YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

13 päivänä heinäkuuta 2006 *

Asiassa T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), kotipaikka Bryssel (Belgia), edustajinaan solicitor S. Crosby, solicitor J. Golding ja asianajaja I. Wekstein-Steg,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään A. Whelan ja K. Mojzesowicz,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jota tukevat

Bertelsmann AG, kotipaikka Gütersloh (Saksa), edustajinaan solicitor J. Boyce sekä asianajajat P. Chappatte ja D. Loukas,

ja

Sony BMG Music Entertainment BV, kotipaikka Vianen (Alankomaat),

ja

Sony Corporation of America, kotipaikka New York, New York (Yhdysvallat),

edustajinaan barrister N. Levy sekä asianajajat R. Snelders ja T. Graf,

väliintulijoina,

jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta vaaditaan kumoamaan keskittymän julistamisesta yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi 19.7.2004 tehty komission päätös K(2004) 2815 (asia COMP/M.3333 – Sony/BMG),

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN
OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Jaeger sekä tuomarit J. Azizi ja E. Cremona,

kirjaaja: hallintovirkamies I. Natsinas,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 22.9.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Tosiseikat

1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) on Belgian oikeuden mukaan perustettu kansainvälinen järjestö, johon kuuluu 2 500 riippumatonta musiikin alan tuotantoyritystä.

2 Komissio vastaanotti 9.1.2004 yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 (EYVL L 395, s. 1), sellaisena kuin se on oikaistuna (EYVL 1990, L 257, s. 13) ja sellaisena kuin se on muutettuna 30.6.1997 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1310/97 (EYVL L 180, s. 1, jäljempänä asetus), 4 artiklassa tarkoitetun ilmoituksen keskittymähankkeesta, jolla Sony-

konserniin (jäljempänä Sony) kuuluvat yhtiöt Bertelsmann AG ja Sony Corporation of America siirtävät musiikkiäänitealan maailmanlaajuiset liiketoimintonsa yhteisyritykseen.

3 Bertelsmann on kansainvälinen mediayhtiö, joka toimii maailmanlaajuisesti musiikin äänittämisen ja kustantamisen, televisio-ohjelmien, radio-ohjelmien, kirjojen sekä aikakaus- ja sanomalehtien kustantamisen, kirjapaino- ja mediapalvelujen sekä kirja- ja musiikkikerhojen alalla. Bertelsmannin toiminnasta musiikkiäänitteiden alalla vastaa sen kokonaan omistama tytäryhtiö Bertelsmann Music Group (BMG). BMG:n levy-yhtiöitä ovat muun muassa Arista Records, Jive Records, Zomba ja Radio Corporation of America (RCA) Records.

4 Sony harjoittaa maailmanlaajuista toimintaa musiikin äänittämisen ja kustantamisen, teollisuus- ja kulutuselektroniikan sekä viihdeteollisuuden alalla. Musiikkiäänitteiden alalla sen toiminnasta vastaa Sony Music Entertainment. Sonyn levy-yhtiöitä ovat Columbia Records Group, Epic Records Group ja Sony Classical.

5 Ehdotettu toimenpide merkitsisi keskittymän osapuolten maailmanlaajuisten toimintojen yhdistämistä musiikkiäänitteiden osalta (lukuun ottamatta Sonyn toimintoja Japanissa) kolmeksi uudeksi yhtiöksi tai pikemminkin niiden perustamista 11.12.2003 päivätyn "Business Contribution Agreement" -nimisen sopimuksen (sopimus liiketoimintojen yhdistämisestä) mukaisesti. On esitetty, että nämä yhteisyritykset toimisivat yhdessä nimellä Sony BMG.

6 Sony BMG etsii sopimuksen mukaan artisteja ja esittelee heidät suurelle yleisölle (taiteellinen johtaminen, eli ns. A & R (Artist and Repertoire)) sekä markkinoi ja myy näiden artistien levyjä. Sony BMG ei harjoita oheistoimintoja kuten musiikin kustantamista, valmistusta tai jakelua.

7 Komissio lähetti 20.1.2004 kyselylomakkeen tietyille toimijoille markkinoilla. Kantaja vastasi tähän kyselylomakkeeseen ja jätti 28.1.2004 erillisen kirjelmän (liite A.5), jossa se esitti syyt, joiden perusteella komission pitäisi sen mielestä julistaa yrityskeskittymä yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Kantaja ilmaisi siinä pelkonsa markkinoiden lisääntyvästä keskittymästä ja vaikutuksesta, joka tällä olisi markkinoille pääsyyn, mukaan lukien jakelu, mediat ja internet, sekä kuluttajien valintamahdollisuuksiin.

8 Komissio katsoi 12.2.2004 tekemässään päätöksessä, että ilmoitettuun keskittymään liittyi vakavia epäilyjä sen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille ja Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen (ETA) toimintaan, ja aloitti asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun menettelyn.

9 Komissio osoitti 24.5.2004 keskittymän osapuolille väitetiedoksiannon, jossa se päätteli alustavasti, että ilmoitettu keskittymä oli yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltumaton, koska sillä vahvistettiin yhteistä määräävää asemaa musiikkiäänitteiden markkinoilla ja verkkomusiikkilisenssien tukkumarkkinoilla ja koska sillä yhteensovitettiin emoyhtiöiden käyttäytyminen EY 81 artiklan vastaisella tavalla.

10 Keskittymän osapuolet vastasivat väitetiedoksiantoon, ja kuulemistilaisuus järjestettiin 14. ja 15.6.2004 kuulemisista vastaavan neuvonantajan luona muun muassa kantajan läsnä ollessa.

11 Komissio julisti 19.7.2004 tekemällään päätöksellä keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi asetuksen 8 artiklan 2 kohdan nojalla (jäljempänä päätös).

12 Kantaja sai 26.7.2004 päivätyn pyyntönsä perusteella 23.9.2004 ei-luottamuksellisen jäljennöksen päätöksestä.

Asian käsittelyn vaiheet ja osapuolten vaatimukset

13 Kantaja nosti nyt käsiteltävän kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 3.12.2004 toimittamallaan kannekirjelmällä.

14 Kantaja esitti samana päivänä toimittamallaan erillisellä kirjelmällä hakemuksen, jossa se vaati ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta ratkaisemaan kanteen nopeutetussa menettelyssä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 76 a artiklan mukaisesti.

15 Komissio esitti 17.12.2004 päivätyssä kirjeessään epäilyksensä siitä, oliko turvautuminen nopeutettuun menettelyyn tässä tapauksessa asianmukaista, ja korosti erityisesti asian monimutkaisuuden lisäksi vaikeuksia, joita aiheutuisi siitä, että se joutuisi päätöksensä perustelujen esittämiseksi käyttämään määrältään hyvin runsaita ja monimutkaisia tietoja ja että tällainen puolustautuminen edellyttäisi lisäksi arkaluonteisia neuvotteluja keskittymän osapuolten ja kolmansien osapuolten kanssa siitä, missä määrin luottamuksellisia tietoja, joita komissio saattaisi joutua esittämään, voitaisiin paljastaa.

16 Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment ja Sony Corporation of America pyysivät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 10., 11. ja 19.1.2005 toimittamissaan kirjelmissä saada osallistua asian käsittelyyn väliintulijoina komission vaatimusten tukemiseksi. Nämä pyynnöt hyväksyttiin kolmannen jaoston puheenjohtajan 4.2.2005 antamalla määräyksellä.

17 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kehotti tällä välin 13.1.2005 tekemällään päätöksellä työjärjestyksen 64 artiklan 3 kohdan e alakohdan mukaisina prosessinjohtotoimina osapuolia osallistumaan 24.1.2005 epäviralliseen kokoukseen, jossa tutkittaisiin mahdollisuutta käsitellä asia nopeutetussa menettelyssä, kun otettiin huomioon muun muassa komission esittämä kysymys asiakirja-aineiston tiettyjen asiakirjojen luottamuksellisuudesta.

18 Komissio esitti 18.1.2005 jättämässään kirjelmässä yhteisymmärryksessä kantajan kanssa prosessinjohtotoimea koskevan hakemuksen, jonka mukaan komissio saisi esittää asiakirjoja ja tietoja, jotka oli toimitettu sille luottamuksellisesti, yksinomaan kantajan asianajajille eikä kantajalle itselleen.

19 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin otti 24.1.2005 tekemässään päätöksessä huomioon muun muassa kantajan ja väliintulijoiden välillä tehdyn sopimuksen ja hyväksyi prosessinjohtotoimea koskevan hakemuksen. Lisäksi se hyväksyi nopeutettua käsittelyä koskeneen hakemuksen mutta täsmensi, että tätä päätöstä voitaisiin milloin tahansa tarkastella uudelleen asiakirja-aineiston ja menettelyn etenemisen valossa. Samalla vahvistettiin aikataulu kirjelmien jättämistä varten.

20 Kantaja esitti 11.2.2005 jättämässään kirjelmässä prosessinjohtotoimen muuttamista koskeneen hakemuksen. Vastaaja ja väliintulijat esittivät huomautuksensa tästä hakemuksesta 18.2.2005 päivätyssä kirjeessä. Kantaja peruutti 22.2.2005 päivätyllä kirjeellä prosessinjohtotoimen muuttamista koskeneen hakemuksensa.

21 Komissio oli tällä välin 11.2.2005 jättänyt vastinekirjelmänsä. Bertelsmann, Sony BMG ja Sony jättivät 25.2.2005 väliintulokirjelmänsä.

22 Kantaja oli tällä välin 15.2.2005 päivätyllä kirjeellä pyytänyt saada esittää huomautuksia uusista tiedoista, joita sisältyi komission vastinekirjelmään. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyi tämän pyynnön 21.2.2005 tekemällään päätöksellä ja antoi vastaajalle mahdollisuuden pyytää 4.3.2005 saakka mahdollisuutta saada esittää lisähuomautuksia, minkä tämä myös teki. Kantaja vastusti pyyntöä 1.3.2005 päivätyssä kirjeessään. Komissio jätti lisähuomautuksensa 14.3.2005.

23 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (kolmas jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn ja kehotti prosessinjohtotoimena komissiota esittämään useita asiakirjoja ja vastaamaan kirjallisesti useisiin kirjallisiin kysymyksiin.

24 Komissio pyysi 19.9.2005 päivätyssä kirjeessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin annettavien vastausten jättämiselle asetetun määräajan pidentämistä, mikä sille myönnettiinkin. Komissio esitti vastauksensa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin 21.9.2005 päivätyssä kirjeessä.

25 Osapuolten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin kuultiin 22.9.2005 pidetyssä istunnossa.

26 Komissio toimitti istunnon jälkeen asiakirjoja 26.9.2005 päivätyssä kirjeessä ja pyysi saada kommentoida kirjallisesti mahdollisia huomautuksia, joita kantaja esittäisi sen kirjallisiin kysymyksiin 21.9.2005 antamista vastauksista. Tämä pyyntö hyväksyttiin.

27 Kantaja jätti 29.9.2005 kirjelmän, joka koski komission vastauksia ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin.

28 Komissio jätti 11.10.2005 lopulliset huomautuksensa kantajan sen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamista vastauksista esittämistä huomautuksista.

29 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää asiakirjat, jotka komissio on esittänyt vastinekirjelmänsä liitteenä

– kumoaa päätöksen

– toissijaisesti kumoaa päätöksen siltä osin kuin se koskee jotakin seuraavista kohdista:

  – yhteinen määräävä asema verkkomusiikkilisenssien markkinoilla

  – erillinen määräävä asema verkkomusiikin jakelun markkinoilla

  – keskittymän osapuolten toimintojen yhteensovittaminen musiikin kustantamisen alalla

– velvoittaa komission korvamaan oikeudenkäyntikulut.

30 Komissio vaatii väliintulijoiden tukemana, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen perusteettomana

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

31 Kantaja esittää kumoamiskanteensa tueksi viisi perustetta, jotka ovat moniosaisia. Kantaja väittää ensimmäisessä kanneperusteessaan, että komissio on rikkonut EY 253 artiklaa sekä tehnyt ilmeisen arviointivirheen ja oikeudellisen virheen, kun se ei ole todennut yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa musiikkiäänitteiden markkinoilla ennen suunniteltua keskittymää ja kyseisen aseman vahvistumista. Kantaja väittää toisessa kanneperusteessaan, että komissio on rikkonut EY 253 artiklaa ja tehnyt ilmeisen arviointivirheen ja oikeudellisen virheen, kun se ei ole katsonut, että suunnitellulla keskittymällä luotiin yhteinen määräävä asema musiikkiäänitteiden markkinoilla. Kolmas kanneperuste koskee asetuksen 2 artiklan rikkomista siltä osin kuin komissio ei ole katsonut, että verkkomusiikkilisenssien maailmanmarkkinoilla syntyisi yhteinen määräävä asema tai sitä vahvistettaisiin. Kantaja väittää neljännessä kanneperusteessaan, että komissio on rikkonut EY 253 artiklaa ja tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se ei ole katsonut, että Sony saisi erikseen määräävän markkina-aseman verkkomusiikin jakelun markkinoilla. Kantaja väittää viidennessä kanneperusteessaan, että komissio on tehnyt ilmeisen arviointivirheen ja rikkonut EY 81 artiklaa, luettuna yhdessä asetuksen 2 artiklan neljännen kohdan kanssa, kun se on päätellyt, että suunnitellun keskittymän vaikutuksena ei ollut keskittymän osapuolten toimintojen yhteensovittaminen musiikin kustantamisen alalla.

I *Vastinekirjelmän liitteenä olevat todisteet*

A *Asianosaisten lausumat*

32 Kantaja huomauttaa, että vastinekirjelmästä ilmenee, että komissio on nojautunut hallinnollisessa menettelyssä asiakirjoihin ja tietoihin, joihin se on saanut tutustua vasta vastinekirjelmässä, vaikka niillä on ollut keskeinen merkitys siltä osin kuin komissio on pitänyt niitä perusteluna poiketa väitetiedoksiannossa omaksutusta kannasta, jonka mukaan suunnitellulla keskittymällä luotaisiin yhteinen määräävä asema tai vahvistettaisiin sitä yhteismarkkinoille soveltumattomalla tavalla.

33 Kantaja väittää, että mikäli se olisi nähnyt hallinnollisen menettelyn aikana nämä asiakirjat, jotka sisältävät epätäydellisiä ja harhaanjohtavia tietoja, se olisi kyennyt osoittamaan niiden perustavanlaatuiset puutteet, ja päätös olisi ollut erilainen tai siihen olisi pitänyt sisältyä ainakin nimenomaiset perustelut, joilla sen huomautukset olisi hylätty. Se arvostelee komissiota siitä, että tämä on ottanut nämä asiakirjat huomioon ja nojautunut niihin, ilman että se olisi missään vaiheessa soveltanut niihin ristiintarkastelua tai kuullut niistä kolmansia osapuolia.

34 Vaikka kantaja myöntää, että komissio on velvollinen suojelemaan liikesalaisuuksia eikä sillä ole missään tapauksessa velvollisuutta ilmaista kolmansille osapuolille kaikkia asiakirja-aineiston tietoja yrityskeskittymien valvontaa koskevien hallinnollisten menettelyjen aikana, se väittää, että tämä ei anna komissiolle mahdollisuutta evätä kolmansilta osapuolilta mahdollisuutta esittää tätä koskevia näkemyksiään siten, että se laatii esimerkiksi ei-luottamuksellisen version ja tiivistelmän kyseisistä tiedoista.

35 Kantaja täsmentää, että se ei esitä perustetta, joka koskisi olennaisten menettelymääräysten rikkomista, vaan arvioi, että komission esittämät uudet todisteet ovat

tulleet liian myöhään pelastaakseen päätöksen aineellisen sisällön ja että ne ovat yritys korjata päätös jälkikäteen sääntöjenmukaiseksi. Kantaja muistuttaa, että sitä, että asiakirjoja ei ole esitetty hallinnollisessa menettelyssä, ei voida korjata oikeudenkäynnin aikana (asia C-51/92 P, Hercules Chemicals v. komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4235, 78 kohta), ja väittää, että kyseiset asiakirjat on hylättävä.

36 Komissio vaatii tämän vaatimuksen hylkäämistä.

B *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

37 Aluksi on todettava, että todisteet, joiden poistamista asiakirja-aineistosta kantaja vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelta, on esitetty sellaisen vastinekirjelmän liitteenä, jonka komissio on esittänyt työjärjestyksen 46 artiklan määräysten mukaisesti. Kantaja ei ilmaise, miksi se, että komissio on esittänyt nämä asiakirjat, olisi työjärjestyksen vastaista.

38 Tämän jälkeen on todettava, että syyt, joiden vuoksi kantaja vaatii näiden todisteiden poistamista asiakirjakirja-aineistosta, sen enempää kuin sen vaatimuksen merkityskään, eivät ilmene selkeästi.

39 Vaikka kantaja ensinnäkin väittää, että esitetyt asiakirjat ovat yritys korjata päätös jälkikäteen sääntöjenmukaiseksi, se ei kuitenkaan väitä, että nämä asiakirjat olisi kerätty tai laadittu päätöksen tekemisen jälkeen, vaan se väittää päinvastoin, että niillä on ollut keskeinen merkitys hallinnollisen menettelyn aikana, koska komissio on nojautunut niihin päätöksen perusteluna. Vaikka tämä seikka näytettäisiin toteen,

se ei voisi missään tapauksessa johtaa kyseisten asiakirjojen hylkäämiseen. Vaikka lisäksi kantaja arvostelee komissiota yrityksestä korjata päätös jälkikäteen sääntöjenmukaiseksi, se ei vetoa ainakaan tämän vaatimuksen tukemiseksi sen periaatteen loukkaamiseen, jonka mukaan päätöksen määräysosaan on sisällyttävä perustelut, eikä niitä voida esittää ensi kertaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa (yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94, European Night Services ym. v. komissio, tuomio 15.9.1998, Kok. 1998, s. II-3141, 95 kohta). Joka tapauksessa perustelujen mahdollisesta riittämättömyydestä seuraa riidanalaisen päätöksen kumoaminen eikä asiakirjojen hylkääminen. Kysymystä siitä, onko päätös perusteltu oikeudellisesti riittävällä tavalla, tutkitaan tässä tapauksessa kantajan esittämien eri kanneperusteiden yhteydessä.

40 Vaikka kantaja toiseksi ilmoittaa, että komissio ei ole velvollinen ilmaisemaan kolmansille osapuolille yrityskeskittymien valvontaa koskevan hallinnollisen menettelyn aikana kaikkia asiakirja-aineistoon sisältyviä tietoja, se huomauttaa, että oikeuskäytännön mukaan sitä, että asiakirjoja ei ole esitetty hallinnollisessa menettelyssä, ei voida oikaista tuomioistuinmenettelyn aikana. Ei ole tarpeen tutkia puolustautumisoikeuksien tai kolmansille osapuolille kuuluvan asiakirja-aineistoon tutustumista koskevan oikeuden laajuutta yrityskeskittymiä koskevissa menettelyissä, vaan on riittävää todeta, että kantaja korostaa nimenomaisesti, että se ei aio esittää olennaisten menettelymääräysten rikkomiseen perustuvaa uutta perustetta. Vaatimusta ei siten voida hyväksyä siltä osin kuin siinä nojaudutaan tähän perusteluun. Joka tapauksessa puolustautumisoikeuksien loukkaamisesta voidaan määrätä seuraamus ainoastaan siinä tapauksessa, että osoitetaan, että asiakirjojen esittämättä jättäminen on saattanut vaikuttaa kantajan vahingoksi riidanalaisen päätöksen sisältöön, mitä ei voida tehdä ilman kyseisten asiakirjojen tutkimista.

41 Kantaja väittää kolmanneksi, että asiakirjat sisältävät epätäydellisiä ja harhaanjohtavia tietoja ja että se olisi kyennyt osoittamaan perustavanlaatuisia puutteita, jos se olisi saanut tutustua näihin asiakirjoihin hallinnollisessa menettelyssä, mikä olisi saattanut johtaa erilaiseen päätökseen. Vaikka tämä seikka saattaa johtaa siihen, että komission esittämiä todisteita on arvioitava varauksin, sen perusteella ei sitä vastoin voida hyväksyä kantajan pyytämää toimenpidettä. Tällä toimenpiteellä päinvastoin

evättäisiin kantajalta mahdollisuus näyttää toteen väitetty riidanalaisten asiakirjojen epäluotettavuus tai merkityksettömyys ilmeistä arviointivirhettä koskevien kanneperusteiden yhteydessä.

42 Myös kantajan toissijainen vaatimus, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen pitäisi todeta, että asiakirjat eivät ole vakuuttavia tai että ne ovat merkityksettömiä, on hylättävä samoista syistä. Tämä vaatimus on joka tapauksessa asiakysymys, joka on tutkittava eri kanneperusteiden ja perustelujen yhteydessä.

43 Edellä esitetyn perusteella kantajan vaatimus komission vastinekirjelmänsä tueksi esittämien asiakirjojen hylkäämisestä tai niiden toteamisesta merkityksettömiksi on hylättävä.

II *Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistumista musiikkiäänitteiden markkinoilla*

44 Ensimmäinen kanneperuste on kaksiosainen: ensimmäinen osa koskee sitä, että komission väite, jonka mukaan musiikkiäänitteiden markkinoilla ei ollut yhteistä määräävää asemaa ennen suunniteltua keskittymää, oli virheellinen, ja jälkimmäinen osa koskee virhettä, joka johtuu siitä, että ei ole todettu, että kyseinen olemassa oleva yhteinen määräävä markkina-asema vahvistuisi suunnitellun keskittymän vaikutuksesta.

A *Kantajan lausumat*

1. Ensimmäinen osa

45 Kantaja huomauttaa aluksi, että sekä väitetiedoksiantoon että päätökseen sisältyy useita todisteita siitä, että musiikkiäänitteiden markkinoihin liittyi ennen keskittymää kaikki sellaisten markkinoiden ominaispiirteet, joilla on oikeuskäytännössä esitettyjä edellytyksiä vastaava yhteinen määräävä asema (asia T-342/99, Airtours v. komissio, tuomio 6.6.2002, Kok. 2002, s. II-2585).

46 Kantaja korostaa tältä osin ensinnäkin, että suuria yhtiöitä kuvataan siten, että niillä on kaikki määräävässä asemassa olevan konsernin ominaisuudet: suuret markkinaosuudet, huomattava rahoitusvoima (päätöksen 53 perustelukappale), korkeat hinnat (päätöksen 56 perustelukappale), oligopolistinen rakenne (päätöksen 148 perustelukappale) ja siten keskinäinen riippuvuus.

47 Se korostaa toiseksi komission todenneen, että markkinoilla oli kaikki salaisille yhteisjärjestelyille ominaiset piirteet ja että markkinat edistivät tämän yhteensovittamisen valvontaa (väitetiedoksiannon 93–116 kohta), ja tutkineen kymmenen tekijää, jotka viittasivat salaiseen yhteisjärjestelyyn (ks. liite A.15) ja jotka eivät olleet muuttuneet väitetiedoksiannon jälkeen. Tuote on muodoltaan homogeeninen, ja kuluttaja ostaa useiden artistien levyjä ja useita musiikkilajeja edustavia levyjä, joten markkinoilla vallitsee "korvattavuuden tila" (päätöksen 110 perustelukappale). Markkinat edistävät huomattavasti yhteensovittamista, ja yhteensovittaminen on todellisuudessa tapahtunut (päätöksen 112 perustelukappale). On olemassa vakaa asiakaskunta (päätöksen 112 perustelukappale), ja keskittymän osapuolet valvovat jakelumarkkinoita (päätöksen 113 perustelukappale).

48 Kolmanneksi hinnat viittaavat yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloon. Todelliset nettohinnat ovat yhdensuuntaisia (väitetiedoksiannon 76–80 kohta ja päätöksen 75, 82, 89, 96 ja 103 perustelukappale). Julkaistut myyntihinnat tiedetään, ja viitehintojen määrä on rajallinen (päätöksen 111 ja 112 perustelukappale). Nettomyyntihinnat ovat läheisessä yhteydessä julkaistuihin myyntihintoihin (päätöksen 77, 84, 91, 98 ja 105 perustelukappale). Julkaistut myyntihinnat ja todelliset nettohinnat ovat hyvin yhdenmukaiset ja avoimet, eivätkä alennukset vaikuta todellisten nettohintojen avoimuuteen (väitetiedoksiannon 88, 90 ja 92 kohta sekä päätöksen alaviitteet 45, 49, 52, 55 ja 57).

49 Neljänneksi komissio on todennut potentiaalisesti tehokkaiden ehkäisevien mekanismien olemassaolon (väitetiedoksiannon 128–132 kohta ja päätöksen 118 perustelukappale), eivätkä nämä tehokkaan kilpailun rajoitukset kohdistu suuriin yhtiöihin.

50 Kantaja väittää, että komission esittämät syyt, jotka koskevat albumien sisällön heterogeenisuutta, kampanja-alennuksista johtuvaa hintojen avoimuuden riittämättömyyttä ja sitä, että asiassa ei ole esitetty näyttöä minkäänlaisista kostotoimenpiteistä, eivät ole sellaisia, että niiden perusteella olisi voitu hylätä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa koskeva päätelmä, ja että komission selvitystä rasittaa perustelujen puuttuminen, ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe.

a) Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti

51 Päätös on kantajan mukaan EY 253 artiklan vastainen, sillä siinä ei esitetä niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, joiden perusteella toimielin on tehnyt päätöksen, jotta yhteisöjen tuomioistuin voi harjoittaa valvontaa ja jotta sekä jäsenvaltiot että asianomaiset henkilöt, joita asia koskee, tietävät, millä edellytyksillä yhteisön toimielimet ovat soveltaneet perustamissopimuksen määräyksiä (asia 45/86, komissio v. neuvosto, tuomio 26.3.1987, Kok. 1987, s. 1493, Kok. Ep. IX, s. 55).

Tuotteen homogeenisuus

52 Kantaja arvostelee ensinnäkin tuotteen homogeenisuuden osalta komissiota siitä, että se ei ole ilmoittanut syytä sille, miksi sisällön heterogeenisuuteen liittyvä tekijä olisi ensisijainen verrattuna "korvattavuuden tilan" olemassaoloon liittyvään tekijään, jonka mukaan suurin osa kuluttajista ostaa monien eri artistien musiikkia ja monia eri musiikkilajeja edustavaa musiikkia, tai tekijään, joka koskee muodon homogeenisuutta hintojen ja avoimuuden osalta. Komissio ei myöskään ilmoita, miksi toteamuksen, jonka mukaan albumien hinnat ovat erittäin vakioidut, kumoaisi yleisluonteinen väittämä, jonka mukaan hinnat riippuvat "albumin menestyksestä". Päätöksen 110 perustelukappaleeseen sisältyy tältä osin ristiriitaisia toteamuksia.

Avoimuus

53 Kantaja väittää toiseksi avoimuuden osalta, että komission väitteitä ja lausumia, jotka koskevat alennuksia ja joiden vaikutuksesta kaikki muut avoimuutta koskevat todisteet on hylätty, ei ole perusteltu riittävällä tavalla.

54 Komissio esimerkiksi väittää, että suurissa maissa julkaistuihin myyntihintoihin perustuvien hintojen avoimuuden poistavat kampanja-alennukset, selittämättä kuitenkaan niiden tehtävää ja merkitystä hintajärjestelmän kannalta.

55 Myöskään pienten maiden osalta syitä, joiden vuoksi komissio on antanut näin suuren merkityksen kampanja-alennuksille eikä tavanomaisille alennuksille, vaikka se väitti väitetiedoksiannon 150 kohdassa, että "kuten suurimmilla alueilla, merkittävimpiä alennuksia kaikissa maissa ovat tavanomaiset alennukset", ei ole

esitetty selvästi. Ei ole myöskään kuvattu täsmällisesti sitä, mitä ovat tavanomaiset alennukset. Komissio on arvioidessaan avoimuutta pienissä maissa turvautunut vaihtelevasti ja täsmennyksittä tavanomaisten alennusten ja kampanja-alennusten vertailuun, joten ei ole helppoa määrittää, onko tutkimuksessa tutkittu kampanja-alennuksia vai tavanomaisia alennuksia.

56 Kantaja väittää lisäksi, että päätöksessä viitataan ainoastaan todisteisiin, jotka koskevat Sonyyn ja BMG:hen liittyviä alennuksia eivätkä kata muita suuria yhtiöitä (päätöksen 71 perustelukappale ja alaviite 43). Perustelut ovat siten riittämättömät.

Ehkäisemiskeinot

57 Komissio ei kolmanneksi selitä ehkäisemiskeinojen osalta, miksi se, että komissio ei ole pystynyt osoittamaan, että kostotoimenpiteitä ei ole koskaan käytetty, olisi hyväksyttävä peruste hylätä kaikki todisteet tehokkaiden ehkäisemiskeinojen olemassaolosta, vaikka tämä pitäisi paikkansakin.

Vastapainot

58 Vielä neljänneksi päätökseen, toisin kuin väitetiedoksiantoon, ei sisälly minkäänlaista arviointia vastapainojen olemassaolosta markkinoilla eikä selitystä vastapainojen puuttumisesta, mikä vastaa perustelujen täydellistä puuttumista.

b) Ilmeinen arviointivirhe

59 Kantaja muistuttaa oikeuskäytännöstä, jonka mukaan komissio tekee ilmeisen arviointivirheen, jos se joutuessaan punnitsemaan vastakkaisia väitteitä antaa liikaa painoarvoa yhdelle niistä (asia T-111/00, British American Tobacco International (Investments) v. komissio, tuomio 10.10.2001, Kok. 2001, s. II-2997, 58 kohta) tai jos päätöksen perustelemiseksi esitetyt syyt eivät tosiseikoiltaan tue tätä päätöstä. Samoin silloin kun komission arviointia eivät tue tietyt seikat tai tietyt tosiseikat, pitäisi katsoa, että sitä ei ole esitetty asianmukaisella ja kohtuullisella tavalla (asia C-16/90, Nölle, tuomio 22.10.1991, Kok. 1991, s. I-5163). Väitettä, jonka mukaan yhteistä määräävää asemaa ei ole olemassa, eivät tue asiaankuuluvat tosiseikat, perustelut tai todisteet, ja komissio on laiminlyönyt velvollisuutensa arvioida kaikkia asiaan vaikuttavia tekijöitä.

60 Kantaja väittää, että päätöstä rasittavat ilmeiset arviointivirheet tuotteen homogeenisuuden, avoimuuden ja ehkäisemiskeinojen olemassaolon määrittämisessä, vastapainojen tarkastelemisessa ja yhteisen strategian tutkimisessa.

Tuotteen homogeenisuus

61 Komissio on tehnyt kantajan mielestä arviointivirheen katsoessaan, että sisällön heterogeenisuus oli ensisijainen muodon homogeenisuuteen nähden, vaikka se hyväksyi väitteen, jonka mukaan kuluttaja ostaa useiden artistien levyjä ja eri musiikkilajeja edustavia levyjä ja on siis olemassa "korvaavuuden tila". Joka tapauksessa tuotteen heterogeenisuuteen liittyvällä tekijällä on merkitystä ainoastaan siinä tapauksessa, että hinnat vahvistetaan yksittäisten levyjen perusteella eikä

muutamien viitehintojen perusteella, kuten tässä tapauksessa (päätöksen 110 ja 111 perustelukappale). Mikäli noudatetaan komission ajatuksenkulkua, immateriaalioikeuksiin liittyvillä aloilla ei voi koskaan olla yhteistä määräävää asemaa, koska sisältö ei voi koskaan olla täysin homogeeninen.

Avoimuus

– Yleiset perustelut

62 Kantaja väittää, että esitetyt todisteet osoittavat, että suurten yhtiöiden soveltamat hinnat ovat varmasti riittävän avoimia, jotta ne kykenevät yhdenmukaistamaan hintansa. Komissio ei ole esittänyt mitään todisteita tämän selvityksen kumoamiseksi, vaan on tyytynyt päättelemään väitetyistä alennusten vaihteluista, että avoimuus voitiin poistaa tai sitä voitiin vähentää niin pitkälle, että hintojen yhdenmukaistaminen ei ollut enää mahdollista.

63 Arvointivirhe ilmenee komission omista päätelmistä, joiden mukaan

– suurten yhtiöiden keskimääräiset nettohinnat olivat yhdensuuntaiset ja hintakehitys oli verrattain samanlainen (päätöksen 75, 82, 89, 96 ja 103 perustelukappale)

– julkaistuja myyntihintoja voitiin käyttää lähtökohtana yhdenmukaistamisessa (päätöksen 76, 83, 90, 97 ja 104 perustelukappale)

– julkaistut myyntihinnat ja keskimääräiset nettohinnat ovat kehittyneet samansuuntaisesti (päätöksen 77, 84, 91, 98 ja 105 perustelukappale).

64 Kantaja toteaa, että julkaistut myyntihinnat ovat avoimia, että vähittäishinnat ovat tiedossa, että keskimääräiset nettohinnat kehittyvät yhdenmukaisesti julkaistujen myyntihintojen kanssa ja että jakelijoiden katteet tunnetaan melko tarkasti. Tästä seuraa, että vähittäiskauppiaiden nettohinnat (eli julkaistut myyntihinnat, joista alennukset on vähennetty) ovat alennuksista huolimatta avoimia. Tämä ilmenee myös väitetiedoksiannosta (81–92 kohta) ja päätöksen 77 perustelukappaleesta, jossa todetaan, että "jos suuret yhtiöt olisivat selvästi poikenneet sovituista hintastrategioista myöntämällä alennuksia, tämä ero olisi näkynyt keskimääräisissä nettohinnoissa".

65 Kantaja huomauttaa, että komissio on tehnyt ilmeisen arviointivirheen liioittelemalla alennusten ja erityisesti kampanja-alennusten merkitystä, sillä

– se on nojautunut pikemminkin tietoihin Sonyn ja BMG:n myöntämistä alennuksista kuin tietoihin, jotka liittyvät kaikkien suurten yhtiöiden julkaistujen myyntihintojen ja nettohintojen väliseen yhdenmukaisuuteen (päätöksen alaviite 43)

– vähittäiskauppiaiden toimittamien tietojen mukaan alennukset ovat avoimia; komissio haastatteli 26:ta vähittäiskauppiasta, joista 20 väitti, että suuret yhtiöt tiesivät muiden soveltamat alennukset; tämä pätee erityisesti tavanomaisiin alennuksiin, jotka ovat tärkeimpiä, koska niistä neuvotellaan vuosittain

– Sony ja BMG ovat tuottaneet viikoittain jakelumarkkinoista valvontaraportteja, joihin sisältyy tietoja niiden kilpailijoista (päätöksen 113 perustelukappale)

– suurilla yhtiöillä on kokoelmalevyjen osalta yhteisiä jakelu- ja yhteistyösopimuksia, joiden yhteydessä tavanomaiset alennukset paljastuvat

– johtajat vaihtavat työpaikkaa levy-yhtiöstä toiseen merkittävässä määrin

– viikoittain julkaistavilla levymyyntilistoilla annetaan tietoja levykohtaisista myynneistä, ja niiden perusteella on mahdollista saada helposti selville levyt, joista tulee "hittejä" ja joista saadaan suurin osa myynnistä (päätöksen 73 perustelukappale)

– Office of Fair Tradingin (Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuviranomainen) kertomuksen mukaan tiedot kilpailijoista ovat helpommin saatavilla musiikkiäänitteiden markkinoilla kuin millään muulla teollisuuden alalla (kannekirjelmän liite A.16).

66 Kantaja huomauttaa, että näiden seikkojen perusteella komissio on lisäksi päätellyt väitetiedoksiannon 81 kohdassa, että "alennukset olivat suureksi osaksi vakaita, eikä niitä käytetty hintastrategian tehokkaaseen muuttamiseen". Tosiseikat eivät ole sen jälkeen muuttuneet.

67 Kampanja-alennuksia ei ole missään tapauksessa yleisesti käytetty levymyyntilistojen levyjen osalta, joista saadaan noin 80 prosenttia tuloista, vaan niitä on käytetty yksinomaan kannustamaan kuluttajia ostamaan vanhan kokoelman levyt ("back catalogue") loppuun (kannekirjelmän liite A.17), ja nämä ovat vaikuttaneet vain vähän komission tutkimaan näytteeseen (päätöksen 70 ja 71 perustelukappale). Koska lisäksi tiedot, joita komissio on tutkinut kyseisten kampanja-alennusten osalta, koskevat vain Sonya ja BMG:tä, niiden merkitys on vähäisempi.

68 Se suurten yhtiöiden hintarakenteen osa, johon avoimuuden puute on saattanut vaikuttaa, on siten pieni, kuten ilmenee kannekirjelmän liitteenä olevasta kertomuksesta, jossa selitetään hintajärjestelmää ja Euroopassa sovellettavia alennuksia (liite A.17).

69 Kantaja väittää, että komissiolla oli käytettävissään riittävästi asiakirjoja, joiden osalta se olisi kyennyt testaamaan selvityksiään, mutta että se ei ole tehnyt tätä varsinkaan vähittäiskauppiaita koskevien todisteiden osalta. Kun komissio ei ole arvioinut asianmukaisesti tosiseikkoja ja on liioitellut alennusten ja erityisesti kampanja-alennusten merkitystä, se on tehnyt ilmeisen arviointivirheen.

– Yleisiä huomautuksia uusista todisteista

70 Kantaja päättelee niiden uusien tietojen perusteella, joita komissio on esittänyt vastinekirjelmänsä liitteenä, että komissio näyttää perustaneen arviointinsa, jonka mukaan markkinat eivät ole avoimet, siihen, että asiakkaiden välisissä ja yksittäisten levyjen välisissä alennuksissa ja eri aikoina myönnettävissä alennuksissa on monimutkaisia vaihteluja. Tällaisten toisinaan merkittävienkin yksilöllisten vaihtelujen olemassaolo ei merkitse sitä, ettei olisi mahdollista, että hintojen vahvistamista säännellään vähäisellä määrällä rakenteita ja tiedossa olevilla säännöillä, jotka tekevät keskihinnoista ennakoitavia ja joista tehtävät merkittävät ja johdonmukaiset poikkeamat ovat aina näkyviä.

71 Tällaisten sääntöjen perusteella ei ehkä voida ennustaa jokaisen yksittäisen kultakin yksittäiseltä vähittäiskauppiaalta laskutetun levyn hintaa kaikkina ajankohtina, mutta niiden perusteella voidaan kuitenkin tietää riittävällä varmuudella nettohinnat, jotka perustuvat julkaistujen myyntihintojen johonkin ryhmään, ja määrittää, noudattavatko kilpailijat näitä sääntöjä vai eivät. Ne antavat siten avoimuuden, jota tarvitaan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa varten. Menettelytapojen yhdenmukaistaminen, joka ilmenee julkaistujen myyntihintojen ja keskimääräisten nettohintojen samansuuntaisesta liikkeestä, voisi siten syntyä pikemminkin jo pelkästään sellaisten rakenteiden tai yleisesti tunnettujen ja hyvin ymmärrettyjen sääntöjen perusteella, jotka ovat valvottavissa sen perusteella, että tiedetään täydellisesti ja kaikilta osin jokainen yksittäinen hintapäätös.

72 Komissio ei ole tutkinut sitä, olisiko keskimääräisissä (brutto- ja netto)hinnoissa havaittu yhdenmukaisuus voinut johtua tällaisiin sääntöihin perustuvien menettelytapojen yhteensovittamisesta, vaan on pikemminkin päätellyt, että koska oli olemassa yksilöllisiä vaihteluja, tilanne ei ollut tällainen, tutkimatta sitä, olivatko vaihtelut tilastollisesti merkittäviä ja oliko niillä aineellinen vaikutus keskiarvoihin.

73 Tällaisia sääntöjä ei sovelleta kaikkiin tapauksiin vaan olennaiseen osaan myynnistä jokaisessa kaikkien suurten levy-yhtiöiden levyjen ryhmässä (uudet julkaisut, uusi esiintyjä, "full price"-, "mid price"-, "budget"-kokoelmat jne.), joiden kunkin osalta on olemassa rajallinen määrä yleisiä myyntistrategioita, joita sovelletaan suurimpaan osaan myynnistä (levyn korvaaminen levymyyntilistalla, osallistuminen myynninedistämiskampanjoihin, näyteikkunapaikan ostaminen jne.). Nämä myyntistrategiat voivat kyllä vaihdella kullakin alueella ja asiakkaiden mukaan (supermarketit, erikoisketjut, riippumattomat myymälät jne.), mutta niiden lukumäärä on kuitenkin vähäinen ja myynnistä vastaavat henkilöt tuntevat ne. Nämä säännöt tai rakenteet ovat riittäviä mahdollistamaan hintojen yhdenmukaistamisen ilman että tarvittaisiin erityistietämystä netto- ja bruttohinnoista yksittäisissä levynjulkistuksissa, ja ne tarjoavat lisäksi ympäristössä, jossa yksittäisiä levyjä koskeva kysyntä vaihtelee eikä albumin menestystä voida ennustaa varmuudella, tarvittavan jouston, johon kyetään mukautumaan yksittäistapauksissa vaarantamatta hintarakennetta kokonaisuutena.

74 Yksittäisissä vaihteluissa ei pitäisi jättää huomiotta sitä, että nettohinnat ovat kokonaisuutena arvioiden läheisessä yhteydessä bruttohintoihin ja että tämä johtuu todennäköisesti siitä, että kaikki yhtiöt noudattavat tiettyjä yleissääntöjä, joiden vuoksi hinnat ovat kokonaisuutena arvioiden erittäin helposti ennakoitavissa ja johdonmukaiset poikkeamat ovat näkyviä. Avoimuus on siten olemassa.

75 Vastinekirjelmän liitteenä olevien uusien todisteiden tutkiminen osoittaa kantajan mielestä, että komissio on keskittynyt yksittäisiin vaihteluihin tutkimatta sitä, olivatko ne tilastollisesti merkittäviä. Komissio ei ole tehnyt asianmukaista tilastoanalyysiä taustatiedoista, ei tutkinut hintahaarukoiden tai alennusten tärkeyttä taikka vaihtelujen merkitystä tavanomaisten hintahaarukoiden sisällä, eikä myöskään esittänyt kysymyksiä vähittäiskauppiaille selvittääkseen sen, kuuluivatko yksittäiset poikkeamat hintajärjestelmää koskevien yleissääntöjen soveltamisalaan. Komissio on kantajan mielestä päätellyt virheellisesti, että jo pelkästään vaihtelujen olemassaolo merkitsee sitä, ettei ole mahdollista, että tämän vaihtelun aiheuttaisivat jotkin yksittäistapaukset, vaikka suurin osa myynnistä tapahtuu hinnoilla, jotka määritetään tunnettujen ja ennakoitavissa olevien sääntöjen perusteella.

76 Lisäksi komissio on tutkinut todisteet virheellisellä menetelmällä ja tarvittavia testejä suorittamatta.

77 Kantaja esittää seuraavat yleiset huomautukset komission esittämistä uusista todisteista:

– suurta osaa tiedoista ei ole mukautettu myyntiin arvioitaessa hintahaarukoiden ja alennusten merkitystä; siltä osin kuin tiedot on asianmukaisesti yhdistelty – eli kaikkien toimijoiden kesken ja myyntiin mukautettuina – vaihtelut ovat huomattavasti vähemmän merkittäviä

– useimmissa tapauksissa näitä tietoja ei tutkita tilastollisesti, eikä ole siten mahdollista arvioida, ovatko vaihtelut merkittäviä eri tuoteryhmien osalta

– lukuun ottamatta joitakin tietoja, joita on käytetty väitetiedoksiannossa, tiedoissa vertaillaan ainoastaan keskittymän osapuolten hintoja; komission väite, jonka mukaan se, että todetaan joitakin läpinäkymättömiä alennuskäytäntöjä näiden kahden suuren yhtiön välillä, riittää avoimuuden minimoimiseen, on virheellinen, kun otetaan huomioon, että Sony ja BMG olivat menestyneet hyvin eri tavoin markkinoilla ja että hintahaarukka ja alennukset vaihtelivat jopa yhtenäisessä hintajärjestelmässä, kun menestys oli useissa levynjulkistuksissa erilainen; lisäksi keskittymän osapuolet olivat historialtaan kaksi erilaisinta suurta yhtiötä, joten keskittymä ei ainoastaan vähentänyt toimijoiden lukumäärää vaan myös samanlaisti niitä

– komissio ei ole tutkinut sitä, oliko suurilla yhtiöillä tietoja, jotka olivat suoraan ristiriidassa hintojen vaihtelua ja monimutkaisuutta koskeneen väitteen kanssa, eli talousarvioita tai muita tietoja, joissa mainitaan nimenomaisesti netto- ja bruttohinnat sekä alennukset, joiden rakenne on samansuuntainen kuin kilpailijoilla ja pysyy vakaana pitkiä aikoja

– keskittymän osapuolten työntekijöiden lausunnot eivät koske avainkysymyksiä – kuten yleisten hintasääntöjen olemassaoloa ja hintavalvontaa – eikä niiden oikeellisuutta ole tarkistettu.

78 Komission näkemys, jonka mukaan keskimääräiset nettohinnat perustuvat pikemminkin moniin erilaisiin yksittäispäätöksiin ja niitä on voitava havainnoida riittävällä tarkkuudella, jotta todellinen nettohintojen yhteensovittaminen on mahdollista, on kantajan mukaan virheellinen, sillä riittää, että kukin yhtiö kykenee selvittämään,

ovatko kaikkien yhtiöiden hintapäätökset levynjulkistusten yhteydessä tiettyjen hintoja koskevien sääntöjen mukaisia, jolloin hinnanmuutokset ovat kaikkien tiedossa ja salainen sopimus kyetään pitämään.

79 Vaihtelut, joita komissio on havainnut keskittymän osapuolten toimittamien tietojen perusteella, ovat ensinnäkin vähemmän konkreettisia kuin komissio näyttää ajattelevan, minkä lisäksi niitä ei voida pitää näyttönä hintojen läpinäkymättömyydestä, sillä kuten kaikilla immateriaalioikeuksien sektoriin kuuluvilla aloilla, joilla yksittäisen tuotteen menestyminen vaihtelee ja riippuu erilaisista myynninedistämistoimenpiteistä mutta joilla tällaisten tuotteiden yhdistelmät ovat yleisesti tunnettujen sääntöjen mukaisia, olisi täysin mahdollista selittää kaikki vaihtelut alennusten ja hintojen laajuudessa tiettyjen yleisesti tunnettujen periaatteiden perusteella.

80 Kantaja ilmoittaa hämmästyneensä lisäksi siitä, että komissio on sisällyttänyt päätökseen vain hyvin vähän niitä todisteita, joita oli käytetty väitetiedoksiannossa ja joista tietyt olivat tarkoin painotettuja ja kattoivat koko teollisuudenalan, ja sen sijaan keskittynyt Sonyn ja BMG:n esittämiin tietoihin, jotka eivät olleet tällaisia. Erot pitäisi siis yhteensovittaa ennen kuin ensimmäiset tiedot hylätään, eikä vaikuta siltä, että komissio olisi suorittanut tasapainoisen arvioinnin.

– Eri todisteiden erillinen tutkiminen

81 Sonyn ja BMG:n henkilöstön todistajanlausunnoissa, jotka sisältyvät liitteeseen B.2, tyydytään ainoastaan väittämään, että eri asiakkaille annettiin erilaisia alennuksia, mutta kyseiset lausunnot eivät koske sitä, määräytyvätkö nämä alennukset suurelta osin useiden yleissääntöjen perusteella. Vaikka lausunnoissa korostetaan hinnanvahvistusmekanismin erityistä monimutkaisuutta, liitteessä B.14, jolla pyritään osoittamaan kampanja-alennusten monimutkaisuus, kumotaan todellisuudessa tämä käsitys monimutkaisuudesta, kun siinä kuvataan niiden toimintaa yhdellä ainoalla sivulla. Olisi pitänyt pohtia sitä, liittyikö eri hintaryhmiin vakiokatteita ja pyrkikö suurin osa alennuksista keskittymään kapeisiin haarukoihin. Kysymykset

näyttävät muotoillun siten, että vältettäisiin paljastamasta, että katteet kyettiin saamaan selville, koska ne olivat yleissääntöjen mukaisia, eikä niitä ollut siten tarvetta tietää säännöllisesti kunkin levynjulkistuksen osalta, ja että erillisten hintojen laskeminen taaksepäin ei siten ollut lainkaan tarpeen, jotta suuri levyyhtiö olisi kyennyt valvomaan kilpailijoidensa käyttämiä hintoja. Näitä kysymyksiä ei ollut myöskään esitetty vähittäiskauppiaille, mikä olisi kuitenkin mahdollistanut vastausten vertailun.

82 Liite B.3, joka osoittaa keskittymän osapuolten tukkumyynnin prosenttiosuuden niiden kymmenen korkeimman julkaistun myyntihinnan luokassa vuosina 1998–2003, näyttää komission mukaan menestyksen ennakoimattomuuden ja siten jokaisen suuren yhtiön tarpeen valvoa kilpailijoidensa yli 80 albumin julkaistuja myyntihintoja, mutta kantaja havaitsee tiedoissa tiettyjä epäjohdonmukaisuuksia (kuten jaksoittaisia vaihteluita) ja väittää, etteivät ne osoita mitään muuta kuin sen, että keskittymän osapuolet myyvät tuotteita eri julkaistuin myyntihinnoin. Tällä ei ole merkitystä siltä osin kuin päätös viittaa siihen, että julkaistut myyntihinnat ovat pikemminkin avoimia. Toisin kuin komissio väittää, päätöksen 111 perustelukappaleesta ilmenee lisäksi, että "suurten yhtiöiden ei kuitenkaan tarvitse valvoa kuin muutamien eniten myytyjen albumien viitehintoja seuratakseen tukkumyyntiä". Nämä tiedot eivät ole myöskään ristiriidassa niiden näkemysten kanssa, joita komissio on esittänyt kuulemistilaisuudessa ja joiden mukaan suurimpaan osaan kunkin suuren yhtiön myynneistä kuului hyvin vähän julkaistuja myyntihintoja. Koska on olemassa yleisesti ymmärrettyjä periaatteita ja sääntöjä, yhteensovittamisen kokonaisvaltaisen noudattamisen valvomiseksi ei ole tarpeen valvoa yli 80 albumin hintoja, sillä riittää, että osoitetaan vain muutaman levyn osalta, onko näitä sääntöjä noudatettu ja ovatko poikkeamat järjestelmällisiä. Päätelmä, jonka komissio on tehnyt keskittymän osapuolten bruttomyynnin prosenttiosuuden vaihtelusta, ei siten ole perusteltu.

83 Lisäksi näissä taulukoissa ilmeisesti korostetaan yhtä tekijää eli menestyksen ennakoimattomuutta, joka on ristiriidassa päätöksen avaintoteamusten kanssa, sillä niiden mukaan ensinnäkin julkaistut myyntihinnat ovat avoimia ja muodostavat lähtökohdan yhdenmukaistamista varten (päätöksen 76, 83, 90, 97 ja 104 perustelukappale), toiseksi muiden suurten yhtiöiden hintaluetteloiden valvonta oli mahdollista (päätöksen 76, 83, 90, 97 ja 104 perustelukappale) ja kolmanneksi suurten yhtiöiden tarvitsi ainoastaan valvoa määrältään vähäisten eniten myytyjen

albumien viitehintoja seuratakseen tukkumyyntiä (päätöksen 111 perustelukappale). Vaikka vielä oletettaisiin, että olisi tarpeen valvoa yli 80 albumin (tai keskittymän jälkeen 60 albumin) julkaistuja myyntihintoja, tämä ei vaikuttaisi niin työläältä kuin komissio esittää.

84 Kantaja toteaa liitteistä B.4 ja B.5, jotka koskevat Sonyn ja BMG:n kymmenelle tärkeimmälle asiakkaalleen neljässä viidestä suuresta jäsenvaltiosta laskun loppusummasta myöntämiä keskimääräisiä alennuksia, pohtivansa ensinnäkin sitä, missä määrin erot keskimääräisissä myönnetyissä alennuksissa viittaavat pikemminkin eroihin eri asiakkaiden kohtelussa kuin eroihin keskittymän osapuolten tuotepaketin suorituskyvyssä, koska suuren levy-yhtiön levynjulkistusten vahvuus samoin kuin sen toimintojen sekoitus (julkaistut levyt levymyyntilistalla, toiminnot supermarketeissa, kokoelma, erityis- ja kampanjatoimenpiteet) vaikuttavat asiakkaille myönnettävään keskimääräiseen alennukseen. Mahdolliset erot siinä, miten keskittymän osapuolet kohtelevat asiakkaita, eivät myöskään merkitse sitä, että niiden hintapäätökset olisivat läpinäkymättömiä, sillä nämä erot voivat olla johdonmukaisia, ennalta-arvattavia ja ajan kuluessa vakaita.

85 Liitteellä B.5, jossa pitäisi esittää esimerkkejä, joissa ei ole vastaavuutta tai yhdenmukaista liikettä, ei ole merkitystä, koska se voi selittyä keskittymän osapuolten tuotepakettien menestyksen eroilla ja koska se osoittaa lisäksi merkittäviä samankaltaisuuksia (pienimmät alennukset myönnetään samalle asiakkaalle tai ne vaihtelevat eri aikoina taikka vakaat erot eri aikoina). Ainoastaan Saksan suurimman asiakkaan esimerkki vastaa näkemystä, jonka mukaan yksi suurista yhtiöistä voi alentaa todellisia hintojaan kilpailijoiden seuraamatta, mutta yksi ainoa erityinen muutos tietyn vuoden aikana tietyllä alueella tietyn asiakkaan osalta ei vakuuta. Koska taulukoissa lisäksi tutkitaan ainoastaan Sonyn ja BMG:n tiedot eikä näitä tietoja ole painotettu, vaihtelut ovat liioiteltuja. Tämä pätee erityisesti tulevaisuuteen suuntautuvaan selvitykseen, joka komission olisi pitänyt tehdä, sillä koska keskittymä yhdistää yhtiöt, joiden suorituskyky on hyvin erilainen, se saattaisi lisätä symmetriaa ja homogeenisuutta ja siten salaisen sopimuksen todennäköisyyttä.

86 Kantaja huomauttaa liitteistä B.6 ja B.7, jotka osoittavat oletetut vaihtelut keskittymän osapuolten kymmenelle tärkeimmälle asiakkaalleen 20 parhaasta compact disc -levystä (jäljempänä CD-levy tai CD) myöntämissä laskun loppusummasta myönnetyissä alennuksissa viiden vuoden ajalta, että näistä taulukoista ilmenevät ainoastaan haarukat ja että ne voivat olla harhaanjohtavia, koska ne ilmentävät pikemminkin ääriarvoja kuin keskiarvoja ja tilastollisesti merkittäviä vaihteluja näiden keskiarvojen ympärillä. Laajat alennushaarukat voisivat selittyä joillain harvoilla poikkeuksilla, koska alennusten suuri massa on samalla tasolla. Lisäksi nämä taulukot ilmentävät metodologisten puutteidensa ohella mielenkiintoisia säännönmukaisuuksia. Esimerkiksi liitteen B.6 mukaan maassa A molemmat keskittymän osapuolet tarjoavat yleensä suurempia alennuksia tukkumyyjille kuin supermarketeille ja erikoistumattomille vähittäiskauppiaille, ja vastinekirjelmän liite B.7 osoittaa alennushaitarien hämmästyttävän yhdenmukaisuuden.

87 Kantaja korostaa jälleen liitteiden B.8 ja B.9 osalta, jotka komission mielestä osoittavat sen, että keskittymän osapuolet eivät ole noudattaneet yhdenmukaista alennuskäytäntöä, että osapuolten menettelytavat kehittyivät eri aikoina ja että vuonna 2003 keskittymän osapuolten alennushaitari ei ollut kovin samanlainen, että erot, joita on todettu alennushaarukoissa eri aikoina ja keskittymän osapuolten välillä, voivat johtua suorituskyvyn eroista ja että tämä ei missään tapauksessa viittaa siihen, että alennukset eivät johtuisi sääntöjen tiedossa olevista yksityiskohdista. Lisäksi liitteessä B.8 esitetyt tiedot viittaavat pikemminkin eri suuntaan kuin komissio on esittänyt (alennusten rakenne pikemminkin vakaa ja samankaltainen tai samankaltaistuva, merkittävä syy-yhteys).

88 Kantaja arvioi, että alennusten rakenne ei ole vaihdellut eri aikoina siinä määrin kuin komission selvityksessä esitetään. Liitteessä D.3 esitetyt luvut osoittavat keskittymän kummankin osapuolen alennusten rakenteen korrelaatiokertoimen tiettynä vuonna ja alennusten rakenteen edelliseltä vuodelta. Vaikka toimintojen koostumus vaikuttaa alennuksiin, kokonaisuutena arvioiden merkittävät korrelaatiokertoimet viittaavat siihen, että alennusten rakenne pysyy verrattain vakaana eri aikoina, ja tämän seurauksena ovat siten nettohinnat, jotka ovat varsin hyvin ennakoitavissa avoimien julkaistujen myyntihintojen perusteella.

89 Lisäksi tietojen esittäminen hyvin kapean vaihteluvälin sarakkeissa yhdessä erityisten rajausten kanssa saattaa korostaa eroja (esimerkiksi silloin, jos alennus kasvaa hieman alle 15 prosentista hieman yli 15 prosenttiin, luku vaihtuu eri sarakkeeseen, vaikka muutos on merkityksetön). Lopuksi kantaja korostaa, että jos suorituskyky perustuisi keskittymän osapuolten 20 parhaan myyntituotteen menestykseen, havaittaisiin, että hinnat muuttuisivat erittäin kilpailluilla markkinoilla. Koska näin ei ole, tästä voidaan päätellä, että alennusmekanismi ei ole todellisuudessa voimakas kilpailutekijä tai läpinäkymättömyyden syy.

90 Kantaja arvioi liitteestä B.10, joka osoittaa nettohintojen jakautumisen Sonyn ja BMG:n viiden parhaan asiakkaan osalta vuonna 2003, että päätelmä, jonka komissio siitä tekee ja jonka mukaan eri asiakkaat tekevät hyvin erisuuruisen osuuden ostoistaan yhdeltä suurelta yhtiöltä eri nettohintahaarukoiden sisällä, on merkityksettään kiistanalainen, koska hintojen avoimuus ja ennakoitavuus eivät edellytä sitä, että ostotottumukset ovat samat tai samankaltaiset kahden levy-yhtiön asiakkaiden välillä. Koska alennustason osalta ratkaisevia tekijöitä, jotka ovat välttämättömiä myyntitavoitteiden saavuttamiseksi, ovat tuotevalikoima ja tärkeimpien levynjulkistusten menestys asiakaskunnassa, on kantajan mielestä vaikeaa ymmärtää, miten komissio on tehnyt sen päätelmän, että nettohinnat jakautuivat yleisesti eri tavalla näiden kahden suuren yhtiön osalta.

91 Vaikka nämä tiedot koskevat lisäksi ainoastaan Sonya ja BMG:tä, ne ovat kuitenkin asianmukaisempia sen vuoksi, että ne on painotettu. Yksityiskohtaisempi maakohtaisten jakaumien tutkiminen osoittaa huomattavia samankaltaisuuksia, jotka on esitetty kaavion muodossa liitteessä D.4.

92 Lisäksi komission päätelmä, jonka mukaan liite B.10 osoittaa keskittymän kahden osapuolen väliset erot, ei ole yhteensopiva päätöksen 74 ja 75 perustelukappaleessa tehdyn arvioinnin kanssa, sillä sen mukaan Sonyn ja BMG:n keskimääräiset nettohinnat olivat verrattain samanlaiset, mikä todennäköisyyksien tasapainon perusteella viittaa hintojen vahvistamista koskevien sääntöjen käyttämiseen, ja niillä varmistetaan se, että suurin osa hinnoista keskittyy joidenkin viitehintojen ympärille. Nämä todisteet eivät tue näkemystä, jonka mukaan hintojen monimutkainen

vahvistaminen tekee niistä läpinäkymättömiä, vaan ne näyttävät pikemminkin tukevan päinvastaista näkemystä, jonka mukaan hinnat ovat ennakoitavissa ja samanlaisia huolimatta siitä, että yksittäiset hintojen vahvistamisesta tehtävät päätökset ovat ilmeisen monimutkaisia.

93 Kantaja arvioi, että liite B.11, joka osoittaa Sonyn keskimääräiset kolmen kuukauden albumikohtaiset nettohinnat useimmin käytetyissä julkaistujen myyntihintojen ryhmissä, ei osoita millään tavoin läpinäkymättömyyttä, koska taulukkoa rasittaa haarukoihin liittyvä ongelma eli se, että se osoittaa vain ääriarvot tarkastelematta painotettuja keskiarvoja ja vaihteluja keskiarvoihin nähden. Liitteellä ei ole myöskään merkitystä, koska se koskee ainoastaan Sonya eikä siinä tehdä vertailua.

94 Myöskään seuraavalla liitteellä (B.12) ei ole merkitystä, koska siinä ei tehdä vertailua vaan pyritään yksinomaan osoittamaan, että BMG tarjoaa vähittäiskauppiaille eritasoisia alennuksia.

95 Kantaja arvostelee komissiota myös siitä, että se ei ole ilmoittanut, voitaisiinko ilmeiset vaihtelut kampanja-alennusten tasossa selittää joillain yksinkertaisilla periaatteilla. Tämä on sen mielestä yllättävää, koska komission vastinekirjelmänsä yhdessä liitteessä eli liitteessä B.14 esittämät periaatteet viittaavat siihen, että on olemassa tällaisia kampanja-alennuksiin liittyviä yksinkertaisia sääntöjä, eli

– kampanja-alennukset vaihtelevat tilauksen koon mukaan (lukuun ottamatta Ranskaa koskevaa erityistapausta)

– kampanja-alennukset vaihtelevat kuluttajan tyypin mukaan (esim. Saksassa tukkumyyjät ja musiikkikerhot saavat yleensä suurimmat alennukset)

– kampanja-alennukset vaihtelevat levyn tai levynjulkistuksen tyypin mukaan (esimerkiksi artistin suosion ja kohdeyleisön mukaan)

– kampanja-alennukset keskittyvät asiakkaisiin, joilla on maine tietyn musiikkilajin myyjinä, vähittäiskauppiaan luonteen ja sen asiakaskunnan demografisten ominaisuuksien mukaan

– kampanja-alennukset vaihtelevat kampanjan luonteen mukaan (esimerkiksi ainoastaan yksi levy tai levykori, yleensä kokoelma)

– kampanja-alennukset vaihtelevat niiden markkinointikustannusten mukaan, joihin vähittäiskauppias on valmis vastavuoroisesti panostamaan.

96 Kantaja katsoo, että jos nämä säännöt ovat yleisessä tiedossa, ei pitäisi olla vaikeaa ennustaa kohtuullisen tarkasti niiden alennusten tasoa, jotka suurten yhtiöiden voidaan odottaa antavan jollekin tietylle asiakkaalleen tietystä levystä erityisen kampanjan yhteydessä, ja siten osoittaa, ovatko todelliset alennukset näiden sääntöjen mukaisia. Komissio ei näytä tehneen tätä koskevaa tutkimusta.

97 Koska liitteessä B.13 annetaan lisäksi tietoja vain yhdestä vuodesta, se ei ole ratkaiseva, koska sen perusteella ei kyetä arvioimaan, ovatko alennustasot vakaita ja siten ennakoitavissa.

98 Kantaja huomauttaa liitteestä B.15, johon on koottu tiettyjä keskittymän osapuolten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimittamia seurantaraportteja (monitoring), että nämä todisteet eivät viittaa siihen, ettei olisi ollut olemassa hintojen vahvistamista koskevaa mekanismia, joka koostuisi useista yleisistä säännöistä ja ohjeista, joiden mukaan hinnat vahvistetaan. Komissio ei siten olisi saanut keskittyä tutkimaan sitä, oliko olemassa yksittäisten alennusten erityistä seurantaa, vaan pikemminkin sitä, oliko tällainen seuranta edes tarpeen, kun vaihtelut hintojen vahvistamista koskevassa järjestelmässä ovat poikkeuksia viitehinnoista, joita sovelletaan suurimpaan osaan myynneistä.

99 Kantaja väittää liitteen B.17 osalta, johon sisältyy liiketalouden konsultointiyritys RBB Economicsin tutkimus (jäljempänä RBB:n tutkimus), jonka mukaan levy-yhtiö ei kykenisi johtamaan tukkuhintoja myyntihinnoista, joilla kilpailijoiden tuotteita havaitaan tarjottavan, että tässä tutkimuksessa keskitytään lähinnä yksittäisten julkaistavien levyjen hintoihin eikä siihen, onko julkaistujen myyntihintojen ja tukkunettohintojen välillä johdonmukainen yhteys suurimmassa osassa levynjulkistuksista kohtuullisen ajanjakson aikana. Eri vähittäiskauppiaat voivat kyllä noudattaa erilaisia strategioita myyntihintojaan vahvistaessaan, mutta olisi yllättävää, jos ei olisi selvää ja johdonmukaista yhteyttä jossain tietyssä ryhmässä tietylle vähittäiskauppiaalle myytävien julkaistujen levyjen keskimääräisten nettohintojen ja niiden todellisten tukkuhintojen välillä riittävän laajassa levyvalikoimassa ja tietyn kohtuullisen ajanjakson aikana. Se seikka, että ei ole olemassa yhtä katetta, jota sovellettaisiin yhdenmukaisesti ja automaattisesti tukkuhintoihin, ei merkitse sitä, että jälleenmyyntihinnat ja tukkuhinnat olisivat niin erilaisia, että hintojen vahvistamiseen liittyvien yleisperiaatteiden noudattamisen valvonta olisi mahdotonta. On olemassa yleinen katetaso eri ryhmiin kuuluville tuotteille (top price, super top price, mid price, developing artists, budget jne.).

100 Kantaja huomauttaa, että tutkimuksessa laiminlyödään kokonaan hintojen vahvistamista koskevan järjestelmän sääntöjen tutkiminen, ja se ilmoittaa epäilevänsä, että komissio on asettanut tutkimuksen edellytykseksi sen, että tarkastellaan vähittäiskauppiaita tai kolmansia osapuolia, tai että se on pyytänyt yhteenlaskettuja tietoja hinnoista ja alennuksista, joita jokaisella suurella levy-yhtiöllä on oltava budjeteissaan. Se ei ole myöskään verrannut niitä jo kerättyihin muihin tietoihin. Tällainen tutkimus olisi paljastanut sen, että toisin kuin tutkimuksessa väitetään,

– tuoteryhmien välillä oli johdonmukainen yhteys, mikäli nämä tuotteet määritellään asianmukaisesti siten, että ne kuvaavat niiden suorituskykyä, kypsyyttä ja merkitystä asiakaskunnalle

– väite, jonka mukaan vähittäiskauppiaat eivät sovella vakiokatetta tukkuhintoihin, on harhaanjohtava, koska siinä jätetään tarkoituksella huomiotta sellaisten tuoteryhmien ja myyntikampanjoiden olemassaolo, jotka suuret yhtiöt tuntevat ja jotka ovat niiden välillä johdonmukaisia; tutkimuksessa on jätetty huomiotta tarve selittää yhteenlaskettujen alennustasojen keskittyminen muutamalle harvalle hinta- ja alennustasolle; katteiden vaihtelut kuvastavat yksinomaan sääntöjen sopeuttamista kysyntään

– yleisemmin komissio on laiminlyönyt ottaa huomioon sen, että se tutki immateriaalioikeuksien sektoriin kuuluvaa alaa musiikkiäänitteiden markkinoilla; yksittäisten julkaistujen levyjen eteneminen tunnettujen ja ymmärrettyjen eri hinta- ja alennusryhmien läpi elinkaaren aikana ei merkitse välttämättä sitä, että siihen ei voisi liittyä avoimuutta ja jopa yhteensovittamista.

Ehkäisemiskeinot

101 Kantaja väittää, että komissio ei ole tutkinut yksityiskohtaisesti kaikkia mahdollisia kostotoimenpiteiden muotoja vaan ainoastaan toimenpiteitä, jotka liittyvät yhteistyösopimuksiin kokoelmalevyjen osalta. Jos suuri levy-yhtiö ottaisi käyttöön hintojen alentamista koskevan strategian vähittäiskauppiaisiin nähden, muut voisivat siten rangaista tätä suurta levy-yhtiötä kannustamalla vähittäiskauppiaita hylkäämään alempien hintojen strategian tarjoamalla niille suurempia alennuksia ja yhteismainonnan lisäämistä. Toinen ehkäisemiskeino olisi se, että rajoitettaisiin "poikkeavan" levy-yhtiön alempaan hintaan tarjoamien tuotteiden tai yksipuoliseen innovaatioon perustuvien tuotteiden valintaa levymyyntilistoille. Kansallisille levymyyntilistoille valinnan perusteet määrätään yleensä komiteoissa, jotka koostuvat kokonaisuudessaan levy-yhtiöistä, toisinaan yhdessä vähittäiskauppiaiden kanssa, ja ne koskevat muun muassa levyformaatteja tai vähimmäishintoja.

102 Kantaja arvioi komission tehneen ilmeisen arviointivirheen siltä osin kuin se on todennut uskottavien ehkäisevien mekanismien olemassaolon, mutta on siitä huolimatta päätellyt, että niitä ei ollut, koska se ei ollut löytänyt näyttöä niiden käytöstä. Tehokkain ehkäisemiskeino on kuitenkin se, jota ei ole käytetty.

Vastapainot

103 Kantaja väittää, että komission tutkimus on epätäydellinen, koska päätökseen ei sisälly markkinoiden vastapainojen tutkimusta. Se korostaa lisäksi, että komissio on todennut väitetiedoksiannossa, että sen enempää riippumattomat kauppiaat kuin vähittäiskauppiaatkaan eivät asettaneet tehokkaita kilpailurajoitteita suurille yhtiöille.

Yhteistä strategiaa koskevan todellisen selvityksen puuttuminen

104 Komissio on keskittynyt selvityksessään hintakilpailuun ja jättänyt täysin huomiotta useita muita kysymyksiä, vaikka horisontaalisista keskittymistä annetun tiedonannon (EUVL 2004, C 31, s. 5) mukaan yhteensovittaminen voi tapahtua eri muodoissa.

105 Siten komission olisi pitänyt tutkia, oliko suurten yhtiöiden kannalta edullisempaa vai ei kilpailla voimakkaasti markkinaosuuksien saamiseksi kuin noudattaa yhteistä strategiaa. Se, että suurten yhtiöiden markkinaosuudet ovat verrattain vakaita ja että muutokset johtuvat lähinnä riippumattomien yritysten ostoista tai niiden välisistä sulautumisista, merkitsee sitä, että ei ole olemassa todellista hintakilpailua tai että on olemassa yhteinen strategia, joka merkitsee erityisesti sitä, että ei ryhdytä kilpailuun siellä, missä markkinat ovat oligopolistiset (yhdistetyt asiat 142/84 ja 156/84, BAT ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987, Kok. 1987, s. 4487, Kok. Ep. IX, s. 249, 43 kohta).

106 Komissio ei ole tutkinut myöskään sitä, oliko suurilla yhtiöillä samansuuntaiset lisenssistrategiat verkkomusiikin osalta tai artistien sopimustenmukaisen käytön osalta. Se ei ole tutkinut kaikkia ominaispiirteitä esittäessään väitetiedoksiannon 96–116 kohdassa yksilöityjä todisteita siitä, että musiikkiäänitteiden markkinat ovat "erityisen alttiita yhteensovittamiselle ja edistävät tällaisen yhteensovittamisen valvontaa" (väitetiedoksiannon 94 kohta). Komissio yksilöi kuitenkin kymmenen tekijää, jotka viittasivat salaiseen sopimukseen, ja niihin sisältyi rakenteellisia siteitä, lisenssi- ja jakelusopimuksia sekä yhteistyösopimuksia ja kokoelmalevyjä (ks. kannekirjelmän liitteessä A.15 oleva luettelo).

107 Komissio on lisäksi laiminlyönyt sen tutkimisen, saattaisiko keskittymä johtaa mahdollisuuteen vähentää tarjontaa uusien levyjen määrän osalta tai uusien levyjen omaperäisyyden osalta, taikka heikentäisikö keskittymä luovuutta, laatua ja

monipuolisuutta musiikillisissa valinnoissa (ks. keskittymän julistamisesta yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi 7.1.2004 tehty komission päätös 2004/422/EY (asia N:o COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (EUVL L 125, s. 54, 674 perustelukappale)) tai vaikuttaisiko se kuluttajien valintoihin, kuten se oli tutkinut asiassa Time Warner/EMI (COMP/M.1852 Time Warner/EMI) antamassaan väitetiedoksiannossa (EYVL 2000, C 136, s. 4) (ks. 55 kohta, joka koskee riippumattomien myyjien syrjäyttämistä ja vaikutusta yleisölle tarjottavan musiikin valintaan ja monipuolisuuteen). Selvityksessä olisi pitänyt ottaa huomioon myös EY 151 artiklan 4 kohta ja kulttuurin monimuotoisuus.

c) Yhteisiä määrääviä asemia koskevan lainsäädännön virheellinen soveltaminen

108 Kantaja väittää komission tehneen kolme oikeudellista virhettä.

109 Komissio on ensinnäkin päätellyt, että hinnat eivät olleet avoimia, sillä perusteella, että ei ollut varmaa, että avoimuus oli ollut täydellistä, vaikka edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetun tuomion 62 kohdassa edellytyksenä on "markkinoiden riittävän läpinäkyvyyden" testi, jolloin oligopolin jokainen jäsen voi saada "riittävän tarkasti ja nopeasti" tietoonsa muiden jäsenten markkinakäyttäytymisen muutokset. Tässä tapauksessa ei ole kuitenkaan ollut riittävää avoimuutta.

110 Toiseksi komissio on arvioinut, että ei ollut olemassa yhteistä alennuksia koskevaa strategiaa, vaikka se ei ole kuitenkaan todennut, että alennukset olisivat johtaneet huomattaviin hinnanalennuksiin, joten alennuskilpailu oli erittäin vähäistä. Edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetun tuomion mukaan vähäinen kilpailu ei sinänsä estä yhteisen määräävän markkina-aseman toteamista. Edellytetään sitä, että jokainen toimija tietää, että "jos se ryhtyisi voimakkaisiin kilpailutoimiin kasvattaakseen markkinaosuuttaan (esimerkiksi hintoja alentamalla),

muut toimijat ryhtyisivät samanlaisiin toimiin". Komission olisi erityisesti pitänyt ainoastaan osoittaa "toimivan kilpailun puuttuminen määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsenten välillä" eikä kilpailun täydellistä poistamista (ks. tältä osin yhdistetyt asiat T-191/98 ja T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s. II-3275, 654 kohta).

111 Kolmanneksi komissio on tehnyt oikeudellisen virheen perustaessaan selvityksensä siihen, että kostotoimenpiteistä ei ollut olemassa aikaisempia todisteita, vaikka edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetun tuomion 195 kohdan mukaan komission ei tarvitse välttämättä osoittaa tietyn jossain määrin tiukan "pakotejärjestelmän" olemassaoloa vaan ehkäisevien tekijöiden olemassaolo.

2. Toinen osa

112 Kantaja muistuttaa, että jotta voitaisiin osoittaa, vahvistaako keskittymä määräävää asemaa, komission on tutkittava sen vaikutus relevantteihin markkinoihin tulevaan aikaan suuntautuvan tutkimuksen perusteella (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 58 ja 59 kohta). Komissio ei ole kuitenkaan tehnyt tulevaisuuteen suuntautuvaa selvitystä eikä lainkaan tutkinut määräävän markkina-aseman vahvistumista koskevaa kysymystä, sillä se on menneisyyteen suuntautuvan selvityksen päätteeksi todennut virheellisesti, että ei ollut olemassa määräävää asemaa, joka olisi voinut vahvistua.

113 Koska määräävän markkina-aseman vahvistumista on tutkittu menneisyyteen suuntautuvan selvityksen perusteella, päätöstä rasittaa perustelujen puute tai ilmeinen arviointivirhe ensimmäisessä osassa esitetyin perustein, ja tulevaisuuteen suuntautuvan selvityksen puuttuminen on oikeudellinen virhe.

B *Komission perustelut*

114 Komissio arvioi, että ne kolme kumoamisperustetta, jotka kantaja on esittänyt musiikkiäänitteiden markkinoiden osalta, ovat pitkälti päällekkäiset ja että on siten hyödyllistä esittää aluksi yhteenveto päätöksen perusteluista ja todisteista, joihin se on nojautunut päätelmissään, ennen kuin tutkitaan kannekirjelmään sisältyviä päätöksen sisältöä koskevia tiettyjä virheellisiä esityksiä ja tarkastellaan lopuksi kantajan esittämiä erityisiä perusteluja.

1. Komission päätös ja todisteet, joihin se on nojautunut

a) Asiayhteys

115 Komissio esittää järjestelmästä, jolla vahvistetaan musiikkiäänitteisiin sovellettavat hinnat, että jokainen suuri yhtiö samoin kuin jokainen riippumaton levy-yhtiö vahvistaa aika ajoin niiden eri listahintojen haitarin, jotka ovat käytettävissä sen CD-albumien osalta ja joita kutsutaan nimellä "julkaistut myyntihinnat". Jokaisella suurella levy-yhtiöllä on normaalisti käytettävissään yli 50 tämäntyyppistä julkaistua myyntihintaa, jotka vaihtelevat tärkeydeltään ja jotka voidaan jakaa "kalliiden hintojen", "keskitason hintojen" ja "halpojen hintojen" ryhmiin, ja ne vahvistavat kullekin CD-albumille listahinnan, jonka ne esittävät yhden tällaisen julkaistun myyntihinnan mukaisena. Nettohinta, joka todellisuudessa pyydetään asiakkaalta (vähittäis- tai tukkukauppiaalta), on kuitenkin alempi kuin listahinta laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten (tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) vuoksi, ja ne voivat vaihdella asiakkaittain, eri aikoina tai albumeittain (kampanja-alennusten osalta). Jokainen levy-yhtiö neuvottelee kunkin asiakkaansa kanssa vuosittaisesta tavanomaisesta alennuksesta (joka on mahdollisesti erilainen pop-musiikin, klassisen musiikin tai televisiomainonnan kohteena olevien albumien osalta), jota sovelletaan kaikkeen myyntiin kyseiselle asiakkaalle. Sitä vastoin kampanja-alennuksista sovitaan tapauskohtaisesti eri ajanjaksoja varten, yksittäisten albumien tai sellaisten albumien ryhmien osalta, joiden myyntiä levy-yhtiö haluaa

edistää; niitä ei välttämättä myönnetä kaikille asiakkaille ja niiden suuruus ei ole välttämättä sama. Komissio kiinnittää huomiota siihen, että tietyn albumin nettohinta tietylle asiakkaalle on erotettava suuren levy-yhtiön myymien kaikkien albumien keskimääräisestä nettohinnasta tietyn vuoden aikana, sillä tämä hinta on yhtä kuin kaikkien yksittäisille asiakkaille myytyjen yksittäisten albumien (mahdollisesti hyvin erilaisten) nettohintojen summan ja kyseisen levy-yhtiön myymien albumien kokonaismäärän osamäärä.

116 Komissio on todennut CD-levyjen kysynnän ja hintojen laskeneen merkittävästi vuodesta 1999 (päätöksen 55–59 perustelukappale).

b) Viidet suuret markkinat (Saksa, Yhdistynyt kuningaskunta, Ranska, Italia ja Espanja)

117 Komissio on tutkinut ensinnäkin, oliko mahdollista yksilöidä salaisen hintasopimuksen olemassaolo viiden suuren jäsenvaltion suurten yhtiöiden välillä (päätöksen 69–108 perustelukappale). Se selvitti hintojen välistä mahdollista yhdenmukaisuutta tutkimalla suurten yhtiöiden todellisten keskimääräisten nettohintojen kehitystä ja sitä, voitiinko mahdollinen havaittavissa oleva yhdenmukaisuus selittää yhteensovittamisella. Komissio tutki tältä osin aluksi julkaistut myyntihinnat mahdollisina lähtökohtina, minkä jälkeen se selvitti, olivatko alennukset yhdenmukaisia ja riittävän avoimia, jotta nettohintojen mahdollisen yhteensovittamisen tehokas seuranta oli mahdollista (riidanalaisen päätöksen 73 perustelukappale).

Keskimääräisten nettohintojen ja julkaistujen myyntihintojen yhdenmukaistaminen

118 Komissio totesi näillä viisillä suurilla markkinoilla ainoastaan osittaisen todellisten keskimääräisten nettohintojen samankaltaisen kehityksen. Kussakin maassa kunkin suuren levy-yhtiön todelliset keskimääräiset nettohinnat vaihtelivat suurimman osan ajasta noin vähintään 10 prosentin vaihteluvälillä toisiinsa verrattuna. Komissio

katsoi, että tällainen kehityksen samankaltaisuus ei ilmeisistä syistä ollut ratkaisevaa (päätöksen 75, 82, 89, 96 ja 103 perustelukappale). Ensinnäkään todellisten keskimääräisten nettohintojen yhdenmukaisuutta ei ollut millään tavoin osoitettu. Toiseksi yhdenmukaiset menettelytavat eivät yleisesti arvioiden riitä osoittamaan yhteensovittamisen olemassaoloa, mikäli tämän yhteensovittamisen mekanismeja ei kyetä tunnistamaan. Kolmanneksi komissio ei tässä tapauksessa katsonut, että kunkin suuren yhtiön keskimääräisten nettohintojen kehitys olisi ollut tai olisi voinut olla muiden suurten yhtiöiden tiedossa. Keskimääräiset nettohinnat kuvastivat hyvin suurta määrää erilaisia hintojen vahvistamista koskeneita yksittäispäätöksiä (ks. esim. liite B.10), ja nämä päätökset olisi pitänyt kyetä yksilöimään riittävällä varmuudella, jotta nettohintojen merkittävä yhteensovittaminen olisi ollut mahdollista.

119 Komissio havaitsi todellisuudessa joitakin seikkoja, jotka viittasivat siihen, että listahintoja (eli julkaistuja myyntihintoja) saatettiin käyttää yhdenmukaistamisen perusteena. Kussakin viidessä suuressa jäsenvaltiossa suurin osa kunkin suuren levyyhtiön kokonaismyynnistä (yli 55 prosenttia ja yhdessä näistä maista jopa 85 prosenttia) toteutettiin käyttämällä viittä julkaistua myyntihintaa ja jopa ainoastaan 1–3 julkaistua myyntihintaa yli puolessa tai sitä suuremmassa osuudessa sadasta eniten myydystä yhden levyn CD-albumista vuonna 2003 (Espanjaa lukuun ottamatta). Lisäksi julkaistut myyntihinnat olivat verrattain avoimia, koska ne mainitaan suurten yhtiöiden luetteloissa (päätöksen 76, 83, 90, 97 ja 104 perustelukappale).

120 Komissio totesi kuitenkin kahden tyyppisiä esteitä sille, että julkaistuja myyntihintoja käytettäisiin lähtökohtana nettohintojen salaiselle yhteensovittamiselle ja tämän yhteensovittamisen noudattamisen valvontakeinona – ensimmäinen johtui julkaistuihin myyntihintoihin liittyvästä monimutkaisuuden asteesta ja toinen listahintojen ja nettohintojen välisten yhteyksien monimutkaisuudesta ja läpinäkymättömyydestä.

Monimutkaisuus ja julkaistut myyntihinnat

121 Julkaistujen myyntihintojen osalta CD-albumit eivät ole sisältönsä eroavaisuuksien vuoksi täysin homogeeninen tuote (päätöksen 110 perustelukappale). Vaikka

"korvattavuuden jatkumo" mahdollistaa sen, että ainakin samaan musiikkilajiin kuuluvien albumien voidaan katsoa kuuluvan yksille tuotemarkkinoille (päätöksen 9–13 ja 110 perustelukappale), CD-albumit ovat kuitenkin eri asteisesti heterogeenisiä tuotteita. Vaikka CD-albumien hinnat ja markkinointi ovat verrattain vakioituja tukkumyyntihintojen tasolla (tukkuhintojen vahvistamisen vakioidut osatekijät ovat seuraavat: kolme suurta hintaryhmää, kunkin suuren levy-yhtiön julkaistujen myyntihintojen vakioidut ryhmät ja se, että kunkin asiakkaan osalta vuosittain vahvistettavat tavanomaiset alennukset ja palautushinnat, jotka sovitaan myymättömän tavaran osalta, määräytyvät yleensä määrältään vähäisten muuttujien perusteella), yksittäisillä albumeilla on näin ollen erilainen odotettavissa oleva tai todellinen menestys, mikä vaikuttaa julkaistun myyntihinnan vahvistamiseen alun perin albumin tullessa markkinoille tai sen myöhempään kehitykseen.

122 Lisäksi menestyksen ennakoimattomuus pakottaa todennäköisesti jokaisen suuren levy-yhtiön, joka haluaa tarkasti valvoa sitä, että muut suuret levy-yhtiöt noudattavat kokonaisvaltaisesti nettohintojen yhteensovittamista, valvomaan joka vuosi kilpailijoidensa tuottamien yli 80 albumin julkaistuja myyntihintoja tietyssä maassa (tai yrityskeskittymän jälkeen yli 60 tämäntyyppisen albumin hintoja vuoden aikana, koska kunkin suuren levy-yhtiön 20 eniten myytyä albumia edustaa vähintään 30 prosenttia sen kokonaismyynnistä ja useissa tapauksissa 50 prosenttia) (päätöksen 111 perustelukappale). Yhtiö, joka haluaisi saada täydellisemmän kuvan markkinoista, joutuisi lisäämään huomattavasti seurantaa, sillä kunkin suuren levy-yhtiön vuosittain myymistä albumeista 100 eniten myytyä kattaa normaalisti 70–80 prosenttia sen musiikin kokonaismyynnistä (päätöksen 71 perustelukappale), ja tämä tyhjentävä tutkimus merkitsisi lähes 400 albumin seuraamista. Keskittymän osapuolet ovat esittäneet todisteita, jotka osoittavat, että julkaistujen myyntihintojen yhdistelmät, jotka vastasivat niiden 20:tä eniten myytyä yhden levyn CD-albumia, muuttuivat usein voimakkaasti vuosineljänneksestä toiseen (ks. liite B.3). Vaikka viikoittain julkaistavat levymyyntilistat helpottavat tällaista seurantaa tuomalla esiin levyt, joista tulee "hittejä" (päätöksen 112 perustelukappale), ne eivät poista ongelmaa.

123 Komissio korostaa päätöksen toteamuksesta, jonka mukaan "tietyt seikat viittaavat siihen, että julkaistuja myyntihintoja olisi voitu käyttää perustana suurten levy-yhtiöiden hintojen yhdenmukaistamiseen", että kyseessä ei ole lopullinen toteamus. Vaikka se on todennut, että listahintojen seuranta vaikutti mahdolliselta,

vastinekirjelmän liitteessä B.3 olevat eri julkaistujen myyntihintojen käytön vaihtelut osoittavat, että tällainen seuranta, joka liittyisi pyrkimyksiin havaita alennuksia koskevat menettelytavat, kuluttaisi ainakin huomattavasti voimavaroja.

Alennusten yhdenmukaistaminen ja monimutkaisuus

124 Komissio totesi viidessä suuressa jäsenvaltiossa läheisen yhteyden Sonyn ja BMG:n keskimääräisten bruttohintojen ja todellisten keskimääräisten nettohintojen kehityksen välillä kuuden vuoden ajanjaksolla, jolloin netto- ja bruttohintojen suhde pysyi erittäin vakaana kaikkien albumien osalta (päätöksen 77, 84, 91, 98 ja 105 perustelukappale). Keskittymän kummankin osapuolen bruttohintojen ja keskimääräisten nettohintojen välinen vakaa yhteys (eli keskimääräinen alennus) tietyssä maassa tasoittaa väistämättä eri asiakkaille yksittäisten albumien osalta laskun loppusummasta myönnettyjen erityyppisten alennusten (tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) välisten erojen vaikutuksia. Nettohintojen ja keskimääräisten bruttohintojen välisen suhteen vakaudesta tehtävässä päätelmässä on otettava huomioon myös selvityksen metodologiset rajoitukset. Komissio täsmentää tältä osin yhtäältä, että ainoastaan Sonyn ja BMG:n tiedot on otettu huomioon, sillä muut suuret yhtiöt ovat ilmoittaneet laskuttavansa ainoastaan nettohintoja, ja toisaalta ratkaistakseen ongelman, joka liittyy siihen, että tietyllä albumilla voi olla vuoden aikana useita julkaistuja myyntihintoja, keskittymän osapuolet ovat kohdentaneet kullekin albumille yhden bruttohinnan, joka vastaa julkaistua myyntihintaa, jolla albumia myydään eniten kyseisen vuoden aikana (albumikohtaiset bruttomyynnit on siten laskettu yksinkertaisesti kertomalla julkaistu myyntihinta myytyjen albumien määrällä). Kunkin albumin osalta rekisteröity bruttohinta, jota käytetään kunkin suuren levy-yhtiön keskimääräisen bruttohinnan laskemiseen, on siten likimääräinen hinta.

125 Vakaa keskimääräisten bruttohintojen suhde keskimääräisiin nettohintoihin ei myöskään riitä osoittamaan aikaisemman yhteensovittamisen tai todennäköisen tulevan yhteensovittamisen olemassaoloa, koska ei ole olemassa todennettavissa

olevaa mekanismia, jonka perusteella suuret yhtiöt kykenisivät valvomaan tämän yhteyden ilmestymistä bruttohintojen ja nettohintojen välille hintojen vahvistamisesta tehtävien monien yksittäispäätösten perusteella. Komissio ei ole löytänyt riittäviä todisteita tällaisen mekanismin olemassaolosta.

126 Komissio on ensinnäkin todennut, että keskittymän osapuolten Sonyn ja BMG:n laskun loppusummasta myöntämät alennukset (tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) olivat ylivoimaisesti merkittävimmät alennukset kussakin suuressa jäsenvaltiossa (lukuun ottamatta Ranskaa BMG:n osalta). Keskittymän osapuolten soveltamien laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten yleistaso vaihteli jonkin verran, kun ne ilmaistiin niiden 20 tärkeimmälle asiakkaalle näissä jäsenvaltioissa kohdistuneen kokonaisbruttomyynnin osuutena (näiden tasojen välinen ero oli [*luottamuksellinen tieto*] prosenttiyksikköä niiden kokonaisbruttomyynnistä Italiassa, [*luottamuksellinen tieto*] prosenttiyksikköä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Espanjassa, [*luottamuksellinen tieto*] prosenttiyksikköä Saksassa ja [*luottamuksellinen tieto*] prosenttiyksikköä Ranskassa).

127 Komissio ei ole löytänyt myöskään todisteita, jotka viittaisivat siihen, että laskun loppusummasta myönnetyt alennukset olisivat olleet riittävän yhdenmukaistettuja keskittymän osapuolten välillä eri asiakkaiden osalta, jotta olisi mahdollista päätellä yhteensovittamisen ja avoimuuden olemassaolo. Päätöksen 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappaleessa viitataan keskittymän molempien osapuolten kokonaislaskun loppusummasta myöntämien alennusten välisiin eroihin yksittäisten asiakkaiden tasolla, ilmaistuina suhteellisena osuutena kuhunkin näistä asiakkaista kohdistuvasta bruttomyynnistä. Komissio on todennut, että keskittymän osapuolten kymmenelle yhteiselle tärkeimmälle asiakkaalleen myöntämät keskimääräiset alennukset laskun loppusummasta vaihtelivat suurissa jäsenvaltioissa Ranskaa lukuun ottamatta ajanjaksolla 2000–2003 2 ja 5 prosentin välillä (Yhdistynyt kuningaskunta, Saksa ja Espanja) tai 1 ja 3 prosentin välillä (Italia). Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Saksassa ja Espanjassa keskittymän molempien osapuolten keskimääräiset vuosittaiset alennukset vaihtelivat tiettyjen niiden tärkeimpien asiakkaiden osalta yli 5 prosenttia niiden bruttomyynneistä näille asiakkaille. Ranskassa (päätöksen 86 perustelukappale) keskittymän osapuolten 15 yhteiselle tärkeimmälle asiakkaalleen myöntämät keskimääräiset alennukset laskun loppusummasta vaihtelivat enemmän

ja saattoivat olla 10 prosenttia. Koska BMG:n paljousalennukset ja sopimusalennukset olivat Ranskassa merkittäviä, komissio tutki myös kokonaisalennukset. Se totesi keskittymän osapuolten välillä eroja, jotka saattoivat olla 3 prosenttia vuonna 2003 tässä asiakasryhmässä ja noin 5 prosenttia niistä kolmen osalta. Nämä vaihtelut johtuivat kaikissa suurissa jäsenvaltioissa lähinnä kampanja-alennuksista.

128 Komissio otti huomioon (päätöksen 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappale) myös tiedot, jotka olivat peräisin kaikista suurista jäsenvaltioista ja jotka viittasivat siihen, että keskittymän molempien osapuolten myöntämät alennukset vaihtelivat kolmella eri tavalla (nämä päätelmät perustuvat liitteissä B.A–B.14 oleviin tietoihin):

– tietyn asiakkaan osalta alennukset vaihtelivat eri aikoina

– tietyn asiakkaan osalta alennukset vaihtelivat albumeittain

– tietyn albumin osalta alennukset vaihtelivat asiakkaittain.

129 Vaikka liite B.4, joka koostuu väitetiedoksiannon liitteenä olleista kaavioista ja josta ilmenevät keskimääräiset keskittymän osapuolten kymmenelle tärkeimmälle yhteiselle vähittäiskauppiaalleen laskun loppusummasta myöntämät alennukset (eli kunkin vuoden osalta kokonaislaskun loppusummasta tietylle asiakkaalle myönnetyt alennukset jaettuna tälle asiakkaalle kohdistuneella kokonaisbruttomyynnillä) Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Saksassa, Italiassa ja Espanjassa vuosien 2000 ja 2003 välisenä aikana, osoittaa alennusten kokonaisvaltaisen vakauden eri aikoina (väitetiedoksiannon 88 kohta), keskittymän osapuolet ovat kuitenkin samojen kaavioiden perusteella vedonneet siihen, että ne olivat kohdelleet tiettyjä asiakkaita Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Saksassa ja Espanjassa hyvin eri tavoin (ks. liite B.5, vastaus väitetiedoksiantoon, 4.21 kohta).

130 Komissio huomauttaa kantajan huomautuksesta, jonka mukaan "ei ole lainkaan selvää, että kymmenen suurimman asiakkaan saamien alennusten väliset erot viittaavat pikemminkin eroihin eri asiakkaiden kohtelussa kuin eroihin keskittymän osapuolten tuotepaketin suorituskyvyssä", että jos se ei ole lainkaan selvää edes havainnoitsijalle, joka on saanut tutustua kaikkiin tietoihin, on vaikea kuvitella, miten suuret yhtiöt voisivat salaisen yhteensovittamisen ja markkinoita koskevien täysin epätäydellisten tietojen perusteella poistaa "häiriöt", joita tuotepaketin koostumus aiheuttaa, jotta niillä olisi tarkka tieto taustalla olevasta alennuskäytännöstä tai -strategiasta.

131 Vastinekirjelmän liitteessä B.6 esitetään keskittymän osapuolten toimittamat todisteet, jotka kattavat viiden vuoden ajanjakson, ja ne osoittavat kussakin viidessä suuressa jäsenvaltiossa toisinaan hyvin laajankin haarukan sisällä vaihteluita keskittymän kummankin osapuolen kymmenelle tärkeimmälle asiakkaalleen 20 parhaan yhden levyn CD-albumin osalta laskun loppusummasta myöntämissä alennuksissa tietyn vuoden aikana, ja nämä albumit edustavat merkittävää osaa suurten yhtiöiden kokonaisliikevaihdosta, joten näkyvä sekä julkaistujen myyntihintojen että alennusten tasoa vastaava kohtelu on yksi mahdollisen nettohintojen yhteensovittamisen olennaisista osatekijöistä. Jokaisessa taulukossa pyritään osoittamaan tietyn levy-yhtiön osalta tietyssä maassa sekä se, että tietyt asiakkaat ovat saaneet hyvin erilaisia alennuksia tietyn vuoden tai tiettyjen vuosien aikana näistä eniten myydyistä albumeista, että se, että eri asiakkaille tietyn vuoden aikana myönnettyjen suurimpien ja/tai pienimpien alennusten välillä oli huomattavia eroja, ja tämä koski myös samaan ryhmään kuuluvia asiakkaita (esim. tukkumyyjiä, erikoistuneita vähittäiskauppiaita ja supermarketteja).

132 Lisäksi vertailtaessa kyseisen liitteen taulukoita Sonyn ja BMG:n osalta minkä tahansa maan kohdalla voidaan päätellä, että kummankin niistä mille tahansa asiakkaalle minä tahansa vuonna myöntämät alennukset ovat usein vaihdelleet huomattavasti tämän ajanjakson aikana myönnettyjen suurimpien ja pienimpien alennusten määrän sekä näiden kahden luvun erotuksen osalta.

133 Komissio epäilee kantajan sen päätelmän merkitystä, jonka mukaan taulukot osoittavat "merkittäviä säännönmukaisuuksia", ja huomauttaa, että mitkään tällaiset "säännönmukaisuudet" eivät poista alennusten vaihtelun merkitystä todisteena nettohintojen vahvistamisen monimutkaisuudesta ja läpinäkymättömyydestä.

134 Komissio on liitteen B.8 perusteella, jossa esitetään keskittymän osapuolten 20 parhaasta CD-albumistaan vuosina 1998–2003 viidessä suuressa jäsenvaltiossa myöntämien alennusten jakautuminen alaeriin, kyennyt selvittämään, mikä oli niiden 20 parhaan yhden levyn CD-albumin myynnin se osuus myynnistä suhteutettuna koko asiakaskuntaan, jonka kumpikin kahdesta suuresta yhtiöstä oli tehnyt tietyllä alennuksella (ilmaistuna tiiviillä 2,5 prosentin vaihteluväleillä), verrattuna asianomaisten albumien listahintoihin. Yleisemmin arvioituna kutakin vuotta vastaava pystysuora sarake näissä taulukoissa osoittaa, että minä tahansa vuonna tai missä tahansa maassa kumpikaan näistä kahdesta suuresta yhtiöstä ei noudattanut yhtenäistä alennuskäytäntöä edes tämän rajoitetun eniten myytyjen albumiensa valikoiman osalta. Vaakasuorat viivat, jotka liittyvät eri alennusten kapeisiin sarakkeisiin, osoittavat niin ikään, että keskittymän kummankin osapuolen alennuskäytänteet ovat vaihdelleet eri aikoina vuodesta toiseen.

135 Lisäksi yksi vastinekirjelmän liitteistä (liite B.9) osoittaa, että Sonyn ja BMG:n 20 parhaasta albumistaan vuonna 2003 myöntämien alennusten jakautuma oli hyvin erilainen.

136 Kantajan huomautus, jonka mukaan erot alennushaitarissa eivät sulje pois sitä, että alennukset perustuvat tunnettuun sääntöjen kokonaisuuteen, perustuu siihen virheelliseen olettamaan, että on riittävää, että kaikki säännöt ovat tiedossa, jotta kaikilla suurilla yhtiöillä olisi varmuus siitä, että näitä sääntöjä noudatetaan.

137 Komissio huomauttaa, että kantajan liitteessä D.3 tekemä syy-yhteyttä koskeva selvitys käsittää vain yhden osapuolen alennukset eri aikoina eikä keskittymän osapuolten välistä yhdenmukaistamista. Vaikka tämä selvitys osoittaa sen, että keskittymän molempien osapuolten alennusrakenteet olivat verrattain vakaita eri aikoina toimintojen koostumuksen muutoksista huolimatta, se vahvistaa lisäksi todellisuudessa oikeaksi komission väitteen, jonka mukaan keskimääräiset nettohintaluvut voivat peittää huomattavia vaihteluita albumien tai asiakkaiden tasolla. Toisin kuin kantaja väittää, kapeat alennusten vaihteluvälit (2,5 prosenttia) kaavioissa vähentävät lisäksi todellisuudessa tarkastelun herkkyyttä alennusten pienille muutoksille.

138 Komissio arvioi myös, että huomautukset, joita kantaja on esittänyt tietyistä kaavioista ja joiden mukaan ne osoittaisivat pikemminkin alennusten vakauden tai korkean syy-yhteyden keskittymän osapuolten välillä, ovat perusteettomia.

139 Liite B.10, jossa esitetään viiden suuren jäsenvaltion osalta nettohintojen jakautuminen keskittymän molempien osapuolten viiden tärkeimmän asiakkaan välillä, osoittaa, että

– nettohintojen jakautuma vaihtelee huomattavasti näiden kahden suuren yhtiön välillä sekä yleisesti arvioiden että tiettyjen asiakkaiden osalta

– tapa, jolla tietyn levy-yhtiön eri asiakkaiden ostot jakautuvat eri nettohintojen lohkoihin, on hyvin vaihteleva; tämä huomio pätee jopa samaan ryhmään kuuluviin asiakkaisiin (kuten tukkukauppiaisiin, erikoistuneisiin vähittäiskauppiaisiin, supermarketeihin) siltä osin kuin taulukossa on enemmän kuin yksi asiakas tietystä ryhmästä.

140 Komissio on kantajan kanssa yhtä mieltä siitä, että tärkeimpien asiakkaiden suurille yhtiöille maksamien nettohintojen jakauman vaihtelut voivat johtua eroista niiden ostotottumuksissa ja levy-yhtiön tuotevalikoimassa. Ne eivät ole kuitenkaan missään tapauksessa merkityksettömiä. Vaikka näet suuri levy-yhtiö kykenisi saamaan selville eri nettohinnat, joita yhteinen asiakas maksaa toisen suuren levy-yhtiön eri albumeista (mikä ei saatavilla olevien todisteiden perusteella vaikuta todennäköiseltä), se ei kykenisi sanomaan, johtuvatko nämä hinnat niiden väistämättä monimutkaisten sääntöjen noudattamisesta, joihin kantaja vetoaa, vai näistä säännöistä tehtävästä poikkeuksesta, ellei sillä ainakin ole käytettävissään huomattavasti enemmän tietoja albumeista, joihin nämä hinnat liittyvät.

141 Vaikka tuotevalikoima ja eriasteinen menestys selittäisivätkin kokonaan tai suurimmaksi osaksi kyseiseen liitteeseen sisältyvät painotetut hintojen jakautumisen vaihtelut, tämä osoittaa myös sen, että on hyödytöntä pyrkiä yhteensovittamiseen keskimääräisten nettohintojen kokonaisuuden perusteella, kuten kantaja esittää.

142 Komissio kiistää niiden seikkojen merkityksen, jotka kantaja on esittänyt osoittaakseen, että vastinekirjelmän liitteenä olevat asiakirjat eivät osoita merkittävää hintojen vaihtelua.

143 Komissiolla on lisäksi todisteita, jotka koskevat korkeiden hintojen ryhmän julkaistuja myyntihintoja (ks. liite B.11) ja jotka viittaavat siihen, että tietyt keskittymän toisen osapuolen erittäin tärkeät asiakkaat olivat kaikki maksaneet tälle levy-yhtiölle yhtenä vuonna (2003) eri nettohintoja (toisin sanoen saaneet erisuuruisia alennuksia) saman julkaistun myyntihinnan ryhmän albumeista. Tietyn julkaistun myyntihinnan albumeista maksetun korkeimman nettohinnan ja alimman nettohinnan välinen ero oli usein huomattava.

144 BMG:n esittämistä todisteista (ks. liite B.12), jotka koskevat sen kullekin kymmenelle tärkeimmälle asiakkaalleen myöntämän keskimääräisen kokonaisalennuksen osuutta, ilmenee, että yhdessä maassa (maa F) keskimääräiset asiakaskohtaiset kampanja-alennukset vaihtelivat noin 8,5 prosentin ja 13 prosentin välillä ja ylittivät huomattavasti keskimääräiset tavanomaiset alennukset (jotka vaihtelivat 3 ja 10 prosentin välillä) lähes kaikkien asiakkaiden osalta, kun puolestaan toisessa maassa (maa C) keskimääräinen kampanja-alennus (joka vaihteli 2 ja 5 prosentin välillä) edusti noin puolta tai jopa suurempaa osaa suurimmasta kokonaisvaltaisesti sovellettavasta alennuksesta eli alennuksesta, jossa ei oteta huomioon erityistä tukkualennusta. Kolmessa maassa (maat B, D ja A) keskimääräisten kampanja-alennusten taso vaihteli huomattavasti asiakkaasta toiseen, sillä vaihteluvälit olivat 0,5–12,5 prosenttia, 0,5–13 prosenttia ja noin 2,5–14,5 prosenttia. Näissä kolmessa maassa keskimääräiset kampanja-alennukset ylittivät keskimääräiset tavanomaiset alennukset yhden tärkeimmän asiakkaan osalta, kun taas muiden osalta ne olivat puolestaan huomattavasti vähemmän merkittäviä.

145 Toisin kuin kantaja väittää, se seikka, että jokainen näistä liitteistä osoittaa eroja ainoastaan jommankumman ilmoituksen tehneen osapuolen nettohinnoissa tai alennuksissa, ei merkitse sitä, ettei niillä olisi merkitystä. Se, että vain yhden suuren levy-yhtiön alennukset vaihtelevat asiakkaiden mukaan (mukaan lukien samantyyppiset asiakkaat, joiden voidaan olettaa kiinnostuvan sen tuotevalikoiman samankaltaisista tuotteista), viittaa näet siihen, että vaikka kilpailija saisi tietoonsa tämän suuren levy-yhtiön asiakkaalleen myöntämät alennukset, tätä tietämystä ei voitaisi laajentaa kyseisen levy-yhtiön yleisiksi alennuskäytännöiksi. Lisäksi yksittäiset asiakkaat ja asiakastyypit kattavan yhteensovittamisen harjoittamista koskevat yksityiskohtaiset säännöt olisivat aivan liian monimutkaisia.

146 Komissio on lisäksi vastaanottanut "todistajanlausuntoja", jotka viittaavat siihen, että sama levy-yhtiö myöntää kampanja-alennuksia sekä esittelyalbumien että levylistan osalta (liite B.2).

147 Tämän vahvistaa keskittymän osapuolten esittämistä kaavioista koostuva liite B.13, josta ilmenevät kunkin viiden suuren maan osalta kummankin osapuolen yhteisille tärkeimmille asiakkailleen vuonna 2002 eniten myytyjen albumiensa laskun

loppusummasta myöntämät alennukset, samoin kuin korkeiden hintojen ryhmän hyvin samanlaiset julkaistut myyntihinnat. Komissio huomauttaa, että tavanomaisen alennuksen pitäisi olla jokaisen levy-yhtiön ja jokaisen asiakkaan osalta vakaa kaikkien albumien osalta tiettynä vuonna, ja päättelee tästä, että suuren levy-yhtiön tietylle asiakkaalle sellaisten eri albumien osalta, joiden julkaistu myyntihinta on sama, laskun loppusummasta myöntämien alennusten vaihtelun on johduttava kampanja-alennuksista, joita kyseisistä esittelyalbumeista myönnetään tiettynä ajankohtana. Kaaviot osoittavat tällaisia vaihteluja kummankin ilmoituksen tehneen levy-yhtiön laskutuskäytännöissä ainakin tiettyjen asiakkaiden osalta kaikissa asianomaisissa maissa.

148 Komissio korostaa, että kantaja arvostelee komissiota siitä, että se ei ole tutkinut "tiettyjä yksinkertaisia periaatteita, joiden perusteella saman viitehinnan albumit eroavat toisistaan ja jotka voisivat selittää erot kampanja-alennusten tasossa", mutta mainitsee niitä kuvatakseen kuusi perustetta, jotka lähtökohtaisesti keskenään yhteensopivina lisäävät huomattavasti niiden sääntöjen yhdistelmien lukumäärää, jotka ovat mahdollisesti sovellettavissa ainoastaan kampanja-alennuksiin. Kantaja ei tee sen perusteella myöskään minkäänlaista yritystä esittää numerotietoja, vaikka sen pitäisi olla olennaista, mikäli hintojen yhteensovittamisen toteuttamista koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen perusteella pitäisi kyetä ennustamaan kohtuullisella tarkkuudella tietyn levyn alennustaso tietyn kampanjakauden aikana ja luonnollisesti vahvistamaan, ovatko todelliset alennukset näiden sääntöjen mukaisia vai poikkeavatko ne hintojen vahvistamista koskevista yhteisistä periaatteista.

149 Kampanja-alennusten vaihtelu ilmenee tietyistä esimerkeistä: erityyppiset asiakkaat ovat saaneet eritasoisia alennuksia samaan musiikkilajiin kuuluvista albumeista; eri asiakkaat ovat saaneet eri alennuksia samasta albumista; sama asiakas on saanut eri alennuksia eri albumeista; sama asiakas on saanut ajallisesti rajattuja alennuksia tietystä albumista.

150 Komission yleistä päätelmää, jossa todetaan "tiettyä vaihtelua suurten levy-yhtiöiden soveltamien alennusten tasossa" suurilla markkinoilla (päätöksen 78, 85, 92, 99 ja 106 perustelukappale), tukevat myös taloudelliset todisteet, jotka koskevat viiden

suuren yhtiön alennuksia. Komission näiltä viideltä suurelta yhtiöltä niiden vuonna 2003 soveltamista laskun loppusummasta myönnetyistä alennuksista saamien tietojen perusteella keskittymän osapuolten taloudelliset asiantuntijat päättelivät RBB:n tutkimuksessa seuraavaa:

"Vertaamme niin ikään osapuolten A, B, C, D ja E viidessä tärkeimmässä maassa vuonna 2003 laskun loppusummasta myöntämien alennusten jakautumaa. Selvityksessä korostuvat merkittävät erot suurten yhtiöiden myöntämien tämän tyyppisten alennusten jakautumisessa. Tämä vahvistaa sen, että niiden hintastrategiat eivät ole tällä hetkellä yhdenmukaistetut."

Alennusten avoimuus

151 Päätöksessä korostetaan, että suurten jäsenvaltioiden useiden asiakkaiden mukaan suuret yhtiöt "tiesivät jossain määrin" (vakaammat) tavanomaiset alennukset, joita niiden kilpailijat sovelsivat (ks. päätöksen alaviitteet 45, 49, 52, 55 ja 57). Tätä kysymystä käsiteltiin runsaasti komission järjestämässä kuulemistilaisuudessa. Keskittymän osapuolet vetosivat siihen, että tietty osa myönteisistä vastauksista koski ainoastaan julkaistuja myyntihintoja tai niissä ei erotettu toisistaan julkaistuja myyntihintoja ja alennuksia. Ainoastaan viidessä vastauksessa (jotka olivat peräisin Belgiasta, Ranskasta ja Italiasta) kaiken kaikkiaan 36:sta käytettävissä olleesta vastauksesta, jotka olivat peräisin kaikista maista, ilmoitettiin nimenomaisesti, että alennukset olivat jossain määrin avoimia: vastakkaista näkemystä puollettiin nimenomaisesti 11 vastauksessa. Komissio oli päätellyt vähittäiskauppiaiden vastausten, Sonyn ja BMG:n kansallisten esimiesten "todistajanlausuntojen" (ks. liitteen B.2 asiaa koskevat otteet) sekä sen perusteella, että myyntiedustajien seurantaraporteissa, jotka sille oli toimitettu (ks. liite B.15), ei ollut tietoja todetuista alennuksista, että vaikka tietyt vähittäiskauppiaat ovat havainneet, että suuret yhtiöt olivat jossain määrin tietoisia muiden suurten levy-yhtiöiden hintastrategiasta, tämä tietoisuus saattoi koskea verrattain avoimia julkaistuja myyntihintoja ja tietyssä määrin tavanomaisia alennuksia, joista neuvotellaan vuosittain, mutta ne eivät todennäköisesti ulottuneet kampanja-alennuksiin, joista neuvotellaan tapauskohtaisesti. Suurten yhtiöiden ja vakaan asiakaskunnan väliset suhteet (päätöksen 112

perustelukappale) saattoivat mahdollistaa tiettyjen tietojen saamisen vuosittaisista alennuksista, mutta ne eivät näytä edistävän avoimuutta lyhytkestoisten myynninedistämiskampanjoiden osalta.

152 Komissio on todennut, että kampanja-alennukset olivat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset ja että niiden seuranta edellytti tarkkaa alennusten havainnointia vähittäismarkkinoilla (päätöksen 80, 87, 94, 101 ja 108 perustelukappale). Sonyn ja BMG:n myyntihenkilöstön viikoittain tuottamien raporttien järjestelmä (joka sisältää kilpailijoihin liittyviä havaintoja) ei kuitenkaan saavuta sitä avoimuuden astetta, jota näiden alennusten osalta edellytetään. Komissio ei ole varsinkaan löytänyt riittäviä todisteita osoittaakseen sitä, että vähittäishintojen seuranta tai yhteydet vähittäiskauppiaisiin antaisivat suurille yhtiöille mahdollisuuden korjata alennusten ja erityisesti kampanja-alennusten avoimuuden puutetta.

153 Liitteeseen B.15 sisältyvät keskittymän osapuolten esittämät markkinoiden seurantaraportit eivät sisällä sen tyyppisiä yksityiskohtaisia tietoja kantajien alennuksista, jotka mahdollistaisivat yksittäisistä albumeista eri asiakkailta perittyjen hintojen tehokkaan seurannan. Lisäksi ne ovat muissa maissa huomattavasti suppeampia tai niitä ei edes ole. Muun muassa BMG:n edustajat esittävät virallisia seurantaraportteja ainoastaan Ranskassa ja Itävallassa.

154 Vaikka komissio myöntää, että se ei kykene helposti osoittamaan, että ei ole olemassa hintojen vahvistamista koskevaa mekanismia, joka koostuisi useista yleisistä säännöistä, se huomauttaa, että kantaja ei ole vaivautunut esittämään konkreettista näyttöä siitä, miten tällainen hintojen vahvistamista koskeva mekanismi on laadittu ja miten sitä on sen jälkeen sovellettu lukemattomiin yksittäisiin sopimuksiin, eikä myöskään siitä, miten sen noudattaminen varmistetaan.

155 Komissio ilmoittaa lisäksi olevansa yllättynyt siitä, että kantaja kiistää suoraan sen, että seuranta olisi tarpeen yhteisen määräävän markkina-aseman osoittamiseksi.

156 Vähittäismyynnin seurannan tehottomuuteen liittyvä komission päätelmä perustuu lisäksi vähittäishintojen vahvistamisen monimutkaisuuteen ja läpinäkymättömyyteen. Keskittymän osapuolten esittämä tutkimus (liite B.17) osoittaa, että on olemassa voimakkaita vaihteluja tärkeimpien vähittäiskauppiaiden vertailukelpoisiin CD-albumeihin soveltamien vähittäishintojen välillä jokaisessa suuressa hintasegmentissä (kalliit hinnat, keskitason hinnat ja halvat hinnat) ja että vähittäishintojen vahvistaminen on yhtä monimutkaista kuin tukkuhintojen. Lisäksi tämän saman viiden eniten myydyn valikoiman tietyn albumin osalta vähittäishinta vaihtelee usein ja eri aikoina minkä tahansa vähittäiskauppiaan osalta sekä voimakkaammin vähittäiskauppiaasta toiseen kaikkina aikoina.

157 Todisteet (jotka sisältyvät liitteessä B.17 olevaan 2 jaksoon) osoittavat, että tehokas seuranta, jota suuret yhtiöt harjoittavat kunkin vähittäiskauppiaan kunkin tärkeän albumin osalta soveltamien vähittäishintojen kehityksen osalta, ei anna suurelle levy-yhtiölle mahdollisuutta päätellä siitä tärkeimpien kilpailijoidensa nettohintojen (julkaistut myyntihinnat, joista on vähennetty laskun loppusummasta myönnetyt alennukset) vahvistamiskäytäntöjä tietyn albumin osalta. Kaikki vähittäiskauppiaat eivät näet sovella johdonmukaisesti samaa tukkuhintojen korotusta tiettynä ajankohtana kaikkiin albumien ryhmiin eivätkä edes kaikkiin albumeihin, jotka kuuluvat korkeimpien hintojen suppeimpaan ryhmään (taulukko 2.1).

158 Komissio ei ole myöskään todennut mitään toteen näytettävissä olevaa yhteyttä saman julkaistun myyntihinnan ryhmän albumien vähittäishintojen ja niiden osalta laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten välillä. Keskittymän osapuolten esittämä tutkimus pyrkii päinvastoin osoittamaan, että sekä korkean hinnan ryhmään kuuluvien albumien että muidenkin albumien osalta tietyn albumin vähittäishinnan vaihtelut tiettynä ajankohtana eri vähittäismyyntipisteissä eivät liittyneet täsmällisesti näille vähittäiskauppiaille tämän albumin osalta laskun loppusummasta myönnettyihin alennuksiin (taulukko 3.1).

159 Kun otetaan huomioon näin vaihtelevat ja ennakoimattomat vähittäishintojen vahvistamiskäytänteet, suuri levy-yhtiö ei voi päätellä varmuudella, että tietty vähittäiskauppias soveltaisi muiden suurten levy-yhtiöiden vastaaviin albumeihin samaa korotustasoa tai -suunnitelmaa kuin omiin albumeihinsa, eikä se kykene

päättelemään luotettavasti kilpailijoiden nettohintoja tietyn albumin osalta sen enempää kuin kokonaisvaltaisestikaan tietyn vähittäiskauppiaan omiin albumeihinsa soveltaman vähittäishinta/tukkuhinta-suhteen perusteella, tarkastellaanpa niitä erikseen tai kokonaisvaltaisesti.

160 Komissio korostaa, että kantajan väitteeseen, jonka mukaan "olisi yllättävää, jos ei olisi olemassa tarkasti määriteltyä ja systemaattista suhdetta tiettyyn ryhmään kuuluvien ja tietylle vähittäiskauppiaalle myytyjen albumien keskimääräisen vähittäishinnan ja niiden todellisten tukkuhintojen välillä riittävän laajassa tuotevalikoimassa ja kohtuullisen ajanjakson aikana", ei liity minkäänlaista tätä tukevaa näyttöä. Koska albumeja ja eri aikoja koskevat tiedot on laskettu suureksi osaksi yhteen, tämä peittää vaihtelut yksittäisten levyjen tasolla, jolla myynti on usein merkittävää ja jolla hintoja koskevan salaisen yhteensovittamisen pitäisi väistämättä olla kiinnostavaa. Suuri levy-yhtiö ei kykene osoittamaan luotettavasti omien albumiensa vähittäishinta/tukkuhinta -suhteen perusteella, joka – kuten kantaja on korostanut koko ajan huomautuksissaan – edustaa aina yksittäisten tuotteiden valikoimaa, päteekö tämä suhde myös muihin suuriin yhtiöihin.

161 Komissio väittää, että kantajan arvostelu, joka liittyy RBB:n tutkimukseen ja siihen, että komissio ei ole toimittanut tutkimusta markkinoiden toimijoille, sisältää ainoastaan tiettyjä väitteitä, joiden tueksi ei ole esitetty todisteita.

Rakenteelliset siteet

162 Keskittymän osapuolet ovat osoittaneet kokoelmalevyjen osalta, että yhteishankkeen kumppanit saavat ainoastaan keskimääräisen alennuksen (jota ei jaotella alennustyypin tai asiakkaan mukaan) kyseisen kokoelmalevyn myynnistä. Kun otetaan huomioon vaihtelut, joita havaitaan alennuskäytännössä albumien, asiakkaiden ja ajan mukaan, kampanja-alennusten merkitys sekä kampanja-alennusten todennäköiset erot kokoelmalevyjen ja yhden levyn sisältävien albumien välillä, kokoelmalevyt eivät voi taata tarvittavaa avoimuutta, eikä niillä siten ole merkitystä sen tarkastelun kannalta.

163 Samoin jakelu- tai lisenssisopimuksiin kuuluu harvoin enemmän kuin kaksi suurta yhtiötä, eivätkä ne siten ole asianmukainen tekijä niiden kaikkien suurten yhtiöiden nettohintojen vahvistamista koskeviin käytäntöihin liittyvien hyvin monimutkaisten tietojen monenvälistä vaihtoa varten, jotka olisivat välttämättömiä tältä pohjalta tapahtuvaa salaista yhteensovittamista varten. Koska musiikin kustantamisen maksuihin liittyvät neuvottelut ovat yhteisiä ja niitä käydään kansallisten levy-yhtiöiden (suuret levy-yhtiöt ja riippumattomat levy-yhtiöt) järjestöjen ja (tuottajia ja tekijöitä edustavien) kansallisten hallinnointiyhtiöiden välillä ja koska niissä ei käsitellä musiikkiäänitteiden hintojen vahvistamista, komissio on päätellyt, että niillä ei ollut merkitystä avoimuuden selvittämisen kannalta.

Kostotoimenpiteet

164 Päätöksen 114 ja 118 perustelukappaleesta ilmenee, ettei komissio ole pyrkinyt selvittämään mahdollisten uskottavien kostomekanismien olemassaoloa (se on paljastanut tietyn määrän mahdollisesti uskottavia mekanismeja) vaan pikemminkin ennen kaikkea määrittämään, johtuiko tietyillä hyvin yleisillä tutkimuksen tasoilla havaittu alennusten yhdenmukaisuus ja vakaus salaisesta yhteensovittamisesta nettohintojen vahvistamista koskevien yksittäispäätösten monimutkaisuudesta, yksittäisten nettohintojen jakautumisesta useisiin eri suuruusluokkiin ja riittävän avoimuuden ilmeisestä puuttumisesta huolimatta. Ilmeiset todisteet muiden suurten yhtiöiden soveltamista kostotoimenpiteistä reaktiona poikkeamiseen tavanomaisista keskimääräisten nettohintojen tai keskimääräisten laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten tasosta olisivat voineet olla indisio (vaikkakaan ei luonnollisestikaan ratkaiseva indisio) yhteensovittamisen olemassaolosta. Sitä, että kostotoimenpiteitä, jotka ilmenisivät yleisluonteisena ryhtymisenä kovempaan kilpailuun hintojen tai kokoelmalevyjen, verkkomusiikin tai musiikin kustantamisen tasolla, koskevat todisteet puuttuvat, voidaan pitää käänteisenä indisiona siitä, että kokonaistasolla havaittu yhdenmukaisuuden aste ei johdu salaisesta yhteensovittamisesta.

165 Sen yleisemmän kysymyksen osalta, onko olemassa riittävän uskottavia kostomekanismeja varmistamaan kestävä yhteensovittaminen musiikkiäänitteiden markkinoilla, komissio on selvästi pitänyt mahdollista poikkeavan yrityksen poissulkemista

kokoelma-albumeilta tai kieltäytymistä osallistumasta sen omiin kokoelmalevyihin (hintakilpailuun palaamisen lisäksi) kiinnostavimpana mahdollisena menetelmänä. Komission päätöksen 116 ja 117 kohdassa esittämät seikat eivät ole vakuuttavia. Yhtäältä suurilla yhtiöillä on todellisuudessa yhteinen kokoelmalevyhankkeiden verkosto (päätöksen 116 perustelukappale), nämä albumit edustavat merkittävää osaa musiikkiäänitteiden markkinoista (15–20 prosenttia) ja niiden myynti on enimmäkseen merkittävää (päätöksen 115 perustelukappale). Toisaalta eri levy-yhtiöihin kuuluvien artistien sekoitus näyttäisi olevan tämän menestyksen avaintekijä (päätöksen 115 perustelukappale), koska kokoelmalevyt, joissa on mukana kaksi tai kolme suurta yhtiötä, ovat ylivoimaisesti eniten myytyjä (päätöksen 116 perustelukappale). On ilmeistä, että turvautuminen tähän kostomekanismiin voisi merkitä sellaisten lisätulojen uhraamista, joita voitaisiin saada kokoelmalevystä, jolla esiintyisi poikkeavan yrityksen artisteja. Kun otetaan huomioon tämä kannustavien ja ehkäisevien seikkojen sekoitus ja koska ei ole olemassa todisteita siitä, että tällaisia kostotoimenpiteitä olisi aikaisemmin joko sovellettu tai käytetty uhkauksena, komissio ei ollut kyennyt päättelemään, että mekanismi, joka olisi voinut "olla suurille yhtiöille yleisesti uskottava kostotoimenpide", oli tai olisi riittävän uskottava varmistamaan aikaisemman tai tulevan yhteensovittamisen.

c) Muut jäsenvaltiot

166 Muissa, pienemmissä jäsenvaltioissa suurin osa kunkin suuren levy-yhtiön kokonaismyynnistä (50–60 prosenttia ja 90–100 prosenttia) tehtiin käyttämällä kunkin suuren levy-yhtiön viittä julkaistua myyntihintaa ja (Itävaltaa lukuun ottamatta) kahta julkaistua myyntihintaa, jotka edustivat 30–40:tä prosenttia ja 60–70:tä prosenttia kunkin suuren levy-yhtiön CD-levyjen kokonaismyynnistä vuonna 2003.

167 Lisäksi laskun loppusummasta myönnetyt alennukset vaihtelivat merkittävästi asiakkaittain kummankin keskittymän osapuolen osalta. Keskittymän toisen osapuolen kymmenelle tärkeimmälle asiakkaalleen (viisi suurinta Irlannissa) myöntämien suurimpien keskimääräisten alennusten ja pienimpien keskimääräisten

alennusten välinen ero oli 5,7 prosenttia, kun ero tietylle kymmenen tärkeimmän asiakkaan joukkoon kuuluvalle asiakkaalle myönnettyjen suurimpien keskimääräisten alennusten ja pienimpien keskimääräisten alennusten välillä ei ollut missään maassa alle 10:tä prosenttia kummankaan ilmoituksen tehneen osapuolen osalta.

168 Komissio totesi (päätöksen 148–152 perustelukappale) tiettyjä samankaltaisuuksia pienten maiden markkinoiden ja viisien suurten markkinoiden välillä. Pienten maiden osalta esitettyjen todisteiden perusteella olisi mahdotonta osoittaa todellisen salaisen yhteensovittamisen olemassaolo suurten yhtiöiden välillä näillä markkinoilla.

2. Päätöksen virheellinen esitteleminen kannekirjelmässä

169 Komissio muistuttaa aluksi siitä, että väitetiedoksianto on ainoastaan alustava ja valmisteleva toimi (asia 60/81, International Business Machines v. komissio, tuomio 11.11.1981, Kok. 1981, s. 2639, Kok. Ep. VI, s. 231) ja että se ei ole velvollinen ilmoittamaan erikseen, miksi se poikkeaa alustavasta näkemyksestään. Ei ole riittävää, että kantaja huomauttaa, että markkinoiden ominaispiirteet eivät ole muuttuneet sen ajanjakson aikana, joka on kulunut väitetiedoksiannosta päätöksen tekemiseen. Vaikka tämä saattaisi pitää suureksi osaksi objektiivisesti arvioiden paikkansa, se ei varmastikaan pidä paikkaansa sen tietämyksen ja ymmärryksen laajuuden valossa, joka komissiolla on markkinoista. Omaksuessaan lopullisen kantansa komissio on ottanut asianmukaisesti huomioon keskittymän osapuolten väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa esittämät yksityiskohtaiset huomautukset.

170 Komissio huomauttaa, että kantaja esittää päätöksestä useilta kohdin vääristyneen näkemyksen.

171 Ensinnäkään päätöksessä ei viitata siihen, että suurilla yhtiöillä olisi "kaikki määräävässä asemassa olevan konsernin ominaispiirteet".

172 Päätöksessä ei myöskään todeta, että suuret yhtiöt olisivat kyenneet pitämään hinnat korkeina. Päätöksen 56 perustelukappaleessa ilmoitetaan pikemminkin, että hinnat ovat laskeneet, mutta vähemmän kuin keskittymän osapuolet ovat väittäneet, ja päätöksen 58 perustelukappale koskee ainoastaan CD-levyjen korkeaksi koettua hintatasoa.

173 Komissio ei ole myöskään todennut päätöksessä, että markkinoilla olisi kaikki salaisen yhteensovittamisen ominaispiirteet. Päätöksessä ei varsinkaan väitetä, että yhteensovittaminen olisi todellisuudessa tapahtunut, vaan todetaan enintään, että komissio oli havainnut tiettyjä indisioita yhteensovittamisesta (päätöksen 109 perustelukappale). Vaikka komissio korostaa päätöksen 112 ja 113 perustelukappaleessa asiakaskunnan tiettyä vakautta ja valvonnan olemassaoloa, se ei pidä tätä valvontaa riittävänä korvaamaan alennusten ja erityisesti kampanja-alennusten avoimuuden puutetta.

3. Ensimmäinen osa

a) Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti

174 Komissio pitää hyödyllisenä esittää EY 253 artiklan yleiset vaatimukset ennen kuin se tarkastelee kantajan esittämiä eri väitteitä.

175 Komissio korostaa ensinnäkin, että on tärkeää erottaa toisistaan väitetty päätöksen tekemisen riittävän selvien perustelujen puuttuminen ja sellaisten perustelujen ilmoittaminen, jotka perustuvat tosiseikkoja koskeviin virheisiin, arviointivirheeseen tai oikeudelliseen virheeseen, koska jälkimmäinen tapaus koskee pikemminkin asiakysymystä kuin olennaisten menettelymääräysten rikkomista, eikä se merkitse EY 253 artiklan rikkomista (asia T-84/96, Cipeke v. komissio, tuomio 7.11.1997, Kok. 1997, s. II-2081, 46 ja 47 kohta ja asia T-295/94, Buchmann v. komissio, tuomio 14.5.1998, Kok. 1998, s. II-813, 44 ja 45 kohta).

176 Komissio muistuttaa toiseksi siitä, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 253 artiklassa edellytetyt perustelut on mukautettava asianomaisen toimen luonteeseen ja niistä on ilmettävä selvästi ja yksiselitteisesti toimielimen päättely, eikä komissiolla ole velvollisuutta ottaa kantaa kaikkiin kunkin asianosaisen hallinnollisen menettelyn aikana esittämiin tosiseikkoihin ja oikeudellisiin seikkoihin, vaan sen on otettava huomioon asiayhteys sekä kyseistä alaa koskevien oikeussääntöjen kokonaisuus.

177 Asian kannalta merkityksellisiin asiayhteyttä koskeviin seikkoihin kuuluu se, miten hyvin henkilöt, joita toimi koskee, ovat etukäteen tienneet asiaan vaikuttavat olosuhteet tai seikat, kun otetaan huomioon se, että tietyiltä henkilöiltä voidaan odottaa alan tuntemusta tai asianomaiset henkilöt voivat hankkia sen osallistumalla tiiviisti päätöksen tekemiseen johtavaan menettelyyn tai siihen liittyvään menettelyyn. Yrityskeskittymien valvontaan liittyvää joutuisuuden vaatimusta on niin ikään pidetty merkityksellisenä seikkana arvioitaessa perustelujen asianmukaisuutta.

178 Kun tietyt asiaan vaikuttavat seikat kuuluvat EY 287 artiklassa määrätyn liikesalaisuuksien salassapitovelvollisuuden piiriin, toimivaltaisen toimielimen on kuitenkin huolehdittava siitä, että olennaiset seikat sen perusteluista ilmoitetaan asianomaisille henkilöille.

179 Silloin kun päätöstekstin merkitys ei selviä ensi lukemalla, EY 253 artiklaa ei kuitenkaan rikota, mikäli tavanomaisen tulkinnan avulla kyetään poistamaan perusteluihin liittyvät moniselitteisyydet.

180 Huomautettakoon lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että "komission ei tarvitse selittää mahdollisia eroja väitetiedoksiantoonsa nähden, sillä se on valmisteluasiakirja, johon sisältyvät arvioinnit ovat täysin alustavia, ja niillä pyritään rajaamaan hallinnollisen menettelyn kohde tämän menettelyn kohteena oleviin yrityksiin".

181 Mikäli keskittymällä ei muuteta tai muutetaan hyvin vähän kilpailutilannetta tietyillä markkinoilla, komissiolta ei voida edellyttää erityisten perustelujen esittämistä tämän kysymyksen osalta. Komissio ei myöskään laiminlyö perusteluvelvollisuuttaan, jos se ei sisällytä päätökseensä täsmällisiä perusteluja sille, miten se on arvioinut keskittymän tiettyjä seikkoja, jotka ovat sen mielestä selvästi asiaankuulumattomia, merkityksettömiä tai selvästi toissijaisia keskittymän arvioimisen kannalta.

Tuotteen homogeenisuus

182 Komissio esittää kantajan väitteestä, jonka mukaan tuotteen homogeenisuutta koskeva toteamus on riittämättömästi perusteltu, että se ei ole todennut, että "sisällön heterogeenisuudella pitäisi olla suurempi painoarvo kuin muodon homogeenisuudella", vaan ainoastaan päätellyt, että nämä kaksi seikkaa piti ottaa huomioon. Myöskään CD-levyjen tukkumyyntihintojen vahvistamisprosessin moninaisten näkökohtien standardoimista (käyttämällä tavanomaisimpia julkaistuja myyntihintoja ja tavanomaisia alennuksia kunkin asiakkaan osalta) ei ole "kumottu" vaan se on pikemminkin asetettu oikeisiin mittasuhteisiin mainitsemalla se merkitys,

joka menestyksellä on yksittäisten albumien hinnan vahvistamisessa. Lyhyesti sanoen yhden levyn CD-albumit eivät ole verrattavissa öljytynnyreihin, eikä mahdollisuus katsoa useampien CD-albumien kuuluvan samoille markkinoille ("korvattavuuden jatkumon" välityksellä) tee niistä täysin homogeenisia tuotteen itsensä tai hinnanvahvistusprosessin kannalta. Tuloksena ei ole "sarja ristiriitaisia toteamuksia" vaan monitahoisen todellisuuden heijastuma.

Avoimuus

183 Kantaja ei voi komission mielestä väittää, että se ei olisi ymmärtänyt riidanalaista päätöstä sen vuoksi, että komissio ei ole esittänyt määritelmää siitä, mitä se ymmärtää "kampanja-alennuksilla", sillä se on alan yhteenliittymä, joka osallistui aktiivisesti keskusteluihin komission järjestämässä kuulemistilaisuudessa, ja se väittää itse tuntevansa näiden alennusten toiminnan. Päätöksessä selitetään joka tapauksessa oikeudellisesti riittävällä tavalla, mitä erityyppiset alennukset kattavat (78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 ja 113 perustelukappale).

184 Kantaja menettelee niin ikään virheellisesti, kun se väittää, että pienempien maiden yleiskatsaus, jonka komissio esittää 148 perustelukappaleessa ja sitä seuraavissa perustelukappaleissa, koskee yksinomaan tavanomaisia alennuksia. Komissio vain huomauttaa päätöksen 150 perustelukappaleessa, että tavanomaiset alennukset ovat tärkeimpiä kaikissa maissa, mutta tarkastelee tämän jälkeen laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten laajinta luokkaa (joka kattaa tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset), kuten se oli jo tehnyt maakohtaisesti 119–146 perustelukappaleessa. Asiassa ei ole ollut sekaannuksia eikä epävarmuutta.

185 Komissio pitää päätöksessä kampanja-alennuksia erittäin tärkeinä, sillä tehokkaan yhteensovittamisen kannalta merkityksellisiä ovat nettohinnat. "Jonkinlainen tietämys" tavanomaisista alennuksista ei riitä, jos kampanja-alennukset vastaavat

alennusten vaihtelusta tiettyjen asiakkaiden osalta eri aikoina ja albumista toiseen yhtä vahvasti kuin päätöksen 79, 86, 100 ja 107 perustelukappaleessa on mainittu.

186 Komissio on tutkinut muiden suurten yhtiöiden alennukset, mutta koska näitä lukuja ei voida paljastaa kantelun tehneille osapuolille, ei ole ollut mahdollista sisällyttää niitä päätökseen. Tämä ei ole myöskään tarpeen, sillä kahden suuren yhtiön läpinäkymättömät alennuskäytänteet olivat riittäviä estämään sen, että kaikki suuret yhtiöt seuraisivat tehokkaasti nettohintoja. Lisäksi kantajan väitteet, jotka liittyvät liitteessä A.17 olevien hintojen vahvistamiseen, perustuvat siihen ajatukseen, että kaikki levy-yhtiöt vahvistavat nettohintansa samalla tavoin.

Ehkäisemiskeinot

187 Päätöksestä (erityisesti 114 perustelukappaleesta) ilmenee, että komissio on tutkinut mahdollisten kostomekanismien käytön uhkan tai todellisen käytön täydentävänä keinona selvittää, johtuiko hintojen tietynasteinen yhdenmukaistaminen kokonaisuutena arvioiden salaisesta yhteensovittamisesta. Koska niiden todellisesta käytöstä ei ollut todisteita, komissio ei kyennyt ottamaan lopullista kantaa siihen, olivatko päätöksessä mainitut mahdolliset eri kostomekanismit riittäviä.

Vastapainot

188 Koska olemassa olevaa tai tulevaa yhteistä määräävää asemaa koskevan toteamuksen edellytykset ovat päällekkäiset, komission ei tarvinnut näyttää toteen päätelmiä, jotka koskevat kilpailijoiden ja kuluttajien pakotevaltaa, eikä sen siten tarvinnut esittää tätä koskevia perusteluja.

b) Ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe

189 Koska ilmeistä arviointivirhettä ja oikeudellista virhettä koskevat kumoamisperusteet ovat komission mielestä päällekkäisiä, se tarkastelee niitä yhdessä.

190 Komissio esittää aluksi kaksi huomautusta.

191 Komissio huomauttaa yhtäältä sen väitteen osalta, jonka mukaan silloin, kun komission on verrattava keskenään ristiriidassa olevia väitteitä, se ei saa antaa liikaa painoa yhdelle niistä, että sillä on harkintavaltaa, kun sen on tehtävä monitahoisia taloudellisia arviointeja, ja vetoaa siihen, että päätös on kuitenkin päätelmiensä osalta äärimmäisen harkittu ja että kantaja ei tältä osin mainitse komission käytettävissä olleista todisteista yhtään sellaista, jolle olisi sen mielestä annettu liikaa tai liian vähän painoarvoa.

192 Toisaalta komissio täsmentää väitteestä, jonka mukaan päätöstä, jossa ei mainita tosiseikkoja koskevia riittävän yksityiskohtaisia todisteita, jotka tukisivat sen päätelmiä, rasittaa ilmeinen arviointivirhe, että kyseessä on lähinnä perusteluja koskeva kysymys, ja väittää, että sillä ei ole minkäänlaista velvollisuutta esittää päätöksissään huomioon ottamiaan usein runsaita (ja luottamuksellisia) todisteita yksityiskohtaisesti. Riittää, että se ilmoittaa selvästi todisteidensa yleisen sisällön ja niiden päätelmien perusteet, joita se on niiden nojalla tehnyt, jotta asianosaiset ja erityisesti ne, jotka tuntevat alan ja ovat jo olleet tiiviisti mukana hallinnollisessa menettelyssä, kykenevät muodostamaan näkemyksensä näiden päätelmien laillisuudesta. Tässä tapauksessa erilaisia arviointeja, joita päätöksessä on esitetty musiikkiäänitteiden markkinoista, tukevat runsaat monitahoiset todisteet.

Tuotteen homogeenisuus

193 Komissio väittää kantajan erehtyvän, kun se väittää, että sisällön heterogeenisuudella ei olisi merkitystä, koska hinnat vahvistetaan määrältään vähäisten viitehintojen perusteella. Viitehinnat koskevat näet ainoastaan albumien listahintoja mutta eivät laskun loppusummasta myönnettyjä alennuksia. Erityisesti kampanja-alennukset vaihtelevat albumeittain.

194 Komissio väittää, että yhteinen määräävä asema voi olla vaikeampaa havaita markkinoilla, joille on ominaista tuotteiden välinen erilaistaminen, erityisesti silloin, jos tämä erilaistaminen "lisää vaikeuksia saada tietoja läpinäkymättömistä markkinoista" (ks. komission suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla (EUVL 2004, C 31, s. 5), 45 kohta).

Avoimuus

195 Ennen kantajan eri väitteiden tutkimista komissio pitää välttämättömänä kommentoida neljää kannekirjelmään sisältyvää sen mielestä perustavanlaatuista virhettä, joista kaksi on oikeudellisia ja käsitteellisiä ja kaksi päätöksen tulkintavirheitä.

196 Kantaja on ensinnäkin tehnyt perustavanlaatuisen käsitteellisen virheen, kun se on olettanut, että suurten yhtiöiden nettohintojen merkittävän yhdenmukaisuuden tai tietyn levy-yhtiön keskimääräisten alennusten huomattavan vakauden toteaminen merkitsisi riittävää näyttöä sekä salaisesta yhteensovittamisesta että avoimuudesta,

joka on välttämätön, jotta varmistettaisiin pysyvästi tämä yhteensovittaminen todetuissa olosuhteissa. Kokonaistasolla tapahtuva tietynasteinen mukauttaminen tai vakaus ei voi korvata merkittäviä ja yhtäpitäviä todisteita sellaisen avoimuuden olemassaolosta, joka riittäisi, jotta oligopolitilanteessa olevat yritykset kykenisivät valvomaan toistensa käyttäytymistä markkinoilla, ja kun riittävästä avoimuudesta ei ole todisteita, ei voida olettaa, että jokainen oligopolitilanteessa oleva yritys on päättänyt käyttäytymisestään markkinoilla siten, että sillä on ollut riittävän tarkka tietämys kilpailijoiden käyttäytymisestä.

197 Kantaja tekee toiseksi perustavanlaatuisen oikeudellisen virheen, kun se arvostelee komissiota siitä, että se on nojautunut alennuksia koskeviin todisteisiin toteamatta kuitenkaan, että sovelletut alennukset olisivat johtaneet huomattaviin hinnanalennuksiin, ja kun se väittää, että alennuksia koskeva kilpailu on todellisuudessa erittäin vähäistä. Tosiseikat eivät tue lainkaan tätä väitettä: keskittymän osapuolten keskimääräiset alennukset laskun loppusummasta edustavat päinvastoin erittäin suurta osuutta niiden keskimääräisistä bruttomyynneistä (päätöksen 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 ja 146 perustelukappale), ja tietyille asiakkaille ja tietyistä albumeista annetaan vieläkin suurempia alennuksia (päätöksen 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappale). Alennukset ovat siten äärimmäisen tärkeä hinnanmuodostusprosessin osatekijä sekä ehkä todennäköisin ja varmasti vähiten avoin keino, jolla suuryritys voi ryhtyä "erittäin kiivaaseen kilpailuun markkinaosuutensa lisäämiseksi (esimerkiksi alentamalla hintoja)". Sen välittömänä tarkoituksena, että komissio on kiinnostunut alennusten avoimuudesta, ei ole selvittää sitä, ovatko suuret yhtiöt mahdollisesti aikaisemmin noudattaneet yhteistä toimintalinjaa, vaan tarkoituksena on selvittää se, olisivatko oligopolitilanteessa olevat yritykset itse voineet noudattaa jatkuvasti tällaista yhteistä toimintalinjaa (tai voisivatko ne noudattaa sitä jatkuvasti keskittymän jälkeen) tarkoituksenmukaisen keskinäisen valvonnan avulla. Komission mielestä ei ollut siten tarpeen osoittaa, että yksi tai useampi suuryritys olisi todellisuudessa laskenut hintojaan toisten hintoihin nähden merkittävillä lisäalennuksilla.

198 Kantaja on kolmanneksi tehnyt perustavanlaatuisen virheen päätöstä tulkitessaan, kun se on arvostellut komissiota siitä, että se sekoittaa keskenään "markkinoiden riittävän läpinäkyvyyden" edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa ja päätöksessä sovelletun täydellisen avoimuuden

vaatimuksen. Päätöksessä mainitaan näet jatkuvasti "riittävä avoimuuden määrä" (päätöksen 73, 80, 87, 94, 108 ja 120 perustelukappale). Kantaja jättää niin ikään huomiotta komission hintojen vahvistamista koskevasta järjestelmästä tekemän tutkimuksen luonteen. Komissio tutki yksittäiselle asiakkaalle myydyn yksittäisen albumin nettohinnan osatekijät (julkaistu myyntihinta, tavanomainen alennus ja mahdollinen kampanja-alennus) sekä päätteli, että kaikkien osatekijöiden riittävä avoimuus olisi tarpeen, jotta suuri levy-yhtiö kykenisi saamaan kohtuudella varmuuden siitä, että se tuntee toisen levy-yhtiön nettohintojen todelliset vahvistuskäytänteet, sellaisina kuin ne ilmenevät asiakkaiden ja albumien tasolla. Komissio väittää, että se ei olisi kyennyt tekemään tällaista päätelmää, jos asiassa olisi ollut todisteita julkaistujen myyntihintojen suhteellisesta avoimuudesta, joitakin todisteita tavanomaisten alennusten tietystä avoimuudesta ja vankkoja todisteita kampanja-alennusten läpinäkymättömyydestä ja monimutkaisuudesta.

199 Kantaja on neljänneksi tehnyt vielä perustavanlaatuisen tulkintavirheen väittäessään, että komissio olisi todennut, että julkaistut myyntihinnat ja keskimääräiset nettohinnat kehittyivät samansuuntaisesti. Tämä väite on virheellinen. Komissio on todennut, että ilmoituksen tehneiden osapuolten keskimääräiset todelliset bruttohinnat ja keskimääräiset todelliset nettohinnat kehittyivät kaikilla suurilla markkinoilla samansuuntaisesti (päätöksen 77, 84, 91, 98 ja 105 perustelukappale), mutta se ei ole todennut, että keskittymän molempien osapuolten keskimääräiset alennukset olisivat olleet samat (päätöksen 78, 85, 92 ja 99 perustelukappale sekä liitteeseen B.6 liittyvät huomautukset). Komissio korostaa, että alennukset vaihtelevat asiakkaiden ja albumien mukaan ja eri aikoina (päätöksen 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappale sekä todisteita koskevat taustahuomautukset). Kyseiset todisteet eivät osoita, että jotain tiettyä julkaistua myyntihintaa alennettaisiin johdonmukaisesti kiinteällä ja ennakoitavissa olevalla alennuksella näistä muuttujista riippumatta (ks. mm. liite B.13).

200 Komissio katsoo tämän jälkeen, että sen on esitettävä tiettyjä korjauksia tai selvennyksiä kantajan väitteisiin:

– suurten yhtiöiden hintojen verrattain samankaltainen kehitys liikkuu haarukassa, joka on yleensä yli 10 prosenttia (ks. esim. liite B.10)

– julkaistujen avainmyyntihintojen rajoitetun määrän käyttöä perustana vähentää se, että on valvottava vähintään joka vuosi yli 80:tä menestyksekästä albumia, joiden julkaistut myyntihinnat vaihtelevat

– vähittäishinnat ovat julkisia ja siten käytännössä seurattavissa, mutta suurten yhtiöiden olisi vaikeaa seurata jatkuvaa kehitystä vähittäiskauppiaittain ja eri aikoina

– ei ole mitään näyttöä siitä, että keskittymän osapuolten suhteet, jotka liittyvät tiettyjen markkinoiden seurantaan, sisältäisivät hyödyllisiä tietoja kilpailijoiden nettohinnoista tai vähittäiskauppiaiden katteista

– kantaja ei esitä mitään näyttöä väitteelleen, jonka mukaan vähittäiskauppiaiden katteet ovat avoimia ja ne tunnetaan erittäin tarkasti; tätä väitettä ei ole tuettu todistein, ja sen kanssa ovat ristiriidassa asiakirja-aineistoon sisältyvät todisteet (liite B.17), jotka osoittavat, että vähittäishintojen vahvistaminen on monimutkaista ja ennakoimatonta. Komission toteamus, jonka mukaan huomattava poikkeaminen hintastrategioista alennusten avulla näkyisi suuren levy-yhtiön keskimääräisissä nettohinnoissa, ei liity tähän kysymykseen. Se on itse asiassa kahdestakin syystä merkityksetön; se liittyy ensinnäkin ilmiöön, jonka komissio olisi kyennyt havaitsemaan, mikäli se olisi tapahtunut, käyttämällä tutkimisvaltuuksiaan, mutta jota yksikään suuri levy-yhtiö erikseen tarkasteltuna ei olisi kyennyt havaitsemaan, koska suurten yhtiöiden yleinen alennustaso sen enempää kuin niiden keskimääräiset nettohinnatkaan eivät ole avoimia, ja toiseksi yleisen alennustason ja keskimääräisten nettohintojen välinen vuorovaikutus ei kerro mitään siitä, onko vähittäishintojen ja nettotukkuhintojen välillä kiinteä ja avoin yhteys

– on vain vähän luotettavaa näyttöä siitä, että suuret yhtiöt tuntevat yksityiskohtaisesti toistensa tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset, ja on

merkittävää päinvastaista näyttöä muun muassa kampanja-alennusten objektiivisesta monimutkaisuudesta, koska ne vaihtelevat asiakkaiden ja albumien mukaan ja eri aikoina

– komissio on keskittynyt riittävästi keskittymän osapuolten käyttämiin alennuksiin päätellessään, että yritysten välillä ei ollut sellaista vastavuoroista avoimuutta oligopolitilanteessa, joka olisi tarpeen, jotta salainen yhteensovittaminen toimisi

– tiettyjen suurten yhtiöiden välinen yhteistyö kokoelmalevyjen ja jakelun osalta ei paljastane riittävästi tietoja kaikkien suurten yhtiöiden yksittäisistä alennuspäätöksistä

– kantaja ei ole esittänyt mitään näyttöä siitä, että olisi olemassa merkittävää johtajien vaihtoa suurten yhtiöiden kesken tai että tämä vaihto olisi suurempaa kuin muilla keskittyneillä aloilla tai että tieto, jota johtajalla on alennuskäytänteistä, jotka ovat monimutkaisia ja vaihtelevat yksittäisten "lyhytikäisten" albumien tasolla, sillä hetkellä, kun hän lähtee jostain suuresta levy-yhtiöstä, olisi käyttökelpoista hyvin pitkään tai mahdollistaisi pysyvästi yhteensovittamisen kaikkien suurten yhtiöiden kesken

– vaikka julkaistavat levymyyntilistat edistävät eniten myyvien albumien tunnistamista, ne antavat vain harvoin tietoja julkaistuista myyntihinnoista eivätkä koskaan tietoja alennuksista

– päätöstä ei voida arvostella yksinomaan sillä perusteella, että se poikkeaa väitetiedoksiannosta.

201 Toisin kuin kantaja väittää, ei ole "verrattain helppoa" osoittaa alennustasoja, ja se on kampanja-alennusten osalta käytännössä mahdotonta. Kantajan väite, jonka mukaan kampanja-alennukset muodostavat neljänneksestä kolmannekseen kaikista alennuksista, voitaisiin hyväksyä yleisesti keskustelun perustaksi, mutta sitä pitäisi useilta osin lieventää.

202 Ensinnäkin näiden alennusten kokonaistaso vaihtelee todennäköisesti suuresta levy-yhtiöstä toiseen samalla tavoin kuin alennustaso yleensäkin.

203 Toiseksi asiakirja-aineistoon sisältyvät luvut osoittavat sen, että kampanja-alennukset edustivat suhteellisesti suurempaa osuutta laskun loppusummasta myönnetyistä alennuksista useimmissa maissa vuonna 1998; laskun loppusummasta myönnetyt alennukset vaikuttavat välittömimmin siihen, miten paljon asiakkaat ostavat tiettyjä albumeja.

204 Kolmanneksi tämä keskiarvoluku ei osoita tarkasti kampanja-alennusten epätavanomaisen monimutkaista ja läpinäkymätöntä jakautumista albumien ja asiakkaiden mukaan ja eri aikoina. Vaikka on mahdollista, että muut kampanjoihin osallistumisen edellytykset ovat verrattain vakioituja ja yksinkertaisia, kaikenlainen vakiointi tai yksinkertaisuus näiden kampanjoiden määrää ja kestoa koskevissa viikoittaisissa neuvotteluissa ja tiettyjen albumien tai asiakkaiden valitsemisessa on ristiriidassa komission käytettävissä olleiden todisteiden kanssa.

205 Neljänneksi jo pelkästään se seikka, että kampanja-alennukset koskevat tiettyjä albumeja ja tiettyjä kampanjoita ja että määrä mukautetaan kutakin vähittäiskauppiasta varten, mahdollistaa todennäköisesti sen, että näillä alennuksilla on suurempi vaikutus kyseisten albumien myyntiin.

206 Vielä tärkeämpää on se, että kantaja ei esitä todisteita, jotka osoittaisivat varmuudella, että komissio olisi tehnyt virheen katsoessaan, että kampanja-alennukset olisivat erittäin merkityksellisiä markkinoilla, joilla kunkin suuren levy-yhtiön 100 eniten myytyä albumia edustaa suurinta osaa sen kokonaismyynnistä tiettynä vuonna ja tietyssä maassa, koska suuri osa näistä albumeista ei ole levymyyntilistalla.

207 Komissiolla on ollut sitä vastoin käytettävissään todisteita (liite B.13), jotka osoittavat, että jopa tiettyjä Sonyn ja BMG:n kalliita ja menestyksekkäimpiä albumeja myydään kampanja-alennuksin.

208 Komissio lisää, että todisteilla, jotka liittyvät kampanja-alennuksia koskevaan todelliseen käytäntöön tiettynä ajankohtana, on merkitystä ainoastaan arvioitaessa nettohintojen mukauttamisen todellista astetta (kun se on päätöksessä puolestaan katsonut, että alennukset eivät olleet yleensä riittävän yhdenmukaisia, jotta niistä voitaisiin päätellä yhteisen toimintalinjan olemassaolo). Alennusten avoimuudella on kuitenkin merkitystä sen kannalta, onko hintojen vahvistamista koskeva järjestelmä riittävän avoin, jotta suuret yhtiöt kykenevät havaitsemaan tarkasti ja ajoissa, jos yksi niistä poikkeaa yhteisestä albumien nettohintoja koskevasta toimintalinjasta korottamalla kampanja-alennuksia. Niiden perusteettomien kannanottojen lisäksi, joita kantaja on esittänyt vähittäiskauppiaiden katteiden avoimuudesta, se ei ole esittänyt tämän viimeksi mainitun seikan osalta konkreettisia väitteitä eikä todisteita, joten sen kanneperuste ei voi missään tapauksessa menestyä.

209 Komission mukaan toteamus, joka koski nettohintojen avoimuutta musiikkiäänitteiden markkinoilla, ei selvästikään perustunut "spekulaatioon" eikä "näyttämättä jätettyyn ja subjektiiviseen epäilykseen" vaan päinvastoin konkreettisiin todisteisiin erittäin monimutkaisesta ja riittämättömän avoimesta tavasta, jolla lopullisen nettohinnan osatekijät (julkaistut myyntihinnat, tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) määritetään tietyn ja tietynsisältöisen albumin tietylle asiakkaalle tapahtuvaa myyntiä varten. Näin ollen käytettävissä olevia todisteita ei olisi voitu tulkita siten, että ne osoittaisivat erittäin todennäköisesti sellaisen avoimuuden olemassaolon, joka mahdollistaa hintoja koskevan yhteisen toimintalinjan noudattamisen riittävän ja oikea-aikaisen valvonnan.

210 Komissio huomauttaa kantajan sen väitteen osalta, jonka mukaan se, että tunnettuja ja tunnistettavissa olevia rakenteita ja sääntöjä on vähäinen määrä, tekee keskihinnoista ennakoitavia, että tietynasteinen albumien keskimääräisten nettohintojen havaittavissa oleva samankaltainen kehitys ei riitä osoittamaan yhteensovittamista, koska hinnat voivat olla huomattavan samansuuntaisia sekä kilpailutilanteessa että yhteisjärjestelytilanteessa, sillä yritykset reagoivat samankaltaisiin ulkoisiin tekijöihin (esim. yhteisten tuotannontekijöiden hinnat) sekä toistensa käyttäytymiseen markkinoilla. Komissio väittää, että kantaja sekoittaa keskenään yhteensovittamisen toteuttamista koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen tunnistamisen ("tunnetut ja tunnistettavissa olevat säännöt") ja näiden yksityiskohtaisten sääntöjen noudattamisen valvonnan keinot ("edellytetty avoimuus") erityisesti sen vuoksi, että yhdelläkään suurella levy-yhtiöllä ei ole normaalisti mahdollisuutta saada kaikkien suurten levy-yhtiöiden hintojen vahvistamisesta kaikkien tutkittujen albumi- ja asiakasryhmien osalta kaikkia tai edes tärkeimpiä tietoja, jotka ovat välttämättömiä keskimääräisten nettohintojen vahvistamiseksi.

211 Vaikka kantaja myöntää, että nämä myyntisäännöt ja -strategiat voivat johtaa hintoihin ja alennuksiin, jotka vaihtelevat merkittävästi levy- tai asiakasryhmien mukaan, se ei ole myöskään ilmoittanut, mitkä nämä säännöt ovat tai miten ne määritetään salaisella yhteensovittamisella näin monia erilaisia olosuhteita varten. Suuret yhtiöt eivät kykene yksilöimään, johtuvatko niiden keskimääräisten nettohintojen vaihtelut tuotevalikoimasta tehtävästä poikkeamasta tai tuotevalikoiman vaihteluista taikka tuotteiden menestyksestä, ellei niillä ole ajoissa yksityiskohtaisia tietoja näistä muutoksista tuotetarjouksien koostumuksessa ja menestyksessä, eikä komissio ole löytänyt riittäviä todisteita siitä, että ne ovat saaneet näin yksityiskohtaisia tietoja.

212 Kantaja ei voi sen mielestä tyytyä väittämään, että yhteensovittaminen tapahtuu tosiasiallisesti kunkin suuren levy-yhtiön katteita ja yleisiä alennusbudjetteja koskevien merkittävien strategisten päätösten tasolla, ilmoittamatta kuitenkaan, mikä voisi olla tällaisen päätöksen sisältö tai tapa, jolla suuret yhtiöt voisivat johtaa nämä yhteensovittamisen suorittamista koskevat yksityiskohtaiset säännöt tai valvoa niiden noudattamista. Komissiolla ei ole mitään velvollisuutta tutkia näin epämääräisiä väitteitä, joiden tueksi ei ole esitetty mitään näyttöä.

213 Komissio korostaa kantajan arvostelusta, joka kohdistuu menetelmään, jonka perusteella suurinta osaa komission esittämistä tiedoista ei ollut painotettu määrän mukaan, että kysymystä tietyn menetelmän asianmukaisuudesta ei voida erottaa siitä olettamuksesta, joka tällä menetelmällä on tarkoitus vahvistaa tai kumota. Vaikka painotettujen tietojen kokoaminen on todellisuudessa tärkeää, jotta kyetään havaitsemaan, onko suurten levy-yhtiöiden välillä yhdenmukaistamista joko yleisesti tai tiettyjen albumityyppien osalta (esim. 20 eniten myytyä albumia), tällä painottamisella ei ole kuitenkaan merkitystä tutkittaessa monimutkaisuutta ja sen vaikutuksia avoimuuteen. On edelleen välttämätöntä tutkia yksittäisten levyjen hintojen vaihtelua, jotta ymmärretään hintojen vahvistamisen monimutkaisuuden ja markkinoiden avoimuuden taso.

214 Komissio muistuttaa, että on epärealistista ajatella, että olisi olemassa keskimääräisiin nettohintoihin perustuvan yhteensovittamisen toteuttamista koskevia yksityiskohtaisia sääntöjä. Se huomauttaa kuitenkin, että luvut, jotka koskevat suurten levy-yhtiöiden keskimääräisten nettohintojen havaittavissa olevaa samankaltaisuutta (yhdenmukaisuuden puuttuessa) ja jotka se esitti päätöksessä, oli painotettu määrän mukaan ja että sama pätee liitteen B.4 kaavioihin, jotka perustuvat keskimääräisiin vuosittaisiin laskun loppusummasta keskittymän osapuolten yhteisille asiakkaille myönnetyihin alennuksiin. Myös vastinekirjelmässä ja erityisesti liitteissä B.8, B.9, B.10 ja B.13 esitettyjä muita tietoja on merkittävissä määrin painotettu määrän mukaan, mikä johtuu kaikissa tapauksissa tehtävän luonteesta.

215 Kaikki edellä mainitut todisteet on painotettu määrän mukaan, ja niillä on mahdollisesti merkitystä ratkaistaessa sitä, ovatko suurten levy-yhtiöiden menettelytavat erittäin yhdenmukaistettuja, tai sitä, onko hintojen vahvistaminen monimutkaista, millä on merkitystä avoimuutta arvioitaessa. Määrän mukaan tapahtuvaa painotusta koskevalla kysymyksellä ei ole viimeksi mainitussa yhteydessä suurta merkitystä. Nettohintojen tai -alennusten vaihtuvuus (samantyyppistenkin) levyjen ja asiakkaiden mukaan ja eri aikoina on tärkeää riippumatta siitä, mitkä ovat niiden myytävät määrät. Esimerkiksi vastinekirjelmän liitteet B.6 ja B.7 osoittavat, että jopa kummankin keskittymän osapuolen 20:n eniten myydyn albumin osalta alennuksissa on merkittäviä vaihteluja. Jos suurilla yhtiöillä ei ole riittävän tarkkaa näiden

vaihteluiden valvontaa, yksi suuryritys kykenisi poikkeamaan kaikista nettohintojen yhteensovittamisen toteuttamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä antamalla merkittäviä alennuksia, erityisesti kampanja-alennuksia, ilman että tätä havaittaisiin. Tämä pätee erityisesti silloin, jos yhteensovittamisen toteuttamista koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen katsotaan olevan joustavia, jolloin pitäisi havaita merkittävä alennuskäytäntö, jolla rikotaan salaisesti sovittua sääntöä, jotta muut suuret levy-yhtiöt voisivat olla riittävän varmoja siitä, että alennusten antaja on poikennut säännöstä.

216 Komissio huomauttaa kantajan suorittaman syy-yhteystutkimuksen, erityisesti sen liitteiden D.2 ja D.3, sekä komissioon kohdistetun implisiittisen arvostelun osalta, joka koskee sitä, että se ei ole antanut tietoja näihin tutkimuksiin, että menetelmää koskevaa kysymystä ei voida arvioida abstraktisti ottamatta huomioon tutkimuksen tarkoitusta, joka on sen selvittäminen, onko olemassa senasteinen yhdenmukaisuus, joka paljastaa yhteensovittamisen, ja onko olemassa avoimuus, joka mahdollistaa käyttäytymisen valvonnan markkinoilla.

217 Komissio haluaa aluksi huomauttaa, että keskittymän osapuolet ovat esittäneet syy-yhteydestä hallinnollisen menettelyn aikana merkittävän määrän tietoja, joissa viitataan syy-yhteystekijöihin, jotka ovat yleisesti heikkoja, mutta se on kuitenkin käsitellyt näitä tietoja huomattavan tarkasti.

218 Myöskään tietyn suuren levy-yhtiön myöntämien alennusten jonkinasteinen vakaus ajan kuluessa ei sinänsä ole todiste yhteensovittamisesta (ks. liite D.3), sillä se voi tässäkin yhteydessä johtua suureksi osaksi vakaista tekijöistä, kuten asiakkaan koosta, ostettavista musiikkilajeista jne. Suurikaan tilastollinen ennakoitavuus ei osoita yhteensovittamisen olemassaoloa eri syistä: rationaaliset yksittäispäätökset voivat olla erittäin hyvin ennakoitavissa; ilman tietoja, joiden perusteella voitaisiin arvioida tällaisen ennakoitavuuden määrää, tämä olisi vain yksi mielenkiintoinen intellektuaalinen mahdollisuus, jolla ei ole käytännön seurauksia, eikä ilman tietoja

todellisesta käytännöstä ole myöskään mahdollista selvittää ennusteen (oletetun salaisen sopimuksen täytäntöönpanon tavoitteleminen) todenperäisyyttä. Vaikka suuret yhtiöt olisivat aikaisemmin kyenneet soveltamaan tällaisia tilastollisia työkaluja hintojen vahvistamista koskeviin vastavuoroisiin käytäntöihinsä, tämä ei voi korvata markkinoiden seurantaa.

219 Komissio huomauttaa, että toisin kuin kantaja väittää, se ei ole "hylännyt" tietoja, joita oli käytetty väitetiedoksiannossa ja joita oli painotettu määrän mukaan ja sektorin tasolla keskittymän osapuolten sellaisten tietojen hyväksi, jotka eivät olleet kumpaakaan. Päätöksessä mainitaan suuri osa näistä tiedoista (esimerkiksi tiedot, jotka koskevat keskimääräisten nettohintojen todennäköistä kehitystä), ja tietyt tiedot ovat vastinekirjelmän liitteenä (liite B.4). Komissio on pikemminkin muuttanut Sonyn ja BMG:n toimittamia tietoja ja lisäväitteitä koskevia alustavia päätelmiään sen osalta, mitä voitaisiin näyttää toteen näillä tiedoilla.

Ehkäisemiskeinot ja vastapainot

220 Komissio väittää, että koska se on todennut, että yksi kolmesta päällekkäisestä edellytyksestä (avoimuus) ei täyttynyt, se ei ole tehnyt ilmeistä arviointivirhettä eikä oikeudellista virhettä, kun se ei ole ottanut kantaa kahteen muuhun edellytykseen.

Yhteisen toimintalinjan tutkiminen

221 Komissio vetoaa aluksi siihen, että kantajan väite perustuu virheelliseen tosiseikkoja koskevaan lähtökohtaan eli siihen, että avoimuutta koskeva päätelmä koskisi yksinomaan "yhtä alennusmuotoa eli kampanja-alennusta". Vaikka kampanja-

alennuksilla on olennainen sija tutkimuksessa, se on koskenut yleisemmin erittäin monimutkaista hintojen kokonaisvaltaista vahvistamistapaa albumin ja asiakkaan tasolla ja eri aikoina sekä siten myös julkaistuja myyntihintoja ja tavanomaisia alennuksia.

222 Komissio väittää tämän jälkeen, että kantaja tekee ilmeisen oikeudellisen virheen siltä osin kuin se näyttää väittävän, että jos komissio kykenisi osoittamaan, että suurille yhtiöille olisi kannattavaa liittyä yhteiseen toimintatapaan, avoimuuden puute olisi vähäisempää. Tämä väite ei ole oikeuskäytännön mukainen. Lukuun ottamatta riittävää avoimuutta valvonnan ja ehkäisemisen toimivuuden mahdollistamiseksi komissio ei tiedä muita keinoja – eikä kantajakaan ole niitä ehdottanut – sen osoittamiseksi, että salaisesti määritelty yhteinen kilpailunvastainen toimintalinja olisi kannattava oligopolitilanteessa olevalle yritysryhmälle ja siten järkiperäinen.

223 Vaikka verrattain vakaat markkinaosuudet voivat luoda olosuhteet, jotka edistävät yhteisen määräävän markkina-aseman syntymistä, ne eivät kuitenkaan riitä osoittamaan todellisen tai todennäköisen salaisen yhteensovittamisen olemassaoloa, jos ei ole riittävää näyttöä siitä, että tämä yhteensovittaminen on järkiperäistä niiden yhteistä määräävää asemaa koskevien päällekkäisten taloudellisten edellytysten mukaisesti, jotka on tunnustettu edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa. Kantaja ei esitä lisänäyttöä sellaisen yhteisen toimintalinjan olemassaolosta, jolla pyrittäisiin välttämään "erittäin kovat kilpailutoimenpiteet". Ei siis ole mitään perusteita väittää, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se ei ole havainnut suurilla yhtiöillä tällaista yhteistä toimintalinjaa.

224 Komissio huomauttaa aluksi kuluttajien tekemistä valinnoista ja kulttuurieroista, että jos sillä ei ole velvollisuutta esittää lopullisessa päätöksessä syitä, joiden vuoksi se poikkeaa väitetiedoksiannon alustavista päätelmistä tietyssä asiassa, tämä pätee erityisesti silloin, kun se poikkeaa väitetiedoksiannon päätelmistä, jotka on esitetty

neljä vuotta aikaisemmin toisessa asiassa. Se toteaa tämän jälkeen, että kantaja ei mainitse nimenomaisesti mitään asiaperustetta tai todisteita, jotka osoittaisivat luovuuden, laadun tai musiikkivalintojen monipuolisuuden yhteensovitetun heikentämisen.

4. Toinen osa

225 Komissio arvioi, että ne kolme kanneperustetta, jotka liittyvät siihen, että komissio ei ole päätellyt, että yhteinen määräävä asema vahvistuisi keskittymän vaikutuksesta, eivät lisää mitään perusteisiin, jotka koskevat tällaisen yhteisen määräävän markkina-aseman aikaisempaa olemassaoloa. Mikäli näet jokin näistä viimeksi mainituista kantajan perusteista menestyisi, päätös kumottaisiin joka tapauksessa, kun taas sen menestyksettömyydestä seuraisi, että komissio on ollut oikeassa, kun se ei ole tutkinut keskittymän väitettyjä markkina-asemaa vahvistavia vaikutuksia.

C *Väliintulijoiden perustelut*

1. Alustavia huomioita

226 Väliintulijat pitävät välttämättömänä esittää neljä huomautusta, jotka koskevat asiayhteyttä, jossa päätös tehtiin ja jossa sitä on arvioitava, ja neljä yleistä huomautusta kanteesta, ennen kuin tutkitaan kantajan eri kanneperusteet ja perustelut.

227 Komissio on ensinnäkin tehnyt poikkeuksellisen perusteellisen tutkimuksen yli kuuden kuukauden aikana. Keskittymän osapuolet ovat alusta lähtien toimittaneet erittäin vankkoja tietoja ja selityksiä Euroopan musiikkiteollisuudesta ja keskittymän vaikutuksista kilpailuun, erityisesti CD-levyjen hintoihin, kuluttajien valintojen kulttuurin monimuotoisuuteen, riippumattomien levy-yhtiöiden kilpailumahdollisuuksiin, verkkomusiikin kehitykseen tai Sonyn ja BMG:n säilyttämien toimintojen yhteensovittamisen vaaraan (ks. liite C.1). Komissio tutki useilla kyselyillä, joihin sisältyi yli 250 kysymystä ja jotka lähetettiin lähes 1 240 toimijalle markkinoilla (keskittymän osapuolet, muut suuret yhtiöt, riippumattomat levy-yhtiöt, vähittäiskauppiaat, muut kustantajat, artistit ja radiotuottajat), kaikkia merkityksellisiä kysymyksiä ja sai niistä näyttöä ja erittäin runsaasti tietoa. Keskittymän osapuolet toimittivat yli 30 miljoonaa hintatietoa, ja ekonomistit tekivät yksityiskohtaisen arvioinnin viiden suuren yhtiön keskimääräisistä nettomyyntihinnoista viidessä suuressa maassa. Useat riippumattomat levy-yhtiöt eivät jakaneet kantajan huolta vaan katsoivat, että keskittymä lisää niiden kilpailumahdollisuuksia. Kaikkien näiden tietojen, kahden erittäin maineikkaan teollisuusekonomistin lausuntojen, RBB-tutkimukseen sisältyvän tukku- ja myyntihintojen yksityiskohtaisen tutkimuksen sekä väitetiedoksiantoon annetussa vastauksessa tai kuulemistilaisuudessa esitettyjen yksityiskohtaisten selvitysten (ks. liite C.3) perusteella komissio on päätellyt, että sen alun perin esittämät huolet, erityisesti yhteisen määräävän markkina-aseman vaara, eivät olleet perusteltuja.

228 Toiseksi kantaja erehtyy väitetiedoksiannon kohteen ja oikeudellisen aseman suhteen, sillä väitetiedoksiannon pääasiallisena tehtävänä on mahdollistaa se, että keskittymän osapuolet ymmärtävät komission alustavasti esittämät vastaväitteet, jotta ne voivat esittää vastaväitteitä ja todisteita (ks. asetuksen 18 artiklan 1 ja 3 kohta). Kun komissio havaitsi virheitä, se joutui hylkäämään väitteet, jotka osoittautuivat perustelemattomiksi (yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004, Kok. 2004, s. I-123), kuten se on tehnyt 14 asiassa 62:sta viiden viime vuoden aikana (ks. liite C.5). Komission hallinnolliseen menettelyyn on kohdistettu täysimääräinen sisäinen valvonta, hallinnollinen menettely on taannut sen, että kaikki asianomaiset osapuolet kykenevät esittämään perusteluja ja todisteita (ks. kuulemisista vastaavan neuvonantajan kertomus, liite C.6), ja neuvoa-antava komitea on puoltanut ehdoitta annettavaa lupaa (liite C.7).

229 Kolmanneksi kilpailuviranomaiset kaikkialla maailmassa (Yhdysvallat, Australia, Kanada, Tšekin tasavalta, Unkari, Puola, Romania, Venäjä, Sveitsi, Meksiko ja Etelä-Afrikka) ovat tehneet sen päätelmän, että keskittymä piti hyväksyä ehdoitta, eikä mitään näistä päätöksistä ole riitautettu. Yksikään kansallinen kilpailuviranomainen, joka on tutkinut aikaisemmin musiikkiteollisuuden markkinoita Euroopassa, ei ole myöskään katsonut, että niillä vallitsisi salainen yhteensovittaminen (ks. mm. Office of Fair Tradingin syyskuussa 2002 tekemä päätelmä, jonka mukaan yhteistä määräävää asemaa ei ollut näytetty toteen, liite A.16, 6.11 kohta).

230 Neljänneksi keskittymä edusti yhtä kilpailua edistävää reaktiota myynnin supistumiseen (CD-levyjen myyntihintojen putoaminen 20 prosenttia kolmen vuoden aikana, musiikin kielletty lataaminen internetistä ja kiristynyt kilpailu vaihtoehtoisten harrastusten kuten DVD-elokuvien taholta) sekä musiikkiteollisuuden jatkuvaan muutokseen. Kysynnän epävakaus ja epävarmuus tulevista kaupallisista malleista tekee salaisesta yhteistoiminnasta, joka on jo markkinoiden ominaisuuksien vuoksi epätodennäköistä, vieläkin vaikeampaa toteuttaa tai ylläpitää (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 139 kohta ja suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista). Koska olosuhteet, jotka vallitsevat tällä teollisuudenalalla, ovat myös hyvin erilaiset kuin silloin, kun komissio tutki vuonna 2000 EMI:n ja Time Warnerin välisen keskittymän, komission tässä asiassa tekemät alustavat päätelmät ovat merkityksettömiä.

231 Viidenneksi päätöksen perustelut ovat selvät, vakuuttavat ja taustalla olevien painavien todisteiden tukemat, koska komission ei tarvitse esittää perusteluja kaikkia oikeudellisia seikkoja ja tosiseikkoja koskevalle arvioinnilleen (asia T-374/00, Verband der freien Rohrwerke ym. v. komissio, tuomio 8.7.2003, Kok. 2003, s. II-2275, 185–187 kohta). Kannekirjelmä osoittaa, että kantaja on ymmärtänyt hyväksymisen perustelut.

232 Kuudenneksi kieltopäätökset edellyttävät hieman enemmän kuin pelkkää mahdollisuuksien tasapainoa, sillä silloin, kun vallitsee epävarmuus hankkeen soveltuvuu-

desta yhteismarkkinoille, niiden yritysten intressi, jotka aikovat toteuttaa hankkeen, on asetettava etusijalle (julkisasiamies Tizzanon antama ratkaisuehdotus asiassa C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, jossa annettiin tuomio 15.2.2005, Kok. 2005, s. I-987, erityisesti s. I-992, 74–79 kohta).

233 Seitsemänneksi väliintulijat muistuttavat, että vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkastaa kaikilta osin oikeudelliset ja tosiseikkoja koskevat kysymykset, se valvoo ainoastaan ilmeisiä virheitä yhteisen määräävän markkina-aseman luomisen tai vahvistumisen arviointia koskevien monitahoisten taloudellisten pohdintojen osalta (asia T-342/00, Petrolessence ja SG2R v. komissio, tuomio 3.4.2003, Kok. 2003, s. II-1161, 101 kohta). Kantaja on kuitenkin kehottanut useaan kertaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta korvaamaan komission arvioinnin omalla arvioinnillaan ja väittänyt esimerkiksi, että komissio on painottanut perusteettomasti tuotteen heterogeenisuutta ja alennuksia.

234 Kahdeksanneksi yhteistä määräävää asemaa koskevan testin osalta kyse ei ole siitä, onko yhtiöillä kannustin toimia yhteistyössä, vaan pikemminkin siitä, onko niillä markkinoiden ominaispiirteiden kannalta mahdollisuus saavuttaa ja ylläpitää salaisesti yhteensovittamisen ehdot (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 62 kohta). On erityisen tärkeää arvioida, ovatko markkinat riittävän avoimet.

2. Kantajan perustelujen tutkiminen

a) Kampanja-alennukset

235 Väliintulijat väittävät, että koska hintojen yhteensovittamista ei voida saavuttaa tai ylläpitää ilman senhetkisten nettotukkuhintojen riittävää avoimuutta, toteamus siitä, että kampanja-alennukset eivät ole avoimia, on sellaisenaan riittävä päätöksen tukemiseksi.

236 Päätöksessä näytettiin niiden mielestä asianmukaisesti toteen yhteys yhtäältä albumien sisällön heterogeenisuuden ja toisaalta kampanja-alennusten suurten vaihtelujen ja siitä nettotukkuhinnoille aiheutuvan avoimuuden puuttumisen välillä (ks. myös liite C.4, s. 27). Oletetut todisteet osoittavat, että kampanja-alennukset ovat merkittäviä sekä levymyyntilistoilla olevien albumien että levyluetteloissa olevien albumien kannalta, että ne vaihtelevat merkittävästi asiakkaittain ja albumeittain eri aikoina ja että niitä ei ollut mukautettu suurten yhtiöiden välillä (liitteet B.2, B.4–B.14 ja luottamuksellinen "data room" -kertomus). Koska nämä alennukset ovat vaihtelevia, ei ole mahdollista tehdä luotettavia päätelmiä pelkästään julkaistuja myyntihintoja havainnoimalla. Samoin vähittäiskauppiaiden katteet vaihtelevat huomattavasti julkaisusta toiseen ja eri aikoina, eikä nettohintoja ole mahdollista päätellä myyntihintojen perusteella (ks. liite B.17). Sony ja BMG eivät ole myöskään seuranneet johdonmukaisesti kilpailijoiden myyntihintoja eivätkä saaneet vähittäiskauppiailta johdonmukaisesti luotettavia tietoja kilpailijoiden tarjoamista alennuksista. Esitetyt todisteet osoittavat, että levy-yhtiöt eivät olleet suorittaneet kostotoimia edes hintojen suurten vaihtelujen yhteydessä, mikä vie uskottavuuden kaikilta seuraamusjärjestelmiltä (ks. liite C.4, s. 5 ja 10).

b) Yhdenmukaistamisen puuttuminen

237 Keskimääräisiä nettohintoja, julkaistuja myyntihintoja ja alennuksia koskevat tiedot eivät osoita yhdenmukaistamista vaan enintään sen, että kehitys on ollut osittain samankaltaista, eikä niiden perusteella voida todeta hintojen yhteensovittamista.

238 Keskimääräisiä nettohintoja koskevat tiedot osoittavat ensinnäkin erityisen monimutkaisuuden, toiseksi suuren hajaannuksen ja suuren vaihtelevuuden, kolmanneksi merkittävän vaihtelun suurten yhtiöiden hierarkkisissa luokitteluissa, neljänneksi huomattavan toiminnan vapauden suurten yhtiöiden hinnoissa ja viidenneksi yhdenmukaisuuden puuttumisen.

239 Suuri osuus 100 suurimmasta myyntimenestyksestä saadaan päätöksessä yksilöityjen julkaistujen myyntihintojen ulkopuolelta (päätöksen 76, 83, 90, 97 ja 107 perustelukappale).

240 Vastinekirjelmän liitteistä (B.4–B.14) ilmenee, että laskun loppusummasta myönnetyt alennukset ja nettohinnat ovat vaihdelleet huomattavasti suurten yhtiöiden välillä.

c) Avoimuuden puuttuminen

241 Päätöksessä ei ole osoitettu mitään vakuuttavaa näyttöä avoimuudesta edes muiden hintatekijöiden kuin kampanja-alennusten osalta. Päätöksen varovaisessa muotoilussa vähätellään riittävän avoimuuden puuttumista koskevien todisteiden todellista todistusarvoa. Sen lisäksi, että julkaistut myyntihinnat eivät ole tietyissä maissa tiedossa eivätkä helposti saatavilla, levy-yhtiöillä ei ole tarkkoja tietoja julkaistuista myyntihinnoista, joita käytetään tiettyä albumia varten jonain ajankohtana. Tavanomaiset alennukset eivät ole riittävän avoimia, jotta niitä voitaisiin yhteensovittaa salaisesti. Kaiken kaikkiaan 161 haastatellusta vähittäiskauppiaasta ainoastaan viisi väitti, että kilpailijat tiesivät osittain toistensa alennukset, kun puolestaan kymmenen väitti päinvastaista.

3. Päätöksessä mainitsemattomat eri seikat

242 Väliintulijat väittävät, että tutkitut kilpailulle mahdollisesti aiheutuvaa vahinkoa koskevat teoriat kaatuvat myös päätöksessä mainitsemattomiin eri seikkoihin. Komissio on ensinnäkin virheellisesti keskittynyt keskimääräisiin nettohintoihin, vaikka yhteensovittamista ei olisi voinut tapahtua keskimääräisten hintojen tasolla, koska yksittäisten albumien hintaa ei vahvisteta tietyn keskimääräisen nettohinnan

saavuttamiseksi, eivätkä muut suuret yhtiöt voi missään tapauksessa havaita tätä keskiarvoa. Keskiarvot voivat peittää merkittäviä poikkeamia yksittäisten albumien hinnoissa (ks. liite C.4, alaviite 12). Toiseksi julkaistut myyntihinnat eivät toimi mukautuksen lähtökohtana. Jokainen suuri levy-yhtiö käyttää jopa parhaissa albumeissaan suurta valikoimaa julkaistuja myyntihintoja, jotka vaihtelevat eri aikoina saman levyn osalta. Kolmanneksi markkinaosuudet eivät ole vakaita, ja vähäinen muutos saattaa merkitä huomattavaa eroa kannattavuudessa.

D *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

1. Yleisiä huomioita

243 Kantaja väittää, että tuotteen homogeenisuuteen, markkinoiden avoimuuteen, ehkäisemiskeinoihin ja vastapainojen puuttumiseen liittyviä näkemyksiä, joihin perustuu toteamus, jonka mukaan suurilla yhtiöillä ei ollut musiikkiäänitteiden markkinoilla yhteistä määräävää asemaa ennen suunniteltua keskittymää, rasittavat riittämättömät perustelut, ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe.

244 Ennen kuin tutkitaan kantajan esittämät eri väitteet, on aluksi esitettävä tiettyjä huomautuksia yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteestä ja kuvattava tämän jälkeen lyhyesti tutkimusmenetelmä, jota komissio on noudattanut tehdessään riidanalaisen päätelmän, sekä eri tekijöitä ja asian kannalta merkityksellisiä seikkoja, jotka koskevat yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen soveltamista tässä tapauksessa, sellaisina kuin ne on esitetty päätöksessä, ja lopuksi täsmennettävä perusteluja, joihin päätöksessä perustetaan päätelmä siitä, että yhteistä määräävää asemaa ei ollut aikaisemmin olemassa.

2. Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite

245 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että kun komissio väittää, että kyseessä on yhteinen määräävä asema, sen on relevantteja markkinoita kartoittavan tutkimuksen perusteella arvioitava, johtaako sen käsiteltävänä olevan keskittymän toteuttaminen tilanteeseen, jossa keskittymän osapuolet ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys estävät olennaisesti tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla, kun näillä yrityksillä on yhdessä juuri keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, asiakkaistaan ja lopulta myös kuluttajista riippumatta (yhdistetyt asiat C-68/94 ja C-30/95, Ranska ym. v. komissio, ns. Kali & Salz -tapaus, tuomio 31.3.1998, Kok. 1998, s. I-1375, 221 kohta).

246 Yrityskeskittymän seurauksena voi syntyä yhteinen määräävä markkina-asema, joka rajoittaa olennaisesti toimivaa kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, kun sen seurauksena olisi, kun otetaan huomioon relevanttien markkinoiden ominaispiirteet ja keskittymän niiden rakenteeseen aiheuttamat muutokset, että määräävässä asemassa olevan oligopolin jokainen jäsen pitäisi yhteiset edut huomioon ottaen mahdollisena, taloudellisesti järkevänä ja näin ollen suotavana noudattaa markkinoilla pysyvästi samaa toimintalinjaa voidakseen myydä tuotteita kilpailutilanteessa muodostuneita hintoja korkeammilla hinnoilla tarvitsematta turvautua EY 81 artiklassa tarkoitettuun sopimuksen tekemiseen tai menettelytapojen yhdenmukaistamiseen ja ilman, että nykyiset tai potentiaaliset kilpailijat taikka asiakkaat ja kuluttajat voisivat reagoida tehokkaasti (ks. vastaavasti asia T-102/96, Gencor v. komissio, tuomio 25.3.1999, Kok. 1999, s. II-753, 276 kohta).

247 Kuten päätöksen 68 perustelukappaleessa todetaan, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa (62 kohta), että seuraavien kolmen edellytyksen on täytyttävä, jotta tällä tavoin määritelty yhteinen määräävä asema voisi syntyä. Ensinnäkin markkinoiden on oltava riittävän avoimet, jotta käyttäytymistään yhteensovittavat

yritykset kykenevät seuraamaan riittävässä määrin, noudatetaanko yhteensovittamista koskevia yksityiskohtaisia sääntöjä. Toiseksi on oltava pakotteita, joita sovelletaan, jos käyttäytyminen poikkeaa yhteisestä toimintalinjasta. Kolmanneksi yhteensovittamiseen osallistumattomien yritysten, kuten nykyisten ja potentiaalisten kilpailijoiden, sekä kuluttajien ennakoitavissa oleva reaktio ei saa vaarantaa yhteisestä toimintalinjasta odotettavia tuloksia.

248 Lisäksi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä (edellä 245 kohdassa mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 222 kohta) ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 63 kohta) ilmenee, että tulevaisuuteen suuntautuva selvitys, joka komission on suoritettava yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä, kun kyseessä on yhteinen määräävä asema, edellyttää erityisesti sellaisten seikkojen huolellista tutkimista, joilla on kussakin yksittäistapauksessa merkitystä niiden vaikutusten arvioimiseksi, jotka keskittymästä aiheutuvat kilpailulle relevanteilla markkinoilla.

249 On huomautettava, että kuten edellä esitetyistä perusteluistakin ilmenee, tämä oikeuskäytäntö on kehitetty arvioitaessa sitä vaaraa, että keskittymälle luodaan yhteinen määräävä asema, eikä, kuten tämän perusteen ensimmäisen osan yhteydessä, määritettäessä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa.

250 Kun komissio arvioi tällaisen aseman syntymisen vaaraa, sen on lähtökohtaisesti tehtävä tarkka ennuste markkinoiden ja kilpailunedellytysten todennäköisestä kehityksestä tulevaisuuteen suuntautuvan selvityksen perusteella, mikä edellyttää monitahoisia taloudellisia arviointeja, joita varten komissiolla on käytettävissään laaja harkintavalta, kun puolestaan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa koskeva toteamus perustuu päätöksentekohetkellä olemassa olevan tilanteen konkreettiseen tutkimukseen. Yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon määrittämisen on perustuttava useisiin jo toteen näytettyihin aikaisempiin tai senhetkisiin tosiseikkoihin, jotka osoittavat merkittävän kilpailunrajoituksen olevan

olemassa markkinoilla sen vuoksi, että tietyt yritykset ovat hankkineet vallan päättää yhdessä samasta toimintalinjasta markkinoilla merkittävässä määrin kilpailijoistaan, asiakaskunnastaan ja kuluttajista riippumatta.

251 Tästä seuraa, että arvioitaessa yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio antamassaan tuomiossa yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen teoreettisesta tarkastelusta johtamat kolme edellytystä ovat tosin myös välttämättömiä, mutta ne voidaan tarvittaessa näyttää toteen epäsuorasti mahdollisesti hyvin heterogeenistenkin yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloon liittyvien merkkien, ilmenemismuotojen ja ilmiöiden muodostaman indisioiden ja todisteiden kokonaisuuden perusteella.

252 Siten erityisesti hintojen tiivis yhdenmukaistaminen pitkäksi ajaksi etenkin silloin, jos ne ovat kilpailukykyiset hinnat ylittävällä tasolla, yhdistettynä muihin yhteiselle määräävälle asemalle tyypillisiin tekijöihin saattaa muun järkevän selityksen puuttuessa riittää osoittamaan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon, vaikka ei ole olemassa vankkoja suoria todisteita markkinoiden voimakkaasta avoimuudesta, kun otetaan huomioon se, että avoimuus voidaan päätellä tällaisista seikoista.

253 Tästä seuraa, että tässä tapauksessa sekä brutto- että nettohintojen yhdenmukaistaminen kuuden viime vuoden aikana, vaikka tuotteet eivät ole samanlaisia (koska jokaisen levyn sisältö on erilainen), sekä niiden pysyminen melko vakaalla tasolla, jota pidetään korkeana, vaikka kysyntä on merkittävästi pienentynyt, yhdessä muiden tekijöiden kanssa (oligopolitilanteessa olevien yritysten vahvuus, markkina-osuuksien vakaus jne.), sellaisina kuin komissio on ne päätöksessä todennut, voisivat muun selityksen puuttuessa viitata siihen tai olla indisio siitä, että hintojen yhdenmukaisuus ei johdu normaalista tehokkaasta kilpailusta ja että markkinat ovat riittävän avoimet, jotta hintojen salainen yhteensovittaminen on ollut mahdollista.

254 Koska kantaja on kuitenkin perustanut väitteensä pikemminkin yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon toteamiseksi asetettujen eri edellytysten, sellaisina kuin ne on määritelty edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa, ja erityisesti markkinoiden avoimuutta koskevien edellytysten virheelliseen soveltamiseen kuin näkemykseen, jonka mukaan yhteisen strategian toteaminen pitkällä aikavälillä sekä useiden muiden yhteiselle määräävälle asemalle ominaisten tekijöiden olemassaolo saattaisivat tietyissä olosuhteissa ja muiden selitysten puuttuessa riittää osoittamaan tällaisen aseman olemassaolon eikä sen syntymistä, ilman että olisi tarpeen osoittaa konkreettisesti markkinoiden avoimuus, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin rajoittuu esitettyjä perusteita tutkiessaan ainoastaan selvittämään, että päätöksessä on sovellettu asianmukaisesti edellä mainitusta tapauksesta Airtours ilmeneviä edellytyksiä. Ei näet ole edes tarpeen pohtia sitä, johtaisiko päinvastainen näkemys siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ylittäisi riidan rajat, sellaisina kuin asianosaiset ovat ne määritelleet, vai merkitsisikö se pelkkää lainsäädännön soveltamista kantajan esittämän perusteen yhteydessä, vaan tämä menettelytapa on kontradiktorisen periaatteen nojalla välttämätön, koska tätä kysymystä ei ole käsitelty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

3. Komission päätös

255 Ensimmäisen kanneperusteen tutkimisen kannalta merkitykselliset päätöksen osatekijät voidaan tiivistää seuraavasti.

256 Asianosaiset eivät ole kiistäneet eri tuotemarkkinoihin ja maantieteellisiin markkinoihin liittyvien komission toteamusten oikeellisuutta. Komissio katsoi päätöksen 12 perustelukappaleessa, että "ei ollut tarpeen ratkaista, oliko olemassa erilliset tuotemarkkinat eri musiikkilajien perusteella ja oliko olemassa erilliset kokoelmalevyjen tuotemarkkinat". Se totesi 15 perustelukappaleessa, että "merkitykselliset maantieteelliset markkinat ovat kansalliset".

257 Ei ole myöskään kiistetty sitä, että eri kansalliset markkinat ovat rakenteeltaan oligopolistisia, koska viidellä suurella yhtiöllä on maan mukaan 72–93 prosentin markkinaosuus ja useilla levy-yhtiöillä (jäljempänä riippumattomat levy-yhtiöt) huomattavasti pienemmät noin 15–20 prosentin markkinaosuudet.

258 Viidelle suurelle yhtiölle on lisäksi ominaista ensinnäkin maailmanlaajuinen toiminta, toiseksi osittainen vertikaalinen integraatio, kolmanneksi sijoittaminen tuotantoketjun aikaisempaan vaiheeseen eli musiikin kustantamiseen ja radiolähetysten sekä verkkomusiikin hyödyntämisen alalle, neljänneksi huomattavat taloudelliset voimavarat, joiden ansiosta ne kykenevät tarjoamaan artisteille houkuttelevampia taloudellisia etuja, ja viidenneksi laaja ja monipuolinen sopimusartistivalikoima sekä merkittävä jo tuotettujen levyjen luettelo.

259 Kysynnän kehitys osoittaa lisäksi, että myynti on vähentynyt vuodesta 1999 lähtien (13 prosentin vähennys ETA:ssa vuosina 1999–2002 ja yli 7 prosentin vähennys vuosina 2002–2003). Hinnat ovat kuitenkin pysyneet melko vakaina. Komission markkinatutkimus on lisäksi tuonut esiin muitakin selityksiä kuin ne, joita keskittymän osapuolet ovat esittäneet tälle myynnin supistumiselle, eli korkeana pidetty CD-levyjen hintataso, taloudellisen toimeliaisuuden yleinen hidastuminen, levy-yhtiöiden kykenemättömyys tyydyttää kuluttajien maku, laadukkaan sisällön ja uudenlaisten artistien puuttuminen sekä levy-yhtiöiden kyvyttömyys mukautua internetin tarjoamaan teknologiseen haasteeseen.

260 Päätöksen 69 perustelukappaleessa esitetään komission noudattaman menetelmän osalta, että kyetäkseen määrittämään yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon komissio on tutkinut, olivatko viisi suurta yhtiötä kolmen tai neljän viime vuoden aikana todellisuudessa noudattaneet hintojensa yhteensovittamisen strategiaa.

261 Komissio on ensinnäkin tutkinut tässä tarkoituksessa kunkin levy-yhtiön 100:n eniten myydyn yhden levyn albumin keskimääräisen nettohinnan kolmen kuukauden kehitystä, jolloin nämä levyt edustavat vähintään 70–80:tä prosenttia niiden musiikin kokonaismyynnistä viidessä suurimmassa jäsenvaltiossa, koska komissio katsoo, että keskihinnat ovat hyvä keino määrittää, onko suurilla levy-yhtiöillä yhdenmukainen hintakäyttäytyminen. Komissio on siten tutkinut keskimääräisten nettohintojen, julkaistujen myyntihintojen, brutto- ja nettohintojen suhteiden sekä laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten ja paljousalennusten kehitystä (päätöksen 72 perustelukappale).

262 Toiseksi komissio on tutkinut mahdollisuuden, jonka mukaan listahintoja on keskihintojen yhdenmukaisuuden perusteella voitu käyttää lähtökohtana hintojen yhteensovittamiselle.

263 Kolmanneksi komissio on tutkinut, onko eri suurten levy-yhtiöiden myöntämät alennukset yhdenmukaistettu ja ovatko ne riittävän avoimia mahdollistamaan kaiken hintoja koskevan yhteensovittamisen tehokkaan valvonnan myös nettohintojen tasolla (päätöksen 73 perustelukappale).

264 Toteamukset, joita komissio on esittänyt lähes samassa sanamuodossa kunkin viiden suuren maan osalta, voidaan siten tiivistää seuraavasti:

– komissio esittää, että se ”totesi tiettyä yhdenmukaisuutta todellisissa keskimääräisissä nettohinnoissa ja suurten yhtiöiden hintojen melko samankaltaisen kehityksen”, mutta että ”nämä havainnot eivät kuitenkaan olleet sellaisenaan niin ratkaisevia, että ne olisivat riittäneet osoittamaan, että suuret yhtiöt olivat aikaisemmin yhteensovittaneet hintansa”; ”tästä syystä komissio tutki tämän jälkeen, oliko muita tekijöitä eli listahintoja ja alennuksia yhdenmukaistettu sekä olivatko ne riittävän avoimia antamaan riittävän näytön yhteensovittamisen olemassaolosta”

– komissio ”löysi tiettyjä seikkoja, joiden mukaan julkaistuja myyntihintoja olisi voitu käyttää perustana suurten yhtiöiden hintojen yhdenmukaistamiseksi”; jokainen suuri levy-yhtiö oli tehnyt kolmen tärkeimmän julkaistun myyntihintansa ryhmässä eri maissa 55–80 prosenttia 100 parhaan albumin kokonaisnettomyynnistä vuonna 2003; komissio arvioi esimerkiksi, että ”näiden huomioiden valossa eniten myytyjen albumien listahinnat vaikuttavat pikemminkin yhdenmukaistetuilta” (Yhdistynyt kuningaskunta, Ranska ja Italia, tai tietyssä määrin yhdenmukaistettuja Saksassa ja Espanjassa)

– komissio totesi lisäksi, että julkaistut myyntihinnat olivat riittävän avoimia, koska ne sisältyvät suurten yhtiöiden luetteloihin; näyttää siis olevan mahdollista valvoa toisten suurten yhtiöiden listahintoja

– nettomyyntihinnat liittyvät läheisesti bruttohintoihin (julkaistut myyntihinnat), koska Sonyn ja BMG:n keskimääräiset bruttohinnat ja todelliset keskimääräiset nettohinnat ovat kuuden viime vuoden aikana kehittyneet samansuuntaisesti ja koska netto- ja bruttohintojen suhde on koko ajan pysynyt hyvin vakaana, kun albumeja tarkastellaan kokonaisuutena

– komissio on kuitenkin todennut tiettyä vaihtelua suurten yhtiöiden soveltamien alennusten tasossa ja myös 2–5 prosenttiyksikön suuruisia eroja Sonyn ja BMG:n laskun loppusummasta myöntämissä alennuksissa suurimmaksi osaksi niiden kymmenen tärkeimmän asiakkaan osalta ja yli 5 prosenttiyksikön suuruisia eroja tiettyjen asiakkaiden osalta tiettyinä vuosina (tilanne on hieman erilainen Ranskan markkinoilla)

– keskittymän osapuolet ovat toimittaneet tietoja, joista ilmenee, että laskun loppusummasta myönnetyt alennukset vaihtelivat tietyn asiakkaan osalta eri aikoina ja albumeittain ja että tietyn albumin osalta myönnetyt alennukset vaihtelivat asiakkaittain; markkinatutkimuksesta ilmenee, että nämä vaihtelut johtuivat olennaisilta osin kampanja-alennuksista, joita käytetään joustavammin

kuin tavanomaisia alennuksia, jotka vahvistetaan yleensä vuosittain; näiden huomioiden perusteella ei voida osoittaa, että laskun loppusummasta myönnetyt alennukset olisivat riittävän yhdenmukaistettuja keskittymän osapuolten välillä (tilanne on hieman erilainen Ranskan osalta)

– alennusten avoimuuden osalta asiakkaiden vastauksista komission toteuttamaan markkinatutkimukseen on ilmennyt suurimmaksi osaksi, että suuret yhtiöt tiesivät jossain määrin kilpailijoidensa myöntämät tavanomaiset alennukset, koska ne olivat jatkuvasti tekemisissä saman asiakaskunnan kanssa. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että kampanja-alennukset eivät ole yhtä avoimia kuin tavanomaiset alennukset ja että niiden valvonta edellyttää myös tämän tyyppisten alennusten kehityksen tiivistä seuraamista vähittäismarkkinoilla. Vaikka komissio on todennut, että sekä Sony että BMG ovat ottaneet käyttöön myyntihenkilöstönsä viikoittain tuottamien raporttien järjestelmän, se ei ole kyennyt osoittamaan, että nämä raportit takaisivat kilpailijoiden myöntämien kampanja-alennusten riittävän avoimuuden.

265 Komissio on päätellyt tämän jälkeen päätöksen 109 perustelukappaleessa, että "koska suurten yhtiöiden hintakehityksen yksityiskohtaisesta tarkastelusta viidessä tärkeimmässä jäsenvaltiossa ilmeni tiettyjä yhteensovittamiseen viittaavia indisioita, jotka eivät sellaisenaan riitä osoittamaan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa, komissio vei tarkastelun pidemmälle tarkoituksenaan selvittää, oliko musiikkiäänitteiden markkinoilla sellaisia ominaisuuksia, jotka edistävät tällaista määräävää asemaa".

266 Komissio tutki tässä tarkoituksessa tuotteen homogeenisuuden (riidanalaisen päätöksen 110 perustelukappale), markkinoiden avoimuuden (päätöksen 111–113 perustelukappale) ja kostotoimenpiteiden käytön (päätöksen 114–118 perustelukappale).

267 Komissio on todennut tuotteen homogeenisuuden osalta, että sisällön heterogeenisuus ja sen vaikutukset hintoihin vähentävät avoimuutta markkinoilla ja tekevät salaisista yhteisjärjestelyistä vaikeampia, koska ne edellyttävät tiettyä valvontaa yksittäisen tuotteen eli albumin tasolla.

268 Komissio on katsonut markkinoiden avoimuuden osalta, että suuret yhtiöt saavat valvoa vain rajallisen albumimäärän viitehintoja eniten myytyjen joukosta seuratakseen myynnin yleislinjaa. Komissio esittää kuitenkin, että valvonta albumitasolla on niin ikään tarpeen erityisesti kampanja-alennusten osalta ja että tämä tarve saattaisi tehdä salaisista yhteisjärjestelyistä vaikeampia (päätöksen 111 perustelukappale).

269 Päätöksen 118 perustelukappaleessa esitetään kostotoimenpiteiden osalta, että komissio ei ole löytänyt todisteita siitä, että tällaisia toimenpiteitä olisi käytetty aikaisemmin, mikä olisi ollut osoitus yhteisestä määräävästä asemasta.

270 Tekemättä päätöksen tässä vaiheessa päätelmää yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolosta viidessä suuressa maassa komissio on tutkinut tämän jälkeen markkinoita pienissä maissa ja esittänyt samanlaisia toteamuksia.

271 Se on erityisesti huomauttanut, että suurten yhtiöiden julkaistujen myyntihintojen välillä on huomattavaa yhdenmukaisuutta. Se on todennut, että samoin kuin suurissa maissa tärkeimmät alennukset ovat tavanomaisia alennuksia. Laskun loppusummasta myönnetyt alennukset eivät ole vakioalennuksia eikä niitä ole julkistettu, ja ne johtavat avoimuuden pienenemiseen. Kun otetaan huomioon laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten tärkeys ja niiden väliset poikkeamat, komissio ei ole löytänyt riittävästi todisteita osoittaakseen, että keskimääräisten nettohintojen yhdenmukaisuus saattaisi johtua suurten yhtiöiden välisestä salaisesta sopimuksesta, vaikka julkaistut myyntihinnat ovat erittäin yhdenmukaisia ja niitä voitaisiin periaatteessa käyttää salaisen sopimuksen perustana (päätöksen 150 perustelukappale).

272 Lisäksi näkemykset, jotka koskevat tuotteen homogeenisuutta, markkinoiden avoimuutta ja kostotoimenpiteitä suurten maiden osalta, pätevät myös ETA:n pienten maiden osalta.

273 Komissio päättelee tästä 153 perustelukappaleessa, että "näin ollen ei ole riittäviä todisteita päätellä, että [suurilla] yhtiöillä olisi yhteinen määräävä asema musiikkiäänitteiden kansallisilla markkinoilla [pienissä maissa]".

274 Komissio on päätellyt edellä esitetyn perusteella 154 perustelukappaleessa, että ei ollut riittäviä todisteita sen osoittamiseksi, että keskittymähanke vahvistaisi yhteistä määräävää asemaa musiikkiäänitteiden markkinoilla missään ETA-maassa.

275 Edellä esitetystä seuraa, että komissio on päätellyt yhteisen määräävän markkina-aseman puuttumisen tuotteen homogeenisuuden, markkinoiden avoimuuden sekä kostotoimenpiteiden käyttämisen perusteella.

276 Tämän vahvistaa 157 perustelukappale, jossa esitetään seuraavaa:

"– – kuten yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistumista koskevassa jaksossa tutkittiin, musiikkiäänitteiden markkinoilla on tiettyjä ominaisuuksia, jotka saattavat viitata siihen, että on olemassa yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa edistäviä olosuhteita. Komissio ei ole kuitenkaan löytänyt riittäviä todisteita osoittamaan, että suurilla yhtiöillä olisi ollut aikaisemmin yhteinen määräävä asema;

tämä johtuu muun muassa todellisen avoimuuden tasolla todetuista puutteista, tuotteen osittain heterogeenisista ominaispiirteistä ja sellaisten seikkojen puuttumisesta, jotka osoittaisivat, että aikaisemmin olisi toteutettu kostotoimenpiteitä".

277 Kantajan esittämiä eri väitteitä on tutkittava näiden seikkojen valossa.

4. Avoimuus

a) Perustelujen riittämättömyyttä koskeva väite

278 Kantaja väittää lähinnä, että päätöksessä ei selitetä oikeudellisesti riittävällä tavalla syitä, joiden vuoksi alennukset ja erityisesti kampanja-alennukset estäisivät avoimuuden, joka on välttämätön yhteisen määräävän markkina-aseman kehittymisen mahdollistamiseksi.

279 Aluksi on muistutettava siitä, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 253 artiklassa edellytettyjen perustelujen on oltava kyseessä olevan toimenpiteen luonteen mukaisia ja niissä on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmaistava yhteisön toimielimen toimenpiteen perustelut siten, että henkilöille, joita toimenpide koskee, selviää sen syyt ja siten, että toimivaltainen tuomioistuin voi valvoa toimenpiteen laillisuutta. Perusteluvelvollisuuden täyttymistä on arvioitava asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella, joita ovat muun muassa toimenpiteen sisältö, esitettyjen perustelujen luonne ja se tarve, joka niillä, joille päätös on osoitettu tai joita se koskee suoraan ja erikseen, voi olla saada selvennystä tilanteeseen (ks. asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomio 2.4.1998, Kok. 1998, s. I-1719, 63 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

280 Arvioitaessa, täyttävätkö päätöksen perustelut EY 253 artiklan mukaiset vaatimukset, on otettava huomioon päätöksen sanamuodon lisäksi sen asiayhteys ja kaikki aihetta koskevat oikeussäännöt (asia C-56/93, Belgia v. komissio, tuomio 29.2.1996, Kok. 1996, s. I-723, 86 kohta ja asia T-290/94, Kaysersberg v. komissio, tuomio 27.11.1997, Kok. 1997, s. II-2137, 150 kohta).

281 Silloin kun komissio julistaa yrityskeskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella, perusteluvelvollisuuden täyttymisen välttämätön ja riittävä edellytys on, että kyseisessä päätöksessä esitetään selkeästi ja yksiselitteisesti perustelut, joiden vuoksi komissio on katsonut, että riidanalainen yrityskeskittymä ei herätä vakavia epäilyjä soveltuvuudestaan yhteismarkkinoille. Tästä velvollisuudesta ei kuitenkaan voida päätellä, että komissiolla olisi tällaisessa tapauksessa velvollisuus perustella arviointiaan kaikkien sellaisten oikeudellisten seikkojen tai tosiseikkojen osalta, joilla saattaa olla yhteys ilmoitettuun yrityskeskittymään ja/tai joita on esitetty hallinnollisen menettelyn aikana (ks. edellä 231 kohdassa mainittu asia Verband der freien Rohrwerke ym. v. komissio, tuomion 185 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

282 Aluksi on tutkittava sen kantajan korostaman seikan vaikutusta, että komissio oli väitetiedoksiannossa päätellyt erittäin korostetusti, että keskittymä oli yhteismarkkinoille soveltumaton, erityisesti sillä perusteella, että ennen suunniteltua keskittymää oli olemassa yhteinen määräävä asema ja että musiikkiäänitteiden markkinat olivat erittäin avoimet ja erityisen alttiit yhteensovittamiselle.

283 Tämä komission näkemyksen kääntyminen täysin vastakkaiseksi voi vaikuttaa hämmästyttävältä, kun otetaan erityisesti huomioon se, miten myöhään se on tapahtunut. Kuten näet asiakirja-aineistosta ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyistä keskusteluista ilmenee, komissio on arvioinut kaikkien niiden tietojen perusteella, joita se oli saanut tutkittuaan viiden kuukauden ajan sekä markkinoiden eri toimijoita että keskittymän osapuolia, että markkinat olivat

riittävän avoimet mahdollistamaan hintojen salaisen yhteensovittamisen, ja se omaksui vasta keskittymän osapuolten taloudellisen neuvonantajansa avustamana 14. ja 15.6.2004 pidetyssä kuulemistilaisuudessa esittämien perustelujen perusteella uusia markkinatutkimuksia tekemättä päinvastaisen näkemyksen ja osoitti 1.7.2004 päätösluonnoksen neuvoa-antavalle komitealle.

284 Kuten komissio kuitenkin perustellusti esittää, oikeuskäytännöstä (edellä 105 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat BAT ja Reynolds v. komissio) ilmenee, että kun komissio hylkää 6.2.1982 annetun asetuksen N:o 17 (perustamissopimuksen [82] ja [81] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204) 3 artiklan nojalla tehdyn hakemuksen, riittää, että komissio esittää ne perusteet, joiden perusteella se on katsonut, ettei ole mahdollista todeta kilpailusääntöjen rikkomista, eikä sen tarvitse selittää mahdollisia eroja suhteessa väitetiedoksiantoonsa, joka on valmisteleva asiakirja, jonka arviot ovat täysin alustavia ja tarkoitetut hallinnollisen menettelyn kohteen määrittelemiseksi suhteessa mainitussa menettelyssä kohteena oleviin yrityksiin, eikä sen tarvitse neuvotella kaikista tosiasiallisista ja oikeudellisista näkökohdista, joita on käsitelty hallinnollisessa menettelyssä. Yhteisöjen tuomioistuin on muistuttanut edellä 228 kohdassa mainituissa yhdistetyissä asioissa Aalborg Portland ym. vastaan komissio antamassaan tuomiossa väitetiedoksiannon alustavuudesta ja komission velvollisuudesta ottaa huomioon hallinnollisesta menettelystä johtuvat seikat ja muun muassa hylätä perusteettomiksi osoittautuvat väitteet.

285 On tosin huomautettava, että tämä oikeuskäytäntö on kehitetty EY 81 ja EY 82 artiklan täytäntöönpanon osalta eikä yrityskeskittymien valvonnan erityisalalla, jonka yhteydessä komission päätösten tekemistä sääntelevien pakottavien määräaikojen noudattaminen ei anna sille mahdollisuutta pitkittää tutkimustaan, jolloin näkemyksen perustavanlaatuinen muuttaminen on sitä epätodennäköisempää, mitä pidemmälle hallinnollinen menettely etenee. Komissio on lisäksi korostanut loppuhuomautuksissaan, että kuulemistilaisuuden jälkeiset tutkimustoimenpiteet koostuvat lähinnä siitä, että markkinoiden toimijoita on kuultu ehdotetuista sitoumuksista, eivätkä ne koske ilmoitettua keskittymähanketta vastaan esitettyjä väitteitä. Väitetiedoksianto on kuitenkin vain valmisteluasiakirja, ja lopullinen päätös on perusteltava ainoastaan kaikkien suunnitellusta keskittymästä relevanttien markkinoiden kilpailulle aiheutuvien vaikutusten arvioimiseen liittyvien seikkojen

ja tekijöiden kannalta. Tästä seuraa, että pelkästään se, että komissio ei ole selittänyt päätöksensä tekstiosassa näkemystensä muutoksia väitetiedoksiantoon sisältyneisiin näkemyksiin verrattuna, ei sellaisenaan voi merkitä perustelujen puuttumista tai riittämättömyyttä.

286 Komissio vetoaa lisäksi oikeuskäytäntöön, jossa on katsottu, että jos keskittymä muuttaa vain hyvin vähän kilpailuasemaa tietyillä markkinoilla, se ei ole velvollinen esittämään erityisiä perusteluja tästä kysymyksestä eikä se laiminlyö perusteluvelvollisuuttaan, jos se ei sisällytä päätökseensä täsmällisiä perusteluja, jotka koskevat keskittymän sellaisten osatekijöiden arviointia, jotka näyttävät olevan selvästi suhteettomia tai merkityksettömiä. Vaikka nämä seikat pitävät paikkansa, on todettava, että ne ovat tämän väitteen yhteydessä merkityksettömiä. Nyt käsiteltävä väite ei näet ensinnäkään liity keskittymän aiheuttamaan vähäiseen muutokseen vaan sitä edeltäneeseen tilanteeseen, ja toiseksi on kiistatonta, että markkinoiden riittävän avoimuuden puuttuminen on olennainen tai jopa ainoa perustelu, johon aikaisemman yhteisen määräävän markkina-aseman puuttumisen riidanalainen arviointi perustuu.

287 Näiden alustavien huomautusten valossa on tutkittava, sisältääkö päätös riittävät perustelut toteamukselle, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimet, jotta hintojen yhteensovittaminen olisi mahdollista.

288 Markkinoiden avoimuuden tutkiminen on päätöksen 111–113 perustelukappaleen väliotsikon kohteena. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että päätös sisältää myös avoimuuteen liittyviä seikkoja, jotka sisältyvät osioon, joka liittyy suurten yhtiöiden yhteistä hintastrategiaa viidessä suuressa jäsenvaltiossa koskevaan tutkimukseen 69–108 perustelukappaleessa, mihin väliotsikossa viitataan, samoin kuin osioon, joka liittyy yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon arvioimiseen pienten maiden markkinoilla 148–153 perustelukappaleessa, mihin väliotsikossa ei viitata. On siis tarkasteltava peräkkäin näissä kolmessa osiossa esitettyjä perusteluja.

289 Väliotsikosta on aluksi huomautettava, että siihen kuuluu vain kolme perustelukappaletta, vaikka avoimuus on tässä tapauksessa päätöksen mukaan ja erityisesti komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissä kirjelmissä edustaman näkemyksen mukaan olennainen tai jopa ainoa perustelu väitteelle, jonka mukaan musiikkiäänitteiden markkinoilla ei ole olemassa yhteistä määräävää asemaa. On myös korostettava, että siinä ei ole päätelty, että markkinat eivät olisi avoimet, eikä edes, että ne eivät olisi riittävän avoimet salaisen yhteisjärjestelyn mahdollistamiseksi. Päätöksen 111 perustelukappaleen loppuosassa todetaan enintään, että tarve harjoittaa valvontaa albumitasolla erityisesti kampanja-alennusten osalta "saattaisi vähentää avoimuutta markkinoilla ja vaikeuttaa salaisia yhteisjärjestelyjä", ja toisaalta 113 perustelukappaleen loppuosassa todetaan enintään, että "komissio ei ole kuitenkaan löytänyt riittävästi seikkoja osoittaakseen, että valvomalla vähittäishintoja tai käyttämällä näitä yhteyksiä vähittäiskauppiaiden kanssa suuret levy-yhtiöt olisivat aikaisemmin kyenneet täyttämään kampanja-alennuksiin liittyvän avoimuuden puuttumisen, johon on viitattu viiden suuren jäsenvaltion osalta". Näillä väitteillä, jotka ovat epämääräisiä ja joihin ei liity minkäänlaisia täsmennyksiä, jotka koskisivat esimerkiksi kampanja-alennusten luonnetta, olosuhteita, joissa niitä voidaan soveltaa, niiden läpinäkymättömyyden astetta, niiden laajuutta tai niistä hintojen avoimuudelle aiheutuvia vaikutuksia, ei voida perustella oikeudellisesti riittävällä tavalla toteamusta, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimia mahdollistamaan yhteisen määräävän aseman.

290 Tämän jälkeen on ilmeistä, että edellä mainittuja kahta otetta lukuun ottamatta kaikki päätöksen 111–113 perustelukappaleessa todetut tekijät eivät missään tapauksessa osoita markkinoiden läpinäkymättömyyttä vaan tuovat päinvastoin esiin niiden avoimuuden.

291 Esimerkiksi 111 perustelukappaleessa todetaan viitehintojen rajallinen määrä ja se, että suurten yhtiöiden on valvottava vain muutamien eniten myytyihin albumeihin kuuluvien albumien viitehintoja seuratakseen myyntiä kokonaisuutena, koska 20 eniten myytyä levyä edustaa vähintään puolta vuotuisesta myynnistä kaikissa maissa kokonaisuutena arvioiden.

292 Erityisesti 112 perustelukappaleessa esitetään, että "markkinoilla on muita tekijöitä, jotka lisäävät avoimuutta ja saattavat edistää yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa". Niihin kuuluu ensinnäkin levymyyntilistojen julkaiseminen viikoittain, jolloin saadaan tietoja levykohtaisista myynneistä ja kyetään erittäin helposti saamaan selville levyt, joista tulee "hittejä", mikä sen mukaan "edistää merkittävästi suurten levy-yhtiöiden harjoittamaa valvontaa". Siinä esitetään tämän jälkeen, että musiikkiäänitteiden markkinat ovat luonteeltaan sellaiset, että "menestyäkseen taloudellisesti musiikin vähittäiskauppiaan on tarjottava kaikkien suurten levy-yhtiöiden tuotteita" ja että "alalle ovat siis ominaisia vähittäiskauppiaiden ja suurten levy-yhtiöiden vakaat ja pysyvät suhteet". Komissio toteaa siinä niin ikään, että "lisäksi suuri osa suurten yhtiöiden musiikkiäänitteiden myynnistä kanavoituu vähäiselle määrälle asiakkaita", ja päättelee tämän perusteella, että "tällainen tilanne, jossa markkinoilla on vähäinen määrä toimijoita, edistää suurten levy-yhtiöiden etuja palvelevien yhteistyöstrategioiden omaksumista sekä edistää myös tietojen valvontaa ja tiedonkulkua".

293 On vielä todettava, että säännöt ja tekijät, jotka lisäävät avoimuutta ja edistävät yhteisjärjestelyjen noudattamisen valvontaa, luetellaan markkinoiden avoimuutta koskevan väliotsikon viimeisessä perustelukappaleessa. Komissio esittää näet 113 perustelukappaleessa, että "avoimuuden toinen lähde on vähittäismarkkinoiden valvonta". Se täsmentää tältä osin, että "markkinatutkimus on osoittanut, että Sony ja BMG [olivat] ottaneet käyttöön viikoittain julkaistavien raporttien järjestelmän – – ja raportteihin sisältyy tietoja kilpailijoista". Komissio ilmoittaa lopuksi, että tutkimuksessa "on niin ikään vahvistettu, että suurten levy-yhtiöiden myyntihenkilöstöllä oli säännöllisiä ja pysyviä yhteyksiä vähittäis- ja tukkumyyjiin, koska tukia ja kampanja-alennuksia koskevat neuvottelut käydään usein viikoittain".

294 Edellä esitetystä ilmenee, että sen lisäksi, että komissio ei päätellyt avoimuuden tutkimista koskevassa päätöksen väliotsikossa, että markkinat olisivat läpinäkymättömät tai että ne eivät olisi riittävän avoimet, jotta yhteinen määräävä asema olisi mahdollinen, se viittasi vain tekijöihin, jotka olisivat omiaan luomaan markkinoille suuren avoimuuden ja edistämään yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa, ainoana poikkeuksena melko rajoitettu ja tukematta jätetty väite, jonka mukaan

kampanja-alennukset voisivat vähentää avoimuutta ja vaikeuttaa salaisia yhteisjärjestelyjä. On siis todettava, että tämän osion ei selvästikään voida yksinään katsoa perustelevan oikeudellisesti riittävällä tavalla väitettä, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimet.

295 Tämän jälkeen on tutkittava, sisältyykö tällainen perustelu osioon, joka koskee suurten yhtiöiden yhteisen hintastrategian tarkastelua.

296 Aluksi on hyödyllistä muistuttaa siitä, että noudatettu menetelmä ja tehdyt toteamukset ovat hyvin vähäisiä vaihteluja lukuun ottamatta samat viiden suuren maan markkinoiden osalta, joten seuraavat huomautukset, jotka on tehty Yhdistyneen kuningaskunnan osalta, pätevät soveltuvin osin kaikkiin viisiin suuriin markkinoihin.

297 Todettuaan todellisten keskimääräisten nettohintojen osittain samankaltaisen kehityksen ja suurten yhtiöiden hintojen samankaltaisen kehityksen Yhdistyneessä kuningaskunnassa komissio ilmoittaa päätöksen 75 perustelukappaleessa tutkineensa tämän jälkeen, olivatko muut tekijät eli listahinnat ja alennukset yhdenmukaisia ja riittävän avoimia ollakseen riittäviä todisteita yhteensovittamisesta.

298 Aluksi on huomautettava, että komissio pyrkii tässä osiossa tutkimaan, onko suurten yhtiöiden käyttäytyminen omiaan osoittamaan yhteensovittamisen olemassaolon. Komissio on korostanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissään kirjelmissä useaan otteeseen tarvetta olla sekoittamatta toimijoiden yhteistä strategiaa markkinoilla markkinoiden avoimuutta koskevaan näyttöön ja täsmentänyt, että käytettyjen ehtojen olennainenkaan yhdenmukaistaminen ei ole omiaan osoittamaan markkinoiden avoimuutta. Tästä seuraa, että komissionkin näkemyksen mukaan suurten yhtiöiden hinta- ja alennuskäytänteitä koskevat toteamukset ovat merkityksettömiä arvioitaessa markkinoiden avoimuutta. Näin ollen tähän osioon

sisältyvien huomautusten ei pitäisi mahdollistaa edellä todettujen perustelujen riittämättömyyden korvaamista. Koska tämä näkemys ei ole kuitenkaan päätöksen mukainen, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää välttämättömänä tutkia, voivatko tässä osiossa esitetyt toteamukset tarjota riittävät perustelut markkinoiden avoimuuden puuttumista koskevalle toteamukselle.

299 Komissio on todennut ensinnäkin julkaistujen myyntihintojen osalta, että jokainen suuri levy-yhtiö on tehnyt yli 80 prosenttia nettomyynnistä kolmella tärkeimmällä julkaistulla myyntihinnallaan kaikista 100:sta eniten myydystä yhden levyn albumista vuonna 2003 ja että lisäksi yksi tai kaksi julkaistua myyntihintaa sisältyy 17 pencen haarukkaan (välillä 8,98 ja 9,15 Englannin puntaa), joka on edustanut yli 47:ää prosenttia 100:sta eniten myydystä levystä (luvut ovat melko samankaltaisia muissa suurissa maissa; yksi tai kaksi julkaistua myyntihintaa sisältyy 0,36 euron haarukkaan – 12,55 ja 12,91 euron välillä – joka on esimerkiksi edustanut yli 60:tä prosenttia 100:sta eniten myydystä levystä Italiassa). Se päätteli siitä, että "eniten myytyjen albumien listahinnat näyttävät olevan yhdenmukaisia". On todettava, että kyseessä on vähintäänkin maltillinen päätelmä, koska yhdenmukaisuus on todellisuudessa erittäin korostunutta.

300 Lisäksi on huomautettava tässä yhteydessä, että komissio ei ollut todennut väitetiedoksiannossa, että hinnat olisivat vain "yhdenmukaisia", vaan pikemminkin, että ne olivat "huomattavan yhdenmukaisia" (väitetiedoksiannon 82 kohdan mukaan "julkaistut myyntihinnat ovat hyvin lähellä toisiaan", ja 87 kohdassa viitataan "huomattavaan yhdenmukaisuuteen"). Komissio oli jopa todennut 20:n eniten myydyn levyn osalta, että yhdenmukaisuus oli lähes täydellistä (ks. väitetiedoksiannon 85 ja 86 kohta), mutta tätä tutkimuksen osatekijää ei ole otettu päätökseen, vaikka komissio ei ole vastatessaan istunnossa tätä koskevaan kysymykseen väittänyt tutkimuksen olleen virheellinen tai kyennyt selittämään syitä siihen, miksi tämä tutkimuksen osatekijä on poistettu. Päätöksen 72 perustelukappaleessa mainitaan myös enää neljä osatekijää, joihin yhteisen hintastrategian tutkimus perustuu, kun väitetiedoksiannon 75 kohdassa viitattiin viidenteen osatekijään. Kuten edellä on todettu, väitetiedoksianto on vain alustava asiakirja, ja vaikka komissiolla on täysi oikeus ja jopa velvollisuus muuttaa kantaansa niiden tietojen perusteella, joita se on

saanut tutkimuksensa aikana, se ei sitä vastoin voi poistaa tiettyjä merkityksellisiä seikkoja ainoastaan sillä perusteella, että ne eivät ole mahdollisesti sen uuden arvioinnin mukaisia.

301 Vaikka otettaisiinkin huomioon ainoastaan päätökseen otetut huomautukset, komissio on joka tapauksessa päätellyt, että listahinnat olivat melko yhdenmukaisia.

302 Samoin päätöksen 76 perustelukappaleessa esitetään, että julkaistut myyntihinnat ovat "melko avoimia, koska ne sisältyvät suurten levy-yhtiöiden luetteloihin," ja että "vaikuttaa siis mahdolliselta valvoa toisten suurten levy-yhtiöiden listahintoja". Vaikka tämä arviointi oli tässäkin tapauksessa erittäin maltillinen ja hyvin lievä verrattuna väitetiedoksiannossa tehtyyn arviointiin (väitetiedoksiannon 81 kohdassa todettiin näet, että "komissio arvioi, että suurille yhtiöille on äärimmäisen helppoa valvoa julkaistuja myyntihintoja, joilla uudet menestyksekkäät albumit tuodaan markkinoille, sillä nämä julkaistut myyntihinnat ovat yleisesti saatavilla suurten yhtiöiden luetteloissa"), se korostaa kuitenkin markkinoiden avoimuutta lisäävää seikkaa. Bruttohintojen (listahinnat) julkisuudella on varmasti huomattava merkitys hintojen avoimuudelle.

303 Vaikuttaa siis siltä, että päätöksenkin sanamuodon mukaan listahinnat ovat komission tutkimien kahden seikan eli yhdenmukaisuuden ja avoimuuden kannalta yksi markkinoiden avoimuuden osatekijä.

304 Päätöksen 78 perustelukappaleessa esitetään toiseksi alennusten osalta, että komissio on todennut "suurten levy-yhtiöiden soveltamissa alennuksissa tiettyä vaihtelua" ja että "laskun loppusummasta myönnetyt alennukset ovat toisiin alennusmuotoihin (kaupalliset yhteistyösopimukset ja paljousalennukset) verrattuna ylivoimaisesti tärkeimpiä sovelletuista hinnanalennuksista". Se selvittää tämän jälkeen yhtäältä laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten yhdenmukaisuutta ja toisaalta niiden avoimuutta.

305 Päätöksen 79 perustelukappaleessa esitetään alennusten yhdenmukaistamisen osalta, että "komissio on todennut tiettyä asiakaskohtaista vaihtelua ja suurimmaksi osaksi myös 2–5 prosenttiyksikön eroja Sonyn ja BMG:n laskun loppusummasta myönnetyissä alennuksissa niiden [kymmenen] tärkeimmän asiakkaan osalta sekä yli 5 prosenttiyksikön eroja tiettyjen asiakkaiden osalta tiettyinä vuosina". Perustelukappaleessa mainitaan lisäksi, että "nämä vaihtelut johtuivat olennaisilta osin kampanja-alennuksista, joita käytetään joustavammin kuin tavanomaisia alennuksia, jotka vahvistetaan yleensä vuosittain", ja päätellään tästä, että "näiden havaintojen perusteella ei ole voitu osoittaa, että laskun loppusummasta myönnetyt alennukset olisivat olleet riittävän yhdenmukaiset keskittymän osapuolten välillä".

306 Aluksi on huomautettava, että selvitys koskee siis edellä esitetyin tavoin suurten yhtiöiden käyttäytymistä eikä markkinoiden objektiivisia ominaispiirteitä, joten sillä on merkitystä enintään arvioitaessa markkinoiden avoimuuden astetta. Komissio on korostanut tältä osin, että suurten levy-yhtiöiden keskimääräisten nettohintojen yhdenmukaisuutta tai tietyn levy-yhtiön keskimääräisten alennusten huomauttavaa vakautta koskeva toteamus ei ole näyttö salaisesta yhteensovittamisesta eikä tarvittavasta avoimuudesta ja että "yhdenmukaisuuden tai vakauden aste maailmanlaajuisella tasolla ei voi korvata merkittävää ja yhtäpitävää näyttöä riittävästä avoimuudesta, joka mahdollistaa sen, että [oligopolitilanteessa olevat yritykset] kykenevät valvomaan toistensa käyttäytymistä markkinoilla". Tästä on pääteltävä, että alennusten yhdenmukaisuuden tutkiminen ei komission mielestä ole asianmukainen testi arvioida markkinoiden avoimuutta, koska komission mukaan alennusten yhdenmukaisuuskaan ei voi osoittaa avoimuutta. Testi voi näet olla asianmukainen vain siinä tapauksessa, että sen perusteella voidaan todeta sekä avoimuus että avoimuuden puute. Koska tätä komission näkemystä ei kuitenkaan tueta riittävästi päätöksessä, kuten edellä on todettu, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii, osoittavatko 78 ja 79 perustelukappaleeseen sisältyvät huomautukset oikeudellisesti riittävällä tavalla markkinoiden avoimuuden puuttumisen.

307 Aluksi on todettava, että keskittymän osapuolten soveltamien laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten yleistason vaihtelu, sellaisena kuin se todetaan päätöksen 78 perustelukappaleessa, on hyvin vähäistä eli [*luottamuksellinen tieto*] 2–5 prosenttia niiden kokonaisbruttomyynnistä Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

Italiassa tämä vaihtelu on lähes olematonta eli [*luottamuksellinen tieto*] 0–5 prosenttia (päätöksen 99 perustelukappale). Myös suurimmaksi osaksi 2–5 prosentin erot [*luottamuksellinen tieto*] yrityskeskittymän osapuolten laskun loppusummasta myöntämien alennusten välillä niiden kymmenen tärkeimmän asiakkaan osalta ovat erittäin pieniä. Tästä seuraa, että 78 ja 79 perustelukappaleessa ja muita suuria maita koskevissa perustelukappaleissa olevat tiedot eivät mahdollista sen päätelmän perustelemista, jonka mukaan laskun loppusummasta myönnetyt alennukset eivät olisi riittävän yhdenmukaisia.

308 Vaikuttaa tämän jälkeen siltä, että päätöksen sanamuodonkaan mukaan tällä vähäisellä vaihtelulla ei olisi merkitystä. Päätöksen 77 perustelukappaleen mukaan "komission tutkimus on osoittanut, että nettomyyntihinnat liittyvät läheisesti bruttohintoihin (julkaistut myyntihinnat), koska Sonyn ja BMG:n todellisten keskimääräisten bruttohintojen ja keskimääräisten nettohintojen samansuuntainen kehitys kuuden viime vuoden aikana sekä netto- ja bruttohintojen välinen suhde on koko ajan ollut kaikkien albumien osalta erittäin vakaata". Toisin kuin komissio väittää, päätöksen 77 perustelukappaleessa ei myöskään tyydytä viittaamaan ainoastaan kaikkien albumien keskimääräisten brutto- ja nettohintojen yhdenmukaiseen kehitykseen (eli kokonaismyynnistä myönnetyn keskimääräisen alennuksen vakauteen), joka peittää siten mahdolliset erot myönnetyissä alennuksissa yksittäisten albumien osalta, vaan kyseisessä perustelukappaleessa todetaan lisäksi alennusten vakaus yksittäisen albumin osalta ja eri aikoina. Vaikka näet 77 perustelukappaleen virkkeen toisessa osassa tarkoitettaisiin, kuten komissio väittää, keskimääräisten brutto- ja nettohintojen suhdetta, tämä olisi tarpeetonta, koska tämä suhde tarkoittaa samaa kuin brutto- ja nettohintojen välinen ero, jonka vakaus todetaan virkkeen ensimmäisessä osassa. Tämä ilmenee vielä erittäin selvästi päätöksen alkuperäisestä versiosta, koska siinä käytetään termiä "suhteet" monikossa (albumikohtaiset brutto- ja nettohintojen suhteet eri aikoina erittäin vakaat). Väitetiedoksiannon 90 kohdassa ilmoitetaan lisäksi, että komissio on todennut, että "albumikohtaiset brutto- ja nettohintojen suhteet olivat eri aikoina erittäin vakaat komission tutkimien yksittäisten levyjen osalta". Lisäksi väitetiedoksiannon 75 kohdan iv alakohdassa esitetään, että komissio tutki yksittäisten albumien brutto- ja nettomyyntien kehityksen, ja täsmennetään alaviitteessä 47, että "brutto- ja nettohintojen tutkimus oli tehty erikseen BMG:n ja Sonyn kymmenen eniten myyneen levyn osalta vuonna 2002".

309 Lisäksi päätöksen 77 perustelukappaleen viimeisestä virkkeestä ilmenee, että alennukset eivät ole todellisuudessa omiaan heikentämään hintoihin liittyvää markkinoiden avoimuutta, joka johtuu muun muassa julkaistuista listahinnoista, koska siinä todetaan, että "jos suuret levy-yhtiöt olisivat merkittävästi poikenneet sovituista hintastrategioista myöntämällä alennuksia, poikkeaminen olisi ilmennyt niiden keskimääräisistä nettohinnoista".

310 Vaikka komissio vetoaa kirjelmissään myös siihen, että keskimääräisiä nettohintoja tai keskimääräisiä alennuksia koskevat tiedot eivät ole omiaan osoittamaan yhdenmukaisuutta tai yhteensovittamista ja että ainoastaan hintojen vahvistamista koskevilla yksittäispäätöksillä on merkitystä, on todettava, että nämä perustelut eivät saa tukea päätöksestä. Päätöksen 70 perustelukappaleessa esitetään esimerkiksi, että "komissio katsoo, että keskihinnat ovat hyvä keino selvittää, onko suurten levy-yhtiöiden käyttäytyminen yhdenmukaista". Kuten komissio on todennut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, jos hintastrategiaan liittyvillä huomioilla ei olisi merkitystä avoimuuden arvioinnissa, tästä seuraisi, että päätöksen 78–80 perustelukappaleeseen (ja vastaaviin muiden suurten maiden markkinoita koskeviin perustelukappaleisiin) sisältyviä alennuksia koskevat huomiot eivät sisältäisi avoimuuden puuttumisen perusteluja, koska alennukset ovat hintojen osatekijä ja niitä tarkastellaan tutkittaessa hintojen yhteensovittamista.

311 Edellä esitetyn perusteella päätöksen 78 ja 79 perustelukappaleeseen (ja vastaaviin muita suuria maita koskeviin perustelukappaleisiin) sisältyvillä laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten yhdenmukaisuutta koskevilla huomioilla ei voida perustella väitettä, jonka mukaan markkinat eivät olisi riittävän avoimet.

312 Päätöksen 80 perustelukappaleessa todetaan alennusten avoimuuden osalta, että "brittiläisten asiakkaiden vastauksista komission tekemään markkinatutkimukseen ilmenee suurimmaksi osaksi, että suuret levy-yhtiöt tiesivät jossain määrin kilpailijoidensa myöntämät tavanomaiset alennukset, koska ne olivat jatkuvasti tekemisissä saman asiakaskunnan kanssa". Tämä toteamus toistetaan samassa

muodossa viiden suuren maan osalta (päätöksen 87, 94, 101 ja 108 perustelukappale). Perusteluvelvollisuuden loukkaamista koskevan väitteen tutkimisen yhteydessä ei ole tarpeen tutkia tämän toteamuksen paikkansapitävyyttä, mutta jo tässä vaiheessa on todettava, että se näyttää esittävän markkinoiden avoimuuden hyvin lievänä, kun otetaan huomioon seikat, joihin se perustuu. Erityisesti Italian osalta on vaikea ymmärtää, miten komissio on voinut arvioida, että asiakkaiden vastauksista ilmeni "suureksi osaksi", että suuret yhtiöt tiesivät vain "jossain määrin" kilpailijoidensa myöntämät alennukset, kun päätöksen alaviitteessä 55 todetaan, että "kysymykseen vastanneet viisi italialaista vähittäiskauppiasta totesivat, että suuret levy-yhtiöt tiesivät kilpailijoidensa soveltamat julkaistut myyntihinnat ja alennukset". Samoin Ranskan osalta päätöksen alaviitteestä 49 ilmenee, että kolme vähittäiskauppiasta neljästä ilmoitti, että suuret levy-yhtiöt tiesivät kilpailijoidensa markkinoilla soveltamat julkaistut myyntihinnat ja alennukset.

313 Tämän jälkeen on huomautettava, että selittävistä alaviitteistä ei minkään maan osalta ilmene minkäänlaista eroa tavanomaisten alennusten ja kampanja-alennusten välillä, joten niistä eivät ilmene syyt, joiden vuoksi komissio on päätellyt asiakkaiden vastauksista, että suuret yhtiöt tiesivät jossain määrin ainoastaan tavanomaiset alennukset eivätkä kampanja-alennuksia.

314 Joka tapauksessa on todettava, että komissio on päätöksenkin mukaan arvioinut, että tavanomaiset alennukset olivat jossain määrin avoimia.

315 Vaikuttaa siis siltä, että ainoa päätöksessä todettu läpinäkymättömyyden osatekijä on 80 perustelukappaleeseen (ja vastaaviin muita suuria maita koskeviin perustelukappaleisiin) sisältyvä väite, jonka mukaan "vaikuttaa kuitenkin siltä, että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset ja että myös niiden valvonta edellyttää tämän tyyppisten alennusten kehityksen tarkkaa seurantaa vähittäismarkkinoilla".

316 Tältä osin on aluksi todettava, että ei ole esitetty, että kampanja-alennukset olisivat läpinäkymättömiä, vaan ainoastaan, että ne ovat "vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset" ja että niiden valvonta edellyttää tarkkaa seurantaa. Lisäksi on täsmennettävä komission todenneen, että Sony ja BMG olivat ottaneet käyttöön myyntihenkilöstönsä viikoittain laatimien raporttien järjestelmän, ilman että olisi kuitenkaan kyetty osoittamaan, että nämä raportit takaisivat kyseisten kampanja-alennusten riittävän avoimuuden.

317 Tämän jälkeen on muistutettava, että kuten päätöksen 150 perustelukappaleen toisesta virkkeestä ilmenee, tärkeimpiä kaikissa maissa sovellettavia alennuksia ovat tavanomaiset alennukset. Tästä seuraa päätöksen itsensäkin mukaan, että kampanja-alennukset vaikuttavat hintoihin vain vähän. Samoin 77 perustelukappaleesta ilmenee, että alennukset (sekä tavanomaiset alennukset että kampanja-alennukset) eivät ole kuuden viime vuoden aikana vaikuttaneet sovittuihin hintastrategioihin.

318 On myös huomautettava, että päätöksessä ei esitetä, että markkinat olisivat läpinäkymättömät, eikä edes, että ne eivät olisi riittävän avoimet mahdollistamaan hintojen yhteensovittamisen, vaan enintään, että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia, ilman että päätöksessä esitettäisiin vähäisimpiäkään tietoja niiden luonteesta, olosuhteista, joissa ne on annettu, niiden konkreettisesta merkityksestä nettohintojen kannalta tai niiden vaikutuksesta hintojen avoimuuteen.

319 Lisäksi on muistettava, että kuten edellä on esitetty, komissio on todennut päätöksessä useita seikkoja ja tekijöitä, jotka edistävät markkinoiden avoimuutta ja helpottavat yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa.

320 Tästä seuraa, että niillä muutamilla kampanja-alennuksiin liittyvillä väitteillä, jotka sisältyvät päätöksen osioon, joka koskee hintojen yhteensovittamisen tutkimista

suurissa maissa, ei voida osoittaa markkinoiden tai edes kampanja-alennusten läpinäkymättömyyttä, koska ne ovat epätarkkoja, niiden tueksi ei ole esitetty näyttöä ja ne ovat jopa ristiriidassa päätökseen sisältyvien muiden huomioiden kanssa. Näissä väitteissä tyydytään lisäksi vain esittämään, että kampanja-alennukset olisivat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset, mutta ei selitetä sitä, miksi niillä olisi merkitystä markkinoiden avoimuuden kannalta, eikä näiden väitteiden perusteella ole mahdollista ymmärtää, miten niillä voitaisiin yksinään korvata muut päätöksessä yksilöidyt markkinoiden avoimuuden tekijät ja siten poistaa avoimuus, joka on välttämätön yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon kannalta.

321 Todettakoon lopuksi pienten maiden tilanteen arvioimista koskevaan päätöksen osioon sisältyvistä huomioista, että komissio toteaa aluksi päätöksen 149 perustelukappaleessa, että julkaistuja myyntihintoja käytetään melko samalla tavalla suurissa maissa. Se korostaa tässä yhteydessä, että olennainen osa myynnistä tehdään muutamilla julkaistuilla myyntihinnoilla ja että suuret yhtiöt käyttävät julkaistuja myyntihintoja yhdenmukaisesti, sekä täsmentää, että "kuten kutakin pientä maata koskevat luvut osoittavat, Alankomaissa ja Belgiassa Sonyn ja BMG:n kaksi tärkeintä julkaistua myyntihintaa ovat käytännössä samat". Se päättelee tästä, että suurten levy-yhtiöiden julkaistujen myyntihintojen välillä oli hyvin samanlainen kehitys. Siten 149 perustelukappaleesta ilmenee, että komissio totesi pienissä maissa vielä huomattavamman avoimuuden ja julkaistujen myyntihintojen yhdenmukaisuuden kuin suurissa maissa.

322 Pienissä maissa myönnetyistä alennuksista on todettava, että kyseiseen otsikkoon ei sisälly mitään kampanja-alennuksiin liittyviä huomautuksia eikä kampanja-alennuksia mainita. Komissio esittää päinvastoin päätöksen 150 perustelukappaleessa, että samoin kuin viidessä suuressa maassa tärkeimpiä kaikissa pienissä maissa sovellettavia alennuksia ovat tavanomaiset alennukset.

323 Vaikka komissio esittää, että Sony ja BMG myöntävät hyvin merkittäviä alennuksia laskun loppusummasta, että niiden määrä vaihtelee asiakaskohtaisesti, että niiden taso vaihtelee myös BMG:n ja Sonyn välillä, että niitä ei julkaista ja että ne johtavat

avoimuuden vähenemiseen, se ei kuitenkaan esitä mitään numerotietoja niiden merkityksestä tai vaihtelusta. Ei ole myöskään selitetty, tekevätkö markkinoiden ominaispiirteet samalla tavoin kuin suurissa valtioissa ainakin tavanomaisista alennuksista avoimia. Ei ole myöskään esitetty, johtavatko tavanomaiset alennukset ja/tai kampanja-alennukset eri nettohintoihin, sillä toteamus, jonka mukaan "komissio ei ole todennut, että olisi riittäviä todisteita siitä, että keskimääräisten nettohintojen yhdenmukaisuuden voitaisiin katsoa johtuvan salaisesta yhteisjärjestelystä", näyttää pikemminkin viittaavan siihen, että näin ei ole.

324 Tästä seuraa, että myöskään pieniä maita koskeva osio ei sisällä perusteluja toteamukselle, jonka mukaan markkinat eivät kampanja-alennusten takia olisi avoimet. Pienissä maissa vallitseva tilanne ei voi missään tapauksessa olla pätevä perustelu suurten maiden markkinoiden avoimuutta koskevalle toteamukselle.

325 Edellä esitetystä seuraa, että markkinoiden avoimuuteen liittyvän toteamuksen perustelujen riittämättömyyttä koskeva väite on perusteltu, mikä jo sellaisenaan olisi peruste päätöksen kumoamiselle.

326 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii kuitenkin lisäksi myös kantajan väitteet ja perustelut, joiden mukaan seikkoja, joita komissio on esittänyt osoittaakseen markkinoiden avoimuuden riittämättömyyden, rasittavat ilmeiset arviointivirheet.

b) Ilmeistä arviointivirhettä koskeva väite

327 Aluksi on muistutettava siitä, että asetuksen aineellisissa säännöksissä ja erityisesti sen 2 artiklassa komissiolle annetaan tiettyä harkintavaltaa erityisesti taloudellisten

seikkojen arvioinnissa. Tämän harkintavallan käytön tuomioistuinvalvonnassa, jolla on olennainen merkitys keskittymien valvontaa koskevien säännösten täsmentämisessä, on näin ollen otettava huomioon se harkintavalta, joka liittyy keskittymien valvontajärjestelmään kuuluviin taloudellisluonteisiin oikeussäännöksiin (edellä 245 kohdassa mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 223 ja 224 kohta; edellä 232 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 38 kohta; edellä 246 kohdassa mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 164 ja 165 kohta; edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 64 kohta; asia T-80/02, Tetra Laval v. komissio, tuomio 25.10.2002, Kok. 2002, s. II-4519, 119 kohta ja asia T-201/01, General Electric v. komissio, tuomio 14.12.2005, Kok. 2005, s. II-5575, 60 kohta).

328 Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin täsmentänyt seuraavaa:

"Vaikka yhteisöjen tuomioistuin tunnustaa komissiolla olevan harkintavaltaa taloudellisissa asioissa, se ei tarkoita sitä, että yhteisöjen tuomioistuinten on pidättäydyttävä valvomasta sitä, miten komissio on tulkinnut taloudellisluonteisia seikkoja. Yhteisöjen tuomioistuinten on paitsi muun muassa tutkittava esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus myös tarkistettava, muodostavatko nämä todisteet merkityksellisten seikkojen kokonaisuuden, joka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty." (Edellä 232 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta.)

329 Näiden seikkojen valossa on tutkittava, rasittaako markkinoiden avoimuutta koskevia komission arviointeja ilmeinen virhe.

330 Kantaja huomauttaa aluksi, että ennen päätöksen tekemistä musiikkiäänitteiden markkinoita pidettiin riittävän avoimina yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollistamiseksi.

331 Kantaja muistuttaa tässä yhteydessä, että komissio oli todennut tutkiessaan EMI:n ja Time Warnerin keskittymähanketta, että musiikkiäänitteiden markkinoille ovat ominaisia vakiohintaiset tuotteet (standardised pricing products) ja että markkinat ovat "erittäin avoimet" (ks. EMI/Time Warner -keskittymähankkeeseen liittyneen väitetiedoksiannon 37, 38 ja 57 kohta).

332 Se lisää, että myös Office of Fair Trading arvioi Yhdistyneessä kuningaskunnassa musiikkiäänitteiden markkinoista syyskuussa 2002 laatimassaan raportissa ("Wholesale supply of compact discs"), että markkinat olivat erittäin avoimet, ja yksilöi useita tekijöitä (erityisesti levymyyntilistojen julkaiseminen viikoittain, yhteismyynti ja vähittäiskauppiaiden säännölliset vierailut varastojen tarkistamiseksi), joiden vaikutuksesta tietoja kilpailijoista oli saatavilla enemmän kuin monilla muilla teollisuudenaloilla (ks. väitetiedoksiannon 114 kohta).

333 Kantaja väittää lopuksi, että tässä tapauksessa komissio päätteli 9.1.2004 ilmoitetun Sonyn ja Bertelsmannin keskittymähankkeen ensimmäisen tutkimuksen ja ensimmäisen muun muassa vähittäiskauppiaiden ja suurten yhtiöiden parissa tehdyn markkinatutkimuksen jälkeen 12.2.2004 tekemässään päätöksessä, että hanke herätti vakavia epäilyksiä siitä, oliko se yhteismarkkinoille soveltuva, ja aloitti siten asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen menettelyn. Komissio jatkoi menettelyn aikana tutkimustaan ja esitti keskittymän osapuolille (19.2., 5.3., 17.3., 23.3., 1.4. ja 10.5.2004), muille suurille yhtiöille (11.3. ja 10.5.2004) sekä markkinoiden eri toimijoille (ks. esim. 16.4.2004 päivätty kysely vähittäiskauppiaille) useita tietopyyntöjä. Nämä kaikki saamansa tiedot tutkittuaan ja käytyään keskusteluja Sonyn ja BMG:n kanssa komissio antoi 24.5.2004 väitetiedoksiannon, jossa se totesi alustavasti, että keskittymä oli yhteismarkkinoille soveltumaton muun muassa sen vuoksi, että sillä vahvistettiin yhteistä määräävää asemaa musiikkiäänitteiden markkinoilla.

334 Kantaja korostaa, että komissio totesi väitetiedoksiannossa yhtäältä suurten yhtiöiden sekä brutto- että nettohintojen yhdenmukaisuuden ja arvioi toisaalta, että markkinat olivat riittävän avoimet mahdollistamaan suurten yhtiöiden yhteisen määräävän markkina-aseman kehittymisen ja hintojen yhteensovittamisen valvonnan (ks. mm. väitetiedoksiannon 93 kohta). Komissio selvitti väitetiedoksiannon 94–115 kohdassa tältä osin kymmenen tekijää, jotka tekevät musiikkiäänitteiden markkinoista erityisen alttiit yhteensovittamiselle ja helpottavat niiden valvontaa. Komissio korosti a) tuotteen homogeenisuutta; b) julkaistujen myyntihintojen vähäistä määrää; c) merkittävien albumien vähäistä määrää; d) levymyyntilistojen julkaisemista viikoittain; e) asiakaskunnan vakautta; f) markkinaosuuksien suhteellista vakautta; g) suurten yhtiöiden vertikaalisesta integraatiosta johtuvaa kontaktien suurta määrää; h) suurten yhtiöiden välisten rakenteellisten siteiden suurta määrää, kuten yhteisiä hankkeita kokoelmalevyjä ja jakelua varten sekä lisenssi- ja jakelusopimuksia; i) yhteistä osallistumista alan järjestöihin ja j) tekijänoikeuksien yhteistä neuvottelemista.

335 Vaikka vaikuttaa siis siltä, että toisin kuin komissio on arvioinut päätöksessä, sekä komissio että Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuviranomainen olivat pitäneet kyseisiä markkinoita Yhdistyneen kuningaskunnan osalta erittäin avoimina ja joka tapauksessa riittävän avoimina mahdollistamaan hintojen salaiseen yhteensovittamiseen tarvittavan valvonnan, yksinomaan tämä seikka ei kuitenkaan voi yksinään osoittaa sitä, että komission päätöksessä omaksumaa näkemystä rasittaisi ilmeinen arviointivirhe. Yhtäältä näet kansallisen kilpailuviranomaisen esittämät näkemykset eivät voi millään tavoin sitoa komissiota sen tehdessä selvitystään, ja toisaalta, kuten edellä on muistutettu, väitetiedoksianto on vain valmisteluasiakirja, jossa esitetyt arvioinnit ovat täysin alustavia, ja komissio on velvollinen ottamaan huomioon hallinnollisen menettelyn aikana kerätyt todisteet sekä asianomaisten yritysten esittämät lausumat ja hylkäämään väitteet, jotka loppujen lopuksi osoittautuvat perusteettomiksi. Tämä huomautus pätee luonnollisesti erityisesti silloin, kun kyseessä ovat alustavat arvioinnit, jotka on tehty useita vuosia aikaisemmin tutkittaessa toista keskittymähanketta, tai arvioinnit, joita toinen kilpailuviranomainen on esittänyt toisessa asiayhteydessä. Tämä ei merkitse kuitenkaan sitä, että väitetiedoksiannolla ei olisi mitään arvoa tai merkitystä. Jotta hallinnolliselta tutkintamenettelyltä ei vietäisi täysin arvoa, sen lisäksi, että komission pitäisi kyetä selittämään – ei tosin päätöksessä mutta ainakin ensimmäisen oikeusasteen

tuomioistuimen oikeudenkäynnin yhteydessä – syyt, joiden vuoksi se katsoo alustavien arviointiensa olleen virheellisiä, etenkin päätökseen sisältyvien arviointien pitäisi olla yhteensopivia väitetiedoksiannossa tehtyjen tosiseikkoja koskevien toteamusten kanssa, ellei ole osoitettu, että ne olivat virheellisiä.

336 Kantaja väittää tämän jälkeen lähinnä, että kaikki komission keräämät todisteet, jotka sisältyivät sekä väitetiedoksiantoon että päätökseen, osoittavat, että suurten yhtiöiden soveltamat hinnat ovat avoimia ja varmasti riittävän avoimia mahdollistamaan salaisen yhteensovittamisen. Komissio ei ole esittänyt mitään näyttöä markkinoiden läpinäkymättömyydestä vaan on tyytynyt päättelemään alennusten väitetyistä vaihteluista, että ne kykenivät vähentämään avoimuutta. Kantaja esittää useita väitteitä alennuksia koskevista näkemyksistä ja katsoo, että komissio on antanut alennuksille ja erityisesti kampanja-alennuksille liian suuren merkityksen tutkimatta edes niiden asiaankuuluvuutta.

337 On tarkasteltava peräjälkeen väitteitä ja lausumia, jotka liittyvät päätöksessä todettuihin markkinoiden avoimuuden tekijöihin, ja tämän jälkeen väitteitä ja lausumia, joilla kiistetään väitettyjen läpinäkymättömyyden tekijöiden merkitys, sekä verrattava samaan aikaan keskenään vastaajan ja väliintulijoiden esittämiä väitteitä ja todisteita, vaikka useat todisteet tai väitteet liittyvätkin toisiinsa ja markkinoiden avoimuuden arvioinnin on perustuttava kaikkien asiaan vaikuttavien seikkojen kokonaisarviointiin.

Päätöksessä todetut avoimuustekijät

338 Ensinnäkin on muistutettava siitä, että suurten yhtiöiden asiakkaisiinsa (vähittäiskauppiaat, supermarketit jne.) soveltamat bruttomyyntihinnat ovat julkisia, koska ne sisältyvät niiden luetteloihin. Tämä on kiistatta erittäin merkittävä hintojen

avoimuuden peruste. Päätöksen 76 perustelukappaleessa mainitaan tosin ainoastaan se, että "julkaistut myyntihinnat ovat melko avoimia, koska ne sisältyvät suurten yhtiöiden tuoteluetteloihin" ja että "näyttää siis olevan mahdollista valvoa muiden suurten yhtiöiden listahintoja". Tällä lievällä ilmaisulla ei voida kuitenkaan suhteuttaa bruttohintojen avoimuutta koskevaa toteamusta, koska komissio ei ole vedonnut päätöksessä eikä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä mihinkään seikkaan, joka selittäisi sen, että bruttohinnat olivat vain "melko avoimia". Komissio huomautti lisäksi väitetiedoksiannossa (81 kohta) tältä osin seuraavaa:

"Komissio arvioi, että suurille yhtiöille on äärimmäisen helppoa valvoa julkaistuja myyntihintoja, joilla uudet menestyksekkäät albumit tuodaan markkinoille, sillä nämä julkaistut myyntihinnat ovat yleisesti saatavilla suurten yhtiöiden luetteloissa."

339 Toiseksi on korostettava, että päätöksessä todetaan, että vaikka keskittymän osapuolet olivat väittäneet käyttävänsä yli 100:a julkaistua myyntihintaa, komissio oli havainnut, että jokainen suuryritys on tehnyt kolmella tärkeimmällä julkaistulla myyntihinnallaan maasta riippuen yli 55 prosentista yli 80 prosenttiin 100:n eniten myydyn levynsä kokonaismyynnistä. Tämä albumien myynnin olennaisen osan keskittyminen hyvin vähäiseen viitehintojen määrään, minkä suurten yhtiöiden vastaukset vahvistavat, helpottaa hintojen yhteensovittamista, kuten komissiokin korostaa väitetiedoksiannon 96 kohdassa: "Tämä hintajärjestelmä helpottaa yhteensovittamista, koska se antaa helposti tulkittavaa tietoa tasosta, jolle suuret yhtiöt vahvistavat suurimman osan myytävien tuotteidensa hinnoista."

340 Komissio on tosin vastinekirjelmässään vedonnut tukkuhintojen vahvistamisen monimutkaisuuteen sillä perusteella, että yksittäisten albumien menestys on eriasteista, mikä vaikuttaa siihen, millaiseksi julkaistu myyntihinta alun perin vahvistetaan albumin ilmestyessä, ja sen myöhempään kehitykseen, joten on vaikea selvittää, onko albumin julkaistua myyntihintaa muutettu heikkenevän menestyksen vuoksi tai "poikkeavan" strategian perusteella. Aluksi on todettava, että tätä päätelmää ei tueta päätöksessä millään tavoin ja että se on jopa ristiriidassa siinä tehtyjen toteamusten kanssa. Kuten näet edellä on mainittu, komissio on todennut päätöksen 76 perustelukappaleessa (ja vastaavissa muita maita koskevissa perus-

telukappaleissa), että vaikka suuret yhtiöt ovat väittäneet käyttävänsä yli 100:a julkaistua myyntihintaa, ne käyttävät vain kahta tai kolmea julkaistua myyntihintaa olennaisessa osassa myyntiään. Lisäksi päätöksen 110 perustelukappaleessa esitetään, että "sisältöjen heterogeenisuudesta huolimatta albumien hintoja ja markkinointia koskevat yksityiskohtaiset säännöt tukkumarkkinoilla vaikuttavat melko vakioiduilta". Tämän jälkeen on huomautettava, että koska albumin menestys on jatkuvasti tiedossa levymyyntilistojen ansiosta, suuret yhtiöt kykenevät helposti selvittämään, kuuluuko albumin julkaistun myyntihinnan muuttaminen sovitun hintastrategian piiriin, vaikka komissio toisin väittääkin.

341 Kolmanneksi päätöksen 111 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"– – Vaikka albumeja myydään vain muutamilla viitehinnoilla, eri listahinnoilla tarjottavien albumien suuri valikoima saattaisi vaikeuttaa yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa. Suurten yhtiöiden ei kuitenkaan tarvitse valvoa kuin parhaiten myytyihin kuuluvien lukumäärältään vähäisten albumien viitehintoja seuratakseen myynnin yleislinjaa. Keskittymän osapuolten toimittamista tiedoista ilmenee, että kunakin vuonna 20 eniten myytyä levyä edustivat vähintään puolta BMG:n vuosimyynnistä Saksaa lukuun ottamatta" (ks. myös väitetiedoksiannon 85 kohta).

342 Komissio on kuitenkin vedonnut vastinekirjelmässään siihen, että koska tuleva menestys ei ole ennustettavissa täydellä varmuudella ennen albumin julkaisemista (sen enempää kuin sen menestyksen jatkuminen julkaisun jälkeenkään), onnistunut yhteensovittaminen edellyttää sitä, että seurataan jatkuvasti yksittäisten albumien julkaistuja myyntihintoja huomattavasti laajemmin kuin vain niiden albumien osalta, joiden jälkikäteen havaitaan tuoneen kullekin suurelle yhtiölle suurimman liikevaihdon.

343 On todettava, että tämä väite ei saa mitään tukea päätöksestä, jonka mukaan suurten yhtiöiden on valvottava ainoastaan muutamien eniten myytyjen albumien viitehin-

toja seuratakseen myynnin yleislinjaa. Tätä seurantaa helpottavat lisäksi suuresti levymyyntilistat, jotka antavat koko ajan erittäin tarkkaa tietoa eri albumien menestyksen kehittymisestä.

344 Kuten kantaja perustellusti korostaa, päätöksessä esitetään lisäksi, että "komissio on löytänyt tiettyjä todisteita, joiden mukaan julkaistuja myyntihintoja on voitu käyttää hintojen yhdenmukaistamisen perusteena". Komission väitettä, jonka mukaan tämä toteamus ei ole lopullinen, ei selvästikään voida hyväksyä, koska päätös on määritelmänsäkin mukaisesti viimeinen vaihe keskittymän tutkimusmenettelyssä, eikä komissio viittaa mihinkään muuhun päätöksessä esitettyyn seikkaan, joka kumoaisi tämän toteamuksen tai heikentäisi sitä. Komissio vetoaa enintään siihen, että keskittymän osapuolet ovat esittäneet näyttöä, joka osoittaa, että niiden 20:n eniten myydyn albumin julkaistujen myyntihintojen yhdistelmät vaihtelivat usein huomattavasti vuosineljänneksestä toiseen ja että menestyksen ennakoimattomuus pakotti kunkin suuren yhtiön valvomaan kilpailijoidensa tuottamien yli 80 albumin (tai keskittymän jälkeen 60 albumin) julkaistuja myyntihintoja. Tätä toteamusta ei nimenomaan ole otettu päätökseen, ja päätöksessä esitetyt toteamukset ovat päinvastoin ristiriidassa sen kanssa.

345 Lisäksi on todettava, että on mahdotonta havaita, miten keskittymän osapuolten ekonomistien laatimat tiedot voisivat antaa mahdollisuuden tehdä se päätelmä, jonka komissio on niiden perusteella tehnyt, minkä lisäksi nämä tiedot eivät ole selkeitä eivätkä vaikuta luotettavilta. On siis vähintäänkin yllättävää, että julkaistut myyntihinnat ovat voineet nousta vuosineljänneksestä toiseen esitetyllä tavalla [*luottamuksellinen tieto*].

346 Joka tapauksessa niiden albumien lukumäärä, joita komission mukaan pitäisi valvoa, ei vaikuta niin suurelta, että valvonnan toteuttaminen olisi mahdotonta tai edes erityisen raskasta tai kallista, varsinkaan kun viikoittain julkaistavat levymyyntilistat helpottavat seurantaa huomattavasti, kuten komissio myöntää.

347 Edellä esitetystä seuraa, että päätöksessä todetut kolme tekijää – bruttohintojen (julkaistut myyntihinnat) julkisuus, viitehintojen vähäinen määrä ja seurattavien albumien vähäinen määrä – ovat omiaan tekemään hinnoista erittäin avoimia.

348 Kuten lisäksi päätöksen 112 perustelukappaleessa esitetään, "markkinoilla on muita tekijöitä, jotka lisäävät avoimuutta ja saattavat edistää yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa".

349 Päätöksen 112 perustelukappaleessa todetaan ensinnäkin, että "levymyyntilistojen julkaiseminen viikoittain antaa tietoja levykohtaisista myynneistä ja auttaa erittäin helposti saamaan selville levyt, joista tulee 'hittejä' ja jotka muodostavat myynnistä suurimman osan". Levymyyntilistat ovat siten merkittävä avoimuuden lähde, koska niiden perusteella voidaan paitsi milloin tahansa yksilöidä eniten myydyt albumit myös tarkistaa, myydäänkö albumit niiden menestystä vastaavaan hintaan, koska myyntihinnat julkaistaan. Päätöksessä täsmennetään lisäksi, että tämä "levykohtaista myyntiä koskeva viikoittain julkaistava julkaisu helpottaa huomattavasti suurten yhtiöiden harjoittamaa valvontaa".

350 Toiseksi markkinoille ovat "ominaisia vähittäiskauppiaiden ja suurten levy-yhtiöiden vakaat ja pysyvät suhteet", koska jokaisen vähittäiskauppiaan on tarjottava kaikkien suurten yhtiöiden tuotteita (päätöksen 112 perustelukappale).

351 Kolmanneksi markkinoilla toimii päätöksen mukaan vain vähäinen määrä toimijoita, koska suuri osa myynnistä kanavoituu vähäiselle määrälle asiakkaita. Kuten 112 perustelukappaleen lopussa esitetään, tämä tilanne "edistää suurten levy-yhtiöiden etuja palvelevien yhteistyöstrategioiden omaksumista sekä edistää myös tietojen valvontaa ja tiedonkulkua".

352 Neljänneksi komissio on todennut vähittäismarkkinoiden valvonnan olemassaolon. Päätöksen 113 perustelukappaleen mukaan "markkinatutkimus on osoittanut, että Sony ja BMG ovat ottaneet käyttöön viikoittain julkaistavien raporttien järjestelmän, ja raportteihin sisältyy tietoja kilpailijoista".

353 Komissio tosin väittää vastinekirjelmässään, että raportteihin, joita keskittymän osapuolet sille toimittivat, ei sisältynyt tietoja alennuksista ja että se ei ole kyennyt toteamaan, että näillä raporteilla taattiin riittävä kilpailijoiden myöntämien kampanja-alennusten avoimuus.

354 Tältä osin on aluksi korostettava, että mikä onkaan näihin raportteihin sisältyvien brutto-, netto- tai vähittäismyyntihintoja taikka alennuksia koskevien tietojen tarkkuuden aste, ne ovat markkinoiden avoimuuden lisätekijä, kuten päätöksessäkin todetaan. Komission viikoittain tuottamista raporteista ilmenee lisäksi, että niihin sisältyy tietoja kilpailijoiden albumivarastoista ja niiden kehityksestä.

355 Tämän jälkeen on huomautettava, että nämä ovat vain muutamia esimerkkejä keskittymän osapuolten itsensä viikoittain tuottamista raporteista.

356 [*luottamuksellinen tieto*]

357 [*luottamuksellinen tieto*]

358 [*luottamuksellinen tieto*]

359 [*luottamuksellinen tieto*]

360 [*luottamuksellinen tieto*]

361 Viidenneksi päätöksen 113 perustelukappaleessa esitetään, että suurten yhtiöiden myyntihenkilöstöllä on säännöllisiä ja pysyviä yhteyksiä vähittäiskauppiaisiin ja tukkumyyjiin, sillä tukia ja kampanja-alennuksia koskevat neuvottelut käydään usein viikoittain. Vaikka yhteyksissä vähittäiskauppiaisiin ei ole mitään epätavallista, näiden yhteyksien esiintymistiheys antaa kuitenkin myyntihenkilöstölle mahdollisuuden saada tarkempia tietoja kilpailijoista ja niiden soveltamista ehdoista sekä seurata lähes reaaliajassa kilpailijoiden eri albumien menestysvaiheita. Tämä pätee erityisesti tässä tapauksessa, jossa, kuten päätöksen 112 perustelukappaleessa esitetään, markkinat ovat luonteeltaan sellaiset, että jokaisen vähittäiskauppiaan on tarjottava kaikkien suurten yhtiöiden tuotteita, joten jokainen suuryritys on jatkuvasti yhteydessä kaikkiin kilpailijoidensa asiakkaisiin ja voi siten saada tarkkoja tietoja niiden soveltamista ehdoista. Siinä todetaan niin ikään, että olennainen osa myynnistä kanavoituu vähäiselle määrälle asiakkaita. Nämä seikat ovat omiaan tekemään markkinoista erittäin avoimet. Komissio on lisäksi päätellyt päätöksen 112 perustelukappaleessa, että tällainen tilanne "edistää suurten levy-yhtiöiden etuja palvelevien yhteistyöstrategioiden omaksumista sekä edistää myös tietojen valvontaa ja tiedonkulkua".

362 Näistä viidestä lisätekijästä ilmenee, että jo entuudestaan voimakas avoimuus, joka seurasi kolmesta ensimmäisestä edellä mainitusta tekijästä (erityisesti myyntihintojen julkaisemisesta), vahvistuu vielä enemmän. Tältä osin on huomautettava, että komissio oli lisäksi päätellyt väitetiedoksiannon 116 kohdassa, että "markkinoiden rakenne oli sellainen, että tieto kulki helposti ja että kunkin suuren yhtiön tärkeimpiä periaatteita koskeva valvonta muiden suurten yhtiöiden taholta oli täysin rutiininomaista".

363 Tässä vaiheessa on tutkittava, ovatko seikat, joihin komissio on vedonnut markkinoiden läpinäkymättömyyden syinä, niin tärkeitä, että niiden perusteella voidaan hylätä päätelmä, jonka mukaan markkinat ovat riittävän avoimet hintojen osalta vahvistetun yhteisen strategian noudattamisen valvomiseksi.

Seikat, jotka ovat omiaan tekemään markkinoista läpinäkymättömät

364 Kuten päätöksen 157 perustelukappaleesta ilmenee, komissio on edellä mainituista markkinoiden avoimuuden useista lähteistä huolimatta kuitenkin päätellyt, että markkinoilla ei ollut yhteistä määräävää asemaa, koska todellisen avoimuuden tasolla todettiin puutteita.

365 Markkinoiden avoimuuden tutkimista käsitelleestä väliotsikosta ilmenee, että tämä arviointi perustuu päätöksen 111 perustelukappaleessa esitettyyn väitteeseen, jonka mukaan "tarvitaan myös tiettyä valvontaa yksittäisen tuotteen eli albumin tasolla erityisesti kampanja-alennusten osalta". Tässä perustelukappaleessa todetaan lisäksi, että "markkinatutkimus osoittaa, että tämä tarve saattaisi vähentää markkinoiden avoimuutta ja vaikeuttaa salaisia yhteisjärjestelyjä" ja että "komissio ei ole löytänyt riittävästi todisteita päätelläkseen, että nämä vaikeudet on kyetty aikaisemmin voittamaan". Päätöksen 113 perustelukappaleessa täsmennetään tältä osin, että komissio ei ollut "löytänyt riittävästi todisteita todetakseen, että suuret levy-yhtiöt olisivat valvomalla vähittäishintoja tai käyttämällä näitä yhteyksiä vähittäiskauppiaisiin kyenneet aikaisemmin kattamaan alennuksia ja erityisesti kampanja-alennuksia koskevan avoimuuden puutteen". Tästä seuraa, että komissio on arvioinut alennusten tai ainakin kampanja-alennusten perusteella, että markkinat eivät olleet riittävän avoimet mahdollistamaan yhteisen määräävän markkina-aseman luomisen.

366 Tässä yhteydessä on aluksi huomautettava, että komissio ei ole päätellyt päätöksessä, että markkinat eivät olisi alennusten vuoksi avoimet, eikä edes, että alennukset heikentäisivät avoimuutta tai sen avoimuuden astetta, joka on välttämätön yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollistamiseksi, vaan enintään, että ne saattoivat "vaikeuttaa salaisia yhteisjärjestelyjä". Tämän perusteella ja julkaistujen myyntihintojen julkisuuden ja siis avoimuuden vuoksi sekä kaikkien muiden sellaisten tekijöiden vuoksi, jotka päätöksenkin mukaan lisäävät markkinoiden avoimuutta ja edistävät yhteisjärjestelyn noudattamisen valvontaa, markkinoiden avoimuuden tutkimista koskevaan väliotsikkoon sisältyvät huomautukset ja näkemykset eivät mahdollista sellaisen arvioinnin perustelemista, jonka mukaan markkinat eivät olisi riittävän avoimet, kuten perusteluja koskevan väitteen yhteydessä on todettu.

367 Komissio on kuitenkin todennut yhteisen hintastrategian tutkimista koskevan jakson yhteydessä samoin sanamuodoin viiden suuren maan osalta alennusten vaihteluja, jotka johtuvat lähinnä kampanja-alennuksista, ja esittänyt, että se ei ole kyennyt osoittamaan kampanja-alennusten riittävää avoimuutta (Yhdistyneen kuningaskunnan osalta päätöksen 79 ja 80 perustelukappale ja muiden maiden osalta 86 ja 87, 93 ja 94, 100 ja 101 sekä 107 ja 108 perustelukappale).

368 Komission arviointi perustuu sen kirjelmissään nimenomaisesti ja päätöksessä implisiittisesti esittämään ajatukseen, jonka mukaan salainen hintojen yhteensovittaminen voi olla tehokasta vain siinä tapauksessa, että se koskee nettomyyntihintoja eli bruttohintoja – tai tässä tapauksessa julkaistuja myyntihintoja – joista on vähennetty alennukset. Yhteisen strategian noudattamisesta julkaistujen myyntihintojen tasolla ja sen noudattamisen seurannan mahdollisuudesta ei näet olisi mitään hyötyä, jos salaiset ja läpinäkymättömät alennukset mitätöisivät tämän listahintojen yhteensovittamisen vaikutukset.

369 Päätöksestä (73 perustelukappale) ilmenee, että suuret yhtiöt myöntävät monentyyppisiä alennuksia: laskun loppusummasta myönnettäviä alennuksia (tavanomaisia tai kampanja-alennuksia), paljousalennuksia ja kaupallisten yhteistyösopimusten perusteella suoritettavia maksuja. On kiistatonta, että komissio on pitänyt

ainoastaan laskun loppusummasta myönnettäviä alennuksia merkityksellisinä avoimuuden arvioimisen kannalta. Yhtäältä näet 73 perustelukappaleen (ja myös 151 perustelukappaleen) mukaan tutkimus on osoittanut, että kaupallisiin yhteistyösopimuksiin perustuvat kulut olivat pikemminkin jonkinlainen korvaus markkinointitoimenpiteistä kuin varsinainen alennus, toisaalta päätöksen 78, 92, 99 ja 106 perustelukappaleen mukaan paljousalennukset puuttuivat tai olivat vähäisiä, ja kuten päätöksen 151 perustelukappaleessa todetaan, niiden "tavoitteena on olla jonkinlainen 'uskollisuusalennus', joten niillä ei ole välitöntä vaikutusta hintakilpailuun". Kaikkiin alennusten avoimuutta koskeviin päätöksen perustelukappaleisiin (avoimuutta koskevan väliotsikon 111 ja 113 perustelukappale ja yhteistä hintastrategiaa Yhdistyneessä kuningaskunnassa koskevan väliotsikon 79 ja 80 perustelukappale sekä vastaavat muita suuria valtioita koskevat perustelukappaleet) ei myöskään sisälly muita kuin ainoastaan laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten (tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) avoimuutta koskevia huomioita. Komissio on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissään kirjelmissäkin vedonnut vain laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten avoimuuden puuttumiseen.

370 Aluksi on todettava, että 111 ja 113 perustelukappaleeseen ei sisälly erityisiä toteamuksia vaan niissä ainoastaan viitataan yhteisen hintastrategian tutkimista koskevassa väliotsikossa esitettyihin huomautuksiin (eli Yhdistyneen kuningaskunnan osalta 79 ja 80 perustelukappale ja vastaavat muita maita koskevat perustelukappaleet, jotka ovat sanamuodoltaan täysin samoja).

371 On kuitenkin korostettava, että viittaus koskee ainakin nimenomaisesti ainoastaan kampanja-alennuksia eikä tavanomaisia alennuksia. Yhtäältä näet 111 perustelukappaleessa viitataan valvonnan tarpeeseen albumitasolla "erityisesti kampanja-alennusten osalta", ja toisaalta 113 perustelukappaleen lopussa mainitaan "alennuksia ja erityisesti kampanja-alennuksia koskevan avoimuuden puute, johon viitataan viiden suuren jäsenvaltion osalta". Avoimuutta koskevaan väliotsikkoon sisältyvistä huomautuksista ilmenee siten, että läpinäkymättömyys johtuu ainoastaan kampanja-alennuksista. Tämän näkemyksen vahvistavat lisäksi 79 ja 80 perustelukappale. Päätöksen 79 perustelukappaleessa todetaan siten, että alennusten vaihtelut "johtuivat olennaisilta osin kampanja-alennuksista, joita käytetään joustavammin kuin tavanomaisia alennuksia, jotka vahvistetaan yleensä vuosittain". Samoin päätöksen 80 perustelukappaleessa ilmoitetaan, että suuret yhtiöt "jossain määrin tiesivät kilpailijoidensa myöntämät tavanomaiset alennukset, koska ne olivat

jatkuvasti tekemisissä saman asiakaskunnan kanssa", ja että "kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset". Missään päätöksen kohdassa ei myöskään väitetä eikä varsinkaan näytetä toteen, että tavanomaiset alennukset olisivat läpinäkymättömiä tai riittämättömän avoimia.

372 Komissio on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissään kirjelmissä myös myöntänyt, että tavanomaiset alennukset ovat melko avoimia, koska ne muun muassa vahvistetaan vuosittain ja niitä sovelletaan kaikkeen asiakkaalle kohdistuvaan myyntiin (jolloin alennus on mahdollisesti erisuuruinen pop-musiikin, klassisen musiikin tai televisiossa mainostettavien albumien osalta), eikä se ole myöskään esittänyt perusteluja osoittaakseen vain kampanja-alennusten läpinäkymättömyyden. Se on lisäksi selittänyt vastinekirjelmässään pitäneensä kampanja-alennuksia näin tärkeinä sen vuoksi, että on välttämätöntä valvoa nettohintojen kaikkia osatekijöitä, koska verrattain avoimet julkaistut myyntihinnat ja jonkinlainen tietämys tavanomaisista alennuksista eivät riitä, jos merkittävät läpinäkymättömät kampanja-alennukset ovat nettohintojen vaihtelun syynä. Se on niin ikään todennut siinä, että se ei ole kyennyt päättelemään, että suuret yhtiöt tietäisivät varmuudella toisten suurten yhtiöiden nettohintojen vahvistamisen todelliset menettelytavat, "kun oli todisteita julkaistujen myyntihintojen suhteellisesta avoimuudesta, joitakin todisteita tavanomaisten alennusten tietystä avoimuudesta ja vankkoja todisteita kampanja-alennusten läpinäkymättömyydestä ja monimutkaisuudesta". Komissio totesi vielä loppuhuomautuksissaan jopa nimenomaisesti päätelleensä päätöksessä, että "sekä julkaistuissa myyntihinnoissa että tavanomaisissa alennuksissa oli merkittävää avoimuutta".

373 Näin ollen sekä itse päätöksestä että komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämistä perusteluista ilmenee, että ainoa väitetty markkinoiden läpinäkymättömyyden tekijä perustui siihen, että kampanja-alennukset olivat vähemmän avoimia.

374 Aluksi on todettava, että ainoastaan päätöksen 80 perustelukappaleessa (ja vastaavissa neljää muuta maata koskevissa 87, 94, 101 ja 108 perustelukappaleessa,

joiden sanamuoto on sama) on nimenomaisena kohteena alennusten avoimuus. Siinä esitetään seuraavaa:

"Alennusten avoimuuden osalta asiakkaiden vastauksista komission toteuttamaan markkinatutkimukseen ilmeni suureksi osaksi, että suuret levy-yhtiöt tiesivät jossain määrin kilpailijoidensa myöntämät tavanomaiset alennukset, koska ne olivat jatkuvasti tekemisissä saman asiakaskunnan kanssa. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset ja että myös niiden valvonta edellyttää tämän tyyppisten alennusten kehityksen tarkkaa seurantaa vähittäismarkkinoilla."

375 Tässä yhteydessä on huomautettava, että suurten maiden enemmistön osalta päätöksen 80, 87, 94, 101 ja 108 perustelukappaleen alaviitteissä mainituissa vastauksissa viitataan kuitenkin avoimuuteen, joka on suurempi kuin päätöksessä mainitaan. Esimerkiksi alaviitteessä 55 täsmennetään, että "viisi kysymykseen vastannutta italialaista vähittäiskauppiasta on ilmoittanut, että suuret levy-yhtiöt tiesivät kilpailijoidensa soveltamat julkaistut myyntihinnat ja alennukset", ja suhde oli kolme neljäsosaa Ranskan vähittäiskauppiaiden osalta, kun taas neljäsosa ilmoitti, ettei kyennyt vastaamaan (ks. alaviite 49). Yhtä brittiläistä asiakasta lukuun ottamatta minkään muun maan osalta alaviitteessä ei viitata siihen, että edes yksi vähittäiskauppias olisi vastannut, että suuret yhtiöt eivät tienneet alennuksia. Samoin Saksassa yhtä ainoaa vähittäiskauppiasta kahdeksasta lukuun ottamatta yksikään vähittäiskauppias ei ole alaviitteiden mukaan täsmentänyt, että suuret yhtiöt olisivat tienneet kilpailijoidensa soveltamat alennukset vain jossain määrin.

376 Lisäksi on korostettava, että yhdessäkään alaviitteessä ei täsmennetä, että vähittäiskauppiaat olisivat vastanneet, että suuret yhtiöt tiesivät vain tavanomaiset alennukset eivätkä kampanja-alennuksia, koska vastauksissa viitataan erotuksetta vain alennuksiin.

377 Näin ollen on todettava, että todisteet, sellaisina kuin ne mainitaan päätöksessä, eivät tue päätelmiä, joita niiden perusteella on tehty.

378 Vaikuttaa tämän jälkeen siltä, että päätelmät, joita niistä on päätöksessä tehty, eroavat myös erittäin selvästi toteamuksista, joita tehtiin väitetiedoksiannossa.

379 Väitetiedoksiannon 81 kohdassa esitettiin esimerkiksi, että "komissio katsoo, että on olemassa riittäviä todisteita siitä, että suuret yhtiöt tietävät toistensa kaupalliset ehdot". Lisäksi siitä ilmenee, että kyseessä ei ollut niinkään komission arviointi, joka olisi muutettavissa, vaan pikemminkin tosiseikkoja koskeva toteamus, joka perustui sen tutkimukseen. Väitetiedoksiannon 92 kohdassa täsmennetään näet seuraavaa: "Vähittäiskauppiailta saaduissa tiedoissa esitetään, että suuret yhtiöt eivät tienneet ainoastaan toistensa listahintoja vaan että ne tiesivät lisäksi toistensa alennukset ja kaupalliset käytänteet. Tietyt Ranskan, Yhdistyneen kuningaskunnan ja Saksan tärkeimmistä vähittäiskauppiaista ilmoittivat komissiolle, että niiden mielestä suuret yhtiöt tiesivät hyvin toistensa kaupalliset ehdot." Samoin väitetiedoksiannon alaviitteessä todetaan, että vähittäiskauppiaat ilmoittivat seuraavaa: "Suuret yhtiöt tietävät hyvin kilpailijoidensa soveltamat alennushaarukat. On yleisesti tiedossa, että suurten yhtiöiden myyntijoukot tietävät levy-yhtiöiden kaupallisessa toiminnassaan myöntämät alennukset. Yksi asiakas ilmoitti, että suuret yhtiöt tiesivät toistensa alennukset 0,5–1 prosentin tarkkuudella." Komissio jatkaa väitetiedoksiannon 92 kohdassa seuraavasti: "Useat vähittäiskauppiaat ajattelevat myös, että on yleisen käytännön mukaista käyttää yhdeltä suurelta yhtiöltä saatuja ehtoja neuvoteltaessa asemasta toisten suurten yhtiöiden kanssa", ja siteeraa alaviitteessä 55 erään vähittäiskauppiaan seuraavaa vastausta: "Liikeneuvotteluissa viitataan muiden suurten yhtiöiden soveltamiin ehtoihin ja alennuksiin. Toimittajien vähäinen määrä antaa helposti suurille yhtiöille mahdollisuuden saada täydellinen kuva niiden soveltamista ehdoista ja mukautua niihin." Vaikka kyseessä on pikemminkin arviointi kuin toteamus, komissio esitti lopuksi väitetiedoksiannon 129 kohdassa

seuraavaa: "Markkinatutkimus on vahvistanut, että suurten yhtiöiden myyntihenkilöstö on säännöllisesti ja jatkuvasti yhteydessä vähittäiskauppiaisiin ja tukkukauppiaisiin. – – Koska eri luokittelut lisäksi julkaistaan, suuret yhtiöt voivat siten helposti valvoa sitä, tarjoavatko muut yritykset lisäalennuksia parhaista albumeistaan."

380 Komission vastinekirjelmän sanamuoto herättää lisäksi vieläkin enemmän kysymyksiä. Komissio esittää vastinekirjelmänsä 51 kohdassa olevassa alaviitteessä 45 seuraavaa: "Ilmoituksen tehneet osapuolet ovat väittäneet, että tietty määrä positiivisia vastauksia koski ainoastaan julkaistuja myyntihintoja tai että niissä ei erotettu toisistaan julkaistuja myyntihintoja ja alennuksia. Ainoastaan viidessä vastauksessa kaiken kaikkiaan 36:sta, jotka ovat saatavilla ja jotka ovat peräisin kaikista maista, ilmoitetaan nimenomaisesti, että alennukset olivat jossain määrin avoimia; vastakkaista näkemystä on puolustettu nimenomaisesti 11 vastauksessa." Vaikka ensimmäisessä virkkeessä ilmoitetaankin, että kyseessä on vain keskittymän osapuolten esittämä väite, jälkimmäinen virke esitetään sitä vastoin komission tosiseikkoja koskevana toteamuksena. On todettava, että tämä väite on ilmeisessä ristiriidassa päätökseen sisältyvän vähittäiskauppiaiden vastauksia koskevan esityksen kanssa, sillä päätöksen alaviitteissä 49, 52, 55 ja 57 ilmoitetaan edellä esitetyllä tavalla, että suurin osa vähittäiskauppiaista oli vastannut, että suuret yhtiöt tiesivät kilpailijoidensa alennukset, ilman että millään tavoin olisi täsmennetty, että kyseessä oli osittainen tai likimääräinen tietämys, eikä yksikään (yhtä ainoaa brittiläistä vähittäiskauppiasta lukuun ottamatta) ole esittänyt, että ne eivät olisi avoimia. Komission väitettä ei siten voida hyväksyä. Komission vastinekirjelmässä viitataan lisäksi ainoastaan 36 vähittäiskauppiaan vastauksiin, vaikka niitä on vähintään 42, ja keskittymän osapuolet ovat lisäksi kommentoineet niitä 17.6.2004 päivätyssä avoimuutta koskevassa muistiossaan.

381 Komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamista vastauksista ilmenee vielä, että päätelmät, joita se on tehnyt vähittäiskauppiaiden piirissä tehdystä tutkimuksesta, selittyvät osittain sillä, että se on noudattanut keskittymän osapuolten väitetiedoksiantoon antamassa vastauksessa ja 17.4.2004 komission kuulemistilaisuuden jälkeen jättämässä hintojen avoimuutta

koskevassa muistiossa esittämiä perusteluja, joiden mukaan vähittäiskauppiaiden myöntävät vastaukset, joissa ei täsmennetty, viitattiinko niissä julkaistuihin myyntihintoihin ja/vai alennuksiin, oli hylättävä.

382 Ennen tämän selityksen oikeellisuuden tutkimista on aluksi ihmeteltävä sitä, miten myöhään se on esitetty. Koska avoimuuden määrä on tässä tapauksessa olennainen kysymys, on vaikea ymmärtää, että tämä keskeiseen todisteeseen liittyvä selitys ei sisälly päätökseen eikä varsinkaan vastinekirjelmään eikä edes täydentäviin huomautuskirjelmiin vaan se on esitetty vasta istuntoa edeltävänä päivänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen erilliseen kysymykseen annetussa vastauksessa.

383 Väitteen oikeellisuuden osalta on muistutettava, että komission vähittäiskauppiaille osoittamassa kyselyssä esitettiin seuraava kysymys: "Tietävätkö levy-yhtiöt teidän ostoyksikkönne kokemuksen perusteella kilpailijoidensa julkaistut myyntihinnat ja alennukset?" Kuten kantaja perustellusti esittää, ei ole mitään pätevää syytä katsoa, että myöntäviä vastauksia (jotka on toisinaan esitetty myös hyvin kategorisesti, kuten "luonnollisesti", "ehdottomasti" tai "varmasti"), joita on saatu vähittäiskauppiailta, jotka eivät ole täsmentäneet, viittasivatko he hintoihin ja/vai alennuksiin, ei voitaisi ottaa huomioon. Vastaus tällä tavoin muotoiltuun kysymykseen, olipa se kieltävä tai myöntävä, on näet johdonmukaisesti ymmärrettävä siten, että sillä tarkoitetaan molempia kohtia, ellei vastausta rajoiteta tai täsmennetä. Mikäli komissio katsoi, että vastausten täsmällisestä merkityksestä vallitsi kuitenkin epäilys, sen tehtävänä olisi ollut erityisesti sen vuoksi, että tämä kohta oli päätöksen kannalta tärkeä, selvittää tämä seikka kyseisiltä vähittäiskauppiailta, minkä se olisi myös kyennyt hyvin nopeasti tekemään.

384 On joka tapauksessa todettava, että ilmoituksen tehneiden osapuolten väite, jonka komissio on hyväksynyt ja jonka mukaan "ainoastaan viidessä vastauksessa kaiken kaikkiaan 36 vastauksesta ilmoitettiin nimenomaisesti, että tiettyä avoimuutta oli olemassa, kun puolestaan vastakkaista näkemystä puollettiin nimenomaisesti 11 vastauksessa", on ilmeisen virheellinen.

385 Väitetyistä 11 vastauksesta, joissa ilmoitetaan nimenomaisesti, ettei alennusten osalta ollut avoimuutta, on todettava, että Sonyn ja BMG:n 17.6.2004 päivätystä muistiosta (väliintulokirjelmän liite C.9) ilmenee aluksi, että väitetty luku on 10 kieltävää vastausta eikä 11 (ks. s. 213) ja että todellisuudessa muistiossa mainitaan niistä ainoastaan seitsemän, joista ainoastaan neljä koskee suuria maita, jotka ovat tärkeimpänä tutkimuksen kohteena päätöksessä. Vaikuttaa lisäksi siltä, että oikeastaan yhtäkään näistä neljästä vastauksesta ei voida tulkita siten, että niihin sisältyisi nimenomaisen kieltävä vastaus. On selvää, että vastausta [*luottamuksellinen tieto*] "meidän mielestämme ne tietävät kilpailijoiden julkaistut myyntihinnat" ei voida ymmärtää siten, että siinä todettaisiin nimenomaisesti, että suuret yhtiöt eivät tiedä kilpailijoiden alennuksia. Toisessa Saksan markkinoita koskevassa vastauksessa todetaan, että "ei yksityiskohtaisesti, mutta ne tietävät kilpailijoiden alimman hinnan", mikä ei myöskään ole nimenomaisen kieltävä vastaus. Sivulla 61 oleva Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoita koskeva vastaus [*luottamuksellinen tieto*] on ainoa nimenomaisen kieltävä vastaus ("Julkaistut myyntihinnat – Kyllä. Alennukset – Ei"), mutta siinä täsmennetään kuitenkin välittömästi, että "jos vähittäiskauppiaille kuitenkin myönnetään albumista yleinen alennus, tästä seuraava keskimääräisen vähittäismyyntihinnan alentuminen on selvää koko markkinoille". Toinen kieltäväksi väitetty vastaus [*luottamuksellinen tieto*], joka mainitaan 17.6.2004 päivätyssä muistiossa ("meillä ei ole tietoa siitä, että kilpailijoiden julkaistut myyntihinnat ja alennukset olisivat levy-yhtiöiden tiedossa"), ei sisälly asiakirja-aineistoon. Neljässä muussa Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoihin liittyvässä vastauksessa (sekä päätöksen että komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimittamien asiakirjojen mukaan kyselyyn vastasi viisi brittiläistä vähittäiskauppiasta) ilmoitetaan vastaavasti "Julkaistut myyntihinnat – Kyllä. Alennukset – Haarukassa 0,5–1 prosenttia" (s. 56), "Tietenkin" (s. 58), "Kyllä" (s. 63) ja "levy-yhtiöt tietävät hyvin kilpailijoidensa julkaistut myyntihinnat – – uskon, että kilpailijoiden soveltamat alennushaarukat ovat myös hyvin niiden tiedossa" (s. 65) (tämä vähittäiskauppias ilmoittaa myös seuraavaan kysymykseen antamassaan vastauksessa, että "liikeneuvotteluissa viitataan muiden suurten yhtiöiden soveltamiin ehtoihin ja alennuksiin" ja että "toimittajien vähäinen määrä antaa helposti suurille yhtiöille mahdollisuuden saada täydellinen kuva niiden soveltamista ehdoista ja mukautua niihin"). On todettava, että kaikki nämä brittiläisten asiakkaiden vastaukset eivät missään tapauksessa ole nimenomaisen kieltäviä vaan niissä viitataan päinvastoin selvästi sekä julkaistujen myyntihintojen että alennusten melko suureen avoimuuteen.

386 Kyseisten komission istuntoa edeltävänä päivänä toimittamien vähittäiskauppiaiden vastausten tutkiminen osoittaa lisäksi, että ne eivät tue päätelmiä, joita niistä on tehty. Useissa vastauksissa viitataan näet alennusten avoimuuteen tai siihen, että suuret yhtiöt tiesivät ne.

387 Edellä esitetyn perusteella vähittäiskauppiaiden vastauksia koskeva komission arviointi on ilmeisen virheellinen.

388 Todettakoon seuraavaksi sen eron osalta, joka päätöksessä tehdään tavanomaisten alennusten ja kampanja-alennusten avoimuuden välillä, että vastinekirjelmästä ilmenee, että komissio päätteli keskittymän osapuolten vähittäiskauppiaiden vastauksista tekemän selvityksen, Sonyn ja BMG:n kansallisen henkilöstön ilmoitusten (liite B.2) ja myyntiedustajien seurantaraporttien perusteella, että vaikka avoimuus saattoi koskea julkaistuja myyntihintoja ja tietyssä määrin tavanomaisia alennuksia, se ei todennäköisesti ulottunut kampanja-alennuksiin, jotka neuvotellaan tapauskohtaisesti.

389 Yksikään näistä kolmesta lähteestä ei kuitenkaan tue komission tekemää päätelmää. Kuten edellä on esitetty, komission keskittymän osapuolten selvityksen perusteella tekemää arviointia vähittäiskauppiaiden vastauksista rasittaa ensinnäkin ilmeinen virhe. Lisäksi yhdessäkään vähittäiskauppiaiden vastauksessa, olivatpa ne myöntäviä tai kieltäviä, ei tehdä eroa tavanomaisten alennusten ja kampanja-alennusten välillä. Toiseksi on selvää, että pelkät keskittymän oaspuolten edustajien ilmoitukset eivät voi olla pätevä näyttö kampanja-alennusten läpinäkymättömyydestä. Kolmanneksi myyntiedustajien viikoittain laatimat seurantaraportit, jotka sisältävät tietoja kilpailijoista, ovat markkinoiden avoimuuden lisälähde, kuten päätöksen 113 perustelukappaleessa esitetään. Vaikka oletettaisiin, että niihin ei sisälly kovin täsmällisiä tietoja alennuksista eikä varsinkaan kampanja-alennuksista, ne eivät näin ollen ole missään tapauksessa omiaan osoittamaan alennusten läpinäkymättömyyttä. Kuten lisäksi edellä on todettu, [*luottamuksellinen tieto*].

390 Edellä esitetystä ilmenee, että päätöksessä tehtyä markkinoiden avoimuutta koskevaa arviointia rasittaa ilmeinen virhe, koska siinä nojaudutaan seikkoihin, jotka eivät ole omiaan tukemaan siitä tehtyjä päätelmiä.

391 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii kuitenkin vielä kampanja-alennusten vaihtelua ja monimutkaisuutta koskevat väitteet.

392 Komissio on todennut päätöksen 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappaleessa tiettyä vaihtelua ja myös Sonyn ja BMG:n laskun loppusummasta myöntämien alennusten välisiä eroja suurimmassa osassa niiden tärkeimpiä asiakkaita viidessä suuressa maassa (2–5 prosenttia Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Saksassa ja Espanjassa; 1–3 prosenttia Italiassa; Ranskan tilanne on hieman erilainen, mutta samaa suuruusluokkaa, jos otetaan kaikki alennukset huomioon). Lisäksi todetaan seuraavaa:

"Lisäksi [keskittymän] osapuolet ovat toimittaneet tietoja, joista ilmenee, että tiettyä asiakasta koskeneet laskun loppusummasta myönnetyt alennukset vaihtelivat eri aikoina ja albumeittain ja että tietystä albumista myönnetyt alennukset vaihtelivat asiakkaittain. Markkinatutkimuksesta ilmenee, että nämä vaihtelut johtuivat lähinnä kampanja-alennuksista, joita käytetään joustavammin kuin tavanomaisia alennuksia."

393 Komissio on esittänyt vastinekirjelmässään useita taulukoita osoittaakseen alennusten vaihtelun ja monimutkaisuuden. Niistä ilmenee, että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset ja että niiden seuranta edellyttäisi alennusten tarkkaa havainnointia vähittäismarkkinoilla, eikä komissio ollut löytänyt riittäviä todisteita siitä, että suuret yhtiöt olisivat toimineet tällä tavoin. Komissio on vastinekirjelmässä selittänyt tutkineensa yksittäisen albumin nettohinnan osatekijät (julkaistu myyntihinta, tavanomainen alennus ja mahdollinen kampanja-alennus) sekä päätelleensä, että kaikkien osatekijöiden riittävä avoimuus olisi tarpeen, jotta suuri levy-yhtiö kykenisi saamaan kohtuudella varmuuden siitä, että se tuntee toisen levy-yhtiön nettohintojen todelliset vahvistuskäytänteet, sellaisina kuin ne ilmenevät asiakkaiden ja albumien tasolla, ja että se "ei voinut tehdä tällaista päätelmää, koska oli todisteita julkaistujen myyntihintojen suhteellisesta avoimuudesta, joitakin todisteita tavanomaisten alennusten tietystä avoimuudesta ja vankkoja todisteita kampanja-alennusten läpinäkymättömyydestä ja monimutkaisuudesta".

394 Näistä komission perusteluista on esitettävä seuraavat huomautukset.

395 Ensinnäkin on hämmästyttävää, että komissio nojautuu alennusten vaihteluihin osoittaakseen avoimuuden puuttumisen. Komissio on näet korostanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle jättämissään kirjelmissä useaan kertaan, ettei nettohintojen tai alennusten vakaudella tai yhdenmukaisuudella ole merkitystä arvioitaessa markkinoiden avoimuutta. Se on siten väittänyt muun muassa, että tietyn levy-yhtiön (keskimääräisten) alennusten merkittävä vakaus ei voi olla todiste tarvittavasta avoimuudesta, että komission intressi alennusten avoimuuteen ei johtunut sen tarkistamisesta, ovatko suuret yhtiöt noudattaneet yhteistä toimintalinjaa, että kampanja-alennusten todelliseen käyttöön tiettynä aikana liittyvät todisteet olivat merkityksellisiä ainoastaan arvioitaessa hintojen todellista mukauttamisen astetta, että tiukkaa mukauttamista mille tahansa tasolle ei missään tapauksessa voitu pitää riittävänä näyttönä yhteensovittamisesta, että jonkin suuren levy-yhtiön myöntämien alennusten tietty vakaus eri aikoina ei sellaisenaan ollut todiste ja että suurikaan tilastollinen ennustettavuus ei osoittanut yhteensovittamisen olemassaoloa.

396 Myös keskittymän osapuolet väittivät avoimuuteen liittyviä todisteita koskeneessa 17.6.2004 päivätyssä muistiossaan, joka lähetettiin komission kuulemistilaisuuden jälkeen, että vaiheen II kyselylomakkeen asiakkaille esitetty kysymys 28 ("Oletteko havainnut julkaistujen myyntihintojen, alennusten tai muiden ehtojen ja edellytysten yhdenmukaistamista suurten yhtiöiden kesken?") ei liittynyt millään tavoin hintojen avoimuuteen ("Tämä kysymys ei sanamuotonsakaan perusteella selvästikään koske hintojen avoimuutta koskevaa ongelmaa").

397 Toiseksi on muistutettava, että jo pelkästään markkinoiden avoimuutta koskevaan päätöksen väliosioon (päätöksen 111–113 perustelukappale) sisältyvissä alennuksiin liittyvissä huomautuksissa tyydytään kampanja-alennusten osalta viittaamaan toteamuksiin, jotka on esitetty yhteisen hintastrategian tutkimukseen viidessä suuressa maassa liittyvässä osiossa (eli Yhdistyneen kuningaskunnan osalta 77–80 perustelukappale ja vastaavat perustelukappaleet muiden suurten maiden osalta). Komissio on ilmoittanut päätöksen 70 perustelukappaleessa yksilöidessään sitä, olivatko suuret yhtiöt todellisuudessa noudattaneet hintojensa yhteensovittamista

koskevaa strategiaa, että "keskihinnat olivat hyvä keino määrittää, oliko suurilla levyyhtiöillä samansuuntainen hintakäyttäytyminen". Tästä seuraa, että päätöksenkin mukaan komissio on avoimuutta arvioidessaan katsonut voivansa nojautua keskiarvotietoihin eikä satunnaisiin vaihteluihin muun muassa kampanja-alennusten osalta.

398 Ei vaikuta ainakaan siltä, että komissio olisi tutkinut vakavalla tavalla kampanja-alennusten satunnaiset vaihtelut ja niiden vaikutuksen markkinoiden tai hintojen avoimuuteen. Lisäksi päätöksen 72 perustelukappaleesta, jossa mainitaan komission selvittämät eri seikat, ilmenee, että ainoastaan laskun loppusummasta myönnettyjä alennuksia koskevat keskiarvotiedot on tutkittu (ks. päätöksen alaviite 43). Komissio on sekä väitetiedoksiannossa että koko hallinnollisen menettelyn ajan katsonut, että keskimääräisiä brutto- ja nettohintoja ja alennuksia koskevien tietojen perusteella oli mahdollista arvioida yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa ja siten myös sitä, olivatko markkinat riittävän avoimet. Komissio on näet vasta 14. ja 15.6.2004 järjestetyn kuulemistilaisuuden jälkeen muuttanut näkemystään ja omaksunut sopimuksen osapuolten puoltaman käsityksen, jonka mukaan kampanja-alennusten monimutkaisuus ja vaihtelut poistavat tarvittavan avoimuuden, ilman että se olisi kuitenkaan tehnyt uusia markkinatutkimuksia varmistaakseen näiden uusien päätelmien oikeellisuuden.

399 Kolmanneksi komission päätöksessä ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimitetuissa kirjelmissä esittämät kampanja-alennusten väitettyihin vaihteluihin liittyvät perustelut ja todisteet edellyttävät lisäksi useita huomautuksia, jotka liittyvät yhtäältä niiden läpinäkymättömyyteen ja toisaalta niiden merkitykseen.

– Kampanja-alennusten läpinäkymättömyys

400 Aluksi on huomautettava, että komissio ei ole päätöksessä eikä edes missään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimittamassaan kirjelmässä määritellyt

tarkasti, mitä ovat kampanja-alennukset, missä olosuhteissa niitä myönnetään ja mitä edellytyksiä niille asetetaan, miten usein niitä myönnetään, mikä on niiden määrä tai minkä tyyppisiin albumeihin niitä on tarkoitus soveltaa. Asiakirja-aineiston ja erityisesti kilpailijoiden vastauksista laadittujen komission esittämien harvojen otteiden perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, että kyseessä ovat prosenttimääriltään melko suuret satunnaiset alennukset, joita myönnetään tiettyjen albumien tietyn määrän osalta ja rajalliseksi ajaksi erityistapauksissa tyypillisesti suuren varastomäärän myymiseksi.

401 Päätöksen 79 perustelukappaleen (ja vastaavien muita suuria maita koskevien perustelukappaleiden) mukaan "[keskittymän] osapuolet ovat toimittaneet tietoja, joista ilmenee, että tiettyä asiakasta koskeneet laskun loppusummasta myönnetyt alennukset vaihtelivat eri aikoina ja albumeittain ja että tietystä albumista myönnetyt alennukset vaihtelivat asiakkaittain." Vaikka päätöksen tässä kohdassa mainitaan laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten yleisempi ryhmä, on katsottava, että huomautus koskee todellisuudessa ainoastaan kampanja-alennuksia. Kuten näet päätöksestä ja komission kirjelmistä ilmenee, tavanomaisista alennuksista neuvotellaan kunkin asiakkaan osalta koko vuodeksi, ja niitä sovelletaan kyseisen asiakkaan kaikkeen myyntiin. Komissio jatkaa lisäksi päätöksen 79 perustelukappaleessa täsmentämällä, että nämä vaihtelut johtuvat olennaisilta osin kampanja-alennuksista. Komissio väittää, että nämä kolmentyyppiset vaihtelut (asiakkaittain, albumeittain ja eri aikoina) tekevät kampanja-alennuksista läpinäkymättömiä. Komissio on esittänyt tämän väitteensä tueksi vastinekirjelmänsä liitteenä useita taulukoita, joiden se katsoo osoittavan nämä eri vaihtelut (jäljempänä uudet todisteet).

402 Aluksi on huomautettava, että kuten kantaja perustellusti väittää, kampanja-alennus (campaign discount) vaikuttaa olevan tarkoitettu lähinnä mainonnalliseksi. Levy-yhtiö ei johdonmukaisesti ajatellen myönnä vähittäiskauppiaalle kampanja-alennusta, joka on prosentuaalisesti suuri ja joka lisätään tavanomaiseen alennukseen, ellei sitä vyörytetä lopulliselle kuluttajalle (siten, että hintaa alennetaan selvästi tai tuote asetetaan paremmin näkyviin näyteikkunassa) asianomaisen albumin myynnin lisäämiseksi. Tämä pätee erityisesti sen vuoksi, että kuten väitetiedoksiannon 115 kohdasta ilmenee, rojaltit (tekijänoikeusmaksut) lasketaan albumin julkaistun myyntihinnan eikä nettohinnan perusteella, joten suurilla yhtiöillä on täysi intressi rajoittaa mahdollisimman paljon alennusten myöntämistä.

403 Tämän jälkeen on todettava, että ne ainoat kolme otetta kilpailijoiden vastauksista asetuksen 11 artiklassa tarkoitettuun tietopyyntöön, jotka komissio on esittänyt ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, eivät missään tapauksessa vahvista komission väitettä vaan osoittavat päinvastoin sen, että kampanja-alennukset ovat pikemminkin julkisia ja avoimia.

404 Yhden suuren yhtiön vastauksessa todetaan esimerkiksi seuraavaa:

"[Kampanja-alennuksia] voidaan käyttää uutta levynjulkistusta varten edistämään uuden artistin myyntiä, tukemaan uutta liikettä, tukemaan erityistä ohjelmaa tai myyntikampanjaa (useimmiten se koskee jotain kokonaista levyryhmää) tai edistämään jotain erityistä tapahtumaa. Tämän tyyppinen alennus voi edustaa merkittävää osuutta julkaistusta myyntihinnasta [*luottamuksellinen tieto*], ja se on tärkeä, koska sen tarkoituksena on lisätä tiettyä myyntiä."

405 Yhdessä ainoassa muussa komission esittämässä suuren yhtiön vastauksessa täsmennetään olosuhteita, joissa näitä alennuksia myönnetään, niin ikään sillä tavoin, että ne liittyvät aivan erityisiin tapahtumiin, joita kilpailijat kykenevät helposti havaitsemaan. Tämä suuri yhtiö esittää näet seuraavaa:

"[Kampanja-alennukset] ovat erityisten myynninedistämiskampanjoiden yhteydessä tarjottavia alennuksia. Ne liittyvät erityisiin levynjulkaisuihin tai levynjulkaisujen ryhmiin. Mikäli esimerkiksi artisti on kiertueella edistääkseen uuden albumin myyntiä, voidaan tarjota alennus tämän albumin myyntimäärien maksimoimiseksi artistin kiertueen aikana. Samoin tiettyihin kausivarastoihin (joulumusiikki) voidaan liittää erityinen kampanja. Toisinaan kampanja-alennukset kohdistuvat aikaisempiin levytyksiin, jotka eivät ole menestyneet kovin hyvin. Tyypillisesti – – pyritään myymään suuri määrä tiettyä levyä (tai levyvalikoimaa), josta myönnetään alennus vähittäiskauppiaalle, joka tämän jälkeen jälleenmyy ne erikoistarjouksella. Toisinaan

myönnetään alennuksia uusien levyjen ennakkotilauksista, jotta varmistetaan hyvä esillepano myyntipaikassa. – – Tämän tyyppinen alennus pyritään myöntämään uusista artisteista tai nousevista artisteista, jos – – halutaan edistää myyntiä kohdennetulla mainoskampanjalla."

406 Riippumattoman kustantajan vastauksesta ilmenee lopuksi, että yhtäältä kampanja-alennukset näkyvät alempana myyntihintana kuluttajalle ja albumien parempana esillepanona alennuksen saavassa liikkeessä ja toisaalta vähittäiskauppiaat lanseeraavat itse kampanjoita ja pyytävät eri kustantajia osallistumaan niihin (ks. vastaavasti myös Sonyn ja BMG:n edustajien lausumat, liite B.2), mikä antaa siten kustantajille mahdollisuuden olla tietoisia kyseisten alennuskampanjoiden olemassaolosta.

407 Tästä seuraa, että yksikään kolmansien osapuolten antama tieto päätöksessä sen enempää kuin komission esittämissä uusissa todisteissakaan ei vahvista kampanja-alennusten läpinäkymättömyyttä.

408 Päätöksen 79 perustelukappaleesta ja komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimittamista kirjelmistä ilmenee kuitenkin, että keskittymän osapuolet ovat toimittaneet tietoja, jotka osoittavat, että kampanja-alennukset eivät ole riittävän yhdenmukaisia, koska ne vaihtelevat eri aikoina asiakkaittain ja albumeittain. Komissio ja väliintulijat väittävät lähinnä, että markkinat eivät ole kyseisten alennusten vaihtelujen ja monimutkaisuuden vuoksi riittävän avoimet.

409 Tältä osin on aluksi muistutettava siitä, että komissio oli päätellyt väitetiedoksiannon 88–90 kohdassa kaikkien suurten yhtiöiden toimittamien tietojen tutkimisen perusteella, että alennukset vaihtelivat mutta olivat vakaita, että erot olivat muutamia poikkeuksia lukuun ottamatta melko vähäisiä ja että ei ollut kerrassaan

mitään näyttöä siitä, että niitä olisi käytetty muuttamaan perustavanlaatuisesti hintastrategioita eikä varsinkaan vaikuttamaan menestysjulkaisujen (new hit releases) nettohintoihin, koska bruttohintojen ja nettohintojen suhteet ovat erittäin vakaat eri aikoina ja albumeittain.

410 Kuten edellä on muistutettu, vaikka komissiolla on oikeus muuttaa hallinnollisen menettelyn aikana esittämiään arviointeja erityisesti ottaakseen huomioon asianomaisten osapuolten huomautukset eikä sen tarvitse esittää tätä koskevia perusteluja päätöksessä, edellytetään sitä vastoin, että päätöksessä esitetyt toteamukset voidaan perustella ainakin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käytävän oikeudenkäynnin vaiheessa aikaisemmin esitettyihin tosiseikkoja koskeviin toteamuksiin nähden tarvittaessa siten, että osoitetaan, miltä osin nämä toteamukset olivat virheellisiä. Kuten kantaja on perustellusti korostanut, komissio ei ole tässä tapauksessa tutkinut kaikkien suurten yhtiöiden alennuksiin liittyviä tietoja uudelleen vaan on tyytynyt perustelemaan päätelmänsä ainoastaan keskittymän osapuolten antamiin tietoihin nähden.

411 Komissio on vastinekirjelmässään kyllä väittänyt, että se oli tutkinut muiden suurten yhtiöiden alennukset mutta että näitä lukuja ei voitu paljastaa keskittymän osapuolille, joten oli mahdotonta sisällyttää ne päätökseen. Näitä perusteluja ei voida kuitenkaan hyväksyä.

412 Päätöksestä (ks. erityisesti päätöksen 79 perustelukappale ja alaviite 43), komission kirjelmien muista kohdista (ks. mm. vastinekirjelmän se kohta, jossa komissio ilmoittaa nimenomaisesti, että "ainoastaan Sonyn ja BMG:n tiedot on otettu huomioon, sillä muut suuret levy-yhtiöt olivat ilmoittaneet laskuttavansa ainoastaan nettohintoja") ja komission toimittamista uusista todisteista ilmenee ensinnäkin selvästi, että arviointi, joka päätöksessä on tehty alennusten vaihteluista, perustuu yksinomaan keskittymän osapuolten alennuksia koskeviin tietoihin. Missään päätöksen perustelukappaleessa ei myöskään viitata siihen, että komissio olisi

tutkinut muiden suurten yhtiöiden alennuksiin liittyviä tietoja eikä varsinkaan tietoja, jotka osoittaisivat kampanja-alennusten monimutkaisuuden ja vaihtelut.

413 Toiseksi komissio ei voi luonnollisestikaan väittää, että se ei voisi keskittymähanketta tutkiessaan ottaa huomioon markkinoiden muiden toimijoiden tietoja ja mahdollisesti nojautua niihin päätelmissään. Tämä näkemys tekisi useimmissa tapauksissa mahdottomaksi sen, että tutkitaan keskittymähankkeen soveltuvuus yhteismarkkinoille. Lisäksi on todettava, että useimmat niistä muista tekijöistä kuin alennukset (markkinaosuudet, brutto- ja nettohinnat jne.), joita on tutkittu päätöksessä, perustuvat markkinoiden eri toimijoiden tietoihin.

414 Kolmanneksi komissio korostaa istunnon jälkeen toimittamissaan loppuhuomautuksissa rajoituksia, jotka johtuvat keskittymähankkeiden tutkimismenettelyä sääntelevistä tiukoista määräajoista ja ilmoituksen tehneiden osapuolten puolustautumisoikeuksien noudattamisen välttämättömyydestä, ja se on vedonnut siihen, että kantajan useat väitteet, joiden mukaan komissio ei ole tutkinut asianmukaisesti tiettyjä olennaisia kysymyksiä, jotka liittyvät yksilöityihin väitteisiin, ja joiden mukaan sen olisi pitänyt tutkia muitakin väitteitä, perustuvat yrityskeskittymien valvontamenettelyn virheelliseen tulkintaan, koska keskittymästä kilpailulle aiheutuvia ongelmia koskeva tutkimus tehdään olennaisilta osin ennen väitetiedoksiantoa. Vaikka kantaja ei voi todellisuudessa moittia komissiota siitä, että se ei ole tutkinut ongelmia, jotka on tuotu ensi kertaa esiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja joista joidenkin osalta tutkittavaksi ottamisen edellytykset lisäksi selvästi puuttuvat, koska ne on esitetty vasta sen vastauskirjelmässä tai sen istunnon jälkeen jättämissä huomautuksissa, tässä komission huomautuksessa jätetään kuitenkin kaksi seikkaa huomiotta. Yhtäältä on kiistatonta, että komissio on menettelyn alusta lähtien tunnistanut avoimuuteen ja alennuksiin liittyvät ongelmat ja että se on kuullut sekä kolmansia osapuolia että keskittymän osapuolia tältä osin. Toisaalta ajallisilla rajoituksilla on myös se vaikutus, että keskittymän osapuolet eivät voi odottaa viime hetkeen ennen kuin ne esittävät komissiolle todisteita kumotakseen väitteet, jotka komissio on esittänyt ajoissa, koska se ei näin ollen kykenisi enää tekemään tarvittavia selvityksiä. Tällaisessa tapauksessa edellytetään ainakin, että nämä todisteet vaikuttavat erityisen luotettavilta, objektiivisilta, asiaankuuluvilta ja vakuuttavilta, jotta komission esittämät väitteet kyetään pätevästi kumoamaan.

415 Aluksi on tältä osin huomautettava, että sekä päätöksen 79 perustelukappaleen sanamuodosta ("[keskittymän] osapuolet ovat toimittaneet tietoja") että uusien todisteiden (jotka ovat vastinekirjelmän liitteenä) tutkimisen perusteella ilmenee, että sen lisäksi, että kampanja-alennuksia koskevat toteamukset perustuvat yksinomaan keskittymän osapuoliin liittyviin tietoihin, kyseiset osapuolet (tai niiden ekonomistit) ovat myös laatineet taulukot, joihin ne sisältyvät, niiden itsensä valitseman menetelmän ja niiden valitsemien tietojen perusteella, ilman että vaikuttaisi siltä, että komissio olisi valvonut niiden paikkansapitävyyttä, merkitystä, objektiivisuutta ja edustavuutta. Vaikka yrityskeskittymien valvontaa koskeva menettely perustuu väistämättä suureksi osaksi luottamukseen, kuten komissio on istunnossa esittänyt, koska se ei voi olla velvollinen tarkistamaan itse yksityiskohtaisesti kaikkien toimitettujen tietojen luotettavuutta ja paikkansapitävyyttä, komissio ei sitä vastoin voi mennä niin pitkälle, että se jakaisi ilman valvontaa vastuun tutkimuksen tiettyjen osien hoitamisesta keskittymän osapuolille, varsinkaan silloin kun nämä osat muodostavat olennaisen seikan, johon päätös perustuu, kuten tässä tapauksessa, ja kun keskittymän osapuolten toimittamat tiedot ovat täysin vastakkaisia kuin komission tutkimuksessaan keräämät tiedot sekä päätelmät, joita se on niiden perusteella tehnyt.

416 Neljänneksi kantaja on korostanut, ilman että komissio olisi tätä kiistänyt ja kuten se on myöntänyt väitetiedoksiannon 146 kohdassa, että Sony ja BMG olivat menestyneet hyvin eri tavoin valvonnan kohteena olleina vuosina. Koska levynjulkistusten menestyminen on omiaan vaikuttamaan hintoihin ja alennuksiin, taulukot, joissa tutkitaan vain näiden kahden osapuolen tietoja, pyrkivät suurentamaan vaihteluita.

417 Viidenneksi komission esittämien uusien todisteiden tutkiminen edellä esitetyn valossa edellyttää vielä useita huomautuksia.

418 Komissio väittää vastinekirjelmässään nojautuneensa kirjelmänsä liitteenä oleviin tietoihin tehdessään sen päätelmän, että alennukset vaihtelivat kolmella tavalla (eri aikoina, albumeittain ja asiakkaittain).

419 Tältä osin on aluksi huomautettava, että kaikista näistä oletetuista todisteista ainoastaan yhden liitteen (B.4) on laatinut komissio itse, vaikka sekin perustuu yksinomaan Sonyn ja BMG:n myöntämiä alennuksia koskeviin tietoihin. Kyseinen liite koostuu kaavioista, jotka kuvaavat keskittymän osapuolten vuosina 2000–2003 kymmenelle parhaalle yhteiselle asiakkaalleen laskun loppusummasta myöntämiä keskimääräisiä alennuksia suurissa maissa lukuun ottamatta Ranskaa, koska komissio oli todennut, että Ranskaa koskevat tiedot olivat epäjohdonmukaisia. Komissio nojautui väitetiedoksiannossa (88 kohta) näihin kaavioihin osoittaakseen alennusten kokonaisvaltaisen vakauden. Komissio ei ole kiistänyt tämän arvioinnin paikkansapitävyyttä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, vaan se on tyytynyt esittämään, että keskittymän osapuolet olivat vedonneet siihen, että ne olivat kohdelleet tiettyjä asiakkaita hyvin eri tavoin, ja liittänyt liitteeseen B.5 otteen niiden huomautuksista. On kuitenkin todettava, että nämä huomautukset eivät ole omiaan kyseenalaistamaan kyseisistä kaavioista ilmenevää kokonaisvaikutelmaa. Esimerkiksi Italian markkinoilla, jotka ovat vakaat ja yhdenmukaiset, vaikka, kuten keskittymän osapuolet toteavat, kaksi asiakasta onkin saanut selvästi pienempiä alennuksia kuin muut asiakkaat, tämä on erityisen merkityksellistä sen vuoksi, että Sony ja BMG ovat antaneet näitä pienempiä alennuksia nimenomaan kahdelle samalle asiakkaalle, että nämä alennukset ovat lähes samansuuruiset molempien suurten yhtiöiden osalta ja että ne ovat vaihdelleet samansuuntaisesti.

420 Vastinekirjelmän liitteissä B.8 ja B.9 esitetyistä taulukoista, jotka komission mielestä osoittavat, että Sonyn ja BMG:n 20 parhaan albumin osalta kussakin viidessä suuressa jäsenvaltiossa laskun loppusummasta myöntämien alennusten jakautuma oli hyvin erilainen, on huomautettava aluksi, että ne koskevat yleisempää laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten ryhmää eivätkä ainoastaan kampanja-alennuksia ja että, kuten kantaja korostaa, alennusvalikoiman erot eri aikoina saattavat johtua menestyksen eroista eivätkä suljepois sitä, että alennukset perustuisivat tiedossa olevaan sääntöjen kokonaisuuteen.

421 Tämän jälkeen on todettava, että vaikka alennusvalikoimien jaottelu vuosina 1998–2003 todellakin vaihtelee eri aikoina ja eri maissa, se vaihtelee kuitenkin samalla tavoin keskittymän molempien osapuolten osalta sekä eri aikoina että eri maissa.

Tämä ilmenee vieläkin selvemmin taulukosta (liite B.9), jossa verrataan vuonna 2003 kussakin viidessä suuressa maassa myönnettyjen alennusten jakaumaa, koska vaikka jakauma vaihtelee maittain, keskittymän molempien osapuolten alennukset kehittyvät samansuuntaisesti (ks. erityisesti maita A ja C koskevat tiedot). Kun esimerkiksi maassa A Sonyn ja BMG:n alennukset keskittyvät olennaisilta osin valikoimaan [*luottamuksellinen tieto*], ne sijoittuvat lähinnä segmenttiin [*luottamuksellinen tieto*] ja [*luottamuksellinen tieto*] maassa B, segmenttiin [*luottamuksellinen tieto*] maassa C ja ylempiin segmentteihin maissa D ja E. Näistä liitteiden taulukoista ilmenee siten, että sen lisäksi, että alennusten jakautuminen eri haarukoihin kunkin maan sisällä on melko samanlainen, maakohtaiset vaihtelut ovat hyvin samankaltaisia.

422 Komissio viittaa erityisesti kampanja-alennusten osalta lähinnä kahteen liitteeseensä (B.13 ja E.4.2) tukeakseen väitettään, jonka mukaan nämä kampanja-alennukset ovat läpinäkymättömiä, koska ne ovat erittäin monimutkaisia ja tärkeitä. Vaikuttaa siltä, että niihin sisältyviä taulukoita, jotka koskevat ainoastaan Sonyn ja BMG:n yhtenä vuonna myöntämiä alennuksia ja jotka ovat kokonaan niiden itsensä laatimia, ei voida pitää riittävän asiaankuuluvina ja luotettavina.

423 Liitteessä B.13 olevista taulukoista, joissa verrataan keskittymän osapuolten kuudelle parhaalle asiakkaalleen vuonna 2002 eniten myytyjen albumiensa osalta, "joiden listahinta on samanlainen" (listed at similar prices), laskun loppusummasta myöntämiä alennuksia, on todettava erityisesti, että komissio on ilmoittanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että kutakin maata varten valittu julkaistu myyntihinta edusti yhtä asianomaisten osapuolten tärkeimmistä julkaistuista myyntihinnoista toteutuneen myynnin kannalta, mutta täsmentänyt, että esimerkiksi Saksan osalta kyseessä olivat kolmanneksi ja neljänneksi tärkein julkaistu myyntihinta BMG:n osalta sekä tärkein ja kuudenneksi tärkein julkaistu myyntihinta Sonyn osalta. Koska päätöksessä on esitetty, että keskittymän osapuolet tekivät olennaisen osan myynnistään käyttämällä yhtä tai kahta taikka enintään kolmea julkaistua myyntihintaa, herää kysymys siitä, missä määrin huomioon otetut albumit edustavat todellisuudessa niiden eniten myytyjä albumeja. Lisäksi taulukoihin liittyvästä alaviitteestä ilmenee, että useiden

albumien julkaistua myyntihintaa on muutettu vuoden aikana, mikä näyttäisi olevan omiaan vaikuttamaan myönnettyihin alennuksiin ja siten lisäämään vertailtavia vaihteluita. Samoin kyseisistä taulukoista ilmenee, että BMG:n tiedot koskevat vuotta 2002, kun taas Sonya koskevat tiedot liittyvät sen sijaan tilivuoteen 2002/2003.

424 Vaikka näiden taulukoiden luettavuutta vaikeuttaa se, että niissä asetetaan vastakkain Sonyn ja BMG:n tiedot, vaikka vertailu olisi tehtävä kummankin keskittymän osapuolen eri asiakkailleen myöntämien alennusten välillä eikä yhden osapuolen albumeista myöntämien alennusten ja toisen osapuolen albumeista myöntämien alennusten välillä, taulukoiden tarkkaavainen tarkastelu osoittaa joka tapauksessa, että vaihtelut vaikuttavat viime kädessä melko vähäisiltä. Lisäksi on tässä yhteydessä muistutettava, että väitetiedoksiannon 75 kohdasta ja alaviitteestä 47 ilmenee, että komissio oli tutkinut Sonyn ja BMG:n brutto- ja nettohintoja erikseen niiden kymmenen parhaan albumin osalta ja päätellyt väitetiedoksiannon 90 kohdassa, että "brutto- ja nettohintojen suhteet olivat erittäin vakaat albumeittain ja eri aikoina tutkittujen yksittäisten levynjulkistusten osalta". Komissio sen enempää kuin väliintulijatkaan eivät ole väittäneet eivätkä varsinkaan osoittaneet, että tämä toteamus olisi paikkansapitämätön.

425 Liitteessä E.4.2. olevista taulukoista, joilla pyritään osoittamaan Sonyn ja BMG:n eniten myydyistä albumeistaan myöntämät enimmäiskampanja-alennukset, on todettava, että niihin sisältyy useita virheitä, jotka suurentavat alennuksia. On näet korostettava, että asiakaskohtaisten vähimmäis- ja enimmäisalennusten välisen eron (joka vastaa komission mukaan kampanja-alennusta) laskeminen on kummankin keskittymän osapuolen osalta useimmissa tapauksissa suoritettu virheellisesti toisen osapuolen myöntämien alennusten perusteella, vaikka, kuten komissio itsekin esittää, tämä laskelma on tehtävä yhden ja saman osapuolen eri asiakkailleen myöntämien vähimmäis- ja enimmäisalennusten eron perusteella.

426 Näistä kahdesta esimerkistä ilmenee, että sen lisäksi, että keskittymän osapuolten esittämiä eri taulukoita on välttämättä tarkasteltava varauksella, koska ne on laadittu niiden itsensä valitsemien parametrien perusteella, jotka eivät myöskään ilmene aina selvästi, on mahdollista, että niihin sisältyy aineellisia virheitä, jotka tässä tapauksessa jo ylimalkainenkin tutkimus tuo esiin.

427 Vaikka oletettaisiin, että näillä keskittymän osapuolten laatimilla ja komission esittämillä eri taulukoilla todellakin kyettäisiin osoittamaan väitetyt jossain määrin merkitykselliset vaihtelut, näiden vaihteluiden asiaankuuluvuutta voidaan joka tapauksessa epäillä, kuten kantaja perustellusti huomauttaa, koska yhtäältä ne osoittavat ainoastaan haarukoita, ilman että niissä selvitettäisiin painotettuja keskiarvoja ja vaihteluita näihin keskiarvoihin nähden, ja toisaalta niissä ei suljeta pois sitä, että nämä vaihtelut voivat ainakin alan asiantuntijan silmissä selittyä melko helposti tietyillä yleis- tai erityissäännöillä, joita sovelletaan alennusten myöntämiseen ja joiden osalta komissio ei ole tehnyt tarvittavia tutkimuksia.

428 Vaikka kantaja ei olekaan esittänyt täsmällisesti, mitkä olisivat nämä kampanja-alennusten myöntämiseen sovellettavat eri säännöt, kuten komissio korostaa, tai on komission mukaan maininnut niitä liian paljon, mikä tekee sen mielestä niiden soveltamisesta monimutkaista ja siten läpinäkymätöntä, komissio ei ole kuitenkaan tehnyt tätä koskevaa markkinatutkimusta, kuten edellä on todettu, tai se ei ole ainakaan esittänyt mitään näyttöä kampanja-alennusten läpinäkymättömyydestä keskittymän osapuolten taulukoiden ohella, vaikka niillä sen lisäksi, että ne ovat puutteellisia, pyritään ainoastaan osoittamaan näiden alennusten tiettyjen vaihtelujen olemassaolo, mutta niissä ei osoiteta, että nämä vaihtelut eivät voisi selittyä melko helposti alan asiantuntijalle. Kantajaa ei voida myöskään arvostella siitä, että se ei ole itse näyttänyt tätä toteen, koska näissä taulukoissa ei täsmennetä albumeja, asiakkaita, määriä ja ajankohtia, joina nämä alennukset on myönnetty, eikä kantaja sen enempää kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinkaan kykene näin ollen selvittämään, onko nämä alennukset myönnetty kantajan väittämien alan yleisten sääntöjen mukaisesti.

429 Komission väitteestä, jonka mukaan perusteita, joiden mukaan kampanja-alennukset yleensä myönnetään, on niin monia, että ne tekevät niiden soveltamisesta läpinäkymätöntä, on todettava aluksi, että kantaja on esittänyt, että eri levyluokkia varten (uudet julkaisut, uusi artisti, "full price" -luettelo, "mid price" -luettelo ja "budget"-luettelo), oli olemassa rajallinen määrä yleisiä myyntistrategioita (levyn sijoittuminen levymyyntilistalla, osallistuminen myynninedistämiskampanjoihin ja esillepanopaikan ostaminen myymälästä), jotka voivat vaihdella tietyssä määrin asiakastyyppien mukaan (supermarketit, erikoistuneet ketjut ja riippumattomat myymälät). Vaikka muuttujien yhdistelmä väistämättä lisää vaihtoehtoja, komissio ei ole kuitenkaan osoittanut, että tämä olisi vaikeuttanut liikaa niiden käyttämistä markkinoiden ammattilaisen kannalta. On myös korostettava, että keskittymän osapuolten itsensä liitteessä B.14 esittämät muutamat periaatteet, joita sovelletaan kampanja-alennusten myöntämiseen, ovat myös pikemminkin omiaan vahvistamaan kantajan väittämien yleisten sääntöjen olemassaolon sekä sen, että ne eivät ole liian monimutkaisia. Huomautettakoon lopuksi, että vaikka olisi olemassa melko suurikin määrä monimutkaisilta vaikuttavia sääntöjä, joita saattaa jopa olla vaikea luetella tyhjentävästi, tämä ei välttämättä estä ammattilaista määrittämästä melko helposti, noudatetaanko niitä lähtökohtaisesti tai kokonaisuutena. Esimerkiksi elämäntapa- tai etikettisäännöt vaativat paksun teoksen, jotta ne voidaan kuvata yksityiskohtaisesti, mutta niihin tutustumattakin kyetään helposti päättelemään, onko toisen henkilön käyttäytyminen olennaisilta osin niiden mukaista.

430 Kuten kantaja on korostanut, päätöksestä sen enempää kuin komission esittämistä todisteistakaan ei missään tapauksessa ilmene, että komissio olisi tutkinut kampanja-alennusten myöntämiseen sovellettavien yleisesti tunnettujen sääntöjen olemassaoloa tai suurten yhtiöiden mahdollisuutta selvittää, ovatko muiden suurten yhtiöiden myöntämät alennukset näiden sääntöjen mukaisia vai poikkeavatko ne yhteisistä periaatteista.

431 Kantaja on myös väittänyt, että vähittäiskauppiaita koskevat nettohinnat olivat avoimia, koska vähittäiskauppiaiden katteet ovat yleensä avoimia ja ne tiedetään hyvin tarkasti.

432 Komissio on väittänyt tältä osin vastinekirjelmässään, että sen vähittäismyynnin seurannan tehottomuutta koskeva päätelmä perustui myös vähittäishintojen monimutkaisuuteen ja läpinäkymättömyyteen. Se väittää, että kyseisen kirjelmän liitteenä olevasta tutkimuksesta ilmenee, että vähittäismyynnin intensiivinen seurantakaan ei antanut suurille yhtiöille mahdollisuutta päätellä siitä kilpailijoiden nettohintojen (julkaistu myyntihinta, josta on vähennetty laskun loppusummasta myönnetyt alennukset) vahvistamista koskevia käytänteitä tietyn albumin osalta, koska kaikki vähittäiskauppiaat eivät sovella johdonmukaisesti samaa tukkuhinnan korotusta tiettynä ajankohtana, kaikkiin albumiluokkiin eikä edes kaikkiin pienemmän luokan muodostaviin korkeiden hintojen albumeihin. Se ei ole todennut toteennäytettävissä olevaa yhteyttä vähittäishintojen ja saman julkaistun myyntihinnan albumien osalta laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten välillä.

433 Tässä yhteydessä on todettava, että missään päätöksen perustelukappaleessa ei viitata tähän väitettyyn mahdottomuuteen määrittää vähittäiskauppiaita koskevat nettomyyntihinnat vähittäismyyntihinnan perusteella taaksepäin laskemalla (reverse engineering). Mikään asiakirja-aineistossa ei myöskään viittaa siihen, että komissio olisi hallinnollisen menettelyn aikana tutkinut millään tavoin vähittäismyyntihintojen ja tukkumyyntihintojen välistä yhteyttä tai edes kerännyt tietoja vähittäismyyntihinnoista. Komission esittämiä perusteluja ja sen vastinekirjelmään liitettyä tutkimusta ei siten voida ottaa huomioon.

434 Lisäksi on huomautettava, että kuten kantaja on esittänyt, keskittymän osapuolten ekonomistien laatimassa tutkimuksessa ei esitetä riittävän luotettavia, asiaankuuluvia ja vertailukelpoisia tietoja, eivätkä ne siten tue komission niistä tekemiä päätelmiä. Vaikka oletettaisiin toteennäytetyksi, että kaikki vähittäiskauppiaat eivät aina sovella johdonmukaisesti samaa korotusta tukkuhintaan, tälläkään ei joka tapauksessa ole merkitystä. Vaikka onkin todennäköistä, että eri tyyppiset vähittäiskauppiaat (supermarketit, itsenäiset vähittäiskauppiaat ja erikoistuneet tavarataloketjut jne.) soveltavat erilaista katestrategiaa ja että kunkin toimijoiden ryhmän sisällä ja jopa kunkin yksittäisen toimijan osalta on eroja albumityyppien ja niiden menestyksen mukaan, ei sitä vastoin ole kovinkaan todennäköistä – tutkimukseenkaan ei sisälly tällaisia tietoja – että vähittäiskauppias soveltaisi erilaista myyntistrategiaa saman tyyppiseen albumiin. Koska kaikki vähittäiskauppiaat ovat kaikkien suurten yhtiöiden asiakkaita, jokainen suuri yhtiö voi siten

havainnoida tietyn vähittäiskauppiaan sen omiin albumeihin soveltamaa katetta ja siten päätellä katteen, jota tämä soveltaa normaalisti sen kilpailijoiden albumeihin, jotka ovat ominaisuuksiltaan samankaltaisia. Lopuksi on korostettava, että Sonyn ja BMG:n Ranskan myyntijohtajien lausuman (liite B.2) mukaan vähittäismyyntihinta vahvistetaan yleensä siten, että bruttohintaan lisätään arvonlisävero.

435 Edellä esitetystä seuraa, että komission esittämät uudet todisteet eivät vaikuta riittävän luotettavilta, asiaankuuluvilta ja vakuuttavilta osoittaakseen kampanja-alennusten läpinäkymättömyyden.

436 Lopuksi on vielä huomautettava, että komissio ei ole selittänyt, mitä merkitystä tässä tapauksessa voisi olla sillä, että kampanja-alennus ei ole avoin, koska vähittäiskauppias, mikäli oletetaan, että sillä on lupa näin menetellä, ei vyörytä sitä lopulliselle kuluttajalle vaan säästää sen lisätakseen voittoaan. Vaikka silloin, kun kyseessä ovat täysin homogeeniset tuotteet, valmistajan vähittäiskauppiaalle myöntämällä salaisella ja läpinäkymättömällä alennuksella voi olla merkitystä arvioitaessa salaista yhteensovittamista varten tarvittavaa avoimuutta, koska kyseinen alennus mahdollistaa sen, että tämä valmistaja lisää myyntiään muiden oligopolin jäsenten vahingoksi, sama ei välttämättä päde silloin, kun kyseessä on eri tuotteiden myynti välittäjille. Koska esimerkiksi tässä tapauksessa jokainen levy on erilainen, vähittäiskauppias, joka ostaa suurilta yhtiöiltä vain myydäkseen levyjä edelleen lopulliselle kuluttajalle, ostaa lähtökohtaisesti vähemmän levyjä tietyltä suurelta yhtiöltä vain siinä tapauksessa, että lopullinen kuluttaja on kampanja-alennuksen vaikutuksesta taipuvainen ostamaan pikemminkin sen kilpailevan suuren yhtiön levyn, joka on myöntänyt kampanja-alennuksen kyseiselle vähittäiskauppiaalle. Vaikka tämä olisi mahdollista ja jopa todennäköistä, komissio sen enempää kuin väliintulijatkaan eivät ole kuitenkaan väittäneet eivätkä varsinkaan osoittaneet, että kampanja-alennuksen myöntäminen liittyisi siihen, että myymättömiä levyjä ei oteta takaisin. Näin ollen suurten yhtiöiden vähittäiskauppiaille myöntämä kampanja-alennus, joka ei ole avoin, koska sitä ei ole vyörytetty lopulliselle kuluttajalle, ei näytä vaikuttavan kyseisen albumin myyntimääriin tai heikentävän salaisen yhteensovittamisen perusteella laadittua yhteistä hintastrategiaa. Komission olisi pitänyt vähintäänkin tutkia ja selittää, millä tavoin kampanja-alennus, joka on läpinäkymä-

tön, koska vähittäiskauppias ei ole vyöryttänyt sitä, olisi ollut omiaan estämään markkinoiden tarvittavan avoimuuden, koska sillä ei peitellä käyttäytymistä, joka heikentää salaista yhteensovittamista.

– Kampanja-alennusten merkitys

437 Kantaja esittää useita väitteitä lähinnä siitä, että komissio on menetellyt virheellisesti nojautuessaan markkinoiden täyden avoimuuden välttämättömyyteen, että se ei ole tutkinut kampanja-alennusten merkitystä markkinoiden avoimuuden arvioinnin kannalta ja että se ei ole osoittanut, että kampanja-alennuksilla poistettaisiin tai vähennettäisiin avoimuutta, joka on tarpeen, koska ne koskevat levymyyntilistoilla olevia albumeja tai eniten myytyjä albumeja vain hyvin vähän eivätkä vaikuta todellisuudessa nettohintoihin erityisesti sen vuoksi, että ne edustavat vain neljännestä tai kolmannesta kaikista alennuksista.

438 Ensinnäkin väitteestä, jonka mukaan komissio olisi sekoittanut riittävää markkinoiden läpinäkyvyyttä koskevan vaatimuksen, sellaisena kuin se on määritelty edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa, päätöksessä sovellettuun täydellisen avoimuuden vaatimukseen, on todettava, että kuten komissio perustellusti korostaa, päätöksen missään perustelukappaleessa ei mainita täydellisen avoimuuden välttämättömyyttä.

439 On kuitenkin selvitettävä, onko komissio käytännössä edellyttänyt täydellistä avoimuutta tai ainakin suurempaa avoimuutta kuin olisi tarpeen yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollistamiseksi.

440 Kuten edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetun tuomion 62 kohdasta ilmenee, välttämätön avoimuus on avoimuus, joka mahdollistaa sen, että jokainen määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsen kykenee saamaan selville muiden käyttäytymisen tutkiakseen, omaksuvatko ne saman toimintalinjan, eli sillä on oltava käytettävissään keino selvittää, omaksuvatko muut toimijat saman strategian ja pitävätkö ne sen voimassa. Markkinoiden avoimuuden pitäisi siten olla riittävä, jotta jokainen määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsen kykenee tietämään riittävän tarkasti ja välittömästi kaikkien muiden jäsenten käyttäytymisen kehityksen. Välttämätön avoimuus ei merkitse sitä, että jokainen jäsen voisi milloin tahansa saada selville pienimmätkin yksityiskohdat oligopolin muiden jäsenten kaiken myynnin täsmällisistä ehdoista, mutta sen on yhtäältä mahdollistettava salaisen yhteensovittamisen ehtojen yksilöiminen ja toisaalta aiheutettava vakava vaara siitä, että oligopolin muut jäsenet huomaavat poikkeavan menettelytavan, joka on omiaan vaarantamaan salaisen yhteensovittamisen.

441 Komissio esittää, että se on tutkinut ”yksittäiselle asiakkaalle myydyn yksittäisen albumin nettohinnan osatekijät (julkaistu myyntihinta, tavanomainen alennus ja mahdollinen kampanja-alennus) sekä päätellyt, että kaikkien osatekijöiden riittävä avoimuus olisi tarpeen, jotta suuri levy-yhtiö kykenisi saamaan kohtuudella varmuuden siitä, että se tuntee toisen levy-yhtiön nettohintojen todelliset vahvistuskäytänteet, sellaisina kuin ne ilmenevät asiakas- ja albumitasolla”. Tästä selityksestä ilmenee, että vaikka päätöksessä viitataan ilman muita täsmennyksiä vain riittävään avoimuuteen, komissio näyttää edellyttäneen erityisen suurta avoimuutta.

442 Komissio väittää lisäksi erityisesti, että kampanja-alennusten merkitys johtuu siitä, että ”nettohintojen yhteensovittamiseksi suurten levy-yhtiöiden on kyettävä valvomaan niiden kaikkia osatekijöitä, verrattain avoimia julkaistuja myyntihintoja ja laskun loppusummasta myönnettyjä eri alennuksia”. Komissio täsmentää tältä osin, että ”’jonkinlainen tietämys’ tavanomaisista alennuksista ei yksinkertaisesti riitä, jos kampanja-alennukset vastaavat alennusten vaihtelusta (eli nettohintojen epävakaudesta) tiettyjen asiakkaiden osalta, eri aikoina ja albumista toiseen ja vaihtelu on yhtä voimakasta kuin [päätöksen] 79, 86, 93, 100 ja 107 perustelukappaleessa on mainittu ja jos on ilmeistä, että nämä alennukset ovat vähemmän avoimia”.

443 Tältä osin on yhtäältä huomautettava, että päätöksen 111–113 perustelukappaleessa mainittujen lukuisien muiden avoimuuteen liittyvien tekijöiden (erityisesti pysyvät yhteydet vakaaseen, määrältään vähäiseen ja kaikille suurille yhtiöille yhteiseen asiakaskuntaan sekä levymyyntilistojen julkaiseminen viikoittain) lisäksi komissio on arvioinut päätöksessä, että avoimuutta on sekä bruttohinnoissa että tavanomaisissa alennuksissa. Vaikka komissio on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissään kirjelmissä vähätellyt, lisäksi melko vaihtelevassa määrin sen mukaan, mihin väitteisiin se vastasi, näiden kahden nettohintojen olennaisen osatekijän avoimuutta, komissio on jopa ilmoittanut nimenomaisesti loppuhuomautuksissaan, että se oli päätellyt "sekä julkaistuissa myyntihinnoissa että tavanomaisissa alennuksissa merkittävää avoimuutta".

444 Toisaalta alennusten vaihtelua, josta vastaavat kampanja-alennukset, on vaikea pitää "yhtä voimakkaana", koska päätöksessä mainitaan 2–5 prosenttiyksikön erot Yhdistyneen kuningaskunnan, Saksan ja Espanjan osalta, 1–3 prosenttiyksikön ero Italian osalta ja enintään 3 prosenttiyksikön ero Ranskan osalta tärkeimpien asiakkaiden suurimman osan yhteydessä (tai tärkeimpien yhteisten asiakkaiden yhteydessä). Kuten kantaja on lisäksi väittänyt ja komissio myöntänyt (mm. täydentävien huomautusten 13 kohdassa), eri tuotevalikoimat ja eriasteinen menestys sekä asiakastyyppi voivat selittää alennusten vaihtelut, joten niistä ei voida päätellä, että todetut melko heikot vaihtelut johtuisivat todellisuudessa kampanja-alennuksista.

445 Toiseksi on aluksi huomautettava kantajan niiden väitteiden osalta, joilla se pyrkii riitauttamaan alennusten merkityksen, että kuten kantaja korostaa, komissio on todennut päätöksen 77, 84, 91, 98 ja 105 perustelukappaleessa, että nettomyyntihinnat liittyivät läheisesti bruttohintoihin, koska Sonyn ja BMG:n todelliset keskimääräiset brutto- ja nettohinnat ovat näiden kuuden viime vuoden aikana kehittyneet samansuuntaisesti. Vaikka komissio väittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimittamissaan kirjelmissä, että keskihinnat voivat peittää yksittäiset vaihtelut, on todettava yhtäältä, että päätöksen 70 perustelukappaleessa katsotaan, että keskihinnat ovat hyvä keino selvittää, onko suurilla yhtiöillä samansuuntainen hintakäyttäytyminen, ja toisaalta, että joka tapauksessa päätöksen

77 perustelukappaleessa todetaan myös erittäin suuri netto- ja bruttohintojen suhteiden vakaus albumeittain ja eri aikoina. Koska tavanomaiset alennukset vahvistetaan tietylle asiakkaalle ja tietylle vuodelle, on siten vaikea ymmärtää, miten vaihtelevat kampanja-alennukset voisivat vaikuttaa asianomaisten albumien nettohintoihin.

446 Alennusten yleinen merkitys kyseenalaistetaan lisäksi vakavalla tavalla komission omissa arvioinneissa. Komissio oli esittänyt esimerkiksi väitetiedoksiannon 88 ja 89 kohdassa, että se oli "tutkittuaan tiedot todennut, että alennuksilla ei muutettu suurten yhtiöiden suhteellisia hintoja" ja että "ei ollut kerrassaan mitään näyttöä siitä, että alennuksia olisi käytetty hintojen perustavanlaatuiseen muuttamiseen". Vaikka komissiolla on edellä mainitulla tavalla oikeus muuttaa väitetiedoksiannossa tekemiään arviointeja, jotka ovat lähtökohtaisesti alustavia, päätökseen sisältyvien arviointien ja päätelmien on kuitenkin oltava yhteensopivia hallinnollisen menettelyn aikana tehtyjen tosiseikkoja koskevien toteamusten kanssa, ellei osoiteta ainakin yhteisön tuomioistuimissa käytävässä oikeudenkäynnissä, että ne olivat virheellisiä. Huomautus, jonka mukaan ei ollut mitään näyttöä siitä, että alennukset olisivat vaikuttaneet tuntuvasti hintoihin, on pikemminkin tosiseikkoja koskeva toteamus kuin arviointi. Komissio ei näytä missään tapauksessa muuttaneen mieltään tältä osin, koska päätöksen 77 perustelukappaleessa todetaan, että "jos suuret levy-yhtiöt olisivat merkittävästi poikenneet sovituista hintastrategioista myöntämällä alennuksia, tämä poikkeaminen olisi näkynyt niiden keskimääräisissä nettohinnoissa".

447 Kolmanneksi on todettava, että päätökseen ei sisälly mitään tietoja, jotka osoittaisivat todellisen vaikutuksen, joka kampanja-alennuksilla olisi asianomaisten albumien nettohintoihin. Ainoa tätä koskeva toteamus sisältyy päätöksen 150 perustelukappaleeseen, ja sillä pyritään pikemminkin päinvastoin kiistämään tämä vaikutus, koska siinä todetaan, että "samoin kuin suuremmilla alueilla, kaikissa pienissä maissa sovellettavat pääasialliset alennukset ovat tavanomaisia alennuksia". Komissio on kyllä esittänyt istunnossa näkemyksen siitä, että kyseessä olisi lyöntivirhe, mutta se on kuitenkin itse toistanut tämän huomautuksen vastinekirjelmässään. On lisäksi muistettava, että väitetiedoksiannossa, joka laadittiin viisi kuukautta sen tutkimuksen jälkeen, jossa komissio oli haastatellut sekä suuria yhtiöitä ja itsenäisiä valmistajia että vähittäiskauppiaita muun muassa erityyppisten

alennusten ja myös kampanja-alennusten merkityksestä (ks. mm. kysymykset 19 ja 24 kyselylomakkeissa, jotka lähetettiin 20.1.2004 vähittäiskauppiaille ja kilpailijoille ja jotka on mainittu liitteessä E.4.1), komissio ei ole pitänyt tarpeellisena mainita kampanja-alennuksia.

448 Kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kehotti komissiota ilmoittamaan kampanja-alennusten kokonaisarvon prosenttiosuutena kokonaismyynnistä kunkin viiden suuren yhtiön 100:n ja 20:n eniten myydyn albumin osalta (eli keskimääräisen kampanja-alennuksen näiden albumien osalta) sekä kampanja-alennusten suhteellisen arvon kyseisiä albumeja koskeviin tavanomaisiin alennuksiin nähden, komissio vastasi, että oli mahdotonta laskea niitä sen asiakirja-aineistoon sisältyvien tietojen perusteella.

449 Edellä esitetystä seuraa, että komissio on päätellyt markkinoiden avoimuuden riittämättömyyden bruttohintojen ja tavanomaisten alennusten avoimuudesta ja monesta muusta päätöksessä todetusta avoimuustekijästä huolimatta pelkästään sillä perusteella, että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia, ilman että se olisi kuitenkaan tutkinut, edustavatko kyseiset kampanja-alennukset riittävän merkittävää asianomaisten albumien hintatekijää, jotta niillä olisi todellinen vaikutus kyseisten albumien hintojen avoimuuteen. Tästä seuraa, että kantajan väite, jonka mukaan päätöstä rasittaa ilmeinen arviointivirhe, koska komissio ei ole tutkinut tai ainakaan osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla kampanja-alennusten merkitystä, on perusteltu.

450 Tätä toteamusta ei voida kyseenalaistaa komission väitteellä, jonka mukaan se on kyennyt hallinnollisen menettelyn aikana toimitettujen muiden tietojen perusteella päättelemään, että kampanja-alennukset olivat olennainen osa hintojen vahvistamista, ja laskemaan vuoden 2002 osalta keskimääräiset kampanja-alennukset, joita sovellettiin kaikkiin albumeihin. Varsinkaan seikkoja, joihin tämä toteamus perustuu, ei voida pitää riittävän yhdenmukaisina, luotettavina ja asiaankuuluvina eikä sellaisina, että niiden perusteella tehdyt päätelmät olisivat hyväksyttäviä.

451 Ensinnäkään tutkimuksen kulun aikajärjestyksen perusteella ei ole nähtävissä, että komissio olisi tutkinut kampanja-alennusten merkitystä markkinoiden avoimuuden määrän arvioimiseksi, eikä varsinkaan, että tämä tutkimus olisi voitu tehdä kaikkien asiaankuuluvien ja luotettavien tekijöiden perusteella. Tässä yhteydessä on muistettava, että komissio oli päätellyt 14. ja 15.6.2004 pidettyyn kuulemistilaisuuteen saakka, vaikkakin alustavasti, kaikkien tutkimuksensa aikana keräämiensä seikkojen tutkimisen perusteella, että ennen keskittymää oli olemassa yhteinen määräävä asema, minkä lisäksi se oli erityisesti päätellyt, että markkinat ja alennukset olivat avoimia eivätkä alennukset kyenneet heikentämään hintojen yhteensovittamista. Niiden vastausten perusteella, joita sekä suuret yhtiöt ja kilpailijat että vähittäiskauppiaat olivat antaneet sen kyselylomakkeeseen, joka koski eri alennusten, erityisesti tavanomaisten ja kampanja-alennusten merkitystä, se ei pitänyt tarpeellisena mainita kampanja-alennuksia väitetiedoksiannossa (ainakaan siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimitetusta luottamuksellisesta versiosta ilmenee). Asiakirja-aineistosta ei ilmene, eikä komissio ole näin väittänytkään, että komissio olisi tässä vaiheessa tehnyt minkäänlaista kampanja-alennusten tutkimusta. Ei vaikuta myöskään siltä, että komissio olisi lyhyenä ajanjaksona alkaen 14. ja 15.6.2004 pidetystä kuulemistilaisuudesta, jonka päätteeksi komissio muutti arviointiaan, ja päättyen siihen, että päätösluonnos lähetettiin neuvoa-antavalle komitealle 1.7.2004, tehnyt tutkimuksen selvittääkseen kampanja-alennusten merkityksen tai niiden avoimuuden. Lisäksi ainoa tutkimustoimenpide, joka on toteutettu kyseisen kuulemistilaisuuden jälkeen ja jonka komissio on maininnut, on 21.6.2004 päivätty tietopyyntö, joka osoitettiin ilmoituksen tehneille osapuolille ja joka ei koskenut kampanja-alennusten merkitystä vaan suurten yhtiöiden toimintaa markkinoiden seurannassa. Vastauksena tähän pyyntöön toimitettujen (liite B.15) Sonyn ja BMG:n myyntihenkilöstön laatimien seurantaraporttien edustavuuden kyseenalaistavat lisäksi edellä esitetyn mukaisesti vakavalla tavalla kantajan luottamukselliset asiakirjat (liite B.16). Komissio korostaa lopuksi itse loppuhuomautuksissaan, että ilmoituksen tehneiden osapuolten oikeus tulla kuulluksi rajoittaa lisätutkimuksen mahdollisuuksia kuulemistilaisuuden jälkeen ja sulkee pois sen, että markkinoiden toimijoita voitaisiin kuulla laajamittaisesti väitteistä. Kuulemistilaisuuden jälkeiset tutkimustoimenpiteet koostuvat komission mukaan lähinnä ehdotetuista sitoumuksista, eivätkä ne koske ilmoitettua keskittymähanketta vastaan esitettyjä väitteitä.

452 Vaikka toiseksi komissio on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa esittänyt, että se oli kyennyt ilmoituksen

tehneiden osapuolten hallinnollisessa menettelyssä antamien tietojen perusteella laskemaan keskimääräiset kampanja-alennukset, se on kuitenkin myöntänyt istunnossa, ettei se ollut tehnyt laskelmia itse, vaan sen oli pitänyt jättää keskittymän osapuolten ekonomistien tehtäväksi selittää, miten alennukset oli voitu laskea kaikille albumeille mutta ei 20 albumille 100:sta eniten myydystä albumista, kun komission tutkimus ja sen keräämät tiedot koskevat vain näitä albumeja.

453 Vaikka komissio on kolmanneksi ilmoittanut, että nämä laskelmat oli tehty sellaisten tietojen perusteella, jotka olivat olleet vastinekirjelmän liitteistä B.12 yhden perustana, siihen sisältyy kuitenkin vain BMG:tä mutta ei Sonya koskevia tietoja.

454 Neljänneksi tiedot eivät vaikuta riittävän yhdenmukaisilta, luotettavilta ja asiaankuuluvilta.

455 Aluksi on todettava, että komission vastauksena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin toimittamat taulukot koskevat vain vuotta 2002, ilman että olisi esitetty syitä, joiden vuoksi ilmoituksen tehneet osapuolet ovat valinneet tämän vuoden, kun päätös puolestaan koskee hintoja ja alennuksia vuosina 1998–2003. Vaikka BMG:n osalta bruttomyynnin osuus on laskettu kymmenen suurimman asiakkaan osalta, se koskee myös ainoastaan 5–10:tä suurinta asiakasta (maittain), ilman että tätä olisi selitetty millään tavoin. Lisäksi on huomautettava, että taulukoissa (jotka koskevat kaikkia albumeja koko asiakaskunnassa) mainitut kampanja-alennusten haarukat eivät vastaa haarukoita, jotka mainitaan muiden liitteiden B.6/E.2 (jotka koskevat vain 20:tä kymmenelle parhaalle asiakkaalle eniten myytyä albumia) taulukoissa. Koska taulukoissa huomioon otettujen albumien ja asiakkaiden lukumäärä on huomattavasti suurempi kuin kyseisissä liitteissä mainittu lukumäärä, taulukoiden enimmäiskampanja-alennuksen [*luottamuksellinen tieto*] pitäisi olla yhtä suuri tai suurempi kuin alennus, joka mainitaan asianomaisissa liitteissä saman vuoden osalta [*luottamuksellinen tieto*]. Myös kummankin ilmoituksen tehneen osapuolen laskun loppusummasta myöntämien alennusten kokonaismäärä samoin kuin kummankin myöntämien alennusten välinen ero poikkeavat

päätöksessä mainituista. Päätös koskee kyllä eniten myytyjä albumeja vuonna 2003, eikä kaikkia vuonna 2002 myytyjä albumeja, kuten taulukot, mutta tämä ainoastaan vahvistaa sen, että tulos voi olla erilainen sen mukaan, mitkä parametrit on valittu, ja että on siten välttämätöntä, että komissio pitää itsellään hankkeiden valvonnan tai ainakin tarkistaa keskittymän osapuolten esittämien tietojen asiaankuuluvuuden.

456 Tämän jälkeen on todettava, että koska taulukot koskevat keskimääräistä kampanja-alennusta kaikkien myytyjen albumien osalta eivätkä 100:aa tai 20:tä eniten myytyä albumia, ne eivät ole asiaankuuluvia, koska niissä on oletuksena se, mikä pitäisi nimenomaan näyttää toteen, eli se, että myös kampanja-alennuksilla on tärkeä rooli eniten myytyjen albumien tai levymyyntilistoilla olevien uusien levynjulkistusten (new hit releases) kannalta ja että ne eivät koske pääasiallisesti, kuten kantaja väittää, luettelossa olevia albumeja. Komission väitettä, jonka mukaan olisi yllättävää, kun otetaan huomioon 100:n eniten myydyn albumin tärkeys musiikin myynnistä saatavien kokonaistulojen kannalta, jos kaikille myydyille albumeille laskettujen kampanja-alennusten keskimääräiset tasot eivät vaikuttaisi merkittävästi 100:n eniten myydyn albumin hintaan, koska tämä merkitsisi sitä, että keskimääräisiä kampanja-alennuksia, jotka ovat yleisen keskiarvon kerrannainen, sovellettaisiin kaikkiin muihin albumeihin, ei voida hyväksyä. Vaikka päätökseen ei sisälly mitään tietoa tästä eikä komissio ole juuri täsmentänyt tätä kirjelmissään, ainoat asiakirja-aineistoon sisältyvät tiedot näyttävät viittaavan siihen, että kampanja-alennukset ovat todellakin suuria ja jopa erittäin suuria. Yksi suuryritys on esimerkiksi vastannut komission kyselylomakkeeseen, että ”tämän tyyppinen alennus saattoi edustaa merkittävää osuutta julkaistusta myyntihinnasta (esimerkiksi jopa [*luottamuksellinen tieto*])”. Samoin komission esittämissä liitteen E.2 taulukoissa, jotka sisältävät arviointeja enimmäiskampanja-alennuksista, mainitaan ilmoituksen tehneiden osapuolten kymmenelle parhaalle asiakkaalleen myöntämät alennusprosentit, jotka ovat usein hyvin suuria ja voivat olla jopa [*luottamuksellinen tieto*]. Komissio on lisäksi pitänyt näitä arviointeja maltillisina, sillä nämä luvut on muunnettu vuositasolle, vaikka kampanja-alennus on yleensä ajallisesti rajoitettu. Koska kampanja-alennukset edustavat komission esittämän saman taulukon mukaan keskimäärin vain pientä prosenttiosuutta kaikkien myytyjen albumien myyntihinnasta [*luottamuksellinen tieto*], niitä pitäisi näin ollen soveltaa vain melko vähäiseen määrään albumeja. Kuten edellä on todettu, myös komission esittämillä suurten yhtiöiden lausumilla pyritään tuomaan esiin, että kampanja-alennuksia sovelletaan erityistapauksiin (kiertueella oleva artisti, tietyt kausivarastot ja vanhat albumit, jotka eivät enää myy kovin hyvin). Näin ollen ei voida odottaa, että kaikille albumeille myönnetyt keskimääräiset kampanja-alennusprosentit edustaisivat 100:lle eniten myydylle albumille myönnettäviä kampanja-alennuksia eivätkä varsinkaan

uusille "hittijulkistuksille" myönnettäviä kampanja-alennuksia. Tässä yhteydessä on lisäksi muistettava, että komissio oli ilmoittanut väitetiedoksiannon 87 ja 90 kohdassa, että se arvioi, että uusien levynjulkistusten hintaluetteloita käytetään yhteensovittamisen ja hintastrategioiden seurantaan, ja että se ei ollut löytänyt mitään todisteita siitä, että alennuksia olisi käytetty muuttamaan olennaisesti uusien "hittijulkistusten" keskimääräisiä nettohintoja.

457 Vaikka viidenneksi oletettaisiinkin, että nämä taulukot ovat paikkansapitäviä ja edustavia, on todettava, että kampanja-alennukset edustavat vain hyvin pientä osuutta albumien bruttomyyntihinnoista kolmessa viidestä suuresta maasta BMG:n osalta, eli [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia maassa B, [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia maassa C ja [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia maassa D, sekä kahdessa viidestä suuresta maasta Sonyn osalta, eli [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia maassa C ja [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia maassa D. Toisin kuin komissio väittää, ei voida myöskään katsoa taulukoiden osoittavan, että kahden ilmoituksen tehneen osapuolen keskimääräiset kampanja-alennukset poikkeaisivat hyvin suuresti toisistaan useimmissa maissa, koska kolmessa maassa viidestä Sonyn ja BMG:n kampanja-alennusten ero on pienempi kuin [*luottamuksellinen tieto*] prosenttia. Jokainen maa muodostaa päätöksen mukaan markkinat, ja keskittymä, jolla luodaan määräävä asema tai vahvistetaan sitä sillä seurauksella, että tehokas kilpailu estyy merkittävästi yksienkin merkityksellisten markkinoiden osalta, on julistettava yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Vaikka oletettaisiin, että kampanja-alennuksia voitaisiin pitää vähemmän avoimina, komission olisi näin ollen pitänyt vähintään selittää päätöksessä, miksi kampanja-alennukset olivat omiaan poistamaan markkinoilta riittävän avoimuuden, jota tarvitaan yhteistä määräävää asemaa varten, huolimatta siitä, että niiden todellinen vaikutus hintoihin on vähäinen ja että on olemassa useita päätöksessä todettuja avoimuuden tekijöitä, koska muuten se soveltaa täydellisen avoimuuden vaatimusta.

458 Missään tapauksessa selitykset, joita on esitetty ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyssä oikeudenkäynnissä, ja varsinkaan selvitykset, jotka koskevat päätöksen olennaista osatekijää, eivät voi täyttää puutetta tutkinnassa päätöksentekohetkellä eivätkä poistaa ilmeistä arviointivirhettä, joka päätöstä tämän

vuoksi rasittaa, ja tämä pätee siinäkin tapauksessa, että oletettaisiin, että tämä virhe ei ole vaikuttanut millään tavoin arvioinnin tulokseen (ks. vastaavasti asia C-353/01 P, Mattila v. neuvosto ja komissio, tuomio 22.1.2004, Kok. 2004, s. I-1073, 31 ja 37 kohta).

c) Avoimuutta koskeva päätelmä

459 Edellä esitetystä seuraa, että markkinoiden avoimuudesta esitettyjä toteamuksia ei ole perusteltu päätöksessä oikeudellisesti riittävällä tavalla ja että niitä rasittaa ilmeinen arviointivirhe siltä osin kuin ne eivät perustu kaikkien sellaisten asiaan vaikuttavien tietojen tutkimiseen, jotka on otettava huomioon, eivätkä ne ole omiaan tukemaan päätelmää, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimet mahdollistamaan yhteinen määräävä asema.

5. Homogeenisuus

460 On muistettava, että komissio on päätellyt tuotteen homogeenisuutta koskevasta edellytyksestä päätöksen 157 perustelukappaleessa, että yhteistä määräävää asemaa ei ollut, sekä korostanut avoimuuden ja aikaisempien kostotoimenpiteiden olemassaoloa koskevien todisteiden puuttumisen lisäksi tuotteen osittain heterogeenisia ominaispiirteitä. On kuitenkin todettava, että komissio on korostanut päätöksen 110 perustelukappaleessa, joka koskee tuotteen homogeenisuuden tutkimista, yhtäältä, että musiikkiäänitteiden muoto oli homogeeninen, että toisaalta albumien hintoja ja markkinointia koskeneet yksityiskohtaiset säännöt tukkumarkkinoilla vaikuttivat sisältöjen heterogeenisuudesta huolimatta melko vakioiduilta ja että lisäksi suuret yhtiöt eivät tehneet alennusten ja myymättä jääneiden levyjen sovittujen palautusmäärien osalta yleensä minkäänlaista eroa musiikkilajien tai albumityyppien suhteen. Vähintäänkin ilmeisessä ristiriidassa tämän väitteen kanssa

ja ilman muita selityksiä se on lisännyt, että hinnoittelu riippui luonnollisesti myös albumin menestyksestä ja että albumitasolla oli eroja kampanja-alennusten suhteen. Se päätteli edellä esitetystä, että sisällön heterogeenisuus ja sen edellä mainitut vaikutukset hintoihin vähensivät avoimuutta.

461 Tästä seuraa, että komissio on katsonut, että todetut heterogeenisuuden osatekijät vaikuttivat ainoastaan kampanja-alennuksiin. Kuten aikaisemmin on todettu, päätöksessä todetut seikat ja komission kirjelmissään esittämät väitteet eivät riitä näyttämään toteen toteamusta, jonka mukaan markkinat eivät olleet riittävän avoimet, jotta yhteinen määräävä asema voisi olla olemassa. Näin ollen muutoinkin ristiriitaiset toteamukset, jotka koskevat tuotteen heterogeenisuuden osatekijöitä, eivät ole sellaisenaan omiaan johtamaan päätelmään, jonka mukaan markkinoilla ei ollut tällaista yhteistä määräävää asemaa.

462 Lisäksi on huomautettava, että se, että tuote on ainakin sisällöltään heterogeeninen ja että siten olisi syytä odottaa, että sen hinta vaihtelee albumeittain, antaa aivan erityisen merkityksen toteamukselle, jonka komissio on itse esittänyt päätöksen 76 ja 77 perustelukappaleessa Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoista (ja vastaavissa muita markkinoita koskevissa perustelukappaleissa) ja jonka mukaan eniten myytyjen albumien listahinnat olivat pikemminkin yhdenmukaisia ja nettomyyntihinnat liittyivät läheisesti bruttohintoihin.

6. Kostotoimenpiteet

463 Komissio on tutkinut päätöksen 114–118 perustelukappaleessa, olivatko suuret yhtiöt aikaisemmin toteuttaneet "kostotoimenpiteitä" toisiaan vastaan, ja päätellyt, että se ei ollut löytänyt "mitään seikkoja, jotka osoittaisivat, että jonkin suuren yhtiön kieltäytyminen noudattamasta yhdenmukaisia menettelytapoja olisi aikaisemmin

voinut aiheuttaa kostotoimenpiteenä sen, että muut suuret yhtiöt olisivat sulkeneet sen pois yhteisestä kokoelmalevyhankkeesta tai palanneet (väliaikaisesti) todellisiin kilpailutoimenpiteisiin", eikä se löytänyt edes "merkkejä tämänsuuntaisesta uhasta".

464 Kantaja väittää, että tätä toteamusta rasittavat perustelujen puuttuminen, ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe. Näiden kolmen osan osalta esitetyt väitteet ovat päällekkäisiä, ja niissä kiistetään lähinnä se, että komissio on perustanut selvityksensä siihen, että aikaisempien kostotoimenpiteiden käyttämisestä ei ole ollut näyttöä, vaikka sen olisi pitänyt ainoastaan selvittää tehokkaiden ehkäisevien mekanismien olemassaolo.

465 Oikeuskäytännöstä (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 62 kohta) ilmenee, että jotta yhteisen määräävän markkina-aseman tilanne olisi toimiva, edellytetään, että on riittävästi ehkäiseviä tekijöitä, jotta varmistettaisiin kestävällä tavalla kannustin olla poikkeamatta yhteisestä toimintalinjasta, mikä tarkoittaa sitä, että edellytetään, että jokainen oligopolin jäsen tietää, että erittäin voimakas kilpailu sen taholta sen markkinaosuuden kasvattamiseksi aiheuttaisi samanlaista toimintaa muiden taholta, jolloin sen toimenpiteestä ei aiheutuisi mitään etua (ks. vastaavasti edellä 246 kohdassa mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 276 kohta).

466 Jo pelkästään se, että on olemassa tehokkaita ehkäiseviä mekanismeja, on näet lähtökohtaisesti riittävää, koska jos oligopolin jäsenet noudattavat yhteistä strategiaa, ei ole tarvetta turvautua seuraamuksiin. Kuten kantaja lisäksi korostaa, tehokkain ehkäisevä keino on se, jota ei ole käytetty.

467 Komissio on lisäksi todennut nimenomaisesti väitetiedoksiannon 128–132 kohdassa, että poissulkeminen yhteisistä kokoelmalevyhankkeista on erityisen tehokas kostotoimenpide, ja päätöksessä, vaikka siinä ei myönnetäkään tätä yhtä nimenomaisesti, vahvistetaan tämä näkemys, toisin kuin komissio on väittänyt kirjelmis-

sään. Kun komissio on näet korostanut päätöksen 115 ja 116 perustelukappaleessa useiden artistien tai merkkien kokoelmalevyjen taloudellista merkitystä, joka edustaa noin 15–20:tä prosenttia musiikkiäänitteiden kokonaismarkkinoista, ja painottanut sitä, että se, että albumilla on eri levy-yhtiöihin "kuuluvia" artisteja, näyttää olevan kokoelmalevyn suosion avain, se esittää päätöksen 117 perustelukappaleessa, että "mikäli jokin suurista levy-yhtiöistä jatkuvasti poikkeaisi sovitusta, ne voisivat siten jättää tämän uusien yhteishankkeiden ulkopuolelle tai evätä siltä oikeuden käyttää niiden levyjä kokoelmalevyillä tai jopa lopettaa tietyt olemassa olevat yhteishankkeet". Lopuksi päätöksen 118 perustelukappaleessa todetaan, että komissio ei ole kuitenkaan löytänyt mitään todistetta siitä, että aikaisemmin olisi jätetty muita suuria levy-yhtiöitä jonkin yhteisen kokoelmalevyhankkeen ulkopuolelle, eikä myöskään merkkejä tällaisesta uhasta, vaikka se täsmentääkin, että "nämä toimenpiteet voisivat edustaa yleisesti uskottavia kostokeinoja musiikkiäänitteiden markkinoilla".

468 Koska tämän perusteen yhteydessä on kysymys yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon eikä sen luomisen toteamisesta, voitaisiin katsoa, että kostokeinoihin liittyvä edellytys ei voisi koostua, kuten edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio, pelkästään kostomekanismien olemassaolon selvittämisestä, vaan sen tutkimisesta, onko yhteistä toimintalinjaa rikottu ilman että tästä olisi seurannut kostotoimenpiteitä. Vaikka päätöksessä ei viitata siihen, että testin pitäisi olla erilainen yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon toteamisen yhteydessä, eikä komissio ole myöskään väittänyt näin kirjelmissään, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii kuitenkin, läpäisevätkö päätöksessä esitetyt toteamukset tämän testin.

469 Kahden päällekkäisen edellytyksen on täytyttävä, jotta kostotoimenpiteen toteuttamisen puuttumisen voitaisiin katsoa tarkoittavan sitä, että kostokeinoihin liittyvä edellytys ei täyty, eli on oltava todisteita yhteisestä toimintalinjasta poikkeamisesta, sillä niitä ilman ei ole tarpeen tutkia kostotoimenpiteiden käyttämistä, ja tämän

jälkeen todellista näyttöä kostotoimenpiteiden puuttumisesta. On todettava, että päätöksessä ei ole esitetty tarvittavia todisteita näistä kummastakaan seikasta.

470 Ensinnäkään komissio ei ole kostokeinoja koskevassa väliotsikossa sen enempää kuin muuallakaan päätöksessä yksilöinyt selvästi minkäänlaista tapausta, jossa yhteistä hintastrategiaa olisi rikottu. Komissio on tosin vastinekirjelmässään vedonnut kahteen tapaukseen, joiden osalta päätöksessä todettiin poikkeamia yhteisestä linjasta (Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuosina 2000 ja 2001, 74 perustelukappale, ja Saksassa, jossa yksi suurista yhtiöistä kehittyi hitaammin, 88 perustelukappale). Päätöksestä ei kuitenkaan ilmene, että näitä tapauksia olisi pidetty yhteisen strategian rikkomisena, vaan niiden on ainoastaan katsottu osoittavan, että hintojen yhdenmukaisuutta ei aina saavutettu.

471 Toiseksi on joka tapauksessa todettava, että komissio, jolle ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esitti istunnossa kysymyksiä tutkimustoimenpiteistä, joita se oli toteuttanut tehdessään päätelmän, jonka mukaan se ei ollut löytänyt todisteita siitä, että aikaisemmin olisi toteutettu kostotoimenpiteitä, tai edes tämänsuuntaisesta uhasta, ei ole kyennyt ilmoittamaan minkäänlaista toimenpidettä, jonka se olisi toteuttanut tai johon se olisi ryhtynyt tässä tarkoituksessa. Koska lisäksi komission tutkimus kohdistui väitetiedoksiantovaiheessa uskottavien ehkäisevien mekanismien olemassaoloon eikä kostotoimenpiteiden todelliseen käyttöön ja koska komissio muutti arviointiaan keskittymästä vasta komission kuulemismenettelyn jälkeen, on vaikeaa selvittää, milloin ja miten komissio olisi kyennyt tutkimaan tehokkaasti todisteita kostotoimenpiteiden käytöstä. Asiakirja-aineistosta ilmenee niin ikään, että komissio ei kuulemistilaisuuden jälkeen enää tehnyt markkinatutkimusta. Ainoat selvitystoimenpiteet ovat siten voineet koostua kysymyksen lähettämisestä ilmoituksen tehneille osapuolille, mistä se ei ole esittänyt mitään näyttöä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle, ja nämä ovat ilmeisesti tuskin voineet esittää komissiolle näyttöä kostotoimenpiteiden käyttämisestä.

472 Lopuksi on todettava, että komission väite, jonka mukaan "selvät todisteet muiden suurten yhtiöiden soveltamista kostotoimenpiteistä reaktiona poikkeamiseen tavanomaisista keskimääräisten nettohintojen tai keskimääräisten laskutushintojen

tasoista olisivat voineet olla indisio (vaikkakaan ei tietenkään ratkaiseva indisio) yhteensovittamisen olemassaolosta, vaikka on vaikeaa tuoda esiin riittävän selkeitä yhteensovittamisen edellytyksiä ja riittävän tehokkaita sen noudattamisen valvonnan keinoja", ei voi menestyä. Yhtäältä näet tämä väite on ristiriidassa päätöksen kanssa, kun sen mukaan "kaikkia kostamiseen viittaavia seikkoja voitaisiin näet pitää merkkinä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolosta näillä markkinoilla" (päätöksen 114 perustelukappale) ja "se ei ole siis tässä asiassa löytänyt mitään seikkaa, joka viittaisi siihen, että tällaisia keinoja tai tällaista uhkaa olisi käytetty aikaisemmin, mikä olisi ollut osoitus yhteisestä määräävästä asemasta". Toisaalta komission perustelut tarkoittavat väitettä, jonka mukaan tutkimus, jonka se teki kostokeinoihin liittyvästä edellytyksestä, oli riittämätön, koska "ilmeisetkään todisteet kostotoimenpiteistä" eivät olisi voineet olla muuta kuin indisio, "vaikkakaan ei tietenkään ratkaiseva" indisio.

473 Edellä esitetyn perusteella kantajan väite, jonka mukaan kostokeinoihin liittyviä päätöksen arviointeja rasittaa oikeudellinen virhe ja ilmeinen arviointivirhe, on perusteltu.

474 Kuten muun muassa päätöksen 157 perustelukappaleesta ilmenee, nämä arvioinnit ovat olennainen perustelu, johon päätös perustuu, joten päätös on kumottava.

7. Ensimmäistä kanneperustetta koskeva päätelmä

475 Edellä esitetyn perusteella väitettä, jonka mukaan musiikkiäänitteiden markkinat eivät ole riittävän avoimet, jotta yhteinen määräävä asema olisi mahdollinen, ei ole perusteltu oikeudellisesti riittävällä tavalla, ja sitä rasittaa ilmeinen arviointivirhe siltä osin kuin seikat, joihin se perustuu, ovat riittämättömät eikä niihin sisälly kaikkia asiaankuuluvia tietoja, jotka komission olisi pitänyt ottaa huomioon, eivätkä ne ole omiaan tukemaan niiden perusteella tehtyjä päätelmiä. Koska tämä väite on,

kuten sekä päätöksestä ja erityisesti sen 157 perustelukappaleesta että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyistä keskusteluista ilmenee, olennainen perustelu, jonka perusteella komissio on päätellyt päätöksessä, että yhteistä määräävää asemaa ei ollut, päätös on kumottava jo yksin tämän perusteella.

476 Koska myös kostotoimenpiteisiin liittyvää tutkimusta rasittaa oikeudellinen virhe tai ainakin ilmeinen arviointivirhe ja tämä tutkimus on toinen olennainen perustelu, jonka perusteella komissio on päätellyt päätöksessä, että yhteistä määräävää asemaa ei ollut, myös tämä virhe on peruste päätöksen kumoamiselle.

477 Siltä osin kuin on tarpeen, on vielä todettava, että kuten kaikesta edellä olevasta eksplisiittisesti tai implisiittisesti ilmenee, mikään väliintulijoiden esittämistä seikoista ei ole omiaan tukemaan näitä päätelmiä ja että päätöksessä on jopa nimenomaisesti kiistetty useat niistä.

478 Ensinnäkin väliintulijoiden alustavista huomioista on todettava, että ne on jo hylätty tai ne ovat asiaankuulumattomia. Esimerkiksi väite, jonka mukaan komissio olisi tehnyt poikkeuksellisen perusteellisen tutkimuksen, ei voi yksinään osoittaa, että komissio olisi todellisuudessa vastaanottanut ja tutkinut kaikki asian kannalta merkitykselliset tiedot ja arvioinut niitä asianmukaisesti. Tässä yhteydessä on lisäksi huomautettava, että väliintulijat korostavat toimittaneensa jo ilmoitusvaiheessa erittäin vankkoja tietoja ja selvityksiä Euroopan musiikkiteollisuudesta. Asiakirja-aineistosta ilmenee, että näiden tietojen ja muiden markkinoilta lähes viisi kuukautta kestäneen tutkimuksen aikana kerättyjen seikkojen perusteella komissio oli päätellyt väitetiedoksiannossa, että keskittymä oli yhteismarkkinoille soveltumaton, ja että komissio muutti arviointiaan vasta osapuolten ja niiden ekonomistien 14. ja 15.6.2004 järjestetyssä kuulemistilaisuudessa esittämien lausumien jälkeen ja lähetti kaksi viikkoa myöhemmin neuvoa-antavalle komitealle päätösluonnoksen keskit-

tymän hyväksymisestä. Myöskään sillä, että kilpailuviranomaiset kautta maailman ovat hyväksyneet keskittymän, ei ole merkitystä. Lopuksi väite, jonka mukaan keskittymä oli kilpailua edistävä vastaus musiikkiteollisuuden supistumiselle ja erityisesti CD-levyjen myyntihinnan rajulle laskulle, on myös hylättävä. Sen lisäksi, että päätös ei perustu millään tavoin väitettyyn keskittymän eri etujen ja haittojen tasapainoon, kysynnän kehitykseen perustuvat väliintulijoiden väitteet on nimenomaisesti hylätty päätöksen 55–59 perustelukappaleessa.

479 Toiseksi väliintulijoiden väitteistä, joilla pyritään kiistämään kampanja-alennuksiin, hintojen yhdenmukaisuuteen tai avoimuuteen liittyvien kantajan väitteiden perusteltavuus, on riittävää todeta, että ne ovat päällekkäisiä komission niiden väitteiden kanssa, jotka on edellä jo hylätty, tai niitä ei voida ottaa huomioon, koska päätöksessä esitetyt toteamukset ovat nimenomaisesti ristiriidassa niiden kanssa. Esimerkiksi väite, joka koskee hintojen yhdenmukaisuuden puuttumista, ja väite, jonka mukaan suuri osuus 100:sta eniten myydystä levystä olisi myyty eri hintaan kuin päätöksessä yksilöidyin julkaistuin myyntihinnoin, on nimenomaisesti hylätty päätöksessä. Samoin väite, jonka mukaan päätöksessä vähäteltäisiin riittävän avoimuuden puuttumisen taustalla olevien todisteiden painoarvoa, on asiaankuulumaton. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei näet ole antaa ratkaisua keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille vaan valvoa päätöksessä esitettyjen toteamusten laillisuutta. On lisäksi jälleen todettava, että tätä koskevat väliintulijoiden väitteet, joiden mukaan julkaistuja myyntihintoja ei tiedetä tai ne eivät ole saatavilla tai joiden mukaan tavanomaiset alennukset eivät ole riittävän avoimia, on nimenomaisesti kiistetty päätökseen sisältyvillä toteamuksilla.

480 Kolmanneksi väitteistä, jotka liittyvät päätöksessä mainitsemattomiin eri seikkoihin, on lopuksi riittävää todeta, että ne ovat täysin asiaankuulumattomia, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tutkimus koskee vain päätöksen laillisuutta.

481 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää kuitenkin tarpeellisena tutkia vielä toisenkin perusteen.

III *Toinen kanneperuste, joka koskee yhteisen määräävän markkina-aseman luomista musiikkiäänitteiden markkinoille*

A *Kantajan lausumat*

482 Kantaja huomauttaa, että komission tutkimus siitä, luotaisiinko keskittymällä yhteinen määräävä asema, on alle yhden sivun mittainen. Vaikka komissio väittää, että toimijoiden lukumäärän väheneminen voisi tietyillä oligopolistisilla markkinoilla aiheuttaa sen, että jäljelle jääville yrityksille syntyisi yhteinen määräävä asema, ja että tämä johtuisi olennaisilta osin markkinoiden ominaispiirteistä, se ei kuitenkaan yksilöinyt näitä ratkaisevia ominaispiirteitä vaan tyytyi viittaamaan tutkimukseen, joka koski keskittymää edeltänyttä yhteistä määräävää asemaa, ja päätteli päätöksen 157 perustelukappaleessa, että se ei ollut löytänyt "riittävästi todisteita osoittamaan, että levy-yhtiöiden lukumäärän väheneminen viidestä neljään merkitsisi riittävän merkittävää muutosta, joka todennäköisesti loisi yhteisen määräävän markkina-aseman" erityisesti avoimuuden ja kostotoimenpiteiden kannalta.

1. Oikeudellinen virhe

483 Komissio on tehnyt neljä oikeudellista virhettä soveltaessaan yhteistä määräävää asemaa koskevaa testiä.

a) Tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen puuttuminen

484 Komissio on tehnyt oikeudellisen virheen soveltaessaan yhteistä määräävää markkina-asemaa koskevaa lainsäädäntöä, koska se ei ole suorittanut tulevaisuuteen suuntautuvaa tutkimusta nähdäkseen, syntyisikö keskittymän seurauksena yhteinen määräävä asema. Testi, jolla pyritään määrittämään, luodaanko keskittymällä tällainen asema vai ei, on perustavalla tavalla erilainen kuin testi, jolla pyritään selvittämään sen tämänhetkinen olemassaolo, koska viimeksi mainittu testi edellyttää jälkikäteisselvitystä, kun puolestaan ensin mainittu edellyttää etukäteen tehtävää tutkimusta, joka on tehtävä markkinoilla ennen keskittymää vallitsevan kilpailun tason perusteella.

485 Edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetusta tuomiosta ilmenee, että tulevaisuuteen suuntautuvassa tutkimuksessa ei pidä ottaa huomioon ainoastaan tähän asemaan liittyvää tilannetta keskittymän toteuttamishetkellä, vaan tilannetta on myös arvioitava dynaamisesti, jolloin otetaan huomioon erityisesti "sisäinen tasapaino, vakaus ja se, voidaanko yhdenmukainen kilpailunvastainen käyttäytyminen, johon se saattaa johtaa, pitää eri aikoina voimassa". Päätöksen 157 perustelukappaleesta ilmenee, että sen sijaan, että komissio olisi tehnyt vaadittavan erillisen tulevaisuuteen suuntautuvan selvityksen, se on päätynyt toteamukseensa niiden samojen todisteiden perusteella – jälkikäteen – joita se on käyttänyt kiistääkseen yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon ennen keskittymää.

486 Jälkikäteen tehtävä tutkimus ei ole kuitenkaan ratkaiseva. Komissio on kyllä näyttänyt toteen, että "musiikkiäänitteiden markkinoilla oli tiettyjä ominaispiirteitä, jotka edistivät yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa" (päätöksen 157 perustelukappale), mutta se on tyytynyt ainoastaan toteamaan, että se ei ollut

löytänyt riittävästi näyttöä siitä, että yhteinen määräävä asema oli jo olemassa, joten kaikki salaisten yhteisjärjestelyjen mahdollisuutta lisäävien tekijöiden muutokset olisi pitänyt tutkia erittäin tarkasti. Ainoa komission tutkima todiste oli raportti siitä, miten tutkimus oli aikaisemmin sujunut, mikä merkitsee sitä, että komissio on implisiittisesti myöntänyt, että se ei ollut tehnyt tulevaisuuteen suuntautuvaa tutkimusta.

b) Avoimuus

487 Kantaja väittää, että komissio on samoista syistä, jotka kantaja on esittänyt ensimmäisen kanneperusteen yhteydessä, tehnyt oikeudellisen virheen tutkiessaan, oliko yhteinen määräävä asema luotu, sillä se on käyttänyt markkinoiden täydellisen avoimuuden testiä, vaikka edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetun tuomion mukaan on tutkittava ainoastaan, ovatko markkinat riittävän avoimet mahdollistamaan käyttäytymisen yhteensovittamisen.

c) Ehkäisemiskeinot

488 Kantaja arvostelee komissiota siitä, että se ei ole tehnyt tulevaisuuteen suuntautuvaa tutkimusta selvittääkseen ehkäisemiskeinojen olemassaolon, vaan on nojautunut päätelmiin, jotka se oli tehnyt tukeutumalla virheellisesti siihen, että ei ollut näyttöä aikaisemmista kostotoimenpiteistä olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistamisen yhteydessä, ja hylännyt kaikki väitteet, joiden mukaan suurten yhtiöiden vähentyminen viidestä neljään edistäisi kostotoimenpiteitä markkinoilla.

489 Sen tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen yhteydessä, joka komission olisi pitänyt tehdä, toteamusta siitä, että oli olemassa toimenpiteitä, jotka saattoivat edustaa suurten yhtiöiden uskottavia kostomahdollisuuksia (päätöksen 118 perustelukappale), olisi pitänyt pitää riittävänä näyttönä erityisesti sen vuoksi, että suurten levy-yhtiöiden lukumäärä oli vähentynyt neljään.

d) Vastapainot

490 Kantaja väittää komission tehneen oikeudellisen virheen, kun se ei ole tutkinut lainkaan edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa asetettua kolmatta edellytystä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon selvittämiseksi, eli asiakkaiden tai kilpailijoiden kykyä uhata toimenpiteillään suurten yhtiöiden koko yhteisen strategian tuloksia.

2. Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti

491 Kantaja väittää, että tulevaisuuteen suuntautuva tutkimus, joka komission on tehtävä selvittääkseen yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen vaaran, tarkoittaa asiaan vaikuttavien seikkojen perusteellista tutkimista keskittymästä markkinoille aiheutuvien vaikutusten osalta. Komissio ei ole yhtäältä edes tutkinut yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen mahdollisuutta väitetiedoksiannossa, ja toisaalta komission päätöksessä tekemä tutkimus ei kohdistu tulevaisuuteen eikä ole yksityiskohtainen. Komissio on päätellyt siitä, että se ei ole osoittanut yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa, että ei ole riittävästi todisteita sen osoittamiseksi, että tulevaisuudessa syntyisi määräävä asema.

492 Kantaja väittää, että jos komissio olisi tehnyt vaadittavan tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen, sen olisi pitänyt käsitellä seuraavia kysymyksiä:

– missä määrin suurten yhtiöiden lukumäärän väheneminen merkitsisi sitä,

– että suurista yhtiöistä tulee riippumattomampia toisistaan, koska toimijoiden lukumäärä vähenee viidestä neljään

– että markkinoista, jotka olivat kaikkien hyväksyttyjen standardien mukaan keskittyneet ennen keskittymää, tulee keskittymän seurauksena paljon keskittyneemmät

– että yhteensovittamista suurten yhtiöiden kesken olisi vieläkin helpompi valvoa ja pitää yllä eri aikoina ja että myös hintojen avoimuus olisi vieläkin korostuneempaa, koska symmetria edistää valvontaa, myös erittäin tärkeillä levymyyntilistojen markkinoilla

– että tulisi helpommaksi yksilöidä lähtökohta ja ylläpitää yhteinen ymmärtämys siitä, mikä olisi suurten yhtiöiden yhteisen intressin mukaista, koska niiden lukumäärä olisi pienempi

– että yhteisjärjestelyssä pysymisestä koituvien pitkäaikaisten tuottojen ja kilpailijoita halvemmalla myymisestä koituvien lyhytaikaisten tuottojen välinen tasapaino järkkyy, kun markkinoilla on vähemmän yrityksiä

– missä määrin symmetrian taso markkinoilla lisääntyisi, koska Sony BMG vastaisi kooltaan ja markkinaosuuksiltaan Universalia ja kaksi muuta suurta yhtiötä eli EMI ja Time Warner olisivat aivan niiden perässä myös symmetrisillä markkinaosuuksilla. Tämä seikka on merkittävä, koska kokoon ja markkinaosuuksiin perustuva symmetria tekisi salaisen yhteisjärjestelyn ylläpitämisestä helpompaa. Sony BMG:llä ja Universalilla olisi yhdessä 50 prosentin markkinaosuus musiikkiäänitteiden maailmanmarkkinoista, ja tämä osuus olisi lähempänä 60–70:tä prosenttia erittäin tärkeillä levymyyntilistojen markkinoilla, joiden merkitystä komissio ei ole tutkinut. Tämä markkinasegmentti on tärkeä sekä tämänhetkisen kilpailun kannalta että indisiona pitkän aikavälin voimavaroista markkinoilla, koska julkistetuista uusista levyistä tulee luettelolevyjä

– missä määrin symmetria lisääntyisi ja kilpailu vähenisi, koska kahdesta suuresta yhtiöstä, joiden tulokset ovat olleet viime vuosina erilaisia, tulisi vain yksi

– missä määrin käytettävissä olevista ehkäisemiskeinoista tulisi tehokkaampia

– missä määrin riippumattomista levy-yhtiöistä tulisi vielä riippuvaisempia suurista yhtiöistä erityisesti sen vuoksi, että saatavilla olevien välttämättömien kauppakumppanien lukumäärä vähentyisi 20 prosenttia

– missä määrin kilpailullinen vastapaino suuriin yhtiöihin nähden heikkenisi.

493 Komissio ei ole kantajan mukaan tutkinut yksityiskohtaisesti mitään näistä kysymyksistä, joten komission toteamusta siitä, että yhteistä määräävää asemaa ei ole syntynyt (riidanalaisen päätöksen 158 perustelukappale), eivät tue mitkään perustelut tai se perustuu ilmeisen riittämättömiin perusteluihin.

3. Ilmeinen arviointivirhe

494 Tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen puuttuminen on myös arviointivirhe. Komissio on nojautunut aikaisempiin olemassa olevaa yhteistä määräävää asemaa koskeviin todisteisiin tutkimatta yksityiskohtaisesti keskittymästä aiheutuvien muutosten vaikutusta. Nämä oletetut todisteet ovat lisäksi ensimmäisen kanneperusteen yhteydessä esitetyistä syistä jo sellaisenaan virheellisiä.

495 Kantaja huomauttaa, että vaikka komissio ilmoittaa lyhyesti, että avoimuus lisääntyy, se ei kuitenkaan ilmoita yksityiskohtaisesti tasoa, jota odotetaan, tai vaikutusta, joka siitä seuraa, vaan tyytyy korostamaan riittävien todisteiden puuttumista. Komission olisi pitänyt lisäksi tutkia, missä määrin toimijoiden lukumäärän pieneneminen markkinoilla edistäisi salaisia yhteisjärjestelyjä ja tekisi niistä houkuttelevampia, koska voittojen jakajia olisi vähemmän. Komissio ei ilmoita, mitä todisteita on kerätty, miltä osin ne ovat riittämättömiä tai mitkä todisteet ovat välttämättömiä.

496 Kostotoimenpiteiden osalta tutkimus perustuu aikaisempiin todisteisiin, jotka kattavat ajanjakson, jonka osalta komissio väittää, että yhteistä määräävää asemaa ei ollut. Komissio ei ole tutkinut keskittymän jälkeisiä mahdollisia kostotoimenpiteitä koskevaa kysymystä.

497 Kantaja muistuttaa, että komissio oli toteamaisillaan ennen keskittymää olemassa olleen yhteisen määräävän markkina-aseman, mutta katsoi virheellisesti, että todisteet olivat riittämättömät. Sama päätelmä markkinoista avoimuutta lisänneen keskittymän jälkeen merkitsee ilmeistä arviointivirhettä.

498 Kantaja väittää lopuksi, että komission päätelmä on erityisen hämmästyttävä, kun otetaan huomioon, että komissio oli todennut neljä vuotta aikaisemmin, että EMI/Time Warner -sulautuma loisi yhteisen määräävän markkina-aseman musiikkiäänitteiden markkinoille (liitteessä A.13 olevan kyseisessä asiassa annetun väitetiedoksiannon 57 kohta).

B *Komission lausumat*

1. Oikeudellinen virhe

a) Tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen puuttuminen

499 Komissio esittää, että kantajan väitteet, joiden mukaan se ei olisi tehnyt tulevaisuuteen suuntautuvaa tutkimusta ja olisi nojautunut jälkikäteen samoihin todisteisiin kuin mahdollista aikaisemmin voimassa ollutta yhteistä määräävää asemaa koskevassa tutkimuksessaan, vaikka edellytykset erosivat toisistaan perustavanlaatuisesti, eivät ole perusteltuja. Se esittää aluksi kaksi periaatteellista huomautusta.

500 Yrityskeskittymien valvontaa koskevien päätösten pitäisi erotuksetta perustua tulevaisuuteen suuntautuvaan tutkimukseen, sillä päätös siitä, onko yrityskeskittymä yhteismarkkinoille soveltuva, riippuu muutoksista, joita vielä toteuttamaton hanke todennäköisesti aiheuttaa markkinoilla (edellä 245 kohdassa mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 109–111 kohta). Kaikissa tapauksissa olisi siis välttämätöntä perustaa tulevaisuuteen suuntautuva tutkimus selkeään näkemykseen keskittymähanketta edeltävistä kilpailunedellytyksistä. Todisteet, joita on jo kerätty ja arvioitu senhetkisen markkinatilanteen osalta (ja joita on vaikea pitää jälkikäteisinä todisteina), ovat edelleen asiaankuuluvia tutkimuksen lähtökohtana.

501 Toisaalta yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollista senhetkistä olemassaoloa koskeva arviointi edellyttää samojen neljän edellytyksen huomioon ottamista kuin tällaisen määräävän markkina-aseman mahdollista luomista koskeva arviointi: indisioita salaisesta yhteensovittamisesta, riittävää avoimuutta, kostotoimenpiteiden vaaraa sekä kilpailijoiden ja asiakkaiden vastapainoa (asia T-193/02, Piau v. komissio, tuomio 26.1.2005, Kok. 2005, s. II-209, 111 kohta). Jos, kuten tässä tapauksessa, on jo annettu kieltävä vastaus yhteen tai useampaan näistä kysymyksistä senhetkisen tilanteen osalta, tulevaisuuteen suuntautuvassa tutkimuksessa pitäisi välttämättä määrittää, voisiko keskittymä antaa tähän myöntävän vastauksen lähitulevaisuudessa tai miten se voitaisiin antaa.

502 Koska päätelmä, jonka mukaan olemassa olevasta yhteisestä määräävästä asemasta ei ollut riittävästi todisteita, perustuu lähinnä siihen, että riittävää avoimuutta koskeva edellytys ei täyttynyt, komissio on ollut kiinnostunut lähinnä keskittymän vaikutuksesta tähän parametriin. Vaikka keskittymä johtaisi automaattisesti kahdenvälisten suhteiden lukumäärän pienenemiseen kymmenestä kuuteen, mikä lähtökohtaisesti helpottaisi valvontaa, tämä lähinnä aritmeettinen huomio ei olisi kuitenkaan ratkaiseva lähinnä siitä syystä, että avoimuuden esteet eivät liity valvottavien suurten yhtiöiden lukumäärään vaan niiden yksittäispäätösten monimutkaisuuteen, joita jokainen suuri levy-yhtiö, joka vahvistaa sisällöltään heterogeenisten ja kaupalliselta menestykseltään vaihtelevien albumien nettohinnat yksittäisiä asiakkaita varten, tekee julkaistujen myyntihintojen, tavanomaisten alennusten ja kampanja-alennusten yhdistelmän avulla. Laskun loppusummasta myönnettyjen alennusten osalta harvat saatavilla olevat tiedot (jotka koskevat lähinnä tavanomaisia alennuksia) ovat joka tapauksessa yhtä hyvin saatavissa asiakkailta kuin muilta suurilta yhtiöiltä, eikä yrityskeskittymä muuttaisi jäljellä olevien suurten yhtiöiden suhdetta asiakaskuntaan, jota hanke ei muuta. Tästä syystä komissio on päätellyt – tulevaisuuden kannalta – että on olemassa riittämättömästi todisteita siitä, että markkinoiden rakenteen muutos, jonka pitäisi seurata

keskittymästä, edistäisi avoimuutta niin paljon, että yhteisen määräävän markkina-aseman luomiseksi tarvittava avoimuuden taso saavutetaan (päätöksen 157 perustelukappaleen loppuosa).

503 Komissio väittää, että nämä seikat muodostavat riittävän tutkimuksen yhteisen määräävän markkina-aseman päällekkäisistä edellytyksistä.

b) Avoimuus

504 Koska kantajan väitteessä ainoastaan toistetaan se, mikä esitettiin ensimmäisen kanneperusteen yhteydessä, myös se on täysin perusteeton tässä yhteydessä.

c) Ehkäisemiskeinot ja vastapainot

505 Vaikka komissio on arvioinut päätöksen 157 perustelukappaleessa, että ei ollut olemassa riittävästi todisteita siitä, että keskittymä edistäisi kostotoimenpiteitä, se ei ole ottanut tähän seikkaan lopullisesti kantaa perustellakseen arviointinsa. Koska se oli päätellyt, että sillä ei ollut käytettävissään todisteita, jotka osoittaisivat, että hintojen vahvistaminen olisi riittävän avointa tehokkaan valvonnan mahdollistamiseksi, sillä ei ollut enää tarvetta tutkia kostotoimenpiteitä koskenutta kysymystä eikä pakottavuutta koskenutta kysymystä pikemminkin otsikon "luominen" kuin otsikon "vahvistaminen" alla.

2. Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti

506 Komissio väittää, että useimmat kantajan esittämät moitteet eivät liity millään tavoin perustelujen puuttumiseen. Komission väitetty laiminlyönti eri seikkojen huomioon ottamisessa koski arvioinnin laillisuutta eikä perusteluja. Komissio täsmentää, että jos se ei ole tehnyt päätelmää tietyiltä osin, tästä seuraa, että sen ei ole tarvinnut esittää tämän olemattoman päätelmän perusteluja.

507 Komission mielestä ei voida hyväksyä sitä, että kantaja pyrkii tämän oikeudenkäynnin myöhemmässä vaiheessa muuttamaan kanneperusteensa tekemällä muotoon liittyvästä perusteesta (perustelujen puuttuminen) asiasisältöön liittyvän perusteen (oikeudellinen virhe tai ilmeinen arviointivirhe), ja sen erityisten väitteiden räikeä asiaankuulumattomuus EY 253 artiklan soveltamisen kannalta on riittävä peruste tämän kumoamisperusteen hylkäämiselle.

508 Komissio tarkastelee siten näitä väitteitä vain toissijaisesti tiivistetyssä muodossa.

509 Komissio viittaa edellisen kanneperusteen yhteydessä esitettyihin huomautuksiin kantajan sen väitteen osalta, jonka mukaan tutkimuksen on oltava yksityiskohtainen.

510 Se, että komissio ei ole kiinnittänyt väitetiedoksiannossa huomiota siihen, että määräävä asema saattaisi syntyä, ei liity päätöksessä esitettyjen perustelujen

riittävyyteen. Komissio viittaa sen väitetyn oletuksen osalta, jonka mukaan sillä ei ollut riittäviä todisteita, jotta se olisi kyennyt kehittämään päätelmiään olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman puuttumisesta, keskusteluun, joka on käyty tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen luonteesta.

511 Keskittyneisyyden ja markkinaosuuksien symmetrian lisääntyminen musiikkiäänitteiden markkinoilla sekä mahdollinen keskinäisen riippuvuuden lisääntyminen eivät edistä merkittävissä määrin niiden yhteensovittamisen esteiden poistamista, jotka on todettu yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollista tämänhetkistä olemassaoloa koskevassa tutkimuksessa, eli yksittäisten albumien hintojen (julkistettu myyntihinta plus tavanomainen alennus plus kampanja-alennus) vahvistamista yksittäisille asiakkaille eri aikoina koskevan kokonaisprosessin riittävään avoimuuteen liittyvien todisteiden monimutkaisuuden ja puuttumisen poistamista.

512 Vaikka markkinoiden suurempi keskittyneisyys voisi abstraktisti muuttaa houkutusta noudattaa yhteistä toimintalinjaa, sillä ei ole tässä tapauksessa tuntuvaa vaikutusta perustavanlaatuiseen ehkäisevään tekijään, joka liittyy oligopolitilanteessa olevien yritysten kyvyttömyyteen havaita poikkeamat ja siten määrätä niistä seuraamuksia ja hillitä niitä. Koska avoimuus ei ole riittävä, suurilla yhtiöillä ei voi olla varmuutta siitä, ettei jokin niistä pyrkisi hyötymään sekä salaisen yhteensovittamisen pitkän aikavälin eduista että kilpailijoita alempien hintojen käytöstä koituvista lyhyen aikavälin eduista, ja tämä epävarmuus tekee salaisesta yhteensovittamisesta epävakaata ja mahdotonta ylläpitää.

513 Myös symmetriaa koskevat kantajan huomautukset pitäisi hylätä, koska symmetrian ja avoimuuden välillä ei ole ilmeistä yhteyttä.

514 Kantajan muut väitteet koskevat komission mukaan lähinnä pysyvän yhteisen määräävän markkina-aseman toista ja kolmatta päällekkäistä edellytystä. Komissio ei

ole ottanut kantaa näihin edellytyksiin, koska se oli osoittanut, että ei ollut riittävästi todisteita siitä, että ensimmäinen edellytys täyttyisi.

3. Ilmeinen arviointivirhe

515 Kantajan väitteet, jotka koskevat tulevaisuuteen suuntautuvan arvioinnin puuttumista, pitää komission mukaan hylätä oikeudellista virhettä koskevassa osiossa esitetyistä syistä.

516 Kantajan väitteet, jotka koskevat houkutusta, joka saisi oligopolitilanteessa olevat yritykset omaksumaan yhteisen toimintalinjan, on edelleen hylättävä sillä perusteella, että niissä jätetään huomiotta riittävän avoimuuden puuttuminen.

517 Kantajan väitteessä, jonka mukaan komission olisi pitänyt päätellä, että yhteinen määräävä asema syntyy, ellei keskittymällä ole muita ominaisuuksia, jotka tekisivät salaisesta yhteensovittamisesta vähemmän todennäköistä, koska suurten yhtiöiden lukumäärän pieneneminen lisäisi kokonaisuutena arvioiden salaisen yhteensovittamisen todennäköisyyttä, jätetään kokonaan huomiotta pysyvän yhteisen määräävän markkina-aseman eri edellytysten erillisyys. Merkityksellisten markkinoiden keskittyneisyyden lisääntymisen ei pitäisi aiheuttaa vastaavaa näyttövaatimusten alentumista riittävää avoimuutta koskevan erillisen edellytyksen osalta, mikäli ei ole osoitettu, että tämä lisääntynyt keskittyminen muuttaa merkittävästi viimeksi mainitun edellytyksen osalta esitettyä arviointia.

518 Komissio huomauttaa lopuksi, että päätöksen laillisuutta ei saa arvioida kahden väitetiedoksiannon alustavien päätelmien perusteella, kun toinen niistä on annettu neljä vuotta aikaisemmin eri asiassa.

C *Väliintulijoiden väitteet*

519 Väliintulijat väittävät, että päätös tutkimuksen vaiheen II aloittamisesta osoittaa, että komissio on tutkinut alusta lähtien sekä yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen että sen vahvistumisen mahdollisuuden. Komissio on perustellusti keskittynyt markkinoiden erottamattomiin ominaisuuksiin ja erityisesti siihen, olivatko hinnat riittävän avoimia mahdollistamaan salainen yhteensovittaminen (edellä 246 kohdassa mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 227 kohta). Koska hintoja koskevat markkinoiden ominaisuudet eivät tukeneet päätelmää siitä, että aikaisemmin olisi ollut olemassa yhteisjärjestely, komissio oli perustellusti päätellyt, että suurten yhtiöiden lukumäärän vähentyminen viidestä neljään olisi riittämätöntä salaisen yhteisjärjestelyn aineellisten esteiden ylittämiseksi (edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 75 ja 76 kohta).

520 Markkinoiden ominaisuudet ovat edelleen ristiriidassa sekä hintojen että muiden tekijöiden (lukumäärä, alkuperäisyys, luovuus, uusien levynjulkistusten kulttuurinen monimuotoisuus ja artistien oma kädenjälki) salaisen yhteensovittamisen kanssa. Väliintulijat vetoavat näiden joukosta siihen, että levytetty musiikki on heterogeeninen tuote, että suurilla yhtiöillä on voimakas houkutus maksimoida "hittien" myynti, että hintoja ja alennuksia koskevat päätökset mukautetaan kunkin albumin julkistuksen mukaan sekä silloin, kun se tuodaan markkinoille, että sen elämän aikana ja kunkin yksittäisen vähittäiskauppiaan mukaan, että levy-yhtiöillä on julkaistujen myyntihintojen osalta harkintavaltaa julkistuksen yhteydessä ja eri aikoina, mikä heijastaa markkinointihenkilöstön subjektiivista arviointia, että kaikki yhtiöt myöntävät eri alennuksia ja hyvityksiä, joita niiden kilpailijat eivät tiedä ja jotka vaihtelevat eri aikoina, albumeittain ja vähittäiskauppiaittain, ja lopuksi, että koska alennukset ovat ennakoimattomia ja näkymättömiä, julkaistuja myyntihintoja tarkkailemalla ei voida tehdä luotettavia päätelmiä nettohinnoista, joten vaikka

julkaistuja myyntihintoja olisikin yhteensovitettu, tämä ei olisi vaikuttanut todellisiin hintoihin (ks. myös liite C.4, s. 6).

D *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

521 Kantaja väittää lähinnä, että väitettä, jonka mukaan keskittymä ei aiheuttaisi yhteisen määräävän markkina-aseman syntymistä musiikkiäänitteiden markkinoilla, ei ole perusteltu riittävästi ja että sitä rasittavat ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe.

522 On muistettava, että kun komissio tutkii yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen vaaran, sen on "relevantteja markkinoita kartoittavan tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen perusteella arvioitava, johtaako sen käsiteltävänä olevan keskittymän toteuttaminen tilanteeseen, jossa keskittymän osapuolina olevat yritykset ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys rajoittavat olennaisesti toimivaa kilpailua relevanteilla markkinoilla sitä kautta, että näillä yrityksillä on yhdessä keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja lopulta kuluttajiin" (edellä 245 kohdassa mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 221 kohta; edellä 246 kohdassa mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 163 kohta ja edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 59 kohta). Tulevaisuuteen suuntautuva arviointi, joka komission on suoritettava yrityskeskittymiä valvoessaan ja joka koskee yhteistä määräävää markkina-asemaa, "edellyttää erityisesti niiden seikkojen huolellista tutkimista, joilla on kussakin yksittäistapauksessa merkitystä niiden vaikutusten arvioimiseksi, jotka keskittymästä aiheutuvat kilpailulle relevanteilla markkinoilla" (edellä 245 kohdassa mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 222 kohta ja edellä 45 kohdassa mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 63 kohta).

523 Tämä pitää erityisesti paikkansa, sillä "kyse ei ole menneiden tapahtumien tutkimisesta, joiden osalta on usein käytettävissä monia seikkoja, joiden perusteella tapahtumien syyt voidaan ymmärtää, eikä liioin nykyisten tapahtumien tutkimisesta, vaan kyse on niiden tapahtumien ennustamisesta, jotka sattuvat tulevaisuudessa suuremmalla tai pienemmällä todennäköisyydellä, jos ei tehdä päätöstä, jolla suunniteltu keskittymä kielletään tai sen ehtoja täsmennetään" (edellä 232 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 42 kohta). Siten "tällainen ennuste edellyttää erilaisten syy-seuraus-ketjujen hahmottamista, jotta voidaan hyväksyä ne, joiden todennäköisyys on suurin" (edellä 232 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 43 kohta).

524 Näiden seikkojen perusteella on tutkittava, onko komissio tutkinut asianmukaisesti yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen vaaran.

525 Aluksi on huomautettava, että päätöksessä tältä osin tehty tutkimus on erittäin suppea.

526 Komissio esittää 156 perustelukappaleessa, että "se, johtaako yrityskeskittymä tässä tapauksessa yhteisen määräävän markkina-aseman syntymiseen, riippuu olennaisilta osin markkinoiden ominaispiirteistä".

527 Komission tältä osin tekemä tutkimus rajoittuu seuraaviin näkemyksiin, jotka sisältyvät päätöksen 157 perustelukappaleeseen, jonka sanamuoto on seuraava:

"Kuten yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistumista koskeva tutkimus osoittaa, keskimääräisten hintojen osalta havaittavissa olevasta yhdenmukaisuuden tasosta ei voida päätellä, että suurilla levy-yhtiöillä olisi tällä hetkellä yhteinen määräävä asema musiikkiäänitteiden markkinoilla. Suurten levy-yhtiöiden lukumäärän vähentyminen viidestä neljään lisää avoimuutta, koska kahdenvälisten

kilpailusuhteiden lukumäärä pienenee kymmenestä kuuteen. Lähtökohtaisesti kyseisten markkinoiden valvonta helpottuu tämän vaikutuksesta. Kuten yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistumista koskevassa jaksossa tutkittiin, musiikkiäänitteiden markkinoilla on tiettyjä ominaispiirteitä, joiden perusteella voidaan olettaa, että olosuhteet ovat yhteiselle määräävälle asemalle otolliset. Komissio ei ole löytänyt riittävästi todisteita siitä, että viidellä suurella levy-yhtiöllä olisi ollut aikaisemmin yhteinen määräävä asema; tämä johtuu muun muassa puutteista, joita on todettu todellisen avoimuuden tasolla, tuotteen osittain heterogeenisista ominaisuuksista ja sellaisten todisteiden puuttumisesta, jotka osoittaisivat aikaisempien kostotoimenpiteiden olemassaolon. Vaikka komissio ottaa huomioon sen, että neljän jäljelle jäävän toimijan välisestä yhteensovittamisesta tulee kaiken kaikkiaan helpompaa, se ei ole todennut suurten levy-yhtiöiden yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen osalta musiikkiäänitteiden markkinoilla riittävästi todisteita, jotka näyttäisivät toteen sen, että levy-yhtiöiden lukumäärän pieneneminen viidestä neljään edustaisi riittävän merkittävää muutosta aiheuttaakseen todennäköisesti yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen. Komissio ei ole esimerkiksi löytänyt riittäviä todisteita siitä, että viiden suuren levy-yhtiön väheneminen neljään edistäisi avoimuutta ja kostotoimenpiteitä siinä määrin, että pitäisi ennakoida jäljelle jäävien neljän suuren levy-yhtiön yhteisen määräävän markkina-aseman syntymistä."

528 On todettava, että nämä muutamat huomiot ovat niin pinnallisia ja jopa täysin muodollisia, että niillä ei voida täyttää komission velvollisuutta tehdä tulevaisuuteen suuntautuva tutkimus ja tutkia tarkasti olosuhteet, jotka kussakin yksittäistapauksessa osoittautuvat merkityksellisiksi arvioitaessa yrityskeskittymähankkeen vaikutuksia kilpailuun viitemarkkinoilla, erityisesti silloin kun, kuten tässä tapauksessa, keskittymä tuo esiin vakavia vaikeuksia. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ensimmäisen kanneperusteen osalta esittämästä arvioinnista, riippumatta siitä, että komission on täytynyt esittää päätöksessä pitkiä selostuksia päätellessään, että ennen keskittymää ei ollut yhteistä määräävää markkina-asemaa, ja siitä, että se oli päätellyt väitetiedoksiannossa viiden kuukauden tutkimuksen jälkeen, että tällainen asema oli aikaisemmin olemassa, ilmenee näet, että se, aiheutuuko viidestä suuresta yhtiöstä kahden välisestä sulautumasta vaara yhteisen määräävän aseman syntymisestä, tuo ensi arviolta esiin vakavia vaikeuksia, jotka edellyttävät perusteellista tutkimusta. Koska tätä tutkimusta ei ole tehty, tästä seuraa jo yksin tämän vuoksi, että toinen kanneperuste on perusteltu.

529 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii kuitenkin vielä, rasittaako avoimuutta ja kostotoimenpiteitä koskevia toteamuksia myös oikeudellinen virhe tai arviointivirhe.

530 Päätöksen 157 perustelukappaleesta ja erityisesti sen viimeisestä virkkeestä ilmenee, että komission päätelmä, jonka mukaan keskittymä ei edusta riittävän merkittävää muutosta, jotta sen seurauksena todennäköisesti syntyisi yhteinen määräävä markkina-asema, perustuu nimenomaisesti markkinoiden avoimuuteen ja kostotoimenpiteisiin liittyviin seikkoihin.

531 Avoimuuden osalta on aluksi muistutettava siitä, että ensimmäisen kanneperusteen osalta on todettu, että komission toteamusta, jonka mukaan kampanja-alennuksilla vähennetään avoimuutta niin paljon, että yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolo estyy, ei ole perusteltu riittävästi, ja sitä rasittavat ilmeiset arviointivirheet.

532 Kun komissio arvioi yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen vaaraa, se ei olisi myöskään saanut nojautua yksinomaan olemassa olevaan tilanteeseen, vaan sen olisi pitänyt tehdä tulevaisuuteen suuntautuva tutkimus ja ottaa huomioon kyseisestä keskittymähankkeesta johtuvat muutokset. Päätöksen 157 perustelukappaleessa mainitaan, vaikkakin varsin lakonisesti, tässä yhteydessä lisäksi, että jäljelle jäävien neljän toimijan välinen yhteensovittaminen kokonaisuutena arvioituna vaikeutuu. Päätökseen ei kuitenkaan sisälly minkäänlaista tutkimusta siitä, tekeekö keskittymä esimerkiksi sen vuoksi, että se merkitsee valvottavien albumien lukumäärän pienentymistä, markkinoista riittävän avoimet, jotta yhteisen määräävän aseman kehittyminen on mahdollista. Tässä yhteydessä on lisäksi muistettava, että komissio oli todennut väitetiedoksiannossa seuraavaa:

"Suunniteltu keskittymä edistäisi hintojen yhteensovittamisen valvontaa, koska kunkin suuren yhtiön tarvitsisi ottaa huomioon ainoastaan kolmen muun suuren yhtiön hintakäyttäytyminen. Tästä syystä julkaistut myyntihinnat keskittyvät vielä enemmän hyvin kapeaan hintahaarukkaan eniten myytyjen albumien suurimman osan osalta. Myös alennusten avoimuus lisääntyy, koska suurten yhtiöiden tarvitsee enää valvoa ainoastaan kolmea muuta suurta yhtiötä käydessään myymälöissä ja ollessaan yhteydessä vähittäiskauppiaisiin."

533 Tästä seuraa, että avoimuuteen liittyvillä huomioilla ei voida tukea päätelmää, jonka mukaan keskittymästä ei aiheutuisi yhteisen määräävän aseman syntymisen vaaraa.

534 Kostotoimenpiteiden osalta on aluksi todettava, että komission vastinekirjelmässään esittämä väite, jonka mukaan se ei ole ottanut kantaa mahdollisten eri kostomekanismien riittävyyteen eikä sen arviointi ole koskenut tätä seikkaa, ei ole yhteensopiva päätöksen kanssa, kuten päätöksen 157 perustelukappaleesta ilmenee.

535 Myös komission ja väliintulijoiden perustelut, joiden mukaan ei ollut tarpeen tutkia kostotoimenpiteitä koskevaa kysymystä sen jälkeen kun komissio oli päätellyt, että sillä ei ollut käytettävissään todisteita, jotka osoittaisivat, että hintojen vahvistaminen olisi riittävän avointa tehokkaan valvonnan mahdollistamiseksi, on hylättävä, koska päätös perustuu nimenomaisesti kostotoimenpiteiden puuttumiseen ja koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voi korvata komission arviointia omallaan eikä oikaista päätöstä. Perustelut eivät voi missään tapauksessa menestyä, koska on katsottu, että väitettä, jonka mukaan markkinat eivät olleet riittävän

avoimet, tai varsinkaan väitettä, jonka mukaan niistä ei tulisi keskittymän seurauksena riittävän avoimia, ei ole perusteltu oikeudellisesti riittävällä tavalla, ja sitä rasittaa ilmeinen arviointivirhe.

536 Tämän jälkeen on huomautettava, että komissio on tyytynyt päätöksessä viittaamaan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon osalta tehtyyn tutkimukseen ja ilmoittamaan, että se ei ollut löytänyt riittäviä todisteita siitä, että keskittymä edistäisi "kostotoimenpiteitä siinä määrin, että olisi ennakoitava jäljelle jäävien neljän suuren levy-yhtiön yhteisen määräävän markkina-aseman syntymistä".

537 Kuten ensimmäisestä kanneperusteesta ilmenee, komissio ei ole tämän tutkimuksen yhteydessä ryhtynyt selvittämään tehokkaiden ehkäisevien mekanismien olemassaoloa, vaan on tutkinut todisteita kostotoimenpiteiden aikaisemmasta käyttämisestä. Tämä menettelytapa merkitsee joka tapauksessa edellä 45 kohdassa mainitussa asiassa Airtours vastaan komissio annetussa tuomiossa asetetun edellytyksen virheellistä tulkintaa yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen määrittämistä koskevan tutkimuksen osalta, koska tällaisen tutkimuksen pitäisi perustua tulevaisuuteen suuntautuvaan tutkimukseen. On näet selvää, että tässä yhteydessä sellaisten todisteiden tutkiminen, jotka koskevat kostotoimenpiteiden aikaisempaa käyttämistä, ei voi olla pätevä testi, koska tämä edellytys voi erinomaisesti täyttyä myös silloin, kun mitään kostotoimenpiteitä ei aikaisemmin ole ollut. Koska sen vaaran arviointi, luodaanko keskittymällä yhteinen määräävä markkina-asema, ei määritelmän mukaisesti perustu aikaisemman yhteisen strategian olemassaoloon, aikaisemmalla kostotoimenpiteiden käyttämättömyydellä ei ole mitään merkitystä. Tästä syystä päätöstä rasittaa tältä osin virhe.

538 Päätöksestä ja asiakirja-aineistosta ilmenee lisäksi, että tässä tapauksessa näyttää todellisuudessa olevan tällaisia uskottavia ja tehokkaita ehkäisemiskeinoja ja

erityisesti mahdollisuus määrätä seuraamuksia sovitusta poikkeavalle levy-yhtiölle jättämällä se kokoelmalevyhankkeiden ulkopuolelle. Komissio oli lisäksi selvästi todennut väitetiedoksiannossa tämän keinon tehokkuuden, eikä päätöksessä selitetä millään tavoin syitä, joiden vuoksi loppujen lopuksi näin ei olisi. Päätöksen 115–118 perustelukappaleessa olevat selvitykset ovat päinvastoin omiaan vahvistamaan tämän ehkäisemiskeinon tehokkuuden. Sen jälkeen kun komissio korosti päätöksen 115 ja 116 perustelukappaleessa useiden artistien tai merkkien kokoelmalevyjen taloudellista merkitystä, sillä ne ovat noin 15–20 prosenttia musiikkiäänitteiden kokonaismarkkinoista, se painotti, että eri levy-yhtiöihin "kuuluvien" artistien esiintyminen albumilla näyttää olevan kokoelmalevyn tärkein menestystekijä, ja esitti päätöksen 117 perustelukappaleessa, että "jos jokin niistä jatkuvasti poikkeaisi sovitusta, suuret levy-yhtiöt voisivat siis sulkea sen uusien yhteishankkeiden ulkopuolelle tai evätä siltä oikeuden käyttää niiden levyjä kokoelmalevyllään tai jopa lopettaa tietyt olemassa olevat yhteishankkeet". Lopuksi päätöksen 118 perustelukappaleessa esitetään, että komissio ei ole kuitenkaan löytänyt mitään seikkaa, joka osoittaisi, että muita suuria levy-yhtiöitä olisi suljettu jonkin yhteisen kokoelmalevyhankkeen ulkopuolelle tai että tämänsuuntaisesta uhastakaan olisi ollut viitteitä, vaikka se täsmentääkin, että "nämä toimenpiteet voisivat yleisesti olla uskottavia kostokeinoja musiikkiäänitteiden markkinoilla".

539 Näin ollen komissio ei olisi voinut virhettä tekemättä nojautua kostotoimenpiteiden aikaisempaa käyttämistä koskevan näytön puuttumiseen ja päätellä, että keskittymä ei aiheuttanut yhteisen määräävän markkina-aseman syntymisen vaaraa.

540 Lisäksi on muistutettava, että kuten ensimmäisen kanneperusteen yhteydessä todettiin, päätöksessä ei mainita yhtäkään tapausta, jossa yksi suuri yhtiö olisi poikennut yhteisestä hintastrategiasta ilman että tämä olisi aiheuttanut kostotoimenpidettä, eikä komissio, jolle ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tältä osin esittänyt kysymyksiä, ole kyennyt esittämään mitään selvitystä, jonka se olisi tehnyt päätellessään, että se ei ollut löytänyt mitään seikkaa, joka viittaisi siihen, että aikaisemmin olisi käytetty tällaisia kostotoimenpiteitä tai tämänsuuntaista uhkaa.

541 Edellä esitetystä seuraa, että myös toinen kumoamisperuste on perusteltu.

IV *Yleinen päätelmä*

542 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että ensimmäinen ja toinen kanneperuste ovat perusteltuja, koska päätöstä rasittavat yhtäältä perustelujen riittämättömyys ja ilmeinen arviointivirhe siltä osin kuin päätöksen perustana olevat seikat eivät muodosta kaikkia asiaankuuluvia seikkoja, jotka on otettava huomioon, eivätkä ne ole toisaalta riittäviä tukemaan niistä tehtyjä päätelmiä.

543 Tästä seuraa, että päätös on kumottava, ilman että olisi tarpeen tutkia kanneperustetta, joka koskee yhteisen määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista verkkomusiikin lisenssien tukkumarkkinoilla, tai perustetta, joka koskee keskittymän osapuolten toimintojen yhteensovittamista musiikin kustantamisen alalla.

Oikeudenkäyntikulut

544 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi kuitenkin työjärjestyksen 87 artiklan 3 kohdan nojalla määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan, jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi tai jos siihen on muutoin erityisiä syitä. Työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdassa määrätään vielä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrätä, että väliintulijan on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan.

545 Tässä tapauksessa päätös on kumottava, ja kantaja on vaatinut komission velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut. On kuitenkin otettava huomioon seuraavat seikat.

546 Kantajan osalta on todettava, että vaikka se vaati voimakkaasti, että asia komission perustellusti korostamasta monimutkaisuudesta huolimatta käsiteltäisiin nopeutetussa menettelyssä, se ei kuitenkaan itse toiminut tämän edellyttämällä tavalla, vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli nopeutetun menettelyn hyväksymisestä tekemässään päätöksessä nimenomaisesti korostanut, että tämä päätös saatettaisiin kumota asian käsittelyn edetessä. Vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisikin näin ollen voinut lopettaa kyseisen nopeutetun menettelyn, oli kuitenkin otettava huomioon asian objektiivinen kiireellisyys ja muiden osapuolten jo antama huomattava panos, jonka vuoksi tämä olisi ollut yhä vähemmän asianmukaista. Kantajan omaksuma asenne, joka oli huonosti yhteensovitettavissa nopeutetun menettelyn sanamuodon ja tarkoituksen kanssa, voimistui yhä enemmän oikeudenkäynnin eri vaiheiden myötä.

547 Ensinnäkin kannekirjelmän laajuus sekä kanneperusteiden ja väitteiden lukumäärä ylittivät suuresti ohje-arvot, joita suositellaan nopeutettua menettelyä varten, eikä kantaja esittänyt lyhennettyä versiota kannekirjelmästään tai luopunut tietyistä kanneperusteista.

548 Vaikka toiseksi prosessinjohtotoimesta, jolla pyrittiin mahdollistamaan tilaisuus tutustua tiettyihin asiakirjoihin tai luottamuksellisiin seikkoihin, oli juuri neuvoteltu ja siitä oli tehty päätös komission, väliintulijoiden ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kanssa sekä erilaisten muistioiden vaihdon välityksellä että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen epävirallisessa kokouksessa, kantaja pyysi sen muuttamista, mikä aiheutti merkittäviä vastaväitteitä muilta osapuolilta, jolloin tämä pyyntö lopulta peruutettiin.

549 Kolmanneksi pyydettyään ja saatuaan oikeuden jättää vastauskirjelmä komission puolustuksekseen esittämistä todisteista, mikä on epätavallista nopeutetussa menettelyssä, kantaja vastusti virheellisesti sitä, että komissio voisi kontradiktorisen periaatteen mukaisesti jättää vastaukseksi täydentäviä huomautuksiaan.

550 Neljänneksi kantaja ei vaadittuaan istunnon nopeaa järjestämistä kuitenkaan ilmoittanut olevansa käytettävissä minään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ehdottamista neljästä päivästä, millä se siten viivytti istunnon järjestämistä usealla kuukaudella.

551 Viidenneksi saatuaan täysin poikkeuksellisesti luvan jättää huomautuksiaan istunnon jälkeen sillä edellytyksellä, että ne rajoittuvat tiukasti vain komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamiin vastauksiin, kantaja, kuten komissio on perustellusti korostanut, jätti ilman liitettäkin yli 50-sivuisen kirjelmän, jossa se muun muassa esitti useita väitteitä ja todisteita, jotka eivät liittyneet millään tavoin näihin kysymyksiin, ja esitti uusia väitteitä ja todisteita.

552 Vaikka kantaja on voittanut asian musiikkiäänitteiden markkinoilla olevan yhteisen määräävän markkina-aseman osalta, sen vaatimukset, joiden mukaan asiakirja-aineistosta pitäisi poistaa kaikki komission vastinekirjelmänsä liitteenä jättämät todisteet, on hylätty. Samoin sen vaatimukset, jotka koskevat Sonyn väitettyä erillistä määräävää markkina-asemaa verkkomusiikin jakelun markkinoilla, ovat perusteettomia jo siitä syystä, että päätöksentekohetkellä SonyConnectilla ei ollut lainkaan

markkina-osuutta, kun taas muilla toimijoilla, erityisesti Applella, oli jo merkittävä asema.

553 Komission osalta on valitettavaa, että sen huomautukset poikkeavat useassa kohdin ja toisinaan melko huomattavastikin päätöksessä tehdyistä selvityksistä, minkä vuoksi kantajan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on jatkuvasti täytynyt tehdä epätavallisia selvityksiä. Esimerkiksi väitteet, joiden mukaan komissio ei olisi kyennyt päättelemään, että kyse oli uskottavasta kostomekanismista, tai joiden mukaan se ei ottanut kantaa kostotoimenpiteitä koskevaan kysymykseen sen vuoksi, että turvautuminen kostomekanismiin, jolla yhteisestä strategiasta poikkeava jäsen suljettiin kokoelmalevyjen ulkopuolelle, olisi saattanut aiheuttaa kokoelmalevyllä saatavien voittojen menettämisen, eivät selvästikään vastaa päätöksen 115–118 perustelukappaleessa mainittuja päätelmiä, joissa päinvastoin myönnetään tämän kostomekanismin tehokkuus (kuten oli jo muutenkin nimenomaisesti todettu väitetiedoksiannon 128–132 kohdassa) mutta viitataan siihen, että komissio ei ole löytänyt näyttöä sen toteuttamisesta. Samoin komission väite, jonka mukaan se on päätellyt päätöksen 169 perustelukappaleessa, että markkinoiden avoimuus oli verkkomusiikin lisenssien markkinoilla vähäistä, koska ei ollut olemassa yleisesti hyväksyttyjä lisenssien tukkuhintoja, ei vastaa päätökseen niin ikään sisältyvää väitettä, jonka mukaan "avoimuus on joka tapauksessa suurempi verkkomusiikin lisenssien markkinoilla kuin perinteisillä musiikkiäänitteiden markkinoilla".

554 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin arvioi edellä esitetyn perusteella, että asiaan liittyvien seikkojen asianmukaisen arvioinnin perusteella asia täytyy ratkaista siten, että yhtäältä komissio vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä kolmesta neljänneksestä kantajan oikeudenkäyntikuluista ja että toisaalta väliintulijat vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdan mukaisesti.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(kolmas jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Keskittymän julistamisesta yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi 19.7.2004 tehty komission päätös K(2004) 2815 (asia COMP/M.3333 – Sony/BMG) kumotaan.

2) Komissio vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se velvoitetaan korvaamaan kolme neljäsosaa kantajan oikeudenkäyntikuluista.

3) Kantaja vastaa yhdestä neljäsosasta oikeudenkäyntikuluistaan.

4) Väliintulijat vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Jaeger Azizi Cremona

Julistettiin Luxemburgissa 13 päivänä heinäkuuta 2006.

E. Coulon M. Jaeger

kirjaaja jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Tosiseikat ..... II - 2300

Asian käsittelyn vaiheet ja osapuolten vaatimukset ..... II - 2303

Oikeudellinen arviointi ..... II - 2307

I Vastinekirjelmän liitteenä olevat todisteet ..... II - 2308

A Asianosaisten lausumat ..... II - 2308

B Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2309

II Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman vahvistumista musiikkiäänitteiden markkinoilla ..... II - 2311

A Kantajan lausumat ..... II - 2312

1. Ensimmäinen osa ..... II - 2312

a) Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti ..... II - 2313

Tuotteen homogeenisuus ..... II - 2314

Avoimuus ..... II - 2314

Ehkäisemiskeinot ..... II - 2315

Vastapainot ..... II - 2315

b) Ilmeinen arviointivirhe ..... II - 2316

Tuotteen homogeenisuus ..... II - 2316

Avoimuus ..... II - 2317

– Yleiset perustelut ..... II - 2317

– Yleisiä huomautuksia uusista todisteista ..... II - 2320

– Eri todisteiden erillinen tutkiminen ..... II - 2324

Ehkäisemiskeinot ..... II - 2333

Vastapainot ..... II - 2333

Yhteistä strategiaa koskevan todellisen selvityksen puuttuminen .. II - 2334

c) Yhteisiä määräämiä asemia koskevan lainsäädännön virheellinen soveltaminen ..... II - 2335

2. Toinen osa ..... II - 2336

B Komission perustelut ..... II - 2337

1. Komission päätös ja todisteet, joihin se on nojautunut ..... II - 2337

a) Asiayhteys ..... II - 2337

b) Viidet suuret markkinat (Saksa, Yhdistynyt kuningaskunta, Ranska, Italia ja Espanja) ..... II - 2338

Keskimääräisten nettohintojen ja julkaistujen myyntihintojen yhdenmukaistaminen ..... II - 2338

Monimutkaisuus ja julkaistut myyntihinnat ..... II - 2339

Alennusten yhdenmukaistaminen ja monimutkaisuus ..... II - 2341

Alennusten avoimuus ..... II - 2350

Rakenteelliset siteet ..... II - 2353

Kostotoimenpiteet ..... II - 2354

c) Muut jäsenvaltiot ..... II - 2355

2. Päätöksen virheellinen esitteleminen kannekirjelmässä ..... II - 2356

3. Ensimmäinen osa ..... II - 2357

a) Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti ..... II - 2357

Tuotteen homogeenisuus ..... II - 2359

Avoimuus ..... II - 2360

Ehkäisemiskeinot ..... II - 2361

Vastapainot ..... II - 2361

b) Ilmeinen arviointivirhe ja oikeudellinen virhe ..... II - 2362

Tuotteen homogeenisuus ..... II - 2363

Avoimuus ..... II - 2363

Ehkäisemiskeinot ja vastapainot ..... II - 2373

Yhteisen toimintalinjan tutkiminen ..... II - 2373

4. Toinen osa ..... II - 2375

C Väliintulijoiden perustelut ..... II - 2375

1. Alustavia huomioita ..... II - 2375

2. Kantajan perustelujen tutkiminen ..... II - 2378

a) Kampanja-alennukset ..... II - 2378

b) Yhdenmukaistamisen puuttuminen ..... II - 2379

c) Avoimuuden puuttuminen ..... II - 2380

3. Päätöksessä mainitsemattomat eri seikat ..... II - 2380

D Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2381

1. Yleisiä huomioita ..... II - 2381

2. Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite ..... II - 2382

3. Komission päätös ..... II - 2385

4. Avoimuus ..... II - 2392

a) Perustelujen riittämättömyyttä koskeva väite ..... II - 2392

b) Ilmeistä arviointivirhettä koskeva väite ..... II - 2407

Päätöksessä todetut avoimuustekijät ..... II - 2411

Seikat, jotka ovat omiaan tekemään markkinoista läpinäkymättömät II - 2418

– Kampanja-alennusten läpinäkymättömyys ..... II - 2430

– Kampanja-alennusten merkitys ..... II - 2444

c) Avoimuutta koskeva päätelmä ..... II - 2453

5. Homogeenisuus ..... II - 2453

6. Kostotoimenpiteet ..... II - 2454

7. Ensimmäistä kanneperustetta koskeva päätelmä ..... II - 2458

III Toinen kanneperuste, joka koskee yhteisen määräävän markkina-aseman luomista musiikkiäänitteiden markkinoille ..... II - 2461

A Kantajan lausumat ..... II - 2461

1. Oikeudellinen virhe ..... II - 2461

a) Tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen puuttuminen ..... II - 2462

b) Avoimuus ..... II - 2463

c) Ehkäisemiskeinot ..... II - 2463

d) Vastapainot ..... II - 2464

2. Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti ..... II - 2464

3. Ilmeinen arviointivirhe ..... II - 2467

B Komission lausumat ..... II - 2468

1. Oikeudellinen virhe ..... II - 2468

a) Tulevaisuuteen suuntautuvan tutkimuksen puuttuminen ..... II - 2468

b) Avoimuus ..... II - 2470

c) Ehkäisemiskeinot ja vastapainot ..... II - 2470

2. Perusteluvelvollisuuden laiminlyönti ..... II - 2471

3. Ilmeinen arviointivirhe ..... II - 2473

C Väliintulijoiden väitteet ..... II - 2474

D Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2475

IV Yleinen päätelmä ..... II - 2482

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 2482