JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
13 päivänä joulukuuta 2007 [1]

Sisällys

I Johdanto ..... I - 4963

II Asiaa koskeva lainsäädäntö ..... I - 4963

III Riidan tausta ja asian käsittelyn vaiheet ..... I - 4966

A Yrityskeskittymä ..... I - 4966

B Yhteiseen määräävään markkina-asemaan liittyvä ongelma ..... I - 4967

C Hallinnollinen menettely ja komission ensimmäinen hyväksymispäätös ..... I - 4969

D Asian käsittely ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ..... I - 4970

E Valitusmenettely ..... I - 4970

F Uusi hallinnollinen menettely ja komission toinen hyväksymispäätös ..... I - 4971

IV Valituksen tutkittavaksi ottamista koskevia alustavia kysymyksiä ..... I - 4972

A Yksittäisten valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset ..... I - 4972

1. Viidennen valitusperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyminen .. I - 4973

2. Muiden valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyminen ... I - 4974

3. Välipäätelmä ..... I - 4974

B Valituksen soveltuvuus tavoitellun päämäärän saavuttamiseen ..... I - 4975

1. Väite, jonka mukaan valittajat ovat laiminlyöneet riitauttaa valituksenalaisen tuomion ratkaisevat kohdat ..... I - 4975

2. Valituksenalaisen tuomion perustelut, jotka eivät ole sen sisällön perustavanlaatuisia perusteluja ..... I - 4976

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

3. Välipäätelmä ..... I - 4977

C Oikeussuojan tarpeen jatkuminen ..... I - 4977

V Valituksen perusteltavuus ..... I - 4981

A Komission hyväksymispäätöksiltä edellytetyt selvitykset ja perustelut (ensimmäinen, toinen, kolmas ja kuudes valitusperuste) ..... I - 4982

1. Hyväksymispäätösten perusteleminen yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä (kuudennen valitusperusteen ensimmäinen ja kolmas osa) ..... I - 4982

a) Hyväksymispäätösten riitautettavuus perustelujen puuttumisen perusteella I - 4983

b) Perusteluvelvollisuuden laajuus ..... I - 4985

– Valituksenalainen tuomio ..... I - 4986

– Arviointi ..... I - 4987

c) Muita seikkoja ..... I - 4991

d) Välipäätelmä ..... I - 4993

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen viittaukset väitetiedoksiantoon (ensimmäinen valitusperuste ja kuudennen valitusperusteen toinen osa) ..... I - 4993

a) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen yleinen tulkinta hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välisestä suhteesta ..... I - 4994

– Valituksenalainen tuomio ..... I - 4994

– Oikeudellinen arviointi ..... I - 4994

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen konkreettiset viittaukset väitetiedoksiantoon ..... I - 4997

c) Välipäätelmä ..... I - 5002

3. Väitetiedoksiantoon annetussa vastauksessa esitettyjen tosiseikkojen todistusarvo (toinen valitusperuste ja kolmannen valitusperusteen ensimmäinen osa) .. I - 5002

a) Valituksenalainen tuomio ..... I - 5002

b) Oikeudellinen arviointi ..... I - 5003

4. Yrityskeskittymien hyväksymiselle asetetut näyttövaatimukset (kolmannen valitusperusteen toinen osa) ..... I - 5006

a) Väitetty epäsymmetrisyys sulautuma-asetuksessa hyväksymis- ja kieltopäätöksille asetetuissa vaatimuksissa ..... I - 5007

– Yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tehtävät päätökset ovat ennusteisiin perustuvia päätöksiä ..... I - 5007

– Hyväksymisille ja kielloille asetettavien vaatimusten symmetrisyys ..... I - 5009

– Yhteismarkkinoille soveltuvuutta koskevan yleisen olettaman puuttuminen ..... I - 5011

– Välipäätelmä ..... I - 5013

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen nyt käsiteltävässä asiassa näytölle asettamat vaatimukset ..... I - 5013

c) Välipäätelmä ..... I - 5014

B Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja ja näyttöä koskevan vapaan arvioinnin rajat (neljäs valitusperuste) ..... I - 5014

1. Komission harkintavalta ja sen valvonta tuomioistuimessa ..... I - 5015

a) Valituksenalainen tuomio ..... I - 5015

b) Oikeudellinen arviointi ..... I - 5016

2. Näytön ottamista vääristyneellä tavalla huomioon koskeva väite ..... I - 5018

a) Valituksenalaisen tuomion 425 kohta ..... I - 5019

b) Valituksenalaisen tuomion 427 kohta ..... I - 5020

c) Valituksenalaisen tuomion 434 kohta ..... I - 5021

3. Välipäätelmä ..... I - 5022

C Luottamuksellisten tietojen käyttäminen valituksenalaisessa tuomiossa (seitsemäs valitusperuste) ..... I - 5023

D Välipäätelmä ..... I - 5025

VI Oletettu vastavalitus ..... I - 5025

VII Oikeudenkäyntikulut ..... I - 5026

VIII Ratkaisuehdotus ..... I - 5027

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävä asia antaa aiheen kehittää yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä EY:n yrityskeskittymien valvonnan alalla. Kyseessä on lähinnä siitä – käytännössä erittäin tärkeästä – kysymyksestä, millaisia selvityksiä ja perusteluja komissiolta voidaan vaatia, kun se *hyväksyy* yrityskeskittymän.

2. Nyt käsiteltävän asian taustalla on sulautumamenettely, joka koskee musiikkiäänitteiden ja verkkomusiikin sekä musiikin kustantamisen markkinoita. Bertelsmann- ja Sony-konsernit sopivat vuoden 2003 lopussa siitä, että ne yhdistäisivät musiikkiäänitteitä koskevan liiketoimintansa maailmanlaajuisesti. Alun perin esittämiensä epäilysten jälkeen komissio hyväksyi tämän keskittymähankkeen 19.7.2004 tekemällään päätöksellä [2] (jäljempänä ensimmäinen hyväksymispäätös).

3. Yrityskeskittymää vastusti Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), joka on Belgian oikeuden mukaan perustettu kansainvälinen järjestö, johon kuuluu 2 500 riippumatonta musiikin alan tuotantoyritystä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi ensimmäisen hyväksymispäätöksen 13.7.2006 antamallaan tuomiolla [3] (jäljempänä valituksenalainen tuomio) sen nostaman kanteen perusteella.

4. Yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee nyt käsiteltävässä asiassa Bertelsmannin ja Sonyn valituksenalaisesta tuomiosta tekemän valituksen. Valittajat katsovat lähinnä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole noudattanut komission hyväksymispäätökselle ja sen tuomioistuinvalvonnalle asetettuja oikeudellisia vaatimuksia.

5. Edeltävänä kysymyksenä on tosin aluksi annettava ratkaisu siitä, onko valittajilla ylipäänsä enää oikeussuojaintressiä sen jälkeen kun komissio on sittemmin – 3.10.2007 – hyväksynyt niiden yrityskeskittymän uudelleen.

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

6. Nyt käsiteltävän asian oikeudellinen viitekehys on yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1989 annettu neuvoston sulautumaasetus (ETY) N:o 4064/89 (jäljempänä sulau-

2 – Keskittymän julistamisesta yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi 19.7.2004 tehty komission päätös 2005/188/EY (asia COMP/M.3333 – Sony/BMG), annettu tiedoksi asiakirjanumerolla K(2004) 2815 (EUVL 2005 L 62, s. 30).

3 – Asia T-464/04, Impala v. komissio, tuomio 13.7.2006 (Kok. 2006, s. II-2289).

tuma-asetus),[4] sellaisena kuin se on muutettuna asetuksella (EY) N:o 1310/97.[5]

3. Keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos sillä luodaan sellainen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy.”

7. Sulautuma-asetuksessa tarkoitettuja yhteisönlaajuisia keskittymiä koskee toteuttamiskielto, ja niistä on ilmoitettava komissiolle (sulautuma-asetuksen 4 ja 7 artikla). Komissio arvioi niiden soveltuvuuden yhteismarkkinoille (sulautuma-asetuksen 2 artiklan 1 kohta).

9. *Sulautumamenettely* on kaksivaiheinen: ensimmäisessä vaiheessa suoritetaan ainoastaan keskittymähankkeen ennakkotutkimus. Mikäli tämän ennakkotutkimuksen perusteella on vakavia epäilyjä keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, toiseen vaiheeseen kuuluu komission sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisesti vireille panema virallinen tutkimusmenettely.[6]

8. Keskittymän hyväksyminen tai kieltäminen riippuu siitä, luodaanko sillä sellainen määräävä asema tai vahvistetaanko sillä sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy. Tästä säädetään sulautuma-asetuksen 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa seuraavaa:

10. Komission *päätöksentekotoimivallasta* virallisessa tutkimusmenettelyssä säädetään sulautuma-asetuksen 8 artiklassa seuraavaa:

”2. Keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi, jollei sillä luoda tai vahvisteta sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy.

”1. Menettely, joka on aloitettu 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan nojalla, päättyy 2–5 kohdan mukaiseen päätökseen – –

4 – EYVL L 395, s. 1; oikaisun jälkeen julkaistu uudelleen EYVL:ssä 1990, L 257, s. 13.

5 – Yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 muuttamisesta 30.6.1997 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1310/97 (EYVL L 180, s. 1; oikaisu EYVL:ssä 1998, L 3, s. 16 ja EYVL:ssä 1998, L 40, s. 17).

6 – Jos yrityskeskittymän yhteensopivuudesta yhteismarkkinoille ei ole vakavia epäilyjä, kuten käytännössä asia usein on, se antaa hyväksymisen *ilman* virallisen sulautumamenettelyn aloittamista jo ennakkotutkimuksen perusteella. Sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan tällaisissa tapauksissa komissio *päättää, että se ei vastusta keskittymää*, ja julistaa, että keskittymä soveltuu yhteismarkkinoille.

2. Kun komissio toteaa, että ilmoitettu keskittymä, tarvittaessa asianomaisten yritysten tekemien muutosten jälkeen, on 2 artiklan 2 kohdassa määritellyn arviointikriteerin mukainen – –, se julistaa päätöksellään keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi. – –

3. Kun komissio toteaa, että keskittymä on 2 artiklan 3 kohdassa määritellyn arviointikriteerin mukainen – –, se julistaa päätöksellään keskittymän yhteismarkkinoille soveltumattomaksi.

– –”

11. Keskittymään osallistuvia yrityksiä kuullaan ennen mahdollista sulautuma-asetuksen 8 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun kieltopäätöksen tekemistä. Tätä tarkoitusta varten komissio toimittaa niille kirjallisen *väitetiedoksiannon*, johon ne voivat ottaa kantaa kirjallisesti ja tarvittaessa myös suullisesti. Tästä säädetään sulautuma-asetuksen 18 artiklassa seuraavaa: [7]

”1. Ennen – – 8 artiklan – – 3–5 kohdassa – – tarkoitetun päätöksen tekemistä komission on menettelyn jokaisessa vaiheessa neuvoa-antavan komitean kuulemiseen asti varattava niille henkilöille, yrityksille ja yritysten yhteenliittymille, joita asia koskee, tilaisuus esittää huomautuksensa niitä vastaan esitetyistä väitteistä.

– –

3. Komissio saa perustaa päätöksensä vain niihin vastaväitteisiin, joista osapuolet ovat voineet esittää huomautuksensa. Menettelyssä on taattava oikeus puolustautumiseen. – –”

12. Koko sulautumamenettelylle on ominaista *joutuisuusvaatimus,* joka toteutetaan ennen kaikkea hyvin tasapainotetulla, verrattain ankaralla määräaikoja koskevalla järjestelyllä, jonka tarkoituksena on sulautumamenettelyn keston rajoittaminen. [8] Mikäli komissio ei tee määräajassa päätöstä yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, tulee voimaan *hyväksymisfiktio*, jota kuvataan sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohdassa seuraavalla tavalla:

7 – Vrt. lisäksi yrityskeskittymien valvonnasta annetussa neuvoston asetuksessa (ETY) N:o 4064/89 säädetyistä ilmoituksista, määräajoista ja kuulemisista 1.3.1998 annetun komission asetuksen (EY) N:o 447/98 (EYVL L 61, s. 1) 11–15 artikla.

8 – Asia C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser ym. v. komissio, tuomio 25.9.2003 (Kok. 2003, s. I-9889, 33 kohta) ja asia C-42/01, Portugali v. komissio, tuomio 22.6.2004 (Kok. 2004, s. I-6079, 51 kohta); vrt. asia T-290/94, Kaysersberg v. komissio, tuomio 27.11.1997 (Kok. 1997, s. II-2137, 113 kohta) ja asia T-251/00, Lagardère ja Canal+ v. komissio, tuomio 20.11.2002 (Kok. 2002, s. II-4825, 108 kohta) sekä asiassa C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie v. komissio, 26.4.2007 antamani ratkaisuehdotus (41 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

”Jos komissio ei ole tehnyt 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa taikka 8 artiklan 2 tai 3 kohdassa tarkoitettua päätöstä – – säädetyssä määräajassa, keskittymää pidetään yhteismarkkinoille soveltuvaksi julistettuna – –.”

13. Sulautuma-asetuksen 10 artiklan 5 kohdassa säädetään seurauksista, joita aiheutuu siitä, että yhteisöjen tuomioistuimet kumoavat komission päätöksen, seuraavaa:

”Jos yhteisöjen tuomioistuin antaa päätöksen, jolla komission tämän asetuksen nojalla tekemä päätös kokonaan tai osittain kumotaan, tässä asetuksessa säädetyt määräajat alkavat uudelleen kulua päivästä, jona tuomioistuimen päätös on annettu.”

14. Komissio toimii useimmissa sulautumamenettelyissä myös Euroopan talousalueen [9] sulautumien valvontaviranomaisena ja tekee päätökset yrityskeskittymien soveltuvuudesta ETA-sopimuksen toimintaan.

15. Sulautuma-asetusta muutettiin vuonna 2004 olennaisilta osin. *Uudelleen laadittua EY:n sulautuma-asetusta* [10] on kuitenkin sen 26 artiklan 1 kohdan mukaan sovellettu vasta 1.5.2004 lähtien, joten sillä ei ole merkitystä nyt käsiteltävän asian kannalta; nyt käsiteltävän kaltaisiin tapauksiin sovelletaan kyseisen säännöksen 2 kohdan mukaan edelleen vanhaa säädöstä.

III Riidan tausta ja asian käsittelyn vaiheet

A *Yrityskeskittymä*

16. Bertelsmann AG [11] 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). [12]

9 – Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen (ETA-sopimus; EYVL 1994, L 1, s. 3) 57 artiklan 1 kohta ja 2 kohdan a alakohta.

10 – Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004 (”EY:n sulautuma-asetus”; EUVL L 24, s. 1; jäljempänä myös asetus N:o 139/2004).

11 – Jäljempänä Bertelsmann.

12 – Vrt. tämän ja seuraavien kohtien osalta valituksenalaisen tuomion 3–6 kohta.

17. Sony Corporation of America [13] kuuluu Sony-konserniin ja harjoittaa maailmanlaajuista toimintaa musiikin äänittämisen ja kustantamisen, teollisuus- ja kulutuselektroniikan sekä viihdeteollisuuden alalla. Musiikkiäänitteiden alalla sen toiminnasta vastaa Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann ja Sony tekivät 11.12.2003 sopimuksen maailmanlaajuisten liiketoimintojensa yhdistämisestä (Business Contribution Agreement) musiikkiäänitteiden osalta (lukuun ottamatta Sonyn toimintoja Japanissa) ja vähintään kolmen uuden yhtiön perustamisesta. Näiden yhteisyritysten oli tarkoitus toimia nimellä Sony BMG.

19. Sopimuksen mukaan Sony BMG:n tehtävänä oli etsiä artisteja ja esitellä heidät suurelle yleisölle [14] sekä markkinoida ja myydä musiikkiäänitteitä. Sen liiketoimintaan ei sen sijaan ollut tarkoitus ottaa oheistoimintoja kuten musiikkiäänitteiden kustantamista, valmistusta tai jakelua.

20. Kuten Bertelsmann ja Sony ovat vahvistaneet yhteisöjen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä, yrityskeskittymä toteutettiin kaikilta osin vuonna 2004.

13 – Jäljempänä Sony.

14 – Ns. A & R (Artists and Repertoire).

B *Yhteiseen määräävään markkina-asemaan liittyvä ongelma*

21. Kuten kaikkien yhteisönlaajuisten yrityskeskittymien osalta, myös Bertelsmannin ja Sonyn hankkeen osalta oli sulautumaasetuksen 2 artiklan mukaisesti tutkittava, oliko se omiaan luomaan sellaisen määräävän aseman tai vahvistamaan sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy.

22. Kyseessä ei ollut siinä yhteydessä konkreettisesti mahdollinen Sony BMG:n erillinen määräävä asema markkinoilla vaan vaara, joka koski *yhteisen määräävän markkina-aseman* luomista tai vahvistamista viiden maailmanlaajuisesti toimivan musiikkiäänitteiden valmistajan [15] eli maailmanlaajuisen musiikkikaupan niin sanottujen suurten konsernien (Majors) kesken, kun niiden lukumäärä vähentyisi yrityskeskittymän seurauksena viidestä neljään.

23. Yhteisöjen tuomioistuin on jo vahvistanut niin sanotussa Kali & Salz -tapauksessa antamassaan tuomiossa, [16] että sulautumaasetuksessa tarkoitettu määräävän markkina-aseman käsite ei kata ainoastaan erillistä määräävää asemaa vaan myös yhteisen

15 – Niillä tarkoitetaan ensimmäisessä hyväksymispäätöksessä ja valituksenalaisessa tuomiossa seuraavia valmistajia: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainmeint (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) ja EMI Group (alun perin Electric and Musical Industries).

16 – 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, 164–178 kohta); vrt. lisäksi asia T-102/96, Gencor v. komissio, tuomio 25.3.1999 (Kok. 1999, s. II-753, 123–156 kohta).

määräävän aseman. Yhteinen määräävä markkina-asema voi käsittää kaksi yritystä (duopoli) tai useampia yrityksiä (oligopoli). [17]

24. Yhteinen määräävä markkina-asema ei välttämättä merkitse sitä, että oligopolin jäsenten pitäisi ryhtyä *yhteisjärjestelyyn*, jonka perusteella ne tekisivät keskenään esimerkiksi EY 81 artiklassa tarkoitettuja kilpailunvastaisia sopimuksia. [18] Yhteinen määräävä markkina-asema voi pikemminkin perustua myös oligopolin kaikkien jäsenten *kilpailukäyttäytymisen hiljaiseen yhteensovittamiseen.* [19] Oligopolin jäsenet tyytyvät silloin saavuttamiinsa markkinaosuuksiin, eikä niiden välillä ole enää tehokasta sisäistä kilpailua. [20]

25. Edellytyksenä sille, että yhteisen määräävän markkina-aseman voidaan olettaa olevan olemassa, on tosin tuolloin, että asianomaisilla markkinoilla ylipäänsä sallitaan oligopolin jäsenten kilpailukäyttäytymisen pysyvä hiljainen yhteensovittaminen. Tällä perusteella on nähtävissä kolme edellytystä, jotka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kehittänyt asiassa Airtours vastaan komissio antamassaan tuomiossa [21] yhteisen määräävän markkina-aseman toteamiseksi, sellaisena kuin ne on tiivistetty valituksenalaisessa tuomiossa seuraavalla tavalla:

”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.” [22]

26. Nyt käsiteltävässä asiassa mielenkiinnon erityisenä kohteena on ensimmäinen näistä kolmesta niin sanotusta Airtours-edellytyksestä eli se, ovatko musiikkiäänitteiden markkinat riittävän avoimet, jotta ne mahdollistavat hiljaisen yhteensovittamisen suurten konsernien kesken. Oikeudenkäynnin osapuolet riitelevät keskenään lähinnä siitä, millaisia selvityksiä ja perusteluita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi tältä osin vaatia komissiolta.

17 – Edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 276 ja 277 kohta ja asia T-342/99, Airtours v. komissio, tuomio 6.6.2002 (Kok. 2002, s. II-2585, 59–61 kohta).

18 – Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000 (Kok. 2000, s. I-1365, 45 kohta), joka koskee EY 82 artiklaa.

19 – Normaalisti tämä tapahtuu *kilpailunvastaisen yhdenmukaistetun menettelytavan* muodossa. Komissio tutki tosin asiassa COMP/M.2201 – MAN/Auwärter yrityskeskittymän siltä kannalta, mahdollistiko se kahden duopolin jäsenen kilpailukäyttäytymisen pysyvän hiljaisen yhteensovittamisen kilpailunvastaisten yhdenmukaistettujen menettelytapojen perinteisten muotojen ohella (päätös 2002/335/EY (EYVL 2002, L 116, s. 35), vrt. erityisesti sen johdanto-osan 33–35 perustelukappale).

20 – Vrt. kokonaisuuden osalta myös edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 276 kohta.

21 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 62 kohta.

22 – Valituksenalaisen tuomion 247 kohta. Vastaavasti asia T-374/00, Verband der freien Rohrwerke ym. v. komissio, tuomio 8.7.2003 (Kok. 2003, s. II-2275, 186 kohta) ja – EY 82 artiklan osalta – asia T-193/02, Piau v. komissio, tuomio 26.1.2005 (Kok. 2005, s. II-209, 111 kohta).

C *Hallinnollinen menettely ja komission ensimmäinen hyväksymispäätös*

27. Sulautuma-asetuksen 4 artiklan mukainen ilmoitus keskittymähankkeesta saapui komissioon 9.1.2004. [23]

28. Ennakkotutkimusvaiheessa (sulautumamenettelyn vaihe I) komissio lähetti 20.1.2004 kyselylomakkeen tietyille toimijoille markkinoilla.

29. Impala vastasi tähän kyselylomakkeeseen ja jätti lisäksi 28.1.2004 erillisen kirjelmän, jossa se esitti syyt, joiden perusteella komission pitäisi sen mielestä julistaa yrityskeskittymä yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Impala ilmaisi tässä kirjelmässä pelkonsa markkinoiden lisääntyvästä keskittymisestä ja vaikutuksista, joita tällä olisi markkinoille pääsyyn, mukaan lukien jakelu, mediat ja internet, sekä kuluttajien valintamahdollisuuksiin.

30. Komissio pani tämän perusteella 12.2.2004 vireille sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen virallisen tutkimusmenettelyn (sulautumamenettelyn vaihe II), koska ilmoitetun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan oli vakavia epäilyjä.

31. Sulautuma-asetuksen 11 artiklan 5 kohdan mukaisesti menettely keskeytettiin 7.4. ja 5.5.2004 väliseksi ajaksi, koska yrityskeskittymän osapuolet eivät olleet antaneet täydellistä vastausta komission tietopyyntöön. [24]

32. 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.

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

23 – Vrt. tämän ja seuraavien kohtien osalta valituksenalaisen tuomion 2 ja 7–11 kohta.

24 – Vrt. tästä kuulemismenettelystä vastaavan neuvonantajan loppukertomus (EUVL 2005, C 59, s. 2).

34. Komissio julisti 19.7.2004 tekemällään ensimmäisellä hyväksymispäätöksellä keskittymän yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi sulautuma-asetuksen 8 artiklan 2 kohdan nojalla. Hyväksyminen annettiin ilman ehtoja ja velvoitteita.

D *Asian käsittely ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa*

35. Impala valitti ensimmäisestä hyväksymispäätöksestä 3.12.2004 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen ja vaati kyseisen päätöksen kumoamista [25] sekä komission velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Komissio vaati puolestaan kanteen hylkäämistä ja Impalan velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Siinä yhteydessä sen vaatimuksia tukivat Bertelsmann ja Sony sekä Sony BMG Music Entertainment, joille ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kolmannen jaoston puheenjohtaja antoi 4.2.2005 luvan osallistua oikeudenkäyntiin väliintulijoina.

36. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi ensimmäisen hyväksymispäätöksen valituksenalaisella tuomiolla ja velvoitti komission vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä korvaamaan kolme neljännestä Impalan oikeudenkäyntikuluista.

25 – Impala vaati toissijaisesti ensimmäisen hyväksymispäätöksen kumoamista tietyiltä osin; vrt. tästä valituksenalaisen tuomion 29 kohdan kolmas luetelmakohta.

Väliintulijat velvoitettiin vastaamaan omista kuluistaan.

E *Valitusmenettely*

37. Bertelsmann ja Sony (jäljempänä myös valittajat) vaativat yhteisellä valituksellaan, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 13.7.2006, yhteisöjen tuomioistuinta

– kumoamaan valituksenalaisen tuomion

– hylkäämään Impalan vaatimuksen, joka koskee komission päätöksen kumoamista, tai toissijaisesti palauttamaan asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen uudelleen käsiteltäväksi ja

– velvoittamaan Impalan korvaamaan tästä oikeudenkäynnistä aiheutuvat oikeudenkäyntikulut.

38. Sony BMG Music Entertainment yhtyy kaikilta osin valitukseen sekä Bertelsmannin ja Sonyn vaatimuksiin.

39. Komissio vaatii yhteisöjen tuomioistuinta

– kumoamaan valituksenalaisen tuomion

– hylkäämään ensimmäisestä hyväksymispäätöksestä nostetun kumoamiskanteen tai toissijaisesti palauttamaan asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen uudelleen käsiteltäväksi ja

– velvoittamaan Impalan korvaamaan tästä oikeudenkäynnistä komissiolle aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

40. Impala vaatii puolestaan yhteisöjen tuomioistuinta

– hylkäämään valituksen perusteettomana ja/tai jättämään sen osittain tutkimatta taikka jättämään sen kokonaan tutkimatta

– pitämään valituksenalaisen tuomion voimassa ja

– velvoittamaan muutoksenhakijat korvaamaan tästä oikeudenkäynnistä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

41. Valitusta käsiteltiin yhteisöjen tuomioistuimessa ensin kirjallisesti ja sittemmin 6.11.2007 suullisesti.

F *Uusi hallinnollinen menettely ja komission toinen hyväksymispäätös*

42. Sen jälkeen kun ensimmäinen hyväksymispäätös oli kumottu valituksenalaisella tuomiolla, komissio toteutti tässä asiassa uuden sulautumamenettelyn [26] (vrt. tältä osin myös sulautuma-asetuksen 10 artiklan 5 kohta), joka oli välttämätöntä toteuttaa *samanaikaisesti tämän valitusmenettelyn* kanssa, koska muutoksenhaulla ei ole lykkäävää vaikutusta (yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 60 artiklan 1 kohta).

43. Yrityskeskittymä ilmoitettiin näin ollen komissiolle 31.1.2007 uutta kilpailuoikeudellista tutkimusta varten, ja komissio aloitti 1.3.2007 sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun virallisen tutkimusmenettelyn (vaihe 2).

44. Sulautumamenettely päätettiin 3.10.2007 tehdyllä päätöksellä, jossa komissio totesi

26 – Vrt. näiden ja jäljempänä esitettävien tietojen osalta 1.3.2007 (IP/07/272) ja 3.10.2007 (IP/07/1437) päivätyt komission lehdistötiedotteet.

yrityskeskittymän uudelleen sulautumaasetuksen 8 artiklan 2 kohdan nojalla yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi (jäljempänä toinen hyväksymispäätös). Tämä hyväksyminen annettiin ilman ehtoja ja velvoitteita.

IV Valituksen tutkittavaksi ottamista koskevia alustavia kysymyksiä

45. Ennen valituksen asiakysymyksen tutkimista on annettava ratkaisu siitä, täyttävätkö sen yhteydessä esitetyt yksittäiset valitusperusteet tutkittavaksi ottamisen edellytykset (vrt. tästä jäljempänä A kohta), voidaanko niillä ylipäänsä saavuttaa valittajien tavoittelema päämäärä (vrt. B kohta) ja onko valittajien intressi valitusmenettelyn jatkamiseen lakannut komission sittemmin tekemän toisen hyväksymispäätöksen seurauksena (vrt. C kohta).

A *Yksittäisten valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset*

46. Impala kiistää kokonaan valituksen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymisen sillä perusteella, että siinä vaaditaan ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemän tosiseikkoja koskevan arvioinnin tutkimista.

47. Tämän väitteen osalta on asianmukaista muistuttaa arviointiperusteesta, joka ilmenee EY 225 artiklan 1 kohdasta ja yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan 1 kohdasta ja joka on vahvistettu muutoksenhakua koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä:[27] Muutosta voidaan hakea vain oikeuskysymyksiä koskevilta osin. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on yksin toimivaltainen määrittämään tosiseikaston ja arvioimaan sitä sekä todistusaineistoa, joten tosiseikaston ja todistusaineiston arviointi ei ole sellainen oikeuskysymys, että se kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin, lukuun ottamatta sitä tapausta, että tuomioistuimelle esitetty selvitys on otettu huomioon vääristyneellä tavalla.

48. Se, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin asettanut komission päätöksen perusteluille liiallisia vaatimuksia, onko se asettanut tosiseikkojen ja todistusaineiston arvioinnissaan oikeat edellytykset ja onko se kaiken kaikkiaan soveltanut tuomiossaan lainsäädäntöä oikein, on sitä vastoin oikeuskysymys, joka voi olla muutoksenhaun kohteena.[28] Vastaavasti se, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin luonnehtinut tosiseikkoja ja todistusaineistoa oikeudellisesti asianmukaisella tavalla ja tehnyt

27 – Vrt. mm. asia C-24/05 P, Storck v. SMHV, tuomio 22.6.2006 (Kok. 2006, s. I-5677, 36 kohta) ja asia C-25/05 P, Storck v. SMHV, tuomio 22.6.2006 (Kok. 2006, s. I-5719, 40 kohta); vrt. myös asia C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, tuomio 21.9.2006 (Kok. 2006, s. I-8725, 69 ja 70 kohta); asia C-328/05 P, SGL Carbon v. komissio, tuomio 10.5.2007 (Kok. 2007, s. I-3921, 41 kohta) ja asia C-167/06 P, Komninou ym. v. komissio, tuomio 25.10.2007 (40 kohta).

28 – Vastaavasti asia C-403/04 P, Sumitomo Metal Industries v. komissio, tuomio 25.1.2007 (Kok. 2007, s. I-735, 40 kohta); vrt. myös asiassa C-95/04 P, British Airways v. komissio, 23.2.2006 antamani ratkaisuehdotus (Kok. 2007, s. I-2331, 113 kohta). Vrt. erityisesti perusteluvelvollisuudelle asetetuista vaatimuksista asia C-188/96 P, komissio v. V, tuomio 20.11.1997 (Kok. 1997, s. I-6561, 24 kohta) ja asia C-166/95 P, komissio v. Daffix, tuomio 20.2.1997 (Kok. 1997, s. I-983, 35 kohta).

niiden perusteella oikeudellisesti hyväksyttäviä päätelmiä, on oikeuskysymys, joka yhteisöjen tuomioistuimen on tutkittava, [29] samoin kuin se, onko se noudattanut todistustaakkaa ja asian selvittämistä koskevia menettelysääntöjä. [30]

49. Jos otetaan tämä arviointiperuste lähtökohdaksi, ei voida katsoa, että nyt käsiteltävän valituksen tutkittavaksi ottamisen edellytykset eivät lainkaan täyttyisi, toisin kuin Impala väittää. Tältä osin on pikemminkin erotettava toisistaan viides valitusperuste ja muut valitusperusteet.

1. Viidennen valitusperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyminen

50. Aluksi on todettava viidennestä valitusperusteesta, joka koskee yhteisen määräävän markkina-aseman toteamisen edellytyksiä, että se koostuu johdanto-osasta [31] ja useista yksityiskohtaisista moitteista. [32]

51. *Johdanto-osassa* esitetään lähinnä kysymys siitä, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen itsensä asiassa Airtours vastaan komissio aikanaan kehittämiä yhteisen määräävän markkina-aseman toteamisen edellytyksiä [33] käsiteltävä eritasoisen ankarasti sen mukaan, onko kyseessä jo olemassa olevan määräävän markkina-aseman toteen näyttäminen vai ennusteen esittäminen siitä, onko keskittymän vuoksi olemassa yhteisen määräävän markkina-aseman luomisen vaara. Näin ollen tämä viidennen valitusperusteen johdanto-osa koskee Airtours-edellytysten tulkintaa. Se on oikeuskysymys, joka voi olla muutoksenhaun kohteena.

52. Tilanne on toinen niiden muiden *yksityiskohtaisten moitteiden* osalta, joihin on vedottu viidennen valitusperusteen yhteydessä ja jotka voidaan tiivistää seuraavasti: ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt huomiotta markkinoiden avoimuuden kannalta ratkaisevan tärkeät nettotukkuhinnat sekä hinnanalennusten merkityksen ja tarkastellut niiden sijasta yksinomaan listahintoja ja vähittäishintoja. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin johtaa hinnanalennusten avoimuuden myös virheellisesti näiden hinnanalennusten vaikutuksista keskimääräisiin nettohintoihin. Sen lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää avoimuutta arvioidessaan monimutkaisia hintarakenteita perusteettomasti merkityksettöminä. Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää vielä hintaeroja ja hintojen vaihteluja virheellisesti avoimuuskysymyksen kannalta merkityksettöminä.

29 – Asia C-185/95 P, Baustahlgewebe v. komissio, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8417, 23 kohta); edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, tuomion 69 kohta; edellä alaviitteessä 28 mainittu asia Sumitomo Metal Industries v. komissio, tuomion 39 kohta ja edellä alaviitteessä 27 mainittu asia SGL Carbon v. komissio, tuomion 41 kohta.

30 – Edellä alaviitteessä 29 mainittu asia Baustahlgewebe v. komissio, tuomion 24 kohta; alaviitteessä 27 mainittu asia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. komissio, tuomion 70 kohta; alaviitteessä 28 mainittu asia Sumitomo Metal Industries v. komissio, tuomion 38 ja 39 kohta; edellä alaviitteessä 27 mainittu asia SGL Carbon v. komissio, tuomion 41 kohta ja alaviitteessä 27 mainittu asia Komninou ym. v. komissio, tuomion 40 kohta.

31 – Valituskirjelmän 65–69 kohta.

32 – Valituskirjelmän 70–80 kohta.

33 – Vrt. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 25 kohta sekä edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 62 kohta.

53. Näillä yksityiskohtaisilla moitteilla ei todellisuudessa pyritä oikeuskysymysten tutkimiseen vaan pikemminkin siihen, että kyseenalaistetaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen nyt käsiteltävässä asiassa tekemät konkreettisia tosiseikkoja ja todistusaineistoa koskevat arvioinnit. Siihen, mikä todistusvoima listahinnoilla, vähittäishinnoilla, nettotukkuhinnoilla, keskimääräisillä nettohinnoilla, hinnanalennuksilla, hintarakenteiden monimutkaisuudella sekä tietyillä hintaeroilla ja hintojen vaihteluilla on tiettyjen markkinoiden avoimuuden arvioimisen kannalta, ei näet voida vastata yleissitovasti, vaan se riippuu kaikkia yksittäistapaukseen liittyviä seikkoja koskevasta konkreettisesta arvioinnista eli asianomaisten markkinoiden erityisolosuhteista.

54. Yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi tässä tapauksessa toisin sanoen korvata ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen konkreettisessa yksittäistapauksessa tekemä tosiseikastoa ja todistusaineistoa koskeva arviointi omalla arvioinnillaan. Tämä ei ole kuitenkaan sallittua muutoksenhaun yhteydessä. Yhteisöjen tuomioistuimessa voitaisiin mahdollisesti väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottanut tosiseikat tai todistusaineiston vääristyneellä tavalla huomioon tai että se on rikkonut johdonmukaisuuden sääntöjä tosiseikkoja ja todistusaineistoa koskevassa arvioinnissaan. Kumpaankaan *ei* ole kuitenkaan vedottu tässä tapauksessa, eikä näitä poikkeuksia lukuun ottamatta voi olla muutoksenhaun yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä arvioida itse, mikä todistusarvo on annettava markkinoiden avoimuutta arvioitaessa tämän tyyppisessä tapauksessa sellaisille tekijöille kuin listahinnat, vähittäishinnat, nettotukkuhinnat, keskimääräiset nettohinnat, hinnanalennukset, hintarakenteiden monimutkaisuus sekä tietyt hintaerot ja hintojen vaihtelut.

55. Edellä esitetyn perusteella viides valitusperuste on tutkittava ainoastaan sen johdanto-osan osalta mutta jätettävä tutkimatta yksityiskohtaisten moitteiden osalta.

2. Muiden valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttyminen

56. Muiden valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytykset täyttyvät sitä vastoin mielestäni kaikilta osin, koska niiden kohteena ei ole ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja ja todistusaineistoa koskeva arviointi sellaisenaan. Nämä valitusperusteet liittyvät pikemminkin *perusteisiin*, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut arvioidessaan ensimmäisen hyväksymispäätöksen laillisuutta. Sitä paitsi niiden kohteena ovat *näyttövaatimukset*, joita komissio asettaa keskittymien hyväksymisen edellytykseksi. Nämä kaikki ovat oikeuskysymyksiä, jotka voivat hyväksyttävästi olla muutoksenhaun kohteena.

3. Välipäätelmä

57. Kun siis viides valitusperuste voidaan tutkia vain johdanto-osan osalta, muut valitusperusteet on tutkittava kaikilta osin.

B *Valituksen soveltuvuus tavoitellun päämäärän saavuttamiseen*

58. Riippumatta edellä esitetystä yksittäisten valitusperusteiden tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä koskevasta kysymyksestä nyt käsiteltävässä asiassa tulee esiin lisäkysymys siitä, soveltuuko valitus ylipäänsä valittajien päämäärän eli valituksenalaisen tuomion kumoamisen saavuttamiseen. Yhtäältä valittajat ovat mahdollisesti laiminlyöneet riitauttaa valituksenalaisen tuomion ratkaisevat kohdat (vrt. tältä osin jäljempänä 1 jakso), ja toisaalta niiden valitus kohdistuu mahdollisesti sellaisiin tuomion perustelujen osiin, jotka eivät sisällä valituksenalaisen tuomion sisällön perustavanlaatuisia perusteluja (vrt. tältä osin 2 jakso).

1. Väite, jonka mukaan valittajat ovat laiminlyöneet riitauttaa valituksenalaisen tuomion ratkaisevat kohdat

59. Impala esittää aluksi, että valitus ei ole kaiken kaikkiaan omiaan johtamaan valituksenalaisen tuomion kumoamiseen, koska valittajat ovat laiminlyöneet riitauttaa valituksessaan valituksenalaisen tuomion ratkaisevat kohdat.

60. Impalan näkemyksen mukaan valituksessa on näet puututtu ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksiin, jotka koskevat jo olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman *vahvistumista*, kun siinä ei sitä vastoin arvostella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 528 kohdassa esittämiä toteamuksia yhteisen määräävän markkina-aseman mahdollisesta *luomisesta*. Vaikka siis valitus hyväksyttäisiin kaikilta osin, se ei – Impalan mukaan – voisi johtaa valituksenalaisen tuomion kumoamiseen, koska silloin 528 kohtaan sisältyvät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamukset ensimmäisen hyväksymispäätöksen muista oikeudellisista virheistä pysyisivät edelleen voimassa.

61. Nämä väitteet eivät vakuuta.

62. Valittajien on ilmoitettava täsmällisesti sekä se, miltä kaikilta osin tuomion kumoamista vaaditaan, että ne oikeudelliset perusteet ja perustelut, joihin erityisesti halutaan vedota tämän vaatimuksen tueksi. [34] Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että niiden pitäisi valitustaan laatiessaan keskittyä kaikkiin yksityiskohtiin valituksenalaisen tuomion jäsentelyssä ja riitautettava tämän tuomion jokainen osio erillisellä valitusperusteella.

63. Valittajat eivät ole nyt käsiteltävässä asiassa sanallakaan rajoittaneet valitustaan koskemaan yksinomaan kyseisen tuomion kohteena olevista osioista ensimmäiseen eli ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksiin, jotka koskevat olemassa olevan yhteisen määräävän aseman vahvistumista musiikkiäänitteiden markkinoilla. [35] Tällainen rajoitus ei myöskään vastaisi niiden ilmoittamaa tavoitetta saada valituksellaan

34 – Vakiintunut oikeuskäytäntö, vrt. mm. asia C-266/05 P, Sison v. neuvosto, tuomio 1.2.2007 (Kok. 2007, s. I-1233, 23 kohta) ja asia C-227/04 P, Lindorfer v. neuvosto, tuomio 11.9.2007 (Kok. 2007, s. I-6767, 45 kohta).

35 – Valituksenalaisen tuomion 44–481 kohta.

valituksenalainen tuomio kokonaan kumotuksi. Tämä tavoite on saavutettavissa vain siinä tapauksessa, että valituksen on ymmärrettävä kohdistuvan molempiin valituksenalaisen tuomion riidanalaisiin osioihin, [36] eli sekä jo olemassa olevan määräävän markkina-aseman vahvistumista koskevaan osioon että myös tällaisen aseman luomista koskevaan osioon.

64. Sitä, että valitus ei koske ainoastaan tuomion yhtä osiota, puoltavat myös valittajien valituskirjelmänsä alussa esittämät alustavat huomautukset. Lueteltaessa valituksenalaisen tuomion erityisen arvostelun kohteena olevia kohtia siinä viitataan nimenomaisesti tässä riidanalaiseen 528 kohtaan sekä lisäksi 533, 539 ja 541 kohtaan, joissa käsitellään niin ikään määräävän markkina-aseman *luomista* koskevaa kysymystä. [37] Lisäksi valittajat viittaavat valituksessaan useaan kertaan nimenomaisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 542 ja 543 kohdassa esittämään yleiseen päätelmään. [38]

65. Tämän perusteella ei voida väittää, että valitus koskisi ainoastaan jo olemassa olevan yhteisen määräävän markkina-aseman *vahvistumista* koskevia ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksia ja että se pitäisi sen vuoksi hylätä kokonaan tehottomana (ranskaksi ”inopérant”).

2. Valituksenalaisen tuomion perustelut, jotka eivät ole sen sisällön perustavanlaatuisia perusteluja

66. Tilanne on sitä vastoin toinen viidennen valitusperusteen johdanto-osan eli, kuten edellä mainittiin, [39] kyseisen valitusperusteen ainoan tutkittavan osan osalta.

67. Siinä esitetään lähinnä kysymys siitä, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen itsensä asiassa Airtours vastaan komissio aikanaan kehittämiä yhteisen määräävän markkina-aseman toteamisen edellytyksiä [40] käsiteltävä eritasoisen ankarasti sen mukaan, onko kyseessä jo olemassa olevan määräävän markkina-aseman toteen näyttäminen vai ennusteen esittäminen siitä, onko keskittymän vuoksi olemassa yhteisen määräävän markkina-aseman luomisen vaara. Ensin mainitussa tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin puoltaa vähemmän ankaraa Airtours-edellytysten soveltamista kuin jälkimmäisessä. [41]

68. Valittajien riitauttamisen pääasiallinen kohde on siten valituksenalaisen tuomion 251 kohta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esittää siinä, että (jo olemassa oleva) yhteinen määräävä markkina-asema ”voidaan tarvittaessa näyttää toteen epäsuorasti mahdollisesti hyvin heterogeenistenkin yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloon liittyvien merkkien, ilmenemismuotojen ja ilmiöiden muodostaman

36 – Sekä valituksenalaisen tuomion 44–481 kohta että 482–541 kohta.

37 – Valituskirjelmän 17 kohta. Vastaavat viittaukset sisältyvät erityisesti valituskirjelmän 26 ja 94 kohtaan sekä alaviitteeseen 6.

38 – Valituskirjelmän 17, 59 ja 81 kohta.

39 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 50–55 kohta.

40 – Vrt. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen 25 kohta sekä edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Airtours v. komissio, tuomion 62 kohta.

41 – Vastaavasti valituksenalaisen tuomion 249–253 kohta.

indisioiden ja todisteiden kokonaisuuden perusteella”.

69. Kuten valittajat ovat kuitenkin itsekin perustellusti huomauttaneet,[42] riidanalainen osio, samoin kuin niihin liittyvät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudelliset huomautukset, on esitetty sivumennen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei näet tutki koko osiossa, joka alkaa valituksenalaisen tuomion 245 kohdasta ja päättyy 253 kohtaan, esimerkiksi jotain Impalan ensimmäisessä oikeusasteessa esittämää pätemättömyysperustetta vaan esittää sivumennen toteamuksen yhteisen määräävän markkina-aseman toteamista koskevien edellytysten käsittelemisestä.

70. Tämä tulee erityisen ilmeiseksi, kun riidanalaista tuomion osiota luetaan yhdessä valituksenalaisen tuomion 254 kohdan kanssa. Siinä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin rajoittaa ensimmäisen hyväksymispäätöksensä tutkimuksen nimenomaan kysymykseen siitä, täyttyvätkö Airtours-edellytykset: ”– – ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin rajoittuu esitettyjä perusteita tutkiessaan ainoastaan selvittämään, että päätöksessä on sovellettu asianmukaisesti edellä mainitusta tapauksesta Airtours ilmeneviä edellytyksiä. – –” Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei sitä vastoin käsittele nimenomaisesti sitä kysymystä, voidaanko määräävän markkina-aseman olettaa olevan olemassa myös ”ilman että olisi tarpeen osoittaa konkreettisesti markkinoiden avoimuus”. Tätä kysymystä ei ”käsitelty” ensimmäisessä oikeusasteessa.

42 – Valituskirjelmän 67 kohta.

71. Koska siis viidennen valitusperusteen johdanto-osa ei koske tuomion perustavanlaatuisia perusteluja vaan ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ylimääräisiä pohdintoja, se ei voi johtaa valituksenalaisen tuomion kumoamiseen. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti valituksen tämä osa on hylättävä tehottomana (”inopérant”).[43]

3. Välipäätelmä

72. Siten ainoastaan viides valitusperuste, siltä osin kuin se on ylipäänsä tutkittava, on hylättävä tehottomana. Kaikki muut valitusperusteet ovat sitä vastoin sellaisia, että niillä voidaan saavuttaa valittajien päämäärä.

C *Oikeussuojan tarpeen jatkuminen*

73. Niiden valitusperusteiden osalta, jotka tutkitaan ja jotka eivät ole tehottomia, on vielä annettava ratkaisu siitä, onko valittajien intressi valitusmenettelyn jatkamiseen sittemmin lakannut.

43 – Asia C-35/92 P, parlamentti v. Frederiksen, tuomio 18.3.1993 (Kok. 1993, s. I-991, 31 kohta); asia C-122/01 P, T. Port v. komissio, tuomio 8.5.2003 (Kok. 2003, s. I-4261, 17 kohta); yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005 (Kok. 2005, s. I-5425, 148 kohta) ja asia C-443/05 P, Common Market Fertilizers v. komissio, tuomio 13.9.2007 (Kok. 2007, s. I-7209, 137 kohta).

74. Oikeussuojan tarvetta koskevalla vaatimuksella varmistetaan prosessuaalisella tasolla, että tuomioistuinten käsiteltävinä ei ole täysin hypoteettisia oikeuskysymyksiä, joista niiden pitäisi antaa lausunto. Oikeussuojan tarve on siten pakottava tutkittavaksi ottamisen edellytys, joka on tutkittava viran puolesta ja jolla voi olla merkitystä menettelyn eri vaiheissa. Siten oikeussuojan tarpeen on oltava epäilyksettä olemassa jo kanteen nostamishetkellä tai valituksen jättöhetkellä, mutta sen on pysyttävä voimassa tämän ajankohdan jälkeenkin siihen saakka, kunnes tuomioistuin ratkaisee asian. [44]

75. Jotta valittajalla olisi oikeussuojan tarve, valituksen on voitava mahdollisesti tuottaa valittajalle jotakin hyötyä. [45]

76. Valittajilla oli kiistatta valituksen jättöhetkellä oikeussuojan tarve. Siitä lähtien, kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi ensimmäisen hyväksymispäätöksen, Bertelsmannilla ja Sonylla ei näet ollut keskittymäänsä varten taannehtivasti sulautuma-asetuksen mukaan vaadittavaa hyväksymistä. Valituksessa vaadittu valituksenalaisen tuomion kumoaminen olisi voinut saada tämän hyväksymisen jälleen voimaan. Valitus olisi siten voinut antaa niille tämän hyödyn.

77. Toisen hyväksymispäätöksen tekemisestä lähtien keskittymään osallistuvilla yrityksillä on kuitenkin jälleen sulautuma-asetuksen mukainen hyväksyminen keskittymälleen. Tämän toisen hyväksymisen määräysosa ei jää millään tavoin jälkeen ensimmäisestä, koska molemmissa keskittymä julistettiin yhteismarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi ilman ehtoja ja määräyksiä. Myös ensimmäisen hyväksymispäätöksen kumoamisesta lähtien vallinnut *epävarmuuden tila*, jonka vuoksi keskittymään osallistuvat yritykset ja markkinat eivät voineet olla varmoja siitä, oliko keskittymä toteutettu laillisesti, päättyi toistaiseksi keskittymän uuteen hyväksymiseen. Sulautuma-asetuksen 7 artiklan 5 kohtaan sisältyvän oikeudellisen näkemyksen mukaan [46] toinen hyväksymispäätös nimittäin vaikuttaa taannehtivasti niiden oikeustoimien toteuttamisajankohtaan, jotka tehtiin tämän keskittymän toteuttamiseksi (Ex tunc -vaikutus).

78. Tämä kaikki ei kuitenkaan välttämättä merkitse sitä, että nyt käsiteltävällä valituksella *ei olisi kohdetta*. Valitus ei näet kohdistu välittömästi komission ensimmäiseen hyväksymispäätökseen vaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaiseen tuomioon, joka on edelleen voimassa. Vastaavasti myöskään mahdollisuutta todeta, että lausunnon antaminen asiassa raukeaa (työjärjestyksen 92 artiklan 2 kohta), ei voida

44 – Vrt. oikeussuojan tarpeesta muutoksenhaussa asia C-19/93 P, Rendo ym. v. komissio, tuomio 19.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3319, 13 kohta); vastaavasti oikeussuojan tarpeesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa asia C-362/05 P, Wunenburger v. komissio, tuomio 7.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4333, 42 kohta) ja asia T-28/02, First Data ym. v. komissio, määräys 17.10.2005 (Kok. 2005, s. II-4119, 35–37 kohta).

45 – Edellä alaviitteessä 44 mainittu asia Rendo ym. v. komissio, tuomion 13 kohta; asia C-174/99 P, parlamentti v. Richard, tuomio 13.7.2000 (Kok. 2000, s. I-6189, 33 kohta) ja asia C-277/01 P, parlamentti v. Samper, tuomio 3.4.2003 (Kok. 2003, s. I-3019, 28 kohta).

46 – Koska riidanalainen yrityskeskittymä toteutettiin sellaisena ajankohtana, jona ensimmäinen hyväksymispäätös oli vielä voimassa, sulautuma-asetuksen 7 artiklan 5 kohta ei todellisuudessa ole sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan. Tämän säännöksen taustalla olevaa ajatusta epävarmasta tehottomuudesta ja epävarman tilan taannehtivasta korjaamisesta hyväksymispäätöksellä voidaan kuitenkin soveltaa myös nyt käsiteltävässä asiassa.

soveltaa valituksen käsittelyyn (vrt. työjärjestyksen 118 artikla). [47]

79. Samoin toisen hyväksymispäätöksen olemassaolo herättää kysymyksen siitä, voivatko valittajat saavuttaa valituksella vielä hyötyä, eli onko heillä siis vielä intressi valitusmenettelyn jatkamiseen.

80. Yksistään se seikka, että valittajat velvoitettiin valituksenalaisessa tuomiossa vastaamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä aiheutuneista omista oikeudenkäyntikuluistaan, ei ole vielä peruste sille, että niillä olisi oikeussuojan tarve. Muutosta ei näet yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan 2 kohdan mukaan voida hakea vain oikeudenkäyntikuluja koskevan ratkaisun osalta. Samasta syystä yhteisöjen tuomioistuin jättää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäyntikuluista antamaa ratkaisua koskevan valitusperusteen tutkimatta, jos se on ainoa jäljelle jäävä peruste useista valitusperusteista ja on jo selvää, että mitkään muut valitusperusteet eivät menesty. [48] Perussäännön 58 artiklan 2 kohdan tarkoituksen mukaista ei voi olla myöskään se, että pelkkä intressi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäyntikuluista antaman ratkaisun kumoamiseen olisi peruste valitusmenettelyn jatkamiseen. Valitusmenettelyn jatkamiseen tarvitaan siten ensimmäisen oikeusasteen oikeudenkäyntikulut ylittävä valittajien oikeussuojan tarve.

81. Nyt käsiteltävässä asiassa valittajilla on kyllä ilmeinen intressi siihen, että ne saisivat mahdollisimman pian keskittymälleen hyväksymisen lisäksi myös *lainvoimaisen* hyväksymisen. Vasta tällöin keskittymään osallistuvilla yrityksillä ja markkinoilla ylipäänsä on näet lopullinen oikeusvarmuus siitä, onko keskittymä toteutettu laillisesti.

82. Toinen hyväksymispäätös ei voi tällä hetkellä antaa tätä oikeusvarmuutta, koska se ei tule lainvoimaiseksi lähitulevaisuudessa. Päätös on näet – sen lisäksi, että se on annettava tiedoksi niille, joille se on osoitettu (EY 254 artiklan 3 kohta) – julkaistava

47 – Tästä huolimatta yhteisöjen tuomioistuin toteaa toisinaan, että lausunnon antaminen valitusasiassa raukeaa, jos se toteaa, että valittaja on jo saavuttanut tavoitteensa (asia C-281/00 P, Una Film "City Revue" v. parlamentti ja neuvosto, määräys 23.10.2001, 4 ja 5 kohta ja asia C-313/00 P, Davidoff v. parlamentti ja neuvosto, määräys 23.10.2001, 4 ja 5 kohta), tai jos on selvää, että se ei voi enää saavuttaa sitä (asia C-13/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005, Kok. 2005, s. I-1113, 21–23 kohta; asia C-477/01 P(R), Reisebank v. komissio, määräys 27.2.2002, Kok. 2002, s. I-2117, 24–28 kohta ja asia C-480/01 P(R), Commerzbank v. komissio, määräys 27.2.2002, Kok. 2002, s. I-2129, 23–27 kohta). Kuten seuraavassa osoitan, nyt käsiteltävässä asiassa ei ole kuitenkaan kyseessä kumpikaan näistä tapauksista.

48 – Vrt. esim. asia C-396/93 P, Henrichs v. komissio, tuomio 14.9.1995 (Kok. 1995, s. I-2611, 66 kohta); yhdistetyt asiat C-302/99 P ja C-308/99 P, komissio ja Ranska v. TF1, tuomio 12.7.2001 (Kok. 2001, s. I-5603, 31 kohta); yhdistetyt asiat C-57/00 P ja C-61/00 P, Freistaat Sachsen ym. v. komissio, tuomio 30.9.2003 (Kok. 2003, s. I-9975, 124 kohta) ja asia C-301/02 P, Tralli v. EKP, tuomio 26.5.2005 (Kok. 2005, s. I-4071, 88 kohta).

Euroopan unionin virallisessa lehdessä (sulautuma-asetuksen 20 artiklan 1 kohta). Vasta tällaisen julkaisemisen jälkeen,[49] jota tähän mennessä ei ole vielä tapahtunut, alkaa kanteen nostamisen määräaika ylipäänsä kulua kolmansien osapuolten osalta.[50] Yleistä kanteen nostamisen määräajan alkamista voidaan kolmansien osapuolten osalta aikaistaa vain siinä tapauksessa, että toinen hyväksymispäätös julkaistiin kokonaisuudessaan suurelle yleisölle jo aikaisempana ajankohtana jollain toisella tavalla, esimerkiksi internetissä, tai että Euroopan unionin virallisessa lehdessä viitattiin tähän asianmukaisesti.[51] Sitä vastoin pelkästään se seikka, että päätöksen sanamuoto annettiin jollekin yksittäiselle kolmannelle osapuolelle eli Impalalle mahdollisesti etukäteen tiedoksi ei-luottamuksellisena versiona, ei vaikuta kanteen nostamisen määräajan alkamiseen[52] eikä siten myöskään ajankohtaan, jona päätös mahdollisesti tulee lainvoimaiseksi.[53]

83. Mikäli ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumoaisi myös toisen hyväksymispäätöksen jonkin kolmannen osapuolen nostamasta kanteesta, syntyisi lisäksi jälleen epävarmuuden tila, jonka vallitessa keskittymään osallistuvilla yrityksillä ei olisi keskittymäänsä varten minkäänlaista sulautuma-asetuksessa säädettyä hyväksymistä. Tällainen useita kuukausia tai jopa vuosia kestävä epävarmuuden tila saattaisi vaikuttaa kielteisesti keskittymään osallistuviin yrityksiin ja markkinoihin kaiken kaikkiaan.

84. Jotta vältettäisiin mahdollisimman hyvin uusi epävarmuuden tila ja sen kielteiset vaikutukset, on valittajien kannalta erityisen tärkeää, että nyt käsiteltävää valitusmenettelyä jatketaan ja annetaan mahdollisimman pian yhteisöjen tuomioistuinten lopullinen ratkaisu *ensimmäisen hyväksymispäätöksen* laillisuudesta. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei valituksen menestyessä itse ratkaisisi asiaa lopullisesti vaan palauttaisi asian

49 – Tarkemmin sanoen EY 230 artiklan viidennen kohdan mukainen kanteen nostamisen määräaika alkaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 102 artiklan 1 kohdan mukaan päätöksen julkaisemista Euroopan unionin virallisessa lehdessä seuraavan neljännentoista päivän päätyttyä. Tämä tosin edellyttää, että EUVL:ssä julkaistaan ei-luottamuksellinen versio päätöksen perusteluista täydessä laajuudessa tai että ne joka tapauksessa asetetaan samaan aikaan internetiin yleisön saataville. Mikäli näin ei ole, kanteen nostamisen määräaika alkaa kulua vasta sitten, jos tällainen täydellinen versio on potentiaalisen kantajan saatavilla – ellei tätä ole jo muutenkin tapahtunut (vastaavasti asia 236/86, Dillinger Hüttenwerke v. komissio, tuomio 6.7.1988, Kok. 1988, s. 3761, 14 kohta).

50 – Asia T-110/97, Kneissl Dachstein v. komissio, tuomio 6.10.1999 (Kok. 1999, s. II-2881, 41 ja 42 kohta); asia T-123/97, Salomon v. komissio, tuomio 6.10.1999 (Kok. 1999, s. II-2925, 42 ja 43 kohta) ja asia T-264/03, Schmoldt ym. v. komissio, määräys 25.5.2004 (Kok. 2004, s. II-1515, 51–53 ja 56 kohta).

51 – Asia T-17/02, Olsen v. komissio, tuomio 15.6.2005 (Kok. 2005, s. II-2031, 80 kohta), joka on vahvistettu asiassa C-320/05 P, Olsen v. komissio, määräys 4.10.2007, ja asia T-321/04, Air Bourbon v. komissio, määräys 19.9.2005 (Kok. 2005, s. II-3469, 34 ja 37 kohta).

52 – Edellä alaviitteessä 51 mainittu asia Olsen v. komissio, tuomion 81 kohta. Vrt. sen ajankohdan toissijaisuudesta, jona kantaja saa Euroopan unionin virallisesta lehdestä tiedon julkaistavasta päätöksestä, myös asia C-122/95, Saksa v. neuvosto, tuomio 10.3.1998 (Kok. 1998, s. I-973, 35 kohta) ja asia T-296/97, Alitalia v. komissio, tuomio 12.12.2000 (Kok. 2000, s. II-3871, 61 kohta) sekä asia T-392/05, MMT v. komissio, määräys 11.12.2006 (25 kohta).

53 – Vain täydellisyyden vuoksi on vielä mainittava, että ei ole mahdollista, että jonkin kolmannen osapuolen osalta sovellettava kanteen nostamisen määräaika alkaisi kulua päätöksen *virallisesta tiedoksi antamisesta* tälle kolmannelle osapuolelle. EY 254 artiklan 3 kohdan mukaan päätökset annetaan näet tiedoksi vain ”niille, joille ne on osoitettu”. Näitä ovat sulautumamenettelyissä keskittymään osallistuvat yritykset ja jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset; vastaavasti – tulevia tapauksia varten – nyttemmin sulautuma-asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 8 kohta.

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaistavaksi sen vuoksi, että asia ei ole ratkaisukelpoinen (yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan 1 kohta), olisi erittäin todennäköistä, että lopullinen tuomioistuimen ratkaisu *ensimmäisen* hyväksymispäätöksen laillisuudesta annettaisiin aikaisemmin kuin ratkaisu *toisen* hyväksymispäätöksen laillisuudesta.

85. Näin ollen myös joutuisuusvaatimus, joka on yhteisön tasolla yrityskeskittymien valvonnalle ominainen vaatimus, [54] puoltaa tämän valitusmenettelyn jatkamista. Tällä tavoin voidaan lisäksi estää se, että kolmansien osapuolten kumoamiskanteilla viivytetään keskittymään osallistuvien yritysten oikeusvarmuuden saavuttamista pidempään kuin on välttämätöntä.

86. Kaiken kaikkiaan katson siis, että tällä hetkellä yhteisöjen tuomioistuimen tuomiosta saattaa täysin olla vielä hyötyä valittajille ja että niillä on siten riittävä oikeussuojan tarve tämän valitusmenettelyn jatkamiseen.

87. Mikäli sitä vastoin toisesta hyväksymispäätöksestä tulisi lainvoimainen suullisen käsittelyn päättymisen jälkeen mutta ennen kuin yhteisöjen tuomioistuin tekee ratkaisun nyt käsiteltävässä asiassa, tämän pitäisi tällä hetkellä käytettävissäni olevien tietojen mukaan johtaa siihen, että valittajilla ei olisi enää oikeussuojan tarvetta. Pitäisin kuitenkin välttämättömänä, että oikeudenkäynnin osapuolia kuultaisiin uudelleen oikeussuojan tarvetta koskevasta kysymyksestä.

88. Mielestäni suullisessa käsittelyssä kursorisesti esitetty ajatus siitä, että tämän asian käsittelyä pitäisi jatkaa jo sen vuoksi, että komissio tukee tässä tapauksessa yksittäisiä Bertelsmannin ja Sonyn esittämiä valitusperusteita, ei ole vakuuttava. Yhteisön toimielimet ovat kyllä etuoikeutettuja niiden itsensä tekemien valitusten osalta (yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 56 artiklan 2 ja 3 kohta) erityisesti siinä mielessä, että niiden ei tarvitse näyttää toteen oikeussuojan tarvetta tällaisten valitusten osalta. [55] Jos toimielin ei sitä vastoin itse ole valittaja vaan ainoastaan osallistuu asian käsittelyyn, pelkästään se, että sillä on intressi valitusmenettelyn lopputulokseen ja siihen, että yhteisöjen tuomioistuin selvittää tiettyjä oikeuskysymyksiä, ei voi korvata esimerkiksi valittajien puuttuvaa oikeussuojan tarvetta.

V Valituksen perusteltavuus

89. Valittajat riitauttavat valituksenalaisen tuomion kaiken kaikkiaan seitsemällä valitusperusteella. Niissä esitetään yhteisön tason yrityskeskittymien valvontaa koskevan järjestelmän kannalta perustavanlaatuisen tärkeitä oikeuskysymyksiä. Vaikka nämä

54 – Vrt. tästä ratkaisuehdotuksen 12 kohta.

55 – Asia C-49/92 P, komissio v. Anic Partecipazioni, tuomio 8.7.1999 (Kok. 1999, s. I-4125, 171 kohta) ja asia C-141/02, komissio v. max.mobil, tuomio 22.2.2005 (Kok. 2005, s. I-1283, 48 kohta).

oikeuskysymykset liittyvät vielä ”vanhaan” sulautuma-asetukseen, niiden ratkaisemisella on merkitystä myös uudelleen laaditun EY-sulautuma-asetuksen (asetus N:o 139/2004) kannalta, koska nämä kaksi asetusta eivät eroa olennaisesti toisistaan tässä asiassa riidanalaisten seikkojen kannalta.

90. Koska yksittäiset valitusperusteet ovat osittain päällekkäisiä, on tarkoituksenmukaista ryhmitellä ne sisällön perusteella ja vastaavasti tutkia ne muutetussa järjestyksessä. Ainoastaan viidettä valitusperustetta ei tarvitse jäljempänä enää käsitellä, koska se on edellä esitetyn mukaisesti osittain jätettävä tutkimatta ja se on osittain tehoton (”inopérant”). [56]

A *Komission hyväksymispäätöksiltä edellytetyt selvitykset ja perustelut (ensimmäinen, toinen, kolmas ja kuudes valitusperuste)*

91. Ensimmäinen, toinen, kolmas ja kuudes valitusperuste koskevat konkreettisesti selvityksiä ja perusteluja, joihin komission on ryhdyttävä, kun se hyväksyy yrityskeskittymän.

56 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 50–55 ja 66–71 kohta.

92. Valittajat katsovat lähinnä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ylittänyt oikeudelliset vaatimukset, joita asetetaan komission hyväksymispäätökselle ja niiden valvonnalle tuomioistuimissa. Komissio tukee niitä osittain tässä yhteydessä. [57] Impala sitä vastoin puolustaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaista tuomiota kaikilta osin.

1. Hyväksymispäätösten perusteleminen yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä (kuudennen valitusperusteen ensimmäinen ja kolmas osa)

93. Aloitan tutkimukseni kuudennen valitusperusteen ensimmäisestä ja kolmannesta osasta. [58] Valittajat vetoavat niissä siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asettanut siinä virheellisiä ja liian korkeita vaatimuksia komission yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tekemien hyväksymispäätösten perusteluille.

94. Aluksi on selvitettävä, voidaanko komission hyväksymispäätökset ylipäänsä kumota

57 – Komissio tukee valitukseen antamansa vastauksen mukaan ensimmäistä ja toista valitusperustetta sekä kolmannen valitusperusteen ensimmäistä osaa.

58 – Siltä osin kuin kuudennessa valitusperusteessa väitetään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen viittauksia väitetiedoksiantoon virheellisiksi (kuudennen valitusperusteen toinen osa), tutkin sen myöhemmin ensimmäisen valitusperusteen yhteydessä (vrt. tämän ratkaisuehdotuksen 145–183 kohta). Siltä osin kuin kuudennen valitusperusteen kohteena ovat hyväksymispäätöksen sisällölle asetettavat vaatimukset (kuudennen valitusperusteen neljäs osa), se on päällekkäinen kolmannen valitusperusteen toisen osan ja neljännen valitusperusteen kanssa ja tutkitaan niiden yhteydessä (tämän ratkaisuehdotuksen 201–232 kohta tai 233–268 kohta).

riittämättömien perustelujen vuoksi. Mikäli tähän vastataan myöntävästi, on annettava ratkaisu siitä, miten laaja perusteluvelvollisuus on ja onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tehnyt tässä tapauksessa siltä osin oikeudellisen virheen.

a) Hyväksymispäätösten riitautettavuus perustelujen puuttumisen perusteella

95. Valittajat katsovat, että komission yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tekemää hyväksymispäätöstä ei voida ylipäänsäkään kumota perustelujen puuttumisen vuoksi.

96. Tämä näkemys ei vakuuta.

97. EY 253 artiklan mukaan komission päätökset on perusteltava. Tämä perusteluvelvollisuus perustuu oikeusvaltion periaatteeseen, ja se on vahvistettu hyvää hallintoa koskevan oikeuden yhteydessä myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohdassa. [59] Sillä ei ole ainoastaan tarkoitus mahdollistaa sitä, että yhteisöjen tuomioistuimet valvovat toimielinten toimia, vaan sillä pyritään myös kannustamaan toimielimiä itsevalvontaan ja saamaan ne pidättymään harkitsemattomista tai puutteellisesti suunnitelluista toimenpiteistä. Lisäksi päätösten perustelut edistävät hallintomenettelyn avoimuutta. [60]

98. Perusteluvelvollisuus ei missään tapauksessa koske ainoastaan päätöksiä, jotka ovat niille vastaisia, joille ne on osoitettu. Oikeusvaltion periaate ja hyvän hallinnon periaate edellyttävät pikemminkin myös sellaisten päätösten perustelemista, jotka ovat edullisia niille, joille ne on osoitettu. Tämä pätee erityisesti silloin, jos tällaiset päätökset saattavat vaikuttaa kielteisesti kolmansien osapuolten oikeuksiin ja etuihin, varsinkin kilpailuoikeuden alalla. Vastaavasti myöskään EY 253 artiklassa ja perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohdan kolmannessa luetelmakohdassa ei eroteta toisistaan päätöksiä, jotka ovat edullisia niille, joille ne on osoitettu, ja päätöksiä, jotka ovat niille vastaisia. Erityisesti yrityskeskittymien valvonnan kannalta tämä merkitsee sitä, että komission hyväksymispäätökset on perusteltava samalla tavoin kuin sen kieltopäätökset.

99. Perusteluvelvollisuuden loukkaaminen merkitsee olennaisen menettelymääräyksen rikkomista, ja siihen voidaan vedota esimerkiksi kumoamiskanteella yhteisöjen tuomioistuimissa EY 230 artiklan edellytysten täyttyessä.

59 – EYVL 2000, C 364, s. 1. Perusoikeuskirjalla ei tosin ole sellaisenaan vielä primäärioikeuteen verrattavia sitovia oikeusvaikutuksia, mutta oikeuksien myöntämisen lähteenä se antaa tietoa yhteisön oikeudessa taatuista perusoikeuksista; vrt. tästä myös asia C-540/03, parlamentti v. neuvosto, ns. perheenyhdistämistapaus, tuomio 27.6.2006 (Kok. 2006, s. I-5769, 38 kohta) ja kyseisessä asiassa 8.9.2005 antamani ratkaisuehdotuksen 108 kohta; lisäksi asia C-432/05, Unibet, tuomio 13.3.2007 (Kok. 2007, s. I-2271, 37 kohta).

60 – Vrt. avoimuusperiaatteen osalta myös EU 1 artiklan toinen kohta, jonka mukaan Euroopan unionissa ”päätökset tehdään mahdollisimman avoimesti”.

100. Sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohtaan, johon valittajat tässä tapauksessa vetoavat, ei sisälly mitään poikkeusta siitä, että päätökset voidaan riitauttaa perusteluvelvollisuuden loukkaamisen perusteella. Jo normihierarkiasta seuraa, että johdetun oikeuden säännöksillä ei voida rajoittaa primäärioikeuden, johon myös EY 230 ja EY 253 artikla kuuluvat, ulottuvuutta. Sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohtaa on pikemminkin tulkittava ja sovellettava ylemmäntasoisen oikeuden, erityisesti EY 230 ja EY 253 artiklan valossa. [61]

101. Muutoinkaan perusteluvelvollisuutta koskevan poikkeuksen käyttöönotto tai se, että komission hyväksymispäätökset olisivat perustelujen puuttumista koskevien väitteiden osalta ”koskemattomia”, ei missään tapauksessa vastaisi sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohdan sanamuotoa eikä sen tavoitteita ja sääntely-yhteyttä.

102. Asetuksen 10 artiklan 6 kohta johtaa ainoastaan *hyväksymistä koskevaan fiktioon* siltä varalta, että komissio ei tee ajoissa ratkaisua sille ilmoitetun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. [62] Säännös ei siis esimerkiksi vapauta komissiota sen lakisääteisestä velvollisuudesta [63] antaa nimenomainen ratkaisu kaikista sille ilmoitetuista keskittymistä perustellulla päätöksellä. [64] Säännöksessä säädetään päinvastoin avusta siltä varalta, että komissio ei ole noudattanut tätä velvollisuuttaan määräajassa.

103. Asetuksen 10 artiklan 6 kohta ilmaisee varmasti tämän lisäksi myös koko sulautumamenettelylle ominaisen joutuisuusvaatimuksen. Yhdessä samassa artiklassa säädettyjen ankarien menettelyä koskevien määräaikojen lisäksi tämä säännös edistää mahdollisimman nopeaa oikeusvarmuuden saavuttamista, mikä ei ole hyvä asia ainoastaan keskittymään osallistuvien yritysten vaan myös yleisesti markkinoiden kannalta.

104. Vastaavasti perusteltu oikeussuojan tarve ei voi ulottua niin pitkälle, että keskittymää koskeva päätös jää kokonaan tai osittain tuomioistuinvalvonnan ulkopuolelle. Vasta silloin, jos EY 230 artiklan viidennen kohdan mukainen kanteen nostamisen määräaika on päättynyt tai jos esimerkiksi nostettu kumoamiskanne ei menesty, keskittymän hyväksymisestä tulee lainvoimainen ja se saavuttaa lopullisen oikeusvarmuuden kaikkien osapuolten kannalta.

61 – Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön johdetun oikeuden säännöstä on tulkittava mahdollisuuksien mukaan siten, että se on yhteensopiva perustamissopimuksen ja yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden kanssa; vrt. yhdistetyt asiat 201/85 ja 202/85, Klensch ym., tuomio 25.11.1986 (Kok. 1986, s. 3477, Kok. Ep. VIII, s. 755, 21 kohta); asia C-98/91, Herbrink, tuomio 27.1.1994 (Kok. 1994, s. I-223, 9 kohta); asia C-1/02, Borgmann, tuomio 1.4.2004 (Kok. 2004, s. I-3219, 30 kohta) ja asia C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, tuomio 4.10.2007 (Kok. 2007, s. I-8075, 22 kohta).

62 – Tällöin pätee *olettama* siitä, että keskittymä on yhteismarkkinoille soveltuva (vrt. olettaman käsitteestä myös sulautuma-asetuksen 7 artiklan 1 ja 5 kohta).

63 – Tämä velvollisuus seuraa sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdasta ennakkotutkimusvaiheen osalta ja sulautuma-asetuksen 8 artiklan 1 kohdasta virallisen tutkimusmenettelyn osalta.

64 – Komissio vapautuu tästä velvollisuudesta ainoastaan siinä tapauksessa, että se siirtää sulautuma-asetuksen 9 artiklan mukaisesti asian jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten käsiteltäväksi, ja lisäksi siinä tapauksessa, että ilmoitus peruutetaan keskittymähankkeesta luopumisen vuoksi.

105. Toisin kuin valittajat katsovat, sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohta ei myöskään missään tapauksessa menetä käytännön tehoaan (”*effet utile*”) vain sen vuoksi, että – nimenomaista tai fiktioon perustuvaa – yrityskeskittymien hyväksymistä voidaan edelleen valvoa tuomioistuimissa. Sillä, että hyväksymisfiktio saattaa tulla voimaan, jos määräaika ylitetään (”giljotiinivaikutus”), on pikemminkin jokaisessa sulautumamenettelyssä kurinpidollinen vaikutus yrityskeskittymien valvontaviranomaisena toimivaan komissioon, eikä tätä pidä aliarvioida. [65] Lisäksi keskittymään osallistuvat yritykset saavat vapaasti toteuttaa keskittymänsä heti, kun komissio on hyväksynyt sen tai hyväksymisfiktio on tullut voimaan; [66] tätä mahdollisuutta ovat valittajatkin antamiensa tietojen mukaan käyttäneet.

106. Kaiken kaikkiaan teen näin ollen sen päätelmän, että yrityskeskittymän hyväksyminen – riippumatta siitä, tapahtuuko tämä nimenomaisesti vai implisiittisesti – voidaan kumota perusteluvelvollisuuden laiminlyönnin vuoksi.

65 – Sikäli kuin on havaittavissa, komissio on vasta yhden kerran Euroopan yrityskeskittymien valvonnan monivuotisessa historiassa – laskuvirheen vuoksi – myöhästynyt menettelylle asetetusta määräajasta (asia IV/M.330 – McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); vrt. tästä Von Koppenfels, U., teoksessa Drauz ja Jones (toim.), *EU Competition Law*, nide II – *Mergers and Acquisitions*, Leuven, 2006, 6.27 kohta.

66 – EY 242 artiklan ensimmäisen virkkeen mukaan kolmansien osapuolten mahdollisesti nostamilla kumoamiskanteilla ei ole lykkäävää vaikutusta.

b) Perusteluvelvollisuuden laajuus

107. Valittajat katsovat lisäksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tässä tapauksessa katsonut perusteettomasti, että ensimmäinen hyväksymispäätös oli riittämättömästi perusteltu. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siten toiminut yhteisöjen tuomioistuinten vakiintuneen oikeuskäytännön vastaisesti.

108. Riita koskee lähinnä sitä, miten yksityiskohtaisesti komission olisi pitänyt perustella ensimmäisessä hyväksymispäätöksessä toteamuksensa, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimet, jotta hintojen yhteensovittaminen olisi mahdollista. [67]

109. Tämä toteamus oli merkityksellinen komission arvioinnille siitä, että ei ollut riittäviä perusteita katsoa, että viidelle suurelle konsernille syntyisi yhteinen määräävä markkina-asema musiikkiäänitteiden eri kansallisilla markkinoilla ja että yrityskeskittymä ei tulevaisuudessakaan johtaisi tällaisen yhteisen määräävän markkina-aseman luomiseen. [68] Yrityskeskittymän hyväksyminen perustuu erityisesti tähän arviointiin.

67 – Vrt. tästä valituksenalaisen tuomion 278–325 kohta, erityisesti 287 ja 325 kohta.

68 – Ensimmäisen hyväksymispäätöksen 153, 158 ja 183 perustelukappale.

– Valituksenalainen tuomio

110. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut valituksenalaisessa tuomiossa ensimmäisen hyväksymispäätöksen eri kohtia siltä kannalta, sisältyykö niihin riittäviä perusteluja markkinoiden läpinäkymättömyyden toteamiseksi, ja on vastannut tähän kieltävästi.

111. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki aluksi ensimmäisen hyväksymispäätöksen markkinoiden avoimuutta käsittelevän erillisen osion [69] ja totesi, että komissio ”ei päätellyt – –, että markkinat olisivat läpinäkymättömät tai että ne eivät olisi riittävän avoimet, jotta yhteinen määräävä asema olisi mahdollinen”. Lisäksi komissio viittaa kyseisessä kohdassa ”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”. Tämän ensimmäisen hyväksymispäätöksen erityisen ”osion ei selvästikään voida yksinään katsoa perustelevan oikeudellisesti riittävällä tavalla väitettä, jonka mukaan markkinat eivät ole riittävän avoimet”. [70]

112. Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki komission toteamukset, jotka koskivat mahdollista ”yhteistä hintastrategiaa” [71] viiden suuren konsernin välillä, [72] ja tutki ne myös sellaisten seikkojen kannalta, jotka ovat omiaan selventämään väitetyn markkinoiden avoimuuden puuttumista. [73] Tässä yhteydessä se tutki sekä listahintoja että alennuksia (tavanomaiset alennukset ja kampanja-alennukset) koskevat komission tiedot. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi tältä osin ensinnäkin, että ”päätöksenkin sanamuodon mukaan listahinnat ovat – – yksi markkinoiden avoimuuden osatekijä”. [74] Toiseksi ”muutamilla kampanja-alennuksiin liittyvillä väitteillä – – 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”. [75] Lopuksi se toteaa, että ”myöskään pieniä maita koskeva osio ei sisällä perusteluja toteamukselle, jonka mukaan markkinat eivät kampanja-alennusten takia olisi avoimet”. [76]

113. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kaipasi erityisesti komission esiin tuomien kampanja-alennusten osalta ensimmäiseen hyväksymispäätökseen

69 – Ensimmäisen hyväksymispäätöksen perustelukappale. 111–113

70 – Valituksenalaisen tuomion 294 kohta.

71 – Ensimmäisen hyväksymispäätöksen 69 perustelukappaleen saksankielinen käännös on tältä osin epätarkka, koska siinä käytetään ilmaisun ”common price policy” vastineena sanaa ”Preisabsprachen”.

72 – Nämä komission toteamukset sisältyvät lähinnä ensimmäisen hyväksymispäätöksen 74–80 perustelukappaleeseen; ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii siinä esitetyt tiedot Yhdistyneen kuningaskunnan tilanteesta päätöksen muiden perustelujen sijasta.

73 – Valituksenalaisen tuomion 295–324 kohta.

74 – Valituksenalaisen tuomion 303 kohta.

75 – Valituksenalaisen tuomion 320 kohta.

76 – Valituksenalaisen tuomion 324 kohta.

konkreettisia tietoja, jotka koskisivat esimerkiksi ”kampanja-alennusten luonnetta, olosuhteita, joissa niitä voidaan soveltaa, niiden läpinäkymättömyyden astetta, niiden laajuutta tai niistä hintojen avoimuudelle aiheutuvia vaikutuksia”.[77] Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin edelleen arvosteli, ”[komission väitteissä, jotka koskevat kampanja-alennuksia suurissa maissa,] 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”.[78]

– Arviointi

114. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole valitusmenettelyssä korvata ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ensimmäisestä hyväksymispäätöksestä esittämää arviointia omallaan. Yhteisöjen tuomioistuimen ei vastaavasti pidä esimerkiksi itse tutkia hyväksymispäätöstä ja arvioida, olivatko sen perustelut puutteelliset vai riittävät. Yhteisöjen tuomioistuimen on pikemminkin päätettävä, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tehnyt valituksenalaisessa tuomiossa omalta osaltaan oikeudellisen virheen tutkiessaan hyväksymispäätöksen perustelut, ja erityisesti, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin asettanut tutkimuksensa perusteeksi oikeat mutta liian ankarat edellytykset.

115. 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.[79]

116. Perusteluvelvollisuuden täyttymistä on arvioitava asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella, joita ovat muun muassa toimenpiteen sisältö, esitettyjen perustelujen luonne ja se tarve, jota niillä, joille päätös on osoitettu tai joita se koskee suoraan ja erikseen, voi olla saada selvennystä tilanteeseen. Perusteluissa ei tarvitse esittää kaikkia asiaan liittyviä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja siltä osin kuin sitä, ovatko päätöksen perustelut EY 253 artiklan mukaisia, tutkitaan paitsi päätöksen sanamuodon myös asiayhteyden ja kaikkien asiaa koskevien oikeussääntöjen suhteen.[80]

117. Sulautumamenettelyn erityisiin olosuhteisiin kuuluu aikapaine, joka komissioon kohdistuu sen osalta voimassa olevan

77 – Valituksenalaisen tuomion 289 kohdan viimeinen virke.

78 – Valituksenalaisen tuomion 320 kohdan viimeinen virke.

79 – Vrt. esim. asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink’s France, tuomio 2.4.1998 (Kok. 1998, s. I-1719, 63 kohta); yhdistetyt asiat C-138/03, C-324/03 ja C-431/03, Italia v. komissio, tuomio 24.11.2005 (Kok. 2005, s. I-10043, 54 kohta) ja edellä alaviitteessä 34 mainittu asia Sison v. neuvosto, tuomion 80 kohta.

80 – Edellä alaviitteessä 79 mainittu asia komissio v. Sytraval ja Brink’s France, tuomion 63 kohta; alaviitteessä 79 mainittu asia Italia v. komissio, tuomion 55 kohta, ja alaviitteessä 34 mainittu asia Sison v. neuvosto, tuomion 80 kohta.

joutuisuusvaatimuksen ja ankarien määräaikojen vuoksi. [81] Komissio saa myös kilpailuoikeutta koskevia päätöksiään perustellessaan ottaa huomioon kunkin yksittäistapauksen vaikeusasteen ja pitää siinä yhteydessä lähtökohtana markkinaolosuhteet tuntevien järkevien taloudellisten toimijoiden tietotasoa; [82] tämä pätee erityisesti silloin, jos päätös vaikuttaa sellaisten markkinaosapuolten oikeuksiin tai etuihin, jotka – kuten tässä tapauksessa Impala – ovat itse osallistuneet menettelyyn. [83] Valittajat ovat perustellusti viitanneet molempiin näkökohtiin.

118. Komissiolta ei näin ollen varmasti voida vaatia, että se ottaisi ilmoitettua keskittymää koskevassa päätöksessään kantaa myös sellaisiin kysymyksiin, jotka eivät selvästi mitenkään liity asiaan tai ovat merkityksettömiä tai selvästi toissijaisia. [84] Yleisesti tunnettuja seikkoja ei tarvitse erikseen mainita päätöksessä. Komission ei myöskään tarvitse perustella päätöstään tarkemmin, jos se on asianmukainen kulloisenkin tapauksen vaikeusasteeseen nähden ja vaikuttaa ehdottoman välttämättömältä markkinaolosuhteet tuntevan järkevän taloudellisen toimijan näkökulmasta.

119. Joka tapauksessa päätöksen perusteluista on aina ilmettävä selkeästi ja johdonmukaisesti kaikki ne tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevat toteamukset, joihin se perustuu. [85] Perustelut eivät siten saa olla niin niukat, että niiden selkeys ja vakuuttavuus heikentyy. [86] Niiden on oltava myös johdonmukaisia, [87] eikä niihin saa sisältyä sisäisiä ristiriitaisuuksia. [88]

120. Juuri tällaisia vakuuttavia, selvästi ilmeneviä ja ristiriidattomia perusteluja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuitenkin kaipaa tässä tapauksessa.

121. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin arvostelee tässä tapauksessa lähinnä yhtä epäkohtaa ensimmäisen hyväksymispäätöksen perusteluissa: se sisältää useita seikkoja, jotka *puoltavat* markkinoiden avoimuuden olemassaoloa, ja siinä myös selvitetään näitä perusteellisesti, [89] kun sitä vastoin

81 – Vrt. niiden ajallisten edellytysten vaikutuksesta perusteluvelvollisuuteen, joiden mukaisesti päätös annetaan, asia 16/65, Schwarze, tuomio 1.12.1965 (Kok. 1965, s. 1152, erityisesti s. 1167, Kok. Ep. I, s. 227); asia C-350/88, Delacre ym. v. komissio, tuomio 14.2.1990 (Kok. 1990, s. I-395, 16 kohta) ja edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Verband der freien Rohrwerke ym. v. komissio, tuomion 186 kohta.

82 – Vastaavasti yhdistetyt asiat 275/80 ja 24/81, Krupp Stahl v. komissio, tuomio 28.10.1981 (Kok. 1981, s. 2489, 13 kohta) ja – mediapolitiikan alan osalta – yhdistetyt asiat T-369/94 ja T-85/95, DIR International Film ym. v. komissio, tuomio 19.2.1998 (Kok. 1998, s. II-357, 119–121 kohta).

83 – Asia 32/86, SISMA v. komissio, tuomio 7.4.1987 (Kok. 1987, s. 1645, 9 kohta) ja asia T-266/94, Skibsværftsforeningen ym. v. komissio, tuomio 22.10.1996 (Kok. 1996, s. II-1399, 239 kohta).

84 – Edellä alaviitteessä 79 mainittu asia komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomion 64 kohdan viimeinen virke; vrt. myös yhdistetyt asiat C-465/02 ja C-466/02, Saksa ja Tanska v. komissio, ns. Feta-tapaus, tuomio 25.10.2005 (Kok. 2005, s. I-9115, 106 kohta) ja edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Verband der freien Rohrwerke ym. v. komissio, tuomion 186 kohdan viimeinen virke.

85 – Asia 6/54, Alankomaat v. korkea viranomainen, tuomio 21.3.1955 (Kok. 1955, s. 215, erityisesti s. 232); asia 24/62, Saksa v. komissio, tuomio 4.7.1963 (Kok. 1963, s. 143, erityisesti s. 155); asia 41/69, ACF Chemiefarma v. komissio, tuomio 15.7.1970 (Kok. 1970, s. 661, Kok. Ep. I, s. 455, 78 kohta) ja asia T-206/99, Métropole télévision v. komissio, tuomio 21.3.2001 (Kok. 2001, s. II-1057, 44 kohdan viimeinen virke).

86 – Edellä alaviitteessä 85 mainittu asia Saksa v. komissio, tuomion s. 155.

87 – Edellä alaviitteessä 85 mainittu asia ACF Chemiefarma v. komissio, tuomion 78 kohta.

88 – Edellä alaviitteessä 85 mainittu asia Saksa v. komissio, tuomion s. 156 ja asia 158/80, Rewe-Markt Steffen, ns. voiristeilyt-tapaus, tuomio 7.7.1981 (Kok. 1981, s. 1805, Kok. Ep. VI, s. 157, 26 kohta).

89 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 294, 303 ja 319 kohta, 320 kohdan toinen virke ja 321 kohdan viimeinen virke.

kampanja-alennuksiin liittyvistä tekijöistä, jotka oletettavasti puhuvat riittävää markkinoiden avoimuutta *vastaan*, esitetään vain heikkoja väittämiä. [90] Siinä yhteydessä ei selitetä, miksi kampanja-alennuksilla on merkitystä markkinoiden avoimuuden kannalta, eikä ole nähtävissä, miksi kampanja-alennukset sellaisenaan olisivat tärkeämpiä kuin kaikki muut päätöksessä kuvatut markkinoiden avoimuuden tekijät ja miten voitiin katsoa, että yhteistä määräävää asemaa varten edellytettyä avoimuutta ei ollut. [91] Tästä riippumatta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa sisäisiin ristiriitaisuuksiin päätöksen perusteluissa. [92]

122. Olen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kanssa samaa mieltä siitä, että komissio ei saa päätöksessä, jossa se on ensin kuvannut perusteellisesti useita markkinoiden avoimuuden *puolesta* puhuvia seikkoja, pitää tarkemmitta perusteluitta lähtökohtana sitä, että markkinat eivät ole avoimet. Mikäli ainoastaan yksi mainitsemisen arvoinen tekijä – tässä tapauksessa kampanja-alennukset – puhuu riittävän markkinoiden avoimuuden olemassaoloa *vastaan* ja siten yhteistä määräävää markkina-asemaa koskevaa olettamaa vastaan, on perusteltava erityisen hyvin, miten tämä tekijä vaikuttaa markkinoihin ja miksi juuri tämä tekijä voi olla tärkeämpi kuin kaikki muut markkinoiden avoimuutta puoltavat tekijät.

123. Ei ole varsinkaan riittävää esittää, että tietty tekijä johtaa tai *voisi johtaa* markkinoiden *vähäisempään* avoimuuteen; on pikemminkin vähintään selvitettävä, miksi juuri tämä tekijä tekee markkinoista niin läpinäkymättömät, että yhteisen määräävän markkina-aseman ei voida olettaa olevan olemassa. Muutoin päätöksen perustelut eivät ole vakuuttavia ja selvästi ilmeneviä. Juuri tähän on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin valituksenalaisessa tuomiossaan [93] perustellusti viitannut.

124. Yksinkertaistaen ilmaistuna yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tehtävässä päätöksessä, jossa tilannetta on kuvattu laajasti samalla tavoin kuin kieltopäätöksessä, on välttämätöntä esittää myös markkinaolosuhteet tuntevalle järkevälle lukijalle riittävän täsmällinen kuvaus seikoista, joiden perusteella näkemys on lopuksi muuttunut.

125. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamat perustelujen puutteet ovat erityisen painavia sen vuoksi, että oikeudenkäynnin osapuolten välillä kiistanalainen markkinoiden avoimuutta koskeva kysymys ei ollut pelkkä sivuseikka, vaan se oli erityisen tärkeä yrityskeskittymien valvontamenettelyn lopputuloksen kannalta. [94] Komission toteamus, jonka mukaan markkinat eivät olleet niin avoimet, koska hintoja olisi voitu sovittaa yhteen, oli keskeinen seikka sen ensimmäistä hyväksymispäätöstään

90 – Valituksenalaisen tuomion 289 kohdan viimeinen virke.

91 – Valituksenalaisen tuomion 320 kohdan toinen virke; vastaavasti valituksenalaisen tuomion 289 kohdan viimeinen virke.

92 – Valituksenalaisen tuomion 320 kohdan ensimmäinen virke.

93 – Vrt. vielä erityisesti valituksenalaisen tuomion 289, 294 ja 320 kohdan viimeiset virkkeet.

94 – Tämä erottaa nyt käsiteltävän asian edellä alaviitteessä 8 mainitusta asiasta Kaysersberg v. komissio (tuomion 159 ja 160 kohta), jossa väitetty perustelujen puuttuminen ei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mielestä liittynyt komission päätöksen olennaiseen osaan.

varten esittämissä pohdinnoissa.[95] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen perustellusti asettanut ensimmäisen hyväksymispäätöksen perusteluille korkeat vaatimukset ja tutkinut nämä perustelut perusteellisesti.

126. Korkeat vaatimukset olivat tässä yhteydessä perusteltuja myös sen vuoksi, että komissiolta edellytettiin markkinoiden avoimuuden osalta monitahoisten taloudellisten seikkojen arviointia, jota varten sillä – kuten yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä yleensäkin – on tiettyä harkintavaltaa.[96] Kun komissiolla on tällaista harkintavaltaa, on kuitenkin erityisen tärkeää, että hallinnollisissa menettelyissä noudatetaan yhteisön oikeusjärjestyksessä annettuja takeita. Näihin takeisiin kuuluu varsinkin oikeus siihen, että päätöksessä esitetään riittävät perustelut.[97]

127. Mikäli komissio ottaa harkintavaltansa käyttämisen yhteydessä huomioon tekijöitä, jotka vaikuttavat markkinoiden toimintatapaan, sen on mainittava nämä tekijät päätöksessään, minkä lisäksi sen on ilmoitettava myös niiden vaikutukset.[98]

128. Tätä näkemystä voidaan ilman muuta soveltaa myös kilpailuoikeuteen ja yrityskeskittymien valvontaan: jos komissio pitää keskittymää koskevan kilpailuoikeudellisen arviointinsa yhteydessä tiettyjä markkinoiden kannalta merkityksellisiä tekijöitä erityisen tärkeinä, nämä tekijät on mainittava sen päätöksessä, minkä lisäksi siinä on myös kuvattava riittävän tarkasti niiden vaikutukset asianomaisten markkinoiden toimintatapaan.

129. Tapauksessa, jossa kaikki muut tekijät viittaavat markkinoiden avoimuuteen, komission näkökulmasta ratkaisevaa, markkinoiden riittävää avoimuutta *vastaan* puhuvaa tekijää ei voida ainoastaan mainita ohimennen. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin perustellusti korostaa, komission on pikemminkin tuettava tämän tekijän vaikutuksia päätöksessään konkreettisilla toteamuksilla;[99] se ei saa ainoastaan turvautua epäröiden esitettyyn olettamaan siitä, että tämä tekijä ”*saattaisi* vähentää avoimuutta markkinoilla ja vaikeuttaa salaisia yhteisjärjestelyjä”,[100] eikä pelkkään arvioon siitä, että ”*vaikuttaa kuitenkin siltä,*

95 – Vrt. tältä osin valituksenalaisen tuomion 286 ja 289 kohta, joiden mukaan – ja myös komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämissä kirjelmissä edustaman näkemyksen mukaan – avoimuus on ”olennainen tai jopa ainoa perustelu väitteelle, jonka mukaan musiikkiäänitteiden markkinoilla ei ole olemassa yhteistä määräävää asemaa” (289 kohta).

96 – Edellä alaviitteessä 16 mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 223 kohta ja asia C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005 (Kok. 2005, s. I-987, 38 kohta); vrt. lisäksi edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 246 kohta ja asia T-210/01, General Electric v. komissio, tuomio 14.12.2005 (Kok. 2005, s. II-5575, 60 kohta).

97 – Asia C-269/90, Technische Universität München, tuomio 21.11.1991 (Kok. 1991, s. I-5469, Kok. Ep. XI, s. I-485, 14 kohta); yhdistetyt asiat C-258/90 ja C-259/90, Pesquerias De Bermeo ja Naviera Laida v. komissio, tuomio 7.5.1992 (Kok. 1992, s. I-2901, 26 kohta) ja asia C-525/04 P, Espanja v. Lenzing, tuomio 22.11.2007 (Kok. 2007, s. I-9947, 58 kohta). Vrt. lisäksi jo yhdistetyt asiat 36/59–40/59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft ym. v. korkea viranomainen, tuomio 15.7.1960 (Kok. 1960, s. 887, erityisesti s. 921 ja sitä seuraavat sivut).

98 – Vastaavasti esimerkkinä maatalouspolitiikasta asia C-358/90, Compagnia italiana alcool v. komissio, tuomio 7.4.1992 (Kok. 1992, s. I-2457, 42 kohta).

99 – Valituksenalaisen tuomion 289 kohdan viimeinen virke.

100 – Vrt. tästä ensimmäisen hyväksymispäätöksen 111 perustelukappale, jota siteerataan valituksenalaisen tuomion 289 kohdassa (kursivointi tässä).

että kampanja-alennukset ovat vähemmän avoimia kuin tavanomaiset alennukset”. [101]

130. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siten kaiken kaikkiaan esittänyt perustellusti, että komissio ei saa päätöksensä kannalta ratkaisevien tekijöiden osalta rajoittua pelkästään ”epämääräisiin väitteisiin”, [102] jotka on ”jätetty tukematta” ja jotka ovat ”melko rajoitettuja” [103] sekä lisäksi keskenään ristiriitaisia. [104]

131. Tämän perusteella katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä, kun se on todennut, että ensimmäinen hyväksymispäätös oli riittämättömästi perusteltu niiden komission toteamusten osalta, jotka koskivat markkinoiden läpinäkymättömyyttä. [105]

c) Muita seikkoja

132. Vain täydellisyyden vuoksi käsittelen seuraavassa vielä muutamia muita väitteitä, joita valittajat ovat esittäneet kuudennen valitusperusteensa yhteydessä.

133. Valittajat vetoavat ensinnäkin siihen, että hyväksymispäätöksen perusteluille pitäisi asettaa vähäisemmät vaatimukset kuin kieltopäätöksen perusteluille, koska kolmannet osapuolet, joiden asema on oikeudenkäynnissä heikompi, eivät voine odottaa samanlaista tarkkuutta perusteluissa kuin yrityskeskittymään osallistuvat yritykset silloin, jos keskittymä kielletään.

134. Tämä väite ei ole pitävä. EY 253 artiklassa ja perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohdan kolmannessa luetelmakohdassa ei aseteta erilaisia perusteluvaatimuksia sen mukaan, ovatko kyseessä päätökset, jotka ovat edullisia niille, joille ne on osoitettu, vai päätökset, jotka vaikuttavat niihin epäedullisesti.

135. Joka tapauksessa silloin, jos jokin kolmas osapuoli otetaan mukaan sulautumamenettelyyn ja komissio kuulee sitä virallisesti – kuten tilanne oli tässä tapauksessa Impalan osalta –, perusteluvelvollisuus palvelee myös sen oikeuksien ja etujen suojelua. Kolmas osapuoli voi silloin odottaa vähintään vakuuttavia, selvästi ilmeneviä ja ristiriidattomia perusteluja komission hyväksymispäätöstään varten tekemien olennaisten tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevien arviointien osalta. Tässä tapauksessa ovat kyseessä juuri nämä vähimmäisvaatimukset. [106]

101 – Vrt. tästä ensimmäisen hyväksymispäätöksen 80 perustelukappale, jota siteerataan valituksenalaisen tuomion 315 ja 316 kohdassa (kursivointi tässä).

102 – Valituksenalaisen tuomion 289 kohdan viimeinen virke.

103 – Valituksenalaisen tuomion 294 kohta.

104 – Valituksenalaisen tuomion 320 kohta.

105 – Valituksenalaisen tuomion 325 kohta.

106 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 119 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

136. Pitää tosin paikkansa, että yrityskeskittymien valvonnassa kolmansien osapuolten prosessioikeudelliseen asemaan liittyy *niiden kuulemisen osalta* vähäisemmät vaatimukset kuin keskittymän osapuolten asemaan. [107] Tästä ei voida kuitenkaan päätellä, että kolmannelle osapuolelle asetettaisiin rajoituksia myös *perustelujen puuttumiseen vetoamisen* osalta. Se, joka kykenee kolmantena osapuolena ylittämään kanteen nostamista koskevan oikeuden esteet sillä perusteella, että päätös koskee sitä suoraan ja erikseen, saa nostaa kanteen samoin edellytyksin kuin kaikki muutkin kantajat (EY 230 artiklan neljäs kohta); se saa vedota samoihin pätemättömyysperusteisiin kuin nämä, mukaan lukien perustelujen puuttumista koskevat perusteet.

137. Valittajat väittävät toiseksi, että sekä Impala että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ymmärsivät nyt käsiteltävässä asiassa vaikeuksitta ensimmäisen hyväksymispäätöksen perustelut. Ne päättelevät tästä, että kyseinen päätös oli riittävästi perusteltu.

138. Tämäkään väite ei vakuuta. Sitä, että kantaja kykenee esittämään riittävällä tavalla muut väitteensä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, on tosin todellakin pidettävä ensimmäisenä lähtökohtana riittäville perusteluille. [108] Se on kuitenkin vain kumottavissa oleva olettama.

139. Se, vastaavatko perustelut viime kädessä EY 253 artiklassa asetettuja oikeudellisia vaatimuksia, riippuu näet objektiivisista perusteista, joihin kuuluvat erityisesti olennaisten tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevien arviointien vakuuttavuus, selvä ilmenevyys ja ristiriidattomuus. [109] Jos jokin perustelu ei ole joltain olennaisilta osin vakuuttava, selvästi ilmenevä ja ristiriidaton, kuten tässä tapauksessa, asianomainen päätös on kumottava silloinkin, jos kantajan oikeussuojalle ei ole aiheutunut mitään vahinkoa sen muiden väitteiden osalta. Muutoin kantajan olisi käytännössä mahdotonta vedota menestyksellisesti perustelujen puuttumiseen kumoamiskanteella muiden pätemättömyysperusteiden yhteydessä.

140. Toisin kuin valittajat katsovat, ei ole muutoin missään tapauksessa sinänsä ristiriitaista, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tässä tapauksessa todennut samalla perustelujen puuttumisen ja komission ilmeisen arviointivirheen. Komission päätöksessä voi olla sekä muotovirheitä että myös aineellisoikeudellisia puutteita. Se, että päätöksen perustelut ovat puutteellisia – esimerkiksi vakuuttavuuden puuttumisen vuoksi –, ei sulje pois sitä, etteikö sama päätös voisi lisäksi olla sisällöltään virheellinen.

141. Valittajat vetoavat kolmanneksi siihen, että vahvistettaessa sulautumamenettelyssä tehtävälle päätökselle asetettavia vaatimuksia on otettava huomioon arkaluonteisten liiketoimintaa koskevien tietojen luottamuksellisuus. Tästä syystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen,

107 – Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Kaysersberg v. komissio, tuomion 105 kohta.

108 – Vastaavasti esim. asia C-342/03, Espanja v. neuvosto, tuomio 10.3.2005 (Kok. 2005, s. I-1975, 59 kohta) ja edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Kaysersberg v. komissio, tuomion 160 kohta.

109 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 119 kohta.

kun se on vaatinut valituksenalaisen tuomion 411 kohdassa komissiota julkaisemaan yksityiskohtaisia tietoja muiden suurten konsernien hinta- ja alennusstrategiasta.

142. Tämäkään väite ei vakuuta. Se perustuu ilmeisen virheelliseen tulkintaan valituksenalaisen tuomion 411 kohdasta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei näet missään tapauksessa edellyttänyt siinä komissiolta sitä, että sen pitäisi paljastaa yksittäisten markkinaosapuolten liikesalaisuuksia. Se näet ainoastaan hylkäsi – aivan oikein – komission perustelun, jonka mukaan tiettyjä lukuja ei olisi niiden luottamuksellisuuden vuoksi otettu lainkaan ensimmäiseen hyväksymispäätökseen. Liikesalaisuuksien säilyttämistä koskevaa velvoitetta (EY 287 artikla) ei näet voida tulkita niin laajasti, että sillä tehtäisiin tyhjäksi päätösten perustelemista koskeva vaatimus. [110]

143. Siltä osin kuin numeroaineisto sisältää liikesalaisuuksia, on kilpailuasioissa komission vakiintuneen käytännön mukaista, että nämä luvut korvataan sen päätöksessä ilmoittamalla niiden vaihteluväli tai että niistä tehdään muutoin yhteenveto tai selvitys. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa perustellusti siihen, [111] että komissio on esittänyt ensimmäisen hyväksymispäätöksensä muissa kohdissa erittäin tarkkoja numerotietoja yksittäisten markkinaosapuolten hintastrategiasta. [112]

110 – Yhdistetyt asiat 296/82 ja 318/82, Alankomaat ym. v. komissio, tuomio 13.3.1985 (Kok. 1985, s. 809, Kok. Ep. VIII, s. 107, 27 kohta).

111 – Valituksenalaisen tuomion 413 kohta.

112 – Vrt. tältä osin esim. ensimmäisen hyväksymispäätöksen 74, 81, 88, 95 ja 102 perustelukappale.

d) Välipäätelmä

144. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei siis ole kaiken kaikkiaan tehnyt oikeudellista virhettä, kun se on esittänyt tuomion 325 ja 542 kohdassa sen päätelmän, että ensimmäinen hyväksymispäätös oli riittämättömästi perusteltu ja että se oli tästä syystä kumottava. Kuudennen valitusperusteen ensimmäinen ja kolmas osa ovat siten perusteettomia.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen viittaukset väitetiedoksiantoon (ensimmäinen valitusperuste ja kuudennen valitusperusteen toinen osa)

145. Valittajat väittävät ensimmäisessä valitusperusteessaan ja kuudennen valitusperusteensa toisessa osassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottanut perusteettomasti väitetiedoksiannon ensimmäistä hyväksymispäätöstä koskevan tuomioistuimessa tehtävän tutkimuksen arviointiperusteeksi ja vaatinut komissiolta perusteettomasti, että sen pitäisi perustella, miksi se on mahdollisesti poikennut väitteistä päätöksessään.

146. Valituksenalaiseen tuomioon sisältyy kiistatta useita viittauksia väitetiedoksiantoon. Seuraavassa käsittelen ensi vaiheessa yleisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tulkintaa hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välisestä suhteesta ennen kuin toisessa vaiheessa tutkin lähemmin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen

konkreettiset viittaukset väitetiedoksiannon yksittäisiin kohtiin.

a) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen yleinen tulkinta hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välisestä suhteesta

147. Valittajat riitauttavat komission tukemana aivan yleisellä tasolla toteamukset, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on esittänyt hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välisestä suhteesta. Niiden näkemyksen mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt huomiotta väitetiedoksiannon luonteen ja tehtävän, mikä on ”värittänyt” tuomion loppuosaa.

– Valituksenalainen tuomio

148. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin muistuttaa perustelujen puuttumista koskevan väitteen perusteella tekemässään tutkimuksessa ennakkohuomautuksena, 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”. [113]

149. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuvaa keskittymälle lopulta annettua hyväksymistä ilmaisulla ”komission näkemyksen kääntyminen täysin vastakkaiseksi”, mikä ”voi vaikuttaa hämmästyttävältä, kun otetaan erityisesti huomioon se, miten myöhään se on tapahtunut”; [114] lisäksi se viittaa vaatimukseen, jonka mukaan sulautumamenettelyssä on noudatettava pakottavia määräaikoja, mikä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen näkemyksen mukaan ei anna komissiolle ”mahdollisuutta pitkittää tutkimustaan, jolloin näkemyksen perustavanlaatuinen muuttaminen on sitä epätodennäköisempää, mitä pidemmälle hallinnollinen menettely etenee”. [115]

– Oikeudellinen arviointi

150. Kuten kartellimenettelyissä, myös sulautumamenettelyssä on kunnioitettava puolustautumisoikeuksia ennen jokaisen sellaisen päätöksen tekemistä, joka voi olla asianomaisille yrityksille epäedullinen. [116]

151. Näihin puolustautumisoikeuksiin kuuluu erityisesti oikeus tulla kuulluksi, joka on yhteisön oikeuden perustavanlaatuinen

113 – Valituksenalaisen tuomion 282 kohta.

114 – Valituksenalaisen tuomion 282 ja 283 kohta.

115 – Valituksenalaisen tuomion 285 kohta.

116 – Asia T-87/96, Assicurazioni Generali ja Unicredito v. komissio, tuomio 4.3.1999 (Kok. 1999, s. II-203, 88 kohta).

periaate [117] ja joka on otettu nyttemmin myös perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohtaan. Tämä periaate on otettu sulautumamenettelyjä varten lisäksi tavanomaiseen oikeuteen sulautuma-asetuksen 18 artiklan 3 kohdan 2 alakohdassa.

152. Se, että asianomaisille yrityksille annetaan kartellimenettelyissä ja sulautumamenettelyissä kirjallisesti niin sanottu väitetiedoksianto, [118] ilmentää niiden oikeutta tulla kuulluksi. Tällä väitetiedoksiannolla annetaan niille mahdollisuus tutustua komission käytettävissä oleviin todisteisiin ja käyttää tehokkaasti puolustautumisoikeuksiaan. [119] Ne saavat tilaisuuden ottaa kantaa väitteisiin kirjallisesti ja perustellusta pyynnöstä myös suullisesti. [120] Sulautuma-asetuksen 18 artiklan 3 kohdan 1 alakohdassa todetaan lisäksi selvästi, että komissio saa perustaa päätöksensä vain niihin vastaväitteisiin, joista osapuolet ovat voineet esittää huomautuksensa.

153. Väitetiedoksiannon tehtävästä hallinnollisessa menettelyssä seuraa, että se on valmisteleva asiakirja, jossa tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista tehdyt arviot ovat täysin väliaikaisia. Tästä syystä komissio voi ja sen jopa täytyy ottaa huomioon hallinnollisessa menettelyssä esille tulleet seikat muun muassa luopuakseen sellaisista väitteistä, jotka ova osoittautuneet perusteettomiksi. [121]

154. Tätä väitetiedoksiannon väliaikaisuutta ei muuta myöskään se, että komissiolle on asetettu yrityskeskittymien valvonnan osalta ankarat määräajat, toisin kuin EY 81 ja EY 82 artiklan soveltamisalalla. Myös asianomaisten yritysten kannalta joutuisuusvaatimus johtaa sulautumamenettelyssä luonnollisesti erityisen lyhyisiin määräaikoihin, joiden kuluessa niiden on kyettävä käyttämään puolustautumisoikeuksiaan. Puolustautumisoikeuksien kattava suojaaminen edellyttää kuitenkin sitä, että asianomaisten sulautumamenettelyssä puolustuksekseen esittämät väitteet eivät saa tulla vähemmässä määrin huomioiduiksi kuin kartellimenettelyssä. Vastaavasti tällaisen väitteen esittäminen yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä voi johtaa komission kannan muuttumiseen yhtä hyvin kuin kartellimenettelyssä, myös aivan juuri ennen hyväksymis- tai kieltopäätöksen tekemiselle asetetun määräajan päättymistä.

155. Tämän perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin menetteli varmasti epäasianmukaisesti, kun se kuvasi juuri ennen ensimmäistä hyväksymispäätöstä tapahtunutta muutosta valituksenalaisessa

117 – Vakiintunut oikeuskäytäntö asiassa 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, 13.2.1979 annetusta tuomiosta (Kok. 1979, s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 9 ja 11 kohta) ja yhdistetyissä asioissa 100/80–103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, 7.6.1983 annetusta tuomiosta (Kok. 1983, s. 1825, Kok. Ep. VII, s. 133, 10 kohta) lähtien.

118 – Asetuksen N:o 447/98 13 artiklan 2 kohdan mukaan komissio ilmoittaa kirjallisesti väitteensä ilmoituksen tekeville osapuolille ja muille asianosaisille ja asettaa määräajan, jossa ne voivat esittää sille huomautuksensa kirjallisesti.

119 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia SGL Carbon v. komissio, tuomion 55 kohta.

120 – Vrt. sulautuma-asetuksen N:o 447/98 13 artiklan 2 kohta ja 14 artikla.

121 – 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, 67 kohta); vastaavasti jo edellä alaviitteessä 117 mainitut yhdistetyt asiat Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomion 14 kohta ja asia 142/84, BAT ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987 (Kok. 1987, s. 4487, 70 kohta).

tuomiossa ilmaisulla ”komission näkemyksen kääntyminen täysin vastakkaiseksi”, mikä vaikutti sen mielestä ”hämmästyttävältä”, koska se oli tapahtunut ”myöhään”, [122] ja kuvasi yleisesti, että komission kannan täydellinen muuttuminen on ”sitä epätodennäköisempää, mitä pidemmälle hallinnollinen menettely etenee”. [123]

156. Mikäli komissio muuttaa sille ilmoitettua yrityskeskittymää koskevaa arviointiaan osapuolten väitetiedoksiannon väitteisiin esittämän puolustuksen seurauksena, tämä tapauksen uusi käänne ei tapahdu missään tapauksessa ”myöhään” vaan sulautumamenettelylle tavanomaisena ajankohtana. Tällainen käänne ei ole myöskään ”hämmästyttävä” eikä ”epätodennäköinen” [124] vaan seurausta puolustautumisoikeuksien kunnioittamisesta ja osoitus siitä, että asianosaisten kuuleminen ei ole farssi.

157. Toisin kuin valittajat ja komissio, tästä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ehkä hieman epäonnistuneesta sanamuodosta huolimatta en kuitenkaan katso, että valituksenalaista tuomiota rasittaisi oikeudellinen virhe, jossa ilmenisi oikeudellisesti paikkansapitämätön peruskäsitys väitetiedoksiannon luonteesta ja tehtävästä.

158. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin näet korostaa samanaikaisesti, kun se viittaa siihen, että ”komission näkemyksen kääntyminen täysin vastakkaiseksi” vaikutti ”hämmästyttävältä”, koska se oli tapahtunut ”myöhään”, nimenomaisesti sitä, että väitetiedoksianto on valmisteluasiakirja myös yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä; se tunnustaa lisäksi, että EY 81 ja EY 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön mukaan komissio ei ole velvollinen selittämään mahdollisia poikkeamia väitetiedoksiannosta. [125]

159. Tästä syystä katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole viime kädessä jättänyt väitetiedoksiannon luonnetta ja tehtävää huomiotta niissä yleisissä huomioissa, joita se on esittänyt hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välisestä suhteesta.

160. Vaikka oletettaisiin, että tällainen oikeudellinen virhe on kuitenkin olemassa, tämä ei olisi hyväksyttävä peruste valituksenalaisen tuomion kumoamiselle, koska, kuten seuraavassa osoitan, [126] se ei ole johtanut ensimmäistä hyväksymispäätöstä koskevaan virheelliseen arviointiin eikä siten ole voinut etukäteen vaikuttaa valituksenalaisen tuomion sisältöön. [127]

122 – Valituksenalaisen tuomion 283 kohta.

123 – Valituksenalaisen tuomion 285 kohta.

124 – Euroopan yrityskeskittymien valvonnan historiassa on lukuisia esimerkkejä hyväksymispäätöksistä, joita edelsi väitetiedoksianto. Valittajat viittaavat tässä yhteydessä perustellusti esimerkiksi seuraaviin tapauksiin: COMP/M.1940 – Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum, COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 – BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 – MAN/Auwärter, COMP/M.2706 – Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 – Celanese/Degussa/European OXO Chemicals ja COMP/M.3216 – Oracle/Peoplesoft.

125 – Valituksenalaisen tuomion 284 ja 285 kohta; vastaavasti valituksenalaisen tuomion 300, 335, 410 ja 446 kohta.

126 – Tämän ratkaisuehdotuksen 161–182 kohta.

127 – Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu, että vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämät perustelut olisivatkin joiltain osin yhteisön oikeuden vastaisia, valitus on hylättävä, jos tuomiolauselman tueksi on esitetty sellaisia muita perusteluita, että siitä ilmenevä lopputulos on perusteltu (vrt. esim. asia C-167/04 P, JCB Service v. komissio, tuomio 21.9.2006, Kok. 2006, s. I-8935, 186 kohta; vastaavasti edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 89 kohta).

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen konkreettiset viittaukset väitetiedoksiantoon

161. On vielä tutkittava arvostelu, jota valittajat ja komissio ovat esittäneet useista konkreettisista viittauksista, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt väitetiedoksiantoon tutkiessaan ensimmäisen hyväksymispäätöksen laillisuuden. Ne väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olettama siitä, että ensimmäinen hyväksymispäätös on lainvastainen, perustuu virheellisesti päätöksen ja väitetiedoksiannon vertailuun sen sijaan että siinä keskityttäisiin yksinomaan päätökseen.

162. Tämäkään väite ei ole paikkansapitävä.

163. Valituksenalaisessa tuomiossa viitataan kyllä useaan kertaan väitetiedoksiantoon. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korostaa erityisesti monessa kohdassa, että komissio on ensimmäisessä hyväksymispäätöksessä lieventänyt [128] tai muuttanut [129] kuvaustaan ja arviointiaan tietyistä tosiseikoista väitetiedoksiantoon nähden.

164. Kuitenkin ainoastaan ensi arviolta voitaisiin katsoa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi ensimmäisessä hyväksymispäätöksessä toteamansa oikeudellisen virheen osalta tukeutunut pelkästään tällaisiin eroihin päätöksen ja väitetiedoksiannon välillä. Lähempi tarkastelu osoittaa näet, että sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteama perustelujen puuttuminen että myös sen toteama ilmeinen arviointivirhe on johdettu itse hyväksymispäätöksestä.

165. *Perustelujen puuttumisen* osalta on todettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamukset, jotka koskevat markkinoiden avoimuutta käsittelevää ensimmäisen hyväksymispäätöksen erityistä osiota, [130] eivät sisällä minkäänlaista viittausta väitetiedoksiantoon. [131] Muissakin perustelujen puuttumista koskevissa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksissa [132] viittaukset väitetiedoksiantoon ovat vähäisiä; niitä on ainoastaan valituksenalaisen tuomion 300, 302 ja 308 kohdassa, ja yksikään niistä ei ole ratkaiseva sen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksen kannalta, jonka mukaan ensimmäinen hyväksymispäätös on siinä esitetyn markkinoiden läpinäkymättömyyttä koskevan toteamuksen osalta riittämättömästi perusteltu:

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin nojautuu valituksenalaisen tuomion 308 kohdassa, joka koskee kauppiailta perittävien brutto- ja nettolistahintojen kehitystä, ensimmäisen hyväksymispäätöksen sisältöön. Se ei vertaa millään tavoin tätä päätöstä ja väitetiedoksiantoa keskenään eikä vastaavasti myöskään totea mitään eroa niiden välillä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

128 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 300, 302 ja 338 kohta.

129 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 378, 379, 398 ja 447 kohta.

130 – Ensimmäisen hyväksymispäätöksen 111–113 perustelukappale.

131 – Valituksenalaisen tuomion 289–294 kohta.

132 – Valituksenalaisen tuomion 295–324 kohta.

näyttää pikemminkin haluavan johtaa molemmista asiakirjoista saman lausuman; väitetiedoksianto tarjoaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle tältä osin siis ainoastaan lisäselvitystä niistä toteamuksista, jotka se johti itse päätöksestä.

– Myös valituksenalaisen tuomion 302 kohdan viittaus väitetiedoksiantoon on vain selventävä, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan ensimmäiseen hyväksymispäätökseen sisältyvä tukkulistahintoja koskeva lieventynyt arviointikin korostaa ”markkinoiden avoimuutta lisäävää seikkaa”.

– Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa itsekin välittömästi seuraavassa kohdassa nimenomaisen selvästi sen, että se – valituksenalaisen tuomion 300 kohdassa viitataan väitetiedoksiantoon – ei ollut ratkaisevaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perustelujen kannalta: ”*Vaikka otettaisiinkin huomioon ainoastaan päätökseen otetut huomautukset*, komissio on joka tapauksessa päätellyt, että listahinnat olivat melko yhdenmukaisia.” [133]

166. Mahdollisilla kyseisen päätöksen ja väitetiedoksiannon välisillä eroilla ei siten ollut mitään merkitystä sen kannalta, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi perustelujen puuttuvan, mikä jo sellaisenaan johti ensimmäisen hyväksymispäätöksen kumoamiseen. [134] Valittajien ja komission käsityksen vastaisesti väitetiedoksianto ei siten ollut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle tässä tapauksessa ensimmäisen hyväksymispäätöksen arviointiperuste.

167. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteaman *ilmeisen arviointivirheen* osalta valituksenalaisessa tuomiossa on kieltämättä enemmän viittauksia väitetiedoksiantoon; ne sisältyvät valituksenalaisen tuomion 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 ja 538 kohtaan. [135]

168. Valituksenalaisen tuomion 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 ja 538 kohtaan sisältyvät viittaukset väitetiedoksiantoon palvelevat kiistatta jälleen ainoastaan sen selventämistä ja täydentämistä, mitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli muutenkin päätellyt välittömästi jo ensimmäisestä hyväksymispäätöksestä. Se, että nämä viittaukset väitetiedoksiantoon ovat vain täydentäviä, ilmenee myös edellä mainittujen tuomion kohtien täytesanoista, kuten ”lisäksi”, ”komissiokin”, ”myös”, ”lisäksi”, ”ks. myös” ja ”tämä pätee erityisesti sen vuoksi, että ––”. Missään kohdassa ei arvostella millään tavoin hyväksymispäätöksen ja väitetiedoksiannon välistä ristiriitaa. Väitetiedoksianto *ei* ole ollut arviointiperusteena, kun

133 – Valituksenalaisen tuomion 301 kohta (kursivointi tässä).

134 – Valituksenalaisen tuomion 325 kohta.

135 – Valittajan ja komission lisäksi arvostelema valituksenalaisen tuomion 491 kohta sisältää tosin kiistatta myös viittauksen väitetiedoksiantoon. Siinä ei voida kuitenkaan ensi arviolta todeta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudellista virhettä, koska siinä ainoastaan tehdään yhteenveto Impalan esityksestä. Sen vuoksi tätä valituksenalaisen tuomion kohtaa ei tutkita lähemmin jäljempänä.

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut hyväksymispäätöksen.

169. Sama pätee valituksenalaisen tuomion 378 ja 379 kohtaan. Jos niitä luetaan yhdessä niitä välittömästi edeltävän valituksenalaisen tuomion 377 kohdan kanssa, myös niillä ainoastaan selvennetään ja täydennetään sitä, mitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on aiemmin – alennusten avoimuuden osalta – johtanut yksinomaan ja ainoastaan hyväksymispäätöksestä ja tiivistänyt seuraavasti: ”todisteet, sellaisina kuin ne mainitaan päätöksessä, eivät tue päätelmiä, joita niiden perusteella on tehty”. [136]

170. Ongelmallisemmilta vaikuttavat sitä vastoin valituksenalaisen tuomion 335, 398, 408–410, 419, 424, 446, 447, 451 ja 528 kohdan viittaukset väitetiedoksiantoon. Ensi arviolta vaikuttaa todellisuudessa siltä kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin haluaisi arvostella niissä komissiota siitä, että se on poikennut ensimmäisessä hyväksymispäätöksessään väitetiedoksiannosta ilman riittäviä selvityksiä. [137]

171. Sen oikeuskäytännön mukaan, johon myös valittajat ja komissio ovat viitanneet tässä oikeudenkäynnissä, komissio *ei ole velvollinen* selvittämään mahdollisia poikkeamia väitetiedoksiannostaan, koska väitetiedoksianto on valmisteluasiakirja, jossa tehdyt arviot ovat täysin väliaikaisia. [138] Komission kartellimenettelyssä tai sulautumamenettelyssä tehtävää päätöstä ei siten voida pitää oikeudellisesti virheellisenä ja kumota vain sillä perusteella, että se poikkeaa sisällöltään väitetiedoksiannosta ilman tarkempia selvityksiä.

172. Tämä ei tosin sulje pois sitä, että väitetiedoksiannosta poikkeava päätös voi olla oikeudellisesti virheellinen *muista syistä*, jotka liittyvät itse päätökseen, ja että se kumotaan sen vuoksi kanteen perusteella.

173. Tässä yhteydessä on muistutettava erityisesti siitä, että komissiolta edellytetään yrityskeskittymien valvonnassa monitahoisten taloudellisten seikkojen arviointia. Kuten edellä todettiin, sillä on tässä yhteydessä tiettyä harkintavaltaa, [139] mutta se on kuitenkin aina yhteisöjen tuomioistuinten valvonnan alainen. Niiden 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 ar-

136 – Valituksenalaisen tuomion 377 kohta.

137 – Jäljempänä kiinnitän erityistä huomiota valituksenalaisen tuomion 335 kohtaan, koska valittajat ovat arvostelleet sitä erityisen painokkaasti. Huomioni koskevat kuitenkin muitakin kyseisiä valituksenalaisen tuomion kohtia vastaavalla tavalla.

138 – Edellä alaviitteessä 121 mainittu asia BAT ja Reynolds v. komissio (tuomion 70 kohta).

139 – Vrt. tältä osin alaviitteessä 96 mainittu oikeuskäytäntö.

vioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty. [140]

174. Vaikka siis komission ei tarvitse selittää päätöksessään, jonka se tekee yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, miksi se on poikennut väitetiedoksiantonsa sisällöstä, sen päätöksestä on kuitenkin ilmettävä kolme seikkaa:

– ensinnäkin, että päätöksen taustalla olevat tosiseikat olivat asiallisesti oikeita, ja erityisesti, että ne perustuivat luotettavaan ja johdonmukaiseen todistusaineistoon (*tosiseikkojen oikeellisuus*)

– toiseksi, että päätöksessä ei ole jätetty huomiotta mitään merkityksellisiä tietoja, jotka olisi pitänyt ottaa huomioon keskittymää arvioitaessa (*tosiseikkojen täydellisyys*), ja

– kolmanneksi, että päätöksen taustalla olevat tosiseikat tukevat niistä tehtyjä päätelmiä (*tosiseikkojen toteennäytettävyys*). [141]

175. Näyttö siitä, onko komissio ottanut jossain tietyssä tapauksessa asiaan vaikuttavat tiedot täydellisesti huomioon, voi ilmetä kaikista yksittäistapaukseen liittyvistä seikoista, erityisesti mistä tahansa asiakirjoista, jotka kuuluvat hallinnollisen menettelyn asiakirja-aineistoon. Näihin asiakirjoihin kuuluu erityisesti myös väitetiedoksianto. Väitetiedoksiannosta ilmenee näet yhteenveto kaikista tosiseikoista ja todisteista, joita komissio pitää menettelyn siinä vaiheessa ratkaisun kannalta merkittävinä.

176. Vastaavasti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis voinut olettaa valituksenalaisessa tuomiossa oikeudellista virhettä tekemättä, että vaikka väitetiedoksianto on valmisteluasiakirja, tämä ei merkitse sitä, että ”väitetiedoksiannolla ei olisi mitään arvoa tai merkitystä”. [142]

177. Epäilemättä menettelyn myöhemmässä vaiheessa saattaa – erityisesti keskittymään osallistuvien yritysten puolustuksekseen

140 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta ja alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 57 kohta.

141 – Vrt. näiden kolmen seikan osalta vielä edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta ja alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 57 kohta; vrt. erityisesti tosiseikkojen täydellisyyden osalta myös edellä alaviitteessä 97 mainittu asia Technische Universität München, tuomion 14 kohta; alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 58 kohta ja alaviitteessä 27 mainittu asia Komninou ym. v. komissio, tuomion 51 kohta, joissa korostetaan toimivaltaisen toimielimen velvollisuutta tutkia huolellisesti ja puolueettomasti kaikki käsiteltävänä olevan tapauksen kannalta merkitykselliset seikat.

142 – Valituksenalaisen tuomion 335 kohdan toiseksi viimeinen virke; vrt. myös kyseisen tuomion 410, 419 ja 446 kohta.

esittämien lausumien perusteella – ilmetä, että väitetiedoksiannon perustaksi otetut tosiseikat ja todisteet olivat epätäydellisiä tai paikkansapitämättömiä tai että ne eivät tukeneet niistä tehtyjä päätelmiä. Tämän tunnustaa perustellusti myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin, kun se toteaa valituksenalaisessa tuomiossa, että komissio on ”velvollinen ottamaan huomioon hallinnollisen menettelyn aikana kerätyt todisteet sekä asianomaisten yritysten esittämät lausumat ja hylkäämään väitteet, jotka loppujen lopuksi osoittautuvat perusteettomiksi”. [143]

178. Yhteisöjen tuomioistuimet tosin voivat varmistaa ja niiden täytyy varmistaa, onko komissio menettelyn myöhemmässä vaiheessa menetellyt perustellusti todetessaan paikkansapitämättömiksi tai epäluotettaviksi tietyt selvittämänsä tosiseikat, joihin se oli vielä väitetiedoksiannossaan tukeutunut, ja luopuessaan niistä. Samoin yhteisöjen tuomioistuimet voivat tutkia ja niiden täytyy tutkia, ovatko mahdolliset uudet tosiseikat, joihin komissio nyttemmin tukeutuu, asiallisesti oikeita, onko tällä tavoin selvitetty tosiseikasto täydellinen ja tukevatko ne komission tekemiä päätelmiä.

179. Yhteisöjen tuomioistuimilla on oltava mahdollisuus tarkistaa päätöksen perustana olevan tosiseikaston paikkansapitävyys, täydellisyys ja toteennäytettävyys. [144] Ilman tällaista päätöksen tosiseikaston tutkimista ei kyetä edes arvioimaan järkevällä tavalla, onko komissio pitäytynyt sen harkintavallalle asetetuissa rajoissa vai onko se tehnyt ilmeisen arviointivirheen.

180. Tästä syystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti tehnyt juuri tällaisen tutkimuksen valituksenalaisessa tuomiossa ja todennut siinä yhteydessä, että komission pitäisi ”kyetä selittämään – – ainakin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäynnin yhteydessä – – syyt, joiden vuoksi se katsoo alustavien arviointiensa olleen virheellisiä” ja etenkin ”päätökseen sisältyvien arviointien pitäisi olla yhteensopivia väitetiedoksiannossa tehtyjen tosiseikkoja koskevien toteamusten kanssa, ellei ole osoitettu, että ne olivat virheellisiä”. [145]

181. Toisin kuin valittajat ja komissio katsovat, tällä ei aseteta yrityskeskittymien valvonnasta vastaaville viranomaisille kaksinkertaista rasitetta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa. Siltä ei edellytetä sitä, että se puolustaisi päätöstään ja sen lisäksi vielä osoittaisi siitä mahdollisesti poikkeavan väitetiedoksiannon vääräksi. Sen on ainoastaan – kantajan yksilöidystä esityksestä – kyettävä osoittamaan, että *sen päätöksen* tosiseikasto oli oikea ja täydellinen ja että se tuki päätöksessä tehtyjä päätelmiä. Mahdolliset selvitykset siitä, miksi tiettyjä tosiseikkoja täydennettiin hallinnollisen menettelyn aikana tai niistä luovuttiin tai niitä arvioitiin uudelleen, liittyvät erottamattomasti päätöksen tosiseikkojen oikeellisuutta,

143 – Valituksenalaisen tuomion 335 kohdan toinen virke.

144 – Vrt. tältä osin vielä edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta ja alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 56 kohta; vastaavasti edellä alaviitteessä 97 mainittu asia Technische Universität München, tuomion 14 kohta; alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 58 kohta ja alaviitteessä 27 mainittu asia Komninou ym. v. komissio, tuomion 51 kohta.

145 – Valituksenalaisen tuomion 335 kohdan viimeinen virke; vastaavasti kyseisen tuomion 410, 419 ja 446 kohta.

täydellisyyttä ja toteennäytettävyyttä koskevaan kysymykseen.

3. Väitetiedoksiantoon annetussa vastauksessa esitettyjen tosiseikkojen todistusarvo (toinen valitusperuste ja kolmannen valitusperusteen ensimmäinen osa)

182. Kaiken kaikkiaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis menetellyt hyväksyttävällä tavalla, kun se on pitänyt väitetiedoksiantoa *lähtökohtana*, kun sen piti tutkia, perustuiko ensimmäinen hyväksymispäätös oikeaan ja täydelliseen tosiseikastoon, joka tukisi komission tekemiä päätelmiä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole kuitenkaan *kumonnut* ensimmäistä hyväksymispäätöstä sen vuoksi, että siinä on mahdollisesti poikettu väitetiedoksiannosta, vaan sen riittämättömien perustelujen ja ilmeisen arviointivirheen vuoksi. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi arviointivirheen sillä perusteella, että päätöksen tosiseikasto oli epätäydellinen ja että se ei tukenut komission päätelmiä markkinoiden läpinäkymättömyydestä. [146]

184. Toinen valitusperuste on läheisessä yhteydessä kolmannen valitusperusteen ensimmäiseen osaan; tästä syystä ehdotan, että molemmat tutkittaisiin yhdessä. Valittajat väittävät lähinnä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on asettanut liiallisia vaatimuksia niiden väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa esittämien lausumien todistusarvolle. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo lisäksi niiden mielestä perusteettomasti, että komissio on velvollinen tekemään uusia markkinatutkimuksia väitetiedoksiannon jälkeen.

a) Valituksenalainen tuomio

c) Välipäätelmä

183. Yhteenvetona on siis todettava, että ensimmäinen valitusperuste ja kuudennen valitusperusteen toinen osa ovat perusteettomia.

185. Tutkiessaan ensimmäisen hyväksymispäätöksen ilmeisen arviointivirheen osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esittää markkinoiden avoimuudesta muun muassa, 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

146 – Valituksenalaisen tuomion 459 ja 475 kohta.

komission esittämät väitteet kyetään pätevästi kumoamaan”. [147]

186. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo myös, että komissio ei saa ”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”. [148]

187. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin arvostelee lisäksi valituksenalaisen tuomion eri kohdissa komissiota siitä, että se ei ole tehnyt keskittymän osapuolten väitetiedoksiantoon antaman vastauksen perusteella uusia markkinatutkimuksia varmistaakseen keskittymähankkeesta tekemiensä uusien päätelmien oikeellisuuden. [149]

147 – Valituksenalaisen tuomion 414 kohta.

148 – Valituksenalaisen tuomion 415 kohta; vastaavasti valituksenalaisen tuomion 452 kohta.

149 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 398, 428 ja 451 kohta.

b) Oikeudellinen arviointi

188. Kuten mainitsin jo ensimmäisen valitusperusteen yhteydessä, sulautumamenettelyssä on otettava huomioon puolustautumisoikeudet, ennen kuin tehdään mitään sellaista päätöstä, joka saattaa olla asianomaisille yrityksille vastainen [150] (vrt. myös sulautuma-asetuksen 18 artiklan 3 kohdan 2 alakohta).

189. Tästä syystä asianomaisia yrityksiä ei voida arvostella siitä, että ne eivät ole esittäneet tiettyjä, tapauksen kannalta mahdollisesti ratkaisevia väitteitä, tosiseikkoja tai todisteita jo tehdessään ilmoituksen yrityskeskittymästä tai komission markkinatutkimuksen aikana, vaan vasta puolustautuessaan väitetiedoksiantoa vastaan. [151] Keskittymän osapuolet saavat näet vasta tästä väitetiedoksiannosta yksityiskohtaiset tiedot siitä, mitä vastaväitteitä komissio esittää niiden keskit-

150 – Vrt. tältä osin edellä erityisesti tämän ratkaisuehdotuksen 150–152 kohta.

151 – Tämä ei tietenkään vaikuta asianomaisten yritysten velvollisuuteen antaa keskittymästään ilmoituksessa sisällöltään oikeat ja täydelliset tiedot (vrt. sulautuma-asetuksen N:o 447/98 3 artiklan 1 kohta). Lisäksi keskittymän osapuolet ovat velvollisia vastaamaan komission mahdollisiin tietopyyntöihin kattavasti, totuudenmukaisesti ja määräajassa (sulautuma-asetuksen 11 artiklan 1 kohta luettuna yhdessä 4 ja 5 kohdan kanssa).

tymähanketta vastaan ja mihin väitteisiin ja todisteisiin se yksityiskohtaisesti nojautuu. [152]

190. Yksistään se seikka, että keskittymän osapuolet esittävät tiettyjä väitteitä, tosiseikkoja tai todisteita vasta väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa, ei siten ole missään tapauksessa peruste olettaa, että ne olisivat pitäneet nämä tiedot itsellään ”viime hetkeen” saakka. [153] Asianomaisten yritysten puolustautumisoikeuksista seuraa pikemminkin niille oikeus esittää kirjallisen ja suullisen kuulemisen yhteydessä eli väitetiedoksiannon vastaanottamisen jälkeen kaikki seikat, joiden ne katsovat olevan omiaan heikentämään väitetiedoksiannon väitteitä ja saamaan komission hyväksymään niiden keskittymän. Tällaista esitystä ei tehdä liian myöhään, vaan se tapahtuu sulautumamenettelyä varten varattuna ajankohtana.

191. Myöskään asianomaisten yritysten väitetiedoksiantoon antamille vastauksille ei saa asettaa ankarampia todistusarvoa ja vakuuttavuutta koskevia vaatimuksia kuin kilpailijoiden, asiakkaiden ja muiden kolmansien osapuolten lausumille, joita komissio pyytää sulautumamenettelyn kuluessa. Komission on kuitenkin tutkittava huolellisesti keskittymän osapuolten lausumien oikeellisuus, täydellisyys ja toteennäytettävyys ja jätettävä ne huomiotta, jos tästä vallitsee perusteltuja epäilyjä, mutta sen on siinä yhteydessä asetettava samat arviointiperusteet kuin kolmansien osapuolten lausumien tutkimisen yhteydessä.

192. Asianomaisten yritysten puolustautumisoikeuksia loukattaisiin, jos ne eivät saisi puolustautua komission yksittäisiä väitteitä vastaan tai jos niiden puolustuksekseen esittämillä lausumilla olisi ensi arviolta vähäisempi todistusarvo ja vähäisempi vakuuttavuus kuin esimerkiksi kolmansien osapuolten markkinatutkimuksessa antamilla tiedoilla.

193. Jos komissio yhtyy päätöksessään niiden puolustuksekseen esittämiin lausumiin ja katsoo, että sen on syytä pohtia uudelleen sen astisten selvitystensä tuloksia ja väitetiedoksiannosta tehtyjä väliaikaisia päätelmiä sekä mahdollisesti poiketa niistä, tämä ei myöskään missään tapauksessa merkitse sitä, että vastuu tutkimuksen hoitamisesta ”jaettaisiin” asianomaisille yrityksille.

194. Viime kädessä komissio ei voi olla jokaisessa yksittäistapauksessa velvollinen teettämään väitetiedoksiannon ja asianomaisten yritysten kuulemisen jälkeen vielä

152 – Vaikka keskittymän osapuolille ilmoitetaan myös ennen väitetiedoksiantoa menettelyn jatkamisesta (järjestetään kuulemisia, lisäksi ilmoittajat saavat sulautuma-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisesti virallisen tutkimusmenettelyn aloittamisesta tehdyn ilmoituksen perusteella tiedon siitä, millä alueilla komissiolla on *vakavia epäilyjä* keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille), nämä tiedot ovat huomattavasti vähemmän yksityiskohtaisia kuin väitetiedoksianto, ja ne voivat jatkuvasti vielä muuttua markkinatutkimuksen edetessä.

153 – Mikäli kuitenkin osoittautuisi, että asianomaiset yritykset ovat keskittymästä ilmoittaessaan tai komission tietopyyntöihin vastatessaan antaneet virheellisiä tai epätäydellisiä tietoja, tämä merkitsisi ensinnäkin sitä, että ne olisivat laiminlyöneet velvollisuutensa tehdä komission kanssa yhteistyötä sulautumamenettelyssä, ja toiseksi siihen saattaisi liittyä sulautuma-asetuksen 8 artiklan 5 kohdan a alakohdassa ja 14 artiklan 1 kohdan b ja c alakohdassa esitettyjä oikeudellisia seurauksia (hyväksymispäätöksen peruuttaminen ja sakkojen määrääminen).

uusia markkinatutkimuksia. Jo sen aikapaineen vuoksi, joka seuraa verrattain tiukoista menettelyjen määräajoista, komission on mahdotonta lähettää juuri ennen päätösehdotuksensa esittämistä keskittymiä käsittelevälle neuvoa-antavalle komitealle [154] vielä laajoja tietopyyntöjä monitahoisista taloudellisista kysymyksistä lukuisille markkinoiden toimijoille. Olisi realistisempaa todeta, että lyhyen jäljelle jäävän ajan kuluessa voidaan vain harvoin odottaa saatavan käyttökelpoisia tutkimustuloksia. Lisäksi asianomaisia yrityksiä pitäisi kuulla uudelleen tutkimustuloksista, jos esimerkiksi kieltopäätöksessä haluttaisiin tukeutua niihin. Tästä syystä valittajat ovat menetelleet perustellusti huomauttaessaan, että epäselvän näytön oikeudellisena seurauksena asianomaisten yritysten kuulemisen *jälkeen* ei voi olla uusien markkinatutkimusten aloittaminen vaan päätöksen tekeminen käytettävissä olevien tietojen perusteella; tätä puoltaa myös sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohta, jossa säädetään hyväksymisfiktiosta siltä varalta, että komissio ei tee päätöstä sille asetetussa määräajassa.

195. Tämän perusteella katson, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt oikeudellisen tilanteen huomiotta, kun se on todennut, että keskittymän osapuolet eivät voineet ”odottaa viime hetkeen ennen kuin ne esittävät komissiolle todisteita kumotakseen väitteet, jotka komissio on esittänyt ajoissa”, ja tällaisten todisteiden pitäisi vaikuttaa ”*erityisen* luotettavilta, objektiivisilta, asiaankuuluvilta ja vakuuttavilta”, jotta komission esittämät väitteet kyettäisiin pätevästi kumoamaan; lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin menetteli perusteettomasti arvostellessaan sitä, että väitetiedoksiannon jälkeen ei ollut tehty uusia tutkimuksia, ja rinnastaessaan sen, että komissio oli yhtynyt valittajien puolustuksekseen esittämiin väitteisiin, siihen, että vastuu tutkimuksen hoitamisesta olisi jaettu keskittymän osapuolille tavalla, jota ei voitu hyväksyä. [155]

196. Siten toinen valitusperuste ja kolmannen valitusperusteen ensimmäinen osa eivät ole asiallisesti perusteltuja.

197. Tästä ei kuitenkaan vielä seuraa, että valituksenalainen tuomio olisi kumottava. [156] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei näet riitauta yksinomaan sitä, että komissio on nojautunut markkinoiden avoimuutta arvioidessaan Bertelsmannin ja Sonyn puolustuksekseen esittämiin väitteisiin ja luopunut uusista markkinatutkimuksista. Se tutkii pikemminkin myös markkinoiden avoimuutta koskevien komission toteamusten sisällön ilmeisen arviointivirheen varalta.

198. Tässä yhteydessä on korostettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei totea ilmeistä arviointivirhettä vasta riidanalaisissa valituksenalaisen tuomion kohdissa vaan jo selvästi aikaisemmin, 377 kohdassa: ”Näin ollen on todettava, että todisteet, sellaisina kuin ne mainitaan päätöksessä, eivät tue päätelmiä, joita niiden perusteella on tehty.”

154 – Asetuksen 19 artiklan 3–7 kohta.

155 – Vrt. tältä osin vielä erityisesti valituksenalaisen tuomion 414 ja 415 kohta (kursivointi tässä).

156 – Vrt. tältä osin vielä alaviitteessä 127 mainittu oikeuskäytäntö.

Tämä toteamus ei vielä liity mitenkään keskittymän osapuolten puolustuksekseen kampanja-alennuksista esittämiin riidanalaisiin lausumiin ja siihen, että komissio on ottanut ne huomioon.

199. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa myös valituksenalaisen tuomion 384–387 kohdassa komission ilmeisen arviointivirheen, jota ei perustella sillä, että komissio oli ottanut huomioon keskittymän osapuolten puolustuksekseen kampanja-alennuksista esittämät lausumat, vaan sillä, että komissio oli arvioinut markkinatutkimusten tulosten sisältöä, erityisesti vähittäiskauppiaiden vastauksia virheellisesti.

200. Kumpikin näistä ilmeisistä arviointivirheistä aiheuttaa jo sellaisenaan sen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumoaa hyväksymispäätöksen. Kuten edellä mainittiin, tästä riippumatta myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asianmukaisesti toteama perustelujen puuttuminen oli hyväksyttävä peruste sille, että ensimmäinen hyväksymispäätös kumottiin. [157]

157 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 93–144 kohta.

4. Yrityskeskittymien hyväksymiselle asetetut näyttövaatimukset (kolmannen valitusperusteen toinen osa)

201. Valittajat vetoavat kolmannen valitusperusteensa toisessa osassa siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen asettaessaan virheellisiä ja liiallisia näyttövaatimuksia sille, että komissio voi hyväksyä yrityskeskittymän. [158]

202. Valittajat perustelevat valituksenalaiseen tuomioon kohdistamaansa arvostelua seuraavasti: ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt yleisesti arvioiden huomiotta sen, että komissiota eivät koske samanlaiset näyttövaatimukset hyväksymispäätösten ja kieltopäätösten yhteydessä; ne väittävät, että näyttövaatimusten ja sen yleisen olettaman välillä, että yrityskeskittymät ovat yhteismarkkinoille soveltuvia, vallitsee epäsymmetrisyys. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on niiden mielestä tässä tapauksessa käytännössä edellyttänyt komissiolta perusteettomasti positiivisen näytön esittämistä *markkinoiden läpinäkymättömyydestä*; ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi valittajien mielestä saanut ainoastaan tutkia, oliko komissiolla ensimmäisen hyväksymispäätöksen aikaan riittävästi todisteita *markkinoiden avoimuudesta*.

158 – Seuraavat toteamukset koskevat myös valituskirjelmän 98–100 kohtaan sekä 102 kohtaan sisältyvää kuudennen valitusperusteen osaa.

a) Väitetty epäsymmetrisyys sulautuma-asetuksessa hyväksymis- ja kieltopäätöksille asetetuissa vaatimuksissa

203. Käsittelen aluksi valittajien väitteen, jonka mukaan näyttövaatimukset ovat sulautuma-asetuksessa epäsymmetriset ja jonka mukaan on olemassa yleinen olettama siitä, että yhteenliittymät ovat yhteismarkkinoille soveltuvia.

– Yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tehtävät päätökset ovat ennusteisiin perustuvia päätöksiä

204. Aluksi on korostettava, että yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tehtävät komission päätökset eroavat EY 81 artiklan nojalla kartellimenettelyissä tehtävistä päätöksistä ja EY 82 artiklan nojalla määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä määrättäviä seuraamuksia koskevissa menettelyissä tehtävistä päätöksistä yhden merkittävän seikan osalta: yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä komissiolta ei edellytetä sitä, että – oletettavasti lainvastaista – yritysten aikaisempaa menettelyä arvioidaan ja siitä tarvittaessa määrätään seuraamuksia, vaan pikemminkin sitä, että annetaan *ennuste* markkinoiden tulevasta kehityksestä. Sen on arvioitava, luodaanko keskittymällä sellainen määräävä asema tai vahvistetaanko sillä sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy (asetuksen 2 artiklan 2 ja 3 kohta sekä 8 artiklan 2 ja 3 kohta).

205. Komission päätös hyväksyä tai kieltää tietty yrityskeskittymä perustuu siis väistämättä etukäteen suoritettavaan todennäköisyyden arviointiin. Tämän on tunnustanut myös yhteisöjen tuomioistuin asiassa komissio vastaan Tetra Laval antamassaan tuomiossa, kun se esittää, että yrityskeskittymien valvonnassa on kyse ”niiden tapahtumien ennustamisesta, jotka sattuvat tulevaisuudessa suuremmalla tai pienemmällä todennäköisyydellä”. [159]

206. Kun yhteisöjen tuomioistuimet tutkivat tällaista todennäköisyyden arviointia, ratkaisevaa ei voi olla niinkään keskittymästä kilpailulle aiheutuvia myönteisiä tai kielteisiä vaikutuksia koskevan komission ennusteen *toteennäytettävyys* kuin pikemminkin sen *uskottavuus*. Komission on kyettävä esittämään todisteita ainoastaan tosiseikoista, joihin se on nojautunut ennusteessaan, esimerkiksi sen selvittämistä markkinoiden rakenteen osatekijöistä (tässä tapauksessa esimerkiksi eri tekijöistä, jotka puoltavat markkinoiden avoimuutta koskevaa olettamaa tai puhuvat sitä vastaan). Yhteisöjen tuomioistuin toteaa vastaavasti asiassa komissio vastaan Tetra Laval antamassaan tuomiossa, että ”todisteiden on tuettava komission arvioita, joiden mukaan –– taloudellista kehitystä koskeva skenaario, johon kyseinen toimielin nojautuu, on *uskottava*”. [160]

207. Standardi, jonka perusteella komission ennustetta odotettavissa olevasta markkinoiden kehityksestä on pidettävä *uskottavana*

159 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 42 kohta; vrt. myös alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 64 kohta.

160 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 44 kohta; kursivointi tässä.

tai *epäuskottavana*, pitäisi määritellä siten, että otetaan huomioon sulautumamenettelyn erityispiirteet. Komissio ei sulautuma-asetuksen 8 artiklan mukaisesti määrää yrityskeskittymien valvonnasta tekemissään päätöksissä mitään seuraamuksia, eikä se myöskään määrää puuttumisista luonnollisten henkilöiden fyysiseen liikkumisvapauteen tai fyysiseen koskemattomuuteen. Komissio pikemminkin vain jakaa hallinnollisoikeudellisia hyväksymisiä taloudellista toimintaa eli yrityskeskittymää varten tai epää ne. Lisäksi tämä tapahtuu menettelyssä, johon liittyy joutuisuusvaatimus ja jolle on ominaista erittäin tasapainotettu ja verrattain ankara määräaikoja koskeva järjestely. [161]

208. Kun otetaan huomioon nämä sulautumamenettelyn ominaispiirteet, asianmukainen ohje näyttäisi mielestäni olevan se, että komission on pidettävä lähtökohtana sitä markkinoiden kehitystä, jota se pitää yrityskeskittymän perusteellisen, useita kuukausia kestäneen tutkimuksen päätteeksi todennäköisimpänä (englanniksi ”balance of probabilities”). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on erittäin osuvasti todennut tämän esimerkiksi asiassa General Electric vastaan komissio melko äskettäin antamassaan tuomiossa seuraavasti: Ennusteen tekeminen ”edellyttää erilaisten syy-seurausketjujen hahmottamista, *jotta voidaan hyväksyä ne, joiden todennäköisyys on suurin*”. [162]

209. Jos siis määräävän markkina-aseman luominen tai vahvistaminen on todennäköisempää kuin sen toteutumatta jääminen, keskittymä on kiellettävä; jos sitä vastoin tällaisen aseman luominen tai vahvistaminen on vähemmän todennäköistä kuin sen toteutumatta jääminen, keskittymä on hyväksyttävä. Yhteisöjen tuomioistuinten on tarkistettava, että komission ennusteessa ei ole ilmeistä arviointivirhettä, eli että komissio on nojautunut asianmukaiseen ja täydelliseen tosiseikastoon ja että tämä tosiseikasto tukee ennustetta. [163]

210. Mielestäni ei ole asianmukaista asettaa arviointiperustetta yrityskeskittymien valvonnan osalta tiukemmaksi ja esimerkiksi vaatia, että komission ennustaman markkinoiden kehityksen on oltava ”hyvin todennäköinen” tai ”erityisen todennäköinen”, jotta se hyväksyttäisiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa. [164] Tällainen korotettu todennäköisyysvaatimus heikentäisi ensinnäkin selvästi komission kilpailupoliittista asemaa. Komission pitäisi näet silloin tietoisesti hyväksyä keskittymä, vaikka tämä todennäköisesti johtaisi määräävän markkina-aseman luomiseen tai vahvistamiseen ja heikentäisi siten kilpailua. Komissio voisi puuttua asiaan vain sellaisissa tilanteissa, joissa keskittymällä olisi ”hyvin todennäköisesti” tai ”erityisen todennäköisesti” tällaisia kilpailua heikentäviä vaikutuksia. Toiseksi tällainen korotettu todennäköisyysvaatimus sopisi varsin huonosti yhteen sen harkintavallan kanssa, jota komissiolla on

161 – Vrt. tämän ratkaisuehdotuksen 12 kohta.

162 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 64 kohdan viimeinen virke; kursivointi tässä.

163 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta; alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 57 kohta ja alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 63 kohta; vrt. myös tämän ratkaisuehdotuksen 173 ja 174 kohta.

164 – Toisin julkisasiamies Tizzano edellä alaviitteessä 96 mainitussa asiassa C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, 25.5.2004 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (74 kohta), jossa edellytetään ilmoitetun keskittymän kieltämistä, jos se johtaisi *hyvin todennäköisesti* määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.

sen arvioidessa monitahoisia taloudellisia seikkoja [165] ja jonka ydinalueeseen kuuluvat ennusteet yrityskeskittymän jälkeen odotettavissa olevasta markkinoiden kehityksestä.

211. Ratkaisevaa ei voi olla etenkään se, voiko komissio yrityskeskittymää koskevan perusteellisen, useita kuukausia kestäneen tutkimuksensa päätteeksi olettaa *ilman kohtuullista epäilyä*, että määräävä markkina-asema luodaan tai sitä vahvistetaan, tai sulkea sen pois. [166] Tämä erityisen korkea standardi on tunnettu ennen kaikkea rikosoikeudellisissa tai rikosoikeudellista menettelyä muistuttavissa menettelyissä. Sulautumamenettelyssä sitä sovelletaan yksinomaan esitutkimusvaiheeseen (vaihe I) korvauksena siitä, että keskittymä voidaan tutkia menettelyn tässä vaiheessa vain pintapuolisesti. ”Vakavat epäilyt” estävät sen soveltuvuuden yhteismarkkinoille silloinkin vain siinä tapauksessa, että yrityskeskittymä *hyväksytään hätiköidysti*, ja pakottavat komission aluksi toteuttamaan perusteellisen tutkimuksen virallisessa tutkimusmenettelyssä (vaihe II) (asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b ja c alakohta). [167] Tällaisen perusteellisen tutkimuksen jälkeen keskittymä on kuitenkin mahdollisesti jäljelle jäävästä epäilyksestä huolimatta hyväksyttävä sillä edellytyksellä, että määräävän markkina-aseman luominen tai vahvistaminen on komission ennusteen mukaan vähemmän todennäköistä kuin sen toteutumatta jääminen. Vastaavasti keskittymä on mahdollisesti jäljelle jäävästä epäilyksestä huolimatta kiellettävä, jos komissio pitää perusteellisen tutkimuksen jälkeen määräävän markkina-aseman luomista tai vahvistamista todennäköisempänä kuin sen toteutumatta jäämistä.

– Hyväksymisille ja kielloille asetettavien vaatimusten symmetrisyys

212. En näe mitään eroa yhtäältä hyväksymispäätöksiä ja toisaalta kieltopäätöksiä koskevien oikeudellisten vaatimusten osalta. Valittajien käsityksen vastaisesti tällaista eroa ei ole olemassa komission tekemien ennusteiden uskottavuuden eikä niitä tukevien tosiseikkojen pitävyyden osalta.

213. Sekä sulautuma-asetuksen 2 artikla, jossa säädetään komission keskittymähankkeen valvontaa varten suorittamasta

165 – Vrt. tältä osin jo valituksenalaisen tuomion 126 ja 173 kohta.

166 – Vastaavasti julkisasiamies Tizzano edellä alaviitteessä 96 mainitussa asiassa C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, 25.5.2004 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (74 kohta): ”Ei siis voida vaatia, että komissio osoittaisi yrityskeskittymän kieltäessään ehdottomalla varmuudella sen, että sillä luotaisiin määräävä asema tai vahvistettaisiin sitä, minkä seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy” (kursivointi tässä).

167 – Vrt. esimerkkinä ympäristöoikeudesta asia C-127/02, Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging, tuomio 7.9.2004 (Kok. 2004, s. I-7405, 44 ja 55–59 kohta).

yleisestä tutkimusohjelmasta, että sulautuma-asetuksen 8 artikla, jossa luetellaan komission päätöksentekovaltuudet, on muotoiltu täysin symmetrisesti näiden säännösten 2 ja 3 kohdassa.

214. Tämä symmetrisyys kuvastaa viime kädessä sitä, että komission on verrattava kussakin yksittäistapauksessa asianmukaisesti keskenään samantasoisia, primäärioikeuteen perustuvia suojeltavia oikeushyviä,[168] eli yhtäältä keskittymän osapuolten oikeuksia ja intressejä ja toisaalta yleistä etua, joka liittyy suojautumiseen kilpailun vääristymiltä (EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohta).[169] Keskittymään osallistuvien yritysten yritystoiminnan vapaus samoin kuin myös niiden osakkeenomistajien omistusoikeudet (perusoikeuskirjan 16 ja 17 artikla) sisältävät kyllä epäilyksettä oikeuden yrityskeskittymien toteuttamiseen; tämä pätee kuitenkin vain siltä osin kuin tietyt ehdot tai velvoitteet taikka jopa asianomaisen keskittymän kieltäminen eivät ole perusteltuja kilpailun suojaamiseksi vääristymiltä.

215. Asiassa komissio vastaan Tetra Laval annettu tuomio, johon valittajat vetoavat, ei puhu tätä hyväksymis- tai kieltopäätöksille asettavien vaatimusten symmetrisyyttä vastaan. Siinä asetetussa ”pitäviä todisteita” (englanniksi ”convincing evidence”) koskevassa vaatimuksessa[170] kehotetaan komissiota vain tukeutumaan luotettavaan tosiseikastoon todennäköisyyttä koskevassa arvioinnissaan. Tämä näkyy asiassa komissio vastaan Tetra Laval annetun tuomion toisessakin kohdassa, jossa yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että komission esittämien todisteiden ”laatu” on ”erityisen tärkeä”, ”sillä näiden todisteiden on tuettava komission arvioita, joiden mukaan – – taloudellista kehitystä koskeva skenaario, johon kyseinen toimielin nojautuu, on uskottava”.[171]

216. ”Vakuuttavia” todisteita koskevaa vaatimusta ei saa ymmärtää väärin esimerkiksi siten, että sillä asetettaisiin kieltopäätöksiä koskevat arviointiperusteet ankarammiksi kuin hyväksymispäätöksiä koskevat arviointiperusteet. Kuten näet yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa komissio vastaan Tetra Laval antamassaan tuomiossa, ”pitäviä todisteita” koskeva vaatimus ”ei ole millään tavalla lisännyt edellytystä vaaditun näytön tasosta, vaan se on vain yksinkertaisesti huomauttanut näytön olennaisesta tehtävästä eli siitä, että näytöllä pyritään *vakuuttamaan*, että väite tai – – päätös on perusteltu”.[172]

168 – Vrt. tältä osin yhtäältä sulautuma-asetuksen johdanto-osan kolmas ja neljäs perustelukappale sekä toisaalta sen johdanto-osan viides perustelukappale.

169 – Vrt. lisäksi sulautuma-asetuksen ensimmäinen, toinen ja viides perustelukappale. Kilpailun suojaaminen vääristymiltä palvelee kaikkien markkinaosapuolten ja myös kuluttajan etuja (vrt. tältä osin 6/72, Europemballage und Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973, Kok. 1973, s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 25 kohta; asia 322/81, Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983, Kok. 1983, s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 125 kohta ja asia C-95/04 P, British Airways v. komissio, tuomio 15.3.2007, Kok. 2007, s. I-2331, 106 kohta).

170 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 41 kohta; vrt. lisäksi edellä alaviitteessä 16 mainittu ns. Kali & Salz -tapaus, tuomion 228 kohta, jossa puhutaan ”merkityksellisestä ja pitävästä näytöstä” (englanniksi ”cogent and consistent evidence”). Saksankielinen käännös edellä mainitussa asiassa komissio v. Tetra Laval annetusta tuomiosta, jossa käytetään näytöstä puhuttaessa adjektiivia ”eindeutig”, ei mielestäni kuvasta oikein englanninkielistä ilmaisua ”convincing evidence”; käytän tästä syystä tässä yhteydessä ja jäljempänä adjektiivin ”convincing” vastineena aina adjektiivia ”überzeugend”.

171 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 44 kohta.

172 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 41 kohta; kursivointi tässä.

217. Sitä, että keskittymähankkeen *kieltämistä* koskisivat ankarammat vaatimukset kuin sen hyväksymistä, ei voida johtaa asiassa komissio vastaan Tetra Laval annetun tuomion edellä mainituista kohdista eikä yhteisöjen tuomioistuimen vaatimuksesta, jonka mukaan komission on tehtävä ennustetta koskeva päätöksensä ”huolellisesti”. [173] Komissio ei näet saa missään tapauksessa toimia keskittymän *hyväksymisen* yhteydessä ”harkitsemattomasti” ja nojautua vähemmän ”vakuuttaviin” todisteisiin kuin sen kieltämisen yhteydessä. Muutoin se ei noudattaisi keskeistä tehtäväänsä suojella kilpailua vääristymiltä sisämarkkinoilla.

218. Jos siis määräävän markkina-aseman luominen tai vahvistaminen on todennäköisempää kuin sen toteutumatta jääminen, keskittymä on kiellettävä; jos sitä vastoin tällaisen aseman luominen tai vahvistaminen on epätodennäköisempää kuin sen toteutumatta jääminen, keskittymä on hyväksyttävä. Nämä kaksi todennäköisyyttä koskevaa arviointia ovat saman mitalin kaksi puolta. Kumpikin niistä on tehtävä huolellisesti, ja siinä yhteydessä on nojauduttava tosiseikastoon, joka ei ole ainoastaan paikkansapitävä ja täydellinen – tähän tarvitaan ”vakuuttavaa” näyttöä – vaan joka myös tukee päätelmiä, jotka siitä on tehty. [174]

– Yhteismarkkinoille soveltuvuutta koskevan yleisen olettaman puuttuminen

219. Edellä kuvatusta symmetrisyydestä ja asianomaisten suojeltavien oikeushyvien [175] samanarvoisuudesta seuraa myös, että sulautuma-asetukseen ei kuulu *yleinen olettama* keskittymien soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Komission on annettava jokaisessa yksittäistapauksessa nimenomainen ratkaisu asianomaisen keskittymän soveltuvuudesta tai soveltumattomuudesta yhteismarkkinoille, [176] ja keskittymään osallistuvia yrityksiä kielletään nimenomaisesti toteuttamasta keskittymäänsä ennen tällaista päätöstä (asetuksen 7 artiklan 1 kohta ja 5 kohta).

220. Sama ilmenee myös asiassa EDP vastaan komissio annetusta tuomiosta, [177] johon valittajat viittaavat. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin teki tosin siinä selväksi, että pelkkä komission epäily ei ole vielä perusteltu syy keskittymän kieltämiselle. Tästä ei voida kuitenkaan missään tapauksessa johtaa vastakohtaispäätelmänä yleistä olettamaa siitä, että keskittymät olisivat yhteismarkkinoille soveltuvia. Tämän osoittaa myös sulautuma-asetuksen johdanto-osan 15 perustelukappale, jonka mukaan yrityskeskittymiä, jonka markkinaosuus on pieni,

173 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 42 kohta.

174 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta ja alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 63 kohta; vrt. myös tämän ratkaisuehdotuksen 173 ja 174 kohta.

175 – Näitä suojeltavia oikeushyviä ovat yhtäältä keskittymään osallistuvien oikeudet ja intressit ja toisaalta yleinen intressi kilpailun suojelemiseen vääristymiltä; vrt. tältä osin vielä tämän ratkaisuehdotuksen 214 kohta.

176 – Näin myös edellä alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 61 kohta.

177 – Asia T-87/05, EDP v. komissio, tuomio 21.9.2005 (Kok. 2005, s. II-3745, 64 kohta).

voidaan mahdollisesti pitää yhteismarkkinoille soveltuvina.

221. Ainoastaan täysin poikkeuksellisesti voidaan mielestäni seuraavissa kahdessa tapausryhmässä olettaa, että keskittymä on yhteismarkkinoille soveltuva.

222. Ensimmäinen tapausryhmä koskee ilmoitettuja keskittymiä, joista komissio ei lakisääteisen velvoitteensa vastaisesti ole tehnyt päätöstä määräajassa. Sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohdan mukaisesti tällaiset keskittymät oletetaan yhteismarkkinoille soveltuviksi jo lain nojalla (vrt. myös sulautuma-asetuksen 7 artiklan 1 ja 5 kohta). Sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohdasta *ei* voida kuitenkaan johtaa pidemmälle menevää *yleistä* olettamaa, joka koskisi keskittymien soveltuvuutta yhteismarkkinoille, koska se on poikkeus ja sijaitsee johdonmukaisesti määräaikoja koskevan sääntelyn yhteydessä. [178]

223. Toinen tapausryhmä koskee keskittymiä, joita koskeva komission tutkimus on antanut siinä mielessä epäselvän näytön, että ei ole mahdollista tehdä luotettavaa ennustetta siitä, johtaako se loppujen lopuksi määräävän markkina-aseman luomiseen tai vahvistamiseen. Julkisasiamies Tizzano on käyttänyt näistä tapauksista käsitettä ”harmaa vyöhyke”. [179] Tätä käsitettä ei mielestäni saa kuitenkaan ymmärtää sillä tavoin virheellisesti, että kyseessä olisi suuri määrä tapauksia. Näitä voivat mielestäni olla vain muutamat vähäiset ja harvinaiset rajatapaukset, joissa perusteellistenkaan markkinatutkimusten jälkeen ei ole selvää, mille puolelle vaaka kallistuu. Ainoastaan tällaiset non liquet -tapaukset pitäisi periaatteen in dubio pro libertate mukaisesti julistaa yhteismarkkinoille soveltuviksi ja hyväksyä. Tämänkään tapausryhmän olemassaolosta ei voida kuitenkaan johtaa pidemmälle menevää *yleistä* olettamaa keskittymien soveltuvuudesta yhteismarkkinoille.

224. Jälkimmäisen tapausryhmän täsmällisestä ulottuvuudesta riippumatta on kuitenkin selvää, että nyt käsiteltävä tapaus ei kuulu kumpaankaan. Komissio ei ole menetellyt velvoitteidensa vastaisesti ja antanut keskittymää koskevalle päätökselle asetetun määräajan päättyä, eikä näyttö ollut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamusten mukaan epäselvä. [180] Komissio itsekin on ensimmäisen hyväksymispäätöksensä useissa kohdissa puhunut tiettyjä tosiseikkoja koskevien todisteiden puuttumisesta, [181] mutta sikäli kuin on havaittavissa, se ei ole kuitenkaan luokitellut nyt käsiteltävää asiaa missään vaiheessa

178 – Vrt. sulautuma-asetuksen 10 artiklan 6 kohdan osalta myös edellä tämän ratkaisuehdotuksen 102 kohdassa esitetyt toteamukset.

179 – Julkisasiamies Tizzanon edellä alaviitteessä 96 mainitussa asiassa C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, 25.5.2004 antama ratkaisuehdotus (76–81 kohta, erityisesti 76 kohta).

180 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 290, 294, 303, 347, 362, 407 ja 435 kohta.

181 – Vrt. esim. ensimmäisen hyväksymispäätöksen 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 ja 158 perustelukappale.

rajatapaukseksi, jossa olisi sovellettava non liquet -periaatetta. Se on pikemminkin korostanut nimenomaisesti yhteisöjen tuomioistuimen suullisessa käsittelyssä, että keskustelu rajatapauksista, joissa näyttö osoittautuu epäselväksi, on täysin hypoteettista. [182]

– Välipäätelmä

225. Siten on kaiken kaikkiaan hylättävä valittajien väitteet, joiden mukaan sulautuma-asetuksen taustalla olisi hyväksymis- ja kieltopäätöksille asetettujen vaatimusten epäsymmetrisyys sekä yleinen olettama keskittymien soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Ei voida myöskään olettaa, että nyt käsiteltävä asia voisi kuulua jompaankumpaan tapausryhmään, joita koskee poikkeuksellisesti keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoille koskeva olettama.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen nyt käsiteltävässä asiassa näytölle asettamat vaatimukset

226. On vielä tutkittava, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin asettanut nyt käsiteltävässä asiassa markkinoiden avoimuutta koskeville komission toteamuksille asianmukaiset näyttöä koskevat vaatimukset.

227. Valittajat väittävät, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei olisi saanut vaatia komissiolta positiivista näyttöä *markkinoiden läpinäkymättömyydestä*; ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pikemminkin pitänyt tyytyä tutkimaan, oliko komissiolla ensimmäisen hyväksymispäätöksen tekohetkellä käytettävissään riittävät todisteet *markkinoiden avoimuudesta*. [183] Nämä väitteet ovat selvästi sen näkemyksen perustana, että keskittymän hyväksymiselle asetettavien näyttövaatimusten olisi oltava vähäisempiä kuin sen kieltämiselle asetettavien vaatimusten.

228. Nämä väitteet eivät vakuuta minua kahdesta syystä.

229. Ensinnäkin hyväksymis- ja kieltopäätöksiin liittyvää näyttöä koskevien vaatimusten symmetrisyydestä seuraa, [184] että ei voida tehdä eroa sen perusteella, tutkiiko komissio markkinoiden avoimuuden keskittymän mahdollisen hyväksymisen vai sen mahdollisen kieltämisen kannalta. Kielteinen toteamus siitä, että markkinat *eivät ole niin avoimet, että se mahdollistaisi yhteisen määräävän aseman*, johtaa samaan tulokseen ja edellyttää samanlaista näyttöä kuin myönteinen toteamus, jonka mukaan kyseiset markkinat ovat *niin läpinäkymättömät, että yhteistä määräävää asemaa koskeva olettama ei ole mahdollinen*. Nämä kaksi toteamusta ovat saman mitalin kaksi

182 – Komissio korosti myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä, että se katsoi voivansa puolustaa ensimmäistä hyväksymispäätöstään "balance of probabilities" -periaatteiden mukaisesti (vrt. sen ensimmäisessä oikeusasteessa antaman vastinekirjelmän 7 kohta).

183 – Valittajat viittaavat yksityiskohtaisesti valituksenalaisen tuomion 289, 366, 381–387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449–457 ja 459 kohta.

184 – Vrt. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 212–218 kohta.

puolta. Molemmat ovat myös perusteltu syy sulkea pois yhteisen määräävän markkina-aseman luominen tai vahvistaminen sillä edellytyksellä, että niiden taustalla olevat tosiseikat ovat oikeita, täydellisiä ja omiaan tukemaan niistä tehtyjä päätelmiä.

230. Toiseksi valittajien ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asettamista näyttöä koskevista vaatimuksista esittämä arvostelu näyttää perustuvan valituksenalaisen tuomion virheelliseen tulkintaan. Kun sitä tutkitaan lähemmin, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei näet lainkaan arvostele komissiota siitä, että se ei ole täyttänyt näyttöä koskevia vaatimuksia arvioidessaan keskittymää kilpailun kannalta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin keskittyy pikemminkin ensimmäisen hyväksymispäätöksen arvioinnissaan komission toteamukseen, jonka mukaan markkinat ”eivät ole riittävän avoimia mahdollistamaan yhteisen määräävän aseman”. [185] Kuten valittajat vaativat, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis jopa tutkinut, oliko väitetty riittävien todisteiden puuttuminen markkinoiden avoimuudesta todellinen.

231. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteama ilmeinen arviointivirhe ei tarkoittanut positiivisen näytön puuttumista markkinoiden läpinäkymättömyydestä, vaan pikemminkin sitä, että ensimmäisessä hyväksymispäätöksessä ei otettu kaikkia asiaan vaikuttavia seikkoja huomioon ja että ne eivät myöskään tukeneet komission itsensä huomioon ottamista tosiseikoista tekemiä päätelmiä. [186]

c) Välipäätelmä

232. Kolmannen valitusperusteen toinen osa on siten perusteeton. Sama pätee valituskirjelmän 98–100 ja 102 kohdassa esitettyihin lausumiin, jotka ovat sisällöltään päällekkäisiä kolmannen valitusperusteen toisen osan kanssa.

B *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja ja näyttöä koskevan vapaan arvioinnin rajat (neljäs valitusperuste)*

233. Valittajat arvostelevat neljännessä valitusperusteessaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on laajentanut komission päätöksen tuomioistuimessa tapahtuvan arvioinnin ulottuvuutta, kun se ei ole ottanut huomioon komission harkintavaltaa ja on korvannut sen tosiseikkoja ja näyttöä koskevan arvioinnin useaan kertaan omallaan, missä yhteydessä se on tehnyt ilmeisen virheen ja ottanut näytön vääristyneellä tavalla huomioon. [187]

234. Komissio tukee tätä valitusperustetta, kun Impala puolestaan puolustaa valituksenalaista tuomiota.

185 – Valituksenalaisen tuomion 289 ja 459 kohta; vrt. lisäksi kyseisen tuomion 287, 366 ja 371 kohta.

186 – Vrt. erityisesti valituksenalaisen tuomion 377, 390, 459 ja 542 kohta.

187 – Seuraavat toteamukset koskevat myös valituskirjelmän 101 ja 102 kohtaan sisältyvää kuudennen valitusperusteen osaa.

1. Komission harkintavalta ja sen valvonta tuomioistuimessa

a) Valituksenalainen tuomio

235. Tukeakseen väitteitään, joiden mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole ottanut komission harkintavaltaa huomioon ja on korvannut sen tosiseikkoja ja näyttöä koskevan arvioinnin useaan kertaan omallaan, valittajat viittaavat seuraaviin esimerkkeihin, jotka ovat valituksenalaisesta tuomiosta:

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuvannut listahintojen yhdenmukaisuutta ”todellisuudessa erittäin korostuneeksi”, kun sitä vastoin komissio puhui ainoastaan siitä, että listahinnat ”näyttävät olevan yhdenmukaisia”. [188]

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on luokitellut keskittymän osapuolten myöntämien hinnanalennusten yleistason vaihtelun vain ”hyvin vähäiseksi”. [189]

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että kampanja-alennukset ”vaikuttavat hintoihin vain vähän”. [190]

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin puhuu ”erittäin avoimista hinnoista” tai ”erittäin avoimista markkinoista” [191] ja pitää viikoittain tuotettuja myyntihenkilöstön raportteja ”markkinoiden avoimuuden lisätekijänä”; [192] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kampanja-alennukset on ”tarkoitettu lähinnä mainonnalliseksi” [193] ja että ne ovat ”julkisia ja avoimia”. [194]

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan alennusvalikoiman erot eri aikoina ”saattavat johtua menestyksen eroista” eivätkä sulje pois sitä, että ”alennukset perustuisivat tiedossa olevaan sääntöjen kokonaisuuteen”. [195]

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo perusteettomasti, että esitetyt taloudelliset tiedot eivät ole tärkeitä arvioitaessa sitä, onko kampanja-alennuk-

188 – Valituksenalaisen tuomion 299 kohta.

189 – Valituksenalaisen tuomion 307 kohta; valittajat viittaavat lisäksi valituksenalaisen tuomion 421, 419, 424, 444 ja 457 kohtaan, joista ne yksilöivät vastaavia ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksia.

190 – Valituksenalaisen tuomion 317 kohta.

191 – Valituksenalaisen tuomion 347 ja 361 kohta.

192 – Valituksenalaisen tuomion 354 kohta.

193 – Valituksenalaisen tuomion 402 kohta. On muistettava, että tämä väite koskee tuomion – sitovaa – englanninkielistä versiota (”destined to become *public knowledge*”), kun puolestaan ranskankielisen version mukaan kampanja-alennus ”semble, par essence, avoir vocation à revêtir *un caractère de publicité*”, millä on vain vähän tekemistä englanninkielisen ilmaisun ”*public knowledge*” kanssa; kursivointi tässä.

194 – Valituksenalaisen tuomion 403, 405, 406 ja 436 kohta.

195 – Valituksenalaisen tuomion 420 kohta.

silla merkitystä myös eniten myytyjen albumien kannalta. [196]

b) Oikeudellinen arviointi

236. Kuten edellä jo todettiin, [197] komissiolla on yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tiettyä harkintavaltaa, kun se arvioi monitahoisia taloudellisia seikkoja. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön tuomiovaltaisen elimen harjoittaman tätä koskevan valvonnan on rajoituttava sen tutkimiseen, että menettelyä ja perustelua koskevia sääntöjä on noudatettu, että näiden tosiseikkojen arvioinnissa ei ole tapahtunut ilmeistä arviointivirhettä ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin. [198]

237. Valittajat esittävät 235 kohdassa mainittuihin valituksenalaisen tuomion kohtiin kohdistamassaan arvostelussa lopulta sen kysymyksen, mitä rajoja komission yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tekemien päätösten valvonnasta tuomioistuimessa seuraa sen harkintavallalle *ilmeisen arviointivirheen* kannalta. [199]

238. Yhteisöjen tuomioistuin totesi vasta äskettäin asiassa komissio vastaan Tetra Laval antamassaan tuomiossa 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.” [200]

239. Tämän arviointiperusteen mukaan olisi virhe olettaa, että komission harkintavalta

196 – Valituksenalaisen tuomion 456 kohta.

197 – Vrt. erityisesti ensimmäisestä ja kuudennesta valitusperusteesta valituksenalaisen tuomion 126 ja 173 kohdassa esitetyt näkemykset.

198 – Asia T-342/00, Petrolessence ja SG2R v. komissio, tuomio 3.4.2003 (Kok. 2003, s. II-1161, 101 kohta); edellä alaviitteessä 177 kohdassa mainittu asia EDP v. komissio, tuomion 151 kohta ja asia T-177/04, easyJet v. komissio, tuomio 4.7.2006 (Kok. 2006, s. II-1931, 44 kohta).

199 – Sivumennen on mainittava, että jotkin valittajien arvostelemista toteamuksista, eli valituksenalaisen tuomion 299, 307 ja 317 kohdassa esitetyt toteamukset, kuuluvat systemaattisen asemansa perusteella ensimmäisen myöntämispäätöksen *virallisen tutkimuksen* perusteella *perustelujen puutteeseen*. Niitä koskee ensisijaisesti se, mitä edellä todettiin kuudennen valitusperusteen kolmannesta osasta (vrt. erityisesti tämän ratkaisuehdotuksen 114–131 kohta). Koska valittajat näyttävät olettavan, että valituksenalaisen tuomion 299, 307 ja 317 kohtaan sisältyy lisäksi ensimmäisen hyväksymispäätöksen sisällön tutkimisen osatekijöitä ilmeisen arviointivirheen osalta, tutkin ne seuraavassa myös tämän näkökohdan osalta.

200 – Edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta; vrt. nyttemmin myös alaviitteessä 97 mainittu asia Espanja v. Lenzing, tuomion 56 ja 57 kohta ja alaviitteessä 96 mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 63 kohta.

veisi yhteisöjen tuomioistuimilta jo etukäteen kokonaan mahdollisuuden omaan tosiseikkoja ja näyttöä koskevaan arviointiin. Tällainen yhteisöjen tuomioistuinten oma arviointi on päinvastoin välttämätön, jos on selvitettävä, olivatko komission päätöksen perustana olevat todisteet oikeita, luotettavia, johdonmukaisia ja täydellisiä ja tukivatko nämä todisteet komission tekemiä päätelmiä. Muussa tapauksessa yhteisöjen tuomioistuimet eivät kykenisi ylipäänsä arvioimaan järkevästi, onko komissio pysynyt sille annetun harkintavallan rajoissa vai onko se tehnyt ilmeisen arviointivirheen. [201]

240. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ylittää yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä komission päätöksen laillisuusvalvonnalle asetetut rajat vasta sitten, jos tosiseikkoja ja näyttöä koskevat eri arvioinnit vaikuttavat uskottavilta, komissio on päätynyt niistä yhteen ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tästä huolimatta korvaa komission arvioinnin omalla, toisenlaisella arvioinnillaan.

241. Mikäli valittajien valituksenalaisesta tuomiosta esittämiä esimerkkejä tarkastellaan tästä näkökulmasta, ilmenee, että vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on esittänyt oman arviointinsa tosiseikoista ja näytöstä, se on kuitenkin pysynyt komission yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä tekemän päätöksen laillisuusvalvonnan rajoissa.

242. Yhtäältä ei voida oikeudellisesti kiistää sitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut komission toimittamat todisteet siltä kannalta, sisältävätkö ne merkkejä markkinoiden avoimuudesta tai läpinäkymättömyydestä ja missä määrin ne sisältävät niitä. Sen kaltaiset valittajien arvostelemat toteamukset, joita sisältyy valituksenalaisen tuomion 299, 307, 317 347, 354 ja 361 kohtaan, olivat siten oikeita, esimerkiksi lausuma siitä, että ”päätöksessä todetut kolme tekijää – – ovat omiaan tekemään hinnoista erittäin avoimia” (347 kohta).

243. Toiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin näyttää muodostavan oman mielipiteensä myös siitä, riittivätkö komission toimittamat hinnanalennuksiin, erityisesti kampanja-alennuksiin liittyvät todisteet sulkemaan pois sen, että markkinoiden avoimuus olisi ollut riittävä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon olettamiseksi. Sen kaltaiset valittajien arvostelemat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamukset, joita sisältyy valituksenalaisen tuomion 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 ja 457 kohtaan, olivat siten myös oikeita, esimerkiksi toteamus, jonka mukaan kampanja-alennukset edustavat vain hyvin pientä osuutta albumien bruttomyyntihinnoista (457 kohta).

244. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näet lähinnä soveltanut valituksenalaisen tuomion riidanalaisissa kohdissa yhteisöjen tuomioistuimen itsensä kehittämiä edellytyksiä [202] ja erityisesti tutkinut,

201 – Vrt. tältä osin jo – toisessa asiayhteydessä – ratkaisuehdotuksen 179 kohta.

202 – Vrt. vielä edellä alaviitteessä 96 mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 39 kohta, joka on äskettäin vahvistettu alaviitteessä 97 mainitussa asiassa Espanja v. Lenzing annetun tuomion 57 kohdassa.

tukivatko ensimmäisen hyväksymispäätöksen taustalla olevat tosiseikat komission päätelmää siitä, että markkinat eivät ole riittävän avoimet, jotta yhteinen määräävä asema olisi mahdollinen.

245. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole esimerkiksi asettanut omaa arviointiaan markkinoiden avoimuudesta komission yhtä puolustettavissa olevan arvioinnin tilalle, eikä se ole myöskään missään tapauksessa vaatinut, että sen pitäisi itse antaa ratkaisu riidanalaisen keskittymän soveltuvuudesta tai soveltumattomuudesta yhteismarkkinoille. [203] Se on ainoastaan tehnyt sen arvioinnin, että komission ensimmäisen hyväksymispäätöksen tosiseikat eivät tässä tapauksessa tukeneet sen tekemiä päätelmiä. [204] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen viimeksi mainittu arviointi on osa sen ensimmäisessä oikeusasteessa käytävässä menettelyssä tekemää tosiseikkoja ja näyttöä koskevaa arviointia, eikä sitä sellaisena voida tutkia enää valitusmenettelyssä – lukuun ottamatta heti jäljempänä esitettävää tosiseikkojen ja näytön ottamista vääristyneellä tavalla huomioon koskevaa kysymystä.

246. Kaiken kaikkiaan teen sen päätelmän, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole jättänyt komission harkintavaltaa huomiotta ensimmäisen hyväksymispäätöksen sisällön tutkimuksen yhteydessä.

2. Näytön ottamista vääristyneellä tavalla huomioon koskeva väite

247. Valittajat väittävät lisäksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottanut valituksenalaisen tuomion 425, 427 ja 434 kohdassa näytön vääristyneellä tavalla huomioon. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käsittelee valituksenalaisen tuomion riidanalaisissa kohdissa komission näkemystä, jonka mukaan kampanja-alennukset olisivat läpinäkymättömiä.

248. Ennen kuin käsittelen valituksenalaisen tuomion edellä mainittuja kohtia yksityiskohtaisesti, muistutan ankarista edellytyksistä, joita yhteisöjen tuomioistuin on asettanut vakiintuneessa oikeuskäytännössään näytön ottamista vääristyneellä tavalla huomioon koskevan väitteen arvioinnin osalta. Sen mukaan selvitysaineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, jos *ilman uutta selvitysaineistoa* on selvää, että olemassa olevan selvitysaineiston arviointi oli *ilmeisen virheellistä*. [205] Kyseessä ei ole sen tutkiminen, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemä näytön arviointi yhteisöjen tuomioistuimen näkökulmasta *vakuuttavaa*; muutoin yhteisöjen tuomioistuin näet asettaisi oman arviointinsa näytöstä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioinnin sijalle, mikä ei ole sen tehtävänä valitusmenettelyssä. Niin kauan kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi näytöstä on vähintään *puolustettavissa*, kyseessä ei ole näytön ottaminen vääristyneellä tavalla huomioon.

203 – Vrt. valituksenalaisen tuomion 479 kohta: ”Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei näet ole antaa ratkaisua keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille vaan valvoa päätöksessä esitettyjen toteamusten laillisuutta.”

204 – Valituksenalaisen tuomion 452 kohta.

205 – Asia C-229/05 P, PKK ja KNK v. neuvosto, tuomio 18.1.2007 (Kok. 2007, s. I-445, 37 kohta); asia C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés v. komissio, tuomio 18.7.2007 (Kok. 2007, s. I-6557, 60 kohta) ja asia C-260/05 P, Sniace v. komissio, tuomio 22.11.2007 (Kok. 2007, s. I-10005, 37 kohta).

249. Yhteisöjen tuomioistuin tekee arviointinsa yksinomaan asiakirja-aineiston perusteella. [206]

a) Valituksenalaisen tuomion 425 kohta

250. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vertaa valituksenalaisen tuomion 425 kohdassa muutamia komission esittämiä taulukoita keskenään ja toteaa seuraavaa:

”– – asiakaskohtaisten vähimmäis- ja enimmäisalennusten välisen eron – – laskeminen on kummankin keskittymän osapuolen osalta useimmissa tapauksissa suoritettu virheellisesti toisen osapuolen myöntämien alennusten perusteella, vaikka – – tämä laskelma on tehtävä yhden ja saman osapuolen eri asiakkailleen myöntämien vähimmäis- ja enimmäisalennusten eron perusteella.”

251. Valittajien näkemyksen mukaan tässä on otettu näyttö vääristyneellä tavalla huomioon. Komissio on näet selittänyt ensimmäisen oikeusasteen oikeudenkäynnissä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle laskeneensa vähimmäisalennusten ja enimmäisalennusten välisen eron niiden laskun loppusummasta myönnettävien alennusten perusteella, joita jompikumpi keskittymän osapuolista on myöntänyt samalle asiakkaalle kustakin Top-20-albumistaan. Tämä ilmenee myös 21.9.2005 päivätyn komission kirjelmän [207] 19–22 kohdasta ja seuraa yksiselitteisesti tämän kirjelmän liitteestä E.2.

252. Jotta väite näytön ottamisesta vääristyneellä tavalla huomioon kyettäisiin tutkimaan järkevällä tavalla, on aluksi selvitettävä, mihin taulukkoihin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkalleen viittaa valituksenalaisen tuomion 425 kohdassa. Valitettavasti tuomion sitova englanninkielinen versio on tässä yhteydessä erittäin epätäsmällinen. Kuitenkin myös jo tästä 425 kohdan englanninkielisestä versiosta ilmenee, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa taulukkoihin, joilla ”pyritään osoittamaan Sonyn ja BMG:n eniten myydyistä albumeistaan myöntämät enimmäiskampanja-alennukset” [208] ja joissa lasketaan vähimmäis- ja enimmäisalennuksien välinen ero asiakaskohtaisesti.

253. Valituksenalaisen tuomion ranskankielinen versio on tältä osin täsmällisempi. Vaikka tämä kieliversio ei ole nyt käsiteltävässä asiassa sitova, valituksenalainen tuomio laadittiin ja siitä neuvoteltiin tällä kielellä, joten se voi antaa lisävalaistusta siihen, mihin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin halusi todellisuudessa viitata 425 kohdassa, eli

206 – Asia C-551/03 P, General Motors v. komissio, tuomio 6.4.2006 (Kok. 2006, s. I-3173, 54 kohta); edellä alaviitteessä 127 mainittu asia JCB Service v. komissio, tuomion 108 kohta ja alaviitteessä 44 mainittu asia Wunenburger v. komissio, tuomion 67 kohta.

207 – Komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin 21.9.2005 antama vastauskirjelmä.

208 – ”As regards the tables, *which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums*, – –” (kursivointi tässä).

”liitteen E.4.2 taulukkoihin”. [209] Todellisuudessa myös asiakirja-aineistossa on liitteen E.4.2 kansilehdessä otsikko, joka on selvästi samanlainen kuin valituksenalaisen tuomion 425 kohdan alkusanat, [210] ja liitteessä E.4.2 olevissa taulukoissa osoitetaan 425 kohdassa mainittu vähimmäis- ja enimmäisalennusten välinen ero asiakaskohtaisesti.

254. Tästä syystä katson, että valituksenalaisen tuomion 425 kohdassa viitataan liitteessä E.4.2 oleviin taulukkoihin. Tästä liitteestä ei kuitenkaan ilmene mitään, mikä puoltaisi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen 425 kohdassa esittämien toteamusten *ilmeistä virheellisyyttä.* Tähän liitteeseen otettuihin taulukkoihin – liitteen kansilehden otsikkoa lukuun ottamatta – ei sisälly minkäänlaisia lisäselvityksiä. Kuitenkin jo pikainen katsaus liitteessä E.4.2 oleviin ensimmäiseen ja toiseen taulukkoon osoittaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämä arvostelu on perusteltua: laskettaessa vähimmäis- ja enimmäisalennusten välistä eroa asiakaskohtaisesti Bertelsmannin ja Sonyn lukuja on todellisuudessa joissain kohdin verrattu keskenään; puhekielellä voitaisiin sanoa, että omenoita verrataan päärynöihin. [211]

255. Myöskään komission 21.9.2005 päivätyn kirjelmän 19–22 kohdassa esitetyistä toteamuksista ei seuraa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tulkinnut ilmeisen virheellisesti liitteessä E.4.2 olevia taulukoita. Kyseiset komission lausumat koskevat nimittäin jo sanamuotonsa mukaan vain liitteitä B.6, B.8 ja E.2. Sitä vastoin valittajien siteeraamassa komission kirjelmän kohdassa ei mainita mitään nyt käsiteltävistä liitteessä E.4.2 olevista taulukoista.

256. Tällä perusteella pidän väitettä, jonka mukaan näyttö olisi otettu vääristyneellä tavalla huomioon, valituksenalaisen tuomion 425 kohdan perusteella perusteettomana.

b) Valituksenalaisen tuomion 427 kohta

257. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esittää valituksenalaisen tuomion 427 kohdassa seuraavaa:

”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, –– koska yhtäältä ne osoittavat ainoastaan haarukoita, ilman että niissä selvitettäisiin painotettuja keskiarvoja ja vaihteluita näihin keskiarvoihin nähden ––”

209 – Valituksenalaisen tuomion 425 kohdan ranskankielinen versio alkaa seuraavasti: ”S'agissant des tableaux *de l'annexe E 4.2* qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, ––” (kursivointi tässä).

210 – Liitteen E.4.2 kansilehden otsikko kuuluu seuraavasti: ”Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums.”

211 – Esimerkiksi liitteen E.4.2 ensimmäisen taulukon kolmannessa sarakkeessa verrataan alinta Sonyn (SMEI) myöntämää alennusta korkeimpaan Bertelsmannin (BMG) myöntämään alennukseen; samoin menetellään liitteen E.4.2 toisen taulukon kolmannessa sarakkeessa.

258. Valittajien näkemyksen mukaan monet taulukoiden ja kaavioiden tiedot, joita komissio esitti 11.2.2005 päivätyssä vastinekirjelmässään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeudenkäynnissä, perustuivat painotettuihin keskiarvoihin. Ne viittaavat tässä yhteydessä liitteisiin B.4, B.8, B.9, B.10 ja B.13 sekä komission 14.3.2007 päivätyssä kirjelmässään ensimmäisessä oikeusasteessa esittämiin lisäselvityksiin.

259. Tästä on huomautettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tuomiossaan erottanut kielellisesti selvästi toisistaan *taulukot* ja *kaaviot.* [212] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa valituksenalaisen tuomion 427 kohdassa nimenomaisesti komission esittämiin eri *taulukkoihin*. Tästä syystä olisin odottanut, että valittajat olisivat viitanneet näytön ottamista virheellisellä tavalla huomioon koskevan väitteensä oikeaksi todistamiseksi myös oikeudenkäyntiasiakirjojen niihin osiin, jotka sisältävät *taulukoita*. Liitteiden B.4, B.8, B.9, B.10 ja B.13 tarkastelun perusteella on kuitenkin todettava, että vaikka niissä on lukuisia *kaavioita*, yksikään edellä mainituista liitteistä ei sisällä yhtään *taulukkoa*. Tällä perusteella edellä mainitut liitteet eivät ole omiaan näyttämään toteen väitettyä näytön ottamista virheellisellä tavalla huomioon, kuten eivät myöskään mahdolliset komission juuri näistä liitteistä esittämät selvitykset.

260. On paljon todennäköisempää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi 427 kohdassa taulukkoihin kuten esimerkiksi liitteissä B.6 ja B.7 oleviin taulukkoihin, jotka koskevat laskun loppusummasta myönnettyjä alennuksia (invoice discounts) ja joissa ovat myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mainitsemat ”haarukat”. Juuri tästä valittajat eivät kuitenkaan esitä mitään.

261. Tämän perusteella katson, että näytön ottamista vääristyneellä tavalla huomioon koskevat väitteet ovat valituksenalaisen tuomion 427 kohdan perusteella perusteettomia.

c) Valituksenalaisen tuomion 434 kohta

262. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käsittelee valituksenalaisen tuomion 431–434 kohdassa sitä kysymystä, ovatko vähittäiskauppiaat selvittäneet sovellettavia nettomyyntihintoja kulloistenkin vähittäismyyntihintojen perusteella ”taaksepäin laskemalla” (ns. reverse engineering). Taustalla on Impalan ensimmäisessä oikeusasteessa esittämä väite, jonka mukaan vähittäiskauppiaiden katteet ovat yleensä avoimia ja ne tiedetään hyvin tarkasti. [213]

263. Valituksenalaisen tuomion 434 kohdassa todetaan muun muassa seuraavaa:

212 – Vrt. esim. valituksenalaisen tuomion 393, 401, 415, 416, 420–428 ja 455–457 kohta, joissa puhutaan taulukoista (englanniksi ”tables”), kun sitä vastoin esimerkiksi kyseisen tuomion 129 ja 419 kohdassa puhutaan kaavioista (englanniksi ”charts”).

213 – Tämä asiayhteys ilmenee valituksenalaisen tuomion 431 ja 433 kohdasta.

”– – keskittymän osapuolten ekonomistien laatimassa tutkimuksessa ei esitetä riittävän luotettavia, asiaankuuluvia ja vertailukelpoisia tietoja, eivätkä ne siten tue komission niistä tekemiä päätelmiä. – – Vaikka onkin todennäköistä, että erityyppiset vähittäiskauppiaat (supermarketit, itsenäiset vähittäiskauppiaat ja erikoistuneet tavaratalo-ketjut 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. – –”

264. Valittajat arvostelevat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on jättänyt huomiotta niiden talousasiantuntijoiden laatiman ja komission liitteessä B.17 [214] esittämän tutkimuksen, erityisesti sen 2 osion. Siihen sisältyi kattava taloudellinen tietoaineisto, josta ilmenee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen sen olettaman virheellisyys, jonka mukaan vähittäiskauppiaat noudattavat yhtenäistä katestrategiaa.

265. Tämä väite ei vakuuta minua. Jo pelkästään valituksenalaisen tuomion riidanalaisen 434 kohdan perusteella ilmenee, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole missään tapauksessa jättänyt siinä kyseistä tutkimusta huomiotta, vaan päinvastoin käsitellyt sitä.

266. Tutkimuksen sisällöstä voidaan kyllä todeta, että sen 2 osiossa käsitellään vähittäiskauppiaiden *katepolitiikkaa* ja erityisesti sitä, soveltavatko vähittäiskauppiaat vakiokatteita (standard mark-ups). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kaipasi kuitenkin tutkimuksessa tietoja siitä, että ”vähittäiskauppias soveltaisi erilaista *myyntistrategiaa* samantyyppiseen albumiin”. [215] Liitteessä B.17 olevan tutkimuksen tarkastelun jälkeen päädyn tämän osalta samaan lopputulokseen kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin.

267. Tämän perusteella katson, että näytön ottamista virheellisellä tavalla huomioon koskevat väitteet ovat valituksenalaisen tuomion 434 kohdan perusteella perusteettomia.

3. Välipäätelmä

268. Siten neljäs valitusperuste on kaiken kaikkiaan perusteeton. Sama pätee valituksen 101 ja 102 kohdassa esitettyihin toteamuksiin, jotka ovat sisällöltään päällekkäisiä tämän neljännen valitusperusteen kanssa.

214 – Kyseessä on komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa antaman vastinekirjelmän liite B.17.

215 – Valituksenalaisen tuomion 434 kohta (kursivointi tässä).

C *Luottamuksellisten tietojen käyttäminen valituksenalaisessa tuomiossa (seitsemäs valitusperuste)*

269. Valittajat arvostelevat seitsemännellä valitusperusteellaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on nojautunut tuomiossaan virheellisesti todisteisiin, joita ei ole esitetty niille, joihin ne eivät ole koskaan voineet ottaa kantaa ja joita ei ollut esitetty myöskään komissiolle ensimmäisen hyväksymispäätöksen tekemisen yhteydessä. Koska tällaiset todisteet eivät voi olla komission päätöksen perusteena, myöskään ensimmäisen hyväksymispäätöksen kumoaminen ei olisi saanut perustua niihin.

270. Tämän valitusperusteen pääasiallinen kohde ovat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen hintojen avoimuutta koskevat toteamukset ja erityisesti – riidanalainen – suurten yhtiöiden mahdollisuus valvoa vähittäiskauppamarkkinoita myyntihenkilöstönsä viikoittaisten seurantaraporttien avulla. [216] Tässä yhteydessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korostaa aluksi komission toteamusta, jonka mukaan Sonylla ja Bertelsmannilla on *viikoittain julkaistavien raporttien järjestelmä* ja raportteihin sisältyy tietoja kilpailijoista. [217] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa tässä yhteydessä tuomiossaan kuitenkin myös tiettyihin Impalan esittämiin ja luottamuksellisiksi luokiteltuihin asiakirjoihin. [218]

271. Koska valittajat väittävät muun muassa, että ne eivät ole kyenneet ottamaan kantaa viimeksi mainittuihin asiakirjoihin *ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa*, on aluksi annettava ratkaisu siitä, onko kontradiktorisen menettelyn periaatetta mahdollisesti loukattu *ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa*.

272. On kiistatonta, että tuomioistuimen ratkaisu ei voi perustua seikkoihin ja asiakirjoihin, joita *asianomaiset*, tai joku asianosaisista, eivät ole voineet saada tietoonsa ja joihin he eivät siis ole voineet ottaa kantaa. [219] Valittajat eivät olleet kuitenkaan nyt käsiteltävässä asiassa ensimmäisessä oikeusasteessa oikeusriidan *asianosaisina*, vaan ne osallistuivat oikeudenkäyntiin ainoastaan komissiota tukevina *väliintulijoina*. Väliintulijoina niillä on oikeudenkäynnissä heikompi asema kuin kantajalla ja vastaajalla.

273. Erityisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 116 artiklan 2 kohdan toisessa virkkeessä määrätään nimenomaisesti, että presidentti voi asianosaisen pyynnöstä jättää toimittamatta väliintulijalle asiakirjoja, jotka ovat salaisia tai luottamuksellisia, ja näin tapahtuu usein nimenomaan kilpailuoikeudellisissa menettelyissä. [220] Erityisesti yhteisön

216 – Valituksenalaisen tuomion 352–361 ja 451 kohta.

217 – Vrt. valituksenalaisen tuomion 352 kohta, jossa siteerataan ensimmäisen hyväksymispäätöksen 113 perustelukappaletta.

218 – Valituksenalaisen tuomion 356–360, 389 ja 451 kohta.

219 – Yhdistetyt asiat 42/59 ja 49/59, Snupat v. korkea viranomainen, tuomio 22.3.1961 (Kok. 1961, s. 111, erityisesti s. 169, Kok. Ep. I, s. 95); asia C-480/99 P, Plant ym. v. komissio ja South Wales Small Mines, tuomio 10.1.2002 (Kok. 2002, s. I-265, 24 kohta) ja asia C-199/99 P, Corus UK v. komissio, tuomio 2.10.2003 (Kok. 2003, s. I-11177, 19 kohta). Vrt. myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asiassa Feldbrugge v. Alankomaat 29.5.1986 antama tuomio (A-sarja, nro 99, s. 16, 44 kohta) ja asiassa Aksoy (Eroğlu) v. Turkki 31.10.2006 antama tuomio (nro 59741/00, 21 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

220 – Vrt. esim. asia T-271/03, Deutsche Telekom v. komissio, määräys 15.6.2006 (Kok. 2006, s. II-1747).

kilpailuoikeudellisissa asioissa asian selvittämiselle on luonteenomaista, että tarkasteltavina olevat asiakirjat sisältävät usein liikesalaisuuksia tai muita tietoja, joita ei saa paljastaa tai joiden paljastaminen on sallittua vain merkittävin rajoituksin.[221] Siten jo työjärjestyksen järjestelmään kuuluu, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi ottaa tarvittaessa tuomiossaan huomioon sellaisia todisteita, jotka eivät ole olleet väliintulijoiden saatavilla (vrt. tältä osin myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 67 artiklan 3 kohdan ensimmäinen alakohta sekä EY 287 artikla).

274. Impalan toimittamien asiakirjojen luottamuksellinen käsittely on siten myös – toisin kuin ensi arviolta saattaisi vaikuttaa – vähemmän kontradiktorisen menettelyn ongelma *ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa* kuin pikemminkin keskittymän osapuolten puolustautumisoikeuksien kunnioittamista koskeva kysymys *hallinnollisessa menettelyssä*.

275. Valittajat vetoavat perustellusti siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei olisi saanut nojautua ensimmäisen hyväksymispäätöksen kumoamisen yhteydessä Impalan esittämiin riidanalaisiin asiakirjoihin, koska komissio ei puolestaan olisi saanut käyttää näitä asiakirjoja, koska ne olivat luottamuksellisia. Mikäli nimittäin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää tiettyjä asiakirjoja sillä tavoin luottamuksellisina, että se salaa niiden sisällön kaikilta osin keskittymään osallistuvilta yrityksiltä,[222] komissioltakaan ei voida kohtuudella odottaa, että se nojautuisi niihin hallinnollisessa menettelyssä perustellakseen mahdollisen kieltopäätöksen tai edes vain heikentääkseen niillä tiettyjä keskittymän osapuolten väitteitä.

276. Tällä perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin menetteli virheellisesti, kun se nojautui Impalan esittämiin luottamuksellisiin asiakirjoihin kumotessaan ensimmäisen hyväksymispäätöksen.

277. Tämä oikeudellinen virhe ei johda kuitenkaan valituksenalaisen tuomion kumoamiseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämille toteamuksille oli näet muitakin perusteluja, joilla ei ollut mitään tekemistä Impalan esittämien luottamuksellisten asiakirjojen kanssa. Siten viittaukset näihin asiakirjoihin olivat viime kädessä ainoastaan yksi useista tekijöistä, joista seurasi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen näkemyksen mukaan, että ”jo entuudestaan voimakas avoimuus –– vahvistuu vielä enemmän”.[223] Vaikka siis ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi puolustautumisoikeuksien vuoksi luopunut Impalan esittämistä luottamuksellisista asiakirjoista, tämä ei olisi millään tavoin vienyt pohjaa valituksenalaisessa tuomiossa tehdyiltä päätelmiltä.[224]

278. Näin ollen myös seitsemäs valitusperuste on perusteeton.

221 – Asia C-411/04 P, Salzgitter Mannesmann v. komissio, tuomio 25.1.2007 (Kok. 2007, s. I-959, 43 kohta).

222 – Vaikka minulla on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiakirjoihin tutustuttuani huomattavia epäilyjä siitä, olisiko tällainen menettely tässä tapauksessa perusteltua, tässä valitusmenettelyssä ei ole yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä kyseenalaistaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kyseisten asiakirjojen luottamuksellisuudesta esittämää arviointia.

223 – Valituksenalaisen tuomion 348–362 kohta, erityisesti 362 kohta.

224 – Vastaavasti edellä alaviitteessä 121 mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 72 kohta; alaviitteessä 117 mainitut yhdistetyt asiat Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomion 30 kohta ja asia T-30/91, Solvay v. komissio, tuomio 29.6.1995 (Kok. 1995, s. II-1775, 58 kohta).

D *Välipäätelmä*

279. Valitus on siten hylättävä kokonaan.

VI Oletettu vastavalitus

280. Komission valitukseen antaman vastauksen loppupuolella on erillinen osio ”lisähuomautuksia” [225] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ensimmäisen hyväksymispäätöksen osalta esittämistä ”olennaisista perusteluista”.

281. Komissio vetoaa siinä siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on luokitellut sen kostotoimenpiteitä [226] koskevat toteamukset valituksenalaisen tuomion 474 ja 476 kohdassa perusteettomasti ensimmäisen hyväksymispäätöksen olennaiseksi perusteluksi. Mikäli nimittäin nyt käsiteltävässä asiassa ilmenisi, että markkinoiden avoimuutta koskevat komission toteamukset olisivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen näkemyksen vastaisesti paikkansapitäviä, ensimmäisen hyväksymispäätöksen pitäisi jäädä voimaan riippumatta siitä, onko siinä oikeudellinen virhe kostotoimenpiteiden osalta.

282. Impala on tulkinnut nämä komission toteamukset *vastavalitukseksi* ja vastannut niihin erillisellä kirjelmällä työjärjestyksen 117 artiklan 2 kohdan nojalla. Tästä aiheesta jätettiin yhteisöjen tuomioistuimen presidentin luvalla vielä muitakin kirjelmiä.

283. Tämä ei yksin kuitenkaan missään tapauksessa merkitse vielä sitä, että yhteisöjen tuomioistuin olisi tässä tapauksessa jo todennut sitovasti vastavalituksen olemassaolon. Väitteen luonnehtiminen vastavalitukseksi edellyttää työjärjestyksen 117 artiklan 2 kohdan perusteella, että sen yhteydessä vaaditaan valituksenalaisen tuomion kumoamista osittain tai kokonaan sellaisella perusteella, jota ei ole esitetty valituksessa. Se, onko tilanne tässä tapauksessa tällainen, on selvitettävä komission valitukseen antaman vastauksen kyseisen kohdan sanamuodon, tarkoituksen ja asiayhteyden perusteella.

284. Tältä osin on korostettava, että komissio ei käytä kirjelmänsä missään kohdassa käsitettä ”vastavalitus”. Otsikko ”lisähuomautuksia” viittaa pikemminkin siihen, että kyseessä ovat täydentävät huomautukset, joilla pyritetään ainoastaan selventämään komission varsinaista lausumaa, jonka se on antanut vastaukseksi Bertelsmannin ja Sonyn valitukseen. ”Lisähuomautuksilla” pyritään erityisesti valaisemaan sitä, mitä seurauksia sillä olisi ensimmäisen hyväksymispäätöksen pysyvyyden kannalta, jos valituksenalainen tuomio kumottaisiin Bertelsmannin ja Sonyn vaatimuksesta (mahdollisesti osittainkin). [227]

225 – Komission valitukseen antaman vastauskirjelmän 37–39 kohta, joka on otsikoitu seuraavasti: ”6. Additional observations: On the 'essential grounds' of the Decision”.

226 – Ensimmäisen hyväksymispäätöksen 114–118 kohta.

227 – Vrt. erityisesti komission valitukseen antaman vastauskirjelmän 39 kohdan viimeinen virke.

285. Komissio itse on selventänyt oikeudenkäynnin edetessä, että se ei ole missään tapauksessa tarkoittanut ”lisähuomautuksillaan” tehdä vastavalitusta ja että se on lisäksi nimenomaisesti suojautunut sitä vastaan, että se voisi joutua korvaamaan tästä aiheutuvia oikeudenkäyntikuluja; se on myös korostanut, että sen ”lisähuomautuksilla” ei ole mitään itsenäistä merkitystä, vaan ne ovat asiaankuuluvia vain siinä tapauksessa, että Bertelsmannin ja Sonyn tekemä valitus hyväksytään (mahdollisesti osittain). [228]

286. Tämän perusteella on katsottava, että komission ”lisähuomautuksiin” ei sisälly minkäänlaista vastavalitusta ja että yhteisöjen tuomioistuimen erillisen ratkaisun antaminen niistä olisi tarpeetonta ja jopa ultra petita.

VII Oikeudenkäyntikulut

287. Mikäli valitus hylätään, kuten tässä tapauksessa ehdotan, yhteisöjen tuomioistuin päättää oikeudenkäyntikuluista (työjärjestyksen 122 artiklan 1 kohta), missä yhteydessä yksityiskohtaiset säännöt ilmenevät työjärjestyksen 69 artiklasta, luettuna yhdessä 118 artiklan kanssa.

288. Työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut; jos hävinneitä asianosaisia on useita, yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee, miten kulut on jaettava näiden asianosaisten kesken. Työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa määrätään kuitenkin, että jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi, yhteisöjen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken; tämä pätee myös silloin, jos valitus hylätään, mutta osa valittajan väitteistä on hyväksytty. [229]

289. Koska valittajat Bertelsmann ja Sony ovat hävinneet valituksensa mutta osa niiden valitusperusteista oli kuitenkin sisällöltään perusteltuja, oikeudenkäyntikulut pitäisi jakaa. Tästä syystä ehdotan, että Bertelsmann ja Sony vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan ja että ne velvoitetaan korvaamaan kolme neljännestä Impalan kuluista; siltä osin kuin ne korvaavat Impalan oikeudenkäyntikulut, on lisäksi asianmukaista määrätä, että Bertelsmann ja Sony korvaavat Impalan oikeudenkäyntikulut yhteisvastuullisesti. [230] Impala vastaa puolestaan yhdestä neljänneksestä omista kuluistaan.

290. Muut osapuolet, jotka tukivat valitusta vaatimuksillaan yhteisöjen tuomioistuimessa, voidaan vastaavasti 69 artiklan 4 kohdan nojalla määrätä vastaamaan omista kuluistaan. Koska komissio ja Sony BMG Music Entertainment ovat tukeneet

228 – Komission yhteisöjen tuomioistuimen kirjaajalle toimittama 15.5.2007 päivätty kirjelmä.

229 – Asia C-93/02 P, Biret International v. neuvosto, tuomio 30.9.2003 (Kok. 2003, s. I-10497, 72 kohta) ja asia C-94/02 P, Biret und Cie v. neuvosto, tuomio 30.9.2003 (Kok. 2003, s. I-10565, 75 kohta).

230 – Yhdistetyt asiat C-122/99 P ja C-125/99 P, D ja Ruotsi v. neuvosto, tuomio 31.5.2001 (Kok. 2001, s. I-4319, 65 kohta).

Bertelsmannin ja Sonyn valitusta vaatimuksillaan ja ovat siten hävinneet asian, vaikuttaa asianmukaiselta määrätä ne vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan.[231]

VIII Ratkaisuehdotus

291. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin antaa seuraavan ratkaisun:

1) Valitus hylätään.

2) Bertelsmann AG ja Sony Corporation of America vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne velvoitetaan korvaamaan yhteisvastuullisesti kolme neljännestä Independent Music Publishers and Labels Associationin kuluista; Independent Music Publishers and Labels Association vastaa yhdestä neljänneksestä omista kuluistaan.

3) Euroopan yhteisöjen komissio ja Sony BMG Music Entertainment BV vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan.

231 – Vastaavasti esim. asia C-23/00 P, neuvosto v. Boehringer, tuomio 26.2.2002 (Kok. 2002, s. I-1873, 56 kohta) ja yhdistetyt asiat C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P ja C-180/01 P, International Power ym. v. NALOO, tuomio 2.10.2003 (Kok. 2003, s. I-11421, 187 kohta).