

# Michał Będkowski-Kozioł

---

## Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 13.7.2006 r. w sprawie T-464

---

Kwartalnik Prawa Publicznego 6/4, 221-243

---

2006

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 13.7.2006 r.  
w sprawie T-464/04 *IMPALA v. Komisja*,  
O.J. 2006 Nr C 224 z 16.9.2006 r., s. 35 i n.<sup>1</sup>

#### Teza wyroku

Decyzja Komisji Europejskiej K(2004) 2815 z 19.7.2004 r. w sprawie uznania koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem i Traktatem EOG (sprawa COMP/M.3333 – Sony/BMG), zostaje uchylona.

#### Stan faktyczny

Podstawowym mechanizmem rządzącym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej jest mechanizm konkurencji, sterujący decyzjami wszystkich uczestników. Jego wagę podkreśla Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (dalej: TWE) umieszczając konkurencję pośród naczelných zasad, na jakich ma się opierać funkcjonowanie Wspólnoty jako organizmu gospodarczego<sup>2</sup>, oraz ustanawiając szereg instrumentów ochrony konkurencji przed godzącymi w nią działaniami, podejmowanymi zarówno przez przedsiębiorców, jak i państwa członkowskie. Należy do nich zakaz stosowania praktyk naruszających konkurencję, ustanowiony w art. 81 i 82 TWE,

---

<sup>1</sup> Pełny tekst orzeczenia wraz z uzasadnieniem dostępny jest na stronie internetowej – <http://curia.europa.eu>

<sup>2</sup> Patrz: Art. 3 ust. 1 lit. g, Art. 4 ust. 1 *in fine*, Art. 81-89 TWE.

zakaz udzielania antykonkurencyjnej pomocy publicznej na rzecz przedsiębiorców, ustanowiony w art. 87 TWE, oraz – uregulowana poza TWE – prewencyjna kontrola koncentracji przedsiębiorców. Regulacje dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców pojawiły się stosunkowo późno, i w wyczerpujący sposób zostały uregulowane dopiero w 1989 r. w rozporządzeniu Rady EWG Nr 4064/89<sup>3</sup>, zastąpionym obecnie przez przepisy rozporządzenia Rady WE Nr 139/2004<sup>4</sup>. Rozporządzenie 139/2004 obowiązuje wprawdzie od dnia 1.1.2004 r., jednakże – zgodnie z brzmieniem jego art. 26 ust. 2 – do koncentracji, które były przedmiotem umowy lub ogłoszenia przed dniem wejścia w życie nowego rozporządzenia, stosuje się nadal przepisy Rozporządzenia 4064/89, co też miało miejsce w omawianej sprawie.

Rozporządzenie 4064/89, podobnie jak obecnie rozporządzenie 139/2004, przewiduje, iż na przedsiębiorstwach mających zamiar dokonania działań określanych jako koncentracje (sprecyzowanych w art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia 4064/89) spoczywa obowiązek zgłoszenia tego faktu do Komisji Europejskiej i uzyskania jej zgody, o ile koncentracja ma „wymiar wspólnotowy”, określany w oparciu o obroty przedsiębiorstw w niej uczestniczących. Wypełniając obowiązek wynikający z przepisu art. 4 rozporządzenia 4064/2004, dnia 9.1.2004 r. przedsiębiorstwa Bertelsmann AG (dalej: Bertelsmann) oraz Sony Corporation of America (dalej: Sony) notyfikowały Komisji Europejskiej zamiar dokonania koncentracji, w postaci utworzenia trzech lub więcej wspólnych przedsiębiorstw (*joint ventures*)<sup>5</sup> działających pod firmą Sony BMG, które przejęłyby od spółek-matek ich działalność na globalnym rynku nagrań muzycznych (z wyjątkiem działalności spółki Sony na rynku japońskim). Bertelsmann AG jest międzynarodową spółką medialną, której działalność obejmuje nagrania i dystrybucję utworów muzycznych, radiofonie i telewizję, wydawnictwa książkowe i prasowe, usługi na rynku mediów, prowadzenie klubów książek i klubów muzycznych. Na rynku nagrań muzycznych Bertelsmann działa poprzez całkowicie od siebie zależną spółkę Bertelsmann Music Group (BMG). Sony jest spółką o zasięgu globalnym, działającą na rynku nagrań i dystrybucji utworów muzycznych, elektroniki przemysłowej i domowej oraz rozrywki. Na rynku nagrań muzycznych działa ona poprzez spółkę Sony Music Entertainment. Zgodnie z umową zawartą pomiędzy Bertelsmannem i Sony dnia 11.12.2003 r., przedmiotem działalności Sony BMG ma być poszukiwa-

---

<sup>3</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J. 1989 Nr L 395/1.

<sup>4</sup> Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J. 2004 Nr L 24/1.

nie i promowanie artystów (tzw. A&R – „*Artist and Repertoire*”), oraz działalność marketingowa i sprzedaż wyprodukowanych w ten sposób płyt CD i innych nagranych nośników dźwięku. Poza zakresem działalności Sony BMG ma natomiast pozostać działalność wydawnicza, produkcyjna i dystrybucyjna.

Dnia 20.1.2004 r. Komisja rozesłała do licznych przedsiębiorstw i organizacji działających na rynku nagrań muzycznych kwestionariusz, celem umożliwienia im wypowiedzenia się co do koncentracji planowanej przez spółki Sony i Bertelsmann. Jedną z tych organizacji była powódka w omawianej sprawie, międzynarodowe zrzeszenie producentów muzycznych Impala (*Independent Music Publishers and Labels Association, international association*), z siedzibą w Brukseli. W odpowiedzi na kwestionariusz nadesłany przez KE Impala zgłosiło szereg zastrzeżeń odnośnie ewentualnych skutków zamierzonej koncentracji i zasugerowało KE wydanie decyzji odmownej.

Dnia 12.2.2004 r. KE w drodze decyzji uznała, iż zgłoszona koncentracja wzbudza poważne wątpliwości co do zgodności ze wspólnym rynkiem i tym samym wszczęła zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. c rozporządzenia 4064/89 formalne postępowanie wyjaśniające, zaś 24.5.2004 r. stronom postępowania przesłała wykaz zastrzeżeń (*statement of objections*), w którym warunkowo stwierdziła, że zgłoszona koncentracja jest niezgodna ze wspólnym rynkiem, ponieważ będzie prowadziła do umocnienia kolektywnej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych i na hurtowym rynku licencji na utwory muzyczne rozprowadzane online, oraz doprowadzi do koordynacji zachowań spółek-matek w sposób niezgodny z art. 81 TWE. Po otrzymaniu odpowiedzi stron i przeprowadzeniu ustnego wysłuchania, Komisja Europejska wydała dnia 19.7.2004 r. decyzję, w której uznała koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem<sup>5</sup>.

Dnia 3.12.2004 r. zrzeszenie Impala wniosło przeciwko decyzji Komisji odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji.

### Stan prawny

Zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia 4064/89 za niezgodną ze wspólnym rynkiem uważa się koncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona. Mówiąc o pozycji dominującej art. 2 ust. 3 rozporządzenia 4064/89 nie ogranicza się jedynie do

<sup>5</sup> Por. Art. 3 ust. 1 i 2 Rozporządzenia 4064/89.

<sup>6</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z 20.7.2000 r., sprawa COMP/M.3333 Sony/BMG, C(2004)2815.

sytuacji powstania lub umocnienia pozycji dominującej jednego przedsiębiorstwa czy też grupy kapitałowej, lecz także, w nawiązaniu do regulacji zawartej w art. 82 TWE, obejmuje swą hipotezą sytuację powstania lub umocnienia tzw. kolektywnej pozycji dominującej. Tym samym prewencyjnej kontroli podlegają także takie koncentracje, w wyniku których powstaje niejako wspólna pozycja dominująca po stronie uczestniczących w nich przedsiębiorstw oraz nie uczestniczącego w nich przedsiębiorstwa trzeciego (przedsiębiorstw trzecich). Podobne potraktowanie przypadków występowania pozycji dominującej po stronie jednego przedsiębiorstwa, jak i po stronie kilku przedsiębiorstw jednocześnie, jest dopuszczalne, o ile przedsiębiorstwa te dysponują jako całość pewnym zakresem niepoddanej konkurencji swobody działania. Kolektywna pozycja dominująca może być przy tym, choć nie musi, wynikiem realizacji porozumienia ograniczającego konkurencję, art. 81 i 82 TWE stosuje się bowiem równolegle. Większe trudności nastrocza jednak sytuacja, gdy kolektywna pozycja dominująca jest wynikiem zachowania poszczególnych przedsiębiorstw na rynku, będącego wypadkową takiego a nie innego zdefiniowania ich własnych interesów w warunkach określonej struktury rynku. Sytuację taką odzwierciedla wypracowany na gruncie nauk ekonomicznych model współzależności na rynku oligopolistycznym, gdzie dwa lub niewiele więcej przedsiębiorstw oferuje homogeniczny produkt, a ceny oraz ewentualne ich wahania są przejrzyste i łatwe do przewidzenia<sup>7</sup>. W takich warunkach każde z przedsiębiorstw działających w ramach oligopolu może być zainteresowane w tym, aby w drodze nieuzgodnionego i wzajemnie nie skoordynowanego procesu dostosowywania cen i wielkości podaży, poszukiwać takiego ich poziomu, który będzie postrzegany jako optymalny przez wszystkich uczestników oligopolu, i który w dłuższej perspektywie pozostanie stabilny i trwały, zapewniając im korzyści, jakich nie osiągnięto by w warunkach konkurencji. Przy tym, bodziec do nie odstępowania od osiągniętego konsensusu cenowego wynika z przekonania, że w przypadku obniżenia cen przez jednego z uczestników oligopolu zostałyby one obniżone także przez pozostałych, w celu utrzymania niezmiennego udziału w rynku. Model ten jednakże sprawdziłby się o tyle, o ile wszelkie inne okoliczności pozostałyby niezmiennie, co w praktyce nie ma miejsca. Natomiast do czynników, których wystąpienie pozwala na powstanie, także w rzeczywistości, wolnej od konkurencji oligopolistycznej struktury na rynku należą m.in.: (1) okres czasu, jaki upływa do momen-

---

<sup>7</sup> Sytuację taką przeanalizował ponad 50 lat temu amerykański ekonomista William Feller – patrz: idem, *Competition among the few. Oligopoly and similar market structures*, New York 1949.

tu podjęcia przez rywali reakcji na działania konkurenta, (2) prawdopodobieństwo, że obniżka cen zostanie zauważona przez konkurentów i spotka się z ich strony z odpowiednią reakcją odwetową, (3) podobne obciążenie mocy wytwórczych i struktura kosztów u oligopolistów, (4) bariery wejścia na rynek i potencjalna konkurencja<sup>8</sup>. Przy tym najczęściej przedsiębiorstwa działające w warunkach opisanego rynku oligopolistycznego nie pozostawiają warunków konkurowania jedynie siłom rynku. Wręcz przeciwnie, niepewność odnośnie reakcji pozostałych przedsiębiorców działających w ramach oligopolu może zostać zniesiona lub złagodzona poprzez powiązania prawne lub gospodarcze, albo też poprzez stworzenie szczególnych systemów wymiany informacji, do których zalicza się m.in. tzw. systemy otwartych cen.

O ile w przypadkach naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję chodzi przede wszystkim o udowodnienie skoordynowania zachowań przedsiębiorców będących uczestnikami oligopolu (*tacit collusion*)<sup>9</sup>, o tyle w przypadku prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców centralne miejsce zajmuje problem umocnienia strukturalnych przeszkód rozwoju skutecznej konkurencji. Zauważyć jednak należy, że wzajemna współzależność przedsiębiorstw działających na rynku oligopolistycznym nie musi zawsze prowadzić do bezkonfliktowej (jawnej lub dorozumianej) współpracy w ramach dominującej struktury na rynku. Oligopol nie musi bowiem oznaczać braku konkurencji, a w ekstremalnych przypadkach może na takim rynku wystąpić wojna konkurencyjna, której celem jest eliminacja rywali z rynku. W sytuacjach płynnej i niestabilnej równowagi na rynku oligopolistycznym, wysokie ryzyko z tym związane może skłaniać oligopolistów do podejmowania działań koncentracyjnych.

Rozporządzenie 4064/89 nie odnosi się w żadnym ze swych postanowień bezpośrednio do konstrukcji kolektywnej pozycji dominującej, co w przeszłości skłaniało do tezy, że nie znajduje ono zastosowania do takich sytuacji, w których w wyniku koncentracji wprawdzie żadne przedsiębiorstwo nie uzyskuje indywidualnie pozycji dominującej, jednakże koncentracja prowadzi do powstania struktury oligopolistycznej, która rozpatrywana jako całość taką pozycję uzyskuje<sup>10</sup>. Koncepcja ta została jednakże odrzucona przez orzecznic-

---

<sup>8</sup> E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2004, §25, s. 632, Nb. 105.

<sup>9</sup> Por. wyrok SPI z 8.10.1996 r., połączone sprawy T-24/93 do T-26/93 i T-28/93 *Compagnie Maritime Belge Transports i in. v. Komisja* ECR [1996] II-1201, 1231.

<sup>10</sup> Tak twierdził rząd francuski – patrz: ETS, wyrok z 31.3.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 i C-30/95 *Francja i in. v. Komisja (Potas i Sól)* ECR [1998] I-1375, 1497, Nb. 152 i n.

two sądów wspólnotowych, których zdaniem, choć wykładnia rozporządzenia 4064/89 nie daje jednoznacznych odpowiedzi, należy wziąć pod uwagę cel regulacji, a mianowicie objęcie normami prawa antymonopolowego wszelkich koncentracji niezgodnych z systemem niezakłóconej konkurencji. Regulacja wspólnotowa obejmuje tym samym ograniczenia konkurencji w wyniku połączeń przedsiębiorców także wówczas, gdy skutki w postaci ograniczenia konkurencji są wynikiem nie skoordynowanych zachowań wielu przedsiębiorców. Jak to wyraził Europejski Trybunał Sprawiedliwości „w odniesieniu do podejrzenia wystąpienia kolektywnej pozycji dominującej Komisja winna w drodze dokładnej analizy przewidywanego rozwoju rynku relewantnego sprawdzić, czy rozpatrywana przez nią koncentracja prowadzić może do sytuacji, w której skuteczna konkurencja na rynku właściwym zostanie istotnie ograniczona przez łączące się przedsiębiorstwa oraz jedno lub więcej przedsiębiorstw trzecich, które w szczególności na skutek istniejących między nimi powiązań, razem posiadają siłę do podejmowania jednostronnych zachowań na rynku i działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów” [tłum. własne]<sup>11</sup>. Tym samym kontroli podlegają także takie koncentracje, które prowadzą do powstania lub umocnienia pozycji dominującej uczestniczących w niej przedsiębiorstw wraz z nieuczestniczącym w niej przedsiębiorstwem trzecim<sup>12</sup>.

Powyższe stwierdzenie nie rozwiązuje jeszcze wszelkich problemów, jakie powstają w związku z zastosowaniem konstrukcji kolektywnej pozycji dominującej do postępowań w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców. Ani bowiem Traktat Wspólnoty Europejskiej w art. 82, ani też Rozporządzenie 4064/89, nie ustanawiają kryteriów wyznaczenia pozycji dominującej w odniesieniu do kilku przedsiębiorstw jednocześnie. Zacytowane powyżej orzeczenie ETS w sprawie *Francja i in. v. Komisja (Potas i Sól)* nie wyjaśniło w dostateczny sposób, czy przesłanką występowania kolektywnej pozycji dominującej jest istnienie jakichś powiązań strukturalnych pomiędzy przedsiębiorcami, czy też wystarczającą przesłanką jest istnienie tzw. czynników sprzężenia zwrotnego. Odwołując się do orzeczenia ETS *Francja i in. v. Komisja (Potas i Sól)* Komisja Europejska przyjęła, że charakterystyczne dla oligopolistycznych współzależności czynniki sprzężenia zwrotnego pomiędzy jego uczest-

---

<sup>11</sup> ETS, wyrok z 31.3.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 i C-30/95 *Francja i in. v. Komisja (Potas i Sól)* ECR [1998] I-1375, 1519, Nb. 221.

<sup>12</sup> Tak: SPI, wyrok z 25.3.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja (Gencor)* ECR [1999] II-753, 799, Nb. 148-151.

nikami są same w sobie wystarczające dla przyjęcie istnienia kolektywnej pozycji dominującej<sup>13</sup>.

Zagadnienie to było następnie przedmiotem orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Gencor v. Komisja*<sup>14</sup>. SPI uznał, że powiązania strukturalne pomiędzy oligopolistami nie stanowią niezbędnej przesłanki kolektywnej pozycji dominującej. Jak stwierdził SPI „brak jest z prawnego lub ekonomicznego punktu widzenia powodu, dla którego w zakres pojęcia powiązań gospodarczych nie można by było włączyć także wzajemnych stosunków pomiędzy oligopolistami, w ramach których na rynku o szczególnych cechach, takich jak odpowiedni stopień koncentracji, przejrzystości i homogeniczności produktów, są oni w stanie przewidywać wzajemnie swoje zachowania, a tym samym pozostają pod silną presją dostosowywania swoich działań, w szczególności w tym celu, aby maksymalizować obopólny zysk poprzez ukierunkowane na podwyżkę cen ograniczanie produkcji i zbytu. W takiej sytuacji bowiem każdy uczestnik oligopolu zdaje sobie dobrze sprawę z tego, że jakiegokolwiek silnie prokonkurencyjne działanie ukierunkowane na zwiększenie własnego udziału w rynku (np. obniżenie cen), będzie skutkowało podobnym działaniem ze strony pozostałych oligopolistów, tak iż nie będzie on w stanie czerpać korzyści ze swego zachowania. W ostateczności bowiem wszyscy zdecydują się na obniżkę cen” [tłum. własne]<sup>15</sup>.

Próbie sformułowania kryteriów, na podstawie których należy ustalić możliwość powstania kolektywnej pozycji dominującej w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji, podjął Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu w sprawie *Airtours*<sup>16</sup>. Zdaniem SPI muszą zostać tutaj spełnione trzy kryteria.

Po pierwsze, uczestnicy oligopolu muszą mieć możliwość wzajemnego śledzenia swoich zachowań, aby móc stwierdzić, czy wszyscy postępują podobnie, czy też nie. W tym celu warunki panujące na rynku muszą być na tyle przejrzyste, aby uczestnicy oligopolu mogli z wystarczającą dokładnością i w odpowiednim czasie przewidzieć zachowania pozostałych uczestników oligopolu. Tym samym musi istnieć mechanizm wzajemnej kontroli uczestników oligopolu, którego przesłanką jest wystarczająca przejrzystość rynku.

Po drugie, dorozumiana współpraca uczestników oligopolu musi być względnie trwała, co oznacza, iż muszą istnieć bodźce zapobiegające wycofa-

<sup>13</sup> Por. Komisja Europejska, *28<sup>th</sup> Report on Competition Policy 1998*, SEK (1998) 743 final, s. 72 i n., Nb. 147.

<sup>14</sup> SPI, orzeczenie z 25.3.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komja* ECR [1999] II-753.

<sup>15</sup> Ibidem, Nb. 276.

<sup>16</sup> SPI, orzeczenie z 6.6.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc v. Komisja (Airtours)* ECR [2002] II-2585.



niu się któregoś z uczestników oligopolu z koordynowania zachowań na rynku z pozostałymi uczestnikami. Tym samym muszą istnieć mechanizmy sankcjonowania odstępstw, czyli środki odwetowe.

Po trzecie wreszcie, Komisja Europejska tylko wówczas może, zdaniem SPI, wystarczająco uzasadnić powstanie kolektywnej pozycji dominującej, gdy wykaże, że przewidywana reakcja rzeczywistych i potencjalnych konkurentów (spoza oligopolu), kontrahentów i konsumentów, nie zniweczy oczekiwanych efektów kolektywnego postępowania na rynku<sup>17</sup>.

### Zaskarżona decyzja Komisji Europejskiej

Komisja Europejska rozpatrując wniosek Sony i BMG w sprawie zamierzonej koncentracji w pierwszym rzędzie stanęła przed zadaniem zdefiniowania rynku relewantnego. Biorąc pod uwagę zakres działalności spółek-matek jak i planowany zakres działania mającej powstać ich wspólnej spółki-córki Komisja wyróżniła trzy rynki. Po pierwsze, rynek nagrań muzycznych (*market of recorded music*), który jej zdaniem mógłby zostać podzielony dalej na odrębne rynki, biorąc za kryterium podziału różne gatunki muzyczne oraz kompilacje utworów. Jednakże zdaniem stron koncentracji brak jest ogólnie przyjętych standardów podziału na gatunki muzyczne, a przy tym gusty klientów zmieniają się w czasie. Po drugie, rynek muzyki online, który dzieli się na rynek hurtowy – rynek licencji, oraz rynek detaliczny – rynek dystrybucji online utworów muzycznych. Po trzecie, rynek muzycznych praw wydawniczych, który zdaniem Komisji może zostać podzielony na rynek praw do mechanicznej reprodukcji, rynek praw do wykonań publicznych i publicznego nadawania utworów muzycznych (np. w radiu), rynek praw do wykorzystania utworów w produkcjach audiowizualnych (rynek praw synchronizacyjnych), rynek praw do publikacji tekstów i nut. Rynek muzycznych praw wydawniczych stanowi ogniwo poprzedzające rynki nagrań muzycznych i muzyki online. Działają na nim instytucje wspólnego zarządzania prawami autorskimi jak również wydawnictwa muzyczne, które zajmują się m.in. odkrywaniem autorów tekstów i kompozytorów, udzielaniem im wsparcia finansowego i artystycznego, prawną ochroną utworów muzycznych, komercyjnym wykorzystaniem utworów oraz zarządzaniem prawami autorskimi kompozytorów i autorów tekstów. Rynek ten odróżnia się od – wymienionego na początku – rynku nagrań muzycznych, który koncentruje się na odkrywaniu i wspieraniu wykonawców utworów muzycznych (piosenkarzy, muzyków), or-

<sup>17</sup> Ibidem, Nb. 62.

ganizacji sprzedaży, wprowadzaniu na rynek i dystrybucji zapisanych nośników dźwięku z utworami muzycznymi. Wbrew sugestiom Komisji Europejskiej, strony koncentracji stanęły na stanowisku, iż rynek muzycznych praw wydawniczych stanowi jeden rynek, bez względu na rodzaj praw będących przedmiotem obrotu. Analizując geograficzny wymiar rynku relewantnego Komisja Europejska, przychyłając się do stanowiska stron koncentracji, doszła do wniosku, iż rynki te są zorganizowane jako rynki narodowe<sup>18</sup>, z wyjątkiem rynku muzycznych praw wydawniczych, którego granice geograficzne pozostają otwarte.

Analizując przedstawione wyżej rynki Komisja Europejska stwierdziła, że w odniesieniu do sprzedaży nagranych nośników dźwięku, obie strony koncentracji wraz ze swoimi trzema największymi konkurentami (Universal Music, EMI i Warner) miały w latach 1999–2003 na rynkach państw EOG udział w rynku wynoszący 72%–93%, podczas gdy reszta udziału w rynku przypadła wielu małym przedsiębiorstwom. Ponadto w porównaniu do swoich małych konkurentów, te pięć największych przedsiębiorstw było aktywne na skalę globalną, posiadało liczne oddziały i filie, wykazywało pionową integrację, dużą siłę ekonomiczną, i posiadało znaczny portfel wykonawców i tytułów (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 13–15, Nb. 46–47). Analizując udział w rynku poszczególnych dużych koncernów Komisja stwierdziła, że największym graczem na rynku EOG jest Universal z udziałem 25%–30% w roku 2003 (15%–35% na rynkach poszczególnych państw). Sony BMG uzyskałoby w wyniku planowanego połączenia udział zbliżony do Universal. W latach 1999–2003 zmalał popyt na nagrane nośniki dźwięku, ale mimo to, ceny pozostały na jednakowym poziomie. Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy, były – zdaniem Komisji – zbyt wysokie ceny płyt CD (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 18, Nb. 58).

Na tym tle Komisja Europejska badała, czy między pięcioma dużymi koncernami doszło do koordynacji cen, oraz czy planowane połączenie doprowadzi do powstania lub umocnienia pozycji kolektywnej pozycji dominującej tych firm na rynku EOG.

Oceniając możliwość umocnienia kolektywnej pozycji dominującej w wyniku powołania do życia spółki *joint ventures* Sony BMG odwołała się do kryteriów wypracowanych przez Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu *Airtel*-

<sup>18</sup> Zdaniem stron, w szczególności rynek nagrań muzycznych ma wymiar krajowy, i wienien być rozpatrywany odrębnie według poszczególnych państw członkowskich, bowiem ustalanie cen odbywa się w oparciu o czynniki specyficzne dla danego kraju, a ponadto w każdym kraju występuje duży popyt na krajowych wykonawców – patrz: Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 4, Nb. 16.

urs (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 23, Nb. 68). Jako przedmiot badania posłużyły przy tym rynki poszczególnych państw EOG, podzielone na dwie grupy: rynki krajów dużych (Wlk. Brytania, Niemcy, Francja, Włochy, Hiszpania) oraz rynki krajów małych (pozostałe państwa należące do EOG).

Celem sprawdzenia, czy pomiędzy koncernami istniała zmowa w zakresie cen hurtowych a tym samym istniały przesłanki występowania kolektywnej pozycji dominującej, Komisja zbadała kształtowanie się średnich cen 100 najlepiej się sprzedających albumów w przedziałach kwartalnych, przy czym zakresem badania zostały objęte średnie ceny netto, publikowane listy cen dla handlowców (tzw. PPDs), różnice między cenami brutto i netto, upusty cenowe oraz rabaty. Komisja dopatrzyła się pewnych elementów sugerujących koordynację zachowań (m.in. ceny 100 najlepiej sprzedających się albumów były w znacznej mierze zbliżone i wyrównane), jednakże w jej opinii nie dawało to jeszcze wystarczającej podstawy do uznania, iż na rynku występuje kolektywna pozycja dominująca dużych koncernów muzycznych, czy też koordynacja cen pomiędzy nimi, już przed planowanym połączeniem Sony i BMG. Wniosek ten Komisja oparła na stwierdzeniu, iż koncerty gwarantowały odbiorcom różnego rodzaju upusty cenowe, a ponadto rabaty były zróżnicowane w zależności od rodzaju odbiorców. Zaznaczyć jednak należy, że brak przejrzystości cen, i tym samym niemożność monitorowania ich u konkurentów występowała przede wszystkim w odniesieniu do rabatów szczególnych, tzw. *campaign discounts*, a nie w odniesieniu do rabatów okresowych, tzw. *file discounts*, w tym bowiem zakresie koncerty miały o sobie wzajemnie wiedzę. Przejrzystość rynku redukowal zdaniem Komisji dodatkowo brak homogeniczności produktów (nagranych nośników dźwięku). Ponadto Komisja Europejska stwierdziła, że w trakcie postępowania nie znaleziono żadnego dowodu na to, iż największe koncerty kiedykolwiek stosowały mechanizmy odwetu wobec konkurentów odstępujących od wzajemnej koordynacji cenowej (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 37 i n., Nb. 67–154).

Powołując się na powyższe argumenty Komisja zaprzeczyła także, jakoby zamierzone utworzenie spółki *joint ventures* Sony BMG miało doprowadzić do powstania kolektywnej pozycji dominującej. Wprawdzie – jak zauważyła Komisja – utworzenie *joint ventures* przez Sony i BMG spowoduje redukcję liczby czynnych na rynkach EOG koncernów z 5 do 4 (z wyjątkiem Grecji), co wpłynie na zwiększenie przejrzystości rynku (bowiem stosunki bilateralne ulegną zmniejszeniu z 10 do 6) i ułatwi monitorowanie rynku. Zdaniem Komisji nie dawało to jednakże podstawy do twierdzenia, iż redukcja

liczby koncernów w takim stopniu poprawi przejrzystość rynku i możliwość stosowania środków odwetowych, iż spowoduje to powstanie kolektywnej pozycji dominującej czterech koncernów (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 48 i n., Nb. 155–158).

Na koniec Komisja nie stwierdziła jakichkolwiek zakłóceń funkcjonowania konkurencji także na rynku hurtowym i detalicznym muzyki online (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 50 i n., Nb. 165–170)<sup>19</sup>, oraz rynku muzycznych praw wydawniczych (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 53 i n., Nb. 176–182). Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji nie dotyczy jednakże tych rynków, bowiem decyzja Komisji została uchylona jedynie w oparciu o zarzut niedostatecznego jej uzasadnienia w odniesieniu do rynku nagrań muzycznych.

### Stanowisko skarżącego

W skardze wniesionej do Sądu Pierwszej Instancji zżalenie Impala podniosło pięć zarzutów w odniesieniu do Decyzji Komisji Europejskiej zezwalającej na utworzenie spółki *joint ventures* Sony BMG (Nb. 31 uzasadnienia orzeczenia). Po pierwsze, podniesiono, że Komisja Europejska odrzucając tezę o istnieniu kolektywnej pozycji dominującej na rynku nagrań muzycznych już przed zamierzoną koncentracją Sony BMG („*collective dominant position...existed before the proposed merger*”), a tym samym negując możliwość umocnienia tej pozycji („*that dominant position would be strengthened*”) w jej wyniku, naruszyła art. 253 TWE i dopuściła się rażącego błędu w ocenie i błędu w prawie. Po drugie, zarzucono Komisji, że odrzucając stanowisko, zgodnie z którym zamierzona koncentracja może doprowadzić do powstania kolektywnej pozycji dominującej („*would create a collective dominant position*”) na rynku nagrań muzycznych Komisja naruszyła art. 253 TWE i dopuściła się rażącego błędu w ocenie i błędu w prawie. Trzeci zarzut

---

<sup>19</sup> Komisja stwierdziwszy uprzednio, że udział dużych koncernów w rynku muzyki online jest wprawdzie porównywalny albo nawet większy, aniżeli na rynku nagrań muzycznych, a różnice cen są niewielkie, doszła ostatecznie jednak do wniosku, iż z uwagi na te różnice cen oraz wczesne stadium rozwoju rynku brak jest wystarczających dowodów na istnienie kolektywnej pozycji dominującej na tym rynku w poszczególnych państwach EOG (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 51, Nb. 167–168). Zdaniem Komisji redukcja liczby koncernów działających na krajowych rynkach z 5 do 4 w wyniku zamierzonego połączenia Sony i BMG również nie daje podstaw do twierdzenia, iż w wyniku tego połączenia powstanie kolektywna pozycja dominująca (Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie COMP/M.3333 – Sony/BMG, s. 52, Nb. 169).

dotyczy naruszenia art. 2 Rozporządzenia 4064/89 w ten sposób, iż Komisja nie uznała, że może dojść do powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej na globalnym rynku licencji na rozprowadzanie muzyki online. Po czwarte, Impala utrzymuje, że Komisja nie podzielając stanowiska, według którego Sony uzyska w wyniku zamierzonej koncentracji indywidualną pozycję dominującą na rynku dystrybucji muzyki online, naruszyła art. 253 TWE i dopuściła się rażącego błędu w ocenie. Po piąte wreszcie, zarzucono Komisji, że negując argument, zgodnie z którym zamierzona koncentracja spowoduje koordynację zachowań obu stron na rynku muzycznych praw wydawniczych, dopuściła się ona rażącego błędu w ocenie i naruszyła art. 81 TWE w związku z art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 4064/89. Sąd Pierwszej Instancji rozpatrując przedstawione zarzuty zajął się ostatecznie jedynie dwoma pierwszymi.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów, dotyczącego braku stwierdzenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej a tym samym jej umocnienia w wyniku zamierzonego połączenia, Impala argumentowało, że pięć wielkich koncernów muzycznych zostało opisanych w decyzji Komisji Europejskiej jako posiadających wszelkie cechy dominującej grupy, z uwagi na: wysoki udział w rynku i znaczną siłę ekonomiczną (Nb. 53 decyzji KE; Nb. 46 uzasadnienia orzeczenia SPI), utrzymujący się wysoki poziom cen (Nb. 56 decyzji KE; Nb. 46 uzasadnienia orzeczenia SPI), oligopolistyczną strukturę (Nb. 148 decyzji KE; Nb. 46 uzasadnienia orzeczenia SPI), co wskazuje na wysoki poziom współzależności. Ponadto, zdaniem skarżącego, KE uznała, iż rynek może być podatny na dorozumianą współpracę oligopolistów (*tacit collusion*), bowiem produkt na rynku nagrań muzycznych jest w zasadzie homogeniczny (Nb. 110 decyzji KE; Nb. 47 uzasadnienia orzeczenia SPI), a poziom cen sugeruje istnienie kolektywnej pozycji dominującej z uwagi na istniejące paralele pomiędzy cenami netto (Nb. 75, 82, 89, 96 i 103 decyzji KE; Nb. 48 uzasadnienia orzeczenia SPI). Impala stanęło na stanowisku, że powody przedstawione przez Komisję, oparte na argumentach heterogeniczności zawartości albumów muzycznych, braku dostatecznej przejrzystości cen w odniesieniu do rabatów typu *campaign discounts* i brak wskazówek co do stosowania w przeszłości środków odwetowych, nie uzasadniają zanegowania faktu istnienia kolektywnej pozycji dominującej a analiza Komisji jest dotknięta brakiem racjonalnego uzasadnienia, rażącym błędem w ocenie i tym samym błędem w prawie (Nb. 50 uzasadnienia orzeczenia SPI). W szczególności argument Komisji, jakoby *campaign discounts* miały przemawiać przeciwko przyjęciu wystarczającej do uznania istnienia kolektywnej pozycji dominującej przejrzystości rynku, umożliwiającej oligopolistom ich odpowiednie monitorowanie, został uznany

za niewystarczający (Nb. 53 uzasadnienia orzeczenia SPI). Wreszcie zarzucono Komisji, iż jej decyzja nie zawiera jakiegokolwiek analizy w przedmiocie siły rynkowej i zachowań tych uczestników rynku, którzy funkcjonują poza oligopolem. Tymczasem element ten winien być – w świetle orzeczenia *Airtours* – brany pod uwagę przy ocenie możliwości istnienia kolektywnej pozycji dominującej. Brak odniesienia się do tego zagadnienia, uznany został przez skarżącego za brak właściwego uzasadnienia.

Co do drugiego z zarzutów, dotyczącego odrzucenia przez KE możliwości powstania kolektywnej pozycji dominującej w wyniku zamierzonej koncentracji, Impała podniosło, że Komisja poświęciła temu zagadnieniu zaledwie jedną stronę swojej decyzji. Przy tym, stwierdziwszy, że na niektórych rynkach oligopolistycznych redukcja liczby uczestników może prowadzić do powstania kolektywnej pozycji dominującej, Komisja odrzuciła taką możliwość powołując się na argumenty przedstawione w jej uzasadnieniu do zagadnienia ewentualnego umocnienia tejże pozycji (Nb. 482 uzasadnienia orzeczenia SPI). Zdaniem skarżącego Komisja odnosząc się do zagadnienia powstania kolektywnej pozycji dominującej dopuścił się trzech błędów w prawie. Przede wszystkim KE nie przeprowadziła analizy przyszłego rozwoju rynku pod kątem możliwości powstania kolektywnej pozycji dominującej w wyniku dojścia do skutku zamierzonej fuzji. Przy tym test taki różni się od tego, którego celem jest zbadanie, czy na rynku już istnieje taka pozycja, i czy ulegnie ona wzmocnieniu w wyniku koncentracji. Wymaga on bowiem analizy *ex ante*, a nie *ex post*, i winien być przeprowadzony w odniesieniu do stopnia konkurencji istniejącej na rynku przed zamierzoną koncentracją. Z orzeczenia *Airtours* wynika przy tym, zdaniem Impała, że punktem odniesienia nie może być jedynie sytuacja na rynku istniejąca w momencie dojścia do skutku koncentracji, ale dynamicznie ujmowana perspektywa rozwoju sytuacji rynkowej, tymczasem zaś KE oparła swoje twierdzenia na ocenie dotychczasowej sytuacji na rynku, w więc ocenie *ex post* (Nb. 485 uzasadnienia orzeczenia SPI). Kolejny błąd Komisji polega – zdaniem Impała – na tym, że Komisja, oceniając zakres przejrzystości rynku dokonała całościowej analizy rynku nagrań muzycznych, podczas gdy w świetle orzeczenia *Airtours* wystarcza jedynie zbadanie, czy rynek jest na tyle przejrzysty, aby umożliwić koordynację zachowań (Nb. 487 uzasadnienia orzeczenia SPI). Ponadto KE nie dokonała oceny możliwości stosowania w przyszłości działań odwetowych wobec pozostałych członków oligopolu odstępujących od wspólnej koordynacji, odwołując się jedynie do tego, iż nie doszukała się dowodów na stosowanie takich działań w przeszłości. Wreszcie KE dopuściła się błędu w prawie całkowicie pomijając w swych analizach trzecie z kryteriów wypracowanych na gruncie

orzeczenia *Airtours*, mianowicie, analizę tego, czy i na ile konkurenci spoza oligopolu oraz konsumenci są w stanie zniweczyć efekty wspólnej polityki rynkowej dominującej grupy oligopolistycznej (Nb. 490 uzasadnienia orzeczenia SPI).

### Uzasadnienie Sądu Pierwszej Instancji

Przedstawiona przez Komisję Europejską analiza rynku nagrań muzycznych oraz jej interpretacja, spotkały się z krytyką ze strony Sądu Pierwszej Instancji z uwagi na – jego zdaniem – niedostateczne uzasadnienie i wadliwą ocenę faktów. Tym samym Sąd przychylił się do argumentów skarżącego. Krytyce poddano przy tym zarówno dokonaną przez Komisję ocenę umocnienia kolektywnej pozycji dominującej pięciu koncernów, jak i zaprezentowane przez nią zaprzeczenie możliwości powstania takiej pozycji w wyniku zamierzonego połączenia. Biorąc pod uwagę przedstawione już powyżej kryteria wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie sądów wspólnotowych SPI uznał, że Komisja Europejska nie wykazała w wystarczający sposób braku występowania w omawianym stanie faktycznym pierwszej z przesłanek powstania kolektywnej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, mianowicie odpowiedniej przejrzystości rynku. Komisja powołała się tutaj jedynie na *campaign discounts*, których jednakże bliżej nie przeanalizowała, z drugiej zaś strony, przytoczyła szereg innych okoliczności, które zdaniem Sądu raczej potwierdzają istnienie odpowiedniej przejrzystości rynku, aniżeli jej przeczą (Nb. 289 uzasadnienia orzeczenia SPI).

Wykazane przez Komisję Europejską różnice 2–5% wcale nie oznaczają, iż ceny nie są ze sobą skorelowane i zbliżone, a tym samym, że rynek jest nieprzejrzysty (Nb. 307 uzasadnienia orzeczenia). Zresztą zapytani przez Komisję odbiorcy potwierdzili, iż duże koncerny miały informacje na temat upustów i cenników swoich konkurentów (Nb. 312–313 uzasadnienia orzeczenia). Komisja – zdaniem SPI – nie wykazała też w wystarczający sposób, iż odgrywające drugorzędną rolę upusty typu *campaign discounts* są na tyle nieprzewidywalne, że znoszą pozostałe przesłanki przemawiające raczej za przejrzystością rynku (Nb. 315–320 uzasadnienia orzeczenia SPI). Dodatkowo SPI wskazał, że Komisja Europejska nie tylko w niewystarczający sposób uzasadniła swoją tezę o niedostatecznej przejrzystości rynku, lecz również dokonała błędnej oceny innych okoliczności mających znaczenie w rozpatrywanej sprawie. Już samo stwierdzenie przez Komisję występowania trzech czynników, takich jak: (1) publiczna dostępność cenników dla handlowców, (2) ograniczona liczba cen referencyjnych, (3) i ograniczona liczba albumów muzycz-

nych podlegających monitorowaniu przez pozostałych uczestników oligopolu (z uwagi na wysoką wartość wyłącznie tzw. albumów topowych – przyp. M. B.-K.), skłania – zdaniem SPI – do wniosku, iż na rynku występuje duża przejrzystość cen (Nb. 347 uzasadnienia orzeczenia SPI). Oprócz tego, jak podniósł SPI, w zaskarżonej decyzji Komisji można doszukać się jeszcze innych stwierdzeń przemawiających za przejrzystością cen, takich jak cotygodniowa publikacja list przebojów wraz z informacją o poziomie sprzedaży na poziomie poszczególnych tytułów, regularne kontakty i współpraca pomiędzy detalistami a wszystkimi wielkimi koncernami, czy wreszcie monitorowanie cen detalicznych przez te koncerny (Nb. 347–362 uzasadnienia orzeczenia SPI). Jako argument przemawiający przeciwko istnieniu przejrzystości rynku Komisja Europejska przytoczyła jedynie upusty cenowe a brak przejrzystości cen odniosła jedynie do *campaign discounts* (Nb. 369, 371, 373 uzasadnienia orzeczenia SPI). Jednakże zdaniem SPI, wnioski do jakich doszła Komisja, tzn. twierdzenie, że *campaign discounts* uczyniły nieprzejrzystym mechanizm kształtowania cen – stoi w oczywistej sprzeczności z nadesłanymi Komisji odpowiedziami ze strony ankietowanych przez nią sprzedawców detalicznych oraz z innymi wynikami prowadzonego przez nią dochodzenia (Nb. 374–390 uzasadnienia orzeczenia SPI). Wreszcie, zdaniem SPI, Komisja nie wykazała w wystarczający sposób w oparciu o własne wywody, na czym miałyby polegać nieprzejrzystość cen w ramach *campaign discounts*, ani jakie jest ich rzeczywiste znaczenie ekonomiczne (Nb. 397–398, 400–436, 437–458 uzasadnienia orzeczenia SPI). Na koniec swojej krytyki decyzji Komisji SPI stwierdził, że Komisja nie zastosowała w sposób prawidłowy drugiej istotnej przesłanki powstania pozycji dominującej w świetle orzeczenia *Aitours*<sup>20</sup>, mianowicie istnienia skutecznych mechanizmów sankcjonowania zachowań będących odstępstwem od wspólnie realizowanej polityki uczestników oligopolu (mechanizmów odwetu). Czynnikiem ten, w sytuacji poszukiwania dowodów na umocnienie pozycji dominującej, można sprawdzić badając, czy w przeszłości miały miejsce przypadki odstąpienia przez któregośkolwiek z uczestników oligopolu od mechanizmu koordynacji cen, które spotkały się z sankcjami o charakterze odwetowym ze strony pozostałych oligopolistów. W tym zakresie jednak Komisja zaniechała szczegółowego śledztwa (Nb. 463–474 uzasadnienia orzeczenia SPI). Natomiast w przypadku poszukiwania dowodów na powstanie kolektywnej pozycji dominującej nie ma znaczenia fakt, że w przeszłości nie miały miejsca przypadki stosowania mechanizmów odstraszają-

---

<sup>20</sup> SPI, orzeczenie z 6.6.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc v. Komisja (Airtours)* ECR [2002] II-2585 – patrz wyżej.



cych. Wręcz przeciwnie, może to dodatkowo podkreślać efektywność i skuteczność takiego mechanizmu (Nb. 521–541 uzasadnienia orzeczenia SPI).

Obok krytyki decyzji Komisji Europejskiej SPI przedstawił w omawianym orzeczeniu nową koncepcję testu udowadniającego istnienie już na rynku kolektywnej pozycji dominującej, który mógłby znaleźć zastosowanie do przypadków jej umocnienia w wyniku koncentracji. SPI dokonał bowiem rozróżnienia pomiędzy powstaniem a umocnieniem kolektywnej pozycji dominującej. Dotychczasowe orzecznictwo w sprawach kontroli połączeń koncentrowało się na sytuacji „powstania” takiej pozycji w wyniku połączenia, jednakże – zdaniem SPI – KE powinna prowadzić dowód w zakresie kolektywnej pozycji dominującej w zróżnicowany sposób, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z „powstaniem”, czy też z „umocnieniem” już istniejącej kolektywnej pozycji dominującej. W pierwszym przypadku KE musi się oprzeć na prognozie rozwoju sytuacji na rynku, podczas gdy w drugim przypadku może się ona oprzeć na istniejących uwarunkowaniach rynkowych, które dowodzą istnienia kolektywnej pozycji dominującej (Nb. 249–250 uzasadnienia orzeczenia SPI). Inaczej aniżeli w przypadku powstania kolektywnej pozycji dominującej Komisja może – według SPI – oprzeć dowód na umocnienie kolektywnej pozycji dominującej w sposób pośredni, na podstawie szeregu faktycznie występujących uwarunkowań (czynników) na rynku. Zdaniem SPI należą tu: (1) ścisła konwergencja cen w dłuższym przedziale czasowym, (2) w szczególności, gdy ceny – z punktu widzenia skutecznej konkurencji – postrzegane są jako wygórowane, (3) istnienie innych typowych cech kolektywnej pozycji dominującej, (4) przy założeniu, że ścisła konwergencja cen nie daje się uzasadnić innymi czynnikami (Nb. 252 uzasadnienia orzeczenia SPI). W takich okolicznościach można wyjść z założenia o istnieniu kolektywnej pozycji dominującej, i to nawet wówczas, gdy brak jest bezpośredniego, pewnego dowodu na istnienie przejrzystości rynku (Nb. 251–252 uzasadnienia orzeczenia SPI). Konkretyzując swe wywody SPI wyjaśnił, że następujące czynniki mogą w omawianym przypadku uzasadnić założenie („*might suggest or constitute an indication*”), że ścisła konwergencja cen nośników dźwięku – pomimo wszystkich różnic pomiędzy poszczególnymi produktami – nie jest wynikiem wolnej konkurencji i, że analizowany rynek jest rynkiem przejrzystym, na którym możliwa jest milcząca koordynacja cen: (1) ścisła konwergencja cen przez okres sześciu lat (i to zarówno cen netto jak i cen brutto), (2) stabilny poziom cen, (3) wysoki poziom cen, pomimo spadku popytu, (4) inne czynniki, jak choćby stabilna siła rynkowa oligopolistów (Nb. 253 uzasadnienia orzeczenia SPI). Wyznaczone w ten sposób kryteria stwierdzenia umocnienia kolektywnej pozycji dominującej, mogą – zdaniem SPI – za-

stąpić trzy kryteria z orzeczenia *Airtours*, które zresztą odnoszą się bezpośrednio tylko do sytuacji powstania, a nie umocnienia, kolektywnej pozycji dominującej (Nb. 251–252 uzasadnienia orzeczenia SPI).

### Komentarz

Prezentowane orzeczenie jest interesujące z kilku przyczyn. Po pierwsze, pojawia się pytanie czy i na ile orzeczenie to wnosi coś nowego, biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo odwołujące się do koncepcji kolektywnej pozycji dominującej w postępowaniach w sprawie koncentracji. Po drugie, pojawia się pytanie, czy i na ile orzeczenie to pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Po trzecie zaś, pojawia się pytanie, jakie znaczenie posiada to orzeczenie w praktyce na gruncie nowego stanu prawnego, obowiązującego od momentu wejścia w życie Rozporządzenia 139/2004.

Próbując odpowiedzieć na pierwsze z postawionych pytań należy przede wszystkim dokonać porównania kryteriów wypracowanych na gruncie tego orzeczenia, z kryteriami zawartymi w orzeczeniu *Airtours*. Różnice są dość wyraźne. Odwołując się do kryteriów z orzeczenia *Airtours* SPI słusznie dokonał w orzeczeniu *Impala* rozgraniczenia pomiędzy sytuację powstania, a umocnienia kolektywnej pozycji dominującej. Dotychczasowe orzecznictwo skupiało się na określeniu kryteriów kontroli w zakresie stwierdzenia powstania tej pozycji, nie odnosiło się natomiast do sytuacji jej umocnienia. Tymczasem w prezentowanym orzeczeniu *Impala* SPI ułatwił Komisji Europejskiej przeprowadzenie dowodu na umocnienia kolektywnej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, stwierdzając, że może się ona w przyszłości odwołać w pierwszym rzędzie do czynnika ścisłej i trwałej konwergencji cen, jako wskazówki istnienia kolektywnej pozycji dominującej już przed zamierzoną koncentracją, a występowanie kryteriów wypracowanych w orzeczeniu *Airtours* udowadniać jedynie pośrednio i uzupełniająco. Można przy tym założyć, że domniemanie istnienia kolektywnej pozycji dominującej będzie tym silniejsze, im bardziej KE będzie w stanie wykazać występowanie pozostałych – obok ścisłej i trwałej konwergencji cen – typowych cech tejże pozycji. Do tych pozostałych cech mogą być w świetle orzeczenia *Impala* zaliczone wysokie i stabilne udziały w rynku<sup>21</sup>. Z dotychczasowego orzecznictwa w spra-

---

<sup>21</sup> W omawianym orzeczeniu udział pięciu największych koncernów muzycznych w rynku relevantnym wynosił od 70%–90%; dla porównania ETS w orzeczeniu *Potas i Sól* uznał, iż udział oligopolu w rynku wysokości 60% nie stanowi sam w sobie jeszcze wystarczającej pod-

wach kontroli koncentracji dotyczącego powstania kolektywnej pozycji dominującej można wywieść także inne dodatkowe cechy, przemawiające na rzecz domniemania kolektywnej pozycji dominującej, jak np.: ograniczony wzrost popytu<sup>22</sup>, ograniczona płynność popytu<sup>23</sup>, zbliżona struktura kosztów u oligopolistów<sup>24</sup>, ograniczony postęp techniczny<sup>25</sup>, trudności w rozbudowie zdolności produkcyjnych<sup>26</sup>. Ciężar dowodu na brak istnienia kolektywnej pozycji dominującej spoczywa w pierwszym rzędzie na uczestnikach planowanego połączenia. Muszą oni obalić domniemanie kolektywnej pozycji dominującej, w szczególności wykazać, że ścisła konwergencja cen daje się wyjaśnić innymi czynnikami, aniżeli te, które uprawdopodobniają występowanie kolektywnej pozycji dominującej. Będzie to obecnie – po wydaniu orzeczenia w sprawie *Impala* – o tyle trudniejsze, o ile poziom cen na rynku właściwym będzie się wydawał zawyżony. Ten nowy rozkład ciężaru dowodu winien KE w istotny sposób ułatwić uzasadnienie decyzji odmownych opartych na zarzucie umocnienia kolektywnej pozycji dominującej w wyniku zamierzonej koncentracji.

W tym miejscu jednakże dochodzimy do drugiego pytania, a mianowicie, czy nowe podejście SPI do oceny umocnienia kolektywnej pozycji dominującej jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem ETS. Trybunał, analizując przypadek kolektywnej pozycji dominującej na gruncie art. 82 TWE w orzeczeniu *Comapgnie Maritime Belge Transports* z 2000 roku, stanął na stanowisku, że charakteryzują go dwie okoliczności. Po pierwsze brak konkurencji „z zewnątrz”, a po drugie brak konkurencji „wewnątrz”, co znalazło wyraz w terminologicznym rozróżnieniu „pozycji dominującej” i „kolektywnej jedności”<sup>27</sup>.

---

stawy dla przyjęcia, iż na rynku tym występuje kolektywna pozycja dominująca – ETS, wyrok z 31.3.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 i C-30/95 *Francia i in. v. Komisja* ECR [1998] I-1375, 1497, Nb. 226; natomiast SPI w orzeczeniu *Gencor* stwierdził, że udział oligopolu w rynku w wysokości 60%–80% uzasadnia domniemanie występowania kolektywnej pozycji dominującej – SPI, wyrok z 25.3.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja (Gencor)* ECR [1999] II-753, Nb. 199-208.

<sup>22</sup> SPI, orzeczenie z 6.6.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc v. Komisja (Airtours)* ECR [2002] II-2585, Nb. 123-133; SPI, wyrok z 25.3.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja (Gencor)* ECR [1999] II-753, Nb. 237.

<sup>23</sup> SPI, orzeczenie z 6.6.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc v. Komisja (Airtours)* ECR [2002] II-2585, Nb. 134-147.

<sup>24</sup> SPI, wyrok z 25.3.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja (Gencor)* ECR [1999] II-753, Nb. 218-222.

<sup>25</sup> *Ibidem*, Nb. 285-288.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Nb. 205, 212.

<sup>27</sup> Patrz: ETS, wyrok z 16.3.2000 r., połączone sprawy C-395/96 i C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports v. Komisja* ECR [2000] I-1365, Nb. 39.

Przenosząc te rozważania na grunt orzeczenia SPI w sprawie *Airtours* można powiedzieć, że dwa pierwsze kryteria kolektywnej pozycji dominującej z tego orzeczenia odnoszą się do braku konkurencji „wewnątrz” oligopolu, podczas, gdy kryterium trzecie odnosi się do braku konkurencji „zewnętrznej”. Tymczasem w omawianym orzeczeniu *Impala* SPI zaciera ten podział i redukuje wymagania w zakresie ciężaru dowodu. Przypisując kryterium ścisłej i trwałej konwergencji cen rolę podstawowego kryterium istnienia kolektywnej pozycji dominującej, SPI czyni z niego wskazówkę zarówno na brak konkurencji zewnętrznej jak i brak konkurencji wewnętrznej. Takie rozumowanie jest trudne do pogodzenia z przedstawionym powyżej orzeczeniem ETS. Test na udowodnienie występowania kolektywnej pozycji dominującej ma znaczenie nie tylko na gruncie przepisów antykoncentracyjnych, ale także na gruncie art. 82 TWE. Tymczasem na gruncie tego ostatniego przepisu ETS w orzeczeniu *Compagnie Maritime Belge Transports* wyraźnie podkreśla konieczność odrębnego badania przesłanek kolektywnej jedności (braku konkurencji wewnętrznej) i pozycji dominującej (braku konkurencji zewnętrznej)<sup>28</sup>. Wykazanie ścisłej i trwałej konwergencji cen, uzupełnionej o inne typowe cechy kolektywnej pozycji dominującej, nie odpowiada wymogom ETS w zakresie wykazania braku konkurencji wewnętrznej, jest ona bowiem czymś mniej aniżeli skoordynowanym zachowaniem, o ile brakuje elementu kooperacji czy komu-

---

<sup>28</sup> ETS w orzeczeniu w sprawie *Compagnie Maritime Belge Transports* posunął się nawet dalej, stwierdził bowiem, że „badając (brak konkurencji wewnętrznej – przyp. M.B.-K.) należy w szczególności sprawdzić, czy pomiędzy badanymi przedsiębiorstwami istnieją powiązania ekonomiczne, które umożliwiają im działać wspólnie i niezależnie od ich konkurentów, kontrahentów i konsumentów [...] [it must be ascertained whether economic links exist between the undertakings concerned which enable them to act together independently of their competitors, their customers and consumers [...]]. Sam fakt, iż dwa lub więcej przedsiębiorstw poprzez porozumienie, uchwałę organu związku przedsiębiorców albo inne uzgodnione zachowanie w rozumieniu art. 85 ust. 1 TWE (obecnie art. 81 ust. 1 TWE – przyp. M. B.-K.) są wzajemnie powiązane, nie może samo w sobie stanowić wystarczającej podstawy do takiego stwierdzenia [The mere fact that two or more undertakings are linked by an agreement, a decision of associations of undertakings or a concerted practice within the meaning of Article 85(1) of the Treaty does not, of itself, constitute a sufficient basis for such a finding]. Natomiast wykonanie takiego porozumienia, decyzji czy uzgodnionej praktyki [...] może prowadzić bezsprzecznie do tego, że analizowane przedsiębiorstwa są w odniesieniu do ich zachowania na rynku właściwym na tyle powiązane, że na rynku tym występują wobec konkurentów, kontrahentów i konsumentów jako kolektywna jedność [On the other hand, an agreement, decision or concerted practice [...] may undoubtedly, where it is implemented, result in the undertakings concerned being so linked as to their conduct on a particular market that they present themselves on that market as a collective entity vis-a-vis their competitors, their trading partners and consumers]” – ETS, wyrok z 16.3.2000 r., połączone sprawy C-395/96 i C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports* v. Komisja ECR [2000] I-1365, Nb. 39-40 i 42-44.

nikacji pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorstwami. Traktując wywody SPI w orzeczeniu *Impala* jako nową regułę w zakresie rozłożenia ciężaru dowodu należy uznać, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, KE winna odmówić zgody na dokonanie koncentracji, i to nawet wtedy, gdy nie wykaże ona wyczerpująco wszystkich przesłanek braku konkurencji wewnętrznej i zewnętrznej. Reguła taka budzi poważne wątpliwości zarówno z uwagi na ochronę praw uczestników postępowania, jak i z uwagi na – jak się wydaje – zbyt daleko idące ograniczenie swobody decyzyjnej po stronie KE.

Choć analizowane orzeczenie jest interesujące z teoretycznego punktu widzenia, jego praktyczne znaczenie prawdopodobnie nie będzie wielkie. Wejście w życie nowego Rozporządzenia 139/2004, regulującego postępowanie w sprawie kontroli połączeń, jak i wydane w oparciu o nie „Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw”<sup>29</sup> wprowadzają w tym zakresie nowe testy dominacji rynkowej. Art. 2 ust. 2 projektu nowego rozporządzenia w sprawie kontroli połączeń<sup>30</sup> w wersji zaproponowanej przez Komisję Europejską stwierdzał, iż „...zakłada się występowanie pozycji dominującej jednego lub więcej przedsiębiorstw, jeżeli przedsiębiorstwa te koordynując lub nie koordynując swych zachowań, dysponują siłą rynkową pozwalającą im na wyraźne i trwałe wywieranie wpływu na warunki konkurencji, w szczególności na ceny oraz rodzaj, wielkość i jakość produkcji, zbyt lub innowacyjność, albo na znaczące ograniczenie konkurencji”. W punkcie 21 uzasadnienia projektu Rozporządzenia 139/2004<sup>31</sup> stwierdzono, że także na rynkach oligopolistycznych w pewnych okolicznościach zniesienie presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, jak i redukcja presji konkurencyjnej w stosunku do pozostałych konkurentów, mogą szkodzić konkurencji, o ile inni konkurenci, kontrahenci i konsumenci nie będą w stanie temu przeciwdziałać. Jako dodatkowe kryteria oceny skutków koncentracji na rynku oligopolistycznym wymieniono szczególne cechy rynku relewantnego, wielkość ograniczeń produkcji, stopień zróżnicowania produktów oraz funkcje spełnianie przez procedury przetargowe. Zawarte w projekcie rozróżnienie na pozycję dominującą jednego lub więcej przedsiębiorstw „z” lub „bez” koordynacji zachowań, nie znalazło ostatecznie odzwierciedlenia w treści art. 2 ust. 3 Rozporządzenia 139/2004. Komisja

<sup>29</sup> Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J. 2004 Nr C 31/3 z 5.2.2004 r.

<sup>30</sup> Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings („The EC Merger Regulation”) COM(2002) 711 final; O.J. 2003 Nr C 20/4 z 28.1.2003 r.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 22.

Europejska posłużyła się jednakże ponownie tym rozróżnieniem we wspomnianych „Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw”. Są one o tyle interesujące w świetle prezentowanego orzeczenia SPI, iż zostały opublikowane ponad dwa lata przed jego wydaniem.

W „Wytycznych” KE dokonuje rozróżnienia na tzw. efekty nieskoordynowane (inaczej efekty jednostronne, ang. *unilateral effects*) oraz efekty skoordynowane (ang. *coordinated effects*).

Efekty nieskoordynowane dotyczą w pierwszym rzędzie wyłączenia konkurencji pomiędzy uczestnikami połączenia<sup>32</sup>. Koncepcja ta została odniesiona do połączeń na rynkach oligopolistycznych<sup>33</sup>. Z tego punktu widzenia istotny jest nie tyle stosunek „wewnętrzny” pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami, co raczej wpływ połączenia na intensywność konkurencji w stosunku do przedsiębiorstw nieuczestniczących w koncentracji. Połączenia na rynkach oligopolistycznych powodujące wyeliminowanie istotnych ograniczeń w podejmowaniu takich czy innych zachowań, jakie poprzednio nakładały na siebie łączące się strony na skutek działania mechanizmu konkurencji, oraz obniżenie presji konkurencyjnej na pozostałych uczestników oligopolu, mogą – jeżeli nawet istnieje niewielkie prawdopodobieństwo koordynacji zachowań między oligopolistami – stworzyć istotną przeszkodę dla konkurencji. Wystąpienie tych efektów, które jest obecnie analizowane przez Komisję w ramach tzw. testu efektów jednostronnych – SIEC (*significant impediment to effective competition*), mogą obecnie stanowić podstawę odmowy wydania zgody na dokonanie koncentracji. Zgodnie z tym nowym podejściem do oceny skutków koncentracji, punktem wyjścia dla KE będzie oczywisty skutek w postaci wyłączenia konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami uczestniczącymi w koncentracji, podczas, gdy efekty, jakie koncentracja wywiera (czy też może wywrzeć) na pozostałych przedsiębiorcach w oligopolu, będą traktowane jako uboczne skutki zmiany struktury rynku. Wprowadzenie teorii efektów nieskoordynowanych (jednostronnych) pozwala Komisji na ocenę zamierzonej koncentracji bez konieczności wykazania istnienia (lub możliwości pojawienia się) koordynacji zachowań między członkami oligopolu albo zamiaru uzyskania pojedynczej (indywidualnej) dominacji.

Natomiast uwzględnienie przedsiębiorców nieuczestniczących w koncentracji, działających w ramach oligopolu, jest rozważane głównie z punktu

---

<sup>32</sup> Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J. 2004 Nr C 31/3 z 5.2.2004 r., Nb. 24.

<sup>33</sup> Ibidem, Nb. 24-25.

widzenia wystąpienia efektów skoordynowanych<sup>34</sup>. Koncepcja efektów skoordynowanych odpowiada w znacznej mierze sytuacjom, które w dotychczasowym orzecznictwie sądów wspólnotowych były rozpatrywane w kontekście powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, przy czym nie musiało tu występować jakiegokolwiek porozumienie czy uzgodnienie w rozumieniu art. 81 TWE. Środki koordynacji i ich skutki pozostają we wzajemnych relacjach – istotna jest tu zdolność uczestników rynku oligopolistycznego do wyraźnego lub dorozumianego skoordynowania swych zachowań i utrzymania warunków tej koordynacji w dłuższej perspektywie czasu<sup>35</sup>. Bierze się przy tym pod uwagę także zmiany, jakie przynosi koncentracja w odniesieniu do warunków koordynacji na rynku właściwym<sup>36</sup>. Jako podstawowe warunki ułatwiające koordynację zachowań uczestników oligopolu wymienia się zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem: 1) przejrzystość rynku i cen, 2) istnienie mechanizmów odwetu, 3) zagrożenia dla koordynacji wynikające z zachowań konkurentów spoza oligopolu oraz konsumentów.

Orzeczenie w sprawie Impala pokazuje, ile trudności wspólnotowym organom ochrony konkurencji może nastęrczać właściwe stosowanie kryteriów koordynacji zachowań. Tym samym można przyjąć, że KE będzie prawdopodobnie stosowała obecnie koncepcję efektów nieskoordynowanych (jednostronnych) wszędzie tam, gdzie do tej pory mogła zastosować jedynie koncepcję powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej. Ciężar dowodu jest bowiem w tym wypadku mniejszy. Z tego powodu niektórzy Autorzy skłaniają się do wniosku, że koncepcja kolektywnej pozycji dominującej będzie ulegała dalszej marginalizacji, a jej zastosowanie będzie się ograniczało do przypadków koncentracji na wysoko skoncentrowanych rynkach oligopolistycznych (mniej niż czterech dostawców działających w ramach oligopolu, ze wspólnym udziałem w rynku w wysokości ponad 70%–80%), gdzie, brak jest podstaw do zastosowania koncepcji efektów jednostronnych<sup>37</sup>. Sytuacja taka będzie miała miejsce wówczas, gdy zamierzona koncentracja nie będzie prowadziła do powstania jednego wyraźnie dominującego podmiotu po połączeniu. Chcąc właściwie ocenić zamierzoną koncentrację KE będzie

<sup>34</sup> Ibidem, Nb. 39.

<sup>35</sup> Ibidem, Nb. 42-43.

<sup>36</sup> Ibidem, Nb. 45 – tam też przytoczona decyzja Komisji Europejskiej z 20.12.2001 r. w sprawie *Stell/Dea*, O.J. 2003 Nr L 15/35, Nb. 35.

<sup>37</sup> Por. S. Baxter/F. Dethmers, *Collective Dominance Under EC Merger Control – After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?*, „European Competition Law Review” 2006, s. 148 i n.

musiała oprzeć swoje rozstrzygnięcie na bardziej szczegółowej analizie ekonomicznej. W tych przypadkach KE będzie mogła posłużyć się koncepcją efektów skoordynowanych, szczególnie wtedy, gdy brak jest wystarczających danych do zastosowania koncepcji efektów jednostronnych, albo wówczas, gdy koncentracja będzie powodowała eliminację relatywnie małego, ale kluczowego z punktu widzenia funkcjonowania rynku, przedsiębiorstwa. Koncepcja efektów skoordynowanych znajdzie również zastosowanie w sytuacji, gdy miały już miejsce wcześniejsze albo równoległe badania dotyczące istnienia lub powstania kolektywnej pozycji dominującej lub istnienia kartelu w tym samym sektorze.

Okazję do oceny trafności powyższych wywodów winno dać spodziewane orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dnia 10.10.2006 r. Bertelsmann i Sony wniosły bowiem do Trybunału odwołanie od wyroku Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Impala*<sup>38</sup>, dając mu tym samym okazję do wypowiedzenia się w omawianej sprawie.

*Michał Będkowski-Koziół \**

---

<sup>38</sup> Patrz: O.J. 2006 Nr C 326/25 z 30.12.2006 r.

\* Dr Michał Będkowski-Koziół, LL.M. Eur. Int. (Dresden) – adiunkt, Katedra Prawa Publicznego Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.