdama pernelyg didelę reikšmę nuolaidoms, visų pirma reklaminėms, nes:

— ji rėmėsi *Sony* ir *BMG* pateikta informacija apie nuolaidas, o ne informacija apie visų didžiųjų bendrovių PPD ir neto kainų paraleles (žr. ginčijamo sprendimo 43 išnašą),

— remiantis mažmenininkų pateikta informacija, nuolaidos yra skaidrios. Dvidešimt iš dvidešimt šešių Komisijos apklaustų mažmenininkų tvirtino, kad didžiosios bendrovės žinojo apie kitų taikomas nuolaidas. Tai visų pirma pasakytina apie įprastas nuolaidas, kurios yra svarbiausios, nes dėl jų deramasi kasmet,

- *Sony* ir *BMG* kas savaitę rengė ataskaitas dėl mažmeninės rinkos kontrolės, į kurias buvo įtraukta informacija apie jų konkurentus (ginčijamo sprendimo 113 konstatuojamoji dalis),
- rinkinių srityje didžiosios bendrovės yra sudariusios bendrus platinimo ir partnerystės susitarimus, pagal kuriuos atskleidžiamos įprastos nuolaidos,
- įrašų bendrovių vyriausieji valdytojai dažnai migruoja iš vienos bendrovės į kitą,
- populiariausių savaitės įrašų sąrašai suteikia informacijos apie pardavimą pagal kūrinį, o tai leidžia nesunkiai nustatyti kūrinius, kurie tampa hitais ir sudaro didžiausią pardavimo dalį (ginčijamo sprendimo 73 punktas),
- *Office of Fair Trading* (Jungtinės Karalystės konkurencijos institucijos) ataskaitoje nurodyta, kad informacija apie konkurentus muzikos įrašų rinkoje yra prieinamesnė nei bet kurioje kitoje pramonės šakoje (ieškinio priedas A.16).

⁶⁶ Ieškovė pažymi, kad, remdamasi tais veiksniais, Komisija pranešimo apie kaltinimus 81 punkte padarė išvadą, jog „nuolaidos daugiausia (buvo) pastovios ir nebuvo naudojamos siekiant faktiškai pakeisti kainų nustatymo politiką“. Ieškovė teigia, kad nuo to momento faktinės aplinkybės nepasikeitė.

- 67 Bet kuriuo atveju reklaminės nuolaidos paprastai nenaudojamos populiariausių sąrašė esančių įrašų atveju, iš kurių gaunama apie 80 % pajamų. Jos yra skirtos tik paskatinti vartotojus rinktis iš anksčiau išleistų muzikos kūrinių sąrašo (anglų k. „back catalogue“) (ieškinio priedas A.17) ir turi nedaug įtakos Komisijos nagrinėtam pavyzdžiui (ginčijamo sprendimo 70 ir 71 konstatuojamosios dalys). Be to, kadangi Komisijos nagrinėti duomenys dėl reklaminių nuolaidų buvo susiję tik su *Sony* ir *BMG*, jie turi dar mažiau reikšmės.
- 68 Todėl didžiųjų bendrovių kainų struktūros dalis, kuriai potencialios įtakos turėjo skaidrumo nebuvimas, yra nedidelė, kaip tai yra aišku iš prie ieškinio pridėtos ataskaitos, kurioje paaiškinama Europos kainų ir nuolaidų sistema.
- 69 Ieškovė tvirtina, kad Komisija turėjo pakankamai medžiagos, pagal kurią galėjo patikrinti savo analizę, tačiau ji to nepadarė, visų pirma kalbant apie su mažmenininkais susijusius įrodymus. Tinkamai neįvertinusi faktinių aplinkybių ir suteikusi pernelyg didelės reikšmės nuolaidoms, visų pirma reklaminiams, Komisija padarė akivaizdžią vertinimo klaidą.

— Bendros pastabos dėl naujų įrodymų

- 70 Remdamasi nauja informacija, kurią Komisija pateikė savo atsiliepimo į ieškinį prieduose, ieškovė daro išvadą, kad Komisija savo vertinimą, jog rinka yra neskaidri, grindė individualiais vartotojams ir atskiriems muzikos kūriniams taikomų nuolaidų skirtumais ir jų pokyčiais laikui bėgant. Tačiau tai, kad buvo tokių individualių skirtumų, kurie kartais gana dideli, nepaneigia galimybės, jog kainų nustatymą reguliuoja ribotas žinomų struktūrų ir taisyklių skaičius, pagal kurias vidutinės kainos tampa nuspėjamos ir nuo kurių būtų akivaizdūs dideli ir sistemingi nukrypimai.

- 71 Tokios taisyklės galbūt neleistų nuspėti kiekvieno atskiro išleisto įrašo kainos, nustatomos kiekvienu laiko momentu kiekvienam atskiram mažmenininkui, tačiau vis dėlto leistų pakankamai užtikrintai sužinoti neto kainas, kurios atsirastų dėl PPD, ir nustatyti, ar konkurentai laikėsi tų taisyklių. Todėl jos suteikia skaidrumo, kuris yra būtinas kolektyviniam dominavimui egzistuoti. Tad veiksmų derinimas, kuris yra akivaizdus paraleliai kintant PPD ir vidutinėms neto kainoms, paprasčiausia gali atsirasti remiantis visiems žinomomis ir gerai suprantamomis struktūromis, kurios gali būti kontroliuojamos, o ne remiantis tobulu ir išsamiau žinojimu apie kiekvieną kainų nustatymo sprendimą.
- 72 Ieškovė tvirtina, kad Komisija neištyrė, ar pastebėtos vidutinių kainų (ir bruto, ir neto) paralelės galėjo atsirasti dėl veiksmų derinimo pagal tas taisykles, tačiau padarė išvadą, kad taip nebuvo, nes skirtumai buvo individualūs, ir neapsvarstė, ar tie skirtumai buvo statistiškai reikšmingi ir turėjo esminės įtakos vidurkiams.
- 73 Tokios taisyklės taikomos ne visais atvejais, o tik pagrindinei kiekvienos didžiosios bendrovės kiekvienos klasės įrašų pardavimo daliai (naujai išleistiems įrašams, naujiems atlikėjams, „full price“, „mid price“, „budget“ kainoraščiams ir kt.), kiekvienai iš jų galioja apibrėžtas skaičius bendrų mažmeninės prekybos strategijų, reguliuojančių esminę pardavimo dalį (vieno įrašo pakeitimas kitu populiariausiųjų sąrašuose, dalyvavimas reklaminėse kampanijose, reklaminių vitrinų pozicijų pirkimas ir kt.). Reikia pripažinti, kad šios pardavimo strategijos gali skirtis kiekvienoje teritorijoje ir atsižvelgiant į klientus (prekybos centrus, specializuotas grandines, nepriklausomas parduotuves ir kt.), tačiau vis dėlto jų skaičius yra apibrėžtas ir pardavimo personalas jas žino. Tų taisyklių ar struktūrų pakanka tam, kad būtų galima derinti kainas, nesant būtinybės turėti konkrečių žinių apie atskirų išleistų įrašų neto ir bruto kainas; be to, aplinkoje, kur atskirų muzikos kūrinių paklausa yra įvairi ir kur negalima tiksliai nuspėti albumų sėkmės, jos leidžia tokį lankstumą, kuris yra būtinas siekiant prisitaikyti prie atskirų atvejų, nepakenkiant bendrai kainų struktūrai.

74 Individualūs skirtumai neturi sumenkinti tos aplinkybės, kad bendros neto kainos yra labai suderintos su bruto kainomis, ir tikėtina, kad taip yra, nes visos įmonės laikosi tam tikrų bendrų taisyklių, dėl kurių bendras kainų nustatymas tampa labai nuspėjamas ir sistemingi skirtumai – akivaizdūs. Todėl skaidrumas egzistuoja.

75 Išnagrinėjus naujus prie Komisijos atsiliepimo į ieškinį pridėtus įrodymus matyti, kad Komisija sutelkė dėmesį į individualius skirtumus ir neapsvarstė, ar jie buvo statistiškai reikšmingi. Komisija neatliko tinkamos pagrindinių duomenų statistinės analizės, neįvertino kainų ar nuolaidų intervalų ar pokyčių reikšmės pagal įprastas kainų ribas ir neapklausė mažmenininkų, kad išsiaiškintų, ar individualūs skirtumai atitiko bendrąsias kainų nustatymo sistemos taisykles. Komisija padarė neteisingą išvadą, kad vien dėl skirtumų egzistavimo nebuvo galimybės, jog tuos skirtumus nulėmė keli pavieniai atvejai, o pagrindinei pardavimo daliai taikomos pagal bendrai žinomas ir nuspėjamas taisykles nustatytos kainos.

76 Be to, Komisija ištyrė įrodymus panaudojusi netinkamą metodiką ir neatliko būtinų patikrinimų.

77 Ieškovė pateikia šias bendras pastabas dėl naujų Komisijos pateiktų įrodymų:

- didelė duomenų dalis nėra suderinta atsižvelgiant į pardavimą, siekiant įvertinti kainų ir nuolaidų intervalų reikšmę. Ten, kur duomenys apibendrinti teisingai, t. y. paskirstyti visiems dalyviams ir suderinti atsižvelgiant į pardavimą, skirtumai nėra tokie reikšmingi,

- daugeliu atvejų duomenys neanalizuojami statistiniu požiūriu ir todėl neįmanoma išsiaiškinti, ar, atsižvelgiant į skirtingas produktų klases, skirtumai yra reikšmingi,

- išskyrus kai kuriuos duomenis, panaudotus pranešime apie kaltinimus, pagal duomenis galima palyginti tik koncentracijos šalių kainas. Komisijos argumentas, kad neskaidrios nuolaidų praktikos tarp dviejų didžiųjų bendrovių nustatymo pakanka tam, kad skaidrumas sumažėtų, yra klaidingas, atsižvelgiant į tai, kad *Sony* ir *BMG* rezultatai rinkoje buvo labai skirtingi ir kad esant skirtingiems rezultatams daugelio įrašų atveju kainų ir nuolaidų intervalai skirtųsi net ir egzistuojant vienodai kainų sistemai. Be to, koncentracijos šalys istoriškai buvo dvi visiškai skirtingos didžiosios bendrovės, taigi koncentracija būtų sumažinusi ne tik rinkos dalyvių skaičių; ji taip pat padarytų juos panašesnius,

- Komisija neištyrė, ar buvo didžiųjų bendrovių duomenų, tiesiogiai prieštaravusių tariamai kainų nustatymo įvairovei ir sudėtingumui, visų pirma biudžeto ar kitų duomenų, tiksliai numačiusių neto ir bruto kainas ir nuolaidas, kurios konkurentų formuojamos paraleliai bei yra pastovios laikui bėgant,

- koncentracijos šalių administracijos darbuotojų parodymuose nėra sutelkiamas dėmesys į pagrindinius klausimus, kaip antai bendrų kainų nustatymo taisyklių buvimas ir kainų kontrolė, ir jie nebuvo patikrinti.

78 Komisijos nuomonė, kad vidutinės neto kainos yra daugelio pakankamai skirtingų sprendimų išraiška ir kad šių turi būti tikrai laikomasi, siekiant leisti reikšmingą neto kainų derinimą, yra neteisinga, nes pakanka, kad kiekviena įmonė galėtų kontroliuoti, ar kitų įmonių priimami sprendimai dėl kainų visų jų įrašų atžvilgiu atitinka

tam tikras kainodaros taisyklės siekiant, kad kiekviena įmonė žinotų apie kainų svyravimus ir būtų išlaikytas nerašytas susitarimas.

- 79 Skirtumai, kuriuos pastebėjo Komisija, remdamasi koncentracijos šalių pateiktais duomenimis, be to, kad jie nėra tokie konkretūs, kaip, atrodo, mano Komisija, negali būti laikomi kainų neskaidrumo įrodymu, nes, kaip bet kurioje intelektinės nuosavybės sektoriaus pramonės šakoje, kur atskirų muzikos kūrinių rodikliai kinta ir priklauso nuo įvairių rinkodaros veiksmų, bendros tų muzikinių kūrinių suvestinės atitinka bendrai žinomas taisykles, todėl remiantis keliais bendrai žinomais principais galima puikiai paaiškinti bet kokius nuolaidų ir kainų intervalų skirtumus.
- 80 Be to, ieškovė stebisi, kad Komisija pateikė labai nedaug įrodymų, kuriuos ji panaudojo pranešime apie kaltinimus. Kai kurie iš jų buvo įvertinti ir apėmė visą pramonę, tačiau daugiausia rėmėsi *Sony* ir *BMG* pateikta informacija, kuri neturi minėtų ypatybių. Todėl skirtumus reikėtų suderinti prieš atmetant pradinius duomenis ir neatrodo, kad Komisijos vertinimas buvo apgalvotas.

— Atskiras įvairių įrodymų ištyrimas

- 81 *Sony* ir *BMG* administracijos darbuotojų parodymai, pateikti B.2 priede, tik patvirtina, kad įvairios nuolaidos buvo taikomos įvairiems klientams, tačiau jie nėra susiję su tuo, ar tos nuolaidos daugiausia buvo nustatomos pagal bendras taisykles. Nors parodymuose pabrėžiama labai sudėtinga kainų mechanizmo sistema, iš tikrųjų priedas, kuriuo siekiama įrodyti reklaminių nuolaidų sudėtingumą, paneigia tą sudėtingumą, nes nuolaidų veikimas aprašytas tik viename lape. Klausimas turėjo būti, ar buvo standartinių antkainių, susijusių su skirtingomis kainų kategorijomis, ir

ar dauguma nuolaidų buvo nustatomos siauruose intervaluose. Atrodo, kad klausimai buvo suformuluoti siekiant neatskleisti to, jog antkainiai galėjo būti žinomi kaip bendros taisyklės ir jog todėl apie juos nereikėjo žinoti kiekvieno įrašo atveju ir jog nebuvo būtina atkurti atskirų kainų, kad viena didelė įrašų bendrovė galėtų kontroliuoti savo konkurentų taikomas kainas. Šie klausimai taip pat nebuvo užduoti mažmenininkams, nors tai būtų leidę palyginti jų atsakymus.

82 Kalbėdama apie priedą, kur nurodoma *Sony* ir *BMG* bruto pardavimo procentinė dalis 1998–2003 m. jų PPD dešimtuose, kuri, Komisijos tvirtinimu, rodo sėkmės nenusėjamumą ir todėl kiekvienos didžiosios bendrovės būtinybę kontroliuoti daugiau kaip 80 jos konkurentų albumų PPD, ieškovė pastebi tam tikrus duomenų neatitikimus (pvz., laikotarpių skirtumai) ir teigia, kad šie duomenys rodo tik tai, jog susijungiančios šalys parduoda savo produktus skirtingomis PPD. Tai neturi reikšmės, nes ginčijamame sprendime teigiama, kad PPD yra pakankamai skaidrios. Be to, priešingai tam, ką teigia Komisija, iš ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamosios dalies yra aišku, kad „didžiosios bendrovės turi kontroliuoti tik riboto skaičiaus geriausiai parduodamų albumų referencines kainas, jog pasiektų pagrindinę pardavimo dalį“. Ši informacija taip pat neprieštaruoja per posėdį Komisijos pateiktiems svarstymams, pagal kuriuos didelė dalis kiekvienos didžiosios bendrovės pardavimo buvo susijusi tik su labai nedaug PPD. Nebūtina kontroliuoti daugiau kaip 80 albumų kainų, nes egzistuoja bendrai pripažinti principai ir taisyklės; siekiant kontroliuoti, ar derinimo yra bendrai paisoma, pakanka nustatyti tik kelių kūrinių atveju, ar tų taisyklių buvo laikomasi ir ar nukrypimai sistemingi. Todėl išvada, kurią Komisija daro remdamasi koncentracijos šalių bruto pardavimo procentinės dalies skirtumais, yra nepagrįsta.

83 Be to, šie grafikai, atrodo, pabrėžia vieną veiksnį – sėkmės nenusėjamumą, o tai prieštaruoja pagrindiniams ginčijamame sprendime nurodytiems teiginiams, kad, pirma, PPD yra skaidrios ir yra derinimo pagrindas (ginčijamo sprendimo 76, 83, 90, 97 ir 104 konstatuojamosios dalys); antra, yra įmanoma kitų didžiųjų bendrovių kainoraščių kontrolė (ginčijamo sprendimo 76, 83, 90, 97 ir 104 konstatuojamosios dalys); ir, trečia, didžiosios bendrovės turi kontroliuoti tik riboto skaičiaus geriausiai

parduodamų albumų referencines kainas, kad stebėtų pagrindinę pardavimo dalį (ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamoji dalis). Galiausiai net darant prielaidą, kad yra būtina kontroliuoti daugiau kaip 80 albumų PPD (arba 60 po koncentracijos), tai nėra tokia sunki užduotis, kaip teigia Komisija.

- 84 Dėl priedų B.4 ir B.5, kur nurodomos vidutinės sąskaitų faktūrų nuolaidos, kurias *Sony* ir *BMG* taiko savo dešimčiai svarbiausių klientų keturiuose iš penkių didžiųjų valstybių narių, ieškovė teigia, kad visų pirma jai kyla klausimas, kiek vidutinių sąskaitų faktūrų nuolaidų skirtumai atspindi požiūrio į skirtingus klientus skirtumus, o ne santykinio koncentracijos šalių asortimento rodiklių skirtumus, nes didelės įrašų bendrovės išleistų įrašų vertė ir jos veiklos derinys (populiariausiųjų sąrašuose esantys įrašai, veikla prekybos centruose, katalogai, specializuota ir reklaminė veikla) turėtų įtakos vidutinei klientams teikiamai nuolaidai. Antra, bet kokie koncentracijos šalių požiūrio į klientus skirtumai nereiškia, kad jų sprendimai dėl kainų yra neskaidrūs, nes tie skirtumai gali būti sistemingi ir nuspėjami ir išlikti pastovūs laikui bėgant.
- 85 Priedas B.5, kuriame turėtų būti parodyti pavyzdžiai, kur, šalių teigimu, nėra atitikmenų ar paralelinio judėjimo, neturi reikšmės, nes jį galima paaiškinti koncentracijos šalių asortimento rodiklių skirtumais, ir, be to, jis rodo aiškius panašumus (mažesnės tam pačiam klientui suteiktos nuolaidos arba tuo pačiu metu kintančios nuolaidos, arba laiko atžvilgiu pastovūs skirtumai). Tik vartotojo Nr. 1 Vokietijoje pavyzdys atitinka nuomonę, kad viena iš didžiųjų bendrovių gali sumažinti savo realias kainas, to nepadarius jos konkurentams, tačiau vienas konkretus skirtumas konkrečiais metais konkrečioje teritorijoje konkretaus kliento atžvilgiu nėra įtikinamas. Be to, kadangi grafikuose pateikti tik *Sony* ir *BMG* duomenys ir kadangi tie duomenys nėra pasverti, skirtumai yra perdėti. Tai visų pirma pasakytina apie perspektyvinę analizę, kurią Komisija turėjo atlikti, nes dėl to, kad koncentracija apima dvi labai skirtingais rezultatais veikiančias įmones, ji gali padidinti simetriškumą ir vienodumą ir todėl nerašyto susitarimo tikimybę.

- 86 Kalbant apie priedus B.6 ir B.7, kuriuose pateikti tariami koncentracijos šalių savo dešimčiai svarbiausių klientų penkerių metų laikotarpiu jų dvidešimtuke esančių kompaktinių diskų (toliau – CD) atžvilgiu taikomų sąskaitų faktūrų nuolaidų pokyčių įrodymai, ieškovė pažymi, kad grafikai rodo tik nuolaidų intervalus ir kad jie gali būti klaidinantys, nes rodo maksimumus, o ne vidurkius ir statistiškai svarbius nuo tų vidurkių nukrypstančius pokyčius. Plačius nuolaidų intervalus galima paaiškinti kai kuriomis retomis išimtimis, nes daugiausia nuolaidų yra to paties dydžio. Be to, tuose grafikuose yra ne tik metodologinių neatitikimų, bet ir tam tikrų įdomių pasikartojimų. Pvz., pagal priedą B.6 A valstybėje abi koncentracijos šalys paprastai siūlo didesnes nuolaidas didmenininkams, o ne prekybos centrams ir paprastai mažmenininkams, o priedas prie atsiliepimo į ieškinį B.7 rodo stebėtinai gerai suderintą nuolaidų intervalų ryšį.
- 87 Kalbant apie priedus B.8 ir B.9, kurie, Komisijos tvirtinimu, rodo, jog koncentracijos šalys netaikė vienodos nuolaidų praktikos, kad jų praktika buvo plėtojama laikui bėgant ir kad 2003 m. koncentracijos šalių teikiamų nuolaidų suskirstymas į kategorijas nebuvo labai panašus, ieškovė vėl pabrėžia, kad nustatyti tarp koncentracijos šalių ir laikui bėgant atsiradę nuolaidų intervalų skirtumai galėjo atsirasti dėl veiklos rodiklių skirtumų ir kad tai jokiū būdu nereiškia, jog nuolaidos nėra žinomo taisyklių derinio pasekmė. Be to, priede B.8 pateikti duomenys labiau rodo priešingai, nei nurodyta Komisijos (nuolaidų, kurios yra pakankamai pastovios ir panašios, struktūra arba susiliejimas ir didelis atitikmenų koeficientas).
- 88 Ieškovė tvirtina, kad nuolaidų struktūra laikui bėgant nekinta tiek, kiek nurodoma Komisijos analizėje. Priede D.3 nurodyti skaičiai rodo kiekvienos iš koncentracijos šalių nuolaidų struktūros atitikmenų koeficientą konkrečiais metais ir praėjusių metų nuolaidų struktūrą. Nors veiklos rūšių derinys turi įtakos nuolaidoms, bendri dideli atitikmenų koeficientai leidžia manyti, kad nuolaidų struktūros laikui bėgant išlieka palyginti pastovios ir todėl iš skaidrių PDD suformuojamos pakankamai nuspėjamos neto kainos.

- 89 Be to, duomenų pateikimas labai siaurais intervalais, kartu su konkrečiomis ribomis, gali akcentuoti skirtumus (pvz., jeigu nuolaida pasikeičia nuo šiek tiek mažiau nei 15 % iki šiek tiek daugiau nei 15 %, pasikeičia intervalas, tačiau iš esmės nepasikeičia faktinė nuolaida). Galiausiai ieškovė pabrėžia, kad jei veiklos rodikliai būtų grindžiami *Sony* ir *BMG* populiariausiųjų dvidešimtuko sėkme, labai konkurencingoje rinkoje kainos pasikeistų. Kadangi taip nėra, ieškovė daro išvadą, kad nuolaidų mechanizmas iš tikrųjų nėra stiprus konkurencinis veiksnys ar neskaidrumo šaltinis.
- 90 Dėl priedo B.10, rodančio neto kainų paskirstymą 2003 m. *Sony* ir *BMG* svarbiausių klientų penketukui, ieškovė teigia, kad Komisijos išvadų, jog įvairūs klientai perka pakankamai skirtingomis dalimis iš konkrečios didžiosios bendrovės įvairiais neto kainų intervalais, svarba yra ginčytina, nes kainų skaidrumas ir nuspėjamumas nereikalauja, kad abiejų didžiųjų bendrovių klientų pirkimo modeliai būtų tokie patys arba panašūs. Kadangi veiksniai, turintys lemiamos reikšmės nuolaidų dydžiams, kurie yra būtini tiksliniams pardavimo rodikliams pasiekti, yra produktų derinys ir naujai išleistų pagrindinių įrašų rodikliai tarp klientų, sunku suprasti, kaip Komisija padarė išvadą, jog apskritai nebuvo jokių dviejų didžiųjų bendrovių neto kainų paskirstymo skirtumų.
- 91 Be to, nors tie duomenys yra susiję tik su *Sony* ir *BMG*, vis dėlto jie yra tinkamesni, nes nurodomi svartiniai duomenys. Išsamiau išnagrinėjus paskirstymus pagal šalį, matyti akivaizdūs diagramos forma priede D.4 nurodyti panašumai.
- 92 Be to, Komisijos išvada, jog vienas iš priedų rodo diferenciaciją tarp *Sony* ir *BMG*, neatitinka ginčijamo sprendimo 74 ir 75 konstatuojamosiose dalyse pateikto vertinimo, kad jų vidutinės neto kainos buvo palyginti panašios, o tai, įvertinus visas tikimybes, leidžia manyti, kad buvo naudojamos kainų nustatymo taisyklės, užtikrinančios, kad dauguma kainų yra sukoncentruotos į kelias referencines kainas.

Šie įrodymai patvirtina ne tai, kad dėl sudėtingo nustatymo kainos tampa neskaidrios, o priešingą faktą, kad kainos yra pakankamai nuspėjamos ir panašios, nepaisant akivaizdaus individualių kainų nustatymo sprendimų sudėtingumo.

93 Ieškovė teigia, kad B.11 priede, kuriame parodomas *Sony* vidutinės ketvirčio neto kainos už albumą, taikant dažniausiai naudojamas PPD, nematyti jokie neskaidrumo, nes tas grafikas yra susijęs su intervalo problema, t. y. jis parodo tik maksimumus, neanalizuojant svertinių vidurkių ir nukrypimų nuo tų vidurkių. Be to, priedas neturi reikšmės, nes jis yra susijęs tik su *Sony* ir nėra lyginamasis.

94 Kitas priedas (B.12) taip pat neturi reikšmės, nes jis nėra lyginamasis ir juo siekiama parodyti tik tai, kad BMG siūlo mažmenininkams skirtingų lygių nuolaidas.

95 Ieškovė taip pat kaltina Komisiją nenurodžius, ar akivaizdžius reklaminių nuolaidų lygio skirtumus galima paaiškinti keliais paprastais principais. Ieškovė mano, kad tai stebina, nes Komisijos atsiliepimo į ieškinį priede B.14 nurodyti principai leidžia manyti, kad tokios taisyklės galioja reklaminiams nuolaidoms ir kad jos yra labai paprastos:

— reklaminės nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į užsakymo dydį (išskyrus specifinį Prancūzijos atvejį),

- reklaminės nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į kliento rūšį (pvz., Vokietijoje didmenininkai ir muzikos klubai paprastai gauna didesnes nuolaidas),

- reklaminės nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į muzikos kūrinį ar įrašą (pvz., atsižvelgiant į atlikėjo populiarumą, tikslinę auditoriją),

- reklaminės nuolaidos daugiausia skirtos klientams, kurie žinomi kaip pardudantys konkretų žanrą, remiantis mažmenininko pobūdžiu ir jo pagrindinių klientų demografiniais duomenimis,

- reklaminės nuolaidos skiriasi pagal reklamos kampanijos pobūdį (pvz., tik vienas muzikos kūrinys arba muzikos kūrinių grupė, dažniausiai katalogas),

- reklaminės nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į tai, kiek mažmenininkas yra pasirengęs padengti pardavimo išlaidas.

⁹⁶ Ieškovė mano, kad jeigu tos taisyklės yra plačiai žinomos, neturėtų būti sunku pakankamai tiksliai nuspėti nuolaidos, kurią, tikėtina, didžioji bendrovė pasiūlys konkrečiam klientui konkretaus muzikos kūrinio atžvilgiu per konkrečią reklamę kampaniją, dydį, taigi – ir nustatyti, ar faktinės nuolaidos atitinka tas taisykles. Atrodo, kad Komisija neištyrė šio aspekto.

- 97 Be to, kadangi priede B.13 pateikti duomenys tik už vienerius metus, jis nėra lemiamas, nes neleidžia įvertinti, ar nuolaidų dydžiai yra pastovūs ir nuspėjami.
- 98 Dėl priedo B.15, kuriame pateiktos stebėsenos ataskaitos, kurias Pirmosios instancijos teismui pateikė koncentracijos šalys, ieškovė pažymi, kad tie įrodymai nesuteikia pagrindo manyti, jog nėra kainų nustatymo mechanizmo, kurį sudaro daug bendro pobūdžio kainų nustatymo taisyklių ir gairių. Komisija turėjo pagrindinį dėmesį skirti ne tam, ar atskiros nuolaidos buvo stebimos, bet tam, ar tokia stebėseną buvo būtina, nes kainų nustatymo sistemos pokyčiai yra referencinių kainų, taikomų pagrindinei pardavimo daliai, išimtyms.
- 99 Kalbėdama apie priedą B.17, kur pateiktas ekonomikos konsultantų *RBB Economics* atliktas tyrimas (toliau – RBB tyrimas), kuriame padaryta išvada, kad įrašų bendrovė negalėtų nustatyti didmeninių kainų remdamasi pastebėtomis mažmeninėmis kainomis, kuriomis parduodami konkurentų produktai, ieškovė teigia, kad tyrime pagrindinis dėmesys skiriamas atskirų įrašų kainoms, o ne tam, ar tarp PPD ir daugelio išleistų įrašų didmeninių neto kainų per pagrįstą laikotarpį yra sisteminis ryšys. Įvairūs mažmenininkai, nustatydami mažmenines kainas, iš tiesų gali taikyti skirtingas strategijas, tačiau būtų keista, jei tarp konkrečios kategorijos įrašų, parduodamų konkretaus mažmenininko, vidutinių mažmeninių kainų ir jų realių didmeninių kainų pakankamai didelio muzikos kūrinių asortimento atžvilgiu per pagrįstą laikotarpį nebūtų aiškaus ir sisteminio ryšio. Tai, kad nėra bendro vienodo didmeninėms kainoms automatiškai taikomo atkainio, nereiškia, kad mažmeninės ir didmeninės kainos skiriasi tiek, kad yra neįmanoma kontroliuoti, ar laikomasi bendrų kainų nustatymo principų. Skirtingų kategorijų produktams egzistuoja bendras atkainio dydis (*top price, super top price, mid price, developing artists, budget* ir kt.)

100 Ieškovė pažymi, kad tyrime neišnagrinėtos kainų nustatymo sistemos taisyklės ir abejoja, ar Komisija pateikė tyrimą patikrinti mažmenininkams ar tretiesiems asmenims arba paprašė pateikti apibendrintus kainų ir nuolaidų duomenis, kurias kiekviena didžioji bendrovė privalo turėti savo biudžete. Taip pat nėra palyginimo su kitais jau surinktais duomenimis. Atlikus tokį patikrinimą būtų paaiškėję, kad, priešingai nei teigiama tyrime:

- tarp produktų kategorijų yra sisteminis ryšys, jeigu tie produktai yra tinkamai apibrėžti, siekiant atspindėti jų rodiklius, įsitvirtinimą bei reikšmę tarp svarbiausių klientų,

- tvirtinimas, kad mažmenininkai netaiko standartinio atkainio didmeninėms kainoms, yra klaidinantis, nes juo tyčia siekiama nuslėpti, kad yra produktų ir reklamos kampanijų kategorijos, apie kurias didžiosios bendrovės žino ir kurias yra suderinusios. Tyrime nepaisoma reikalavimo paaiškinti, kodėl bendri nuolaidų dydžiai yra sukonzentruoti į vos kelis kainų ir nuolaidų dydžius. Antkainių pokyčiai rodo tik taisyklių pritaikymą prie paklausos,

- apskritai Komisija neatsižvelgė į tai, kad ji nagrinėjo intelektinės nuosavybės sektoriaus pramonės šaką muzikos įrašų rinkoje. Tai, kad atskiri įrašai per jų gyvavimo ciklą patenka į įvairias žinomas ir suprantamas kainų ir nuolaidų kategorijas, nebūtinai reiškia, kad negali būti skaidrumo ar netgi derinimo.

Atgrasymo priemonės

- 101 Ieškovė tvirtina, kad Komisija neišnagrinėjo visų galimų atsakomųjų priemonių formų, tačiau atsižvelgė tik į tas, kurios susijusios su bendromis įmonėmis rinkinių srityje. Taigi, jeigu didžioji bendrovė pradėtų taikyti kainų mažinimo mažmenininkams politiką, kitos bendrovės galėtų nubausti tą didžiąją bendrovę, skatindamos mažmenininkus atmesti mažesnių kainų politiką ir siūlydamos jiems didesnes nuolaidas bei daugiau bendros reklamos. Kita atgrasymo priemonė būtų „nestandartinių“ pigesnių didžiųjų bendrovių produktų ar produktų, vadinamų nelanksčiomis naujovėmis, galimybes patekti į populiariausiųjų sąrašus. Patekimo į populiariausiųjų sąrašus kriterijus paprastai nustato iš įrašų bendrovių susidedantys komitetai, kuriuose kartais dalyvauja ir mažmenininkai, ir jie dažniausia susiję su formatu bei minimaliomis kainomis.
- 102 Ieškovė teigia, kad Komisija padarė akivaizdžią vertinimo klaidą, nes nustatydama, jog egzistuoja įtikinamos atgrasymo priemonės, nusprendė, kad tokių atgrasymo priemonių nebuvo, nes ji neaptiko jokių šių panaudojimo įrodymų. Veiksmingiausia atgrasymo priemonė yra ta, kurios nereikia panaudoti.

Suvaržymai

- 103 Ieškovė teigia, kad Komisijos analizė yra neišsami, nes sprendime neišnagrinėta išlyginamoji rinkos galia. Be to, pranešime apie kaltinimus Komisija nustatė, kad nei nepriklausomi prekiautojai, nei mažmenininkai netaikė didžiosioms bendrovėms konkurencinių suvaržymų.

Realios bendros politikos analizės nebuvimas

- 104 Ieškovės teigimu, Komisija pagrindinį dėmesį savo analizėje skyrė kainų konkurencijai ir visiškai neatsižvelgė į daugelį kitų klausimų, nors pagal Pranešimą dėl horizontalių susijungimų (OL 2004, C 31, p. 5) derinimas gali būti įvairių formų.
- 105 Taigi Komisija turėjo apsvarstyti, ar didžiosioms bendrovėms buvo naudingiau aktyviai konkuruoti dėl rinkos dalies, nei laikytis bendros politikos. Tai, kad didžiųjų bendrovių rinkos dalys yra palyginti pastovios ir kad pokyčiai daugiausia atsiranda dėl nepriklausomų įmonių įsigijimo ar dėl tarpusavio susijungimų, rodo, kad nėra tikros kainų konkurencijos ar bendros politikos, kurią iš esmės sudarytų nedalyvavimas ypač konkurencinguose veiksmuose, visų pirma tada, kai rinka yra oligopolinė (1987 m. lapkričio 17 d. Teisingumo Teismo sprendimas *BAT ir Reynolds prieš Komisiją*, 142/84 ir 156/84, Rink. p. 4487, 43 punktas).
- 106 Komisija taip pat neapsvarstė, ar didžiosios bendrovės vykdė paralelinę licencijavimo politiką internetu transliuojamos muzikos, ar sutarčių su atlikėjais pasirašymo srityje. Ji neišnagrinėjo visų ypatybių, kurios pateikia įrodymų, išsamiai aprašytų pranešimo apie kaltinimus 96–116 punktuose, kad muzikos rinkos yra „ypač palankios derinimui ir palengvina tokio derinimo kontrolę“ (pranešimo apie kaltinimus 94 punktas). Nepaisant to, Komisija nustatė 10 veiksmų, rodančių nerašytą susitarimą, įskaitant struktūrinius ryšius, licencijavimo ir distribucijos sutartis, bendras įmones ir rinkinius (žr. bendrą sąrašą ieškinio pareiškimo A.15 priede).
- 107 Komisija taip pat neapsvarstė, ar koncentracija galėtų suteikti galimybę sumažinti pasiūlą, kalbant apie naujus muzikos kūrinius arba naujai išleistų įrašų originalumą, ar dėl jos suprastėtų kūrybiškumas, kokybė ir muzikos kūrinio pasirinkimo įvairovė

(žr. 2004 m. sausio 7 d. Komisijos sprendimą, pripažįstantį koncentraciją suderinamą su bendrąja rinka ir EEE susitarimo veikimu (COMP/M.2978 – *Lagardère/Natexis/VUP*) (OL L 125, p. 54, 674 konstatuojamoji dalis) arba kad ji turėtų įtakos vartotojų pasirinkimui, kaip ji tai padarė savo pranešime apie kaltinimus byloje *Time Warner/EMI* (COMP/M.1852 *Time Warner/EMI*) (OL C 136, p. 4) (žr. 55 punktą, kuriame kalbama apie nepriklausomų įmonių išstūmimą ir to poveikį visuomenei siūlomos muzikos pasirinkimui ir įvairovei). Galiausiai atliekant analizę nebuvo atsižvelgta į EB 151 straipsnio 4 dalį ar kultūrinę įvairovę.

c) Neteisingas kolektyvinį dominavimą reglamentuojančios teisės taikymas

108 Ieškovė tvirtina, kad Komisija padarė tris teisės klaidas.

109 Pirma, Komisija padarė išvadą, jog kainos nebuvo skaidrios, remdamasi tuo, kad ji nebuvo tikra, jog buvo visiškai skaidrumas, kai pagal šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 62 punktą būtina patikrinti, ar „rinka yra pakankamai skaidri“, kad visi oligopolijos nariai „pakankamai tiksliai ir greitai“ žinotų, kaip kinta kitų narių elgesys joje. Šioje byloje skaidrumo pakanka.

110 Antra, Komisija manė, kad dėl nuolaidų nėra bendros politikos, tačiau nenustatė, kad dėl nuolaidų labai sumažėjo kainos, todėl, ieškovės teigimu, bet kokia konkurencija taikant nuolaidų struktūrą yra neveiksminga. Tačiau kaip nurodyta šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 60 punkte, neveiksminga konkurencija savaime nepaneigia išvados, kad yra kolektyvinė dominuojanti padėtis. Prekybininkas privalo žinoti, kad „labai konkurencingi veiksmai, skirti padidinti jo rinkos dalį (pvz., kainų sumažinimas), išprovokuotų

tokią pačią kitų reakciją“. Visų pirma Komisija turi įrodyti tik tai, kad „tarp <...> dominuojančios oligopolijos narių nėra veiksmingos konkurencijos“, o ne tai, kad yra pašalinta bet kokia konkurencija (šiuo klausimu žr. 2003 m. rugsėjo 30 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimą *Atlantic Container Line ir kt. prieš Komisiją*, T-191/98, T-212/98 ir T-214/98, Rink. p. II-3275, 645 punktas).

- 111 Trečia, Komisija padarė teisės klaidą, grįsdama savo analizę tuo, kad nėra ankstesnių įrodymų, jog buvo taikyti atsakomieji veiksmai, o pagal šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 195 punktą Komisija nebūtinai turi įrodyti, kad yra daugmaž griežtas apibrėžtas „atsakomųjų veikslių mechanizmas“, tačiau privalo įrodyti, kad egzistuoja atgrasymo priemonės.

2. Dėl antrosios dalies

- 112 Ieškovė pažymi, kad Komisija, siekdama nustatyti, ar koncentracija sustiprintų kolektyvinę dominuojančią padėtį, atlikdama perspektyvinę analizę turi išnagrinėti tokios padėties poveikį referencinėms rinkoms (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 58 ir 59 punktai). Tačiau Komisija neatliko perspektyvinės analizės ir visiškai neapsvarstė dominuojančios padėties sustiprinimo klausimo, nes, atlikusi retrospektyvinę analizę, ji padarė neteisingą išvadą, kad anksčiau nebuvo dominuojančios padėties, kuri galėtų būti sustiprinta.

- 113 Dėl pirmojoje dalyje nurodytų priežasčių tiek, kiek dominuojančios padėties stiprinimas buvo išnagrinėtas remiantis retrospektyvia analize, sprendimas yra niekinis dėl akivaizdžios vertinimo klaidos, o perspektyvinės analizės neatlikimas yra teisės klaida.

B — *Komisijos argumentai*

- 114 Komisija laikosi nuomonės, kad trys ieškovės nurodyti panaikinimo pagrindai muzikos įrašų rinkos atžvilgiu beveik sutampa ir kad todėl pirmiausia, prieš pradėdant nagrinėti tam tikrus ieškinyje esančius su ginčijamo sprendimo turiniu susijusius neatitikimus, yra naudinga pateikti ginčijamo sprendimo motyvavimą ir įrodymus, kuriais ji grindė savo išvadą, o tada išanalizuoti konkrečius ieškovės pateiktus argumentus.

1. Ginčijamas Komisijos sprendimas ir įrodymai, kuriais jis pagrįstas

a) Aplinkybės

- 115 Kalbėdama apie muzikos įrašams taikomą kainų nustatymo sistemą, Komisija aiškina, kad kiekviena didžioji bendrovė ir kiekviena nepriklausoma įrašų bendrovė periodiškai nustato įvairius savo CD albumų kainoraščius, kurie dar vadinami „oficialiomis pardavimo kainomis“. Kiekviena didžioji bendrovė paprastai yra nustačiusi daugiau kaip 50 įvairios svarbos tokio tipo PPD, kurias galima suskirstyti į „maksimalios kainos“, „vidutinės kainos“ ir „mažos kainos“ kategorijas, ir remdamasi viena iš tų PPD, kiekvienam išleistam CD albumui nustato kainoraščio kainą. Tačiau neto kaina, kurią įrašų bendrovė faktiškai nustato savo klientui (mažmenininkui ar didmenininkui), yra mažesnė už tą kainoraščio kainą dėl sąskaitų faktūrų nuolaidų (įprastų ir reklaminių nuolaidų), kurios skiriasi klientų, laiko arba (reklaminių nuolaidų atveju) albumų atžvilgiu. Kiekviena įrašų bendrovė derasi su kiekvienu savo klientu dėl įprastos metinės nuolaidos (galbūt taikydama skirtingus nuolaidų dydžius pop, klasikinės muzikos ir per televiziją reklamuojamiems albumams), kuri taikoma visam pardavimui tam klientui. Kita vertus, reklaminės nuolaidos nustatomos atsižvelgiant į konkretų atvejį, jų taikymo trukmė įvairi, jos taikomos atskiriems albumams ar grupėms, kurias įrašų bendrovė nori reklamuoti; jos nebūtinai suteikiamos visiems klientams ir jų dydis nebūtinai yra toks pats.

Komisija atkreipia dėmesį į tai, kad konkrečiam klientui nustatytą konkretaus albumo neto kainą reikia skirti nuo visų konkrečios didžiosios bendrovės konkrečiais metais parduodamų visų albumų vidutinės neto kainos, kurią sudaro atskirų albumų, parduodamų atskiriems klientams, visų neto kainų (potencialiai labai skirtingų) suma, padalyta iš viso suinteresuotosios įrašų bendrovės parduotų albumų skaičiaus.

- 116 Komisija nustatė, kad nuo 1999 m. į CD muzikos įrašų paklausa labai sumažėjo (ginčijamo sprendimo 55–59 konstatuojamosios dalys).

b) Penkios didelės rinkos (Vokietija, Jungtinė Karalystė, Prancūzija, Italija ir Ispanija)

- 117 Komisija tvirtina, kad iš pradžių ji analizavo, ar esamas didžiųjų bendrovių bendras susitarimas dėl kainų galėjo būti nustatytas penkiose didelėse valstybėse narėse (ginčijamo sprendimo 69–108 konstatuojamosios dalys). Ji tyrė, ar tarp kainų buvo paralelių, nagrinėdama didžiųjų bendrovių vidutinių faktinių neto kainų poslinkius ir svarstydamą, ar bet kokias pastebėtas paraleles būtų galima paaiškinti derinimu. Siekdama tai padaryti, Komisija pirmiausia naudojo PPD kaip galimą pagrindą ir tada svarstė, ar nuolaidos buvo suderintos ir pakankamai skaidrios, kad būtų galima vykdyti veiksmingą bet kokio neto kainų derinimo kontrolę (ginčijamo sprendimo 73 konstatuojamoji dalis).

Vidutinių neto kainų ir PPD derinimas

- 118 Penkiose didelėse rinkose Komisija nustatė tik dalinį faktinių neto kainų panašumą. Kiekvienoje šalyje kiekvienos didžiosios bendrovės vidutinės faktinės neto kainos ilgą laiką vienos kitų atžvilgiu svyravo apytikriai 10 arba daugiau procentų intervalu. Dėl akivaizdžių priežasčių Komisija manė, kad toks panašumo laipsnis nėra

lemiamas (ginčijamo sprendimo 75, 82, 89, 96 ir 103 konstatuojamosios dalys). Pirma, nebuvo pastebėta jokių paralelių tarp faktinių vidutinių neto kainų. Antra, elgesio paralelių nebūtinai pakanka, kad galima būtų nustatyti esamą derinimą, jeigu negalima nustatyti to derinimo mechanizmų. Trečia, šioje byloje Komisija nepadarė išvados, kad kiekvienos didžiosios bendrovės faktinių vidutinių neto kainų poslinkiai buvo ar galėjo būti žinomi kitoms didžiosioms bendrovėms. Vidutinės neto kainos yra labai įvairių atskirų sprendimų dėl kainų išraiška (žr., pvz., priedą B.10) ir turi būti galimybė tuos sprendimus pakankamai užtikrintai nustatyti siekiant, kad jie leistų reikšmingai derinti neto kainas.

- 119 Komisija iš tiesų nustatė tam tikrų požymių, kad kainoraščio kainos (t. y. PPD) galėjo būti naudojamos kaip derinimo pagrindas. 2003 m. kiekvienoje iš penkių didžiųjų valstybių narių pagrindinė kiekvienos didžiosios bendrovės viso pardavimo dalis (daugiau kaip 55 %, o iš tiesų 85 % vienoje šalyje) buvo gauta panaudojus penkias PPD ir net (išskyrus Ispaniją) vieną tris PPD pusei ar daugiau populiariausių albumų šimtuose esančių CD. Be to, kainoraščio kainos yra palyginti skaidrios, nes jos nurodytos didžiųjų bendrovių kainoraščiuose (ginčijamo sprendimo 76, 83, 90, 97 ir 104 konstatuojamosios dalys).
- 120 Tačiau Komisija nustatė dviejų rūšių kliūtis, trukdančias naudoti PPD kaip atskaitos tašką tyliam neto kainų derinimui ir kaip priemonę kontroliuoti tokio derinimo paisymą: viena buvo susijusi su pačioms PPD būdingu sudėtingumu laipsniu, o kita – su kainoraščio kainų ir neto kainų santykio sudėtingumu ir neskaidrumu.

Sudėtingumas ir PPD

- 121 Kalbant apie PPD, CD albumai nėra visiškai homogeniškas produktas, nes skiriasi jų turinys (ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamoji dalis). Nors „nuolatinis

pakeičiamumas“ leidžia bent jau to paties žanro albumus laikyti priklausančiais vienai produktų rinkai (ginčijamo sprendimo 9–13 ir 110 konstatuojamosios dalys), CD albumai išlieka diferencijuoti heterogeniški produktai. Todėl net jei CD albumų kainų nustatymas ir pardavimas didmeniniu lygiu yra pakankamai standartizuotas (didmeninių kainų nustatymo standartizavimo požymiai yra šie: trys plačios kainų kategorijos, kiekvienos didžiosios bendrovės standartizuotas PPD derinys ir tai, kad įprastos kiekvienam klientui kasmet nustatomos nuolaidos ir suderinti neparduotų įrašų gražinimo įkainiai paprastai nustatomi pagal ribotą skaičių parametrų), atskirų albumų numatomos ir faktinės sėkmės laipsniai yra įvairūs, o tai turi įtakos pradiniam PPD nustatymui išleidžiant albumą ir tolesniems PPD pokyčiams.

122 Be to, dėl sėkmės nenuspėjamumo tikėtina, kad kiekviena didžioji bendrovė, norinti būti visiškai tikra, jog kitos didžiosios bendrovės paisė neto kainų derinimo, privalėtų stebėti daugiau kaip 80 savo konkurentų per metus konkrečioje šalyje pagamintų albumų PPD (arba daugiau kaip 60 tokio tipo albumų per metus po koncentracijos, nes kiekvienos didžiosios bendrovės populiariausiųjų dvidešimtuose esantys albumai sudaro bent 30%, o daugeliu atvejų – daugiau kaip 50% viso jos pardavimo (ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamoji dalis)). Įrašų bendrovė, norinti susidaryti išsamesnį rinkos vaizdą, susidurtų su didžiuliu stebėsenos veiklos padidėjimu, nes kiekvienos didžiosios bendrovės populiariausiųjų šimtuko albumai paprastai sudarytų apie 70–80% visų jos muzikos pardavimų (ginčijamo sprendimo 71 konstatuojamoji dalis) ir siekiant atlikti tokį išsamų tyrimą reikėtų stebėti beveik 400 albumų. Koncentracijos šalys pateikė įrodymų, kad jų atitinkamų populiariausiųjų dvidešimtuko CD PPD deriniai dažnai iš esmės kito kas ketvirtį (priedas B.3). Nors savaitės populiariausiųjų sąrašai padeda vykdyti tokią stebėseną nustatant sėkmingus kūrinius (ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamoji dalis), jie nepašalina problemos.

123 Dėl išvados ginčijamame sprendime, kad „kai kurie požymiai (rodė), jog PPD galėjo būti panaudotos kaip didžiųjų bendrovių kainų derinimo pagrindas“, Komisija pabrėžia, kad tai nėra galutinė išvada. Nors Komisija nustatė, kad kainoraščio kainas buvo galima stebėti, įvairių PPD naudojimo skirtumai, nurodyti atsiliepimo į ieškinį

priede B.3, rodo, kad tokia stebėseną, kartu su pastangomis nustatyti nuolaidų praktiką, pareikalautų bent jau didelių išteklių.

Nuolaidų derinimas ir sudėtingumas

124 Penkiose didžiosiose valstybėse narėse Komisija nustatė glaudų ryšį tarp *Sony* ir *BMG* faktinių vidutinių bruto kainų ir faktinių vidutinių neto kainų poslinkių per šešerių metų laikotarpį, kai neto ir bruto kainų santykiai tiek albumų atžvilgiu, tiek laikui bėgant buvo labai pastovūs (ginčijamo sprendimo 77, 84, 91, 98 ir 105 konstatuojamosios dalys). Tačiau pastovus kiekvienos iš koncentracijos šalių vidutinių bruto ir neto kainų santykis (t. y. vidutinė nuolaida) visų albumų atžvilgiu konkrečioje valstybėje neišvengiamai išlygina įvairių sąskaitų faktūrų nuolaidų (įprastų ir reklaminių nuolaidų), įvairiems klientams taikomų sąskaitų faktūrų nuolaidų (įprastų ir reklaminių nuolaidų) skirtumų ir atskirų albumų sąskaitoms faktūroms taikomų nuolaidų (iš esmės reklaminių nuolaidų) pasekmes. Išvadą dėl vidutinių neto ir bruto kainų santykio stabilumo taip pat reikia vertinti atsižvelgiant į metodologinius analizės apribojimus. Buvo atsižvelgta tik į *Sony* ir *BMG* duomenis, nes kitos didžiosios bendrovės pareiškė sąskaitose nurodžiusios tik neto kainas; ir, siekiamos pašalinti problemą, kylančią dėl to, kad konkretus albumas gali turėti daugiau nei vieną PPD per metus, koncentracijos šalys nustatė vieną bendrą kainą kiekvienam albumui pagal PPD, kuriomis tais metais buvo parduodama daugiausia to albumo kopijų (taip vieno albumo bruto pardavimas buvo apskaičiuojamas paprasčiausia padauginant PPD iš parduotų albumų skaičiaus). Todėl užfiksuota kiekvieno albumo bruto kaina, panaudota apskaičiuojant kiekvienos didžiosios bendrovės vidutinę bruto kainą, yra apytikrė.

125 Be to, pastovaus vidutinių bruto ir vidutinių neto kainų santykio nepakanka įrodyti, kad derinimas buvo ar tikėtina bus atliekamas, jeigu nėra įrodomo mechanizmo, leidžiančio didžiosioms bendrovėms stebėti to bruto-neto santykio atsiradimą iš

daugelio atskirų kainų nustatymo sprendimų. Komisija nerado pakankamai tokio mechanizmo įrodymų.

126 Komisija visų pirma pažymėjo, kad *Sony* ir *BMG* sąskaitų faktūrų nuolaidos (įprastos ir reklaminės), be abejonės, buvo svarbiausios nuolaidos kiekvienoje didelėje valstybėje narėje (išskyrus Prancūziją *BMG* atveju). Bendri koncentracijos šalių atitinkamų sąskaitų faktūrų nuolaidų dydžiai šiek tiek skyrėsi, kai jie buvo išreiškiami jų atitinkamo bendro bruto pardavimo dalimi jų pagrindinių klientų dvidešimtukui valstybėse narėse (tų dydžių skirtumas buvo (*konfidencialu*) procentų jų atitinkamo viso bruto pardavimo Italijoje, (*konfidencialu*) procentų Jungtinėje Karalystėje ir Ispanijoje, (*konfidencialu*) procentų Vokietijoje ir (*konfidencialu*) procentų Prancūzijoje).

127 Be to, Komisija nesurado įrodymų, kad sąskaitų faktūrų nuolaidos buvo pakankamai suderintos tarp koncentracijos šalių pagal klientus didelėse valstybėse narėse, kad galėtų padaryti išvadą dėl derinimo ir skaidrumo. Ginčijamo sprendimo 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamosiose dalyse nurodomi dviejų šalių bendrų sąskaitų faktūrų nuolaidų skirtumai atskirų klientų lygiu, išreikšti kaip bruto pardavimo dalis kiekvienam atskiram klientui. Komisija nustatė, kad atitinkamos vidutinės sąskaitų faktūrų nuolaidos, kurias jos taikė 2002–2003 m. kiekvienam savo svarbiausių klientų dešimtuکه esančiam klientui didžiosiose valstybėse narėse, išskyrus Prancūziją, svyravo nuo 2 iki 5 % (Jungtinėje Karalystėje, Vokietijoje, Ispanijoje) arba nuo 1 iki 3 % (Italijoje). Jungtinėje Karalystėje, Vokietijoje ir Ispanijoje vidutinės metinės dviejų koncentracijos šalių nuolaidos kai kuriems iš tų svarbių klientų tam tikrais metais skyrėsi daugiau kaip 5 % jų atitinkamo bruto pardavimo tiems klientams. Prancūzijoje (ginčijamo sprendimo 86 konstatuojamoji dalis) koncentracijos šalių savo įprastiems penkiolikai svarbiausių klientų taikomos vidutinės sąskaitų faktūrų nuolaidos skyrėsi labiau – iki 10 %. Atsižvelgdama į *BMG* retrospektyvių nuolaidų svarbą ir „sutartines nuolaidas“ Prancūzijoje, Komisija taip

pat išnagrinėjo bendrą nuolaidų sumą. 2003 m. ji nustatė iki 3 % skirtumus tarp koncentracijos šalių šioje klientų grupėje ir maždaug 5 % skirtumą trijų iš jų atveju. Šie svyravimai daugiausia buvo susiję su reklaminėmis nuolaidomis visose didžiosiose valstybėse narėse.

128 Komisija taip pat atsižvelgė (ginčijamo sprendimo 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamosios dalys) į duomenis iš didelių valstybių narių, rodančius, kad dviejų koncentracijos šalių suteiktos nuolaidos skyrėsi trim aspektais:

- konkrečiam klientui taikomos nuolaidos skyrėsi laiko atžvilgiu,

- konkrečiam klientui taikomos nuolaidos skyrėsi atsižvelgiant į konkretų albumą,

- konkrečiam albumui taikomos nuolaidos skyrėsi atsižvelgiant į konkretų klientą.

129 Nors iš pranešimo apie kaltinimus priedo B.4, kur pateikti grafikai, rodantys vidutines sąskaitų faktūrų nuolaidas, kurias koncentracijos šalys taikė kiekvienam iš savo svarbiausiųjų dešimtuose esančių įprastų klientų mažmenininkų (t. y. bet kuriais konkrečiais metais visa nuolaidų konkretaus kliento sąskaitoms faktūroms suma padalyta iš bendro bruto pardavimo tam klientui) Jungtinėje Karalystėje, Vokietijoje, Italijoje ir Ispanijoje 2000–2003 m., matyti, kad laikui bėgant nuolaidos išliko labai stabilios (pranešimo apie kaltinimus 88 punktas), koncentracijos šalys, remdamosi tais pačiais grafikais, pažymėjo, kad jų atitinkamas požiūris į tam tikrus klientus Jungtinėje Karalystėje, Vokietijoje ir Ispanijoje labai skyrėsi (žr. pranešimo apie kaltinimus priedo B.5 4.21 punktą).

130 Dėl ieškovės pastabos, jog „tikrai nėra aišku, kad svarbiausių klientų dešimtukui taikomų nuolaidų skirtumai atspindi skirtingą požiūrį, o ne kiekvienos iš koncentracijos šalių asortimento santykinų rodiklių skirtumus“, Komisija pažymi, kad jeigu tai tikrai nėra aišku net stebėtojiui, kuris gali susipažinti su visais duomenimis, sunku įsivaizduoti, kaip didžiosios bendrovės tylaus derinimo ir pakankamai netikslios rinkos informacijos sąlygomis galėjo pašalinti dėl mišrios asortimento sudėties atsiradusius „trikdžius“, kad susidarytų tikslų vyraujančios nuolaidų praktikos ar politikos vaizdą.

131 Iš atsiliepimo į ieškinį priedo B.6, kuriame pateikiami *Sony* ir *BMG* įrodymai, apimančys penkerių metų laikotarpį, matyti kiekvienoje iš penkių didžiųjų valstybių narių sąskaitų faktūrų nuolaidų, kurias kiekviena iš koncentracijos šalių suteikė savo dvidešimčiai svarbiausių klientų populiariausių CD albumų atžvilgiu konkrečiais metais, dažnai pakankamai plataus intervalo skirtumai, o tokie skirtumai rodo svarbią bendros didžiųjų bendrovių apyvartos dalį, todėl pastebimas ir vienodas požiūris tiek PPD, tiek nuolaidų lygiu būtų svarbi bet kokio neto kainų derinimo dalis. Kiekvienoje lentelėje siekiama parodyti kiekvienai konkrečiai didžiajai bendrovei konkrečioje valstybėje, kad tam tikri klientai gavo gana skirtingas nuolaidas konkrečiais metais ar per kelerius metus geriausiai parduodamiems albumams ir kad buvo nemažai pastebimų skirtumų tarp didžiausių ir (arba) mažiausių nuolaidų, suteiktų skirtingiems klientams konkrečiais metais, net tos pačios kategorijos klientams (pvz., didmenininkams, specializuotiems mažmenininkams ar prekybos centrams).

132 Be to, tame priede pateiktų su bet kuria valstybe susijusių *Sony* ir *BMG* lentelių palyginimas leidžia daryti išvadą, kad kiekvienos iš jų suteiktos nuolaidos bet kuriam konkrečiam klientui bet kuriais konkrečiais metais dažnai labai skyrėsi tiek didžiausių ir mažiausių nuolaidų, suteiktų per tą laikotarpį, tiek intervalo tarp tų dviejų dydžių atžvilgiu.

- 133 Komisija abejoja ieškovės išvados, kad lentelės atskleidžia „įdomių dėsningumą“, reikšme ir pažymi, kad tokie „dėsningumai“ nesumenkina nuolaidų skirtumų, kaip sudėtingo neto kainų nustatymo ir neskaidrumo įrodymo, svarbos.
- 134 Priedas B.8, kuriame koncentracijos šalių nuolaidos, suteiktos 1998–2003 m. atitinkamiems dvidešimčiai populiariausių CD albumų penkiose didžiosiose valstybėse narėse, suskirstomos intervalais, leido Komisijai sužinoti kiekvienos iš didžiųjų bendrovių atitinkamų populiariausių CD albumų dvidešimtuko pardavimo dalį visiems klientams, pritaikius konkrečią nuolaidą (išreikštą siaurais 2,5 % intervalais) remiantis atitinkamų albumų kainoraščio kainomis (PPD). Apskritai kiekvienoje iš tų lentelių esanti vertikali kiekvienų metų skiltis rodo, kad, nepaisant metų ar šalies, nė viena iš dviejų didžiųjų bendrovių netaikė vienodos nuolaidų praktikos net tam ribotam savo geriausiai parduodamų albumų asortimentui. Horizontalios eilutės, susijusios su įvairiais siaurais nuolaidų intervalais, taip pat rodo, kad atitinkama abiejų koncentracijos šalių nuolaidų praktika laikui bėgant kito pagal metus.
- 135 Be to, iš vieno atsiliepimo į ieškinį priedų (priedo B.9) matyti, kad konkrečiais metais, atitinkamai *Sony* ir *BMG* 2003 m., suteiktų nuolaidų jų populiariausiųjų dvidešimtuko albumams suskirstymas iš esmės skyrėsi.
- 136 Ieškovės pastaba, kad nuolaidų intervalų skirtumai nepaneigia to, jog nuolaidos yra pagrįstos žinomomis taisyklėmis, paremta klaidinga prielaida, kad jei tos taisyklės būtų žinomos, to pakaktų, kad visos didžiosios bendrovės būtų tikros, jog tų taisyklių bus paisoma.

- 137 Komisija pažymi, kad ieškovės atlikta atitikmenų analizė yra susijusi su vienos šalies nuolaidomis laikui bėgant, o ne su derinimu tarp koncentracijos šalių. Be to, net jei ta analizė rodė, kad kiekvienos iš koncentracijos šalių nuolaidų struktūros buvo palyginti pastovios laiko atžvilgiu, nepaisant veiklos derinio pokyčių, tai iš tiesų tik patvirtintų Komisijos argumentą, kad vidutinių neto kainų duomenys gali paslėpti didelius svyravimus albumų ar klientų lygiu. Galiausiai, priešingai tam, ką teigia ieškovė, dėl grafikuose pateiktų siaurų nuolaidų intervalų (2,5 %) nedideli nuolaidų pokyčiai turi mažiau įtakos analizei.
- 138 Komisija taip pat tvirtina, kad ieškovės pastabos dėl to, jog kai kurie grafikai labiau rodo nuolaidų pastovumą laiko atžvilgiu ar didelį atitikmenų faktorių tarp koncentracijos šalių, yra nepagrįstos.
- 139 Iš priedo B.10, kuriame penkioms didžiosioms valstybėms narėms paskirstytos neto kainos svarbiausių koncentracijos šalių klientų penketukui, matyti, kad:
- neto kainų paskirstymas dviejų didžiųjų bendrovių atveju yra gana skirtingas tiek apskritai, tiek konkrečioms klientams, ir
 - būdas, kaip įvairių klientų pirkimas iš konkrečios įrašų bendrovės yra paskirstomas tarp įvairių neto kainų intervalų, labai skiriasi. Ši pastaba yra teisinga net ir tos pačios kategorijos klientų atžvilgiu (didmenininkų, specializuotų mažmenininkų, prekybos centrų) tiek, kiek daugiau nei vienas konkrečios kategorijos klientas yra įtrauktas į tą lentelę.

140 Komisija pritaria ieškovei, kad svarbių klientų įvairioms didžiosioms bendrovėms mokamų neto kainų paskirstymo pokyčiai atsiranda dėl jų pirkimo modelių skirtumų ir didžiųjų bendrovių produktų asortimento skirtumų. Tačiau tie pokyčiai jokiais būdais nėra nereikšmingi. Net jei didžioji bendrovė galėtų išsiaiškinti paprasto kliento mokamas skirtingas neto kainas už įvairius kitos didžiosios bendrovės albumus (o tai pagal turimus įrodymus neatrodo tikėtina), ji negalėtų pasakyti, ar tos kainos atspindi tikrai sudėtingų ieškovės nustatytų taisyklių laikymąsi, ar nukrypimą nuo tų taisyklių, nebent ji turėtų (bent jau) daug daugiau informacijos apie albumus, su kuriomis tos kainos susijusios.

141 Be to, jeigu remiantis produktų asortimentu ir įvairiais sėkmės laipsniais būtų galima paaiškinti visus ar pagrindinę dalį tame priede nurodytų kainų paskirstymo svyravimų, tai taip pat rodytų, kad bet koks mėginimas derinti remiantis bendromis vidutinėmis neto kainomis nėra įmanomas, kaip teigė ieškovė.

142 Komisija ginčija įrodymų, kuriuos ieškovė pateikia, siekdama įrodyti, kad prie atsiliepimo į ieškinį pridėti dokumentai nepatvirtina didelių kainų svyravimų, svarbą.

143 Be to, Komisija taip pat turi įrodymų, susijusių su maksimalių kainų kategorijos PPD, kad konkretūs labai svarbūs vienos iš dviejų koncentracijos šalių klientai per metus (2003) tai didžiai bendrovei sumokėjo skirtingas neto kainas (kitais tariant, jiems buvo pritaikytos skirtingos nuolaidos) už albumus, kuriems nustatytos tokios pačios PPD. Dažnai intervalas tarp didžiausios ir mažiausios neto kainos, sumokėtos už albumus konkrečia PPD, yra esminis.

- 144 Iš BMG pateiktų įrodymų (žr. priedą B.12), susijusių su bendros vidutinės nuolaidos, suteiktos kiekvienam jos svarbiausiųjų dešimtuose esančiam klientui vienoje valstybėje (F valstybėje), dalimi, darytina išvada, kad vidutinės reklaminės nuolaidos vienam klientui svyravo nuo 8,5 % iki 13 % ir gerokai viršijo vidutinės įprastos nuolaidos (kurios svyravo nuo 3 % iki 10 %) beveik visiems klientams, o kitoje valstybėje (C valstybėje) vidutinė reklaminė nuolaida (2 %–5 %) sudarė pusę ar daugiau didžiausios paprastai taikomos nuolaidos, t. y. neįskaitant specialios nuolaidos didmenininkams. Kitose trijose valstybėse (B, D ir A valstybėse) vidutinių reklaminių nuolaidų lygis labai skyrėsi atsižvelgiant į klientą, ir buvo atitinkamai 0,5 %–12,5 %, 0,5 %–13 % ir apytikriai 2,5 %–14,5 %. Visose trijose valstybėse vidutinės reklaminės nuolaidos gerokai viršijo vidutinės įprastos nuolaidos vienam svarbiausiųjų sąrašė esančiam klientui, o kitiems jos buvo daug mažesnės.
- 145 Priešingai nei teigia ieškovė, tai, kad kiekvienas iš tų priedų rodo neto kainų skirtumus ar tik vienos iš koncentracijos šalių nuolaidas, nereiškia, kad jie neturi reikšmės. Ta aplinkybė, kad skiriasi tik vienos didžiosios bendrovės nuolaidos įvairiems klientams (įskaitant tos pačios kategorijos klientus, kurie, kaip tikėtina, gali būti suinteresuoti panašiais jos produktų asortimento elementais), rodo, kad net jeigu konkurentas sužinotų apie tos didžiosios bendrovės vienam klientui taikomas nuolaidas, tos informacijos negalima būtų ekstrapoliuoti tos didžiosios bendrovės bendrai nuolaidų praktikai. Be to, derinimo sąlygos, apimančios atskirus klientus ir jų kategorijas, būtų pernelyg sudėtingos.
- 146 Komisija taip pat gavo „liudytojų paaiškinimus“, kurie rodo, kad tai pačiai įrašų bendrovei reklaminės nuolaidos suteikiamos pristatomiems albumams, taip pat anksčiau išleistiems muzikos kūriniais (priedas B.2).
- 147 Tai patvirtina priedas B.13, kurį sudaro koncentracijos šalių pateikti grafikai, rodantys kiekvienos iš penkių didžiųjų valstybių atveju koncentracijos šalių 2002 m. suteiktas sąskaitos faktūros nuolaidas savo svarbiausiems klientams geriausiai

parduodamų albumų atžvilgiu labai panašiomis maksimaliomis PPD. Komisija pažymi, kad kiekvienai didžiajai bendrovei ir klientui įprasta nuolaida turėtų būti pastovi visiems albumams bet kuriais nurodytais metais, ir daro išvadą, kad konkrečios didžiosios bendrovės konkretaus kliento sąskaitoms faktūroms už įvairius albumus su tomis pačiomis PPD taikomų nuolaidų pokyčiai turi būti priskiriami reklaminėms nuolaidoms, suteiktoms tam tikru etapu pristatomiems albumams. Grafikai atskleidžia tokius kiekvienos iš didžiųjų bendrovių sąskaitų faktūrų išrašymo praktikos pokyčius bent jau kai kurių klientų atžvilgiu visose suinteresuotose valstybėse.

- 148 Komisija pabrėžia, kad ieškovė kaltina ją neišnagrinėjus „kai kurių paprastų principų, kurie diferencijuotų tos pačios referencinės kainos albumus ir galėtų paaiškinti reklaminių nuolaidų dydžių skirtumus“, tačiau, apibūdindama tuos principus, ji nurodo šešis kriterijus, kurie, būdami iš esmės panašūs, labai padidino taisyklių derinių, potencialiai taikomų tik reklaminėms nuolaidoms, skaičių. Komisija tvirtina, kad ieškovė net nemėgina įvertinti skaičiais, o tai turi būti esminis dalykas, jeigu kainų derinimo sąlygomis siekiama leisti pakankamai tiksliai nuspėti konkretaus muzikos kūrinio nuolaidos dydį per konkrečią reklamos kampaniją, ir, aišku, nustatyti, ar faktinės nuolaidos atitinka tas taisykles, ar nukrypsta nuo bendrų kainų nustatymo principų.
- 149 Reklaminių nuolaidų pokyčiai parodyti keliais pavyzdžiais: įvairių kategorijų klientams buvo suteikiamos skirtingos nuolaidos tam tikro muzikos žanro albumams; įvairiems klientams buvo suteikiamos skirtingos nuolaidos tiems patiems albumams; tam pačiam klientui buvo suteikiamos skirtingos nuolaidos skirtingiems albumams; tam pačiam klientui ribotą laiką buvo suteikiamos skirtingos nuolaidos konkrečiam albumui.
- 150 Galiausiai Komisijos bendrą išvadą, kad „skirtingų didžiųjų bendrovių nuolaidų dydžiai“ kažkiek skyrėsi didelėse rinkose (ginčijamo sprendimo 78, 85, 92, 99 ir 106 konstatuojamosios dalys), taip pat patvirtina ekonominiai įrodymai, susiję su

penkių didžiųjų bendrovių suteiktomis nuolaidomis. Remdamasi informacija, kurią Komisija gavo iš penkių didžiųjų bendrovių dėl sąskaitų faktūrų nuolaidų 2003 m., koncentracijos šalis konsultuojantys ekonominiai konsultantai RBB tyrime padarė tokią išvadą:

„Mes taip pat lyginame sąskaitų faktūrų nuolaidų, kurias 2003 m. šalys A, B, C, D ir E suteikė kiekvienoje iš penkių pagrindinių valstybių, paskirstymą. Analizė rodo didelius didžiųjų bendrovių suteiktų sąskaitų faktūrų nuolaidų paskirstymo skirtumus. Tai patvirtina, kad didžiųjų bendrovių kainų nustatymo politika šiuo metu nėra suderinta.“

Nuolaidų skaidrumas

- 151 Ginčijamame sprendime nurodoma, kad, kelių klientų didžiosiose valstybėse narėse teigimu, didžiosios bendrovės turėjo „kažkiek žinių“ apie savo konkurentų (pastovesnes) įprastas nuolaidas (žr. ginčijamo sprendimo 45, 49, 52, 55 ir 57 išnašas). Šis klausimas buvo išsamiai aptartas Komisijos surengtame bylos nagrinėjime. Koncentracijos šalys teigė, kad daugelis teigiamų atsakymų buvo susiję tik su PPD, arba neatskyrė PPD ir nuolaidų. Tik penkiuose atsakymuose (iš Belgijos, Prancūzijos ir Italijos) iš trisdešimt šešių visose valstybėse pateiktų atsakymų, kuriuos buvo galima gauti, konkrečiai nurodyta, kad nuolaidoms buvo būdingas tam tikras skaidrumas; vienuolikoje atsakymų išreikštas aiškiai priešingas požiūris. Remdamasi mažmenininkų atsakymais, nacionalinių *Sony* ir *BMG* administracijos darbuotojų „liudytojų paaiškinimais“ ir tuo, kad Komisijai pateiktose pardavimo atstovų stebėsenos ataskaitose nėra informacijos apie nuolaidas, Komisija padarė išvadą, kad nors kai kurie mažmenininkai suvokė, jog didžiosios bendrovės kažką žinojo apie kitų didžiųjų bendrovių kainų politiką, tas žinojimas galėjo būti susijęs su PPD, kurios yra sąlygiškai skaidrios, ir kažkiek su įprastomis nuolaidomis, dėl kurių deramasi kasmet, tačiau nebuvo tikėtina, kad jis yra susijęs ir su reklaminėmis nuolaidomis, dėl kurių deramasi kiekvienu konkrečiu atveju. Didžiųjų bendrovių

nuolatiniai ryšiai su nuolatinais klientais (ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamoji dalis) galėtų jiems leisti gauti kažkiek informacijos apie metines nuolaidas, tačiau neatrodo, kad jie sudarytų sąlygas skaidrumui trumpalaikių kampanijų metu.

- 152 Komisija nustatė, kad reklaminės nuolaidos buvo ne tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos ir kad norint jas vertinti būtų reikėję atidžiai stebėti mažmeninėje rinkoje vykdomas reklamos kampanijas (ginčijamo sprendimo 80, 87, 94, 101 ir 108 konstatuojamosios dalys); be to, *Sony* ir *BMG* pardavimo personalo savaitės ataskaitų sistema (kuri apėmė pastabas dėl konkurentų) nesuteikė toms nuolaidoms reikiamo skaidrumo laipsnio. Visų pirma Komisija nerado pakankamai įrodymų, kad mažmeninių kainų ar ryšių su mažmenininkais stebėjimas leido didžiosioms bendrovėms pašalinti skaidrumo trūkumą nuolaidų, visų pirma reklaminių, atžvilgiu.
- 153 Koncentracijos šalių pateiktose rinkos stebėsenos ataskaitose nėra tokios išsamios informacijos apie konkurentų nuolaidas, kuri leistų veiksmingai stebėti atskirų albumų neto kainas įvairiems klientams. Be to, kitose valstybėse ataskaitos yra daug trumpesnės arba jų iš viso nėra. *BMG* atstovai visų pirma pateikia oficialias stebėsenos ataskaitas tik Prancūzijoje ir Austrijoje.
- 154 Nors Komisija sutinka, kad negali lengvai įrodyti, jog nėra kainų nustatymo mechanizmo, kurį sudarytų bendrų taisyklių rinkinys, ji pažymi, kad ieškovė nepasivargino pateikti patvirtinančių įrodymų, kaip toks mechanizmas būtų sugalvotas ir pritaikytas daugybei atskirų sutarčių arba kaip būtų užtikrintas jo įgyvendinimas.
- 155 Komisija taip pat išreiškia nuostabą, kad ieškovė tiesiogiai ginčija stebėsenos būtinybę, jog būtų nustatytas kolektyvinis dominavimas.

- 156 Komisijos išvada dėl mažmenos stebėsenos neveiksmingumo taip pat yra pagrįsta mažmeninių kainų nustatymo sudėtingumu ir neskaidrumu. Koncentracijos šalių pateiktas (priedas B.17) tyrimas rodo, kad yra didelių mažmeninių kainų, kurias didieji mažmenininkai nustato panašioms CD albumams kiekvienoje pagrindinėje kainų grupėje (maksimalių kainų, vidutinių kainų, mažų kainų), svyravimų ir kad mažmeninių kainų nustatymas yra toks pat sudėtingas, kaip ir didmeninių kainų nustatymas. Be to, kiekvieno konkretaus albumo, įtraukto į populiariausiųjų penketuką, atveju mažmeninės kainos dažnai skiriasi tiek laikui bėgant (kiekvieno konkretaus mažmenininko atveju), tiek (daug ryškiau) tarp mažmenininkų bet kuriuo konkrečiu momentu.
- 157 Įrodymai (pateikti priedo B.17 antrame skyriuje) patvirtina, kad didžiųjų bendrovių vykdoma intensyvi kiekvieno mažmenininko mažmeninių kainų pokyčių stebėseną kiekvieno svarbaus albumo atžvilgiu neleistų didžiajai bendrovei iš to sužinoti apie jos pagrindinių konkurentų konkretaus albumo neto kainų nustatymo praktiką (PPD, atėmus sąskaitos faktūros nuolaidą). Mažmenininkai sistemingai netaiko to paties didmeninės kainos antkainio konkrečiu momentu nei visoms albumų kategorijoms, nei netgi visiems albumams, patenkantiems į labiau apribotą maksimalių kainų kategoriją (2.1 lentelė).
- 158 Galiausiai Komisija nenustatė įrodomo ryšio tarp mažmeninių kainų ir tų pačių PPD albumams suteiktų sąskaitų faktūrų nuolaidų. Atvirkščiai, koncentracijos šalių tyrimas rodo, kad tiek maksimalios kainos albumų, tiek kitų albumų atveju konkretaus albumo mažmeninės kainos svyravimai konkrečiu momentu daugelyje įvairių mažmeninės prekybos vietų neturėjo konkretaus ryšio su tiems mažmenininkams tam albumui suteiktų sąskaitų faktūrų nuolaidomis (3.1 lentelė).
- 159 Atsižvelgiant į tokią įvairią ir nenusipėjimą mažmeninių kainų nustatymo praktiką, didžioji bendrovė negalėjo užtikrintai teigti, kad konkretus mažmenininkas taikys tokio paties dydžio ar struktūros antkainį kitų didžiųjų bendrovių lygiaverčiams albumams kaip savo albumams, ir negalėjo susidaryti patikimo vaizdo apie savo konkurentų konkretaus albumo neto kainas ar neto kainas apskritai, remdamasi

mažmeninės ir didmeninės kainos santykiu, kurį konkretus mažmenininkas taiko savo paties albumams konkrečiai arba bendrai.

- 160 Komisija pabrėžia, kad ieškovės tvirtinimo, jog „nuostabą keltų tai, jeigu tarp vidutinių mažmeninių konkrečios kategorijos albumų, parduodamų konkrečiam mažmenininkui, kainų ir jų faktinių didmeninių kainų pakankamai didelio muzikos kūrinių kiekio atžvilgiu pakankamai pagrįstą laikotarpį nebūtų aiškiai apibrėžto ir sistemingo ryšio“, nepagrindžia jokie įrodymai. Pakankamai dideliu susikoncentravimo į albumus ir laiką laipsniu bus siekiama paslėpti pokyčius atskirų muzikos kūrinių lygiu (kurių pardavimo apimtys dažnai yra didelės), su kuriais turi būti neišvengiamai susijęs tylus kainų derinimas. Didžioji bendrovė, remdamasi savo pačios albumų (kurie, kaip ieškovė tvirtina visose savo pastabose, bet kuriuo momentu sudaro konkretų produktų asortimentą) mažmeninių ir didmeninių kainų santykiu, negali patikimai nustatyti, ar toks santykis išlieka ir kitų didžiųjų bendrovių atveju.
- 161 Komisija teigia, kad ieškovės pateikta RBB tyrimo kritika ir kaltinimas, jog Komisija tariamai nepateikė to tyrimo rinkos subjektams, apsiriboja tik daugeliu nepagrįstų teiginių.

Struktūriniai ryšiai

- 162 Kalbėdamas apie rinkinius, koncentracijos šalys įrodė, kad bendrosios įmonės partneriai gauna tik duomenis apie vidutinio dydžio nuolaidą (be suskirstymo pagal nuolaidos kategoriją arba pagal klientą) tam tikro rinkinio albumo pardavimui. Atsižvelgiant į pastebėtus nuolaidų praktikos pokyčius albumų, klientų ir laiko atžvilgiu, į reklaminių nuolaidų svarbą ir tikėtinus reklaminių nuolaidų skirtumus rinkiniams ir atskiriems albumams, rinkiniai negalėtų užtikrinti būtino skaidrumo ir todėl jie neturi reikšmės Komisijos analizei.

- 163 Taip pat distribucijos ar licencijavimo sutartys retai vienija daugiau kaip dvi didžiausias bendroves ir todėl jos nebūtų tinkama priemonė daugiašaliams labai sudėtingos informacijos mainams apie visų didžiųjų bendrovių neto kainų nustatymo praktiką, kurios reikėtų siekiant tylaus derinimo tuo pagrindu. Galiausiai, kadangi derybos dėl autorinio atlyginimo už muzikos leidybą yra kolektyvinės ir vyksta tarp nacionalinių įrašų bendrovių asociacijų (tiek didžiųjų, tiek nepriklausomų bendrovių) bei nacionalinių tokių atlyginimą renkančių draugijų (atstovaujančių leidėjus ir autorius) ir jose nėra aptariamoms muzikos įrašų kainoms, Komisija padarė išvadą, kad jos neturėjo reikšmės skaidrumo analizei.

Atsakomosios priemonės

- 164 Iš ginčijamo sprendimo 114–118 konstatuojamųjų dalių aišku, kad Komisija nesiekė patikrinti, ar yra galimi patikimi atsakomųjų priemonių mechanizmai (ji nurodė nemažai potencialiai patikimų mechanizmų); ji visų pirma siekė nustatyti, ar pastebėtos paralelės ir nuolaidų pastovumas tam tikrais labai bendrais analizės lygiais, nepaisant atskirų neto kainų nustatymo sprendimų sudėtingumo, atskirų neto kainų išskaidymo į kelis dydžius ir akivaizdaus pakankamo skaidrumo nebuvimo, gali būti priskirti tyliam derinimui. Aiškūs įrodymai, patvirtinantys kitų didžiųjų bendrovių atsakomąsias priemones, kurių jos ėmėsi reaguodamos į „nukrypimą“ nuo įprastų vidutinių neto kainų lygių ar vidutinių sąskaitų faktūrų nuolaidų, galėjo būti rodiklis (nors aiškiai ne lemiamas), kad vyksta derinimas. Tai, kad nėra atsakomųjų priemonių (didesnės kainų konkurencijos arba konkurencijos rinkinių, internetu transliuojamos muzikos ar leidybos lygiu) įrodymų, gali būti laikoma „negatyviu“ rodikliu, kad pastebėtas derinimo laipsnis apskritai nebuvo tylaus derinimo rezultatas.
- 165 Dėl bendresnio klausimo, ar yra pakankamai patikimų atsakomųjų mechanizmų, kad būtų užtikrintas ilgalaikis derinimas muzikos įrašų rinkoje, Komisija aiškiai manė, jog galimas taisyklėms nepaklūstančios įmonės pašalinimas iš albumų rinkinių ar

atsisakymas dalyvauti jos pačios sudaromuose rinkiniuose (užuot sugrįžus prie kainų konkurencijos) yra potencialus būdas, į kurį reikia kreipti daugiausia dėmesio. Ginčijamo Komisijos sprendimo 116 ir 117 konstatuojamosiose dalyse nurodyti elementai nėra lemiami. Viena vertus, didžiosios bendrovės iš tiesų turi tarpusavio susitarimų dėl rinkinių tinklą (ginčijamo sprendimo 116 konstatuojamoji dalis) ir tie albumai sudaro esminę muzikos įrašų rinkos dalį (15–20%), ir paprastai jų pardavimas yra labai didelis (ginčijamo sprendimo 115 konstatuojamoji dalis). Kita vertus, įvairioms įrašų bendrovėms priklausančių atlikėjų derinys, atrodo, yra pagrindinis tokios sėkmės veiksnys (ginčijamo sprendimo 115 konstatuojamoji dalis), o rinkiniai, kuriuose dalyvauja dvi ar trys didžiosios bendrovės, yra sėkmingiausi (ginčijamo sprendimo 116 konstatuojamoji dalis). Neišvengiamai daroma išvada, kad tokio atsakomojo mechanizmo taikymas galėtų reikšti papildomo pelno, kuris gali būti gautas iš rinkinio su taisyklėms nepaklususios įmonės atlikėjais, paaukojimą. Atsižvelgdama į skatinamųjų ir atgrasomųjų priemonių įvairovę ir nesant įrodymų, kad tokios atsakomosios priemonės buvo naudojamos arba praeityje buvo grasinama jas panaudoti, Komisija negalėjo padaryti išvados, kad mechanizmas, kuris „apskritai galėjo suteikti patikimų galimybių didžiosioms bendrovėms imtis atsakomųjų priemonių“, buvo arba būtų pakankamai patikimas, siekiant išlaikyti buvusį ar būsimą derinimą.

c) Kitos valstybės narės

¹⁶⁶ Kitose mažesnėse valstybėse narėse pagrindinė kiekvienos iš didžiųjų bendrovių viso pardavimo dalis (nuo 50–60% iki 90–100%) buvo pasiekta panaudojant penkias PPD, ir (išskyrus Austriją) dvi kiekvienos didžiosios bendrovės PPD sudarė nuo 30–40% iki 60–70% kiekvienos didžiosios bendrovės viso CD pardavimo 2003 m.

¹⁶⁷ Be to, sąskaitų faktūrų nuolaidos rodė didelius svyravimus atsižvelgiant į klientą kiekvienos iš koncentracijos šalių atveju. Mažiausias intervalas tarp didžiausios ir mažiausios vidutinių nuolaidų, kurias viena iš koncentracijos šalių suteikė savo dešimčiai svarbiausių klientų (Airijoje – penkiems svarbiausiems), buvo 5,7%,

o intervalas tarp didžiausios ir mažiausios vidutinių nuolaidų, suteiktų svarbiausiems dešimčiai klientų, sudarė ne mažiau kaip 10% bet kurioje valstybėje abiejų pranešančiųjų šalių atžvilgiu.

168 Komisija pripažino (ginčijamo sprendimo 148–152 konstatuojamosios dalys), kad tarp rinkų mažosiose valstybėse ir penkiose didžiosiose valstybėse buvo daug panašumų. Remiantis su mažosiomis valstybėmis susijusiais įrodymais, nebuvo įmanoma įrodyti, kad tose rinkose tarp didžiųjų bendrovių vyko tikras tylus derinimas.

2. Neteisingas ginčijamo sprendimo aiškinimas ieškinyje

169 Komisija pirmiausia primena, kad pranešimas apie kaltinimus yra tik parengiamasis laikino pobūdžio dokumentas (1981 m. lapkričio 11 d. Teisingumo Teismo sprendimas *International Business Machines prieš Komisiją*, 60/81, Rink. p. 2639) ir kad ji specialiai neprivalo nurodyti priežasčių, kodėl nukrypo nuo savo išankstinės nuomonės. Ieškovei nepakanka pažymėti, kad per laikotarpį nuo pranešimo apie kaltinimus iki ginčijamo sprendimo priėmimo rinkos ypatybės nepasikeitė. Nors toks pasakymas didele dalimi gali būti tikslus vertinant objektyviai, to negalima pasakyti apie Komisijos žinių ir supratimo apie rinką mastą. Priimdama savo galutinę poziciją, Komisija tinkamai atsižvelgė į išsamias susijungiančių šalių pastabas, kurias šios pateikė atsakydamos į pranešimą apie kaltinimus.

170 Komisija pažymi, kad daugeliu aspektų ieškovės požiūris į ginčijamą sprendimą yra iškreiptas.

- 171 Visų pirma ginčijamame sprendime neteigiama, kad didžiosios bendrovės „turi visas dominuojančios grupės ypatybes“.
- 172 Ginčijamame sprendime taip pat nenustatoma, kad didžiosios bendrovės galėjo išlaikyti dideles kainas. Jo 56 konstatuojamojoje dalyje daroma išvada, kad kainos sumažėjo, tačiau ne tiek daug, kaip nurodė koncentracijos šaly, o ginčijamo sprendimo 58 konstatuojamojoje dalyje minimas tik numanomas didelis CD kainų lygis.
- 173 Galiausiai Komisija ginčijamame sprendime nenustatė, kad rinka turi visas ypatybes, kurios yra palankios tyliam derinimui. Ginčijamame sprendime visų pirma neteigiama, kad derinimas iš tikrųjų vyksta; tik sakoma, kad Komisija nustatė tam tikrų derinimą rodančių požymių (ginčijamo sprendimo 109 konstatuojamoji dalis). Nors ginčijamo sprendimo 112 ir 113 konstatuojamosiose dalyse pažymima, kad klientų bazei yra būdingas tam tikras pastovumas ir kad vyksta kontrolė, jame nedaroma išvada, kad tokios kontrolės pakanka siekiant pašalinti nuolaidų, visų pirma reklaminių, skaidrumo trūkumą.

3. Dėl pirmos dalies

a) Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo

- 174 Komisija mano, kad prieš pradėdant nagrinėti konkrečius ieškovės argumentus yra tinkama nurodyti bendrus EB 253 straipsnio reikalavimus.

- 175 Visų pirma Komisija tvirtina, kad svarbu skirti tariamą pakankamai aiškių akto priėmimo motyvų nurodymą ir motyvų, kurie faktų, vertinimo ar teisės požiūriu yra klaidingi, nurodymą, o tai yra su esme, bet ne su esminių procedūros reikalavimų pažeidimu susijęs klausimas, todėl tai negali būti laikoma EB 253 straipsnio pažeidimu (1997 m. lapkričio 7 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *Cipeke prieš Komisiją*, T-84/96, Rink. p. II-2081, 46 ir 47 punktai ir 1998m. gegužės 14 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *Buchmann prieš Komisiją*, T-295/94, Rink. p. II-813, 44 ir 45 punktai).
- 176 Antra, Komisija pažymi, kad pagal nusistovėjusią teismų praktiką EB 253 straipsnio reikalaujamas motyvavimas turi atitikti konkretaus akto pobūdį bei aiškiai ir nedviprasmiškai atskleisti šį aktą priėmusios institucijos argumentus ir kad Komisija neprivalo aptarti visų fakto ir teisės klausimų, kuriuos kiekviena šalis iškėlė per administracinę procedūrą, tačiau taip pat turi atsižvelgti į kontekstą ir visas nagrinėjamą klausimą reglamentuojančias teisės normas.
- 177 Tarp svarbių su kontekstu susijusių veiksnių yra su aktu susijusių asmenų išankstinių žinių apie reikšmingas faktines aplinkybes ar motyvus lygis, suprantant, kad iš tam tikrų asmenų tikimasi, jog jie turės žinių apie sektorių ar jų bus įgyta suinteresuotiesiems asmenims aktyviai dalyvaujant procedūroje, po kurios bus priimtas aktas, ar susijusioje procedūroje. Koncentracijų kontrolės neatidėliotumo poreikis taip pat buvo laikomas reikšmingu nustatant, ar pakanka motyvavimo.
- 178 Kai tam tikroms reikšmingoms faktinėms aplinkybėms galioja profesinė paslaptis, apie kurią kalbama EB 287 straipsnyje, kompetentinga institucija vis dėlto privalo užtikrinti, kad suinteresuotiesiems asmenims būtų pranešta apie esminį jos motyvavimo turinį.

- 179 Kai teksto reikšmė iš karto nėra aiški, EB 253 straipsnis nėra pažeidžiamas, jeigu motyvavimo dviprasmiškumai gali būti išsklaidyti paprastu aiškinimu.
- 180 Be to, Teisingumo Teismas yra pripažinęs, kad „Komisija neprivalo paaiškinti su pranešimu apie kaltinimus susijusių skirtumų, nes tai yra parengiamasis dokumentas, kuriame pateikti visiškai išankstiniai vertinimai, skirti apibrėžti administracinės procedūros taikymo sritį“.
- 181 Galiausiai, jeigu koncentracija nepakeičia arba tik labai ribotai pakeičia konkurencinę padėtį konkrečioje rinkoje, iš Komisijos negali būti reikalaujama nurodyti konkrečių motyvų šiuo klausimu. Komisija taip pat nelaikoma neįvykdžiusia savo pareigos nurodyti motyvų, jeigu ji sprendime nenurodo konkrečių motyvų, susijusių su daugelio koncentracijos aspektų, kuriuos ji laiko akivaizdžiai nereikšmingais ar nesvarbiais arba tik turinčiais šalutinės svarbos koncentracijai, vertinimu.

Produkto vienodumas

- 182 Dėl ieškovės kaltinimo, kad išvada, susijusi su produkto vienodumu, yra nepakankamai motyvuota, Komisija tvirtina nenustačiusi, kad „turinio vienodumui turėtų būti teikiama daugiau reikšmės nei formato vienodumui“, o tik padariusi išvadą, kad reikėtų atsižvelgti į abu aspektus. Taip pat daugelio didmeninių CD kainų nustatymo proceso aspektų standartizavimas (panaudojant dažniausiai naudojamas PPD ir metines nuolaidas kiekvienam klientui) nėra „atmestas“, o labiau sąlyginis, atsižvelgiant į sėkmės įtaką nustatant atskirų albumų kainas. Trumpai tariant,

įprastų CD albumų negalima lyginti su žalios naftos cisternomis, o galimybė manyti, kad skirtingi CD albumai yra toje pačioje rinkoje (taikant „nuolatinį pakeičiamumą“), nepadaro jų visiškai vienodų, atsižvelgiant į patį produktą ar į kainų nustatymo procesą. Taigi rezultatas yra ne „daug prieštaringų išvadų“, bet sudėtingos tikrovės atspindys.

Skaidrumas

- 183 Ieškovė negali teigti nesupratusi ginčijamo sprendimo, remdamasi tuo, kad Komisija neapibrėžė, ką reiškia „reklaminės nuolaidos“, nes ieškovė yra pramonės asociacija, aktyviai dalyvavusi Komisijos žodiniame nagrinėjime vykusiose diskusijose, kuri pati teigia žinanti tokių nuolaidų funkciją. Bet kuriuo atveju ginčijamame sprendime pakankamai paaiškinama, ką apima įvairios nuolaidų kategorijos (žr. ginčijamo sprendimo 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 ir 113 konstatuojamąsias dalis).
- 184 Ieškovė taip pat klysta teigdama, kad bendra mažesniųjų valstybių analizė, kurią Komisija atliko 148 ir kitose konstatuojamosiose dalyse, neapima įprastų nuolaidų. Komisija ginčijamo sprendimo 150 konstatuojamojoje dalyje tik pažymi, kad įprastos nuolaidos yra svarbiausios visose valstybėse, tačiau toliau analizuoja platesnę sąskaitų faktūrų nuolaidų kategoriją (kurios apima įprastas nuolaidas ir reklamines nuolaidas), kaip ji tai jau padarė atsižvelgdama į valstybę sprendimo 119 ir 146 konstatuojamosiose dalyse. Čia nėra jokios painiavos ar neapibrėžtumo.
- 185 Ginčijamame sprendime Komisija teikia daug reikšmės reklaminėms nuolaidoms, nes būtent neto kainos yra tos, kurios turi reikšmės veiksmingam derinimui. „Kažkiek žinių“ apie įprastas nuolaidas nepakanka, jeigu reklaminės nuolaidos nulemia nuolaidų tam tikriems klientams svyravimus laiko ir albumų atžvilgiu, kurie

yra tokie reikšmingi, kaip nurodytieji ginčijamo sprendimo 79, 86, 100 ir 107 konstatuojamosiose dalyse.

- 186 Komisija išnagrinėjo kitų didžiųjų bendrovių nuolaidas, tačiau kadangi tų skaičių negalima buvo atskleisti pranešančiosioms šalims, jų nebuvo galima įtraukti į ginčijamą sprendimą. Tačiau to nebuvo būtina daryti, nes neskaidrios dviejų didžiųjų bendrovių nuolaidų praktikos pakako, kad visų didžiųjų bendrovių vykdoma neto kainų stebėsena taptų neveiksminga. Be to, pačios ieškovės argumentai dėl kainų yra pagrįsti prielaida, kad visos įrašų bendrovės vienodai formuoja savo neto kainas.

Atgrasymo priemonės

- 187 Iš ginčijamo sprendimo (visų pirma jo 114 konstatuojamosios dalies) yra aišku, kad Komisija išnagrinėjo gresiantį ar faktinį potencialių atsakomųjų mechanizmų panaudojimą praityje kaip papildomą priemonę patikrinti, ar kainų derinimo laipsnis apskritai buvo priskirtinas tyliam derinimui. Neturėdama jų faktinio panaudojimo įrodymų, Komisija negalėjo priimti galutinės pozicijos, ar pakanka įvairių ginčijamame sprendime paminėtų potencialių atsakomųjų mechanizmų.

Suvaržymai

- 188 Kadangi esamo ar būsimo kolektyvinio dominavimo pripažinimo sąlygos yra kumuliacinės, Komisija neprivalėjo padaryti išvados dėl konkurentų ir vartotojų išlyginamosios galios ir todėl – pateikti motyvų šiuo atžvilgiu.

b) Akivaizdi vertinimo klaida ir teisės klaida

189 Komisija kartu nagrinėja panaikinimo pagrindus, susijusius su akivaizdžia vertinimo klaida ir teisės klaida, laikydamosi nuomonės, kad jie sutampa.

190 Preliminariai Komisija pateikia dvi pastabas.

191 Pirma, dėl argumento, kad vertindama prieštarigus argumentus Komisija neturi suteikti pernelyg daug reikšmės vienam iš jų, Komisija remiasi diskrecija, kurią ji turi atlikdama sudėtingus ekonominius vertinimus, ir teigia, kad ginčijamo sprendimo išvados labai pagrįstos ir kad ieškovė šiuo klausimu nesiremia jokiais Komisijai pateiktais įrodymais, kuriems, jos nuomone, buvo suteikta pernelyg daug ar pernelyg mažai reikšmės.

192 Antra, dėl tvirtinimo, kad sprendimas, kuriame neminimi pakankamai išsamūs faktiniai įrodymai, patvirtinantys sprendimo išvadas, yra niekinis dėl akivaizdžios vertinimo klaidos, Komisija teigia, kad tai iš esmės yra motyvavimo klausimas ir ginčija, kad ji visiškai neprivalo savo sprendimuose nurodyti išsamių duomenų apie įrodymus (kurių dažnai būna labai daug ir kurie, be to, dažnai konfidencialūs), į kuriuos ji atsižvelgė. Komisijai pakanka aiškiai nurodyti bendrą įrodymų, kuriuos ji ištyrė, turinį ir išvadų, kurias ji padarė remdamasi tais įrodymais, motyvus, taip, kad leistų suinteresuotosioms šalims ir visų pirma tiems, kurie turi žinių apie sektorių ir aktyviai dalyvavo administracinėje procedūroje, susidaryti savo nuomonę apie tų išvadų teisėtumą. Šioje byloje įvairius ginčijamame sprendime pateiktus vertinimus, kaip veikia muzikos įrašų rinkos, patvirtina daugelis sudėtingų įrodymų.

Produkto homogeniškumas

- 193 Komisija tvirtina, kad ieškovė klysta teigdama, jog turinio homogeniškumas neturi reikšmės, nes kainos nustatomos pagal ribotą referencinių kainų skaičių. Referencinės kainos yra susijusios tik su albumų kainoraščių kainomis, o ne su sąskaitų faktūrų nuolaidomis. Visų pirma reklaminės nuolaidos skiriasi, *inter alia*, atsižvelgiant į konkretų albumą.
- 194 Komisija tvirtina, kad kolektyvinę dominuojančią padėtį gali būti sunku nustatyti rinkose, kurioms būdinga produktų diferenciacija, visų pirma, kai tokia diferenciacija „apsunkina su informacija susijusias problemas neskaiddiose rinkose“ (žr. Komisijos gairių dėl horizontalių susijungimų vertinimo pagal Tarybos reglamentą dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL C 31, 2004, p. 5) 45 punktą).

Skaidrumas

- 195 Prieš pradėdant nagrinėti įvairius ieškovės tvirtinimus pažymėtina, jog Komisija mano, kad yra būtina pakomentuoti keturias esmines ieškinyje esančias klaidas; dvi iš jų teisinės ar susijusios su suvokimu, o kitos dvi – su ginčijamo sprendimo aiškinimu.
- 196 Visų pirma ieškovė daro esminę suvokimo klaidą, darydama prielaidą, kad išvada dėl didelio didžiųjų bendrovių neto kainų atitikties laipsnio arba dėl didelio konkrečios didžiosios bendrovės nuolaidų pastovumo yra pakankamas įrodymas tiek tylaus derinimo, tiek skaidrumo, būtino siekiant išlaikyti tokį derinimą nustatytais

sąlygomis. Tam tikras derinimo ar pastovumo laipsnis bendru lygiu negali pakeisti nenuginčijamų ir nuoseklių įrodymų, kad yra pakankamas skaidrumas, leidžiantis įmonėms oligopolinėje situacijoje kontroliuoti viena kitos elgesį rinkoje; ir, nesant pakankamo skaidrumo įrodymų, negalima daryti prielaidos, kad kai kiekviena įmonė oligopolinėje situacijoje priėmė savo sprendimus dėl elgesio rinkoje, ji turėjo pakankamai tikslių žinių apie savo konkurentų elgesį.

- 197 Antra, ieškovė daro pagrindinę teisinę klaidą, kaltindama Komisiją rėmusi su nuolaidomis susijusiais įrodymais, nenustačius, kad taikant nuolaidas labai sumažėjo kainos, ir teigdama, kad konkurencija dėl nuolaidų iš tikrųjų gana nedidelė. Toks tvirtinimas yra visiškai nepagrįstas: vidutinės koncentracijos šalių sąskaitų faktūrų nuolaidos sudaro labai reikšmingą jų vidutinio bruto pardavimo dalį (žr. ginčijamo sprendimo 78, 85, 92, 99, 56, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 ir 146 konstatuojamąsias dalis) ir kai kuriems klientams ir albumams suteikiamos netgi didesnės nuolaidos (žr. ginčijamo sprendimo 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamąsias dalis). Todėl nuolaidos yra labai svarbus kainodaros proceso elementas ir galbūt, o tai yra labiausiai tikėtina ir įtikinama, mažiausiai skaidri priemonė, kurią panaudodama, didžioji bendrovė galėtų vykdyti „labai konkurencingus veiksmus, skirtus padidinti savo rinkos dalį (pvz., kainų mažinimas)“. Komisijos susirūpinimas skaidriomis nuolaidomis tiesiogiai susijęs ne su noru patikrinti, ar praeityje didžiosios bendrovės laikėsi numanomos bendros politikos, bet su siekiu išsiaiškinti, ar oligopolinėje situacijoje įmonės pačios galėjo ilgą laiką išlaikyti (ar galėjo ilgą laiką išlaikyti po koncentracijos) tokią bendrą politiką, vykdydamos atitinkamą abipusę priežiūrą. Todėl, Komisijos teigimu, nebuvo būtina įrodyti, kad viena ar daugiau didžiųjų bendrovių iš tiesų sumažino kainas, palyginti su kitomis, suteikdama didesnių papildomų nuolaidų.

- 198 Trečia, ieškovė daro esminę ginčijamo sprendimo aiškinimo klaidą, kaltindama Komisiją supainiojus „pakankamą rinkos skaidrumą“ šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisiją* su ginčijamame sprendime taikomu visiško skaidrumo reikalavimu. Ginčijamame sprendime nuosekliai minimas

„pakankamas skaidrumo laipsnis“ (ginčijamo sprendimo 73, 80, 87, 94, 108 ir 120 konstatuojamosios dalys). Ieškovė taip pat nepaiso Komisijos atlikto kainų nustatymo sistemos tyrimo. Komisija išnagrinėjo albumo neto kainos atskiram klientui sudedamąsias dalis (PPD, įprastą nuolaidą, galimą reklaminę nuolaidą) ir padarė išvadą, kad visų sudedamųjų dalių atžvilgiu būtų būtinas pakankamas skaidrumo laipsnis, jeigu didžioji bendrovė norėtų būti pagrįstai įsitikinusi, kad ji žino tikrą kitos didžiosios bendrovės neto kainų nustatymo praktiką, kuri yra aiški klientų ir albumų lygmeniu. Komisija negalėjo priėti prie tokios išvados, turėdama įrodymų dėl pakankamai skaidrių PPD, kažkiek tam tikro įprastų nuolaidų skaidrumo įrodymų ir įtikinamų neskaidraus bei sudėtingo reklaminį nuolaidų įrodymų.

199 Ketvirta, ieškovė vėl padarė esminę aiškinimo klaidą teigdama, kad Komisija nustatė, jog PPD ir vidutinės neto kainos kinta paraleliai. Toks tvirtinimas yra klaidingas. Komisija nustatė, kad kiekvienoje iš didelių rinkų pranešančiųjų šalių faktinės vidutinės bruto kainos ir faktinės vidutinės neto kainos kito paraleliai (ginčijamo sprendimo 77, 84, 91, 98 ir 105 konstatuojamosios dalys), tačiau nenustatė, kad abiejų koncentracijos šalių vidutinės nuolaidos buvo tokios pačios (ginčijamo sprendimo 78, 85, 92 ir 99 konstatuojamosios dalys). Komisija pabrėžia, kad nuolaidos skiriasi klientų, albumų ir laiko atžvilgiu (žr. ginčijamo sprendimo 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamąsias dalis ir pagrindinių įrodymų aptarimą). Įrodymai nepatvirtina, kad konkrečios PPD bus sistemingai mažinamos fiksuota ir nuspėjama nuolaida, nepaisant tų kintamųjų.

200 Komisija toliau tvirtina, kad ji privalo ištaisyti ar patikslinti kai kuriuos iš ieškovės tvirtinimų:

— palyginti panašūs didžiųjų bendrovių kainų pokyčiai vyko intervale, kuris dažniausiai viršijo 10 % (žr., pvz. priedą B.10),

- riboto pagrindinių PPD kiekio, kaip pagrindo, naudojimas aiškinamas poreikiu kasmet kontroliuoti bent jau daugiau kaip 80 sėkmingų albumų, kurių PDD svyruoja,

- mažmeninės kainos yra viešos ir todėl iš esmės pastebimos, tačiau didžiosioms bendrovėms būtų sudėtinga pastebėti jų nuolatinius pokyčius tarp mažmenininkų ir laikui bėgant,

- nėra įrodymų, kad koncentracijos šalių tam tikrų rinkų priežiūros ataskaitose yra naudingos informacijos apie konkurentų neto kainas ar mažmenininkų antkainius,

- ieškovė nepateikia jokių įrodymų, kurie patvirtintų jos teiginį, kad mažmenininkų antkainiai yra skaidrūs ir pakankamai tiksliai žinomi; šiam nepagrįstam tvirtinimui prieštarauja bylos medžiagoje (priedas B.17) esantys įrodymai, patvirtinantys, kad mažmeninių kainų nustatymas yra sudėtingas ir nenusėjamas. Komisijos išvada, kad didelis nukrypimas nuo kainų nustatymo politikos panaudojant nuolaidas atsispindėtų didžiųjų bendrovių vidutinėse neto kainose, šiam klausimui neturi reikšmės. Iš tiesų jo nereikšmingumą patvirtina dvi aplinkybės: pirma jis susijęs su fenomenu, kurį, jeigu jis būtų įvykęs, Komisija būtų galėjusi pastebėti, pasinaudodama savo tyrimo įgaliojimais, tačiau kuris negalėjo būti akivaizdus jokiai atskirai didžiajai bendrovei, nes nei didžiųjų bendrovių bendros nuolaidos, nei jų vidutinės neto kainos nėra skaidrios; ir, antra, bendrų nuolaidų dydžių ir vidutinių neto kainų sąveika nerodo nieko, kas patvirtintų fiksuoto ir skaidraus ryšio tarp mažmeninių kainų ir didmeninių neto kainų buvimą,

- yra mažai patikimų įrodymų, leidžiančių manyti, kad didžiosios bendrovės turėjo išsamių žinių apie kiekvienos iš jų įprastų ir reklaminių nuolaidų dydžius,

ir daug priešingų įrodymų, įskaitant objektyvų reklaminių nuolaidų sudėtingumą, kurios skiriasi visų pirma klientų, albumų ir laiko atžvilgiu,

- to, kad Komisija sutelkė pagrindinį dėmesį į koncentracijos šalių suteiktas nuolaidas, pakako paneigti būtiną abipusio skaidrumo tarp įmonių laipsnį oligopolinėje situacijoje, kuris yra būtinas norint, kad tylus derinimas veiktų,

- nėra tikėtina, kad kai kurių didžiųjų bendrovių bendradarbiavimas rinkinių ir distribucijos srityse atskleistų pakankamai informacijos apie sudėtingus atskirus visų didžiųjų bendrovių sprendimus dėl nuolaidų,

- ieškovė nepateikia didelės administracijos darbuotojų migracijos tarp didžiųjų bendrovių įrodymų ar kad šis migracijos lygis yra didesnis nei kituose koncentruotuose sektoriuose, ar kad žinios apie sudėtingą nuolaidų praktiką, besiskiriančią atskirų riboto gyvavimo ciklo albumų lygiu, kurių administracijos darbuotojas turi išeidamas iš vienos iš didžiųjų bendrovių, būtų naudingos ilgą laiką arba užtikrintų derinimą tarp visų didžiųjų bendrovių,

- nors paskelbti grafikai padeda nustatyti populiariausius albumus, jie pateikia mažai informacijos apie PPD ir nepateikia jokios informacijos apie nuolaidas,

- ginčijamo sprendimo negalima kritikuoti vien dėl to, kad jis skiriasi nuo pranešimo apie kaltinimus.

- 201 Priešingai tam, ką teigia ieškovė, nėra „palyginti nesunku“ nustatyti nuolaidų dydžius ir praktiškai neįmanoma tai padaryti reklaminių nuolaidų atveju. Ieškovės tvirtinimas, kad reklaminės nuolaidos sudaro $\frac{1}{4}$ – $\frac{1}{3}$ visų nuolaidų, gali būti pripažintas diskutuotinu, tačiau jį reikėtų įvertinti keliais aspektais.
- 202 Pirma, didžiųjų bendrovių bendras reklaminių nuolaidų lygis tikriausiai skiriasi, kaip ir nuolaidų lygis apskritai.
- 203 Antra, vidutiniai bylos medžiagoje esantys skaičiai rodo, kad 1998 m. daugelyje valstybių reklaminės nuolaidos sudarė pakankamai didelę dalį sąskaitų faktūrų nuolaidų; sąskaitų faktūrų nuolaidos greičiausiai paveikia klientų sprendimus dėl konkrečių albumų pirkimo.
- 204 Trečia, šis vidutinis skaičius tiksliai neparodo neeilinio reklaminių nuolaidų paskirstymo klientų, albumų ir laiko atžvilgiu sudėtingumo bei neskaidrumo. Nors taip pat gali būti, kad kitos dalyvavimo kampanijose sąlygos yra palyginti standartizuotos ir paprastos, Komisijos turimi įrodymai visiškai paneigia bet kokią standartizavimo ar paprastumo galimybę kas savaitę vykstančiose derybose dėl tokių kampanijų kiekio ir trukmės ir dėl galimybės jas taikyti atskiriems albumams ar klientams.
- 205 Ketvirta, pats faktas, kad reklaminės nuolaidos yra skirtos pasirinktiems albumams ir pasirinktoms kampanijoms ir kad suma pakoreguojama kiekvienam mažmenininkui, tikriausiai leidžia toms nuolaidoms turėti didesnę poveikį nagrinėjamų albumų pardavimui.

- 206 Dar svarbiau yra tai, kad ieškovė nepateikia lemiamų įrodymų, jog Komisija padarė klaidą manydama, kad reklaminės nuolaidos buvo labai reikšmingos rinkoms, kuriose kiekvienos didžiosios bendrovės šimtas populiariausių albumų sudaro didesnę jos pardavimo dalį konkrečiais metais ir konkrečioje valstybėje, nes daugelis iš tų albumų nebuvo įtraukti į populiariausiųjų sąrašus.
- 207 Kita vertus, Komisija turėjo įrodymų (priedas B.13), leidžiančių manyti, kad reklaminės nuolaidos buvo taikomos net kai kuriems iš sėkmingiausių *Sony* ir *BMG* maksimalios kainos albumų.
- 208 Komisija priduria, kad įrodymai dėl faktinio reklaminių nuolaidų taikymo kiekvienu konkrečiu momentu turi reikšmės tik vertinant faktinį neto kainų derinimo laipsnį (nors ginčijamame sprendime ji teigė, kad nuolaidos apskritai nebuvo pakankamai suderintos, kad būtų galima patvirtinti išvadą, jog egzistavo bendra politika). Tačiau nuolaidų skaidrumas turi reikšmės klausimui, ar didžiųjų bendrovių kainų nustatymo sistemai yra būdingas pakankamas skaidrumas, kad jos galėtų tiksliai ir laiku nustatyti, ar viena iš jų nukrypsta nuo bendros politikos dėl albumų neto kainų ir didina reklamines nuolaidas. Neskaitant nepagrįstų ieškovės pastabų dėl mažmenininkų antkainių skaidrumo, ji nepateikė jokio argumento ar konkrečių įrodymų šiuo klausimu, todėl jos ieškinio pagrindas bet kuriuo atveju nėra pagrįstas.
- 209 Komisija teigia, kad išvada dėl neto kainų skaidrumo laipsnio muzikos įrašų rinkoje aiškiai nebuvo pagrįsta „spekuliavimu“ arba „subjektyvia abejone“; ji pagrįsta konkrečiais įrodymais, patvirtinančiais labai sudėtingą ir nepakankamai skaidrų galutinės neto kainos sudedamųjų dalių (PPD, įprastos nuolaidos ir reklaminės nuolaidos) nustatymo būdą atitinkamo konkretaus turinio albumo pardavimui konkrečiam klientui. Tomis aplinkybėmis, įvertinus visas galimybes, turimi įrodymai negalėjo būti aiškinami kaip patvirtinantys, kad yra pakankamas skaidrumas, leidžiantis tinkamai ir laiku stebėti bendrą politiką dėl kainų.

210 Dėl ieškovės argumento, kad galutinis žinomų ir numanomų struktūrų bei taisyklių skaičius leidžia nuspėti vidutines kainas, Komisija pažymi, kad tam tikro albumų vidutinių neto kainų kitimo panašumo nepakanka derinimui įrodyti, nes kainos gali rodyti pastebimą derinimą tiek konkurencinėmis, tiek nerašyto susitarimo aplinkybėmis, mat įmonės reaguoja į panašius išorės veiksnius (pvz., bendrų sąnaudų kainas) ir į viena kitos elgesį rinkoje. Komisija tvirtina, kad ieškovė painioja derinimo sąlygų nustatymą („žinomos ir numanomos taisyklės“) ir priemones, kurių imamasi tokių taisyklių laikymuisi prižiūrėti („būtinasis skaidrumas“), juo labiau todėl, kad nė viena iš didžiųjų bendrovių įprastomis aplinkybėmis neturi galimybės susipažinti su visais ar bent jau svarbiausiais visų didžiųjų bendrovių kainų nustatymo duomenimis visoms albumų ir klientų kategorijoms, kurių reikėtų norint nustatyti vidutines neto kainas.

211 Be to, nors ieškovė pripažįsta, kad tos taisyklės ir mažmeninės strategijos gali nulemti kainas ir nuolaidas, kurios labai skiriasi atsižvelgiant į diskų ar klientų kategoriją, ji nenurodė, kokios tai būtų taisyklės arba kaip jos būtų nustatomos tyliu derinimu, kai yra tiek daug įvairių aplinkybių. Didžiosios bendrovės, laiku negavusios išsamios informacijos apie jų atitinkamos produktų pasiūlos sudėties ir sėkmės pokyčius, negalėtų nustatyti, ar kiekvienos iš jų vidutinių neto kainų pokyčius nulėmė nukrypimas nuo taisyklių, ar produktų asortimento ir jų sėkmingumo pokyčiai, o Komisija nerado pakankamai įrodymų, kad jos galėjo susipažinti su tokia išsamia informacija.

212 Ieškovė negali paprasčiausia tvirtinti, kad derinimas iš tiesų vyktų plačių kiekvienos didžiosios bendrovės politinių sprendimų dėl bendrų nuolaidų biudžetų ir antkainių lygiu, nenurodydama, koks galėtų būti tokio sprendimo turinys arba kaip didžiosios bendrovės galėtų sužinoti tokias derinimo sąlygas, arba kaip jos galėtų prižiūrėti jų laikymąsi. Komisija neprivalo tirti tokių neapibrėžtų ir nepagrįstų argumentų.

- 213 Kalbėdama apie ieškovės kritiką dėl metodo, pagal kurį daugelis iš Komisijos pateiktų duomenų nebuvo įvertinti atsižvelgiant į kiekį, Komisija teigia, kad konkretaus metodo tinkamumo klausimas negali būti atskirtas nuo hipotezės, kurią tuo metodu siekiama patvirtinti ar paneigti. Nors proporcingai įvertintų duomenų surinkimas iš tiesų yra svarbus siekiant nustatyti, ar tarp didžiųjų bendrovių vyksta paslėptas derinimas apskritai, ar dėl tam tikrų albumų kategorijų (pvz., populiariausių dvidešimt albumų), toks proporcingas duomenų įvertinimas neturi reikšmės nagrinėjant sudėtingumą ir jo poveikį skaidrumui. Vis dėlto būtina išnagrinėti atskirų įrašų kainų kintamumą, siekiant suvokti kainų nustatymo sudėtingumo lygį ir skaidrumo laipsnį rinkoje.
- 214 Komisija pakartoja, kad yra nerealu numatyti derinimo sąlygas pagal vidutines neto kainas. Tačiau ji pažymi, kad ginčijamame sprendime jos pateikti duomenys dėl pastebimo didžiųjų bendrovių vidutinių neto kainų panašumo laipsnio (nesant paralelių) buvo įvertinti pagal kiekį ir kad tas pats pasakytina apie grafikus, paremtus vidutinėmis metinėmis sąskaitų faktūrų nuolaidomis, suteiktomis įvairiems koncentracijos šalių klientams. Daugelis kitų atsiliepimo į ieškinį prieduose B.8, B.9, B.10 ir B.13 pateiktų duomenų taip pat įvertinti pagal kiekį, ir kiekvienu atveju tai yra aišku iš panaudojimo pobūdžio.
- 215 Visi minėti pagal kiekį įvertinti įrodymai yra potencialiai reikšmingi nustatant, ar yra didelis didžiųjų bendrovių praktikos derinimo laipsnis, arba svarbūs sprendžiant klausimą, ar kainų nustatymas yra sudėtingas, o tai svarbu vertinant skaidrumą. Pastarosiomis aplinkybėmis įvertinimo pagal kiekį klausimas nėra toks svarbus. Neto kainų ar nuolaidų kintamumas įrašų, klientų (net tos pačios kategorijos) ir laiko atžvilgiu yra svarbus, nepaisant atitinkamų parduotų kiekių. Todėl iš atsiliepimo į ieškinį priedų B.6 ir B.7 matyti, kad nuolaidos labai skiriasi net kiekvienos iš koncentracijos šalių dvidešimties populiariausių albumų atveju. Jeigu didžiosios bendrovės nėra pasirengusios pakankamai intensyviai kontroliuoti tokių pokyčių, viena didžioji bendrovė galėtų nepastebėta nukrypti nuo bet kokių neto kainų

derinimo sąlygų, suteikdama dideles nuolaidas, visų pirma reklamines. Tai *a fortiori* taikoma tuo atveju, jei yra numatytos lanksčios derinimo sąlygos; tokiu atveju reikėtų pastebėti, kad taikoma daug nuolaidų, viršijančių tyliai suderintą normą, kad kitos didžiosios bendrovės būtų pakankamai įsitikinusios, jog atitinkama įmonė nukrypo nuo taisyklių.

216 Dėl ieškovės D.2 ir D.3 prieduose atliktos atitikmenų analizės ir netiesioginio kaltinimo, kad Komisija neatliko duomenų patikrinimų, Komisija vėl pažymi, kad metodikos klausimo negalima vertinti abstrakčiai, neatsižvelgus į tyrimo dalyką, visų pirma įvertinant, ar yra tam tikras atitikties laipsnis, rodantis derinimą, ir ar yra skaidrumas, leidžiantis kontroliuoti elgesį rinkoje.

217 Komisija visų pirma pažymi, kad koncentracijos šalys per administracinę procedūrą pateikė nemažai lyginamųjų duomenų, kurie rodė pakankamai nedidelę atitikties normą, tačiau ji vis dėlto pakankamai apdairiai vertino tuos duomenis.

218 Taip pat tam tikras nuolaidų, kurių suteikė konkreti didžioji bendrovė, pastovumo laipsnis laiko atžvilgiu savaime nėra derinimo įrodymas, nes ir vėl tai gali būti pastovių veiksmų, kaip antai kliento dydis, perkamos muzikos rūšys ir kt., pasekmė. Net didelis statistinio nuspėjamumo laipsnis neįrodo, kad yra derinimas, dėl daugelio priežasčių: racionalūs atskiri sprendimai gali būti labai nuspėjami; nesant informacijos, kuri leistų numatyti tokius nuspėjamumo laipsnius, tai lieka įdomia apmąstymo galimybe be praktinių pasekmių; ir taip pat nesant galimybės susipažinti

su informacija apie realią praktiką neįmanoma patikrinti, ar spėjimas (nuolatinis laikymasis bendro nerašyto susitarimo) yra teisingas. Net jei didžiosios bendrovės galėtų taikyti tokias statistines priemones kiekvienos iš jų ankstesnei kainų nustatymo praktikai, tai nepakeistų rinkos stebėsenos.

- 219 Komisija pažymi, kad, priešingai nei teigia ieškovė, ji „neatmetė“ pranešime apie kaltinimus panaudotų duomenų, kurie buvo įvertinti pagal kiekį ir apėmė visą sektorių, ir vietoj jų nepasirinko koncentracijos šalių pateiktų duomenų, kurie neturėjo nei vieno, nei kito požymio. Daugelis tų duomenų yra minimi ginčijamame sprendime (pvz., dėl vidutinių neto kainų panašumo laipsnio), o kai kurie yra pridėti prie atsiliepimo į ieškinį. Iš tiesų Komisija pakeitė savo pirminę išvadą dėl to, ką tie duomenys gali įrodyti, atsižvelgusi į papildomus *Sony* ir *BMG* atseitus duomenis bei argumentus.

Atgrasymo priemonės ir suvaržymai

- 220 Komisija tvirtina, kad nustačiusi, jog viena iš trijų kumuliacinių sąlygų (skaidrumas) nebuvo įvykdyta, ji nepadarė akivaizdžios vertinimo ar teisės klaidos, neišreiškusi savo pozicijos dėl kitų dviejų sąlygų.

Bendros politikos analizė

- 221 Visų pirma Komisija teigia, kad ieškovės kaltinimas yra pagrįstas faktiškai neteisinga prielaida, būtent, kad išvada dėl skaidrumo susijusi tik su „vienos kategorijos nuolaida, reklamine nuolaida“. Nors reklaminėms nuolaidoms analizėje suteikiama

esminė reikšmė, apskritai ji buvo susijusi su kainų nustatymo būdu, kuris bendrai yra labai sudėtingas albumų ir klientų lygiu, taip pat laiko atžvilgiu, kaip ir su PPD bei įprastomis nuolaidomis.

222 Komisija toliau teigia, jog ieškovė daro akivaizdžią teisės klaidą siūlydama, kad, jeigu Komisija būtų galėjusi įrodyti, jog didžiosioms bendrovėms būtų naudinga laikytis bendros politikos, tokiu atveju skaidrumo trūkumas nebūtų toks svarbus. Toks teiginys neatitinka teismų praktikos. Nesant pakankamo skaidrumo, kuris leistų vykdyti kontrolę ir veikti atgrasymo priemonėms, Komisija nežino, ir ieškovė nepasiūlo kitokių priemonių įrodyti, kad slapta bendra antikonkurencinė politika būtų naudinga įmonių grupei oligopolinėje situacijoje, taigi būtų racionali.

223 Nors palyginti pastovios rinkos dalys gali sudaryti aplinkybes, palankias kolektyviniam dominavimui atsirasti, nesant pakankamų įrodymų, kad toks derinimas yra racionalus, jų nepakanka nustatyti faktinį ar tikėtiną tylų derinimą, remiantis kumuliacinėmis ekonominėmis kolektyvinio dominavimo sąlygomis, patvirtintomis šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisiją*. Ieškovė nepateikia papildomų įrodymų, kurie patvirtintų, kad yra vykdoma bendra politika vengti „labai konkurencingų veiksmų“. Todėl nėra priežasčių, dėl kurių būtų galima teigti, kad Komisija, nenustačiusi tokios bendros didžiųjų bendrovių politikos, padarė akivaizdžią vertinimo klaidą.

224 Dėl klientų pasirinkimo ir kultūrų įvairovės Komisija visų pirma pažymi, kad jeigu ji neprivalo nurodyti galutiniam sprendime motyvų, dėl kurių nukrypo nuo pranešime apie kaltinimus padarytų preliminarių išvadų konkrečioje byloje, tai turi būti *a fortiori* taikoma tuo atveju, kai ji nukrypsta nuo pranešime apie kaltinimus,

kuris buvo priimtas kitoje byloje prieš ketverius metus, padarytų išvadų. Tada ji pažymi, kad ieškovė aiškiai nenurodo jokio esminio argumento ar nepateikia įrodymų, kurie patvirtintų suderintą kūrybiškumo, kokybės arba muzikos įvairovės skurdinimą.

4. Dėl antrosios dalies

- 225 Komisija teigia, kad trys ieškinio pagrindai, susiję su tuo, kad ji nepadarė išvados, jog susijungimu būtų sustiprinta kolektyvinė dominuojanti padėtis, nenurodo nieko, kas nebūtų nurodyta ieškinio pagrinduose, susijusiuose su ankstesniu tokios kolektyvinės dominuojančios padėties buvimu. Jeigu bent vienas iš pastarųjų ieškovės ieškinio pagrindų būtų pripažintas pagrįstu, ginčijamas sprendimas bet kuriuo atveju būtų panaikintas, o jeigu ne, tuomet tai reikštų, kad Komisija buvo teisi nenagrinėdama to, ką ieškovė vadina koncentraciją sustiprinančiomis pasekmėmis.

C — Į bylą įstojusių šalių argumentai

1. Preliminarios pastabos

- 226 Prieš nagrinėdamos įvairius ieškovės ieškinio pagrindus ir argumentus, į bylą įstojusios šalys mano, kad yra būtina pateikti keturias plačias pastabas dėl aplinkybių, kuriomis buvo priimtas ir vertinamas ginčijamas sprendimas, ir keturias bendras pastabas dėl ieškinio.

227 Pirma, Komisija atliko išsamų tyrimą, trukusį ilgiau kaip šešis mėnesius. Nuo pat pradžių koncentracijos šalys pateikė labai esminių duomenų ir paaiškinimų dėl Europos muzikos pramonės ir koncentracijos įtakos konkurencijai, visų pirma CD kainoms, kultūrų įvairovei, vartotojų pasirinkimui, nepriklausomų įrašų bendrovių konkurencinėms galimybėms, taip pat dėl internetu transliuojamos muzikos plėtojimo ir *Sony* bei *BMG* (žr. priedą C.1) veiklos derinimo rizikos. Keliais klausimynais, kuriuose buvo daugiau kaip 250 klausimų ir kurie buvo išsiųsti apytikriai 1 240 rinkoje veikiančių ūkio subjektų (koncentracijos šalims, kitoms didžiosioms bendrovėms, nepriklausomoms įmonėms, mažmenininkams, autoriams, leidėjams, platintojams internetu), Komisija norėjo gauti ir gavo daugybę duomenų bei informacijos visais svarbiais klausimais. Koncentracijos šalys nurodė daugiau kaip 30 mln. referencinių kainų, o ekonomistai išsamiai įvertino penkių didžiųjų bendrovių vidutines neto kainas penkiose didžiosiose valstybėse. Kelios nepriklausomos bendrovės nesutinka su ieškovės nerimu manydamos, kad koncentracija padidins jų konkurencines galimybes. Remdamasi visais tais duomenimis, dviejų labai gerbiamų pramonės ekonomistų nuomonėmis, išsamiais didmeninių ir mažmeninių kainų analizėmis RBB tyrime ir išsamiais koncentracijos šalių paaiškinimais atsakyme į pranešimą apie kaltinimus arba per posėdį (žr. priedą C.3), Komisija padarė išvadą, kad jos pirminis nerimas dėl tam tikrų dalykų, visų pirma kolektyvinio dominavimo rizikos, nebuvo pagrįstas.

228 Antra, ieškovė neteisingai supranta pranešimo apie kaltinimus paskirtį ir teisinį statusą, nes jo pagrindinė funkcija yra suteikti koncentracijos šalims galimybę visiškai suprasti preliminarinius Komisijos prieštaravimus, kad jos galėtų pateikti kontrargumentus ir savo įrodymus (žr. Susijungimų reglamento 18 straipsnio 1 ir 3 dalis). Matydama, kad yra klaidų įrodymų, Komisija turi atsakyti tų kaltinimų, kurių nepagrįstumas įrodytas (2007 m. sausio 7 d. Sprendimas *Aalborg Portland ir kt. prieš Komisiją*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ir C-219/00 P, Rink. p. I-123), kaip ji tai padarė 14 iš 26 bylų per pastaruosius penkerius metus (žr. priedą C.5). Komisijos administraciniam procesui buvo taikomi išsamūs vidaus patikrinimai, administracinė procedūra užtikrino, kad visos suinteresuotosios šalys turėjo galimybę pateikti savo argumentus bei įrodymus (žr. auditoriaus pranešimą, priedas C.6), ir Patariamasis komitetas balsavo už leidimą be išlygų (priedas C.7).

- 229 Trečia, pasaulio konkurencijos institucijos (Jungtinių Valstijų, Australijos, Kanados, Čekijos Respublikos, Vengrijos, Lenkijos, Rumunijos, Rusijos, Šveicarijos, Meksikos ir Pietų Afrikos) padarė išvadą, kad sandoris turi būti leistas be išlygų ir nė vienas iš tų sprendimų nebuvo užginčytas. Taip pat nė viena konkurencijos institucija, anksčiau nagrinėjusi muzikos pramonės rinką Europoje, nemanė, kad joje vyko tylus derinimas (visų pirma žr. 2002 m. rugsėjo mėn. *Office of Fair Trading* išvadą, kad kolektyvinis dominavimas „nebuvo įrodytas“, priedas A.16, 6.11 punktas).
- 230 Ketvirta, koncentracija yra konkurenciją palaikantis atsakas į nuosmukį (CD kainų smukimas 20 % per trejus metus, neteisėtas muzikos siuntimas iš interneto, padidėjusi alternatyvių laisvalaikio produktų, pvz., DVD filmų, konkurencija) ir nuolatinius pokyčius muzikos pramonėje. Dėl paklausos nepastovumo ir netikrumo dėl būsimų verslo modelių tylų derinimą, kuris ir taip nėra tikėtinas, atsižvelgiant į rinkos ypatybes, dar sunkiau pasiekti ar išlaikyti (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 139 punktas ir Gairių dėl horizontalių susijungimų 45 punktas). Be to, kadangi pramonės sąlygos labai skiriasi nuo buvusių tuo metu, kai Komisija 2002 m. atliko EMI ir *Time Warner* koncentracijos vertinimą, jos išvados toje byloje, kurios buvo laikino pobūdžio, neturi reikšmės.
- 231 Penkta, ginčijamo sprendimo motyvavimas yra aiškus, įtikinamas ir pagrįstas pagrindinių įrodymų svarumu, atsižvelgiant į tai, kad Komisija neprivalo pateikti visų savo teisinių ir faktinių aplinkybių vertinimo motyvų (žr. 2003 m. liepos 8 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimo *Verband der freien Rohrwerke ir kt. prieš Komisiją*, T-374/00, Rink. p. II-2275, 185–187 punktus). Iš ieškinio matyti, kad ieškovė suprato motyvus, kuriais remiantis buvo pritarta koncentracijai.
- 232 Šešta, sprendimuose dėl uždraudimo reikalaujama daugiau nei vien „visų tikimybių įvertinimo“, nes neaiškumo, ar koncentracija suderinama su bendrąja rinka, atveju

pirmenybė turi būti teikiama siekiančių atlikti koncentraciją įmonių interesams (generalinio advokato A. Tizzano išvados 2005 m. vasario 15 d. byloje *Komisija prieš Tetra Laval*, C-12/03 P, Rink. p. I-987, I-992, 74–79 punktai).

233 Septinta, į bylą įstojusios šalys primena, kad nors Pirmosios instancijos teismas atlieka visų teisinių ir faktinių aplinkybių vertinimą, jis turi jurisdikciją patikrinti tik akivaizdžią klaidą, susijusią su ekonominiais vertinimais, kurie buvo atlikti vertinant kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimą ar sustiprinimą (2003 m. balandžio 3 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimo *Petrolessence ir SGR2R prieš Komisiją*, T-342/00, Rink. p. II-1161, 101 punktas). Tačiau ieškovė daugeliu atveju ragina Pirmosios instancijos teismą pakeisti Komisijos vertinimą savo vertinimu, pavyzdžiui, tvirtindama, kad Komisija suteikė pernelyg didelės reikšmės produktų nevienodumui ir nuolaidoms.

234 Aštunta, kalbant apie kolektyvinio dominavimo padėties kriterijų, klausimas yra ne tai, ar įmonės turi paskatą slaptai susitarti, bet ar jos gali, atsižvelgiant į rinkos ypatybes, tyliai pasiekti ir išlaikyti derinimo sąlygas (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 62 punktas). Labai svarbu įvertinti, ar rinka yra pakankamai skaidri.

2. Ieškovės argumentų nagrinėjimas

a) Dėl reklaminių nuolaidų

235 Į bylą įstojusios šalys tvirtina, kad jeigu kainų derinimo negalima pasiekti ar išlaikyti nesant pakankamo faktinių didmeninių neto kainų skaidrumo, išvados, kad reklaminės nuolaidos yra neskaidrios, savaime pakanka ginčijamam sprendimui pagrįsti.

236 Ginčijamame sprendime teisingai nustatytas ryšys tarp, viena vertus, albumų turinio nevienodumo ir, kita vertus, didelių reklaminių nuolaidų svyravimų bei dėl to atsiradusio didmeninių neto kainų neskaidrumo (taip pat žr. priedą C.4, p. 27). Numanomi įrodymai patvirtina, kad reklaminės nuolaidos yra reikšmingos tiek populiariausiųjų sąrašuose esantiems albumams, tiek katalogų albumams, kad jos labai skiriasi klientų, albumų ir laiko atžvilgiu ir kad didžiosios bendrovės jų nebuvo suderinusios (priedai B.2, B.4–B.14 ir konfidenciali „data room“ ataskaita). Kadangi tos nuolaidos yra kintančios, vien iš PPD stebėjimo negalima daryti jokių patikimų išvadų. Mažmenininkų antkainiai taip pat labai skiriasi laiko ir įrašų atžvilgiu ir todėl neleidžia nustatyti neto kainų pagal mažmenines kainas (žr. priedą B.17). Be to, *Sony* ir *BMG* metodiškai nestebėjo konkurentų mažmeninių kainų ar sistemiškai nerinko patikimos informacijos iš mažmenininkų apie konkurentų siūlomas nuolaidas. Galiausiai numanomi įrodymai patvirtina, kad įrašų bendrovės nesiėmė atsakomųjų veiksmų net susidūrusios su nepastoviais kainų poslinkiais, dėl kurių bet koks sankcijų mechanizmas tampa nepatikimu (žr. priedą C.4, p. 5 ir 10).

b) Derinimo nebuvimas

237 Su vidutinėmis neto kainomis, PPD ir sąskaitų faktūrų nuolaidomis susiję duomenys nerodo jokio derinimo, gal tik iš dalies panašius pokyčius, ir jie neleidžia daryti išvados, kad vyko kainų derinimas.

238 Duomenys dėl vidutinių neto kainų rodo: pirma, didelį sudėtingumo laipsnį; antra, didelį išskaidymą ir kintamumą; trečia, esminį didžiųjų bendrovių „suskirstymo pagal hierarchiją“ nepastovumą; ketvirta, plačius didžiųjų bendrovių kainų intervalus ir, penkta, paralelių nebuvimą.

239 Didelė dalis populiariausiojo šimtuko pardavimo nėra susijusi su ginčijamame sprendime nustatytais PPD (žr. ginčijamo sprendimo 76, 83, 90, 97 ir 107 konstatuojamąsias dalis).

240 Iš atsiliepimo į ieškinį priedų (B.4–B.14) yra aišku, kad didžiųjų bendrovių sąskaitų faktūrų nuolaidos ir neto kainos tarpusavyje labai skyrėsi.

c) Skaidrumo nebuvimas

241 Ginčijamame sprendime neatskleista jokių įtikinamų skaidrumo įrodymų, netgi dėl kainų sudedamųjų dalių, išskyrus reklamines nuolaidas. Atsargios ginčijamo sprendimo formuluotės sumažina visą pagrindinių įrodymų, patvirtinančių pakankamo skaidrumo nebuvimą, įrodomąją galią. Taigi išskyrus tai, kad kai kuriose valstybėse PPD yra nežinomos ar jų negalima lengvai sužinoti, įrašų bendrovės neturi tikslios informacijos apie konkrečiam albumui konkrečiu momentu panaudotas PPD. Įprastos nuolaidos nėra pakankamai skaidrios, kad būtų tyliai derinamos. Iš 161 apklausto mažmenininko tik 5 nurodė, kad konkurentai turėjo kažkiek žinių apie vienas kito nuolaidas, o 10 aiškiai pasakė, kad jie neturėjo tokių žinių.

3. Įvairūs ginčijamame sprendime nepaminėti aspektai

242 Į bylą įstojusios šalys tvirtina, kad išnagrinėtos teorijos dėl galimos žalos konkurencijai taip pat nėra sėkmingos daugelio iš ginčijamame sprendime nepaminėtų aspektų atžvilgiu. Visų pirma Komisija klydo, pagrindinį dėmesį skyrusi vidutinėms neto kainoms, nes derinimas negalėjo vykti dėl vidutinių kainų, kadangi atskirų albumų kainos nėra nustatomos siekiant gauti tam tikrą vidutinę neto kainą

ir kadangi to vidurkio didžiosios bendrovės bet kuriuo atveju negali matyti. Vidurkiai gali paslėpti didelius atskirų albumų kainų skirtumus (žr. priedą C.4, 12 pastaba). Antra, PPD nėra derinimo pagrindas. Kiekviena didžioji bendrovė net savo populiariausiems albumams naudoja labai daug įvairių PPD, kurios skiriasi laikui bėgant to paties disko atžvilgiu. Trečia, rinkos dalys nėra pastovios ir nedidelis rinkos dalies pokytis gali nulemti didžiulius pelno skirtumus.

D — *Pirmosios instancijos teismo vertinimas*

1. Bendri svarstymai

²⁴³ Ieškovė teigia, kad su produkto vienodumu, rinkos skaidrumu, atgrasymu ir suvaržymų nebuvimu susiję motyvai, kurie buvo pagrindas padaryti išvadą, jog prieš siūlomą koncentraciją didžiosios bendrovės neturėjo kolektyvinės dominuojančios padėties muzikos įrašų rinkose, yra niekiniai dėl nepakankamo motyvavimo, akivaizdžios vertinimo klaidos ir teisės klaidos.

²⁴⁴ Prieš pradėdamas nagrinėti įvairius ieškovės kaltinimus, Pirmosios instancijos teismas mano, kad visų pirma reikėtų pateikti keletą pastabų dėl kolektyvinės dominuojančios padėties sąvokos, tada trumpai paaiškinti tyrimo metodą, kurį Komisija naudojo padarydama nagrinėjamą išvadą, taip pat įvairius reikšmingus sprendime nurodytus veiksnius ir elementus, susijusius su kolektyvinės dominuojančios padėties sąvokos taikymu šioje byloje, ir galiausiai nustatyti motyvus, kuriais remdamasi Komisija ginčijamame sprendime padarė išvadą, kad anksčiau nebuvo kolektyvinės dominuojančios padėties.

2. Kolektyvinio dominavimo sąvoka

- 245 Iš Teisingumo Teismo praktikos yra aišku, kad tariamos kolektyvinės dominuojančios padėties atveju Komisija, remdamasi perspektyvine atitinkamos rinkos analize, turi įvertinti, ar jos nagrinėjama koncentracija nulemia tokios situacijos atsiradimą, kai veiksminga konkurencija atitinkamoje rinkoje bus itin apribota koncentracijoje dalyvaujančių įmonių ir vienos ar kelių trečiųjų įmonių, kurios pirmiausia dėl tarp jų egzistuojančių ryšių turi pakankamai galios bendrai ir daugiausia nepriklausomai nuo kitų konkurentų, savo klientų ir galiausiai vartotojų veikti rinkoje (1998 m. kovo 31 d. Teisingumo Teismo sprendimas *Prancūzija ir kt. prieš Komisiją*, vadinamas „Kali & Salz“, C-68/94 ir C-30/95, Rink. p. I-1375, 221 punktas).
- 246 Pirmosios instancijos teismas yra pripažinęs, kad kolektyvinio dominavimo situacija, kuri itin apriboja veiksmingą konkurenciją bendrojoje rinkoje ar didelėje jos dalyje, gali atsirasti po koncentracijos, kai, atsižvelgiant į tikrąsias atitinkamos rinkos ypatybes ir jos struktūros pokyčius, kuriuos nulėmė sandorio užbaigimas, koncentracijos pasekmė būtų ta, kad žinodama apie bendrus interesus kiekviena dominuojančios oligopolijos narė manytų, jog galima, ekonomiškai racionalu, taigi ir pageidautina ilgą laiką vykdyti tokią pačią politiką rinkoje, siekiant parduoti didesnėmis už konkurencingas kainomis, nesant reikalo sudaryti susitarimo ar pradėti taikyti suderintus veiksmus pagal EB 81 straipsnį, kai faktiniai ar potencialūs konkurentai ar netgi vartotojai ir pirkėjai negali veiksmingai reaguoti (šiuo klausimu žr. 1999 m. kovo 25 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimo *Gencor prieš Komisiją*, T-102/96, Rink. p. II-753, 276 punktą).
- 247 Šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 62 punkte Pirmosios instancijos teismas pripažino, kaip nustatyta šioje byloje nagrinėjamo ginčijamo Komisijos sprendimo 68 konstatuojamojoje dalyje, kad būtų sukurta kolektyvinė padėtis, tokia, kokia ji yra apibrėžta, turi būti įvykdytos šios trys sąlygos. Pirma, rinka turi būti pakankamai skaidri, kad savo elgesį derinančios įmonės galėtų pakankamai kontroliuoti, ar yra laikomasi derinimo taisyklių. Antra, disciplina

reikalauja, kad nuo taisyklių nukrypstančio elgesio atveju būtų tam tikros formos atgrasymo mechanizmas. Trečia, derinime nedalyvaujančių įmonių, t. y. esamų ar būsimų konkurentų, taip pat klientų reakcija neturi galėti pakenkti rezultatams, kurių tikimasi pasiekti derinimu.

248 Iš Teisingumo Teismo (šio sprendimo 245 punkte minėto sprendimo *Kali und Salz* 222 punktas) ir Pirmosios instancijos teismo (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 63 punktas) praktikos matyti, kad atliekant perspektyvinę analizę, kurią Komisija privalo atlikti koncentracijų kontrolės srityje, kolektyvinio dominavimo atveju yra būtina atidžiai išnagrinėti visų pirma aplinkybes, kurios kiekvienos konkrečios bylos atveju yra svarbios vertinant koncentracijos poveikį konkurencijai referencinėje rinkoje, ir kad Komisija turi pateikti svarių įrodymų.

249 Reikia pažymėti, kad tokia teismų praktika, kaip yra akivaizdu iš paties minėtų sprendimų teksto, buvo suformuota vertinant riziką, ar koncentracija sukurtų kolektyvinę dominuojančią padėtį, o ne, kaip nurodyta pirmoje nagrinėjamo ieškinio pagrindo dalyje, nustatant kolektyvinės dominuojančios padėties buvimą.

250 Tačiau, nors vertindama riziką, kad tokia dominuojanti padėtis bus sukurta, Komisija privalo *ex hypothesi* atlikti sudėtingą prognozę dėl tikėtinų rinkos ir konkurencijos sąlygų pokyčių, remdamasi perspektyvine analize, apimančia sudėtingus ekonominius vertinimus, kuriuos atlikdama Komisija turi didelę diskreciją, išvadą, kad yra kolektyvinė dominuojanti padėtis, savaime patvirtina konkreti priimančios sprendimą buvusios situacijos analizė. Kolektyvinės dominuojančios padėties buvimo fakto nustatymas turi būti paremtas daugeliu įrodytų praeities ar dabarties faktinių

aplinkybių elementų, rodančių, kad konkurencija rinkoje itin apribojama, nes tam tikros įmonės yra įgijusios pakankamai galios kartu vienodai veikti toje rinkoje, neatsižvelgiant į savo konkurentus, klientus ir vartotojus.

251 Iš to išplaukia, kad vertinant kolektyvinės dominuojančios padėties buvimą, nors šio sprendimo 45 punkte minėtame Pirmosios instancijos teismo sprendime *Airtours prieš Komisiją* apibrėžtos trys sąlygos, kildinamos iš teorinės kolektyvinės dominuojančios padėties sąvokos analizės, iš tiesų taip pat yra būtinos, vis dėlto atitinkamomis aplinkybėmis jos gali būti nustatytos netiesiogiai, remiantis net labai heterogeniškais požymiais bei įrodymais, susijusiais su kolektyvinės dominuojančios padėties buvimui būdingais ženklais, reiškiniais ir fenomenais.

252 Taigi visų pirma glaudaus kainų derinimo ilgą laiką, ypač jeigu jos didesnės už konkurencines, kartu su kitais kolektyvinei dominuojančiai padėčiai būdingais veiksniais, gali, nesant alternatyvaus pagrįsto paaiškinimo, pakakti kolektyvinės dominuojančios padėties buvimui įrodyti, net jei nėra tvirtų tiesioginių didelio rinkos skaidrumo įrodymų, nes toks skaidrumas tokiomis aplinkybėmis gali būti numanomas.

253 Todėl darytina išvada, kad šioje byloje tiek neto, tiek bruto kainų derinimas per pastaruosius šešerius metus, nors produktai ir nėra tie patys (kiekvieno disko turinys skiriasi), ir tai, kad jos buvo išlaikytos tokio pastovaus tokio aukšto lygio, nepaisant didelio paklausos sumažėjimo, kartu su kitais veiksniais (įmonių galia oligopolinėje situacijoje, rinkos dalių pastovumas ir kt.), kaip Komisija nustatė ginčijamame sprendime, galėtų, nesant alternatyvaus paaiškinimo, leisti manyti, arba rodyti, kad kainų derinimas nėra įprasto veiksmingos konkurencijos veikimo rezultatas ir kad rinka pakankamai skaidri, nes ji leido vyksti tyliam kainų derinimui.

254 Tačiau, kadangi ieškovė grindė savo argumentavimą neteisingu įvairių šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisiją* apibrėžtų sąlygų, kurios turi būti įvykdytos siekiant, kad būtų kolektyvinė dominuojanti padėtis, ir visų pirma sąlygos, susijusios su rinkos skaidrumu, taikymu, o ne teorija, kad ilgą laiką vykdomos bendros politikos nustatymo, kartu esant daugeliui kitų kolektyvinei dominuojančiai padėčiai būdingų veiksnių, tam tikromis aplinkybėmis ir nesant alternatyvaus paaiškinimo gali pakakti dominuojančios padėties buvimui įrodyti, atvirkščiai, nei tokios padėties sukūrimui, nesant būtinybės neabejotinai nustatyti rinkos skaidrumo, Pirmosios instancijos teismas, nagrinėdamas pateiktus teisinius ieškinio pagrindus, tik patikrins, ar ginčijamame sprendime buvo teisingai taikomos sprendime *Airtours prieš Komisiją* apibrėžtos sąlygos. Net nesant būtinybės svarstyti, ar laikydamasis priešingo požiūrio Pirmosios instancijos teismas turėtų nukrypti nuo šalių apibrėžtų ginčo aplinkybių, ar tai būtų tik teisės taikymas atsižvelgiant į ieškovės pateiktą ieškinio pagrindą, Pirmosios instancijos teismas, atsižvelgdamas į šalių rungimosi principą, turi laikytis taip apibrėžto požiūrio, nes tas klausimas nebuvo jame svarstomas.

3. Komisijos sprendimas

255 Siekiant išnagrinėti pirmąjį ieškinio pagrindą, svarbiausi ginčijamo sprendimo elementai gali būti apibendrinti taip.

256 Šalys neginčija Komisijos išvadų dėl įvairių produktų ir geografinių rinkų. Ginčijamo sprendimo 12 konstatuojamojoje dalyje Komisija laikėsi nuomonės, kad „(nebuvo) būtina nuspręsti, ar yra atskiros produktų rinkos, pagrįstos žanru, ir ar yra atskira rinkinių, kaip antai produktų, rinka“. 15 konstatuojamojoje dalyje ji nustatė, kad „atitinkamos geografinės rinkos (buvo) laikomos nacionalinėmis“.

- 257 Taip pat neginčijama, kad įvairių nacionalinių rinkų struktūra yra oligopolinė, ir jose penkios didžiosios bendrovės, atsižvelgiant į valstybę, turi 72–93 % rinkos; tose rinkose taip pat veikia daug mažesnių įrašų bendrovių („nepriklausomų bendrovių“), kurios užima apytikriai 15–20 % rinkos.
- 258 Be to, penkioms didžiosioms bendrovėms būdinga, pirma, veikimas pasauliniu mastu, antra, dalinė vertikali integracija, trečia, investicijos „iš apačios į viršų“ į muzikos leidybą ir internetu transliuojamos muzikos rinkas, ketvirta, didelė finansinė galia, leidžianti joms siūlyti patrauklesnes finansines išmokas atlikėjams ir, penkta, platus bei įvairiarūšis pagal sutartis dirbančių atlikėjų asortimentas ir ilgas esamų muzikos kūrinių sąrašas.
- 259 Be to, paklausos pokyčiai rodo, kad nuo 1999 m. pardavimas sumažėjo (1999–2002 m. EEE sumažėjo 13 % ir 2002–2003 m. daugiau kaip 7 %). Tačiau kainos išliko gan pastovios. Komisijos rinkos tyrime taip pat pažymėti kitokie tokio pardavimo sumažėjimo paaiškinimai nei pateiktieji koncentracijos šalių, būtent, kad: dideliu laikomas CD kainų lygis, bendras ekonominis nuosmukis, įrašų bendrovių nesugebėjimas įtikti klientų skoniui, kokybiško turinio ir naujoviškų atlikėjų nebuvimas bei įrašų bendrovių nesugebėjimas prisitaikyti prie technologinių interneto iššūkių.
- 260 Kalbant apie Komisijos taikytą metodiką, ginčijamo sprendimo 69 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad vertindama, ar buvo egzistuojanti kolektyvinė dominuojanti padėtis, Komisija analizavo, ar per ankstesnius trejus ketverius metus penkios didžiosios bendrovės iš tiesų vykdė suderintą kainų politiką.

261 Šiuo tikslu Komisija iš pradžių analizavo kiekvienos didžiosios bendrovės 100 populiariausių albumų, kurie sudarė bent 70–80 % viso jų muzikos pardavimo, vidutinių neto kainų pokyčius pagal ketvirčius penkiose didžiausiose valstybėse narėse, nes, Komisijos nuomone, vidutinės kainos yra tinkama priemonė įvertinti kainų paraleles. Todėl Komisija analizavo vidutinių neto kainų, PPD, bruto ir neto kainų santykių ir sąskaitų faktūrų bei retrospektyvių nuolaidų pokyčius (ginčijamo sprendimo 72 konstatuojamoji dalis).

262 Antra, Komisija išnagrinėjo galimybę, kad, remiantis vidutinių kainų paralelėmis, kainų derinimą buvo galima pasiekti naudojant kainoraščio kainas kaip pagrindą.

263 Trečia, Komisija analizavo, ar įvairių didžiųjų bendrovių nuolaidos buvo suderintos ir pakankamai skaidrios, kad būtų įmanoma veiksminga bet kokio kainų derinimo kontrolė, taip pat ir neto kainų lygiu (ginčijamo sprendimo 73 konstatuojamoji dalis).

264 Komisijos išvados, suformuluotos beveik taip pat kiekvienos iš penkių didžiųjų valstybių atveju, gali būti apibendrintos taip:

- Komisija tvirtina „nustačiusi didžiųjų bendrovių tam tikrų faktinių vidutinių neto kainų paralelių ir palyginti panašių jų kainų pokyčius“, tačiau „šie pastebėjimai nebuvo tiek lemiami, kad juos būtų galima laikyti pakankamu ankstesnio suderinto elgesio dėl kainų įrodymu“; „todėl Komisija toliau tyrė, ar papildomi elementai, t. y. kainoraščio kainos ir nuolaidos, buvo suderinti ir pakankamai skaidrūs, kad pateiktų pakankamą derinimo įrodymą“,

- Komisija „nustatė tam tikrų požymių, kad PPD galėjo būti naudojamos kaip didžiųjų bendrovių kainų derinimo Prancūzijoje pagrindas“. Atsižvelgiant į valstybę, 2003 m. kiekviena didžioji bendrovė, taikydama tris iš savo pagrindinių PPD, pasiekė 55–80 % viso 100 populiariausiųjų albumų neto pardavimo. Todėl Komisija mano, kad „atsižvelgiant į šiuos svarstymus populiariausių albumų kainoraščio kainos atrodo pakankamai suderintos“ (Jungtinėje Karalystėje, Prancūzijoje ir Italijoje arba „tam tikru mastu suderintos“ Vokietijoje ir Ispanijoje),

- Komisija taip pat nustatė, kad PPD buvo gan skaidrios, nes jos yra nurodytos didžiųjų bendrovių kainoraščiuose. Todėl atrodo įmanoma kontroliuoti kitų didžiųjų bendrovių kainoraščio kainas,

- neto pardavimo kainos yra glaudžiai susietos su bruto kainomis (PPD), atsižvelgiant į *Sony* ir *BMG* vidutinių bruto kainų ir faktinių vidutinių neto kainų paralelinius pokyčius per pastaruosius šešerius metus, taip pat bet kuriuo metu labai didelį neto ir bruto kainų santykio stabilumą, vertinant visus albumus kartu,

- tačiau Komisija nustatė tam tikrų nuolaidų dydžių, kuriuos taikė įvairios didžiosios bendrovės, svyravimų ir taip pat 2–5 procentinių punktų skirtumus tarp *Sony* ir *BMG* sąskaitų faktūrų nuolaidų pagrindinei jų 10 svarbiausių klientų daliai ir daugiau kaip 5 procentinių punktų skirtumą kai kuriems klientams tam tikrais metais (padėtis Prancūzijos rinkoje šiek tiek skiriasi),

- koncentracijos šalys pateikė duomenų, kurie atskleidžia, kad sąskaitų faktūrų nuolaidos skiriasi laiko ir albumų atžvilgiu ir kad konkrečiam albumui suteiktos nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į klientą. Rinkos tyrimas parodė, kad tuos svyravimus daugiausia nulėmė reklaminės nuolaidos, naudojamos lanksčiau nei įprastos nuolaidos, kurios dažniausia nustatomos kasmet. Remiantis tais

pastebėjimais, neįmanoma įrodyti, kad sąskaitų faktūrų nuolaidos yra pakankamai suderintos tarp koncentracijos šalių (padėtis Prancūzijos rinkoje šiek tiek skiriasi),

- dėl nuolaidų skaidrumo klientų atsakymai į Komisijos rinkos tyrimą apskritai atskleidė, kad didžiosios bendrovės turėjo kažkiek žinių apie jų konkurentų taikomas įprastas nuolaidas, atsižvelgiant į jų nuolatinę sąveiką su tais pačiais klientais. Tačiau akivaizdu, kad reklaminės nuolaidos yra ne tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos ir kad norint vykdyti reklaminių nuolaidų kontrolę taip pat reikia atidžiai stebėti tokio tipo nuolaidų pokyčius mažmeninėje rinkoje. Nors Komisija nustatė, kad tiek *Sony*, tiek *BMG* sukūrė savaitinio pardavimo ataskaitų sistemą, jai nepavyko įrodyti, kad tos ataskaitos užtikrino pakankamą konkurentų taikomų reklaminių nuolaidų skaidrumą.

²⁶⁵ Toliau ginčijamo sprendimo 109 konstatuojamojoje dalyje Komisija padarė išvadą: „kadangi atlikus išsamią didžiųjų bendrovių kainų pokyčių penkiose didžiosiose valstybėse narėse analizę buvo nustatyta tam tikrų suderinto elgesio požymių, kurių vis dėlto nepakako kolektyvinės dominuojančios padėties buvimui nustatyti, (ji) toliau analizavo, ar muzikos įrašų rinkoms buvo būdingos ypatybės, palengvinančios kolektyvinį dominavimą“.

²⁶⁶ Šiuo tikslu Komisija ištyrė produktų homogeniškumą (ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamoji dalis), rinkos skaidrumą (ginčijamo sprendimo 111–113 konstatuojamosios dalys) ir atsakomųjų priemonių naudojimą (ginčijamo sprendimo 114–118 konstatuojamosios dalys).

- 267 Kalbant apie produktų homogeniškumą, pažymėtina, jog Komisija nustatė, kad turinio heterogeniškumas ir to pasekmės kainoms mažina rinkos skaidrumą ir daro nerašytą susitarimą sudėtingesnį, nes jam būtina tam tikra kontrolė atskirų prekių t. y. albumų lygiu.
- 268 Dėl rinkos skaidrumo Komisija laikėsi nuomonės, kad didžiosios bendrovės tam, kad pasiektų pagrindinę pardavimo dalį, turi tik kontroliuoti riboto geriausiai parduodamų albumų skaičiaus referencines kainas. Tačiau Komisija pažymi, kad yra būtina tolesnė kontrolė albumų lygiu, visų pirma reklaminių nuolaidų atžvilgiu, ir kad dėl to nerašytas susitarimas galėtų tapti sudėtingesnis (ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamoji dalis).
- 269 Dėl atsakomųjų priemonių ginčijamo sprendimo 118 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, jog Komisija nerado įrodymų, kad atsakomosios priemonės būtų naudojamos praeityje, o tai būtų buvęs kolektyvinės dominuojančios padėties įrodymas.
- 270 Šiuo sprendimo etapu nepateikdama jokios išvados dėl kolektyvinės dominuojančios padėties buvimo penkiose didžiosiose valstybėse, Komisija toliau nagrinėjo mažesnių valstybių rinkas ir padarė panašias išvadas.
- 271 Visų pirma Komisija pažymėjo, kad tarp įvairių didžiųjų bendrovių PPD yra daug paralelių. Kaip ir didžiosiose valstybėse, svarbiausios nuolaidos mažosiose valstybėse yra įprastos nuolaidos. Sąskaitų faktūrų nuolaidos nėra įprastos ir nežinomos viešai, todėl rinkos skaidrumas yra sumažėjęs. Atsižvelgusi į sąskaitų faktūrų nuolaidų svarbą ir į jų skirtumus, Komisija nerado pakankamai įrodymų, kurie patvirtintų, kad vidutinių neto kainų paraleles būtų galima priskirti nerašytam didžiųjų bendrovių susitarimui, net jei PPD buvo pakankamai suderintos ir tos PPD iš esmės galėjo būti naudojamos kaip nerašyto susitarimo pagrindas (ginčijamo sprendimo 150 konstatuojamoji dalis).

272 Be to, su didžiųjų valstybių produktų homogeniškumu, rinkos skaidrumu ir atsakomosiomis priemonėmis susiję motyvai taip pat galioja mažesnėms EEE valstybėms.

273 153 konstatuojamojoje dalyje Komisija padarė išvadą, kad „remiantis šiuo pagrindu, nėra pakankamai įrodymų, jog būtų galima padaryti išvadą, kad nacionalinėse (mažesnių valstybių) muzikos įrašų rinkose egzistuoja kolektyvinė didžiųjų bendrovių padėtis“.

274 Remdamasi nurodytais motyvais, Komisija 154 konstatuojamojoje dalyje padarė išvadą, kad nebuvo pakankamai įrodymų, kurie patvirtintų, jog dėl siūlomo sandorio sustiprėtų esama kolektyvinė dominuojanti padėtis bet kurioje iš EEE valstybių muzikos įrašų rinkų.

275 Iš to, kas paminėta, darytina išvada, kad Komisija, remdamasi produktų vienodumu, rinkos skaidrumu ir atsakomųjų priemonių panaudojimu, padarė išvadą, jog nebuvo kolektyvinės dominuojančios padėties.

276 Tai patvirtinta 157 konstatuojamojoje dalyje, kuri suformuluota taip:

„Kaip jau išnagrinėta skyriuje dėl kolektyvinės dominuojančios padėties sustiprėjimo, muzikos įrašų rinkos turi tam tikrų ypatybių, rodančių, kad yra palankios sąlygos kolektyviniam dominavimui. Tačiau Komisija nerado pakankamai įrodymų,

kad didžiosios bendrovės praityje būtų užėmusios kolektyvinę dominuojančią padėtį, visų pirma dėl faktinio skaidrumo trūkumo, iš dalies heterogeniškų produktų savybių ir įrodymų, patvirtinančių atsakomuosius veiksmus praityje, nebuvimo.“

277 Atsižvelgdamas į šiuos svarstymus, Pirmosios instancijos teismas turi išnagrinėti įvairius ieškovės pateiktus kaltinimus.

4. Skaidrumas

a) Kaltinimas nepakankamu motyvavimu

278 Ieškovė iš esmės teigia, kad ginčijamame sprendime pakankamai nepaaiškinamos priežastys, kodėl nuolaidos, visų pirma reklaminės nuolaidos, kliudo skaidrumui, kuris yra būtinas kolektyvinei dominuojančiai padėčiai susiformuoti.

279 Preliminariai Pirmosios instancijos teismas pažymi, kad pagal nusistovėjusią teismų praktiką EB 253 straipsnio reikalaujamas motyvavimas turi atitikti nagrinėjamo akto prigimtį ir aiškiai bei nedviprasmiškai atskleisti aktą priėmusios institucijos argumentavimą, kad suinteresuoti asmenys galėtų žinoti teisės akto priėmimo priežastis, o kompetentingas Bendrijos teismas – atlikti teisminę kontrolę. Reikalavimas motyvuoti turi būti vertinamas atsižvelgiant į bylos aplinkybes, ypač į akto turinį, pateiktų motyvų pobūdį ir asmenų, kuriems jis yra skirtas, ar kitų asmenų, su kuriais aktas tiesiogiai ir konkrečiai susijęs, interesą gauti paaiškinimus (žr. 1998 m. balandžio 2 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Komisija prieš Sytraval ir Brink's France*, C-367/95 P, Rink. p. I-1719, 63 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).

- 280 Klausimas, ar motyvavimas atitinka EB 253 straipsnio reikalavimus, turi būti įvertintas atsižvelgiant ne tik į jo tekstą, bet ir į kontekstą bei visas nagrinėjamą klausimą reglamentuojančias teisės normas (1996 m. vasario 29 d. Teisingumo Teismo sprendimas *Belgija prieš Komisiją*, C-56/93, Rink. p. I-723, 86 punktas ir 1997 m. lapkričio 27 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimas *Kaysersberg prieš Komisiją*, T-290/94, Rink. p. II-2137, 150 punktas).
- 281 Kai Komisija pripažįsta koncentraciją suderinamą su bendrąja rinka remdamasi reglamento 6 straipsnio 1 dalies b punktu, su pareiga nurodyti motyvus susijusi būtina ir pakankama sąlyga yra ta, kad sprendime būtų aiškiai ir nedviprasmiškai nurodyti motyvai, kodėl Komisija mano, jog nagrinėjama koncentracija nesukelia rimtų abejonių dėl jos suderinamumo su bendrąja rinka. Tačiau iš to įpareigojimo negalima daryti išvados, kad tokiu hipotetiniu atveju Komisija privalo pateikti savo visų teisinių ir faktinių aplinkybių, kurios gali būti susijusios su koncentracija, apie kurią buvo pranešta, ir (arba) kurios buvo nurodytos per administracinę procedūrą, vertinimo motyvus (žr. šio sprendimo 231 punkte minėto sprendimo *Verband der freien Rohrwerke ir kt. prieš Komisiją* 185 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).
- 282 Pirmosios instancijos teismas visų pirma turi išnagrinėti poveikį aplinkybės, kurią nurodė ieškovė, kad Komisija pranešime apie kaltinimus padarė kategorišką išvadą, jog koncentracija yra nesuderinama su bendrąja rinka visų pirma dėl to, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis egzistavo dar prieš siūlomą koncentraciją ir kad muzikos įrašų rinka buvo skaidri ir ypač palanki derinimui.
- 283 Šis radikalus Komisijos pozicijos pasikeitimas iš tiesų gali stebinti, visų pirma atsižvelgiant į vėlyvą etapą, kuriuo ši pozicija buvo pakeista. Iš esmės, kaip galima matyti iš bylos medžiagos ir Pirmosios instancijos teisme žodžiu pateiktų argumentų, Komisija, remdamasi visa tiek iš įvairių rinkos subjektų, tiek iš koncentracijos šalių vykstant penkis mėnesius trukusiam tyrimui gauta informacija, per visą administracinę procedūrą manė, jog rinka buvo pakankamai skaidri, kad

leistų nerašytą susitarimą dėl kainų, ir kad tik remdamasi 2004 m. birželio 15–16 d. bylos nagrinėjime koncentracijos šalių, kurioms padėjo patarėjas ekonominiiais klausimais, pateiktais argumentais, neatlikusi jokių naujų rinkos tyrimų, ji patvirtino priešingą poziciją, bei 2004 m. liepos 1 d. išsiuntė sprendimo projektą Patariamajam komitetui.

284 Tačiau, kaip teisingai teigia Komisija, iš teismų praktikos (šio sprendimo 105 punkte minėto sprendimo *BAT ir Reynolds prieš Komisiją*) matyti, kad kai Komisija atmeta prašymą pagal 1962 m. vasario 6 d. Tarybos reglamento Nr. 17, Pirmojo reglamento, įgyvendinančio Sutarties (81) ir (82) straipsnius (OL 13, p. 204), 3 straipsnį, jai pakanka nurodyti motyvus, dėl kurių nemanė, kad įmanoma įrodyti konkurencijos taisyklių pažeidimo faktą, tačiau ji neprivalo paaiškinti jokių skirtumų nuo pranešimo apie kaltinimus, nes tai yra parengiamasis dokumentas, kuriame pateikti visiškai negalutinio pobūdžio vertinimai, skirti apibrėžti administracinės procedūros taikymo sritį įmonėms, kurios yra tos procedūros objektas, arba aptarti visas faktines ir teises aplinkybes, kurios buvo nagrinėtos per administracinę procedūrą. Šio sprendimo 228 punkte minėtame sprendime *Aalborg Portland ir kt. prieš Komisiją* Teisingumo Teismas rėmėsi pranešimo apie kaltinimus laikinu pobūdžiu ir Komisijos pareiga atsižvelgti į su administracine procedūra susijusius elementus, visų pirma siekiant atmesti visus kaltinimus, kurie gali pasirodyti nepagrįsti.

285 Reikia pripažinti, kad ta teismų praktika buvo išplėtota EB 81 ir EB 82 straipsnių taikymo procedūros srityje, o ne konkrečioje koncentracijų kontrolės srityje, kur būtinybė paisyti privalomų terminų, nustatytų Komisijos sprendimams priimti, neleidžia jai pratęsti savo tyrimo, ir taip sumažinama tikimybė, kad Komisija iš esmės pakeis savo poziciją vykstant administracinei procedūrai. Be to, savo galutinėse pastabose Komisija pabrėžė, kad tyrimo priemonės, kurių imtasi po bylos nagrinėjimo, iš esmės buvo susijusios su konsultacijomis su rinkos subjektais dėl siūlomų įsipareigojimų, o ne su koncentracijai, apie kurią buvo pranešta, pateiktais kaltinimais. Tačiau išlieka ta aplinkybė, kad pranešimas apie kaltinimus yra tik parengiamasis dokumentas ir kad galutinis sprendimas turi būti pagrįstas tik visomis aplinkybėmis bei įrodymais, turinčiais reikšmės vertinant pasekmes, kurių

numatoma koncentracija turės konkurencijai nagrinėjamosiose rinkose. Todėl darytina išvada, kad vien tai, jog Komisija savo sprendime nepaiškino savo pasikeitusios pozicijos ir nepalygino jos su jos pranešime apie kaltinimus išdėstyta pozicija, savaime negali būti laikoma nepakankamu motyvavimu ar motyvavimo nebuvimu.

286 Be to, Komisija taip pat remiasi teismų praktika, kurioje pripažinta, kad jeigu koncentracija nepakeičia arba tik labai nedaug pakeičia konkurencinę padėtį konkrečioje rinkoje, iš Komisijos negalima reikalauti nurodyti konkrečių motyvų, ir kad ji taip pat nepažeidžia pareigos motyvuoti, jei savo sprendime nenurodo konkrečių priežasčių, susijusių su tam tikrų koncentracijos aspektų, kuriuos ji laiko akivaizdžiai nesusijusiais ar nereikšmingais, vertinimu. Nors tie tvirtinimai yra teisingi, reikia pripažinti, kad šio kaltinimo aplinkybėmis jie neturi reikšmės. Pirmiausia, šis kaltinimas yra susijęs ne su nedideliu pakeitimu, atsiradusiu dėl koncentracijos, bet su padėtimi, buvusia prieš koncentraciją, ir, antra, neginčijama, kad pakankamo skaidrumo rinkoje nebuvimas yra esminis ir iš tiesų vienintelis pagrindas, kuriuo yra paremta ginčijama išvada, kad anksčiau nebuvo kolektyvinės dominuojančios padėties.

287 Atsižvelgdamas į šias preliminarias pastabas, Pirmosios instancijos teismas išnagrinęs, ar ginčijamame sprendime yra pakankamai motyvuota išvada, jog rinka nėra pakankamai skaidri, jog būtų įmanomas kainų derinimas.

288 Rinkos skaidrumo klausimas nagrinėjamas tam skirtame skyriuje, ginčijamo sprendimo 111–113 konstatuojamosiose dalyse. Tačiau akivaizdu, kad ginčijamo sprendimo skyriuje, kuriame nagrinėjamas bendras penkių didžiųjų bendrovių susitarimas dėl kainų penkiose didžiosiose valstybėse narėse, t. y. 69–108 konstatuojamosiose dalyse, į kurias skyriuje, kuriame nagrinėjamas skaidrumas, daroma nuoroda, taip pat yra su skaidrumu susijusių argumentų; jų yra ir skyriuje, kuriame pateiktas kolektyvinės dominuojančios padėties buvimo mažesnių valstybių rinkose vertinimas, t. y. 148–153 konstatuojamosiose dalyse, į kurias skyriuje dėl skaidrumo nedaroma jokios nuorodos. Todėl Pirmosios instancijos teismas turi iš eilės išnagrinėti šiuose trijuose skyriuose nurodytus motyvus.

289 Kalbant apie skyrių dėl skaidrumo, preliminariai reikia pažymėti, kad jame yra tik trys konstatuojamosios dalys, nors pagal ginčijamą sprendimą ir juo labiau pagal Komisijos poziciją, kurią ji gynė savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui, šioje byloje skaidrumas yra esminis ir iš tiesų vienintelis motyvas tvirtinti, jog muzikos įrašų rinkose nėra kolektyvinės dominuojančios padėties. Taip pat reikėtų pažymėti, jog tame skyriuje nepadaryta išvada, kad rinka nėra skaidri, ar netgi kad ji nėra pakankamai skaidri, jog būtų galimas tylus susitarimas. Jame nurodyta tik tai, kad, pirma (111 konstatuojamosios dalies pabaigoje), būtinybė atlikti kontrolę albumų lygmeniu, visų pirma reklaminių nuolaidų srityje, „galėtų sumažinti skaidrumą rinkoje ir padaryti nerašytą susitarimą sudėtingesnę“ ir, antra (113 konstatuojamosios dalies pabaigoje), kad „tačiau Komisija nesurado pakankamai įrodymų, jog didžiosios bendrovės, kontroliuodamos mažmenines kainas arba palaikydamos ryšius su mažmenininkais, praeityje būtų panaikinusios nuolaidų, visų pirma penkių valstybių narių atveju aprašytų reklaminių nuolaidų skaidrumo trūkumą“. Akivaizdu, kad tokie neapibrėžti tvirtinimai, kuriais net menkiausiai nepatikslinamas reklaminių nuolaidų pobūdis, aplinkybės, kuriomis tokios nuolaidos gali būti taikomos, jų neskaidrumo laipsnis, dydis ar įtaka kainų skaidrumui, negali pakankamai patvirtinti išvados, jog rinka nėra pakankamai skaidri, kad leistų kolektyvinę dominuojančią padėtį.

290 Toliau atrodo, kad, nepaisant dviejų minėtų ištraukų, visi ginčijamo sprendimo 111–113 konstatuojamosiose dalyse nurodyti veiksniai visai neįrodo rinkos neskaidrumo, o atvirkščiai, įrodo, kad rinka buvo skaidri.

291 Taigi 111 konstatuojamojoje dalyje minimas ribotas referencinių kainų skaičius ir tai, kad didžiosios bendrovės turi tik kontroliuoti riboto kiekio geriausiai parduodamų albumų referencines kainas, kad pasiektų pagrindinę pardavimo dalį, nes 20 populiariausių muzikos kūrinių kiekvienais metais sudaro pusę metinio pardavimo bet kurioje iš valstybių.

292 Be to, 112 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „rinkoje yra kitų priemonių, kurios didina skaidrumą ir galėtų sudaryti sąlygas, palengvinančias susitarimo kontrolę“. Jos visų pirma apima savaitinių populiariausių kūrinių sąrašų, kurie pateikia informaciją apie pardavimą muzikos kūrinių lygmeniu, skelbimą ir leidžia labai nesunkiai iš karto nustatyti, kurie muzikos kūriniai tampa hitais, o tai, kaip paaiškinta, „labai palengvina didžiosioms bendrovėms kontrolę“. Toliau ginčijamame sprendime nurodoma, jog muzikos įrašų rinkos pobūdis yra toks, kad „siekiant, jog muzika prekiaujantis mažmenininkas dirbtų sėkmingai, jis turi siūlyti kiekvienos didžiosios bendrovės produktą“ ir jog „todėl sektoriui yra būdingi ilgalaikiai ir pastovūs mažmenininkų bei visų didžiųjų bendrovių ryšiai“. Komisija taip pat pažymi: „be to, didelė dalis didžiųjų bendrovių muzikos įrašų parduodama ribotam klientų skaičiui“ ir daro išvadą, kad „tokia padėtis, kai yra ribotas rinkos dalyvių skaičius, sudaro palankias sąlygas taikyti derinimo strategijas didžiųjų bendrovių naudai ir palengvina kontrolę beir informacijos srautą“.

293 Reikia pasakyti, kad tas skaidrumą didinančių ir susitarimo laikymosi kontrolę palengvinančių priemonių bei veiksmų sąrašas tęsiamas paskutinėje ginčijamo sprendimo konstatuojamojoje dalyje, skyriuje, kuriame nagrinėjamas rinkos skaidrumas. Komisija 113 konstatuojamojoje dalyje teigia, kad „kitas skaidrumo šaltinis yra mažmeninės rinkos kontrolė“. Ji šiuo atžvilgiu nurodo, kad „rinkos tyrimas atskleidė, jog *Sony* ir *BMG* sukūrė savaitinių <...> ataskaitų, apimančių informaciją apie konkurentus, sistemą“. Galiausiai Komisija nurodo, jog tyrimas „taip pat patvirtino, kad didžiųjų įrašų bendrovių pardavimo personalai palaikė reguliarius ir nuolatinius ryšius su mažmenininkais ir didmenininkais, nes kas savaitę dažnai vyko derybos dėl reklaminės paramos bei reklaminių nuolaidų“.

294 Iš to, kas nurodyta, yra aišku, kad ginčijamo sprendimo skyriuje, kuriame nagrinėjamas skaidrumas, Komisija ne tik nepadarė išvados, jog rinka buvo neskaidri ar nepakankamai skaidri, kad leistų kolektyvinę dominuojančią padėtį, bet ir paminėjo tik tuos veiksmus, kurie gali nulemti didelį skaidrumą rinkoje bei palengvinti susitarimo laikymosi kontrolę, išskyrus gana ribotą ir nepagrįstą

tvirtinimą, kad reklaminės nuolaidos galėtų sumažinti skaidrumą ir padaryti nerašytą susitarimą sudėtingesnį. Todėl reikia pripažinti, jog tas skyrius pats savaime akivaizdžiai negalėjo būti laikomas pakankamai patvirtinančiu teiginį, kad rinka nebuvo pakankamai skaidri.

295 Pirmosios instancijos teismas toliau turi išnagrinėti, ar toks motyvavimas yra skyriuje, kuriame nagrinėjamas bendras didžiųjų bendrovių susitarimas dėl kainų.

296 Preliminariai reikėtų turėti omenyje tai, kad penkių didžiųjų valstybių rinkoms taikytas metodas ir dėl jų padarytos išvados su labai nedideliais skirtumais yra tokie patys, todėl toliau nurodytos pastabos dėl Jungtinės Karalystės *mutatis mutandis* taikomos visoms penkioms didžiosioms rinkoms.

297 Pažymėjusi, kad didžiųjų bendrovių faktinių vidutinių neto kainų pokyčiai Jungtinėje Karalystėje buvo iš dalies panašūs, Komisija ginčijamo sprendimo 75 konstatuojamojoje dalyje nurodo, kad tada ji ištyrė, ar papildomi elementai, t. y. kainoraščio kainos ir nuolaidos, buvo suderinti ir pakankamai skaidrūs, jog pateiktų pakankamų derinimo įrodymų.

298 Preliminariai reikia pažymėti, kad šiame skyriuje Komisija siekia išnagrinėti, ar didžiųjų bendrovių elgesys gali rodyti derinimo buvimą. Tačiau savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija keletą kartų pabrėžė būtinybę nepainioti bendro rinkos dalyvių susitarimo su rinkos skaidrumo įrodymais, teigdama, kad net esminis taikomų sąlygų suderinimas negalėtų įrodyti rinkos skaidrumo. Pagal Komisijos teoriją išplaukia, kad išvados dėl didžiųjų bendrovių kainų ir nuolaidų nustatymo praktikos neturi reikšmės nustatant rinkos skaidrumą. Tokiomis aplinkybėmis tame skyriuje pateiktos pastabos neturėtų leisti kompensuoti

pirmiau aprašyto nepakankamo motyvavimo. Tačiau kadangi teorija neatitinka ginčijamo sprendimo, Pirmosios instancijos teismas mano, kad yra būtina išnagrinėti, ar tame skyriuje padarytos išvados gali pateikti pakankamų motyvų padaryti išvadą, jog rinkoje nebuvo skaidrumo.

299 Kalbant, pirma, apie PPD, pažymėtina, jog Komisija nustatė, kad kiekviena didžioji bendrovė, taikydama savo tris svarbiausias PPD, 2003 m. pasiekė daugiau kaip 80 % viso 100 populiariausių CD albumų neto pardavimo, ir kad, be to, vienai ar dviem 17 pensų intervalo (8,98–9,15 GBP) PPD buvo priskiriama daugiau kaip 47 % 100 populiariausių albumų pardavimo (skaičiai buvo palyginti panašūs kitose didelėse valstybėse: pvz., viena ar dvi 0,36 EUR (12,55–12,91 EUR) intervalo PPD sudarė daugiau kaip 60 % 100 populiariausių albumų pardavimo Italijoje). Komisija padarė išvadą, kad „geriausiai parduodamų albumų kainoraščio kainos, atrodo, yra pakankamai suderintos“. Tai yra bent jau atsargi išvada, nes suderinimas iš tiesų buvo labai pastebimas.

300 Be to, šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, jog pranešime apie kaltinimus Komisija nenustatė, kad kainos buvo tik „pakankamai suderintos“; ji nustatė, kad kainos buvo „iš esmės suderintos“ (pagal pranešimo apie kaltinimus 82 punktą „PPD yra labai glaudžiai susijusios“, o 87 punkte kalbama apie „esminį suderinimą“). Kalbėdama apie 20 populiariausių diskų, Komisija netgi paminėjo beveik visišką suderinimą (žr. pranešimo apie kaltinimus 85 ir 86 punktus), tačiau ta analizės dalis nebuvo pakartota ginčijamame sprendime, nors kai Komisijai šiuo atžvilgiu per posėdį buvo užduotas klausimas, ji neteigė, kad analizė yra neteisinga ir negalėjo paaiškinti, kodėl atsisakė tos analizės dalies. Be to, ginčijamo sprendimo 72 konstatuojamojoje dalyje paminėti tik keturi elementai, sudarantys bendro susitarimo dėl kainų analizės pagrindą, o pranešimo apie kaltinimus 75 punkte paminėtas ir penktasis elementas. Nors, kaip nurodyta pirmiau, pranešimas apie kaltinimus yra tik laikinas dokumentas, ir nors Komisija turi visas teises ir iš tiesų netgi prievolę pakeisti

savo poziciją, atsižvelgusi į informaciją, kurią ji gavo atlikdama tyrimą, ji negali nuslėpti tam tikrų reikšmingų elementų vien todėl, kad šie gali būti nesuderinami su jos nauju vertinimu.

301 Bet kuriuo atveju net jei būtų atsižvelgta tik į ginčijamame sprendime pateiktas pastabas, Komisija padarė išvadą, kad kainoraščio kainos buvo pakankamai suderintos.

302 Taip pat ginčijamo sprendimo 76 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad PPD yra „pakankamai skaidrios, nes jos nurodytos didžiųjų bendrovių kainoraščiuose“ ir kad todėl „atrodo, jog yra įmanoma kitų didžiųjų bendrovių kainoraščių kainų kontrolė“. Nors tas vertinimas taip pat yra labai atsargus ir labai sušvelnintas, palyginti su pranešime apie kaltinimus pateiktu vertinimu (pranešimo apie kaltinimus 81 punkte buvo nurodyta, kad „Komisija nustatė, jog didžiosioms bendrovėms yra labai paprasta kontroliuoti PPD, kuriomis išleidžiami albumai, kurie, kaip tikimasi, taps hitais, nes tos PPD yra viešai skelbiamos didžiųjų bendrovių kainoraščiuose“), išlieka faktas, kad ji pabrėžia kitą elementą, kuris yra palankus rinkos skaidrumui. Tai, kad bruto kainos (kainoraščio kainos) yra viešai žinomos, tikrai leidžia daryti prielaidą, jog kainų skaidrumas labai svarbus.

303 Taigi yra akivaizdu, kad pagal paties ginčijamo sprendimo tekstą kainoraščio kainos, atsižvelgiant į Komisijos išnagrinėtus du aspektus, t. y. suderinimą ir skaidrumą, yra rinkos skaidrumo veiksnys.

304 Antra, kalbant apie nuolaidas, ginčijamo sprendimo 78 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad Komisija nustatė, jog „įvairių didžiųjų bendrovių nuolaidų lygis kažkiek skyrėsi“ ir kad „sąskaitų faktūrų nuolaidos, palyginti su kitos formos nuolaidomis (komercinio bendradarbiavimo susitarimais ir retrospektyvinėmis nuolaidomis), yra bene svarbiausios nuolaidos“. Tada patikrinamas, pirma, sąskaitų faktūrų nuolaidų suderinimas ir, antra, jų skaidrumas.

305 Kalbant apie nuolaidų suderinimą, ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad „atsižvelgdama į konkretų klientą Komisija nustatė tam tikrą svyravimo laipsnį ir taip pat 2–5 procentinių punktų skirtumą tarp *Sony* ir *BMG* sąskaitų faktūrų nuolaidų daugeliui iš jų svarbiausių 10 klientų ir daugiau kaip 5 procentinių punktų skirtumą kai kuriems klientams tam tikrais metais“. Toje konstatuojamojoje dalyje taip pat paminėta, kad „šiuos svyravimus iš esmės nulemia reklaminės nuolaidos, naudojamos lanksčiau nei įprastos nuolaidos, kurios paprastai nustatomos kasmet,“ ir daroma išvada, kad „remiantis šiomis pastabomis, (negalima) nustatyti, jog sąskaitų faktūrų nuolaidos (buvo) pakankamai suderintos tarp (koncentracijos) šalių“.

306 Preliminariai reikia pažymėti, kad analizė, kaip nurodyta pirmiau, vis dėlto yra susijusi su didžiųjų bendrovių pasirinktu elgesiu, o ne su objektyviomis rinkos ypatybėmis, todėl ta išvada turi tik santykinės svarbos vertinant rinkos skaidrumo laipsnį. Komisija šiuo atžvilgiu pabrėžė, kad paralelių tarp didžiųjų bendrovių vidutinių neto kainų ar didelio konkrečios didžiosios bendrovės vidutinių nuolaidų pastovumo nustatymas nėra tylaus derinimo ar būtino skaidrumo įrodymas ir kad „suderinimo ar pastovumo laipsnis apskritai negali pakeisti įtikinamų bei nuoseklių įrodymų, jog yra pakankamas skaidrumas, kuris leidžia (įmonėms oligopolinėje padėtyje) kontroliuoti viena kitos elgesį rinkoje“. Reikia padaryti išvadą, kad, Komisijos teigimu, nuolaidų suderinimo nagrinėjimas nėra tinkamas kriterijus vertinti rinkos skaidrumą, nes, pasak Komisijos, net nuolaidų suderinimas negali įrodyti tokio skaidrumo. Toks kriterijus tiktų tik tuo atveju, jeigu jis leistų nustatyti tiek skaidrumą, tiek jo nebuvimą. Tačiau, kadangi ginčijamame sprendime nėra pakankamo pirmiau nurodyto Komisijos argumento patvirtinimo, Pirmosios instancijos teismas išnagrinęs, ar 78–79 konstatuojamosiose dalyse pateiktos pastabos pakankamai įrodo, jog rinka nėra skaidri.

307 Visų pirma reikėtų pažymėti, kad bendro koncentracijos šalių taikyto sąskaitų faktūrų nuolaidų lygio pokyčiai, paminėti ginčijamo sprendimo 78 konstatuojamojoje dalyje, yra labai nedideli, t. y. (*konfidencialu*) 2–5 % viso bruto pardavimo Jungtinėje Karalystėje. Italijoje tokie pokyčiai iš esmės lygūs nuliui, t. y. (*konfidencialu*) 0–5 %

(ginčijamo sprendimo 99 konstatuojamoji dalis). Taip pat sąskaitų faktūrų nuolaidų, kurias koncentracijos šalys taikė pagrindinei daliai savo svarbiausių klientų, 2–5 % skirtumai (*konfidencialu*), aprašyti ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamojoje dalyje, yra labai nedideli. Darytina išvada, kad 78 ir 79 konstatuojamosiose dalyse ir atitinkamose su kitomis didžiosiomis valstybėmis susijusiose konstatuojamosiose dalyse pateikti duomenys negali pateisinti išvados, jog sąskaitų faktūrų nuolaidos nėra pakankamai suderintos.

308 Antra, yra aišku, kad pagal paties ginčijamo sprendimo tekstą tie nedideli pokyčiai neturi reikšmės. Pagal ginčijamo sprendimo 77 konstatuojamąją dalį „Komisijos analizė parodė, kad pardavimo neto kainos yra glaudžiai susietos su bruto kainomis (PPD), nes tiek *Sony*, tiek BMG faktinės vidutinės bruto kainos ir faktinės vidutinės neto kainos per pastaruosius šešerius metus kito paraleliai ir taip pat tai atspindėjo labai pastovūs neto ir bruto kainų santykiai tiek albumų, tiek laiko atžvilgiu“. Be to, priešingai nei teigia Komisija, ginčijamo sprendimo 77 konstatuojamojoje dalyje ne tik fiksuojami paraleliniai visų albumų vidutinių bruto ir neto kainų pokyčiai (t. y. bendram pardavimui taikomos vidutinės nuolaidos pastovumas), o tai nuslėptų bet kokius atskiriems albumams taikomų nuolaidų skirtumus: toje konstatuojamojoje dalyje taip pat aprašomas nuolaidų pastovumas atskirų albumų ir laiko atžvilgiu. Iš tiesų, jei 77 konstatuojamosios dalies antro sakinio antrojoje dalyje, kaip teigia Komisija, nurodytas bruto ir neto kainų santykis, to būtų per daug, nes toks santykis yra tas pats, kas bruto ir neto kainų atotrūkis, kurio pastovumas pažymėtas pirmojoje sakinio dalyje. Tai yra labai aišku iš autentiškos ginčijamo sprendimo versijos, nes toje versijoje žodis „santykiai“ vartojamas daugiskaita („ypač pastovūs neto ir bruto kainų santykiai albumų ir laiko atžvilgiu“). Be to, pranešimo apie kaltinimus 90 punkte taip pat nurodyta, kad Komisija nustatė, jog „neto ir bruto kainų santykiai buvo labai pastovūs albumų ir laiko atžvilgiu, kalbant apie tuos atskirus įrašus, kuriuos išnagrinėjo Komisija“. Taip pat pranešimo apie kaltinimus 75 punkto iv papunktyje nurodyta, kad Komisija analizavo atskirų albumų bruto ir neto pardavimo pokyčius, 47 išnašoje nurodydama, kad „buvo atlikta atskira 2002 m. *Sony* ir BMG 10 populiariausių albumų bruto ir neto kainų analizė“.

- 309 Be to, iš ginčijamo sprendimo 77 konstatuojamosios dalies paskutinio sakinio yra aišku, kad nuolaidos negali realiai paveikti rinkos skaidrumo kainų, atsirandančių visų pirma iš viešų kainoraščio kainų, atžvilgiu, nes yra nurodyta, kad „jei didžiosios bendrovės, taikydamos nuolaidas, iš esmės nukrypo nuo kainų nustatymo politikos, toks nukrypimas atsispindėtų jų vidutinėse neto kainose“.
- 310 Be to, nors Komisija savo rašytinėse pastabose teigia, kad iš duomenų, susijusių su vidutinėmis neto kainomis ar vidutinėmis nuolaidomis, negalima nustatyti derinimo ir kad reikšmės turi tik atskiri kainų nustatymo sprendimai, reikia pasakyti, jog tas argumentas ginčijamame sprendime nepagrindžiamas. Taigi ginčijamo sprendimo 70 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad, „Komisijos nuomone, vidutinės kainos yra tinkama priemonė įvertinti, ar nustatydamos kainas didžiosios bendrovės elgėsi paraleliai“. Be to, jeigu su kainų politika susijusios pastabos, kaip Komisija ginčijo Pirmosios instancijos teisme, neturėjo reikšmės vertinant skaidrumą, išeity, kad ginčijamo sprendimo 78–80 konstatuojamosiose dalyse (ir atitinkamose konstatuojamosiose dalyse, susijusiose su kitų didelių valstybių rinkomis) pateiktose pastabose dėl nuolaidų negalėtų būti skaidrumo nebuvimo motyvų, nes nuolaidos yra kainų sudedamoji dalis ir jos analizuojamos nagrinėjant kainų derinimą.
- 311 Iš to, kas nurodyta, daroma išvada, kad ginčijamo sprendimo 78 ir 79 konstatuojamosiose dalyse (ir atitinkamose su kitomis didelėmis valstybėmis susijusiose konstatuojamosiose dalyse) nurodytos su sąskaitų faktūrų nuolaidų derinimu susijusios pastabos negali pagrįsti teiginio, jog rinkoje yra nepakankamas skaidrumas.
- 312 Kalbant apie nuolaidų skaidrumą, ginčijamo sprendimo 80 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „daugelis Jungtinės Karalystės klientų atsakymų į Komisijos rinkos tyrimą rodė, jog didžiosios įrašų bendrovės turi kažkiek žinių apie savo konkurentų įprastas nuolaidas dėl jų nuolatinės sąveikos su ta pačia klientų grupe“. Tokia pati išvada pakartojama penkių didžiųjų valstybių atžvilgiu (ginčijamo sprendimo 87, 94,

101 ir 108 konstatuojamosios dalys). Nors nagrinėjant kaltinimą dėl pareigos nurodyti motyvus pažeidimo nereikia nagrinėti tos išvados iš esmės, jau yra aišku, kad, remiantis ją pagrindžiančiais įrodymais, ta išvada labai santūria forma rodo tam tikrą rinkos skaidrumo laipsnį. Visų pirma Italijos atveju nelabai įmanoma suprasti, kaip Komisija galėjo manyti, kad „dauguma“ klientų atsakymų atskleidė, jog didžiosios bendrovės turėjo tik „kažkiek žinių“ apie savo konkurentų nuolaidas, nes ginčijamo sprendimo 55 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „visi penki į klausimą atsakę Italijos mažmenininkai teigė, jog didžiosios bendrovės žino apie viena kitos PPD ir nuolaidas“. Taip pat Prancūzijos atveju 49 išnašoje nurodyta, kad trys iš keturių mažmenininkų teigė, jog didžiosios bendrovės žinojo apie viena kitos PPD ir nuolaidas.

313 Pirmosios instancijos teismas toliau pažymi, kad nė vienos iš suinteresuotųjų valstybių atveju aiškinamosiose išnašose nedaromas skirtumas tarp įprastų ir reklaminių nuolaidų, taigi nėra aiškių priešasčių, dėl kurių Komisija, remdamasi klientų atsakymais, daro išvadą, jog didžiosios bendrovės turėjo kažkiek žinių tik apie įprastas, bet ne apie reklamines nuolaidas.

314 Bet kuriuo atveju reikia pripažinti, kad, remiantis pačiu ginčijamu sprendimu, Komisija manė, jog buvo tam tikras įprastų nuolaidų skaidrumas.

315 Todėl yra akivaizdu, kad vienintelis ginčijamame sprendime nustatytas neskaidrumo požymis yra 80 konstatuojamojoje dalyje (ir atitinkamose kitose konstatuojamosiose dalyse dėl kitų didžiųjų valstybių) pateiktas tvirtinimas, jog „atrodo, yra aišku, kad reklaminės nuolaidos nėra tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos ir kad norint jas kontroliuoti taip pat būtina atidžiai stebėti tokių nuolaidų pokyčius mažmeninėje rinkoje“.

- 316 Visų pirma šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad nenurodoma, jog reklaminės nuolaidos yra neskaidrios; ginčijamame sprendime tik pasakyta, kad jos „ne tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos“ ir kad norint jas kontroliuoti yra būtini atidūs stebėjimai. Taip pat nurodyta, kad Komisija nustatė, jog ir *Sony*, ir *BMG* sukūrė jos pardavimo personalo teikiamų savaitinių ataskaitų sistemą, nors negalima buvo nustatyti, kad tos ataskaitos užtikrino pakankamą reklaminių nuolaidų skaidrumą.
- 317 Toliau reikia turėti omenyje, kad svarbiausios nuolaidos, kaip yra akivaizdu iš ginčijamo sprendimo 150 konstatuojamosios dalies antrojo sakinio, visose valstybėse yra įprastos nuolaidos. Iš paties ginčijamo sprendimo yra aišku, kad reklaminės nuolaidos turi tik ribotą poveikį kainoms. Taip pat iš 77 konstatuojamosios dalies matyti, kad per pastaruosius šešerius metus nuolaidos (tiek įprastos, tiek reklaminės) neturėjo įtakos suderintai kainų politikai.
- 318 Taip pat reikėtų pažymėti, kad ginčijamame sprendime nenurodoma, jog rinka yra neskaidri, ar net kad ji nėra pakankamai skaidri, jog būtų galima derinti kainas; nurodoma nebent tai, kad reklaminės nuolaidos yra ne tokios skaidrios, nors ginčijamame sprendime nepateikiama jokios informacijos apie jų pobūdį, suteikimo aplinkybes ar jų tikrąją reikšmę neto kainoms ar poveikį kainų skaidrumui.
- 319 Taip pat reikia turėti omenyje, kad Komisija, kaip minėta, ginčijamame sprendime aprašė įvairius požymius ir veiksnius, palankius rinkos skaidrumui ir palengvinančius nerašyto susitarimo laikymosi kontrolę.
- 320 Iš to išplaukia, kad keli ginčijamo sprendimo skyriuje, kuriame nagrinėjamas kainų derinimas didžiosiose valstybėse, esantys tvirtinimai dėl reklaminių nuolaidų tiek,

kiek jie yra netikslūs, nepagrįsti ir iš tiesų jiems prieštarauja kitos ginčijamame sprendime pateiktos pastabos, negali įrodyti rinkos ar net reklaminių nuolaidų neskaidrumo. Be to, tie tvirtinimai apsiriboja nurodymu, kad reklaminės nuolaidos yra ne tokios skaidrios kaip įprastos, nors nepaaiškinama, kokios reikšmės jos turėtų rinkos skaidrumui, ir neleidžia suprasti, kaip jos pačios galėtų kompensuoti visus kitus ginčijamame sprendime nustatytus rinkos skaidrumo veiksnius ir pašalinti kolektyvinės dominuojančios padėties egzistavimui būtiną skaidrumą.

321 Galiausiai kalbėdama apie ginčijamo sprendimo skyriuje, kuriame nagrinėjamas padėties mažesnėse valstybėse vertinimas, pateiktas pastabas, Komisija ginčijamo sprendimo 149 konstatuojamojoje dalyje visų pirma pažymi, kad PPD naudojamos labai panašiai kaip ir didžiosiose valstybėse. Šiuo atžvilgiu ji pažymi, kad pagrindinė pardavimo dalis gaunama remiantis tik keliomis PPD ir kad didžiosios bendrovės naudoja PPD paraleliai, ir nurodo, kad „kaip matyti iš kiekvienos iš mažesniųjų valstybių atveju nurodytų skaičių, Nyderlanduose ir Belgijoje dvi svarbiausios PPD ir *Sony*, ir *BMG* atveju yra faktiškai vienodos“. Komisija padarė išvadą, kad didžiųjų bendrovių PPD kito gan panašiai. Todėl iš ginčijamo sprendimo 149 konstatuojamosios dalies yra aišku, kad Komisija mažesnių valstybių atveju nustatė dar didesnę skaidrumą ir PPD suderinimą nei didžiųjų valstybių atveju.

322 Kalbant apie mažesnėse valstybėse suteiktas nuolaidas, reikia pasakyti, kad nagrinėjamame skyriuje nėra jokių pastabų dėl reklaminių nuolaidų ir kad tos nuolaidos nepaminėtos. Komisija visai priešingai ginčijamo sprendimo 150 konstatuojamojoje dalyje teigia, kad mažesnėse valstybėse, kaip ir penkiose didžiosiose valstybėse, svarbiausios nuolaidos yra įprastos nuolaidos.

323 Be to, nors Komisija tvirtina, kad *Sony* ir *BMG* taiko labai daug įvairių nuolaidų, kad tos nuolaidos skiriasi atsižvelgiant į klientą, kad *Sony* ir *BMG* nuolaidų intervalai skiriasi, kad jos nėra viešai žinomos ir kad rinkos skaidrumas sumažėjęs, ji nepateikia

jokių duomenų, susijusių su jų dydžiu ar tuo, kiek jos skiriasi. Taip pat nėra paaiškinta ar, ir jei taip, kodėl rinkos ypatybės nenulemia bent jau įprastų nuolaidų skaidrumo kaip didžiosiose valstybėse. Taip pat nenurodyta, ar nuolaidos (įprastos nuolaidos ir (arba) reklaminės nuolaidos) nulemia skirtingas neto kainas, nors tvirtinimas, kad „Komisija nenustatė, jog yra pakankamai įrodymų, patvirtinančių, kad vidutinių neto kainų paraleles galima būtų priskirti nerašytam susitarimui“, labiau rodo, kad jos neturi tokio poveikio.

324 Iš to daroma išvada, kad skyriuje, kuriame aptariamos mažesnės valstybės, taip pat nėra motyvuota išvada, jog dėl reklaminių nuolaidų rinka negali būti skaidri. Bet kuriuo atveju mažesnėse valstybėse esanti situacija negali būti tinkamas pagrindas išvadai, susijusiai su skaidrumo laipsniu didžiųjų valstybių rinkose.

325 Iš viso to, kas nurodyta, yra aišku, kad kaltinimas nepakankamu su rinkos skaidrumu susijusios išvados motyvavimu yra pagrįstas, o tai savaime yra priežastis panaikinti ginčijamą sprendimą.

326 Siekdamas išsamumo, Pirmosios instancijos teismas vis dėlto papildomai išnagrinės ieškovės kaltinimus ir argumentus, kad Komisijos nurodyti elementai, skirti įrodyti rinkos skaidrumo nepakankamumą, yra niekiniai dėl akivaizdžios vertinimo klaidos.

b) Dėl kaltinimo, kad buvo padaryta akivaizdi vertinimo klaida

327 Visų pirma reikia turėti omenyje tai, kad pagrindinės reglamento nuostatos, visų pirma jo 2 straipsnis, suteikia Komisijai tam tikrą diskreciją, visų pirma susijusių su

ekonominio pobūdžio vertinimais. Todėl Bendrijos teismams atliekant pasinaudojimo tokia diskrecija kontrolę (tokia diskrecija yra esminė apibrėžiant koncentraciją reglamentuojančias taisykles), būtina atsižvelgti į diskreciją, kurią numanomai suteikia ekonominio pobūdžio nuostatos, sudarančios koncentracijas reglamentuojančių taisyklių dalį (šio sprendimo 245 punkte minėto sprendimo *Kali und Salz* 223 ir 224 punktai ir šio sprendimo 232 punkte minėto sprendimo *Komisija prieš Tetra Laval* 38 punktas; šio sprendimo 246 punkte minėto sprendimo *Tribunal Gencor prieš Komisiją* 164 ir 165 punktai; šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 64 punktas; 2002 m. spalio 25 d. Sprendimo *Tetra Laval prieš Komisiją*, T-80/02, Rink. p. II-4519, 119 punktas ir 2005 m. gruodžio 14 d. Sprendimo *General Electric prieš Komisiją*, T-210/01, Rink. p. II-5575, 60 punktas).

328 Tačiau Teisingumo Teismas yra pripažinęs, kad:

„Net jei Teisingumo Teismas pripažįsta, kad Komisija turi ekonominių klausimų vertinimo laisvę, tai nereiškia, kad Bendrijos teismas turi susilaikyti nuo Komisijos atliktos ekonominių rodiklių interpretacijos kontrolės. Iš tikrųjų jis turi patikrinti ne tik pateikiamų įrodymų dalykinį teisingumą, jų patikimumą ir nuoseklumą, bet ir tai, ar šie įrodymai atspindi visus esminius duomenis, į kuriuos reikėjo atsižvelgti vertinant kompleksinę situaciją, ir ar jie gali pagrįsti jais remiantis padarytas išvadas“ (sprendimo *Komisija prieš Tetra Laval*, minėto 232 punkte, 39 punktas).

329 Atsižvelgdamas į šiuos svarstymus, Pirmosios instancijos teismas turi išnagrinėti, ar Komisijos vertinimai, susiję su rinkos skaidrumu, yra akivaizdžiai klaidingi.

330 Ieškovė visų pirma pažymi, kad prieš priimant ginčijamą sprendimą muzikos įrašų rinkos buvo laikomos pakankamai skaidriomis, jog leistų kolektyvinę dominuojančią padėtį.

- 331 Ieškovė šiuo atžvilgiu primena, kad nagrinėdama siūlomą EMI ir *Time Warner* susijungimą Komisija nustatė, kad muzikos įrašų rinkai buvo būdingi „standartizuotų kainų produktai“ (*standardised pricing products*) ir kad ji buvo „labai skaidri“ (žr. pranešimo apie kaltinimus dėl siūlomo EMI ir *Time Warner* susijungimo 37, 38 ir 57 punktus).
- 332 Ieškovė priduria, kad 2002 m. rugsėjo mėn. ataskaitoje dėl muzikos įrašų rinkos Jungtinėje Karalystėje („Wholesale supply of compact discs“) *Office of Fair Trading* taip pat laikėsi nuomonės, kad rinkos skaidrumo laipsnis buvo didelis ir nustatė daugelį veiksnių (visų pirma, savaitinį populiariausiųjų sąrašų skelbimą, pardavimą apskritai ir pastovius apsilankymus pas mažmenininkus, siekiant patikrinti atsargas), kurie suteikė galimybę gauti daugiau informacijos apie konkurentus nei daugelyje kitų pramonės šakų (žr. pranešimo apie kaltinimus 114 punktą).
- 333 Galiausiai ieškovė teigia, kad šioje byloje, pirmą kartą išnagrinėjusi siūlomą *Sony* ir *Bertelsmann* koncentraciją, apie kurią buvo pranešta 2004 m. sausio 9 d., ir atlikusi pirmą rinkos tyrimą, visų pirma tarp mažmenininkų ir didžiųjų bendrovių, Komisija 2004 m. vasario 12 d. Sprendimu padarė išvadą, kad sandoris kėlė didelių abejonių dėl jo suderinamumo su bendrąja rinka, todėl pradėjo procedūrą pagal Susijungimų reglamento 6 straipsnio 1 dalies c punktą. Vykstant tai procedūrai, Komisija atliko tyrimą ir išsiuntė prašymus pateikti informacijos koncentracijos šalims (2004 m. vasario 19 d., kovo 5 d., kovo 17 d., kovo 23 d., balandžio 1 d. ir gegužės 10 d.), kitoms didžiosioms bendrovėms (2004 m. kovo 11 d. ir gegužės 10 d.), taip pat kitiems rinkos dalyviams (žr. 2004 m. balandžio 16 d. klausymyną mažmenininkams). Remdamasi visais gautais duomenimis ir informacija, taip pat diskusijomis su *Sony* ir *Bertelsmann*, Komisija 2004 m. gegužės 24 d. priėmė pranešimą apie kaltinimus, kuriame padarė preliminarią išvadą, jog koncentracija nebuvo suderinama su bendrąja rinka visų pirma todėl, kad ji sustiprintų kolektyvinę dominuojančią padėtį muzikos įrašų rinkoje.

334 Ieškovė pabrėžia, kad pranešime apie kaltinimus Komisija, pirma, nustatė didžiųjų bendrovių tiek bruto, tiek neto kainų paraleles, ir, antra, manė, jog rinka buvo pakankamai skaidri, kad leistų didžiųjų bendrovių kolektyvinės dominuojančios padėties susiformavimą ir susitarimo dėl kainų kontrolę (visų pirma žr. pranešimo apie kaltinimus 93 punktą). Pranešimo apie kaltinimus 94–115 punktuose Komisija šiuo atžvilgiu analizavo 10 veiksnių, kurie sudaro ypač palankias sąlygas derinimui muzikos įrašų rinkoje ir palengvina tokio derinimo kontrolę. Taigi Komisija nustatė: a) produktų homogeniškumą; b) ribotą kiekį PPD; c) ribotą kiekį atitinkamų albumų; d) savaitinį populiariausiųjų sąrašų skelbimą; e) klientų pastovumą; f) santykinį rinkos dalių pastovumą; g) daug kontaktų dėl vertikalios didžiųjų bendrovių integracijos; h) daug struktūrinių ryšių tarp didžiųjų bendrovių, pvz., bendrųjų įmonių rinkinių ir distribucijos srityse bei licencijavimo ir distribucijos sutartis; i) bendrą dalyvavimą pramonės asociacijose; ir j) bendras derybas dėl autorių teisių.

335 Nors yra akivaizdu, kad, priešingai ginčijamame sprendime pateiktam Komisijos vertinimui, tiek Komisija, tiek Jungtinės Karalystės konkurencijos institucija laikė nagrinėjamą rinką labai skaidria Jungtinės Karalystės rinkos atžvilgiu ir bet kuriuo atveju pakankamai skaidria, kad ji leistų būtina neraišytą susitarimų dėl kainų kontrolę, vien ta aplinkybė negali savaime rodyti, jog priešinga pozicija, kurią Komisija patvirtino ginčijamame sprendime, yra niekinė dėl akivaizdžios vertinimo klaidos. Pirma, nacionalinės konkurencijos institucijos išvados bet kuriuo atveju nėra privalomos Komisijai atliekant analizę ir, antra, kaip jau pažymėta, pranešimas apie kaltinimus yra tik parengiamasis dokumentas, kurio išvados yra absoliučiai laikino pobūdžio, ir Komisija privalo atsižvelgti į per administracinę procedūrą gautus įrodymus bei į suinteresuotųjų įmonių pateiktus argumentus ir privalo atmesti visus kaltinimus, kurie galiausiai gali pasirodyti esą nepagrįsti. Aišku, tokia pastaba, *a fortiori*, taikoma laikinų išvadų, padarytų prieš kelerius metus nagrinėjant kitą koncentraciją, atveju arba kitos konkurencijos institucijos kitomis aplinkybėmis padarytų išvadų atveju. Tačiau tai nereiškia, kad pranešimas apie kaltinimus yra visiškai nevertingas ar nereikšmingas. Iš tiesų siekiant užkirsti kelią tam, kad visa administracinė tyrimo procedūra netektų net mažiausios reikšmės, Komisija privalo

galėti paaiškinti, aišku, ne sprendime, tačiau bent jau vykstant procesui Pirmosios instancijos teisme, kodėl ji mano, kad jos pirminės išvados yra neteisingos; tačiau ypač visos sprendime pateiktos išvados turi atitikti pranešime apie kaltinimus nurodytas faktines aplinkybes, jei nenustatoma, kad tos faktinės aplinkybės neteisingos.

336 Tada ieškovė visų pirma tvirtina, kad visi Komisijos surinkti įrodymai, pateikti tiek pranešime apie kaltinimus, tiek ginčijamame sprendime, rodo, jog didžiųjų bendrovių taikytos kainos yra skaidrios ir tikrai pakankamai skaidrios, kad leistų tylių derinimą. Komisija nepateikė įrodymų, kurie patvirtintų, jog rinka buvo neskaidri, o tik iš tariamų nuolaidų pokyčių darė išvadą, kad jie galėjo sumažinti skaidrumą. Ieškovė pateikia daug kaltinimų, susijusių su svarstymais dėl nuolaidų, ir teigia, kad Komisija pernelyg sureikšmino nuolaidas, visų pirma reklamines, net neišnaginėjusi jų reikšmės.

337 Pirmosios instancijos teismas iš eilės išnagrinės kaltinimus ir argumentus, susijusius su ginčijamame sprendime nurodytais rinkos skaidrumo veiksniais, o tuomet išnagrinės tuos, kuriais siekiama užginčyti tariamus neskaidrumo veiksnius, ir kartu palygins juos su atsakovės ir į bylą įstojusių šalių pateiktais argumentais bei įrodymais, nors daugelis elementų ir argumentų yra tarpusavyje susiję ir rinkos skaidrumo vertinimas turi būti pagrįstas bendra visų susijusių elementų analize.

Ginčijamame sprendime nustatyti skaidrumo veiksniai

338 Visų pirma reikia turėti omenyje, kad didžiųjų bendrovių bruto kainos jų klientams (mažmenininkams, prekybos centrams ir kt.) yra viešos, nes jos nurodytos jų kainoraščiuose. Tai neabejotinai yra labai svarbus kainų skaidrumo šaltinis. Reikia

pripažinti, kad ginčijamo sprendimo 76 konstatuojamojoje dalyje yra pasakyta tik tiek, kad „PPD pakankamai skaidrios, nes jos nurodytos didžiųjų bendrovių kainoraščiuose. Todėl didžiųjų bendrovių kainoraščio kainų kontrolė atrodo įmanoma“. Tačiau tokia miglota formuluotė negali apriboti išvados dėl bruto kainų skaidrumo, nes Komisija nei ginčijamame sprendime, nei per procesą Pirmosios instancijos teisme nepateikė jokių įrodymų, kurie paaikšintų, kad bruto kainos buvo tik „pakankamai skaidrios“. Be to, pranešime apie kaltinimus (81 punktą) Komisija pažymėjo, kad:

„Didžiosioms bendrovėms yra labai nesunku kontroliuoti PPD, kuriomis išleidžiami nauji albumai, kurie, kaip tikimasi, taps hitais, nes tos PPD yra viešai skelbiamos didžiosios bendrovės kainoraštyje.“

339 Antra, reikėtų pabrėžti, kad ginčijamame sprendime nurodyta, jog nors koncentracijos šalys teigė naudojusios daugiau kaip 100 PPD, Komisija nustatė, kad kiekviena didžioji bendrovė, naudodama savo pagrindines tris PPD atsižvelgiant į valstybę, parduodama 100 populiariausių albumų, pasiekė 55–80 % viso savo pardavimo. Šis pagrindinės albumų pardavimo dalies susiejimas vos su keliomis referencinėmis kainomis, kurį patvirtina didžiųjų bendrovių atsakymai, palengvina kainų derinimą, kaip, be to, Komisija nurodė pranešimo apie kaltinimus 96 punkte: „Ši kainų nustatymo sistema palengvina derinimą, nes ji suteikia nesunkiai paaikškinamos informacijos apie didžiųjų bendrovių pardavimo kainų lygį.“

340 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija iš tiesų aptarė bruto kainų nustatymo sudėtingumą, nes atskirų albumų sėkmė labai įvairi, o tai turi įtakos pradiniam PPD nustatymui išleidžiant albumą ir vėliau keičiant PPD, todėl sunku nustatyti, ar albumo PPD keičiama norint išlaikyti mažėjančią sėkmę, ar tai yra „nukrypimo nuo taisyklių“ dalis. Pirma, reikia pasakyti, kad tas argumentas ginčijamame sprendime nepagrindžiamas ir netgi prieštarauja jame padarytoms išvadoms. Kaip nurodyta pirmiau, Komisija ginčijamo sprendimo 76 konstatuojamojoje dalyje (ir atitinkamose su kitomis valstybėmis susijusiose konstatuojamosiose dalyse) nustatė, kad nors didžiosios bendrovės teigė naudojusios daugiau kaip 100 PPD, esminei pardavimo

daliai jos naudoja tik dvi ar tris PPD. Be to, ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad, „nepaisant turinio nevienodumo, albumų kainų nustatymo ir pardavimo didmeniniu lygmeniu būdas atrodo pakankamai standartizuotas“. Tada reikia pažymėti, kad dėl to, jog albumo sėkmės laipsnis bet kuriuo metu yra žinomas, nes skelbiami populiariausiųjų sąrašai, didžiosios bendrovės, priešingai Komisijos tvirtinimui, galėjo nesunkiai nustatyti, ar albumo PPD pasikeitimas atitinka suderintą kainų politiką.

341 Trečia, ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamojoje dalyje nurodyta:

„<...> nors albumai parduodami vos keliomis referencinėmis kainomis, albumų, kurių kainos nustatomos pagal skirtingas kainoraščio kainas, įvairovė galėtų padaryti nerašyto susitarimo kontrolę sudėtingesnę. Tačiau didžiosios bendrovės turi tik kontroliuoti riboto kiekio geriausiai parduodamų albumų referencines kainas, kad pasiektų pagrindinę pardavimo dalį. Koncentracijos šalių pateikti duomenys rodo, kad 20 populiariausių įrašų kiekvienais metais sudaro bent pusę metinio BMG pardavimo visose valstybėse, išskyrus Vokietiją“ (taip pat žr. pranešimo apie kaltinimus 85 punktą).

342 Tačiau savo atsiliepime į ieškinį Komisija tvirtino, kad dėl to, jog iki konkretaus albumo išleidimo neįmanoma pakankamai tiksliai numatyti, kiek jis bus sėkmingas (ar kiek laiko po išleidimo jis bus sėkmingas), sėkmingam derinimui reikėtų nuolat kontroliuoti kur kas daugiau atskirų albumų PPD nei albumų, kurie pirmiau buvo laikomi labiausiai prisidėję prie kiekvienos didžiosios bendrovės apyvartos.

343 Reikia pasakyti, kad tokio argumentavimo pagrindimo ginčijamame sprendime nėra, nes jame nurodyta, jog didžiosios bendrovės turi kontroliuoti tik riboto kiekio

geriausiai parduodamų albumų referencines kainas, kad kontroliuotų pagrindinę pardavimo dalį. Tokią kontrolę, be kita ko, labai palengvina populiariausių sąrašai, kurie visada pateikia labai tikslios informacijos apie tai, kaip kinta įvairių albumų sėkmė.

344 Be to, kaip teisingai pažymi ieškovė, ginčijamame sprendime taip pat nurodyta, kad „Komisija nustatė tam tikrų požymių, jog PPD galėjo būti naudojamos kaip didžiųjų bendrovių kainų derinimo pagrindas“. Komisijos tvirtinimas, kad ta išvada nėra galutinė, akivaizdžiai negali būti laikomas pagrįstu, nes ginčijamas sprendimas iš esmės yra galutinis procedūros, susijusios su koncentracijos tyrimu, etapas, be to, Komisija ginčijamame sprendime nesiremia jokių kitu elementu, kuris paneigtų ar sušvelnintų tokią išvadą. Komisija daugiausia remiasi tuo, kad koncentracijos šalys pateikė įrodymų, patvirtinančių, jog jų atitinkamus 20 populiariausių albumų atitinkantys PPD deriniai dažnai labai keitėsi nuo vieno ketvirčio iki kito ir jog sėkmės nuspėjimas vertė kiekvieną didžiąją bendrovę kontroliuoti daugiau kaip 80 jos konkurentų išleistų albumų PPD (arba 60 albumų po koncentracijos). Tačiau tas tvirtinimas ginčijamame sprendime nebuvo konkrečiai pakartotas ir, atvirkščiai, jam prieštarauja sprendime padarytos išvados.

345 Taip pat reikia nurodyti, kad koncentracijos šalių ekonomikos patarėjų parengti duomenys, be to, kad neįmanoma nustatyti, kaip jie galėtų leisti padaryti išvadą, kurią iš jų daro Komisija, yra neaiškūs ir neatrodo patikimi. Taigi bent jau stebina tai, kad PPD atskirais ketvirčiais galėjo didėti nurodytomis (*konfidencialu*) dalimis.

346 Bet kuriuo atveju albumų skaičius, kuris, pasak Komisijos, turėtų būti kontroliuojamas, neatrodo toks didelis, kad padarytų naudojimąsi neįmanomą ar ypač sunkų ar brangų, nes *a fortiori*, kaip pripažįsta Komisija, savaitės populiariausių sąrašai labai palengvina kontrolę.

- 347 Iš to darytina išvada, kad trys ginčijamame sprendime nurodyti veiksniai – viešas bruto kainų (PPD) pobūdis, ribotas referencinių kainų kiekis ir ribotas kontroliuotinių albumų kiekis – gali nulemti didelį kainų skaidrumą.
- 348 Be to, kaip nurodyta ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamojoje dalyje, „rinkoje yra kitų priemonių, kurios didina skaidrumą ir gali palengvinti susitarimo kontrolę“.
- 349 Visų pirma ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamojoje dalyje nurodoma, kad „savaitės populiariausių įrašų sąrašų skelbimas, pateikiant informaciją apie pardavimą muzikos kūrinių lygiu, leidžia labai lengvai iš karto nustatyti, kokie muzikos kūriniai tampa hitais ir sudaro pagrindinę pardavimo dalį“. Taigi populiariausių sąrašai yra svarbus skaidrumo šaltinis, nes jie leidžia ne tik bet kuriuo metu nustatyti geriausiai parduodamus albumus, bet taip pat išsiaiškinti, ar albumai parduodami kaina, atitinkančia jų sėkmingumo lygį, nes PPD yra viešos. Be to, ginčijamame sprendime nurodoma, kad „tokia galimybė kas savaitę gauti viešą informaciją apie pardavimą muzikos kūrinių lygiu labai palengvina didžiosioms bendrovėms kontrolę“.
- 350 Antra, rinkai „būdingi ilgalaikiai pastovūs mažmenininkų ir visų didžiųjų bendrovių ryšiai“, nes kiekvienas mažmenininkas privalo turėti visų didžiųjų bendrovių produktų (ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamoji dalis).
- 351 Trečia, pagal ginčijamą sprendimą rinkoje yra tik ribotas dalyvių skaičius, o didelė dalis didžiųjų bendrovių muzikos įrašų parduodama ribotam klientų skaičiui. Kaip nurodyta ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamosios dalies pabaigoje, ta padėtis „sudaro palankias sąlygas didžiųjų bendrovių vardu taikyti derinimo strategijas ir palengvina kontrolę bei informacijos srautą“.

352 Ketvirta, Komisija nustatė, kad buvo kontroliuojama mažmeninė rinka. Pagal sprendimo 113 konstatuojamąją dalį „rinkos tyrimas atskleidė, jog Sony ir BMG sukūrė savaitės ataskaitų sistemą, kurioje taip pat buvo teikiama informacija apie konkurentus“.

353 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija iš tiesų tvirtina, kad koncentracijos šalių jai pateiktose ataskaitose nebuvo informacijos apie nuolaidas ir kad ji negalėjo įrodyti, jog tos ataskaitos užtikrino pakankamą konkurentų suteikiamų reklaminių nuolaidų skaidrumo laipsnį.

354 Šiuo atžvilgiu visų pirma reikia pažymėti, kad, nepaisant tose ataskaitose esančios informacijos apie bruto, neto ar mažmenines pardavimo kainas ar nuolaidas tikslumo laipsnio, jos, be to, kaip nurodoma ir ginčijamame sprendime, yra papildomas rinkos skaidrumo veiksnys. Be to, iš Komisijos pateiktų savaitės ataskaitų yra aišku, kad tose ataskaitose yra informacijos apie konkurentų albumų atsargas ir jų pokyčius.

355 Toliau reikia pažymėti, kad nagrinėjamos ataskaitos yra tik keli pačių koncentracijos šalių pateiktų savaitės ataskaitų pavyzdžiai.

356 *(Konfidencialu)*

357 *(Konfidencialu)*

358 *(Konfidencialu)*

359 (Konfidencialu)

360 (Konfidencialu)

361 Penkta, ginčijamo sprendimo 113 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad didžiųjų bendrovių pardavimo personalai palaiko reguliarius ir nuolatinis ryšius su mažmenininkais ir didmenininkais, nes derybos dėl pardavimo skatinimo ir reklaminių nuolaidų dažnai vyksta kas savaitę. Nors ryšiai su mažmenininkais nėra kažkas neįprasta, jų dažnumas leido pardavimo personalui gauti daugiau konkrečios informacijos apie konkurenciją bei konkurentų taikomas sąlygas ir realiu laiku sekti, kaip kinta įvairių konkurentų albumų sėkmė. Taip *a fortiori* yra šioje byloje, nes, kaip nurodyta ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamojoje dalyje, rinkos pobūdis yra toks, kad kiekvienas mažmenininkas privalo turėti kiekvienos didžiosios bendrovės produktų, taigi kiekviena didžioji bendrovė palaiko nuolatinis ryšius su visais savo konkurentų klientais ir todėl ji gali gauti konkrečios informacijos apie tų konkurentų taikomas sąlygas. Taip pat nurodyta, kad didelė pardavimo dalis skiriama ribotam klientų skaičiui. Dėl tų veiksmų rinkoje sukuriama didelis skaidrumo laipsnis. Be to, ginčijamo sprendimo 112 konstatuojamojoje dalyje Komisija padarė išvadą, kad tokia padėtis „sudaro palankias sąlygas didžiųjų bendrovių vardu taikyti derinimo strategijas ir palengvina kontrolę bei informacijos srautą“.

362 Iš šių penkių papildomų veiksmų yra aišku, kad ir taip didelis skaidrumas, atsirandantis dėl minėtų trijų pirmųjų veiksmų (visų pirma pardavimo kainų viešo skelbimo), dar labiau padidėja. Šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad pranešimo apie kaltinimus 116 punkte Komisija, be to, padarė išvadą, jog „rinkos struktūra buvo tokia, kad informacija tekėjo lengvai ir didžiųjų bendrovių viena kitos politikos kontrolė buvo įprastas dalykas“.

363 Dabar Pirmosios instancijos teismas turi išnagrinėti, ar veiksniai, kuriais Komisija rėmėsi kaip rinkos neskaidrumo šaltiniu, yra pakankamai svarbūs, kad paneigtų išvadą, jog rinka yra pakankamai skaidri, kad leistų bendros politikos dėl kainų laikymosi kontrolę.

Elementai, dėl kurių rinka tampa neskaidri

364 Nepaisant daugelio pirmiau aprašytų rinkos skaidrumo šaltinių, Komisija, kaip yra aišku iš ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamosios dalies, padarė išvadą, kad kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo dėl faktinio skaidrumo trūkumo.

365 Iš skyriaus, kuriame nagrinėjamas rinkos skaidrumas, yra aišku, kad tas vertinimas pagrįstas ginčijamo sprendimo 111 konstatuojamojoje dalyje esančia prielaida, jog „yra būtina tolesnė kontrolė albumų lygiu, visų pirma kalbant apie reklamines nuolaidas“. Toje konstatuojamojoje dalyje toliau nurodyta, kad „rinkos tyrimas rodo, jog tai galėjo sumažinti skaidrumą rinkoje ir padaryti nerašytą susitarimą sudėtingesnę“ ir kad „Komisija nerado pakankamai įrodymų, kad padarytų išvadą, jog šie sunkumai buvo įveikti praeityje“. Šiuo atžvilgiu ginčijamo sprendimo 113 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad Komisija „nerado pakankamai įrodymų, jog, kontroliuodamos mažmenines kainas ar palaikydamos ryšius su mažmenininkais, didžiosios bendrovės praeityje pašalino nuolaidų, visų pirma reklaminių, skaidrumo trūkumą“. Darytina išvada, kad būtent dėl nuolaidų ar bent jau reklaminių nuolaidų Komisija manė, jog rinka nebuvo pakankamai skaidri, kad leistų nustatyti kolektyvinę dominuojančią padėtį.

366 Preliminariai reikėtų pažymėti, jog Komisija ginčijamame sprendime nepadarė išvados, kad dėl nuolaidų rinka nebuvo skaidri ar net kad nuolaidos turėjo įtakos skaidrumui ar skaidrumo laipsniui, kuris yra būtinas tam, jog galėtų susiformuoti kolektyvinė dominuojanti padėtis; ji manė, kad jos nebent „galėtų apsunkinti nerašytą susitarimą“. Tomis aplinkybėmis ir atsižvelgiant į viešą ir skaidrų PPD pobūdį ir į visus kitus veiksnius, kurie pagal ginčijamo sprendimo tekstą didina rinkos skaidrumą ir palengvina susitarimo laikymosi kontrolę, skyriuje, kuriame nagrinėjamas rinkos skaidrumas, esančios pastabos ir svarstymai, kaip Pirmosios instancijos teismas jau pripažino dėl kaltinimo, susijusio su motyvavimu, nepateisina išvados, kad rinka nėra pakankamai skaidri.

367 Tačiau skyriuje, kuriame nagrinėjamas bendras susitarimas dėl kainų, Komisija penkių didžiųjų valstybių atveju vienodai nustatė nuolaidų svyravimus, iš esmės atsirandančius dėl reklaminių nuolaidų, ir nurodė negalėjusi įrodyti pakankamo reklaminių nuolaidų skaidrumo laipsnio (ginčijamo sprendimo 79 ir 80 konstatuojamosios dalys Jungtinės Karalystės atveju ir atitinkamai ginčijamo sprendimo 86 ir 87, 93 ir 94, 100 ir 101 bei 107 ir 108 konstatuojamosios dalys kitų didžiųjų valstybių atveju).

368 Komisijos vertinimas paremtas mintimi, kurią ji aiškiai nurodė savo rašytinėse pastabose ir numanomai – ginčijamame sprendime, kad nerašytas susitarimas dėl kainų gali būti veiksmingas tik tuo atveju, jeigu jis yra susijęs su neto pardavimo kainomis, t. y. šioje byloje PDD atėmus nuolaidas. Nebūtų jokios prasmės sudaryti bendro susitarimo PPD lygiu ir galėti kontroliuoti tokio susitarimo laikymąsi, jei slaptos ir neskaidrios nuolaidos pašalintų tokio kainoraščio kainų derinimo poveikį.

369 Iš ginčijamo sprendimo yra aišku (73 konstatuojamoji dalis), kad didžiosios bendrovės taiko kelių rūšių nuolaidas: sąskaitų faktūrų nuolaidas (įprastas ar reklamines), retrospektyvias nuolaidas ir mokėjimus pagal komercinio bendradarbiavimo susitarimus. Yra žinoma, kad Komisija, vertindama skaidrumą, reikšmin-

gomis laikė tik sąskaitų faktūrų nuolaidas. Pirma, pagal 73 konstatuojamąją dalį (taip pat pagal 151 konstatuojamąją dalį), tyrimas parodė, kad išlaidos pagal komercinio bendradarbiavimo susitarimus buvo ne tikra nuolaida, o labiau atlygis už veiksmus, susijusius su prekyba, ir, antra, pagal ginčijamo sprendimo 78, 92, 99 ir 106 konstatuojamąsias dalis, retrospektyvių nuolaidų nėra arba jos menkos ir, kaip nurodyta ginčijamo sprendimo 151 konstatuojamojoje dalyje, „kadangi šių nuolaidų paskirtis yra tam tikra „nuolaida už lojalumą“, jos neturi tiesioginio poveikio kainų konkurencijai“. Visose ginčijamo sprendimo konstatuojamosiose dalyse, susijusiose su nuolaidų skaidrumu (111 ir 113 konstatuojamosiose dalyse, esančiose skyriuje, kuriame nagrinėjamas skaidrumas, ir 79 ir 80 konstatuojamosiose dalyse, esančiose skyriuje dėl bendro susitarimo dėl kainų Jungtinės Karalystės atveju ir atitinkamose su kitomis didžiosiomis valstybėmis susijusiose konstatuojamosiose dalyse), yra tik pastabos dėl sąskaitų faktūrų nuolaidų (įprastų ar reklaminių) skaidrumo. Taip pat savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija rėmėsi tik sąskaitų faktūrų nuolaidų skaidrumo trūkumu.

370 Visų pirma reikia pripažinti, kad 111 ir 113 konstatuojamosiose dalyse nėra jokių konkrečių išvadų, o iš tikrųjų jose remiamasi tik skyriuje, kuriame nagrinėjamas bendras susitarimas dėl kainų (t. y. 79 ir 80 konstatuojamosiose dalyse Jungtinės Karalystės atveju ir atitinkamose konstatuojamosiose dalyse kitų valstybių atveju, kurios suformuluotos vienodai), pateiktomis pastabomis.

371 Tačiau reikia pabrėžti, kad remiamasi (bent jau aiškiai) tik reklaminėmis, o ne įprastomis nuolaidomis. 111 konstatuojamojoje dalyje nurodomas kontrolės albumų lygiu poreikis „visų pirma reklaminių nuolaidų atžvilgiu“, be to, 113 konstatuojamosios dalies pabaigoje minimas „nuolaidų, visų pirma reklaminių, aprašytų penkių didžiųjų valstybių narių atveju, skaidrumo trūkumas“. Todėl iš skyriuje, kuriame nagrinėjamas skaidrumas, pateiktų pastabų yra aišku, kad neskaidrumą lemia tik reklaminės nuolaidos. Be to, šią analizę patvirtina 79 ir 80 konstatuojamosios dalys. Taigi ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad nuolaidos svyruoja „daugiausia dėl reklaminių nuolaidų, naudojamų lanksčiau nei įprastos nuolaidos, kurios paprastai nustatomos kasmet“. Taip pat ginčijamo sprendimo

80 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad didžiosios bendrovės dėl savo nuolatinės sąveikos su ta pačia klientų grupe „turi kažkiek žinių apie savo konkurentų įprastas nuolaidas“ ir kad „reklaminės nuolaidos yra ne tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos“. Ginčijamame sprendime niekaip neteigiama ir juo labiau neįrodoma, kad įprastos nuolaidos yra neskaidrios ar nepakankamai skaidrios.

372 Savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija taip pat pripažino, kad įprastos nuolaidos yra pakankamai skaidrios, nes jos nustatomos kasmet ir taikomos visam kliento pardavimui (todėl jų dydžiai gali būti skirtingi pop muzikai, klasikinei muzikai ar per TV reklamuojamiems albumams), ir pateikė argumentų siekdama nustatyti vien reklaminių nuolaidų neskaidrumą. Savo atsiliepime į ieškinį ji taip pat paaiškino suteikusi tokios reikšmės reklaminėms nuolaidoms dėl poreikio kontroliuoti visas sudedamąsias neto kainų dalis, nes palyginti skaidrių PPD ir kažkiek žinių apie įprastas nuolaidas nepakako, jei didelės neskaidrios reklaminės nuolaidos buvo neto kainų svyravimų priežastis. Taip pat Komisija savo pastabose nurodė negalėjusi padaryti išvados, kad didžiosios bendrovės tikrai žinojo apie bet kurios kitos didžiosios bendrovės tikrąją neto kainų nustatymo praktiką, „atsižvelgiant į pakankamai skaidrių PPD įrodymus, kai kuriuos tikro įprastų nuolaidų skaidrumo įrodymus ir įtikinamus neskaidraus bei sudėtingo reklaminių nuolaidų įrodymus“. Galiausiai savo galutinėse pastabose Komisija netgi aiškiai nurodė ginčijamame sprendime padariusi išvadą, kad „buvo didelis ir PPD, ir įprastų nuolaidų skaidrumo laipsnis“.

373 Atitinkamai tiek iš paties ginčijamo sprendimo, tiek iš Komisijos Pirmosios instancijos teisme pateiktų argumentų yra aišku, kad vienintelį tariamo rinkos neskaidrumo elementą nulėmė mažesnis reklaminių nuolaidų skaidrumas.

374 Visų pirma reikia pabrėžti, kad tik ginčijamo sprendimo 80 konstatuojamoji dalis (ir atitinkamos 87, 94, 101 ir 108 konstatuojamosios dalys kitų keturių didžiųjų

valstybių atveju, kurios suformuluotos vienodai) buvo aiškiai skirta nuolaidų skaidrumui. Toje konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad:

„Kalbant apie nuolaidų skaidrumą, dauguma <...> atsakymų į Komisijos rinkos tyrimą rodė, kad didžiosios įrašų bendrovės turi kažkiek žinių apie savo konkurentų įprastas nuolaidas dėl jų nuolatinės sąveikos su ta pačia klientų grupe. Tačiau atrodo, kad reklaminės nuolaidos nėra tokios skaidrios, kaip įprastos nuolaidos ir kad siekiant jas kontroliuoti taip pat būtina atidžiai stebėti reklaminių nuolaidų pokyčius mažmeninėje rinkoje.“

375 Šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad daugelio didžiųjų valstybių atveju ginčijamo sprendimo 80, 87, 94, 101 ir 108 konstatuojamųjų dalių išnašose paminėtuose atsakymuose buvo nurodytas didesnis skaidrumo laipsnis nei paminėtas ginčijamame sprendime. Taigi 55 išnašoje nurodyta, kad „visi penki į klausimą atsakę Italijos mažmenininkai teigė, jog didžiosios bendrovės žino apie viena kitos PPD ir nuolaidas“; taip teigė trys iš keturių Prancūzijos mažmenininkų, o ketvirtasis tvirtino negalėjęs atsakyti į šį klausimą (žr. 49 išnašą). Išskyrus vienintelį Jungtinės Karalystės klientą, nė vienos iš likusių valstybių atveju aiškinamojoje išnašoje nenurodoma, kad bent vienas mažmenininkas būtų atsakęs, jog didžiosios bendrovės nežino apie nuolaidas. Taip pat, remiantis aiškinamosiomis išnašomis, nė vienas Vokietijos mažmenininkas, išskyrus vieną mažmenininką iš aštuonių, nenurodė, kad didžiosios bendrovės tik iš dalies žinojo apie viena kitos nuolaidas.

376 Be to, reikia pažymėti, jog nė vienoje iš aiškinamųjų išnašų nenurodyta, kad mažmenininkų atsakymai rodė, jog didžiosios bendrovės žinojo tik apie įprastas, o ne apie reklamines nuolaidas, nes atsakymuose minimos tik nuolaidos, nedarant tarp jų skirtumo.

377 Todėl reikia pripažinti, kad ginčijamame sprendime minėti įrodymai nepatvirtina jais remiantis padarytų išvadų.

378 Toliau yra akivaizdu, kad remiantis tais įrodymais ginčijamame sprendime padarytos išvados taip pat labai skiriasi nuo pranešime apie kaltinimus padarytų išvadų.

379 Taigi pranešimo apie kaltinimus 81 punkte nurodyta: „Komisija mano, jog yra pakankamai įrodymų, kad didžiosios bendrovės žino apie viena kitos komercines sąlygas“. Be to, iš pranešimo apie kaltinimus aišku, kad tai yra ne Komisijos vertinimas, kuris galėtų būti pakeistas, o labiau iš jos tyrimo išplaukianti faktinė išvada. Pranešimo apie kaltinimus 92 punkte nurodyta, kad „iš mažmenininkų gauta informacija rodo, jog didžiosios bendrovės žino ne tik apie viena kitos kainoraščio kainas, bet ir apie viena kitos nuolaidas bei komercinę praktiką. Kai kurie didžiausi mažmenininkai Prancūzijoje, Jungtinėje Karalystėje ir Vokietijoje pranešė Komisijai manantys, jog didžiosios bendrovės gerai žino apie viena kitos komercines sąlygas“. Taip pat pranešimo apie kaltinimus 54 aiškinamojoje pastaboje nurodoma, kad mažmenininkai pareiškė, jog „didžiosios bendrovės yra pakankamai gerai susipažinusios su jų konkurentų taikytomis nuolaidomis. Ne paslaptis, kad didžiųjų bendrovių pardavimo kolektyvai žino apie įrašų bendrovių taikomas nuolaidas komerciniams sandoriams. Klientas pripažino, kad didžiosios bendrovės žinojo apie viena kitos nuolaidas 0,5–1% tikslumu“. Pranešimo apie kaltinimus 92 punkte Komisija toliau tęsia: „daugelis mažmenininkų taip pat mano, kad yra įprasta praktika naudoti iš vienos iš didžiųjų bendrovių gautas sąlygas siekiant suderinti poziciją su kitomis didžiosiomis bendrovėmis“, ir 55 aiškinamojoje išnašoje nurodo tokį mažmenininko atsakymą: „komercinėse derybose remiamasi kitų didžiųjų bendrovių taikomomis sąlygomis ir nuolaidomis. Nedaug tiekėjų leidžia didžiosioms bendrovėms pakankamai nesunkiai susidaryti išsamų jų taikomų sąlygų vaizdą ir atitinkamai tarpusavyje susiderinti“. Galiausiai, nors tai labiau vertinimas, nei išvada,

Komisija pranešimo apie kaltinimus 129 punkte nurodė, kad „rinkos tyrimas patvirtino, jog didžiųjų įrašų bendrovių pardavimo personalai palaiko reguliarius ir nuolatinius ryšius su mažmenininkais ir didmenininkais <...>. Skelbdamos įvairius populiariausiųjų sąrašus, didžiosios įrašų bendrovės taip gali nesunkiai kontroliuoti, ar kitos didžiosios bendrovės suteikia papildomų nuolaidų populiariausiems albumams“.

380 Be to, skaitant Komisijos atsiliepimą į ieškinį, kyla daugiau klausimų. Komisijos atsiliepimo į ieškinį 51 punkte esančioje 45 išnašoje Komisija teigia, jog „pranešančios šalys ginčijo, kad daugelyje teigiamų atsakymų buvo nurodomos tik PPD arba neskiriamos PPD ir nuolaidos. Tik penkiuose iš 36 atsakymų, kuriuos buvo galima gauti iš visų valstybių, konkrečiai nurodyta, kad buvo tam tikras nuolaidų skaidrumas; priešingos nuomonės aiškiai laikėsi 11 respondentų“. Nors pirmasis sakinytis iš tiesų rodo, kad tai tik koncentracijos šalių pateiktas argumentas, antrasis sakinytis, atvirkščiai, yra pateiktas kaip Komisijos faktinė išvada. Reikia pripažinti, kad tas tvirtinimas akivaizdžiai prieštarauja ginčijamame sprendime pateiktiems mažmenininkų atsakymams, kur, kaip jau nurodyta, 49, 52, 55 ir 57 išnašose, teigiama, kad dauguma mažmenininkų atsakė, jog didžiosios bendrovės žinojo apie savo konkurentų nuolaidas, ir nebuvo nurodyta, kad tai yra tik dalinė ar netiksli informacija, ir niekas nepasakė (išskyrus vienintelį Jungtinės Karalystės mažmenininką), kad nuolaidos nebuvo skaidrios. Todėl Komisijos argumentu negalima remtis. Be to, Komisijos atsiliepime į ieškinį minimi tik 36 mažmenininkų atsakymai, o iš viso yra bent 42 atsakymai, dėl kurių, be to, koncentracijos šalys pateikė savo pastabas 2004 m. birželio 17 d. dokumente dėl skaidrumo.

381 Toliau iš Komisijos atsakymų į Pirmosios instancijos teismo klausimus raštu yra aišku, kad išvada, kurias ji padarė atlikusi mažmenininkų tyrimą, galima iš dalies paaiškinti tuo, kad ji vadovavosi koncentracijos šalių argumentais, esančiais atsakyme į pranešimą apie kaltinimus ir dokumente dėl kainų skaidrumo, pateiktame 2004 m. birželio 17 d. po Komisijoje vykusio bylos nagrinėjimo; šiais

argumentais jos ginčijo tai, kad į teigiamus mažmenininkų atsakymus, kuriuose nebuvo nurodyta, ar jie rėmėsi PPD ir (arba) nuolaidomis, nereikėtų atsižvelgti.

382 Prieš nagrinėdamas tą paaiškinimą iš esmės, Pirmosios instancijos teismas visų pirma turi išreikšti nuostabą, kad jis buvo pateiktas taip vėlai. Kadangi skaidrumo laipsnis yra esminis klausimas šioje byloje, sunku suprasti, kodėl to paaiškinimo, susijusio su svarbiausiu elementu, nėra nei ginčijamame sprendime, nei atsiliepime į ieškinį ir netgi papildomose pastabose, ir kad jis buvo pateiktas tik prieš pat posėdį, atsakant į konkretų Pirmosios instancijos teismo pateiktą klausimą.

383 Kalbant apie argumento pagrįstumą, reikia turėti omenyje, kad klausimyne, kurį Komisija išsiuntė mažmenininkams, buvo toks klausimas: „Remiantis jūsų pirkimo skyriaus patirtimi, ar įrašų bendrovės žino apie savo konkurentų PPD ir nuolaidas?“ Kaip teisingai pažymėjo ieškovė, nėra jokios pagrįstos priežasties manyti, kad negalima atsižvelgti į teigiamus mažmenininkų atsakymus (kurie, be to, kai kada yra labai kategoriški, pvz., „aišku“, „absoliučiai“ ar „iš tikrųjų“), kuriuose jie nenurodė, ar rėmėsi kainomis ir (arba) nuolaidomis. Teigiamas ar neigiamas atsakymas į taip suformuluotą klausimą turi būti logiškai suprantamas kaip paremtas abiem nagrinėjamais aspektais, jeigu jame nėra apribojimų ar papildomų išsamesnių duomenų. Darant prielaidą, kad Komisija manė, jog vis dėlto buvo galima kažkiek abejoti tikslia atsakymų reikšme, ji privalėjo, visų pirma atsižvelgdama į to aspekto svarbą ginčijamam sprendimui, išsiaiškinti tą aspektą su minėtais mažmenininkais, o tai ji, be to, galėjo padaryti per labai trumpą laiką.

384 Bet kuriuo atveju reikia pripažinti, jog pranešančiųjų šalių tvirtinimas, kurį palaikė Komisija, kad „tik penki iš 36 atsakymų aiškiai rodė, jog buvo tam tikras skaidrumas, o priešingas požiūris aiškiai išreikštas 11 atsakymų“, yra akivaizdžiai neteisingas.

385 Kalbant apie tariamus 11 atsakymų, aiškiai rodančių, kad nėra nuolaidų skaidrumo, reikia pažymėti, kad iš *Sony* ir *BMG* 2004 m. birželio 17 d. dokumento (įstojimo į bylą paaiškinimo priedas C.9) visų pirma aišku, kad tariamas skaičius yra 10, o ne 11 neigiamų atsakymų (žr. 213 punktą) ir kad iš tikrųjų dokumente paminėti tik septyni atsakymai, iš kurių tik keturi susiję su didžiosiomis valstybėmis, kurios yra pagrindinio nagrinėjimo ginčijamame sprendime dalykas. Be to, akivaizdu, kad beveik nė vienas iš tų keturių atsakymų negali būti vertinamas kaip aiškiai neigiamas. Aišku, kad (*konfidencialu*) atsakymas „mūsų nuomone, jos žino apie konkurentų PPD“, negali būti suprantamas kaip aiškiai rodantis, jog didžiosios bendrovės nežino apie savo konkurentų nuolaidas. Kitame su Vokietijos rinka susijusiame atsakyme nurodyta: „nors neišsamiai, tačiau jos žino apie absoliučią minimalią konkurencinę kainą“, o tai taip pat nėra aiškiai neigiamas atsakymas. 61 puslapyje pateiktas (*konfidencialu*) atsakymas, susijęs su Jungtinės Karalystės rinka, yra vienintelis aiškiai neigiamas atsakymas („PPD – taip. Nuolaidos – ne“), tačiau toliau jame iš karto nurodoma: „nors jei albumui suteikiama nuolaida mažmeniniu lygiu, vėlesnis bendros mažmeninės kainos sumažėjimas bus akivaizdus visai rinkai“. Galiausiai kito 2004 m. birželio 17 d. dokumente paminėto tariamai neigiamo (*konfidencialu*) atsakymo („Mes nežinome, kad įrašų bendrovės žino apie savo konkurentų PPD ir nuolaidas“) nėra bylos medžiagoje. Iš tiesų kiti keturi atsakymai, susiję su Jungtinės Karalystės rinka (tiek pagal ginčijamą sprendimą, tiek pagal Komisijos Pirmosios instancijos teismui pateiktus dokumentus atsakė penki Jungtinės Karalystės mažmenininkai), atitinkamai buvo tokie: „PPD – taip. Nuolaidos – 0,5–1 % tikslumu (p. 56); „Aišku“ (p. 58); „Taip“ (p. 63); „Įrašų bendrovės labai gerai žino apie savo konkurentų PPD. <...> mano, kad jos taip pat pakankamai gerai žino apie savo konkurentų suteikiamų nuolaidų intervalus“ (p. 65) (šis mažmenininkas atsakyme į kitą klausimą taip pat teigia, kad „komercinėse derybose remiamasi kitų didžiųjų bendrovių taikomomis sąlygomis ir nuolaidomis“ ir kad „mažas konkuruojančių tiekėjų skaičius leidžia didžiosioms bendrovėms pakankamai nesunkiai susidaryti išsamų jų taikomų sąlygų vaizdą bei atitinkamai suderinti sąvąsias“). Reikia pripažinti, kad, visi Jungtinės Karalystės klientų atsakymai, kurie tikrai nėra akivaizdžiai neigiami, aiškiai atskleidžia gan didelį tiek PPD, tiek nuolaidų skaidrumą.

386 Be to, išnagrinėjus Komisijos prieš pat posėdį pateiktus mažmenininkų atsakymus, yra aišku, kad jie nepatvirtina išvadų, kurias Komisija padarė iš tų atsakymų. Daugelis atsakymų atskleidžia, kad nuolaidos buvo skaidrios ar kad didžiosios bendrovės apie jas žinojo.

387 Iš to, kas nurodyta, daroma išvada, kad vertindama mažmenininkų atsakymus Komisija padarė akivaizdžią klaidą.

388 Toliau kalbant apie skirtumą, kuris daromas ginčijamame sprendime tarp įprastų nuolaidų ir reklaminių nuolaidų skaidrumo, iš atsiliepimo į ieškinį yra aišku, kad Komisija, remdamasi koncentracijos šalių atlikta mažmenininkų atsakymų, nacionalinių *Sony* ir BMG administracijos darbuotojų pareiškimų (priedas B.2) ir prekybos atstovų stebėsenos ataskaitų analize, padarė išvadą, kad nors skaidrumas galėjo paveikti PPD ir kažkiek – įprastas nuolaidas, jis tikriausia nepaveikė reklaminių nuolaidų, dėl kurių deramasi kiekvienu konkrečiu atveju.

389 Nė vienas iš tų trijų šaltinių negali patvirtinti Komisijos padarytos išvados. Visų pirma, kaip jau buvo nurodyta, Komisijos atliktas mažmenininkų atsakymų vertinimas, pagal koncentracijos šalių atliktą analizę yra niekinis dėl akivaizdžios klaidos. Be to, nė viename iš mažmenininkų atsakymų, nepaisant to, ar jie neigiami, ar teigiami, nedaromas skirtumas tarp įprastų ir reklaminių nuolaidų. Antra, vien koncentracijos šalių atstovų pareiškimai aiškiai negali būti tinkamas reklaminių nuolaidų neskaidrumo įrodymas. Trečia, prekybos atstovų savaitės stebėsenos ataskaitos su informacija apie konkurentus yra, kaip paaiškinta ginčijamo sprendimo 113 konstatuojamojoje dalyje, papildomas skaidrumo šaltinis. Atitinkamai netgi darant prielaidą, kad jose nėra labai išsamios informacijos apie nuolaidas, visų pirma reklamines, pagal jas bet kuriuo atveju neįmanoma nustatyti reklaminių nuolaidų neskaidrumo fakto. Be to, kaip pažymėta pirmiau (*konfidencialu*).

390 Iš to, kas nurodyta, visiškai aišku, kad ginčijamame sprendime atliktas rinkos skaidrumo vertinimas yra niekinis dėl akivaizdžios klaidos tiek, kiek jis paremtas elementais, kurie negali pagrįsti jais remiantis padarytų išvadų.

391 Tačiau siekdamas išsamumo, Pirmosios instancijos teismas išnagrinės argumentus, susijusius su reklaminių nuolaidų pokyčiais ir sudėtingumu.

392 Ginčijamo sprendimo 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamosiose dalyse Komisija pažymėjo tam tikrą *Sony* ir *BMG* sąskaitų faktūrų nuolaidų svyravimo laipsnį ir tam tikrus jų skirtumus pagrindiniams klientams penkiose didžiosiose valstybėse (2–5 % Jungtinėje Karalystėje, Vokietijoje ir Ispanijoje; 1–3 % Italijoje; padėtis šiek tiek skyrėsi Prancūzijoje, tačiau buvo tokia pati dydžio atžvilgiu, vertinant visas nuolaidas). Ginčijamame sprendime taip pat nurodyta:

„Be to, (koncentracijos) šalys pateikė duomenų, pagal kuriuos sąskaitų faktūrų nuolaidos konkrečiam klientui skyrėsi laiko ir albumų atžvilgiu, o nuolaidos konkrečiam albumui skyrėsi atsižvelgiant į konkretų klientą. Rinkos tyrimas parodė, kad šiuos svyravimus daugiausia nulėmė reklaminės nuolaidos, kurios naudojamos lanksčiau nei įprastos nuolaidos.“

393 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija pateikė daug lentelių, siekdama parodyti nuolaidų pokyčius ir sudėtingumą. Komisijos teigimu, jos rodė, kad reklaminės nuolaidos yra ne tokios skaidrios kaip įprastos nuolaidos ir kad norint jas kontroliuoti reikėtų išsamiai stebėti reklamines nuolaidas mažmeninėje rinkoje; beje, Komisija nerado pakankamai įrodymų, kurie patvirtintų, kad didžiosios bendrovės taip elgėsi. Savo atsiliepime į ieškinį Komisija nurodė išnagrinėjusi atskiro albumo neto kainos sudedamąsias dalis (PPD, įprastą nuolaidą, galimą reklaminę nuolaidą) ir padariusi išvadą, kad siekiant, jog didžioji bendrovė būtų pakankamai tikra dėl to, kad ji žino apie kitos didžiosios bendrovės faktinius neto kainų, išreikštų klientų ir albumų lygmeniu, nustatymo metodus, būtų būtinas pakankamas visų šių sudedamųjų dalių skaidrumas ir kad ji negalėjo padaryti tokios išvados, turėdama pakankamai skaidrių PPD įrodymų, kažkiek tam tikro įprastų nuolaidų skaidrumo įrodymų ir įtakingamų neskaidraus ir sudėtingo reklaminių nuolaidų pobūdžio įrodymų.

394 Dėl tokio Komisijos argumentavimo reikia pateikti šių pastabų.

395 Visų pirma stebina tai, kad Komisija remiasi nuolaidų pokyčiais, jog nustatytų skaidrumo nebuvimą. Savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija ne kartą pabrėžė, kad neto kainų ar nuolaidų pastovumas ar paralelės neturi reikšmės vertinant rinkos skaidrumą. Taigi visų pirma ji tvirtino, kad didelis įrašų bendrovės (vidutinių) nuolaidų pastovumas negali būti būtino skaidrumo įrodymas, jog Komisija suinteresuotu nuolaidų skaidrumu nesiekė išsiaiškinti, ar didžiosios bendrovės laikėsi bendros politikos, kad su faktiniu reklaminių nuolaidų taikymu konkrečiu momentu susiję įrodymai turėjo reikšmės tik vertinant faktinį kainų derinimo laipsnį, kad glaudus derinimas, nepaisant jo lygmens, bet kuriuo atveju negalėjo būti laikomas pakankamu derinimo įrodymu, kad tam tikras įrašų bendrovės suteiktų nuolaidų pastovumo laipsnis laiko atžvilgiu savaime nėra įrodymas ir kad netgi didelis statistinio nuspėjamumo laipsnis neįrodo, jog yra derinimas.

396 Taip pat savo 2004 m. birželio 17 d. dokumente dėl kainų skaidrumo įrodymų nebuvimo, kuris buvo pateiktas po Komisijoje vykusio nagrinėjimo, koncentracijos šalyje tvirtino, kad II etapo klientų klausimyno 28 klausimas („Ar pastebėjote kokį nors PPD, nuolaidų ar kitų sąlygų derinimą tarp didžiųjų bendrovių?“) neturi jokio ryšio su kainų skaidrumu („iš šio klausimo formuluotės aišku, kad jis nėra susijęs su kainų skaidrumu“).

397 Antra, reikia turėti omenyje, kad vienintelėse pastabose dėl nuolaidų, esančiose ginčijamo sprendimo skyriuje, kuriame nagrinėjamas rinkos skaidrumas (ginčijamo sprendimo 111–113 konstatuojamosios dalys), paprasčiausia remiamasi (tiek, kiek tai susiję su reklaminėmis nuolaidomis) išvadomis, padarytomis skyriuje, kuriame nagrinėjamas bendras susitarimas dėl kainų penkiose didžiosiose valstybėse (kitaip tariant, 77–80 konstatuojamosios dalys Jungtinės Karalystės atveju ir atitinkamos konstatuojamosios dalys kitų didžiųjų valstybių atveju). Tačiau ginčijamo sprendimo 70 konstatuojamojoje dalyje Komisija, norėdama nustatyti, ar didžiosios bendrovės iš

tiesų vykdė savo kainų derinimo politiką, nurodė, kad „vidutinės kainos (buvo) tinkama priemonė įvertinti didžiųjų bendrovių elgesio paraleles nustatant kainas“. Iš to išplaukia, kad pagal patį ginčijamą sprendimą, siekdama įvertinti skaidrumą, Komisija manė galinti remtis vidutiniais skaičiais, o ne konkrečiais pokyčiais, įskaitant reklaminį nuolaidų pokyčius.

398 Bent jau nėra akivaizdu, kad Komisija rimtai išnagrinėjo konkrečius reklaminį nuolaidų pokyčius ir reklaminį nuolaidų poveikį rinkai ar kainoms. Be to, iš ginčijamo sprendimo 72 konstatuojamosios dalies, kurioje remiamasi įvairiais Komisijos analizuotais elementais, yra aišku, kad buvo išnagrinėti tik vidutiniai duomenys apie sąskaitų faktūrų nuolaidas (žr. ginčijamo sprendimo 43 išnašą). Tiek pranešime apie kaltinimus, tiek per administracinę procedūrą Komisija tvirtino, kad su kainomis (bruto ir neto) ir vidutinėmis nuolaidomis susiję duomenys leido jai įvertinti kolektyvinės dominuojančios padėties buvimą bei įvertinti, ar rinka buvo pakankamai skaidri. Tik po 2004 m. birželio 14 ir 15 d. vykusio nagrinėjimo Komisija pakeitė savo vertinimą ir pripažino koncentracijos šalių argumentavimą, kad reklaminį nuolaidų sudėtingumas ir pokyčiai pašalino būtiną skaidrumą, tačiau ji neatliko jokių naujų rinkos tyrimų, kad patikrintų šių naujų išvadų pagrįstumą.

399 Trečia, reikia pateikti daug pastabų dėl argumentų ir įrodymų, kuriuos Komisija pateikė ginčijamame sprendime ir savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui, kurie yra susiję su tariamais reklaminį nuolaidų pokyčiais; šios pastabos susijusios, pirma, su reklaminį nuolaidų neskaidrumo laipsniu ir, antra, su jų reikšmingumu.

— Dėl reklaminį nuolaidų neskaidrumo

400 Preliminariai reikia pažymėti, kad nei ginčijamame sprendime, nei netgi savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija tiksliai neapibrėžė, kas

yra reklaminės nuolaidos, kokiomis sąlygomis jos suteikiamos ir kokios sąlygos joms taikomos, nenurodė jų taikymo dažnumo, dydžio ar albumų rūšių, kurioms jos turėtų būti taikomos. Tačiau iš bylos medžiagos ir visų pirma iš Komisijos pateiktų retų konkurentų atsakymų ištraukų, atrodo, aišku, kad tai yra specifinės nuolaidos, jų procentinė dalis yra pakankamai didelė, kad jos suteikiamos tam tikram konkrečių albumų kiekiui ir taikomos ribotą laikotarpį bei konkrečiais atvejais, dažniausiai siekiant atsikratyti didelių atsargų.

401 Pagal ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamąją dalį (ir atitinkamas konstatuojamąsias dalis kitų didžiųjų valstybių atveju) „(koncentracijos šalys) pateikė duomenis, pagal kuriuos sąskaitų faktūrų nuolaidos konkrečiam klientui skyrėsi laiko ir albumų atžvilgiu, o nuolaidos konkrečiam albumui skyrėsi atsižvelgiant į klientą“. Nors toje ginčijamo sprendimo konstatuojamojoje dalyje paminėta pati bendriausia sąskaitų faktūrų nuolaidų kategorija, yra priežasčių manyti, kad iš tikrųjų ši pastaba susijusi tik su reklaminėmis nuolaidomis. Kaip yra aišku iš ginčijamo sprendimo ir iš Komisijos procesinių dokumentų, dėl įprastų nuolaidų su kiekvienu klientu yra deramasi visiems metams ir jos taikomos bendram nagrinėjamo kliento pardavimui. Komisija ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamojoje dalyje teigia, kad šiuos svyravimus daugiausia nulemia reklaminės nuolaidos. Ji tvirtina, kad dėl šių trijų rūšių pokyčių (kliento, albumo ir laiko atžvilgiu) reklaminės nuolaidos tampa neskaidrios. Norėdama pagrįsti šį teiginį, Komisija prie savo atsiliepimo į ieškinį pridėjo lenteles, kurios turėtų parodyti šiuos įvairius pokyčius („nauji įrodymai“).

402 Šiuo atžvilgiu visų pirma reikia pažymėti, kad reklaminė nuolaida, kaip teisingai tvirtino ieškovė, atrodo, (*campaign discount*) iš esmės yra skirta tapti vieša. Logiškai vertinant, reklaminę nuolaidą, kurios procentinė dalis yra didelė ir kuri pridėjama prie įprastos nuolaidos, įrašų bendrovė suteiks mažmenininkui tik su sąlyga, kad pastarasis perkels nuolaidą galutiniam vartotojui (aiškiai sumažintos kainos ar geresnės padėties vitrinoje forma), siekdama padidinti albumo, kuriam taikoma nuolaida, pardavimą. Taip yra *a fortiori*, nes, kaip nurodyta pranešimo apie kaltinimus 115 punkte, autorinis atlyginimas skaičiuojamas nuo albumo PPD, o ne nuo jo neto kainos, taigi didžioji bendrovė yra suinteresuota kuo daugiau apriboti nuolaidas.

403 Toliau reikia pažymėti, kad vienintelės trys konkurentų atsakymų į prašymą pateikti informacijos pagal Susijungimų reglamento 11 straipsnį ištraukos, kurias Komisija pateikė Pirmosios instancijos teismui, ne tik nepatvirtina Komisijos teiginio, bet, atvirkščiai, rodo, kad reklaminės nuolaidos yra pakankamai viešos ir skaidrios.

404 Taigi pagal vienos iš didžiųjų bendrovių atsakymą:

„(Reklaminės nuolaidos) gali būti naudojamos naujam įrašui, siekiant reklamuoti naują atlikėją, remti naują mažmeninės prekybos vietą, konkrečią pardavimo programą ar kampaniją (tai paprastai apima visą įrašų kategoriją) arba reklamuoti konkretų renginį. Tokio tipo nuolaida gali sudaryti nemažą dalį PPD (*konfidencialu*) ir taip pat yra svarbi atsižvelgiant į perspektyvą, kad ji yra skirta paskatinti tam tikrą pardavimą.“

405 Informacija, susijusia su reklaminių nuolaidų suteikimo sąlygomis, kurią galima rasti tik viename iš didžiųjų bendrovių atsakymų, pateiktų Komisijos, taip pat rodo, kad tokios nuolaidos yra susijusios su labai specifiniais įvykiais, kuriuos konkurentai gali nesunkiai nustatyti. Nagrinėjama didžioji bendrovė teigia, kad:

„(Reklaminės nuolaidos) – tai nuolaidos, siūlomos rengiant tam tikras reklamines kampanijas. Jos susietos su konkrečiais įrašais ar jų grupėmis. Jei, pavyzdžiui, atlikėjas yra išvykęs į turą reklamuoti savo naujojo albumo, gali būti pasiūlyta nuolaida siekiant maksimaliai padidinti to albumo pardavimą per to atlikėjo turą. Taip pat kai kurios sezoninės atsargos (pvz., įrašai su kalėdine muzika) gali būti susijusios su konkrečia joms skirta reklamos kampanija. Reklaminės nuolaidos kartais taikomos senesnių įrašų, kurie jau nebėra taip gerai parduodami, pardavimui. Paprastai <...> sieks parduoti mažmenininkui didelį kiekį konkretaus įrašo (ar susijusių įrašų grupės) su nuolaida, o tada tas mažmenininkas parduos tuos įrašus

specialia kaina. Nuolaidos naujiems įrašams kartais suteikiamos, jei konkretūs nauji įrašai užsakomi iš anksto, siekiant užtikrinti, kad parduotuvėje jų būtų pakankamai. <...> Tokio tipo nuolaida taip pat dažnai suteikiama naujiems ar kylantiems atlikėjams, kai <...> norima padidinti pardavimą taikant tikslinę reklamos kampaniją.“

406 Galiausiai iš nepriklausomo leidėjo atsakymo yra aišku, kad, pirma, tos reklaminės nuolaidos aiškiai atsispindi mažesnėje atitinkamų albumų pardavimo kainoje vartotojui ir jų geresnėje vietoje parduotuvėje, ir, antra, reklamines kampanijas dažnai inicijuoja patys mažmenininkai, ragindami jose dalyvauti įvairius leidėjus (šiuo klausimu taip pat žr. *Sony* ir *BMG* atstovų pareiškimus, priedas B.2), o tai leidžia jiems žinoti apie reklaminių nuolaidų buvimą.

407 Darytina išvada, kad jokia trečiųjų šalių pateikta informacija, nurodyta ginčijamame sprendime, ar susijusi su naujais Komisijos pateiktais įrodymais, nepatvirtina, jog reklaminės nuolaidos yra neskaidrios.

408 Tačiau iš ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamosios dalies ir Komisijos Pirmosios instancijos teismui pateiktų rašytinių pastabų yra aišku, kad koncentracijos šalys pateikė duomenų, rodančių, jog reklaminės nuolaidos nėra pakankamai suderintos, nes jos skiriasi laiko, klientų ir albumų atžvilgiu. Komisija ir į bylą įstojusios šalys iš esmės teigia, kad dėl reklaminių nuolaidų pokyčių ir sudėtingumo rinka nėra pakankamai skaidri.

409 Šiuo atžvilgiu visų pirma reikėtų turėti omenyje, jog Komisija, išnagrinėjusi visų didžiųjų bendrovių pateiktus duomenis, pranešimo apie kaltinimus 88–90 punktuose padarė išvadą, kad nuolaidos skyrėsi, bet buvo pastovios, kad, nepaisant kelių išimčių, skirtumai buvo gan riboti, ir nebuvo visiškai jokių įrodymų, jog nuolaidos

buvo naudojamos siekiant iš esmės pakeisti kainų nustatymo politiką ar visų pirma paveikti sėkmingų įrašų (new hit releases) vidutines neto kainas, nes bruto ir neto kainų santykiai laiko ir albumų atžvilgiu buvo pastovūs.

410 Nors, kaip nurodyta pirmiau, Komisija iš tiesų turi teisę pakeisti vertinimus, kuriuos ji padarė per administracinę procedūrą, visų pirma siekdama atsižvelgti į suinteresuotųjų šalių pastabas, ir neprivalo sprendime nurodyti tokio pakeitimo motyvų, reikia turėti galimybę pateisinti sprendime padarytas išvadas, bent jau nagrinėjant bylą Pirmosios instancijos teisme, remiantis anksčiau padarytomis faktinėmis išvadomis, jei būtina, įrodant, kodėl ankstesnės išvados buvo neteisingos. Tačiau šioje byloje, kaip teisingai teigia ieškovė, Komisija dar kartą neišnagrinėjo duomenų, susijusių su visų didžiųjų bendrovių taikytomis nuolaidomis, o paprasčiausia pateisino savo išvadas remdamasi vien koncentracijos šalių pateiktais duomenimis.

411 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija iš tiesų tvirtino išnagrinėjusi kitų didžiųjų bendrovių nuolaidas, tačiau dėl to, kad kai kurių iš tų skaičių negalima buvo atskleisti koncentracijos šalims, jų negalima buvo įtraukti į ginčijamą sprendimą. Tačiau tuo argumentu nereikėtų remtis.

412 Visų pirma iš ginčijamo sprendimo (visų pirma žr. ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamąją dalį ir 43 išnašą), iš kitų Komisijos argumentų aspektų (žr. tą atsiliepimo į ieškinį ištrauką, kurioje Komisija teigia, kad „buvo atsižvelgta tik į *Sony* ir *BMG* duomenis, nes kitos didžiosios bendrovės teigė sąskaitose faktūrose nurodančios tik neto kainas“) ir iš naujų Komisijos pateiktų įrodymų yra aišku, kad ginčijamame sprendime pateiktas nuolaidų pokyčių vertinimas pagrįstas tik duomenimis, kurie susiję su koncentracijos šalių suteiktomis nuolaidomis. Nė vienoje iš ginčijamo sprendimo konstatuojamųjų dalių nėra nurodyta, kad Komisija išnagrinėjo su kitų didžiųjų bendrovių taikytomis nuolaidomis susijusius duomenis,

ir *a fortiori* nenurodyta, kad tos nuolaidos rodo reklaminių nuolaidų sudėtingumą bei pokyčius.

413 Antra, Komisija aiškiai negali tvirtinti, kad, nagrinėdama siūlomą koncentraciją, ji neturi atsižvelgti ir prireikus grįsti savo išvadų kitų rinkos subjektų duomenimis. Tas argumentas daugeliu atvejų neleistų išnagrinėti siūlomos koncentracijos suderinamumo su bendrąja rinka. Be to, reikia pridurti, kad daugelis iš ginčijamame sprendime išnagrinėtų veiksmų, išskyrus nuolaidas (rinkos dalys, bruto/neto kainos ir kt.) yra pagrįsti įvairių rinkos subjektų duomenimis.

414 Trečia, Komisija, kuri po posėdžio pateiktose savo galutinėse pastabose pabrėžia suvaržymus, atsirandančius dėl griežtų siūlomų koncentracijų nagrinėjimo procedūros terminų ir poreikio paisyti apie koncentraciją pranešančių šalių teisės į gynybą, teigė, kad daugelis ieškovės tvirtinimų dėl to, jog Komisija tinkamai neištyrė tam tikrų esminių klausimų, susijusių su pateiktais kaltinimais, ir jog taip pat turėjo ištirti kitus kaltinimus, yra pagrįsti neteisingu koncentracijų kontrolės procedūros suvokimu, nes koncentracijos keliamų konkurencijos problemų tyrimas iš esmės vyksta prieš pateikiant pranešimą apie kaltinimus. Nors ieškovė negali pagrįstai kaltinti Komisijos neištyrus pirmą kartą Pirmosios instancijos teisme iškeltų problemų, iš kurių daugelis, be to, yra akivaizdžiai nepriimtinos, nes jos nurodytos tik dublike ar pastabose, kurias ieškovė pateikė po posėdžio, šia pastaba Komisija nepaiso dviejų aspektų. Pirma, yra pripažinta, kad procedūros pradžioje Komisija nustatė skaidrumo ir nuolaidų problematiką ir kad šiuo atžvilgiu ji apklausė tiek trečiąsias, tiek koncentracijos šalis. Antra, dėl laiko suvaržymų koncentracijos šalys, prieš pateikdamos įrodymus Komisijai, kad paneigtų jos tinkamu laiku pateiktus kaltinimus, taip pat negali laukti iki paskutinės minutės, nes tada Komisija nebegalėtų atlikti būtinų tyrimų. Tokiu atveju tie įrodymai turi būti bent jau ypač patikimi, objektyvūs, reikšmingi ir įtikinami, kad pagrįstai paneigtų Komisijos pateiktus kaltinimus.

415 Iš pradžių šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad tiek iš ginčijamo sprendimo 79 konstatuojamosios dalies formuluotės („(koncentracijos šalys) pateikė duomenis“), tiek išnagrinėjus naujus įrodymus (pridėtus prie atsiliepimo į ieškinį) yra aišku, jog su reklaminėmis nuolaidomis susijusios išvados yra pagrįstos ne tik su koncentracijos šalimis susijusiais duomenimis, o lenteles, kuriose tokie duomenys pateikti, parengė tos pačios šalys (ar jų ekonomikos patarėjai) pagal pačių šalių pasirinktą metodiką ir duomenis, ir nėra jokių požymių, kad Komisija patikrino, ar tie duomenys yra tikslūs, reikšmingi, objektyvūs ir tipiški. Nors, kaip Komisija teigė per posėdį, koncentracijų kontrolės procedūra iš tiesų dideliu mastu yra paremta pasitikėjimu, nes negalima reikalauti, kad Komisija pati iki smulkesnių detalių išsiaiškintų, ar visa jai pateikta informacija yra patikima ir tiksli, vis dėlto pastaroji negali eiti taip toli ir nepatikrinusi leisti, kad koncentracijos šalys būtų atsakingos už tam tikras tyrimo dalis, visų pirma, kai tie aspektai, kaip ir šioje byloje, yra esminis elementas, kuriuo pagrįstas sprendimas, ir kai koncentracijos šalių pateikti duomenys bei vertinimai yra visiškai priešingi Komisijos atliekant tyrimą surinktai informacijai ir išvadoms, kurias ji padarė remdamasi ta informacija.

416 Ketvirta, ieškovė pabrėžė, ir Komisija tam neprieštaravo, be to, kaip Komisija pripažino pranešimo apie kaltinimus 146 punkte, kad *Sony* ir *BMG* veiklos rodikliai tyrimo metais buvo labai skirtingi. Kadangi įrašų sėkmė gali turėti įtakos kainoms ir nuolaidoms, lentelės, kuriose išnagrinėti tik tų dviejų šalių duomenys, gali padidinti pokyčius.

417 Penkta, atsižvelgiant į pateiktus svarstymus, reikia pateikti pastabų dėl Komisijos pateiktų įrodymų nagrinėjimo.

418 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija teigia rėmusis prie jo pridėtais duomenimis, siekdama padaryti išvadą, kad nuolaidos skyrėsi trim aspektais (laiko, albumų ir klientų atžvilgiu).

419 Šiuo atžvilgiu Pirmosios instancijos teismas visų pirma pažymi, kad iš visų šių tariamų įrodymų tik vieną iš priedų (B.4) parengė pati Komisija, nors jame taip pat rėmėsi tik su *Sony* ir *BMG* suteiktomis nuolaidomis susijusiais duomenimis. Nagrinėjamą priedą sudaro diagramos, rodančios 2000–2003 m. vidutines koncentracijos šalių suteiktas sąskaitų faktūrų nuolaidas kiekvienam iš savo 10 svarbiausių bendrų klientų didžiosiose valstybėse, išskyrus Prancūziją, nes Komisija nustatė, kad su Prancūzija susiję duomenys buvo prieštaringi. Pranešime apie kaltinimus (88 punkte) Komisija rėmėsi tomis diagramomis, siekdama įrodyti bendrą nuolaidų pastovumą. Komisija neginčijo šio vertinimo teisingumo Pirmosios instancijos teisme, o tik nurodė, jog koncentracijos šalys tvirtino, kad jų požiūris į kai kuriuos klientus labai skyrėsi, ir prie priedo B.5 pridėjo savo pastabų ištraukas. Tačiau reikia pripažinti, kad tos pastabos negali priversti suabejoti iš tų diagramų susidarytu bendru išpūdžiu. Taigi Italijos rinkos atveju, kuriai būdingas pastovumas ir nustatytos paralelės, nors, kaip pažymi koncentracijos šalys, du klientai iš tiesų gavo daug mažesnes nuolaidas nei kiti klientai, dar svarbiau yra tai, kad *Sony* ir *BMG* suteikė tas mažesnes nuolaidas būtent tiems patiems dviem klientams, kad abiejų didžiųjų bendrovių atveju jos buvo beveik tokio paties dydžio ir kad jos kito paraleliai.

420 Kalbant apie atsiliepimo į ieškinį prieduose B.8 ir B.9 pridėtas lenteles, kurios, Komisijos teigimu, rodo, jog atitinkamai *Sony* ir *BMG* suteiktų sąskaitų faktūrų nuolaidų savo 20 populiariausių albumų kiekvienoje iš penkių didžiųjų valstybių narių paskirstymas labai skyrėsi, visų pirma reikia pažymėti, kad jos yra susijusios su bendriausia sąskaitų faktūrų nuolaidų kategorija, o ne tik su reklaminėmis nuolaidomis, ir kad nuolaidų intervalų skirtumų laiko atžvilgiu, kaip pažymėjo ieškovė, galėjo atsirasti dėl veiklos rodiklių skirtumų; be to, negalima atmesti, kad nuolaidos yra pagrįstos žinomomis taisyklėmis.

421 Toliau reikia pažymėti, kad nors nuolaidų intervalų pasiskirstymas 1998–2003 m. faktiškai skiriasi laiko ir valstybių atžvilgiu, jis panašiai skiriasi abiejų koncentracijos šalių atveju tiek laiko, tiek valstybių atžvilgiu. Tai netgi labiau aiškėja iš lentelės

(priedas B.9), kurioje palyginamas 2003 m. kiekvienoje iš penkių valstybių narių suteiktų nuolaidų suskirstymas, nes nors jis skiriasi atsižvelgiant į konkrečią valstybę, abiejų koncentracijos šalių suteiktos nuolaidos kinta paraleliai (visų pirma žr. duomenis, susijusius su A ir C valstybėmis). Taigi, nors A valstybėje *Sony* ir BMG nuolaidos yra iš esmės sukoncentruotos (*konfidencialu*) intervale, jų intervalas B valstybėje iš esmės (*konfidencialu*) ir (*konfidencialu*), C valstybėje (*konfidencialu*) ir didesni intervalai D ir E valstybėse. Taigi iš tų prieduose pateiktų lentelių yra akivaizdu ne tik tai, kad nuolaidų pasiskirstymas įvairiais intervalais kiekvienoje valstybėje yra gan panašus, bet ir tai, kad svyravimai pagal valstybę taip pat labai panašūs.

422 Kalbėdama konkrečiau apie reklamines nuolaidas, Komisija iš esmės remiasi dviem iš savo priedų (B.13 ir E.4.2), kad pagrįstą teoriją, jog reklaminės nuolaidos yra neskaidrios, nes jos labai sudėtingos ir svarbios. Tačiau yra akivaizdu, kad tuose prieduose pateiktos lentelės, kurios susijusios tik su *Sony* ir BMG vieninteliais metais suteiktomis nuolaidomis, ir kurias parengė tik tos įmonės, negali būti laikomos pakankamai svarbiomis bei patikimomis.

423 Taigi kalbant apie priedo B.13 lenteles, kuriose lyginamos 2002 m. koncentracijos šalių suteiktos sąskaitų faktūrų nuolaidos jų svarbiausiems šešiams klientams geriausiai parduodamų albumų atžvilgiu, „esančios PPD sąrašuose panašiomis kainomis“, reikia visų pirma pažymėti, kad savo atsakymuose į Pirmosios instancijos teismo klausimus raštu Komisija nurodė, jog kiekvienos valstybės atveju pasirinktos PPD rodė vienos iš atitinkamų šalių svarbiausias PPD pasiekto pardavimo atžvilgiu, ir kartu vis dėlto pažymėjo, kad, pavyzdžiui, Vokietijos atveju pasirinktos PPD buvo trečia ir ketvirta svarbiausios PPD BMG atveju, o *Sony* atveju – svarbiausios PPD ir šeštoji svarbiausioji PPD. Kadangi ginčijamame sprendime nurodyta, kad koncentracijos šalys pagrindinį savo pardavimą pasiekė naudodamos vieną ar dvi arba daugiausia tris PPD, kyla klausimas, kiek albumai, į kuriuos buvo atsižvelgta, iš tiesų yra jų geriausiai parduodami albumai. Be to, iš išnašos, kurioje daroma nuoroda į

lenteles, yra aišku, kad daugelio albumų PPD per metus buvo keičiamos, o tai galėjo turėti įtakos suteiktoms nuolaidoms ir padidinti lyginamuosius pokyčius. Taip pat iš tų lentelių yra aišku, kad BMG duomenys yra susiję su 2002, o *Sony* duomenys – su 2002–2003 finansiniais metais.

424 Galiausiai ir bet kuriuo atveju, nors tas lenteles sunku skaityti dėl to, kad jose alternatyviai sugretinami *Sony* ir *BMG* duomenys, nors reikia palyginti kiekvienos iš koncentracijos šalių įvairiems savo klientams suteiktas nuolaidas, o ne vienos iš tų šalių albumams suteiktas nuolaidas, remiantis kitos šalies albumams suteiktomis nuolaidomis, atidžiai išnagrinėjus lenteles, matyti, kad galiausiai pokyčiai atrodo gan riboti. Toliau šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad iš pranešimo apie kaltinimus 75 punkto ir jo 47 išnašos yra aišku, jog Komisija atskirai analizavo *Sony* ir *BMG* 10 populiariausių albumų bruto ir neto kainas ir pranešimo apie kaltinimus 90 punkte padarė išvadą, kad „atskirų išnagrinėtų įrašų atveju neto ir bruto kainų santykiai buvo pastovūs albumų ir laiko atžvilgiu“. Nei Komisija, nei į bylą įstojusios šalys neteigė ir juo labiau neįrodė, kad ta išvada yra neteisinga.

425 Kalbant apie priedo E.4.2 lenteles, kuriomis siekiama parodyti maksimalias *Sony* ir *BMG* suteiktas reklamines nuolaidas jų geriausiai parduodamiems albumams, reikia pažymėti, kad jose daug klaidų, dėl kurių tos nuolaidos yra didesnės nei iš tikrųjų. Iš tiesų minimalios ir maksimalios nuolaidų skirtumo apskaičiavimas pagal klientą (o jis, Komisijos teigimu, prilygsta reklaminei nuolaidai) kiekvienai iš koncentracijos šalių buvo atliktas neteisingai, daugeliu atvejų atsižvelgiant į kitos šalies suteiktas nuolaidas, nes, kaip paašškino pati Komisija, tas apskaičiavimas turi būti atliktas remiantis tos pačios šalies jos įvairiems klientams suteiktos minimalios ir maksimalios nuolaidų skirtumu.

426 Iš šių dviejų pavyzdžių matyti, kad, nepaisant būtinybės atsargiai vertinti įvairių koncentracijos šalių pateiktas lenteles, nes jos buvo parengtos pagal pačių šalių pasirinktus parametrus, kurie, be to, ne visada yra aiškūs, atsiranda galimybė, kad jose gali būti esminių klaidų, kurias šioje byloje galima aptikti paprasčiausia peržvelgus lenteles.

427 Bet kuriuo atveju net darant prielaidą, kad iš įvairių koncentracijos šalių parengtų ir Komisijos pateiktų lentelių iš tiesų galima nustatyti daugiau ar mažiau svarbius tariamus pokyčius, išlieka faktas, kad tų pokyčių reikšmė, kaip teisingai pažymėjo ieškovė, abejotina, nes, pirma, jie rodo tik intervalus ir neanalizuojami svertiniai vidurkiai ir pokyčiai remiantis tais vidurkais ir, antra, jos nepašalina galimybės, kad tuos pokyčius bent jau sektoriaus specialistas gali labai nesunkiai paaiškinti remdamasis daugeliu bendrų ar konkrečių taisyklių, reguliuojančių nuolaidų suteikimą, dėl kurių Komisija neatliko būtinų tyrimų.

428 Nors, kaip pabrėžė Komisija, ieškovė iš tiesų tiksliai nepaiškino, kokios yra tos įvairios taisyklės, reguliuojančios reklaminių nuolaidų suteikimą, arba, Komisijos teigimu, rėmėsi pernelyg dideliu tokių taisyklių kiekiu, dėl kurių jų taikymas taptų sudėtingas ir todėl ne ypač skaidrus, išlieka ta aplinkybė, kad Komisija, kaip jau nurodyta, neatliko rinkos tyrimo tuo klausimu ar bent jau nepateikė jokių reklaminių nuolaidų neskaidrumo įrodymų, išskyrus koncentracijos šalių parengtas lenteles, kurios, be to, kad jose yra netikslumų, bet kuriuo atveju buvo skirtos tik nustatyti tam tikrus reklaminių nuolaidų pokyčius, tačiau neįrodo, kad tokių pokyčių paaiškinimas negali būti daugiau ar mažiau akivaizdus sektoriaus profesionalui. Ieškovės taip pat negalima kaltinti neįrodžius, kad taip buvo, nes lentelėse nenurodyti albumai, klientai, nuolaidų sumos ar jų suteikimo laikas, ir dėl to, kad nei ieškovė, nei Pirmosios instancijos teismas negali patikrinti, ar tos nuolaidos buvo suteiktos pagal tai, ką ieškovė vadina bendromis to sektoriaus taisyklėmis.

429 Kalbant apie Komisijos argumentą, jog kriterijų, pagal kuriuos paprastai suteikiamos reklaminės nuolaidos, yra tiek daug, kad jų taikymas tampa neskaidrus, visų pirma reikia pažymėti, jog ieškovė paaiškino, kad įvairioms diskų kategorijoms (naujai išleisti įrašai, naujas atlikėjas, „full price“ katalogas, „mid price“ katalogas, „budget“ katalogas) galioja ribotas kiekis bendrų pardavimo strategijų (disko perkėlimas iš vienos populiariausiųjų sąrašo vietos į kitą, dalyvavimas reklamos kampanijose, vietos parduotuvėje pirkimas), kurios gali kažkiek skirtis pagal kliento kategoriją (prekybos centrai, specializuoti tinklai, nepriklausomos parduotuvės). Nors dėl kintamųjų derinio neišvengiamai padidėja hipotetinių situacijų tikimybė, Komisija neįrodė, kad rinkos specialistui juos būtų pernelyg sudėtinga panaudoti. Toliau reikia pažymėti, kad tai, jog pačios koncentracijos šalys (priedas B.14) atsižvelgė į kelis reklaminių nuolaidų suteikimo principus, taip pat patvirtina, jog yra bendros taisyklės, kurias minėjo ieškovė, ir jos nėra itin sudėtingos. Galiausiai reikia pažymėti, kad netgi gana daug akivaizdžiai sudėtingų taisyklių, kurias sudėtinga išsamiai išvardyti, nebūtinai neleidžia specialistui pakankamai nesunkiai nustatyti, ar tų taisyklių *a priori*, ar apskritai yra paisoma. Taigi norint išsamiai aprašyti teisingo elgesio ar etiketo taisykles reikėtų didelės apimties darbų, tačiau nors kiek su tomis taisyklėmis susipažinęs asmuo vis dėlto gali nesunkiai nustatyti, ar kito asmens elgesys iš esmės jas atitinka.

430 Bet kuriuo atveju, kaip pabrėžė ieškovė, nei iš ginčijamo sprendimo, nei iš Komisijos pateiktų įrodymų nėra akivaizdu, kad Komisija ištyrė, ar yra bendrai žinomos reklaminių nuolaidų suteikimą reguliuojančios taisyklės ir ar didžiosios bendrovės gali nustatyti, ar kitų didžiųjų bendrovių suteiktos nuolaidos atitinka tas taisykles, ar vis dėlto jos nukrypsta nuo bendrųjų principų.

431 Ieškovė toliau teigė, kad neto kainos mažmenininkams buvo skaidrios, nes mažmenininkų atkainiai paprastai yra skaidrūs ir pakankamai tiksliai žinomi.

432 Savo atsiliepime į ieškinį Komisija šiuo atžvilgiu tvirtino, kad jos išvada, jog mažmeninės rinkos kontrolė buvo neveiksminga, taip pat buvo pagrįsta mažmeninių kainų nustatymo sudėtingumu ir neskaidrumu. Ji tvirtina, kad iš bendro prie jos atsiliepimo į ieškinį pridėto tyrimo yra aišku, jog intensyvi mažmeninio pardavimo kontrolė neleistų didžiajai bendrovei spręsti apie jos konkurentų neto kainų nustatymo praktiką (PDD atėmus sąskaitos faktūros nuolaidą) konkrečiam albumui, nes mažmenininkai ne visada konkrečiu momentu sistemingai taiko tą patį didmeninės kainos antkainį visiems albumams arba netgi visiems labiau ribotos maksimalios kainos kategorijos albumams. Komisija teigia neradusi įrodomo ryšio tarp mažmeninių kainų ir sąskaitų faktūrų nuolaidų, suteiktų tos pačios PPD albumams.

433 Šiuo atžvilgiu pakanka pažymėti, kad nė vienoje iš ginčijamo sprendimo konstatuojamųjų dalių nepaminėta, jog yra tariamai neįmanoma nustatyti neto pardavimo kainų mažmenininkams pagal mažmenines kainas, taikant apgrąžos metodą („reverse engineering“). Taip pat bylos medžiagoje niekas nerodo, kad Komisija per administracinę procedūrą atliko bent menkiausią tyrimą dėl mažmeninių pardavimo kainų ir bruto pardavimo kainų santykio ar kad ji surinko informaciją apie mažmenines kainas. Todėl negalima atsižvelgti nei į Komisijos atsiliepime į ieškinį pateiktą argumentavimą, nei į bendrą prie atsiliepimo į ieškinį pridėtą tyrimą.

434 Be to, reikia pažymėti, kad koncentracijos šalių ekonomikos patarėjų parengtame tyrime, kaip teigė ieškovė, nepateikiami pakankamai patikimi, reikšmingi ir palyginami duomenys ir nepatvirtinamos išvados, kurias juo remdamasi daro Komisija. Ta aplinkybė, kad ne visi mažmenininkai visada sistemingai taiko tokį patį didmeninės kainos antkainį, netgi darant prielaidą, kad ji yra įrodyta, bet kuriuo atveju neturi reikšmės. Nors iš tiesų gali būti, kad įvairūs mažmenininkai (prekybos centrai, nepriklausomi prekybininkai, specializuoti tinklai ir kt.) taiko skirtingą antkainių nustatymo politiką ir kad kiekvienoje subjektų kategorijoje yra skirtumų ir netgi yra skirtumų kiekvieno atskiro subjekto atveju, atsižvelgiant į albumo rūšį ar sėkmės laipsnį, labai mažai tikėtina, ir tyrime nėra duomenų šiuo atžvilgiu, kad mažmenininkas taikys kitokią pardavimo politiką tos pačios rūšies albumui. Kadangi visi mažmenininkai yra visų didžiųjų bendrovių klientai, kiekviena didžioji bendrovė

gali stebėti konkretaus mažmenininko jo paties albumams taikomą antkainį ir iš to spręsti apie antkainį, kurį jis paprastai taiko panašių ypatybių turintiems savo konkurentų albumams. Galiausiai reikia pažymėti, kad, *Sony* ir *BMG* pardavimo vadybininkų Prancūzijoje teigimu (priedas B.2), „apskritai mažmenininkų kainos nustatomos pridėdant PVM prie konkretaus albumo PPD“.

435 Iš pateiktų svarstymų daroma išvada, kad nauji Komisijos pateikti įrodymai nėra pakankamai patikimi, reikšmingi ar įtikinami, kad patvirtintų reklaminių nuolaidų neskaidrumą.

436 Galiausiai siekiant išsamumo dar reikia pažymėti, kad jeigu reklaminės nuolaidos nebūtų skaidrios, nes mažmenininkas, darant prielaidą, kad jis yra įgaliotas tai daryti, neperkeltų nuolaidos galutiniam vartotojui, o ją pasiliktų sau siekdamas padidinti pelną, Komisija nepaaiškino, kokios reikšmės tai turėtų šiai bylai. Nors visiškai vienodų produktų atveju slapta ir neskaidri nuolaida, kurią leidėjas suteikia mažmenininkui, gali turėti reikšmės vertinant tyliam derinimui būtiną skaidrumą, nes ta nuolaida leidžia leidėjui padidinti savo pardavimą ir taip pakenkti kitiems oligopolijos nariams, tas pats nebūtinai taikoma įvairių produktų pardavimo tarpininkams atveju. Taigi šioje byloje, kadangi kiekvienas diskas skiriasi, mažmenininkas, perkantis diskus iš didžiųjų bendrovių vien tam, kad perparduotų juos galutiniam vartotojui, iš esmės nepirks mažiau diskų iš konkrečios didžiosios bendrovės, nebent galutinis vartotojas dėl reklaminės nuolaidos būtų paskatintas vietoj to pirkti konkuruojančios didžiosios bendrovės, kuri suteikė tam mažmenininkui tokią reklaminę nuolaidą, diską. Be to, nors tai yra įmanoma ir iš tiesų tikėtina, nei Komisija, nei į bylą įstojusios šalys neteigė ir juo labiau neįrodė, kad kai suteikiama reklaminė nuolaida, mažmenininkas negali grąžinti jokių neparduotų diskų. Tokiomis aplinkybėmis neatrodo tikėtina, kad mažmenininkui didžiosios bendrovės suteikta reklaminė nuolaida, kuri nėra skaidri, nes neperkeliamą galutiniam vartotojui, turėtų poveikį atitinkamo albumo pardavimo kiekiui ar pakenktų bendrai kainų nustatymo politikai, atsirandančiai dėl tylaus derinimo.

Komisija bent jau turėjo išnagrinėti ir paaiškinti, kaip reklaminė nuolaida, kuri buvo neskaidri, nes mažmenininkas jos neperkėlė, galėjo kliudyti būtinam rinkos skaidrumui, jeigu ji neleidžia nuslėpti elgesio, galinčio pakenkti tyliam derinimui.

— Dėl reklaminių nuolaidų reikšmės

⁴³⁷ Ieškovė formuluoja kaltinimus, kuriais ji iš esmės tvirtina, kad Komisija klydo, remdamasi visiško rinkos skaidrumo būtinybe, kad ji neišnagrinėjo reklaminių nuolaidų reikšmės, jog įvertintų rinkos skaidrumą, ir kad ji neįrodė, jog reklaminės nuolaidos pašalina ar sumažina būtiną skaidrumą, nes jos turi tik nereikšmingos įtakos populiariausiųjų sąrašuose esantiems albumams ar geriausiai parduodamiems albumams ir iš tiesų neturi įtakos neto kainoms, visų pirma todėl, kad jos sudaro tik $\frac{1}{4}$ – $\frac{1}{3}$ visų nuolaidų.

⁴³⁸ Visų pirma dėl kaltinimo, kad Komisija supainiojo pakankamo rinkos skaidrumo reikalavimą, apibrėžtą šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisiją*, su ginčijamame sprendime taikytu visiško skaidrumo reikalavimu, reikia pripažinti, kad nė vienoje iš ginčijamo sprendimo konstatuojamųjų dalių, kaip teisingai pažymi Komisija, nesiremiamą jokia visiško skaidrumo būtinybe.

⁴³⁹ Tačiau Pirmosios instancijos teismas turi išsiaiškinti, ar Komisija praktiškai reikalavo visiško skaidrumo, ar bent jau didesnio skaidrumo, nei yra būtinas, kad galėtų susidaryti kolektyvinė dominuojanti padėtis.

440 Kaip nurodyta šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 62 punkte, būtinas skaidrumas yra toks, kuris leidžia kiekvienam dominuojančios oligopolijos nariui žinoti apie kitų elgesį, siekiant išsiaiškinti, ar jie elgiasi taip pat, t. y. jis turi turėti priemonių sužinoti, ar kiti subjektai taiko ir išlaiko tokią pačią strategiją. Todėl skaidrumo rinkoje turėtų pakakti tam, kad kiekvienas dominuojančios oligopolijos narys galėtų pakankamai tiksliai ir iš karto sužinoti apie kiekvieno kito nario elgesio rinkoje pokyčius. Reikiamas skaidrumas nereiškia, kad kiekvienas narys gali bet kuriuo momentu sužinoti kitų oligopolijos narių tikslų kiekvieno pardavimo sąlygų smulkiausią detalę, tačiau jis turi leisti, pirma, nustatyti numanomo derinimo sąlygas ir, antra sukelti rimtą riziką, kad kiti oligopolijos nariai sužinos apie nuo taisyklių nukrypstantį elgesį, dėl kurio numanomam derinimui kiltų pavojus.

441 Komisija aiškina „išnagrinėjusi atskiro albumo neto kainos atskiram vartotojui sudedamąsias dalis (PPD, įprastą nuolaidą, galimą reklaminę nuolaidą) ir iš esmės padariusi išvadą, jog reikėtų pakankamo visų neto kainos sudedamųjų dalių skaidrumo, kad viena didžioji bendrovė būtų pagrįstai įsitikinusi, jog ji žinojo apie tikrą kitos didžiosios bendrovės neto kainų nustatymo praktiką klientų ir albumų lygiu“. Iš to paaiškinimo daroma išvada, kad nors ginčijamame sprendime išsamiau nepaaiškinus kalbama tik apie pakankamą skaidrumą, Komisija, atrodo, reikalavo ypač didelio skaidrumo lygio.

442 Taip pat Komisija visų pirma tvirtina, jog reklaminių nuolaidų svarbą nulemia tai, kad „jei didžiosios bendrovės nori derinti neto kainas, jos privalo turėti galimybę kontroliuoti visas jų sudedamąsias dalis – pakankamai skaidrias PPD ir įvairias sąskaitų faktūrų nuolaidas“. Šiuo atžvilgiu Komisija teigia, kad „„kažkiek žinių“ apie įprastas nuolaidas, kurios yra svarbesnės, paprasčiausiai nepakanka, jei reklaminės nuolaidos nulemia tokius didelius nuolaidų svyravimus (t. y. neto kainų nepastovumą) konkreitiems klientams laiko ir albumų atžvilgiu, kaip nurodytieji (ginčijamo sprendimo) 79, 86, 93, 100 ir 107 konstatuojamosiose dalyse, ir jei yra aišku, kad tos nuolaidos ne tokios skaidrios“.

443 Šiuo atžvilgiu visų pirma reikia pažymėti, kad, nepaisant daugelio kitų skaidrumo veiksnių, paminėtų ginčijamo sprendimo 111–113 konstatuojamosiose dalyse (visų pirma nuolatinių ryšių su pastovia, ribota ir visoms didžiosioms bendrovėms bendra klientų grupe, taip pat savaitės populiariausiųjų sąrašų skelbimo), Komisija ginčijamame sprendime manė, kad tiek bruto kainos, tiek įprastos nuolaidos yra skaidrios. Nors savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui Komisija vertino tų dviejų pagrindinių neto kainų sudedamųjų dalių skaidrumo laipsnį, be to, tai padarė labai įvairiomis proporcijomis, atsižvelgiant į argumentus, į kuriuos ji atsakė, savo galutinėse pastabose ji aiškiai nurodė padariusi išvadą, jog „tiek PPD, tiek įprastoms nuolaidoms buvo būdingas esminis skaidrumo laipsnis“.

444 Antra, nuolaidų svyravimus, kuriuos tariamai sukėlė reklaminės nuolaidos, sunku pavadinti „reikšmingais“, nes ginčijamame sprendime minimi 2–5 procentinių punktų skirtumai Jungtinės Karalystės, Vokietijos ir Ispanijos atveju, 1–3 procentinių punktų skirtumai Italijos atveju ir iki 3 procentinių punktų Prancūzijos atveju daugeliui svarbiausių klientų (arba pagrindinių bendrų klientų). Be to, kaip teigė ieškovė ir pripažino Komisija (konkrečiai savo papildomų pastabų 13 punkte), įvairus produktų asortimentas ir įvairūs sėkmingumo laipsniai, taip pat klientų kategorijos gali paaiškinti nuolaidų pokyčius, todėl negalima daryti išvados, kad nustatyti palyginti menki pokyčiai iš tiesų yra reklaminių nuolaidų rezultatas.

445 Antra, kalbant apie kaltinimus, kuriais ieškovė siekia užginčyti nuolaidų reikšmę, visų pirma reikia turėti omenyje, kad Komisija, kaip pažymi ieškovė, ginčijamo sprendimo 77, 84, 91, 98 ir 105 konstatuojamosiose dalyse nustatė, jog neto kainos buvo glaudžiai susijusios su bruto kainomis, nes ir *Sony*, ir *BMG* faktinės vidutinės bruto kainos ir faktinės vidutinės neto kainos per pastaruosius šešerius metus kito paraleliai. Nors Komisija savo rašytinėse pastabose Pirmosios instancijos teismui teigė, kad su vidutinėmis kainomis susiję duomenys galėjo pašalinti atskirus pokyčius, yra aišku, kad, pirma, ginčijamo sprendimo 70 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, jog vidutinės kainos yra tinkama priemonė vertinti elgesio paraleles kainų nustatymo srityje, ir, antra, kad bet kuriuo atveju ginčijamo sprendimo 77 kon-

statuojamojoje dalyje taip pat pažymima, jog neto ir bruto kainų santykiai albumų ir laiko atžvilgiu yra labai pastovūs. Kadangi įprastos nuolaidos nustatomos konkrečiam klientui konkrečiais metais, neįmanoma nustatyti, kaip kintančios reklaminės nuolaidos gali paveikti atitinkamų albumų neto kainas.

446 Be to, ir pačios Komisijos vertinimuose rimtai abejojama nuolaidų reikšme apskritai. Taigi pranešimo apie kaltinimus 88 ir 89 punktuose Komisija nurodė, kad „išnagrinėjusi duomenis, Komisija nustatė, jog mažmenininkų nuolaidos nepakeičia santykinų didžiųjų bendrovių kainų“ ir jog „ nėra visiškai jokių įrodymų, kad nuolaidos būtų naudojamos siekiant iš esmės pakeisti kainas“. Nors, kaip pažymėta pirmiau, Komisija iš tiesų turi teisę pakeisti iš esmės preliminarius vertinimus, padarytus pranešime apie kaltinimus, sprendime pateikti vertinimai ir išvados turi atitikti per administracinę procedūrą padarytas faktines išvadas, nebent Komisija įrodo, bent jau nagrinėjant bylą Bendrijos teismuose, kad jos yra neteisingos. Pastaba, kad nebuvo įrodymų, jog nuolaidos turėjo reikšmingos įtakos kainoms, yra faktinė išvada, o ne vertinimas. Bet kuriuo atveju neatrodo, kad Komisija pakeitė savo nuomonę tuo klausimu, nes ginčijamo sprendimo 77 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „jeigu didžiosios bendrovės, suteikdamos nuolaidas, iš esmės nukrypo nuo kainų nustatymo politikos, toks nukrypimas būtų atsispindėjęs jų vidutinėse neto kainose“.

447 Trečia, reikia pripažinti, kad ginčijamame sprendime nėra nė menkiausios informacijos, kuri galėtų įrodyti veiksmingą poveikį, kurį reklaminės nuolaidos turėtų atitinkamų albumų neto kainoms. Vienintelė nuoroda šiuo klausimu yra ginčijamo sprendimo 150 konstatuojamojoje dalyje ir, atvirkščiai, ji netgi paneigia, kad jos turi tokį poveikį, nes joje nurodyta, kad „kaip ir didesnėse teritorijose, svarbiausios nuolaidos visose valstybėse yra įprastos nuolaidos“. Komisija iš tiesų nurodė per posėdį, kad tai buvo spausdinimo klaida, tačiau vis dėlto ji tą patį pakartojė savo atsiliepime į ieškinį. Be to, reikia turėti omenyje, kad pranešime apie kaltinimus, kuris buvo parengtas atlikus penkis mėnesius trukusį tyrimą, per kurį Komisija apklausė didžiąsias bendroves ir nepriklausomus leidėjus, taip pat

mažmenininkus apie atitinkamą įvairių kategorijų nuolaidų reikšmę, įskaitant reklamines nuolaidas (visų pirma žr. 2004 m. sausio 20 d. mažmenininkams ir konkurentams išsiųstų klausimynų 19–24 klausimus, minimus priede E.4.1), Komisija netgi nemanė, kad yra būtina paminėti reklamines nuolaidas.

448 Kai Pirmosios instancijos teismas paprašė Komisijos nurodyti visą reklaminių nuolaidų vertę viso 100 ar 20 geriausiai parduodamų kiekvienos didžiosios bendrovės albumų pardavimo procentine dalimi (t. y. tiems albumams taikytą vidutinę reklaminę nuolaidą), taip pat santykinę reklaminių nuolaidų vertę, atsižvelgiant į tų albumų įprastas nuolaidas, Komisija atsakė, kad yra neįmanoma jų apskaičiuoti remiantis jos byloje turima medžiaga.

449 Iš pateiktų pastabų matyti, kad Komisija padarė išvadą, jog rinkoje buvo nepakankamas skaidrumas, nepaisydama bruto kainų ir įprastų nuolaidų skaidrumo bei daugelio kitų ginčijamame sprendime nustatytų skaidrumo veiksnių, remdamasi vien tuo, kad reklaminės nuolaidos nėra tokios skaidrios, neapsvarsčiusi, ar tos nuolaidos yra pakankamai svarbi atitinkamų albumų kainos sudedamoji dalis, kad galėtų turėti realų poveikį tų albumų kainų skaidrumui. Daroma išvada, kad ieškovės kaltinimas, jog ginčijamas sprendimas yra niekinis dėl akivaizdžios vertinimo klaidos, nes Komisija neišnagrinėjo ar bent jau pakankamai nenustatė reklaminių nuolaidų reikšmės, yra pagrįstas.

450 Šia išvada negalima suabejoti dėl Komisijos tvirtinimo, kad kita per administracinę procedūrą pateikta informacija leido padaryti išvadą, jog reklaminės nuolaidos yra esminis kainų nustatymo elementas, ir apskaičiuoti 2002 m. visiems albumams taikytas vidutinės reklamines nuolaidas. Visų pirma elementai, kuriais yra paremtas tas argumentas, negali būti laikomi pakankamai nuosekliais, patikimais, reikšmingais ar galinčiais pateisinti jais remiantis padarytas išvadas.

451 Pirma, tyrimo chronologija nerodo, kad Komisija išnagrinėjo reklaminių nuolaidų reikšmę, jog įvertintų rinkos skaidrumo laipsnį, ar *a fortiori* kad toks nagrinėjimas galėjo būti atliktas remiantis visais reikšmingais ir patikimais duomenimis. Šiuo atžvilgiu reikia turėti omenyje, jog iki 2004 m. birželio 14 ir 15 d. nagrinėjimo Komisija, ištyrusi visus per savo tyrimą surinktus įrodymus, padarė išvadą (aišku, preliminarią), kad prieš koncentraciją egzistavo kolektyvinė dominuojanti padėtis ir visų pirma kad rinka ir nuolaidos buvo skaidrios ir kad pastarosios negalėjo paveikti kainų derinimo. Atsižvelgusi į didžiųjų bendrovių ir konkurentų, taip pat į mažmenininkų atsakymus į jos klausimynus apie atitinkamą įvairių nuolaidų, visų pirma įprastų ir reklaminių, svarbą, Komisija nemanė, kad yra būtina pranešime apie kaltinimus paminėti reklamines nuolaidas (bent jau tiek, kiek tai yra akivaizdu iš Pirmosios instancijos teismui pateiktos konfidencialios versijos). Bylos medžiagoje nėra jokios informacijos, ir Komisija to netvirtino, kad tuo etapu ji atliko bent menkiausią su reklaminėmis nuolaidomis susijusį tyrimą. Taip pat nėra akivaizdu, kad per trumpą laikotarpį tarp 2004 m. birželio 14 ir 15 d. nagrinėjimo, po kurio Komisija pakeitė savo vertinimą, ir ginčijamo sprendimo projekto išsiuntimo Patariamajam komitetui 2004 m. birželio 1 d., Komisija atliko kokį nors tyrimą, kad patikrintų reklaminių nuolaidų reikšmę ar juo labiau jų skaidrumo laipsnį. Be to, vienintelė tyrimo priemonė, kurios buvo imtasi po posėdžio ir kurių nurodo Komisija, yra 2004 m. birželio 21 d. prašymas pateikti informacijos, išsiųstas pranešančioms šalims, susijęs ne su reklaminių nuolaidų reikšme, bet su didžiųjų bendrovių rinkos stebėjimo veikla. Be to, kaip jau nurodyta, remiantis ieškovės pateiktais konfidencialiais dokumentais (priedas B.16), kyla rimtų abejonių dėl to, ar atsakant į minėtą prašymą pateiktomis *Sony* ir *BMG* prekybos atstovų parengtomis priežiūros ataskaitomis (priedas B.15) galima remtis kaip pavyzdžiu. Galiausiai savo galutinėse pastabose Komisija pati pabrėžia, kad pranešančių šalių teisė būti išklausytoms apriboja tolesnio tyrimo galimybes po nagrinėjimo ir neleidžia išsamiai konsultuotis su rinkos subjektais dėl kaltinimų. Komisijos teigimu, tyrimo priemonės, kurių buvo imtasi po bylos nagrinėjimo, iš esmės sudarė konsultacijos su rinkos subjektais dėl siūlomų įsipareigojimų, ir jos nėra susijusios su kaltinimais, suformuluotais dėl koncentracijos, apie kurią buvo pranešta.

452 Antra, nors Komisija savo atsakymuose į Pirmosios instancijos teismo pateiktus rašytinius klausimus nurodė, kad pranešančiųjų šalių per administracinę procedūrą

pateikta informacija leido jai apskaičiuoti vidutines reklamines nuolaidas, vis dėlto ji pripažino per posėdį, kad ne pati atliko tuos skaičiavimus, ir privalejo palikti koncentracijos šalių ekonomikos patarėjams užduotį paaiškinti, kaip nuolaidos buvo paskaičiuotos visiems albumams, o ne 20 ar 100 geriausiai parduodamų albumų, nors Komisijos atliktas tyrimas ir surinkti duomenys buvo susiję tik su tais albumais.

453 Trečia, nors Komisija nurodė, kad apskaičiavimai buvo atlikti remiantis duomenimis, kurie sudarė vieno iš atsiliepimo į ieškinį priedų B.12 pagrindą, tame priede yra tik su BMG, bet ne su *Sony* susiję duomenys.

454 Ketvirta, duomenys neatrodo visiškai nuoseklūs, patikimi ar reikšmingi.

455 Visų pirma Komisijos atsakant į Pirmosios instancijos teismo klausimus pateiktos lentelės yra susijusios tik su 2002 m., nepaaiškinant priežasčių, kodėl pranešančios šalys pasirinko būtent tuos metus, nes ginčijamas sprendimas susijęs su 1998–2003m. kainomis ir nuolaidomis. Taip pat, nors *BMG* atveju bruto pardavimo dalis yra apskaičiuota 10 pagrindinių klientų, ji susijusi tik su 5–10 didžiausių klientų (atsižvelgiant į valstybę), nepateikus jokio paaiškinimo šiuo atžvilgiu. Taip pat reikėtų pažymėti, kad lentelėse paminėti reklaminių nuolaidų intervalai (susiję su visais albumais visai klientų grupei) neatitinka kituose prieduose B.6/E.2 esančiose lentelėse nurodytų intervalų (kurie yra susiję tik su 20 geriausiai parduodamų albumų 10 svarbiausių klientų). Kadangi albumų ir klientų skaičius, į kurį buvo atsižvelgta lentelėse, yra daug didesnis nei paminėtas tuose prieduose, maksimali reklaminė nuolaida (*konfidencialu*) lentelėse turėtų būti lygi ar didesnė už maksimalią reklaminę nuolaidą nagrinėjamuose prieduose, susijusiuose su tais pačiais (*konfidencialu*) metais. Bendra kiekvienos iš pranešančių šalių sąskaitų faktūrų nuolaidų suma ir kiekvienos iš jų suteiktų nuolaidų skirtumas taip pat skiriasi nuo paminėtųjų ginčijamame sprendime. Reikia pripažinti, kad ginčijamas sprendimas yra susijęs su 2003 m. geriausiai parduodamais albumais, skirtingai nei

lentelės, kurios susijusios su visais 2002 m. parduotais albumais, tačiau tai tik patvirtina, kad pagal pasirinktus parametrus rezultatas galėtų būti kitoks ir kad ypač svarbu, jog Komisija kontroliuotų skaičiavimus ar bent jau įsitikintų koncentracijos šalių pateiktų duomenų reikšmingumu.

456 Toliau reikia pripažinti, kad tiek, kiek lentelės yra susijusios su vidutinėmis reklaminėmis nuolaidomis visiems parduotiems albumams, o ne 100 ar 20 geriausiai parduodamų albumų, jos neturi reikšmės, nes jomis daroma prielaida dėl to, ką jos iš tikrųjų turi tiksliai nustatyti, t. y. kad reklaminės nuolaidos taip pat turi esminės reikšmės geriausiai parduodamiems albumams ar naujiems populiariausiųjų sąrašuose esantiems įrašams („new hit releases“), ir kad jos iš esmės, kaip tvirtina ieškovė, nėra susijusios su albumais, esančiais sąrašo pabaigoje. Komisijos argumentu, kad atsižvelgiant į svarbų 100 geriausiai parduodamų albumų įnašą į bendras pajamas iš muzikos pardavimo būtų stebėtina, jei vidutiniai reklaminių nuolaidų dydžiai, apskaičiuoti visiems parduotiems albumams, reikšmingai neatsispindėtų 100 geriausiai parduodamų albumų kainoje, nes tai reikštų, kad vidutinės reklaminės nuolaidos, kurios sudarė bendro vidurkio kartotinį, buvo taikomos visiems kitiems albumams, negalima remtis. Nors ginčijamame sprendime nėra informacijos šiuo klausimu ir nors Komisija beveik nepateikė tokios informacijos savo rašytinėse pastabose, vieninteliai bylos medžiagoje esantys elementai rodo, kad reklaminės nuolaidos iš tikrųjų yra aukšto ar netgi labai aukšto lygio. Taigi atsakydama į Komisijos klausimą, viena didžioji bendrovė nurodė, kad „tokios rūšies nuolaida (gali) sudaryti didelę PPD dalį (pvz., ne daugiau (*konfidencialu*)“). Taip pat Komisijos priede E.2 pateiktose lentelėse, kuriose apskaičiuotos maksimalios reklaminės nuolaidos, paminėti pranešančiųjų šalių 10 svarbiausių klientų suteiktų nuolaidų dydžiai, kurie dažnai yra labai dideli ir gali sudaryti net (*konfidencialu*). Šiuos apskaičiavimus Komisija vadina atsargiais, be to, skaičiai pateikti pagal metus, nors reklaminė nuolaida paprastai yra riboto laiko. Kadangi, net remiantis Komisijos pateikta lentele, reklaminės nuolaidos sudaro tik mažą vidutinę visų parduotų albumų pardavimo kainos procentinę dalį (*konfidencialu*), jos turėtų būti taikomos tik nedideliame kiekiui albumų. Galiausiai, kaip nurodyta pirmiau, tik Komisijos pateikti didžiųjų bendrovių pareiškimai rodo, kad reklaminės nuolaidos taikomos atskirais atvejais (atlikėjui, kuris yra išvykęs į turą, kai kurioms sezoninėms atsargoms, seniau išleistiems įrašams, kurie nebeparduodami

taip gerai). Tokiomis aplinkybėmis negalima daryti prielaidos, kad iš vidutinių reklaminių nuolaidų dydžių visiems albumams galima spręsti apie reklamines nuolaidas, suteiktas 100 geriausiai parduodamų albumų, ar *a fortiori* naujiems „hit releases“. Be to, šiuo atžvilgiu nereikia pamiršti, jog pranešimo apie kaltinimus 87 ir 90 punktuose Komisija nurodė maniusi, kad naujai išleistų įrašų kainoraščiai buvo naudojami kainų politikos derinimo ir kontrolės tikslais ir kad ji nerado įrodymų, jog nuolaidos buvo naudojamos siekiant iš esmės pakeisti vidutines naujų „hit releases“ neto kainas.

457 Penkta, net darant prielaidą, kad lentelės yra tikslios ir jomis galima remtis kaip pavyzdžiu, reikia pripažinti, kad reklaminės nuolaidos sudaro tik labai nedidelę dalį albumų bruto pardavimo kainos trijose iš penkių didžiųjų valstybių BMG atveju (*konfidencialu*)% B valstybėje, (*konfidencialu*)% C valstybėje ir (*konfidencialu*)% D valstybėje, o Sony atveju – dviejose iš penkių didžiųjų valstybių – (*konfidencialu*)% C valstybėje ir (*konfidencialu*)% D valstybėje. Be to, priešingai nei teigia Komisija, lentelės negali būti laikomos rodančiomis, kad dviejų pranešančių šalių vidutinės reklaminės nuolaidos daugelyje valstybių labai skiriasi, nes trijose valstybėse iš penkių skirtumas tarp Sony ir BMG reklaminių nuolaidų yra mažiau nei (*konfidencialu*)%. Pagal ginčijamą sprendimą kiekviena valstybė sudaro rinką; ir koncentracija, kuri sukuria ar sustiprina dominuojančią padėtį ir dėl to labai sukludoma veiksmingai konkurencijai bent vienoje iš nagrinėjamų rinkų, turi būti pripažinta nesuderinama su bendrąja rinka. Tokiomis aplinkybėmis net darydama prielaidą, kad reklaminės nuolaidos gali būti laikomos ne tikiomis skaidriomis, nebent Komisija pasiūlytų taikyti visiško skaidrumo reikalavimą, ji bent jau turėjo paaiškinti ginčijamame sprendime, kaip, nepaisant jų minimalaus realaus poveikio kainoms ir to, kad ginčijamame sprendime nustatyta įvairių skaidrumo veiksmų, reklaminės nuolaidos galėjo pašalinti pakankamą rinkos skaidrumą, kuris yra būtinas kolektyvinei dominuojančiai padėčiai.

458 Bet kuriuo atveju nagrinėjant bylą Pirmosios instancijos teisme pateikti paaiškinimai ar *a fortiori* patikrinimai, susiję su esminiu ginčijamo sprendimo aspektu, negali kompensuoti to, kad priimant sprendimą nebuvo atliktas tyrimas, ir pašalinti akivaizdžios vertinimo klaidos, dėl kurios ginčijamas sprendimas tampa niekiniu, net

jei ta klaida neturėjo poveikio vertinimo rezultatui (pagal analogiją žr. 2004 m. sausio 22 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Matilla prieš Tarybą ir Komisiją*, C-353/01 P, Rink. p. I-1073, 31 ir 37 punktus).

c) Išvada dėl skaidrumo

⁴⁵⁹ Iš pateiktų svarstymų aišku, kad ginčijamame sprendime padarytos išvados dėl rinkos skaidrumo nėra pakankamai motyvuotos ir yra niekinės dėl akivaizdžios vertinimo klaidos, nes jos nepagrįstos visų svarbių duomenų, į kuriuos reikia atsižvelgti, įvertinimu ir negali patvirtinti išvados, jog rinka nėra pakankamai skaidri, kad leistų kolektyvinę dominuojančią padėtį.

5. Homogeniškumas

⁴⁶⁰ Dėl su produkto homogeniškumu susijusio kriterijaus reikia turėti omenyje, kad ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamojoje dalyje Komisija padarė išvadą, jog kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo, šiuo atžvilgiu remdamasi faktinio skaidrumo trūkumu ir tuo, kad nėra įrodymų, jog praeityje buvo taikomi atsakomieji veiksmai, taip pat iš dalies homogeniška produkto charakteristika. Tačiau reikia pažymėti, jog ginčijamo sprendimo 110 konstatuojamojoje dalyje, kurioje nagrinėjamas produktų homogeniškumas, Komisija pabrėžė, kad, pirma, muzikos įrašų formatas buvo homogeniškas, antra, kad, nepaisant turinio heterogeniškumo, būdas, kuriuo yra nustatomos albumų kainos ir kaip jie parduodami didmeniniu lygiu, atrodė pakankamai standartinis ir galiausiai – kad, kalbant apie nuolaidas ir sutartus neparduotų įrašų grąžinimo įkainius, pažymėtina, jog didžiosios bendrovės dažniausia neskirstė albumų pagal žanrus ar rūšis. Tokiu atveju daugiau ar mažiau

akivaizdžiai prieštaraudama tam tvirtinimui ir nepateikusi papildomų paaiškinimų, Komisija pridūrė, kad kainų nustatymas paprastai taip pat priklausė nuo albumo sėkmės ir kad buvo daroma tolesnė atskirų albumų diferenciacija reklaminių nuolaidų atžvilgiu. Remdamasi tuo ji padarė išvadą, kad turinio heterogeniškumas ir su tuo susijusios pasekmės kainoms mažino skaidrumą.

461 Taigi daroma išvada, kad Komisija manė, jog nustatyti heterogeniškumo elementai turėjo įtakos tik reklaminėms nuolaidoms. Tačiau, kaip nurodyta pirmiau, ginčijamame sprendime nustatytų elementų ir Komisijos rašytinėse pastabose pateiktų argumentų nepakanka patvirtinti išvadą, kad rinkai nebuvo būdingas būtinas skaidrumo laipsnis, jog galėtų egzistuoti kolektyvinė dominuojanti padėtis. Todėl iš prieštaringų išvadų, susijusių su produktų heterogeniškumo elementais, negalima savaime daryti išvados, kad rinkoje nebuvo tokios kolektyvinės dominuojančios padėties.

462 Be to, reikia pažymėti, kad tai, jog produktas ar bent jau jo turinys yra heterogeniški, ir tai, kad jo kaina, kaip galima tikėtis, skiriasi atsižvelgiant į albumą, suteikia pakankamai daug reikšmės su Jungtinės Karalystės rinka susijusiose sprendimo 76 ir 77 konstatuojamosiose dalyse (ir su kitomis rinkomis susijusiose atitinkamose konstatuojamosiose dalyse) pačios Komisijos padarytai išvadai, kad atrodė, jog geriausiai parduodamų albumų kainoraščio kainos buvo pakankamai suderintos ir kad pardavimo neto kainos buvo glaudžiai susijusios su bruto kainomis.

6. Atsakomosios priemonės

463 Ginčijamo sprendimo 114–118 konstatuojamosiose dalyse Komisija nagrinėjo, ar didžiosios bendrovės praeityje ėmėsi kokių nors „atsakomųjų priemonių“ prieš kurias nors iš jų, ir nusprendė nenustačiusi „požymių, kad dėl didžiosios bendrovės nukrypimo nuo bendros politikos kitos didžiosios bendrovės būtų šalinamos iš

bendros įmonės rinkinių srityje ar kad būtų (laikiniai) sugrįžtama prie konkurencinio elgesio kaip atsakomosios priemonės“ ir kad ji netgi nenustatė, jog „būtų buvę grasinta panaudoti tokias atsakomąsias priemones“.

464 Ieškovė tvirtina, kad ta išvada yra niekinė dėl motyvavimo trūkumo, akivaizdžios vertinimo klaidos ir teisės klaidos. Pagal šias tris dalis pateikti kaltinimai sutampa ir iš esmės jais ginčijama tai, kad Komisija grindė savo analizę tuo, jog nėra atsakomųjų priemonių panaudojimo praeityje įrodymų, o ji turėjo tik patikrinti, ar buvo kokių nors veiksmingų atgrasymo mechanizmų.

465 Iš teismų praktikos matyti (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 62 punktas), kad tam, jog kolektyvinės dominuojančios padėties situacija būtų reali, turi būti atitinkamų atgrasymo priemonių, siekiant užtikrinti ilgalaikę paskatą nenukrypti nuo bendros politikos, o tai reiškia, kad kiekvienas dominuojančios oligopolijos narys turi žinoti, kad labai konkurencingi jo veiksmai, kuriais jis siekia padidinti savo rinkos dalį, išprovokuotų tokius pačius kitų veiksmus, todėl iš jo iniciatyvos nebūtų jokios naudos (šiuo klausimu žr. šio sprendimo 246 punkte minėto sprendimo *Gencor prieš Komisiją* 276 punktą).

466 Iš esmės pakanka vien to, kad yra veiksmingi atgrasymo mechanizmai, nes jei oligopolijos nariai laikosi bendros politikos, nėra reikalo imtis sankcijų. Be to, kaip pažymi ieškovė, veiksmingiausia atgrasymo priemonė yra ta, kuri neturi būti panaudota.

467 Be to, Komisija aiškiai nurodė pranešimo apie kaltinimus 128–132 punktuose, kad pašalinimas iš bendrų įmonių rinkinių srityje yra ypač veiksmingas atgrasymo mechanizmas, ir nors ginčijamame sprendime tai aiškiai nepripažįstama, priešingai tam, ką Komisija teigia savo rašytinėse pastabose, jame patvirtinama ta analizė.

Ginčijamo sprendimo 115 ir 116 konstatuojamosiose dalyse paaiškinusi rinkinių, į kuriuos įeina daug atlikėjų ar daug įrašų ženklų, ekonominę reikšmę, ir kurie sudaro apytikriai 15–20% visos muzikos įrašų rinkos, bei pabrėžusi, kad daugiau negu vienos įrašų bendrovės atlikėjo įtraukimas į albumą atrodo, yra pagrindinis rinkinio sėkmę lemiantis veiksnys, Komisija ginčijamo sprendimo 117 konstatuojamojoje dalyje teigia, kad „jei viena didžioji bendrovė nuolat nukrypsta nuo taisyklių, kitos bendrovės dėl to galėtų neleisti nepaklūstančiai bendrovei dalyvauti naujai steigiamose bendrose įmonėse arba galėtų atsisakyti suteikti teisę naudoti jų dainas nuo taisyklių nukrypstančios įmonės rinkiniuose ar netgi galėtų nutraukti kai kurių iš veikiančių bendrų įmonių veiklą“. Galiausiai ginčijamo sprendimo 118 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad Komisija vis dėlto nenustatė požymių, jog kitos bendrovės praeityje būtų buvusios pašalintos iš bendrų įmonių rinkinių srityje ar jog būtų grasinama panaudoti tokias atsakomąsias priemones, kartu paaiškinusi, kad „tos priemonės iš esmės galėjo rodyti tikėtiną galimybę, jog didžiosios bendrovės taikys atsakomąsias priemones muzikos įrašų rinkose“.

468 Tačiau dėl to, kad šis ieškinio pagrindas yra susijęs su kolektyvinės dominuojančios padėties buvimu, o ne jos sukūrimo nustatymu, galima manyti, kad su atsakomaisiais veiksmais susijusią sąlygą sudaro ne patikrinimas, ar atsakomosios priemonės egzistuoja, kaip buvo šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* atveju, bet tyrimas, ar buvo pažeistas bendrai suderintas elgesys, netaikant atsakomųjų priemonių. Nors ginčijamame sprendime nenurodoma, kad siekiant nustatyti, ar yra kolektyvinė dominuojanti padėtis, reikia naudoti kitokį kriterijų ir nors Komisija to taip pat netvirtino savo procesiniuose dokumentuose, Pirmosios instancijos teismas vis dėlto išnagrinės, ar ginčijamame sprendime padarytos išvados atitinka tą kriterijų.

469 Tam, kad atsakomųjų priemonių nebuvimą būtų galima laikyti reiškiančiu, jog su atsakomosiomis priemonėmis susijusi sąlyga nėra įvykdyta, reikalingi du kumuliaciniai veiksniai, t. y. įrodymas, kad buvo nukrypta nuo bendrai suderinto elgesio, nes be to negalima svarstyti atsakomųjų priemonių panaudojimo klausimo, ir faktinis

įrodymas, kad atsakomųjų priemonių nėra. Tačiau reikia pripažinti, kad sprendime nepateiktas nė vienas iš šių dviejų būtinų aspektų įrodymas.

470 Pirma, nei skyriuje, kuriame nagrinėjamos atsakomosios priemonės, nei likusioje ginčijamo sprendimo dalyje Komisija aiškiai nenustatė nė vieno bendros kainų nustatymo politikos pažeidimo atvejo. Savo atsiliepime į ieškinį Komisija iš tiesų rėmėsi dviem atvejais, kuriais ginčijamame sprendime buvo nustatyti nukrypimai nuo bendros politikos (2000 ir 2001 m. Jungtinėje Karalystėje (74 konstatuojamoji dalis) ir Vokietijoje, kai viena didžioji bendrovė lėčiau plėtojo savo veiklą (88 konstatuojamoji dalis)). Tačiau iš ginčijamo sprendimo nėra akivaizdu, kad tie atvejai buvo laikyti bendros politikos pažeidimu, o tik rodė, kad niekada nepavyko pasiekti kainų paralelių.

471 Antra, ir bet kuriuo atveju reikia pripažinti, kad kai Pirmosios instancijos teismas apklausė Komisiją per posėdį dėl tyrimo priemonių, kurių ji ėmėsi tam, kad prieitų prie išvados, jog nenustatė atsakomųjų priemonių panaudojimo praeityje požymių ar net kad buvo grasinama panaudoti tokias priemones, ji negalėjo nurodyti menkausio veiksmo, kurį tuo tikslu būtų atlikusi. Be to, kadangi pranešimo apie kaltinimus etapu pagrindinis dėmesys Komisijos tyrime buvo skirtas išsiaiškinti, ar yra tikėtinos atgrasymo priemonės, o ne tam, ar buvo naudojamos veiksmingos atsakomosios priemonės, ir kadangi tik po bylos nagrinėjimo Komisijoje ši pakeitė savo koncentracijos vertinimą, neaišku, kada ar kaip Komisija galėjo faktiškai siekti nustatyti, ar buvo atsakomųjų priemonių panaudojimo įrodymų. Be to, iš bylos medžiagos matyti, kad po nagrinėjimo Komisija neatliko kito rinkos tyrimo. Taigi vienintelės tyrimo priemonės galėjo būti klausimo išsiuntimas pranešančiosioms šalims, tačiau Komisija Pirmosios instancijos teismui to neįrodė, ir tikrai mažai tikėtina, kad pranešančiosios šalys būtų pateikusios Komisijai atsakomųjų priemonių įrodymų.

472 Galiausiai reikia pripažinti, kad Komisijos argumentas, jog „aiškūs atsakomųjų priemonių, kurių didžiosios bendrovės ėmėsi reaguodamos į „nukrypimą“ nuo įprastų vidutinių neto kainų ar vidutinių sąskaitų faktūrų nuolaidų dydžių, įrodymai

galėjo būti rodiklis (nors neabejotinai ne lemiamas), kad derinimas vyko, nepaisant sunkumų nustatant pakankamai aiškias derinimo sąlygas ir pakankamai veiksmingas tokių sąlygų laikymosi kontrolės priemonės“, negali būti laikomas pagrįstu. Pirma, toks tvirtinimas prieštarauja ginčijamam sprendimui, pagal kurį „atsakomųjų veiksmų praeityje rodikliai galėjo būti vertinami kaip rodantys kolektyvinės dominuojančios padėties buvimą muzikos įrašų rinkoje“ (ginčijamo sprendimo 114 konstatuojamoji dalis) ir „todėl Komisija šioje byloje nerado įrodymų, kad praeityje tos priemonės buvo panaudotos ar kad jas būtų grasinama panaudoti, kurie patvirtintų, jog yra kolektyvinė dominuojanti padėtis“. Antra, Komisijos argumentavimas prilygsta tvirtinimui, kad ji nepakankamai išnagrinėjo su atsakomaisiais veiksmais susijusią sąlygą, nes net „aiškūs atsakomųjų veiksmų įrodymai“ galėjo būti tik rodiklis, kuris „neabejotinai nebuvo lemiamas“.

473 Iš to, kas nurodyta, yra aišku, kad ieškovės kaltinimas, jog ginčijamame sprendime pateiktame vertinime, susijusiame su atsakomosiomis priemonėmis, padaryta teisės klaida ir akivaizdi vertinimo klaida, yra pagrįstas.

474 Kadangi šie vertinimai, kaip visų pirma aišku iš ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamosios dalies, sudaro esminį sprendimo pagrindą, ginčijamas sprendimas turi būti panaikintas.

7. Išvada dėl pirmojo ieškinio pagrindo

475 Iš to, kas nurodyta, daroma išvada, kad tvirtinimas, jog muzikos įrašų rinkos nėra pakankamai skaidrios, kad leistų kolektyvinę dominuojančią padėtį, nėra pakankamai motyvuotas, todėl jis yra niekinis dėl akivaizdžios vertinimo klaidos, nes elementai, kuriais jis pagrįstas, nėra išsamūs ir neapima visų svarbių duomenų, į kuriuos Komisija privalėjo atsižvelgti, ir jie negali patvirtinti iš jų padarytų išvadų.

Kadangi šis tvirtinimas, kaip yra aišku tiek iš ginčijamo sprendimo ir visų pirma iš jo 157 konstatuojamosios dalies, tiek iš Pirmosios instancijos teisme vykusių diskusijų, yra esminis motyvas, kuriuo remdamasi Komisija ginčijamame sprendime padarė išvadą, kad kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo, remiantis vien šiuo pagrindu ginčijamas sprendimas turi būti panaikintas.

476 Taip pat, kadangi su atsakomosiomis priemonėmis susijusi analizė yra niekinė dėl teisės klaidos ar bent jau dėl akivaizdžios vertinimo klaidos ir kadangi ši analizė yra kitas esminis motyvas, kuriuo remdamasi Komisija ginčijamame sprendime padarė išvadą, jog kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo, šis trūkumas suteikia pagrindą panaikinti ginčijamą sprendimą.

477 Galiausiai, kiek tai yra būtina, reikia pripažinti, kad nė vienas iš į bylą įstojusių šalių argumentų, kaip yra akivaizdžiai arba numanomai aišku iš visų pateiktų svarstymų, negali paneigti tų išvadų ir kad daugelis iš jų netgi pačiame sprendime yra aiškiai paneigiamos.

478 Visų pirma kalbant apie į bylą įstojusių šalių suformuluotas preliminarines pastabas, reikia pripažinti, kad jos jau buvo atmestos arba neturi reikšmės. Taigi tariama aplinkybė, kad Komisija atliko išsamų tyrimą, savaime negali įrodyti, kad Komisija iš tiesų surinko, išanalizavo ir tinkamai įvertino visus svarbius duomenis. Toliau šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad į bylą įstojusios šalys pabrėžia iš pat pradžių pateikusios ypač svarbius duomenis ir paaiškinimus dėl muzikos pramonės Europoje. Tačiau iš bylos medžiagos aišku, kad, remdamasi ta informacija ir kita atliekant beveik penkis mėnesius trukusį tyrimą rinkoje gauta informacija, Komisija pranešime apie kaltinimus padarė išvadą, jog koncentracija nesuderinama su bendrąja rinka ir jog Komisija pakeitė savo vertinimą tik po to, kai koncentracijos šalys ir jų ekonomikos patarėjai pateikė argumentus 2004 m. birželio 14 ir 15 d. vykusiame bylos nagrinėjime, o po dviejų savaičių išsiuntė patariamajam komitetui

sprendimo, kuriuo pritariama koncentracijai, projektą. Taip pat tai, kad kitų valstybių konkurencijos institucijos pritarė koncentracijai, neturi reikšmės. Galiausiai reikia atmesti argumentą, kad koncentracija – tai konkurenciją palaikanti reakcija į nuosmukį muzikos pramonėje, visų pirma į CD kainų nuosmukį. Ginčijamas sprendimas yra ne tik pagrįstas tariamu įvairių koncentracijos privalumų ir trūkumų įvertinimu; ginčijamo sprendimo 55–59 konstatuojamosiose dalyse buvo aiškiai atmesti argumentai, kuriuos į bylą įstojusios šalys kildina iš kintančios paklausos.

479 Antra, kalbant apie argumentus, kuriais į bylą įstojusios šalys siekia užginčyti ieškovės kaltinimų, susijusių su reklaminėmis nuolaidomis, pagrįstumą, pakanka pažymėti, kad jie yra neatskiriami nuo Komisijos argumentų ir jau buvo atmesti anksčiau arba į juos negalima atsižvelgti tiek, kiek juos aiškiai paneigia ginčijamame sprendime padarytos išvados. Taigi argumentas, kad kainos tariamai nebuvo suderintos, ir tvirtinimas, kad ginčijamame sprendime nustatyta didelė 100 populiariausių įrašų pardavimo dalis gaunama netaikant ginčijamame sprendime nustatytų PPD, ginčijamame sprendime buvo aiškiai atmesti. Taip pat tvirtinimas, kad ginčijamas sprendimas sumažina pagrindinių pakankamo skaidrumo nebuvimo įrodymų svarumą, neturi reikšmės. Pirmosios instancijos teismas ne turi priimti sprendimą dėl koncentracijos suderinamumo su bendrąja rinka, bet patikrinti ginčijamame sprendime padarytų išvadų teisėtumą. Be to, reikia pripažinti, kad į bylą įstojusių šalių tvirtinimus, jog PPD nėra žinomos ar prieinamos ar jog įprastos nuolaidos nėra pakankamai skaidrios, aiškiai paneigia ginčijamame sprendime padarytos išvados.

480 Galiausiai, trečia, dėl argumentų, susijusių su įvairiais ginčijamame sprendime nepaminėtais aspektais, pakanka pasakyti, kad jie neturi jokios reikšmės, nes Pirmosios instancijos teismas tikrina tik ginčijamo sprendimo teisėtumą.

481 Vis dėlto Pirmosios instancijos teismas mano, kad išsamumo sumetimais būtina išnagrinėti antrąjį ieškinio teisinį pagrindą.

III — Antrasis ieškinio pagrindas: kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimas muzikos įrašų rinkose

A — Ieškovės argumentai

482 Ieškovė pažymi, kad Komisija skyrė mažiau nei puslapį klausimui, ar koncentracija sukurtų kolektyvinę dominuojančią padėtį, nagrinėti. Tvirtindama, kad kai kuriose oligopolinėse rinkose dėl sumažėjusio rinkos dalyvių skaičiaus gali susidaryti likusių rinkos dalyvių kolektyvinė dominuojanti padėtis ir kad tai, ar taip bus, iš esmės priklauso nuo rinkos ypatybių, Komisija nenustatė tų lemiamų ypatybių, o tik rėmėsi šiuo atžvilgiu atlikta kolektyvinės dominuojančios padėties, buvusios iki koncentracijos, analize, ir ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamojoje dalyje padarė išvadą, kad „nerado pakankamai įrodymų, kurie patvirtintų, jog didžiųjų bendrovių sumažėjimas nuo penkių iki keturių yra pakankamai esminis pokytis, dėl kurio tikėtina, kad atsirastų kolektyvinis dominavimas“, visų pirma kalbant apie skaidrumą ir atsakomąsias priemones.

1. Dėl teisės klaidos

483 Ieškovės teigimu, Komisija, taikydama kolektyvinės dominuojančios padėties kriterijų, padarė tris teisės klaidas.

a) Perspektyvinės analizės neatlikimas

484 Ieškovė teigia, kad Komisija padarė kolektyvinės dominuojančios padėties klausimus reglamentuojančios teisės taikymo klaidą, nes neatliko perspektyvinės analizės, kad nustatytų, ar dėl koncentracijos būtų sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis. Kriterijus, ar koncentracija sukuria tokią padėtį, iš esmės skiriasi nuo kriterijaus, naudojamo nustatant, ar kolektyvinė dominuojanti padėtis jau yra susidariusi (tam reikia atlikti *ex post* analizę), o norint nustatyti, ar koncentracija sukuria tokią padėtį, būtina atlikti *ex ante* analizę, remiantis iki koncentracijos rinkoje buvusios konkurencijos lygiu.

485 Iš šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* yra aišku, kad atliekant perspektyvinę analizę būtina atsižvelgti ne tik į situaciją, susijusią su ta padėtimi tuo metu, kai sandoris įvyksta, tačiau ją taip pat reikia vertinti dinamiškai, visų pirma atsižvelgiant į „vidinę pusiausvyrą, pastovumą ir klausimą, ar paraleliniai antikonkurenciniai veiksmai, kurie dėl jos gali atsirasti, gali būti išlaikyti laikui bėgant“. Tačiau iš ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamosios dalies yra aišku, kad užuot atlikusi būtiną atskirą perspektyvinę analizę, Komisija padarė išvadą remdamasi tais pačiais *ex post* įrodymais, kuriuos ji panaudojo darydama išvadą, kad prieš koncentraciją kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo.

486 Tačiau *ex post* analizė nėra lemiamą. Reikia pripažinti, kad Komisija nustatė, jog „muzikos įrašų rinkoms būdingos tam tikros ypatybės, kurios buvo palankios kolektyviniam dominavimui“ (ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamoji dalis), bet tik nurodė neradusi pakankamai įrodymų, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis jau

buvo, todėl turėjo būti labai atidžiai išanalizuotas bet kokių veiksmų, dėl kurių padidėja tylaus derinimo galimybė, pasikeitimas. Vieninteliai įrodymai, kuriuos ištyrė Komisija, buvo duomenys apie tai, kas įvyko praeityje, o taip Komisija netiesiogiai pripažįsta neatlikusi perspektyvinės analizės.

b) Skaidrumas

⁴⁸⁷ Ieškovė tvirtina, kad, aiškindamasi, ar būtų sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis, Komisija padarė teisės klaidą dėl tų pačių priežasčių, kurios nurodytos dėl pirmojo ieškinio pagrindo, panaudodama visiško rinkos skaidrumo kriterijų, o pagal šio sprendimo 45 punkte minėtą sprendimą *Airtours prieš Komisiją* būtina patikrinti tik tai, ar rinka yra pakankamai skaidri, kad leistų veiksmų derinimą.

c) Atgrasymo priemonės

⁴⁸⁸ Ieškovė kaltina Komisiją neatlikus perspektyvinės analizės, siekiant patikrinti, ar yra atgrasomosios priemonės, ir rėmusis išvada, kurią ji padarė klaidingai remdamasi tuo, kad nėra atsakomųjų priemonių naudojimo praeityje įrodymų, kalbant apie anksčiau egzistavusios kolektyvinės dominuojančios padėties stiprinimą, kad atmestų bet koki argumentą, jog likus keturioms didžiosioms bendrovėms vietoj penkių rinkoje būtų lengviau taikyti atsakomąsias priemones.

489 Perspektyvinės analizės, kurią Komisija turėjo atlikti, požiūriu išvada, kad buvo priemonių, kurios galėjo būti vertinamos kaip įtikinamos didžiųjų bendrovių galimybės taikyti atsakomąsias priemones (ginčijamo sprendimo 118 konstatuojamoji dalis), turėjo būti laikoma pakankamu įrodymu, visų pirma nuo to momento, kai didžiųjų bendrovių skaičius nuo penkių sumažėjo iki keturių.

d) Suvaržymai

490 Ieškovė teigia, kad Komisija padarė teisės klaidą, nes aiškindamasi, ar yra kolektyvinė dominuojanti padėtis, visiškai neapsvarstė trečiosios iš šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisija* nurodytų sąlygų, t. y. klientų ar konkurentų gebėjimo savo veiksmais pakenkti bet kokios didžiųjų bendrovių patvirtintos bendros politikos rezultatams.

2. Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo

491 Ieškovė tvirtina, kad perspektyvinė analizė, kurią Komisija turi atlikti, jog patikrintų, ar yra kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo rizika, reikalauja išsamiai išnagrinėti aplinkybes, kurios turi reikšmės koncentracijos poveikiui rinkoje. Pirma, pranešime apie kaltinimus Komisija net neapsvarstė galimybės, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis būtų sukurta, ir, antra, ginčijamame sprendime atlikta Komisijos analizė nėra nei perspektyvinė, nei išsami. Ieškovės teigimu, Komisija, remdamasi tuo, kad ji nenustatė kolektyvinės dominuojančios padėties buvimo, padarė išvadą, jog nėra pakankamai įrodymų, kurie patvirtintų, kad ateityje būtų sukurta kolektyvinė padėtis.

492 Ieškovė teigia, kad jei Komisija būtų atlikusi būtiną perspektyvinę analizę, ji būtų turėjusi išnagrinėti šiuos klausimus:

- mastą, kuriuo didžiųjų bendrovių skaičiaus sumažėjimas reikštų:
 - kad didžiosios bendrovės taptų labiau viena nuo kitos priklausomos dėl to, jog rinkos dalyvių skaičius nuo penkių sumažėtų iki keturių,
 - kad rinka, kuri pagal visus pripažintus standartus yra koncentruota dar iki to momento, kai koncentracija taps daug labiau koncentruota po koncentracijos,
 - kad derinimą tarp didžiųjų bendrovių būtų netgi lengviau kontroliuoti ir išlaikyti laikui bėgant ir kad kainų skaidrumas dar labiau sustiprėtų dėl simetrijos, kuri palengvintų kontrolę taip pat labai svarbioje populiariausių įrašų rinkoje,
 - kad būtų lengviau nustatyti pagrindą ir išlaikyti bendrą susitarimą dėl to, kas atitinka bendrus didžiųjų bendrovių interesus, nes didžiųjų bendrovių skaičius sumažėtų,
 - kad pusiausvyra tarp ilgalaikių nerašyto susitarimo laikymosi rezultatų ir trumpalaikių pardavimo pigiau už konkurentus rezultatų pasikeistų, jeigu rinkoje liktų mažiau įmonių,

- mastą, kuriuo padidėtų simetrijos lygis rinkoje, nes *Sony* ir *BMG* dydis bei rinkos dalys būtų panašios į *Universal*, ir nuo jų mažai atsiliktų kitos dvi didžiosios bendrovės *EMI* ir *Time Warner*, kurių rinkos dalys taip pat būtų simetriškos. Šis aspektas yra svarbus, nes dydžio ir rinkos dalių simetrija leidžia lengviau išlaikyti tylų derinimą. *Sony*, *BMG* ir *Universal* bendrai turėtų 50 % pasaulinės muzikos įrašų rinkos, o svarbioje populiariausių įrašų rinkoje jų dalis priartėtų prie 60–70 %, tačiau Komisija neįvertino šio aspekto reikšmės. Šis rinkos segmentas yra svarbus tiek esamai konkurencijai, tiek kaip ilgalaikės galios rinkoje rodiklis, nes nauji įrašai patenka į katalogus,

- mastą, kuriuo padidėtų simetrija ir sumažėtų konkurencija, nes vietoj dviejų didžiųjų bendrovių, kurių pastarųjų metų rezultatai skyrėsi, liktų tik viena,

- mastą, kuriuo esamos atgrasymo priemonės taptų veiksmingesnės,

- mastą, kuriuo nepriklausomos bendrovės taptų dar labiau priklausomos nuo didžiųjų bendrovių, visų pirma dėl to, kad nepriklausomų bendrovių galimų prekybos partnerių skaičius sumažėtų 20 %,

- mastą, kuriuo bet kokia konkurencinė atsvara didžiosioms bendrovėms būtų susilpninta.

493 Ieškovės teigimu, Komisija išsamiai neišnagrinėjo nė vieno iš paminėtų aspektų, todėl jos išvada, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis nebūtų sukurta (ginčijamo sprendimo 158 konstatuojamoji dalis), nepagrįsta jokių motyvavimų arba yra pagrįsta akivaizdžiai neteisingu motyvavimu.

3. Dėl akivaizdžios vertinimo klaidos

⁴⁹⁴ Perspektyvinės analizės neatlikimas taip pat yra vertinimo klaida. Komisija rėmėsi ankstesniais įrodymais, susijusiais su anksčiau buvusia kolektyvine dominuojančia padėtimi, ir išsamiai neišnagrinėjo pokyčių, kurie atsirastų dėl koncentracijos poveikio. Be to, tie tariami įrodymai savaime yra netinkami dėl pirmajame ieškinio pagrinde nurodytų motyvų.

⁴⁹⁵ Ieškovė teigia, kad, nors Komisija trumpai pažymi, jog skaidrumas bus padidintas, ji nenurodo jokios išsamios informacijos apie lygį, kuriuo jis bus padidintas arba apie su tuo susijusį poveikį, o tik nurodo, kad nėra pakankamai įrodymų. Komisija taip pat turėjo apsvarstyti mastą, kuriuo rinkos dalyvių skaičiaus sumažėjimas palengvintų tylių derinimą ir padarytų jį patrauklesnį, nes pelną dalytųsi mažiau įmonių. Komisija nenurodo, kokie įrodymai buvo surinkti, kodėl jų nepakanka ir kokių įrodymų reikėtų.

⁴⁹⁶ Kalbant apie atsakomąsias priemones, analizė yra pagrįsta ankstesniais įrodymais, susijusiais su laikotarpiu, kai, Komisijos teigimu, kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo. Komisija neišnagrinėjo klausimo dėl galimų atsakomųjų priemonių po koncentracijos.

⁴⁹⁷ Ieškovė pažymi, jog Komisija buvo bepadaranti išvadą, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis egzistavo dar prieš koncentraciją, tačiau ji klaidingai nusprendė, jog nepakanka įrodymų. Tai, kad Komisija padarė tokią pačią išvadą dėl rinkos po koncentracijos, kuri padidino skaidrumą, rodo akivaizdžią vertinimo klaidą.

498 Galiausiai ieškovė teigia, kad Komisijos išvada ypač stebina, nes prieš ketverius metus ji nustatė, jog EMI ir *Time Warner* susijungimas sukurtų kolektyvinę dominuojančią padėtį muzikos įrašų rinkoje (priede A.13 pateikto pranešimo apie kaltinimus šioje byloje 57 punktą).

B — Komisijos argumentai

1. Dėl teisės klaidos

a) Perspektyvinės analizės neatlikimas

499 Komisija teigia, kad ieškovės tvirtinimai, jog ji neatliko perspektyvinės analizės ir rėmėsi tokiais pačiais *ex post* įrodymais, kaip ir savo analizėje dėl galimo ankstesnio kolektyvinės padėties buvimo, kai kriterijai iš esmės skiriasi, yra nepagrįsti. Iš pradžių ji pateikia dvi bendro pobūdžio pastabas.

500 Pirma, sprendimai dėl koncentracijų kontrolės visada turi būti pagrįsti perspektyvine analize, nes sprendimas, ar koncentracija yra suderinama su bendrąja rinka, yra susijęs su pokyčiais rinkoje, kuriuos, tikėtina, gali sukelti dar neįvykdytas sandoris (šio sprendimo 245 punkte minėto sprendimo *Kali & Salz* 109–111 punktai). Todėl visais atvejais perspektyvinę analizę būtina pagrįsti aiškia konkurencinių sąlygų, buvusių iki koncentracijos, vizija. Jau surinkti ir įvertinti įrodymai dėl esamų rinkos sąlygų (kuriuos sunkiai galima būtų pavadinti *ex post* įrodymais) turi reikšmės kaip pradinis analizės atskaitos taškas.

501 Antra, vertinant galimą dabartinę kolektyvinės dominuojančios padėties egzistavimą, būtina atsižvelgti į tas pačias keturias sąlygas, taikomas vertinant galimą tokios dominuojančios padėties sukūrimą: tylaus derinimo įrodymus, pakankamą skaidrumą, atsakomųjų priemonių riziką, konkurentų ir klientų suvaržymus (2005 m. sausio 25 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimo *Piau prieš Komisiją*, T-193/02, Rink. p. II-209, 111 punktas). Jei į vieną ar daugiau iš šių klausimų, kaip šioje byloje nagrinėjamu atveju, dėl dabartinės situacijos buvo atsakyta neigiamai, atliekant perspektyvinę analizę būtinai reikės patikrinti, ar koncentracija galėtų nulemti teigiamą atsakymą numatomoje ateityje ir kaip.

502 Kadangi Komisijos išvada, kad nepakako esamos kolektyvinės dominuojančios padėties įrodymų, buvo iš esmės pagrįsta tuo, jog nebuvo įvykdyta pakankamo skaidrumo sąlyga, ji iš esmės kreipė dėmesį į koncentracijos poveikį tam parametrai. Jei dėl koncentracijos nuo 10 iki 6 savaitė sumažėjo dvišalių santykių skaičius, o tai iš esmės palengvintų kontrolę, ta iš esmės aritmetinė pastaba nebuvo lemiamą visų pirma todėl, kad skaidrumo kliūtys buvo susijusios ne su kontroliuotinių didžiųjų bendrovių skaičiumi, bet su didžiųjų bendrovių individualių sprendimų, nustatančių atskirų nevienodo turinio ir įvairios komercinės sėkmės sulaukiančių albumų neto kainas atskiriems klientams panaudojant PPD, įprastų ir reklaminių nuolaidų derinį, sudėtingumu. Kalbant apie sąskaitų faktūrų nuolaidas, labiau tikėtina, kad turima ribota informacija (kuri visų pirma yra susijusi su įprastomis nuolaidomis) bet kuriuo atveju bus gauta iš klientų, o ne iš kitų didžiųjų bendrovių, ir koncentracija nepakeis likusių didžiųjų bendrovių santykio su klientų grupe, kuri dėl koncentracijos nepakis. Būtent dėl šios priežasties Komisija padarė perspektyvinę išvadą, kad nepakako įrodymų, jog dėl koncentracijos turinčio atsirasti rinkos struktūros

pasikeitimo būtų sudarytos skaidrumą palengvinančios sąlygos tiek, kad būtų pasiektas skaidrumo lygis, būtinas kolektyvinei dominuojančiai padėčiai sukurti (ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamosios dalies *in fine*).

503 Komisija teigia, kad tie elementai sudaro pakankamą perspektyvinę kumuliacinių kolektyvinės dominuojančios padėties sąlygų analizę.

b) Skaidrumas

504 Komisija tvirtina, kad dėl to, jog ieškovė savo argumentu tik pakartoja pirmiau pagal pirmąjį ieškinio pagrindą pateiktą argumentą, jis šiomis aplinkybėmis taip pat yra nepagrįstas.

c) Atgrasymo priemonės ir suvaržymai

505 Nors ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamojoje dalyje Komisija laikėsi nuomonės, kad nepakako įrodymų, jog sandoris palengvintų atsakomųjų priemonių panaudojimą, ji nepatvirtino savo galutinės pozicijos tuo klausimu, kad pagrįstų savo vertinimą. Padariusi išvadą, kad ji neturi įrodymų, kurie patvirtintų, kad kainų nustatymas būtų pakankamai skaidrus, jog leistų veiksmingą kontrolę, jai jau nebereikėjo nagrinėti nei atsakomųjų priemonių, nei išlyginamosios galios klausimų atsižvelgiant į kolektyvinės dominuojančios padėties „sukūrimo“, o ne „sustiprinimo“ aspektą.

2. Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo

506 Komisija teigia, kad didelė ieškovės kritikos dalis neturi nieko bendro su motyvavimo trūkumu. Tariamasis Komisijos neatsižvelgimas į įvairius veiksnius yra susijęs su vertinimo teisėtumu, o ne su motyvavimu. Jei Komisija nepadarė išvados tam tikrais klausimais, vadinasi, ji neprivalėjo pateikti tokios neegzistuojančios išvados motyvų.

507 Būtų nepriimtina, jei ieškovė vėlesniu šio proceso etapu mėgintų savo panaikinimo pagrindą iš procedūrinio (motyvavimo trūkumas) pakeisti pagrindu dėl esmės (teisės klaida ir akivaizdi vertinimo klaida), o tai, kad jos konkretūs argumentai akivaizdžiai neturi ryšio su EB 253 straipsnio taikymu, yra pakankamas pagrindas atmesti šį panaikinimo pagrindą.

508 Todėl Komisija visiškai subsidiariai trumpai nagrinėja tuos argumentus.

509 Dėl ieškovės tvirtinimo, kad analizė turi būti išsami, Komisija remiasi savo pastabomis dėl pirmesnio ieškinio pagrindo.

510 Tai, kad Komisija pranešime apie kaltinimus neišnagrinėjo galimo kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo, neturi reikšmės ginčijamame sprendime

pateiktų motyvų pakankamumui. Dėl Komisijos tariamos prielaidos, kad ji turėjo nepakankamai įrodymų, jog padarytų išvadas, kad nėra esamos kolektyvinės padėties, Komisija remiasi diskusija dėl perspektyvinės analizės pobūdžio.

511 Koncentracijos muzikos įrašų rinkose lygio ir rinkos dalių simetrijos laipsnio padidėjimas, taip pat galimas didžiųjų bendrovių tarpusavio priklausomybės lygio padidėjimas niekaip reikšmingai nepadedą pašalinti derinimo kliūčių, nustatytų analizuojant galimą dabartinę kolektyvinės dominuojančios padėties egzistavimą, t. y. bendro atskirų albumų kainų nustatymo atskiriems klientams proceso laikui bėgant (PPD + įprasta nuolaida + reklaminė nuolaida) sudėtingumo ir pakankamo skaidrumo įrodymų nebuvimo.

512 Nors labiau koncentruota rinka apskritai gali pakeisti veiksnius, skatinančius laikytis bendros politikos, šioje byloje nagrinėjamu atveju ji neturi esminės reikšmės pagrindiniam atgrasančiam veiksniumi, atsirandančiam dėl oligopolinėje situacijoje esančių įmonių nesugebėjimo nustatyti, taigi – ir nubausti bei atgrasyti nuo nukrypimų. Kai nėra pakankamo skaidrumo, didžiosios bendrovės negali būti tikros, kad viena iš jų nemėgins pasinaudoti tiek ilgalaikiais tylaus derinimo rezultatais, tiek trumpalaikiais pardavimo pigiau nei konkurentai rezultatais ir dėl tokio netikrumo tylaus derinimas tampa nestabilus ir jo neįmanoma išlaikyti.

513 Ieškovės pastabas dėl simetrijos taip pat reikėtų atmesti remiantis tuo, kad tarp simetrijos ir skaidrumo nėra akivaizdaus ryšio.

514 Galiausiai likę ieškovės argumentai iš esmės yra susiję su antrąja ir trečiąja kumuliacinėmis ilgalaikio kolektyvinio dominavimo sąlygomis. Komisija neprivalėjo

išreikšti savo pozicijos dėl šių sąlygų nustačiusi, kad nepakako įrodymų, kurie patvirtintų, kad būtų įvykdyta pirmoji sąlyga.

3. Akivaizdi vertinimo klaida

- 515 Ieškovės tvirtinimus dėl neatlikto perspektyvinio vertinimo reikia atmesti dėl skyriuje, kuriame nagrinėjama teisės klaida, nurodytų priežasčių.
- 516 Ieškovės argumentus dėl skatinamųjų veiksmų, dėl kurių oligopolinėje situacijoje esančios įmonės raginamos patvirtinti bendrą politiką, vėl reikėtų atmesti dėl to, kad jais nepaisoma to, jog nėra pakankamo skaidrumo.
- 517 Ieškovės teorija, kad remdamasi tuo, jog dėl didžiųjų bendrovių skaičiaus sumažėjimo apskritai padidėtų tylaus derinimo tikimybė, Komisija turėjo padaryti išvadą, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis būtų sukurta, nebent koncentracija turėtų kitokių ypatybių, dėl kurių tylaus derinimas taptų mažiau tikėtinas, visiškai nepaisoma kitokio įvairių ilgalaikio kolektyvinio dominavimo sąlygų pobūdžio. Dėl to, kad nagrinėjamose rinkose padidėja koncentracijos lygis, neturėtų atitinkamai sumažėti įrodinėjimo reikalavimai, susiję su atskira pakankamo skaidrumo sąlyga, jei neišrodoma, kad tokia padidėjusi koncentracija iš esmės pakeičia su pastarąja sąlyga susijusį vertinimą.

518 Galiausiai Komisija primena, kad apie ginčijamo sprendimo teisėtumą negalima spręsti pagal preliminarias išvadas, padarytas dviejuose pranešimuose apie kaltinimus, iš kurių vienas buvo pateiktas prieš ketverius metus kitoje byloje.

C — Į bylą įstojusių šalių argumentai

519 Į bylą įstojusios šalys tvirtina, kad sprendimas pradėti II tyrimo etapą rodo, jog Komisija iš pat pradžių išnagrinėjo tiek kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo, tiek jos sustiprinimo galimybę. Komisija buvo teisi, pagrindinį dėmesį skirdama rinkai būdingoms ypatybėms ir visų pirma tam, ar kainos buvo pakankamai skaidrios, kad leistų atsirasti tyliam derinimui (šio sprendimo 246 punkte minėto sprendimo *Gencor prieš Komisiją* 227 punktas). Kadangi su kainomis susijusios rinkos ypatybės nepatvirtino išvados, jog praeityje vyko derinimas, Komisija padarė teisingą išvadą, kad didžiųjų bendrovių skaičiaus sumažėjimo nuo penkių iki keturių nepakaktų pagrindinėms tylaus derinimo kliūtims pašalinti (šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 75 ir 76 punktai).

520 Rinkos ypatybės ir toliau neatitiko tylaus tiek kainų, tiek kitų veiksnių derinimo (naujų įrašų skaičiaus, originalumo, kūrybiškumo, kultūrų įvairovės, sutarčių su atlikėjais pasirašymo). Be kita ko, į bylą įstojusios šalys teigia, kad muzikos įrašai yra įvairiarūšis produktas, kad didžiosios bendrovės turi tvirtų motyvų maksimaliai didinti „hitų“ pardavimus; kad sprendimai dėl kainų ir nuolaidų kiekvieno įrašo atveju priimami tiek jį išleidžiant į rinką, tiek jo gyvavimo metu ir atsižvelgiant į kiekvieną atskirą mažmenininką; kad įrašų bendrovės naudojasi diskrecija dėl PPD, nustatomų išleidžiant įrašą ir vėliau laikui bėgant, o tai atspindi subjektyvų pardavimo personalų vertinimą; kad visos bendrovės taiko įvairias nuolaidas ir paskatinimus, apie kuriuos jų konkurentai nežino ir kurie skiriasi laiko, albumų ir mažmenininkų atžvilgiu; ir galiausiai, kad dėl to, jog nuolaidos yra nenuspėjamos ir

nematomos, stebint PPD, negalima daryti jokių patikimų išvadų dėl neto kainų, taigi net jei PPD būtų pradėtos derinti, tai neturėtų įtakos faktinėms kainoms.

D — Pirmosios instancijos teismo vertinimas

- 521 Ieškovė iš esmės teigia, kad tvirtinimas, jog koncentracija nesukurtų kolektyvinės dominuojančios padėties muzikos įrašų rinkoje, nėra pakankamai motyvuotas ir niekinis dėl akivaizdžios vertinimo bei teisės klaidos.
- 522 Reikia turėti omenyje, kad kai Komisija nagrinėja riziką, jog bus sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis, ji privalo „panaudodama perspektyvinę referencinės rinkos analizę įvertinti, ar su ja siejama koncentracija sukuria veiksmingai konkurencijai atitinkamoje rinkoje labai kliudančią situaciją, kurioje koncentracijoje dalyvaujančios įmonės ir viena ar daugiau trečiųjų įmonių, kurios kartu, visų pirma dėl veiksmų, turinčių įtakos ryšiams tarp jų atsirasti, gali patvirtinti bendrą politiką rinkoje ir veikti pakankamai nepriklausomai nuo savo konkurentų, klientų ir galiausiai vartotojų, itin apriboja veiksmingą konkurenciją atitinkamoje rinkoje (šio sprendimo 245 punkte minėto sprendimo *Kali & Salz* 221 punktą; šio sprendimo 246 punkte minėto sprendimo *Gencor prieš Komisiją* 163 punktą ir šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 59 punktą). Perspektyvinė analizė, kurią Komisija privalo atlikti vykdydama koncentracijų kontrolę, kadangi ji yra susijusi su kolektyvine dominuojančia padėtimi, „reikalauja atidžiai išnagrinėti visų pirma aplinkybes, kurios kiekvienu atskiru atveju turi reikšmės vertinant koncentracijos poveikį konkurencijai referencinėje rinkoje“ (šio sprendimo 245 punkte minėto sprendimo *Kali & Salz* 222 punktą ir šio sprendimo 45 punkte minėto sprendimo *Airtours prieš Komisiją* 63 punktą).

- 523 Juo labiau taip yra dar ir dėl to, kad „reikia atlikti ne praeities įvykių, su kuriais dažniausia susiję daugybė faktų, leidžiančių suprasti jų priežastis, ir net ne dabarties įvykių analizę, o numatyti įvykius, su didesne ar mažesne tikimybe įvyksiančius ateityje, jeigu nebus priimtas planuojamą koncentraciją draudžiantis ar sąlygas jai nustatantis sprendimas“ (šio sprendimo 232 punkte minėto sprendimo *Komisija prieš Tetra Laval* 42 punktas). Taigi „tokia analizė reikalauja įsivaizduoti įvairias priežasties ir pasekmės grandines, siekiant pasiremti labiausiai tikėtinomis“ (sprendimo *Komisija prieš Tetra Laval* 43 punktas).
- 524 Atsižvelgdamas į šiuos svarstymus, Pirmosios instancijos teismas turi apsvarstyti, ar Komisija tinkamai išanalizavo kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo riziką.
- 525 Iš pradžių reikėtų pažymėti, kad šiuo atžvilgiu ginčijamame sprendime atliktas nagrinėjimas buvo ypač lakoniškas.
- 526 156 konstatuojamojoje dalyje Komisija tvirtina, kad „rinkos ypatybės turi lemiamos reikšmės klausimui, ar tokia koncentracija nulemia kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimą“.
- 527 Komisijos analizė šiuo atžvilgiu apsiriboja šiais svarstymais ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamojoje dalyje, kuri suformuluota taip:

„Kaip rodo analizė dėl kolektyvinės dominuojančios padėties sustiprinimo, iš pastebimų vidutinių kainų paralelių negalima daryti išvados, kad muzikos įrašų rinkoje didžiosios bendrovės šiuo metu užima kolektyvinę dominuojančią padėtį. Didžiųjų bendrovių skaičiui sumažėjus nuo penkių iki keturių, padidėja skaidrumas, nes dvišalių konkurencinių santykių skaičius nuo 10 sumažėja iki 6. Tai iš esmės

palengvintų atitinkamų rinkų kontrolę. Kaip jau aptarta skyriuje dėl kolektyvinės dominuojančios padėties sustiprinimo, muzikos įrašų rinkoms būdingos tam tikros ypatybės, rodančios kolektyviniam dominavimui palankias sąlygas. Tačiau Komisija nerado pakankamai įrodymų, kad penkios didžiosios bendrovės praeityje užėmė kolektyvinę dominuojančią padėtį, visų pirma dėl faktinio skaidrumo trūkumo, iš dalies nevienodų produktų ypatybių ir faktinių įrodymų, kad praeityje buvo atsakomųjų priemonių, nebuvimo. Dėl didžiųjų bendrovių kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo muzikos įrašų rinkose Komisija, atsižvelgdama į tai, kad derinimas tarp likusių keturių dalyvių apskritai tapo lengvesnis, nerado pakankamai įrodymų, patvirtinančių, kad didžiųjų bendrovių skaičiaus sumažėjimas nuo penkių iki keturių reiškia pakankamai reikšmingą pokytį, dėl kurio tikėtina būtų sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis. Visų pirma Komisija nerado pakankamai įrodymų, kad didžiųjų bendrovių skaičiaus sumažėjimas nuo penkių iki keturių palengvintų skaidrumą ir atsakomasias priemones tiek, kad turi būti numatytas likusių keturių didžiųjų bendrovių kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimas.“

- 528 Reikia pripažinti, kad šios kelios pastabos, kurios yra tokios paviršutiniškos ir iš tiesų visiškai formalios, negali reikšti, jog Komisija įvykdė savo pareigą atlikti perspektyvinę analizę, ir atidžiai išnagrinėjo aplinkybes, kurios, atsižvelgiant į kiekvieną konkretų atvejį, gali pasirodyti reikšmingos vertinant koncentracijos poveikį konkurencijai referencinėje rinkoje, visų pirma kai koncentracija, kaip yra šioje byloje, sukelia rimtų problemų. Nepaisant Pirmosios instancijos teismo išvadų dėl pirmojo teisinio ieškinio pagrindo, tiek iš to, jog Komisija privalėjo pateikti išsamų vertinimą ginčijamame sprendime, kad padarytų išvadą, jog kolektyvinės dominuojančios padėties nebuvo iki koncentracijos, tiek iš to, kad pranešime apie kaltinimus po penkis mėnesius trukusio tyrimo ji padarė išvadą, jog tokia padėtis buvo prieš koncentraciją, yra aišku, kad klausimas, ar dviejų iš penkių didžiųjų bendrovių susijungimas galėtų sukurti kolektyvinę dominuojančią padėtį, dėl dar įtikinamesnių priežasčių iškelia rimtų problemų, kurias būtina išsamiai išnagrinėti. Kadangi toks nagrinėjimas nebuvo atliktas, vien remiantis šiuo pagrindu yra aišku, kad antrasis teisinis ieškinio pagrindas yra pagrįstas.

- 529 Siekdamas išsamumo, Pirmosios instancijos teismas vis dėlto išnagrinės, ar išvadose dėl skaidrumo ir atsakomųjų priemonių taip pat padarytos teisės arba vertinimo klaidos.
- 530 Iš ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamosios dalies ir visų pirma iš jos paskutinio sakinio yra aišku, kad Komisijos išvada, jog koncentracija nėra pakankamai reikšmingas pokytis, dėl kurio tikėtina, kad bus sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis, yra aiškiai pagrįstas su rinkos skaidrumu, o ne su atsakomosiomis priemonėmis susijusiomis sąlygomis.
- 531 Kalbant apie skaidrumą, reikia visų pirma turėti omenyje, kad, nagrinėjant pirmąjį ieškinio pagrindą, buvo nustatyta, jog Komisijos išvada, kad dėl reklaminių nuolaidų mažėja skaidrumas ir taip užkertamas kelias kolektyvinės dominuojančios padėties egzistavimui, nėra pakankamai motyvuotas ir yra padaryta akivaizdžių vertinimo klaidų.
- 532 Be to, kalbant apie kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo rizikos vertinimą, pažymėtina, kad Komisija negalėjo remtis vien esama situacija, bet turėjo atlikti perspektyvinę analizę ir atsižvelgti į dėl nagrinėjamos koncentracijos atsirandančius pasikeitimus. Ginčijamo sprendimo 157 konstatuojamojoje dalyje, nors ji labai lakoniška, be to, šiuo atžvilgiu paminėta, kad derinimas tarp keturių likusių dalyvių taps lengvesnis. Tačiau ginčijamame sprendime nėra išnagrinėtas klausimas, ar koncentracija, visų pirma todėl, kad dėl jos sumažėja kontroliuotinių albumų skaičius, padarys rinką pakankamai skaidrią, jog leistų sukurti kolektyvinę dominuojančią padėtį. Be to, šiuo atžvilgiu reikia turėti omenyje, jog Komisija pranešime apie kaltinimus pripažino, kad:

„Siūloma koncentracija palengvintų kainų derinimo kontrolę, nes kiekviena didžioji bendrovė turėtų tik atsižvelgti į kitų trijų didžiųjų bendrovių elgesį kainų nustatymo srityje. Dėl to PPD būtų dar labiau sukoncentruotos tik į labai siaurą didžiausios dalies geriausiai parduodamų albumų referencinių kainų intervalą. Nuolaidų skaidrumas taip pat būtų padidintas, nes didžiosios bendrovės turėtų kontroliuoti tik kitas tris didžiausias bendroves, joms apsilankant parduotuvėse ir palaikant ryšius su mažmenininkais.“

533 Iš to išplaukia, kad su skaidrumu susijusios pastabos nepagrindžia analizės, pagal kurią nėra tikėtina, kad koncentracija sukurs kolektyvinę dominuojančią padėtį.

534 Kalbant apie atsakomąsias priemones, visų pirma reikia pažymėti, jog Komisijos tvirtinimas atsiliepime į ieškinį, kad ji neišreiškė savo pozicijos dėl įvairių galimų atsakomųjų mechanizmų pakankamumo ir jos vertinimas nebuvo susijęs su šiuo klausimu, neatitinka ginčijamo sprendimo, kaip yra aišku iš jo 157 konstatuojamosios dalies.

535 Taip pat reikia atmesti Komisijos ir į bylą įstojusių šalių argumentą, kad nebuvo būtina nagrinėti atsakomųjų priemonių klausimo, kai tik Komisija padarė išvadą neturinti įrodymų, kurie patvirtintų, jog kainų nustatymas būtų pakankamai skaidrus, kad leistų veiksmingą kontrolę, nes ginčijamas sprendimas yra aiškiai pagrįstas atsakomųjų priemonių nebuvimu ir Pirmosios instancijos teismas negali savo vertinimu pakeisti Komisijos vertinimo bei ištaisyti ginčijamą sprendimą. Bet kuriuo atveju tas argumentas negali būti tinkamas, nes buvo pripažinta, kad teiginys,

jog rinka nebuvo pakankamai skaidri ar kad *a fortiori* teiginys, jog ji netaptų pakankamai skaidri po koncentracijos, nėra pakankamai motyvuotas ir jame padaryta akivaizdi vertinimo klaida.

536 Toliau reikėtų pažymėti, kad ginčijamame sprendime Komisija paprasčiausia pasirėmė nagrinėjimu, atliktu dėl kolektyvinės dominuojančios padėties buvimo, ir tenurodė neradusi pakankamai įrodymų, jog koncentracija palengvintų „atsakomąsias priemones tiek, kad (turėjo) būti numatytas likusių keturių didžiųjų bendrovių kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimas“.

537 Tačiau atlikdama tokį nagrinėjimą Komisija, kaip yra aišku iš pirmojo ieškinio pagrindo, skyrė pagrindinį dėmesį ne patikrinimui, ar yra veiksmingi atgrasymo mechanizmai, bet įrodymų, kad praeityje buvo naudojamos atsakomosios priemonės, paieškai. Toks požiūris bet kuriuo atveju reiškia neteisingą šio sprendimo 45 punkte minėtame sprendime *Airtours prieš Komisiją* nustatytos sąlygos, susijusios su kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo nustatymo nagrinėjimu, aiškinimą, nes toks nagrinėjimas turi būti pagrįstas perspektyvine analize. Yra aišku, kad tokiomis aplinkybėmis įrodymų, jog praeityje buvo naudojamos atsakomosios priemonės, paieška negali būti laikoma pagrįstu kriterijumi, nes ta sąlyga visiškai gali būti įvykdyta ir praeityje nepanaudojus jokių atsakomųjų priemonių. Kadangi kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimo rizikos vertinimas iš esmės nėra pagrįstas ankstesnės bendros politikos egzistavimu, su atsakomųjų priemonių nepanaudojimu praeityje susijęs kriterijus neturi jokios reikšmės. Todėl ginčijamame sprendime šiuo klausimu padaryta klaida.

538 Be to, iš ginčijamo sprendimo ir bylos medžiagos yra aišku, kad tokios įtikinamos ir veiksmingos atgrasymo priemonės, atrodo, iš tiesų yra šioje byloje, ir visų pirma

galimybė pritaikyti sankciją nuo taisyklių nukrypstančiai didžiajai bendrovei, pašalinant ją iš rinkinių. Be to, pranešime apie kaltinimus Komisija aiškiai nustatė, kad tokia atgrasymo priemonė buvo veiksminga ir ginčijamame sprendime nepaaiškinama, kodėl galiausiai ji nebūtų veiksminga. Visiškai priešingai, ginčijamo sprendimo 115–118 konstatuojamosiose dalyse pateikta analizė patvirtina veiksmingą tokios atgrasymo priemonės pobūdį. Ginčijamo sprendimo 115 ir 116 konstatuojamosiose dalyse paaiškinusi kelių atlikėjų ar įrašų ženklų rinkinių, kurie sudaro apytikriai 15–20% visos muzikos įrašų rinkos, ekonominę svarbą ir pabrėžusi, kad tai, jog albume atsiranda ne tik vienai įrašų bendrovei priklausančių atlikėjų, yra pagrindinis rinkinio sėkmės veiksnys, Komisija ginčijamo sprendimo 117 konstatuojamojoje dalyje teigia, kad „jei viena didžioji bendrovė nuolat nukrypsta nuo taisyklių, kitos didžiosios bendrovės galėtų nepaklūstančiai bendrovei neleisti dalyvauti naujai kuriamose bendrosiose įmonėse, atsisakyti suteikti teisę naudoti jų dainas nuo taisyklių nukrypstančios bendrovės rinkiniuose arba netgi likviduoti kai kurias iš esamų bendrųjų įmonių“. Galiausiai ginčijamo sprendimo 118 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, jog Komisija vis dėlto nerado įrodymų, kad kitos didžiosios bendrovės anksčiau būtų buvusios pašalintos iš bendrųjų įmonių rinkinių srityje ar kad būtų grasinama tai padaryti, pažymėjusi, kad „šios priemonės apskritai galėjo reikšti įtikinamą didžiųjų bendrovių atsakomųjų veiksmų galimybę muzikos įrašų rinkose“.

539 Todėl nepadariusi klaidos Komisija negalėjo remtis tuo, kad nebuvo įrodymų, patvirtinančių, jog praeityje naudotos atsakomosios priemonės, kad padarytų išvadą, jog nebuvo tikėtina, kad dėl koncentracijos bus sukurta kolektyvinė dominuojanti padėtis.

540 Toliau reikėtų pažymėti, kad ginčijamame sprendime, kaip jau buvo nurodyta nagrinėjant pirmąjį ieškinio pagrindą, neminimas nė vienas atvejis, jog didžioji bendrovė būtų nukrypusi nuo bendro kainų nustatymo politikos ir dėl to jai nebūtų pritaikyta atsakomoji priemonė; ir Komisija, kai šiuo klausimu ją apklausė Pirmosios instancijos teismas, negalėjo nurodyti nė vieno tyrimo, kurį ji atliko, kad padarytų išvadą, jog nerado įrodymų, patvirtinančių atsakomųjų priemonių panaudojimą ar tokių priemonių panaudojimo grėsmę praeityje.

541 Iš to, kas nurodyta, daroma išvada, kad antrasis panaikinimo pagrindas taip pat yra pagrįstas.

IV — Bendra išvada

542 Iš viso to, kas nurodyta, daroma išvada, kad pirmasis ir antrasis teisiniai ieškinio pagrindai yra pagrįsti ir todėl ginčijamas sprendimas yra niekinis, pirma, dėl nepakankamo motyvavimo, antra, dėl akivaizdžios vertinimo klaidos tiek, kiek ginčijamo sprendimo pagrindą sudarantys elementai negali būti laikomi visais reikšmingais duomenimis, į kuriuos būtina atsižvelgti, ir jų nepakanka pagrįsti jais remiantis padarytų išvadų.

543 Iš to išplaukia, kad, nesant poreikio nagrinėti ieškinio pagrindo, susijusio su kolektyvinės dominuojančios padėties stiprinimu ar sukūrimu didmeninėje internetu transliuojamos muzikos licencijų rinkoje, ar ieškinio pagrindo, susijusio su atitinkamos koncentracijos šalių veiklos derinimu muzikos leidybos srityje, ginčijamą sprendimą reikia panaikinti.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

544 Pagal Procedūros reglamento 87 straipsnio 2 dalį pralaimėjusiai šaliai nurodoma padengti bylinėjimosi išlaidas, jeigu laimėjusi šalis to prašė. Tačiau pagal šio reglamento 87 straipsnio 3 dalį, jeigu kiekvienos šalies dalis reikalavimų patenkinama, o dalis atmetama, Pirmosios instancijos teismas gali paskirstyti išlaidas šalims arba nurodyti kiekvienai padengti savo išlaidas. Galiausiai pagal reglamento 87 straipsnio 4 dalį Pirmosios instancijos teismas gali nurodyti, kad įstojusį į bylą šalis turi pati padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

545 Šioje byloje ginčijamas sprendimas turi būti panaikintas, ir ieškovė prašė iš Komisijos priteisti bylinėjimosi išlaidas. Tačiau taip pat yra būtina atsižvelgti į toliau nurodytas aplinkybes.

546 Dėl ieškovės reikia pripažinti, kad nors ji primygtinai reikalavo, kad, nepaisant sudėtingumo, kurį teisingai pabrėžė Komisija, byla turėtų būti nagrinėjama pagal pagreintą procedūrą, ji nesiėlgė atitinkamai, nors savo sprendime, kuriuo patenkino prašymą taikyti pagreintą procedūrą, Pirmosios instancijos teismas aiškiai nurodė, kad sprendimas galėtų būti atšauktas atsižvelgus į bylos eigą. Nors Pirmosios instancijos teismas iš tiesų galėjo nebetaikyti pagreintos procedūros, buvo būtina atsižvelgti į objektyvią bylos skubą ir į visų šalių jau padarytas nemažas pastangas, ir dėl to ta galimybė laikui bėgant tapo vis mažiau tinkama. Tačiau ieškovės požiūris, kuris buvo sunkiai suderinamas su pagreintos procedūros esme, įvairiais procedūros etapais tik blogėjo.

547 Visų pirma ieškinio apimtis ir teisinių ieškinio pagrindų bei argumentų skaičius gerokai viršija rekomenduojamas pagreintos procedūros normas, o ieškovė nepateikė sutrumpintos savo ieškinio versijos ar neatsiėmė kai kurių ieškinio pagrindų.

548 Antra, nors Komisija, į bylą įstojusios šalys ir Pirmosios instancijos teismas susitarė dėl proceso organizavimo priemonės, kuri leistų susipažinti su tam tikrais dokumentais ar konfidencialiais dalykais, ir ją įgyvendino pasikeisdami įvairiais raštais ir surengus neoficialų Pirmosios instancijos teismo susitikimą, ieškovė reikalavo iš dalies pakeisti tą priemonę ir atsiėmė savo prašymą tik tada, kai kitos šalys pareiškė esminių prieštaravimų.

549 Trečia, paprašiusi ir gavusi teisę (o tai nėra įprasta pagreitintos procedūros atveju) pateikti pastabas dėl Komisijos atsiliepime į ieškinį pateiktų įrodymų, ieškovė neteisingai prieštaravo tam, kad Komisijai vadovaujantis rungtyniškumo principu būtų leista pateikti papildomas pastabas savo dublike.

550 Ketvirta, primygtinai reikalavusi skubiai surengti posėdį, ieškovė pareiškė, kad jai netinka nė viena iš Pirmosios instancijos teismo pasiūlytų datų ir taip nukėlė posėdį keliems mėnesiams į priekį.

551 Penkta, kai ieškovei išimties tvarka buvo suteiktas leidimas pateikti pastabas po posėdžio su sąlyga, kad jos bus griežtai apribotos Komisijos atsakymais į Pirmosios instancijos teismo klausimus raštu, ieškovė, kaip teisingai pažymėjo Komisija, pateikė daugiau kaip 50 puslapių (neįskaitant priedų) procesinį dokumentą, kuriame, *inter alia*, pateikė įvairių argumentų ir įrodymų, visiškai nesusijusių su tais klausimais, ir pateikė naujų argumentų bei įrodymų.

552 Be to, nors ieškovės reikalavimai dėl kolektyvinės dominuojančios padėties muzikos įrašų rinkoje buvo patenkinti, jos reikalavimas, kad nebūtų atsižvelgta į visus Komisijos atsiliepimo į ieškinį priede pateiktus įrodymus, buvo atmestas. Taip pat jos reikalavimai, susiję su *Sony* tariamai užimama dominuojančia padėtimi muzikos paskirstymo internetu rinkoje, yra visiškai nepagrįsti jau vien dėl to, kad ginčijamo

sprendimo priėmimo metu *SonyConnect* neturėjo rinkos dalies, o kiti dalyviai, visų pirma *Apple*, jau užėmė reikšmingą padėtį.

553 Kalbant apie Komisiją pažymėtina, jog Pirmosios instancijos teismas apgailestauja, kad daugeliu aspektų jos pastabos kartais netgi labai akivaizdžiai nukrypsta nuo ginčijamame sprendime atliktų analizių, todėl ieškovė ir Pirmosios instancijos teismas nuolat privalėjo atlikti neįprastus patikrinimus. Pavyzdžiui, tvirtinimai, kad dėl atsakomojo mechanizmo, kurį sudaro nuo bendros rinkinių politikos nukrypusio nario pašalinimas, taikymo galėjo reikėti paaukoti rinkinio teikiamą naudą, kad Komisija negalėjo padaryti išvados, jog tai buvo veiksmingas mechanizmas, ir nepareiškė savo pozicijos dėl atsakomųjų priemonių, akivaizdžiai neatitinka ginčijamo sprendimo 115–118 konstatuojamosiose dalyse padarytų išvadų, kuriose, atvirkščiai, pripažįstamas to atsakomojo mechanizmo veiksmingumas (be to, kaip jau buvo aiškiai nurodyta pranešimo apie kaltinimus 128–132 punktuose), tačiau tvirtinama, kad Komisija nerado tokio mechanizmo įgyvendinimo įrodymų. Taip pat Komisijos tvirtinimas, kad ginčijamo sprendimo 169 konstatuojamojoje dalyje ji padarė išvadą, jog internetu transliuojamos muzikos licencijų rinkos skaidrumas buvo ribotas dėl to, kad nebuvo bendrai žinomų licencijų bruto kainų, neatitinka taip pat ginčijamame sprendime esančio teiginio, „kad internetu transliuojamos muzikos licencijų rinka bet kuriuo atveju yra skaidresnė nei tradicinės muzikos įrašų rinkos“.

554 Atsižvelgęs į pateiktus svarstymus, Pirmosios instancijos teismas mano, kad bylos aplinkybės bus sąžiningai išnagrinėtos, jei, pirma, Komisijai bus nurodyta padengti savo bylinėjimosi išlaidas ir tris ketvirtadalius ieškovės patirtų bylinėjimosi išlaidų, ir, antra, kad į bylą įstojusios šalys padengs savo bylinėjimosi išlaidas pagal Procedūros reglamento 87 straipsnio 4 dalį.

Remdamasis šiais motyvais,

PIRMOSIOS INSTANCIJOS TEISMAS (trečioji kolegija)

nusprendžia:

- 1. Panaikinti 2004 m. liepos 19 d. Komisijos sprendimą C(2004) 2815, paskelbiantį koncentraciją suderinama su bendrąja rinka ir EEE susitarimo veikimu (byla Nr. COMP/M.3333 – Sony/BMG).**
- 2. Komisija padengia savo bylinėjimosi išlaidas ir tris ketvirtadalius ieškovės patirtų bylinėjimosi išlaidų.**
- 3. Ieškovė padengia vieną ketvirtadalį savo bylinėjimosi išlaidų.**
- 4. Į bylą įstojusios šalys padengia savo bylinėjimosi išlaidas.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Paskelbta 2006 m. liepos 13 d. viešame posėdyje Liuksemburge.

Kancleris

Pirmininkas

E. Coulon

M. Jaeger

Turinys

Faktinės bylos aplinkybės	II - 2300
Procesas ir šalių reikalavimai	II - 2303
Dėl teisės	II - 2307
I — Prie atsiliepimo į ieškinį pridėti įrodymai	II - 2308
A — Šalių argumentai	II - 2308
B — Pirmosios instancijos teismo vertinimas	II - 2309
II — Pirmasis ieškinio pagrindas: jau esamos kolektyvinės padėties muzikos įrašų rinkoje sustiprinimas	II - 2311
A — Ieškovės argumentai	II - 2312
1. Dėl pirmosios ieškinio pagrindo dalies	II - 2312
a) Dėl pareigos nurodyti motyvus pažeidimo	II - 2313
Produktų vienodumas	II - 2314
Skaidrumas	II - 2314
Atgrasymo priemonės	II - 2315
Suvaržymai	II - 2315
b) Dėl akivaizdžios vertinimo klaidos	II - 2316
Produktų vienodumas	II - 2316
Skaidrumas	II - 2317
— Bendri argumentai	II - 2317
— Bendros pastabos dėl naujų įrodymų	II - 2320
— Atskiras įvairių įrodymų ištyrimas	II - 2324
	II - 2487

	Atgrasymo priemonės	II - 2333
	Suvaržymai	II - 2333
	Realios bendros politikos analizės nebuvimas	II - 2334
	c) Neteisingas kolektyvinį dominavimą reglamentuojančios teisės taikymas	II - 2335
	2. Dėl antrosios dalies	II - 2336
B —	Komisijos argumentai	II - 2337
	1. Ginčijamas Komisijos sprendimas ir įrodymai, kuriais jis pagrįstas	II - 2337
	a) Aplinkybės	II - 2337
	b) Penkios didelės rinkos (Vokietija, Jungtinė Karalystė, Prancūzija, Italija ir Ispanija)	II - 2338
	Vidutinių neto kainų ir PPD derinimas	II - 2338
	Sudėtingumas ir PPD	II - 2339
	Nuolaidų derinimas ir sudėtingumas	II - 2341
	Nuolaidų skaidrumas	II - 2350
	Struktūriniai ryšiai	II - 2353
	Atsakomosios priemonės	II - 2354
	c) Kitos valstybės narės	II - 2355
	2. Neteisingas ginčijamo sprendimo aiškinimas ieškinyje	II - 2356
	3. Dėl pirmos dalies	II - 2357
	a) Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo	II - 2357
	Produkto vienodumas	II - 2359
	Skaidrumas	II - 2360
	Atgrasymo priemonės	II - 2361
	Suvaržymai	II - 2361

b)	Akivaizdi vertinimo klaida ir teisės klaida	II - 2362
	Produkto homogeniškumas	II - 2363
	Skaidrumas	II - 2363
	Atgrasymo priemonės ir suvaržymai	II - 2373
	Bendros politikos analizė	II - 2373
4.	Dėl antrosios dalies	II - 2375
C —	Į bylą įstojusių šalių argumentai	II - 2375
1.	Preliminarios pastabos	II - 2375
2.	Ieškovės argumentų nagrinėjimas	II - 2378
a)	Dėl reklaminių nuolaidų	II - 2378
b)	Derinimo nebuvimas	II - 2379
c)	Skaidrumo nebuvimas	II - 2380
3.	Įvairūs ginčijamame sprendime nepaminėti aspektai	II - 2380
D —	Pirmosios instancijos teismo vertinimas	II - 2381
1.	Bendri svarstymai	II - 2381
2.	Kolektyvinio dominavimo sąvoka	II - 2382
3.	Komisijos sprendimas	II - 2385
4.	Skaidrumas	II - 2392
a)	Kaltinimas nepakankamu motyvavimu	II - 2392
b)	Dėl kaltinimo, kad buvo padaryta akivaizdi vertinimo klaida ..	II - 2407
	Ginčijamame sprendime nustatyti skaidrumo veiksniai	II - 2411
	Elementai, dėl kurių rinka tampa neskaidri	II - 2418
	— Dėl reklaminių nuolaidų neskaidrumo	II - 2430
	— Dėl reklaminių nuolaidų reikšmės	II - 2444
c)	Išvada dėl skaidrumo	II - 2453
		II - 2489

5. Homogeniškumas	II - 2453
6. Atsakomosios priemonės	II - 2454
7. Išvada dėl pirmojo ieškinio pagrindo	II - 2458
III — Antrasis ieškinio pagrindas: kolektyvinės dominuojančios padėties sukūrimas muzikos įrašų rinkose	II - 2461
A — Ieškovės argumentai	II - 2461
1. Dėl teisės klaidos	II - 2461
a) Perspektyvinės analizės neatlikimas	II - 2462
b) Skaidrumas	II - 2463
c) Atgrasymo priemonės	II - 2463
d) Suvaržymai	II - 2464
2. Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo	II - 2464
3. Dėl akivaizdžios vertinimo klaidos	II - 2467
B — Komisijos argumentai	II - 2468
1. Dėl teisės klaidos	II - 2468
a) Perspektyvinės analizės neatlikimas	II - 2468
b) Skaidrumas	II - 2470
c) Atgrasymo priemonės ir suvaržymai	II - 2470
2. Dėl pareigos motyvuoti pažeidimo	II - 2471
3. Akivaizdi vertinimo klaida	II - 2473
C — Į bylą įstojusių šalių argumentai	II - 2474
D — Pirmosios instancijos teismo vertinimas	II - 2475
IV — Bendra išvada	II - 2482
Dėl bylinėjimosi išlaidų	II - 2482