

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (τρίτο τμήμα)  
της 13ης Ιουλίου 2006\*

Στην υπόθεση T-464/04,

**Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, διεθνής ένωση)**, με έδρα τις Βρυξέλλες (Βέλγιο), εκπροσωπούμενη από τους S. Crosby και J. Golding, solicitors, και τον I. Wekstein-Steg, δικηγόρο,

προσφεύγουσα,

κατά

**Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων**, εκπροσωπούμενης από τον A. Whelan και την K. Mojzesowicz,

καθής,

\* Γλώσσα διαδικασίας: η αγγλική.

υποστηριζομένης από την

**Bertelsmann AG**, με έδρα το Gütersloh (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τον J. Boyce, solicitor, και τους P. Chappatte και Δ. Λουκά, δικηγόρους,

και από τις

**Sony BMG Music Entertainment BV**, με έδρα το Vianen (Κάτω Χώρες),

και

**Sony Corporation of America**, με έδρα τη Νέα Υόρκη (Ηνωμένες Πολιτείες),

εκπροσωπούμενες από τον N. Levy, barrister, και τους R. Snelders και T. Graf, δικηγόρους,

παρεμβαίνουσες,

με αντικείμενο αίτημα περί ακυρώσεως της αποφάσεως C(2004) 2815 της Επιτροπής, της 19ης Ιουλίου 2004, με την οποία πράξη συγκεντρώσεως κηρύσσεται συμβατή με την κοινή αγορά και τη λειτουργία της Συμφωνίας για τον ΕΟΧ (υπόθεση COMP/M.3333 — Sony/BMG),

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ (τρίτο τμήμα),

συγκείμενο από τους M. Jaeger, πρόεδρο, J. Azizi και E. Cremona, δικαστές,  
γραμματέας: I. Νάτσινας, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 22ας Σεπτεμβρίου 2005,

εκδίδει την ακόλουθη

### Απόφαση

#### Ιστορικό της διαφοράς

- <sup>1</sup> Η Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) είναι διεθνής ένωση βελγικού δικαίου που απαρτίζεται από 2 500 ανεξάρτητες εταιρίες παραγωγής μουσικής.
- <sup>2</sup> Στις 9 Ιανουαρίου 2004, η Επιτροπή έλαβε κοινοποίηση, σύμφωνα με το άρθρο 4 του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ L 395, σ. 1), όπως διορθώθηκε (ΕΕ 1990, L 257, σ. 13), και όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό (ΕΚ) 1310/97 του Συμβουλίου, της 30ής Ιουνίου 1997 (ΕΕ L 180, σ. 1, στο εξής: κανονισμός), ενός

σχεδίου συγκεντρώσεως με το οποίο οι εταιρίες Bertelsmann AG και Sony Corporation of America, που ανήκει στον όμιλο Sony (στο εξής: Sony), απέβλεπαν στο να ενοποιήσουν τις δραστηριότητές τους σε παγκόσμιο επίπεδο στον τομέα της ηχογραφημένης μουσικής.

- 3 Η Bertelsmann είναι μια διεθνής επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον τομέα των οπτικοακουστικών μέσων, της οποίας οι δραστηριότητες σε παγκόσμια κλίμακα περιλαμβάνουν την παραγωγή και την έκδοση μουσικών έργων, τη μετάδοση τηλεοπτικών και ραδιοφωνικών εκπομπών, την έκδοση βιβλίων, περιοδικών και εφημερίδων, τις υπηρεσίες εκτύπωσης και οπτικοακουστικών μέσων, τις λέσχες βιβλίου και μουσικής. Η Bertelsmann δραστηριοποιείται στον τομέα της ηχογραφημένης μουσικής μέσω της πλήρως ελεγχόμενης θυγατρικής της Bertelsmann Music Group (BMG). Τα σήματα ηχογραφημένης μουσικής της BMG είναι, μεταξύ άλλων, τα Arista Records, Jive Records, Zomba και Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Η Sony δραστηριοποιείται, σε παγκόσμιο επίπεδο, στους τομείς της παραγωγής και της εκδόσεως μουσικών έργων, των βιομηχανικών και καταναλωτικών ηλεκτρονικών προϊόντων και της ψυχαγωγίας. Στον τομέα της ηχογραφημένης μουσικής, δραστηριοποιείται μέσω της Sony Music Entertainment. Τα σήματα της Sony περιλαμβάνουν τα Columbia Records Group, Epic Records Group και Sony Classical.
- 5 Η προτεινόμενη πράξη συγκεντρώσεως συνίσταται στην ενσωμάτωση των δραστηριοτήτων, σε παγκόσμιο επίπεδο, των μετεχόντων στη συγκέντρωση στον τομέα της ηχογραφημένης μουσικής (πλην των δραστηριοτήτων της Sony στην Ιαπωνία) σε τρεις ή περισσότερες νέες εταιρίες που ιδρύθηκαν βάσει μιας «Business Contribution Agreement» (συμφωνίας περί ενσωματώσεως των δραστηριοτήτων) της 11ης Δεκεμβρίου 2003. Οι κοινές αυτές επιχειρήσεις επρόκειτο να αποτελέσουν αντικείμενο εκμεταλλεύσεως από κοινού υπό την επωνυμία Sony BMG.
- 6 Κατά τη συμφωνία, η Sony BMG θα δραστηριοποιείται στην ανακάλυψη και την ανάδειξη καλλιτεχνών [δραστηριότητα καλλιτεχνικής διεύθυνσης που αποκαλείται A & R («Artist and Repertoire: καλλιτέχνης και ρεπερτόριο»)] και στην προώθηση και την πώληση των δίσκων που απορρέουν από την ως άνω δραστηριότητα. Η Sony BMG δεν θα εμπλέκεται σε συναφείς δραστηριότητες, όπως είναι η έκδοση μουσικών έργων, η παραγωγή και η διανομή.

- 7 Στις 20 Ιανουαρίου 2004, η Επιτροπή απέστειλε ένα ερωτηματολόγιο σε ορισμένο αριθμό δραστηριοποιημένων στην αγορά. Η προσφεύγουσα απάντησε στο ως άνω ερωτηματολόγιο και κατέθεσε χωριστό υπόμνημα, στις 28 Ιανουαρίου 2004 (παράρτημα Α.5), στο οποίο εξέθετε τους λόγους που έπρεπε, κατά τη γνώμη της, να οδηγήσουν την Επιτροπή στο να κηρύξει την πράξη ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά. Με το ως άνω υπόμνημα, η προσφεύγουσα εξέφραζε τους φόβους της ως προς την αυξημένη συγκέντρωση στην αγορά και τον αντίκτυπο που τούτο θα είχε για την πρόσβαση στην αγορά, συμπεριλαμβανομένων των οπτικοακουστικών μέσων, του τομέα της διανομής και του διαδικτύου, καθώς και για την επιλογή των καταναλωτών.
- 8 Με απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2004, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η κοινοποιηθείσα πράξη συγκεντρώσεως δημιουργούσε σοβαρές αμφιβολίες ως προς το αν συμβιβαζόταν με την κοινή αγορά και τη λειτουργία της Συμφωνίας για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο (ΕΟΧ) και κίνησε διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού.
- 9 Στις 24 Μαΐου 2004, η Επιτροπή απηύθυνε ανακοίνωση των αιτιάσεων στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, με την οποία έκρινε προσωρινώς ότι η κοινοποιηθείσα πράξη συγκεντρώσεως ήταν ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά και τη λειτουργία της Συμφωνίας για τον ΕΟΧ, καθόσον θα είχε ως αποτέλεσμα την ενίσχυση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής και στην αγορά χονδρικής των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου και τον συντονισμό της συμπεριφοράς των μητρικών εταιριών κατά τρόπο ασυμβίβαστο με το άρθρο 81 ΕΚ.
- 10 Τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη απάντησαν στην ανακοίνωση των αιτιάσεων και διεξήχθη ακρόαση ενώπιον του συμβούλου ακροάσεων στις 14 και 15 Ιουνίου 2004, στην οποία παρέστη, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα.
- 11 Με απόφαση της 19ης Ιουλίου 2004, η Επιτροπή κήρυξε την πράξη συγκεντρώσεως συμβατή με την κοινή αγορά δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 2, του κανονισμού (στο εξής: απόφαση).

- 12 Κατόπιν της από 26 Ιουλίου 2004 αιτήσεώς της, η προσφεύγουσα έλαβε, στις 23 Σεπτεμβρίου 2004, μη εμπιστευτικό αντίγραφο της αποφάσεως.

### **Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων**

- 13 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 3 Δεκεμβρίου 2004, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή.
- 14 Με χωριστό δικόγραφο που κατέθεσε αυθημερόν, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση αποσκοπούσα στο να εκδικασθεί η υπόθεση κατά την ταχεία διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 76α του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου.
- 15 Με έγγραφο της 17ης Δεκεμβρίου 2004, η Επιτροπή εξέφρασε τις αμφιβολίες της ως προς τον πρόσφορο χαρακτήρα του να εκδικασθεί η προσφυγή κατά την ταχεία διαδικασία εν προκειμένω, υπογραμμίζοντας, ιδίως, πέραν της περιπλοκότητας της υποθέσεως, τις δυσχέρειες που προκύπτουν από το ότι, για να εξηγήσει το σκεπτικό της αποφάσεώς της, θα οδηγείτο στο να χρησιμοποιήσει πολύ ογκώδη και περίπλοκα στοιχεία και ότι μια τέτοια γραμμή άμυνας θα απαιτούσε, επιπλέον, λεπτές διαπραγματεύσεις με τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και με τρίτους όσον αφορά τον βαθμό δημοσιοποιήσεως εμπιστευτικών πληροφοριακών στοιχείων που θα μπορούσε να υποχρεωθεί να παράσχει η Επιτροπή.
- 16 Με υπομνήματα που κατέθεσαν στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου, αντιστοίχως, στις 10, 11 και 19 Ιανουαρίου 2005, η Bertelsmann, η Sony BMG Music Entertainment και η Sony Corporation of America ζήτησαν να παρέμβουν προς στήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής. Οι ως άνω αιτήσεις έγιναν δεκτές με διάταξη του προέδρου του τρίτου τμήματος της 4ης Φεβρουαρίου 2005.

- 17 Ενδιαμέσως, με απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, το Πρωτοδικείο, στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας που προβλέπονται από το άρθρο 64, παράγραφος 3, στοιχείο ε', του Κανονισμού Διαδικασίας, κάλεσε τους διαδίκους να μετάσχουν σε ανεπίσημη σύσκεψη στις 24 Ιανουαρίου 2005 προκειμένου να εξετασθεί η δυνατότητα να εκδικασθεί η υπόθεση κατά την ταχεία διαδικασία, λαμβανομένου υπόψη, ιδίως, του ζητήματος της εμπιστευτικότητας ορισμένων στοιχείων του φακέλου, το οποίο έθεσε η Επιτροπή.
- 18 Με υπόμνημα που κατέθεσε στις 18 Ιανουαρίου 2005, η Επιτροπή, σε συμφωνία με την προσφεύγουσα, υπέβαλε αίτημα λήψεως ενός μέτρου οργανώσεως της διαδικασίας που συνίσταται, κατ' ουσίαν, στο να επιτραπεί στην Επιτροπή να υποβάλει ορισμένα έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία που της είχαν διαβιβασθεί εμπιστευτικώς γνωστοποιώντας τα ως άνω έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία μόνο στους νομικούς συμβούλους της προσφεύγουσας και αποκλείοντας την προσφεύγουσα από την εν λόγω γνωστοποίηση.
- 19 Με απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2005, το Πρωτοδικείο, λαμβάνοντας υπόψη, ιδίως, τη συμφωνία που συνήφθη μεταξύ της προσφεύγουσας και των παρεμβαίνουσών, δέχθηκε την αίτηση λήψεως ενός μέτρου οργανώσεως της διαδικασίας. Επίσης, το Πρωτοδικείο δέχθηκε την αίτηση περί ταχείας εκδικάσεως, διευκρινίζοντας ότι η απόφαση αυτή μπορούσε να αναθεωρηθεί ανά πάσα στιγμή υπό το πρίσμα των εξελίξεων του φακέλου και της διαδικασίας. Επίσης, καθορίστηκε χρονοδιάγραμμα για την κατάθεση των υπομνημάτων.
- 20 Με υπόμνημα που κατέθεσε στις 11 Φεβρουαρίου 2005, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση περί τροποποιήσεως του μέτρου οργανώσεως της διαδικασίας. Με επιστολή της 18ης Φεβρουαρίου 2005, η καθής και οι παρεμβαίνουσες κατέθεσαν τις παρατηρήσεις τους επί της ως άνω αιτήσεως. Με επιστολή της 22ας Φεβρουαρίου 2005, η προσφεύγουσα απέσυρε την αίτησή της περί τροποποιήσεως του μέτρου οργανώσεως της διαδικασίας.
- 21 Εν τω μεταξύ, στις 11 Φεβρουαρίου 2005, η Επιτροπή κατέθεσε το υπόμνημά της αντικρούσεως. Στις 25 Φεβρουαρίου 2005, η Bertelsmann, η Sony BMG και η Sony κατέθεσαν το υπόμνημά τους παρεμβάσεως.

- 22 Ενδιαμέσως, με επιστολή της 15ης Φεβρουαρίου 2005, η προσφεύγουσα ζήτησε να της επιτραπεί να καταθέσει παρατηρήσεις επί των νέων πληροφοριακών στοιχείων που περιέχονται στο υπόμνημα αντικρούσεως της Επιτροπής. Με απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2005, το Πρωτοδικείο δέχθηκε το ως άνω αίτημα και παρέσχε στην καθής τη δυνατότητα να ζητήσει, έως τις 4 Μαρτίου 2005, να της επιτραπεί να καταθέσει συμπληρωματικές παρατηρήσεις, πράγμα που όντως τέλεσε η καθής. Με έγγραφο της 1ης Μαρτίου 2005, η προσφεύγουσα αντιτάχθηκε στο αίτημα αυτό. Στις 14 Μαρτίου 2005, η Επιτροπή κατέθεσε τις συμπληρωματικές παρατηρήσεις της.
- 23 Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή, το Πρωτοδικείο (τρίτο τμήμα) αποφάσισε να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία και, στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας, κάλεσε την Επιτροπή να προσκομίσει ορισμένα έγγραφα και να απαντήσει εγγράφως σε μια σειρά γραπτών ερωτήσεων.
- 24 Με έγγραφο της 19ης Σεπτεμβρίου 2005, η Επιτροπή ζήτησε παράταση της σχετικής με την κατάθεση των απαντήσεών της στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου προθεσμίας, η οποία της δόθηκε. Με επιστολή της 21ης Σεπτεμβρίου 2005, η Επιτροπή κατέθεσε τις απαντήσεις της στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου.
- 25 Οι διάδικοι αγόρευσαν και απάντησαν στις ερωτήσεις που έθεσε το Πρωτοδικείο κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 22ας Σεπτεμβρίου 2005.
- 26 Με επιστολή της 26ης Σεπτεμβρίου 2005, η Επιτροπή κατέθεσε ορισμένα έγγραφα κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως και ζήτησε να της επιτραπεί να σχολιάσει εγγράφως τις ενδεχόμενες παρατηρήσεις που επρόκειτο να καταθέσει η προσφεύγουσα επί των απαντήσεών της στις γραπτές ερωτήσεις της 21ης Σεπτεμβρίου 2005. Το αίτημα αυτό έγινε δεκτό.
- 27 Στις 29 Σεπτεμβρίου 2005, η προσφεύγουσα κατέθεσε υπόμνημα σχετικά με τις απαντήσεις της Επιτροπής στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου.



- 28 Στις 11 Οκτωβρίου 2005, η Επιτροπή κατέθεσε τις τελικές παρατηρήσεις της επί των παρατηρήσεων της προσφεύγουσας όσον αφορά τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου.
- 29 Η προσφεύγουσα ζητεί από το Πρωτοδικείο:
- να μη λάβει υπόψη τα έγγραφα που προσκόμισε η Επιτροπή σε παράρτημα του υπομνήματός της αντικρούσεως·
  - να ακυρώσει την απόφαση·
  - επικουρικώς, να ακυρώσει την απόφαση καθόσον αφορά ένα ή όλα τα κατωτέρω σημεία:
    - τη συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου·
    - την ατομική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της διανομής μουσικών έργων μέσω διαδικτύου·
    - τον συντονισμό των αντιστοίχων δραστηριοτήτων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στον τομέα της εκδόσεως μουσικών έργων·
  - να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

30 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να απορρίψει την προσφυγή ως αβάσιμη·
  
- να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

### Σκεπτικό

31 Προς στήριξη της προσφυγής της περί ακυρώσεως, η προσφεύγουσα προβάλλει πέντε λόγους ακυρώσεως, οι οποίοι υποδιαιρούνται σε πολλά σκέλη. Με τον πρώτο λόγο ακυρώσεως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, μη διαπιστώνοντας την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως πριν από τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση εντός της αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής, καθώς και την ενίσχυση της εν λόγω θέσεως, παρέβη το άρθρο 253 ΕΚ και υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και σε νομική πλάνη. Με τον δεύτερο λόγο ακυρώσεως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, μη εκτιμώντας ότι η σχεδιαζόμενη συγκέντρωση θα δημιουργούσε συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής, παρέβη το άρθρο 253 ΕΚ και υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και σε νομική πλάνη. Ο τρίτος λόγος ακυρώσεως αντλείται από παράβαση του άρθρου 2 του κανονισμού, καθόσον η Επιτροπή δεν θεώρησε ότι επρόκειτο να δημιουργηθεί ή να ενισχυθεί μια συλλογική δεσπόζουσα θέση στην παγκόσμια αγορά των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου. Με τον τέταρτο λόγο ακυρώσεως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, μη εκτιμώντας ότι η Sony θα επετύγχανε να λάβει μια ατομική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της διανομής μουσικών έργων μέσω διαδικτύου, παρέβη το άρθρο 253 ΕΚ και υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως. Με τον πέμπτο λόγο ακυρώσεως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι η σχεδιαζόμενη συγκέντρωση δεν θα είχε ως αποτέλεσμα τον συντονισμό των αντιστοίχων δραστηριοτήτων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στον τομέα της εκδόσεως μουσικών έργων, υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και παρέβη το άρθρο 81 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, τέταρτο εδάφιο, του κανονισμού.

I — Επί των επισυναφθέντων σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως αποδεικτικών στοιχείων

A — Επιχειρήματα των διαδίκων

- 32 Η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι, όπως προκύπτει από το υπόμνημα αντικρούσεως, η Επιτροπή στηρίχθηκε, κατά τη διοικητική διαδικασία, σε έγγραφα και σε πληροφοριακά στοιχεία στα οποία η προσφεύγουσα δεν είχε πρόσβαση παρά μόνον όταν έλαβε αντίγραφο του υπομνήματος αντικρούσεως, ενώ τα ως άνω έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία διαδραμάτισαν κεντρικό ρόλο στον βαθμό που χρησιμοποιήθηκαν από την Επιτροπή προκειμένου να δικαιολογηθεί το ότι το εν λόγω θεσμικό όργανο απέστη από τη θέση που έλαβε με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, σύμφωνα με την οποία η προτεινόμενη συγκέντρωση θα δημιουργούσε ή θα ενίσχυε μια συλλογική δεσπόζουσα θέση και θα ήταν ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά.
- 33 Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, αν είχε λάβει γνώση των ως άνω εγγράφων, τα οποία περιέχουν ατελείς πληροφορίες και είναι παραπλανητικά, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, θα ήταν σε θέση να αποδείξει τις θεμελιώδεις πλημμελείες τους και η απόφαση θα ήταν διαφορετική ή, τουλάχιστον, θα έπρεπε να περιέχει ρητή αιτιολογία για την απόρριψη των παρατηρήσεων της προσφεύγουσας. Η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι διατήρησε τα ως άνω έγγραφα στην κατοχή της και ότι στηρίχθηκε στα τελευταία, χωρίς να τα υποβάλει ουδέποτε στη δοκιμασία της κατ' αντιπαράσταση εξετάσεως ή στις παρατηρήσεις τρίτων.
- 34 Η προσφεύγουσα, ενώ αναγνωρίζει ότι η Επιτροπή υποχρεούται να προστατεύει τα επιχειρηματικά απόρρητα και δεν υπέχει καμία υποχρέωση να γνωστοποιεί σε τρίτους όλες τις πληροφορίες του φακέλου κατά τη διάρκεια των διοικητικών διαδικασιών ελέγχου των συγκεντρώσεων, υποστηρίζει ότι τούτο δεν επιτρέπει στην Επιτροπή να στερεί από τους τελευταίους τη δυνατότητα να προβάλουν τις απόψεις τους επί του θέματος, λαμβανομένου υπόψη ότι η Επιτροπή μπορεί να καταρτίσει, παραδείγματος χάρη, ένα μη εμπιστευτικό και συνοπτικό κείμενο των επίμαχων πληροφοριών.
- 35 Η προσφεύγουσα διευκρινίζει ότι δεν προβάλλει λόγο ακυρώσεως αντλούμενο από παράβαση ουσιώδους τύπου, αλλά εκτιμά ότι τα κατατεθέντα από την Επιτροπή

νέα αποδεικτικά στοιχεία προσκομίσθηκαν πολύ αργά για να περισωθεί η απόφαση επί της ουσίας και ότι αποτελούν απόπειρα να καταστεί, εκ των υστέρων, σύννομη η απόφαση. Η προσφεύγουσα, υπενθυμίζοντας ότι η έλλειψη προσκομίσεως εγγράφων κατά το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας δεν θεραπεύεται κατά το στάδιο της δικαστικής διαδικασίας (απόφαση του Δικαστηρίου της 8ης Ιουλίου 1999, C-51/92 P, Hercules Chemicals κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. I-4235, σκέψη 78), υποστηρίζει ότι τα επίμαχα έγγραφα δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη.

36 Η Επιτροπή ζητεί την απόρριψη του ως άνω αιτήματος.

### *B — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου*

37 Διαπιστώνεται, εκ προοιμίου, ότι τα αποδεικτικά στοιχεία που η προσφεύγουσα ζητεί από το Πρωτοδικείο να αποκλείσει από τη δικογραφία προσκομίσθηκαν σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως που κατέθεσε η Επιτροπή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 46 του Κανονισμού Διαδικασίας. Η προσφεύγουσα δεν αναφέρει με ποιον τρόπο η εκ μέρους της Επιτροπής προσκόμιση των εγγράφων αυτών είναι αντίθετη προς τον Κανονισμό Διαδικασίας.

38 Εν συνεχεία, διαπιστώνεται ότι ούτε οι λόγοι για τους οποίους η προσφεύγουσα ζητεί να αποκλεισθούν τα ως άνω έγγραφα από τη δικογραφία ούτε καν το νόημα του αιτήματός της προκύπτουν με σαφήνεια.

39 Πρώτον, ναι μεν η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα προσκομισθέντα έγγραφα αποτελούν απόπειρα να καταστεί, εκ των υστέρων, σύννομη η απόφαση, πλην όμως δεν ισχυρίζεται ότι τα εν λόγω έγγραφα συνελέγησαν ή καταρτίστηκαν μετά την έκδοση της αποφάσεως, αλλά διατείνεται, αντιθέτως, ότι αυτά διαδραμάτισαν κεντρικό ρόλο κατά το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας, καθόσον η Επιτροπή

στηρίχθηκε στα εν λόγω έγγραφα για να θεμελιώσει την απόφαση. Πάντως, το γεγονός αυτό, έστω και αν θεωρηθεί αποδεδειγμένο, δεν μπορεί, εν πάση περιπτώσει, να οδηγήσει στον αποκλεισμό των εν λόγω εγγράφων. Εξάλλου, και μάλιστα η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι επιχείρησε να καταστήσει, εκ των υστέρων, σύνομη την απόφαση, πλην όμως δεν επικαλείται, τουλάχιστον προς στήριξη του υπό κρίση αιτήματος, παραβίαση της αρχής ότι η αιτιολογία πρέπει να περιλαμβάνεται στο σώμα της αποφάσεως και δεν είναι δυνατόν να εκτεθεί για πρώτη φορά ενώπιον του Πρωτοδικείου (απόφαση του Πρωτοδικείου της 15ης Σεπτεμβρίου 1998, T-374/94, T-375/94, T-384/94 και T-388/94, European Night Services κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. II-3141, σκέψη 95). Εν πάση περιπτώσει, μια ενδεχόμενη ανεπαρκής αιτιολογία επισύρει την κύρωση της ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως και όχι του αποκλεισμού των εγγράφων. Το ζήτημα αν η απόφαση είναι επαρκώς κατά νόμον αιτιολογημένη θα εξετασθεί, εν προκειμένω, στο πλαίσιο των διαφόρων λόγων ακυρώσεως που προέβαλε η προσφεύγουσα.

- 40 Δεύτερον, η προσφεύγουσα, ενώ αναφέρει ότι η Επιτροπή δεν υπέχει υποχρέωση να γνωστοποιεί σε τρίτους, κατά το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας ελέγχου των συγκεντρώσεων, όλα τα πληροφοριακά στοιχεία που περιέχονται στον φάκελο, υπενθυμίζει ότι, κατά τη νομολογία, η έλλειψη προσκομίσεως εγγράφων κατά το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας δεν μπορεί να θεραπευθεί κατά το στάδιο της δικαστικής διαδικασίας. Πάντως, χωρίς να είναι ανάγκη να εξετασθεί το εύρος των δικαιωμάτων άμυνας ή προσβάσεως τρίτων στον φάκελο στο πλαίσιο των διαδικασιών συγκεντρώσεως επιχειρήσεων, αρκεί η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ρητώς ότι δεν προτίθεται να προβάλει νέο ισχυρισμό αντλούμενο από την παράβαση ουσιώδους τύπου. Επομένως, το αίτημα δεν μπορεί να γίνει δεκτό καθόσον στηρίζεται στον λόγο αυτό. Εν πάση περιπτώσει, η προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας μπορεί να επισύρει κυρώσεις μόνο στην περίπτωση που έχει αποδειχθεί ότι η έλλειψη γνωστοποιήσεως εγγράφων μπόρεσε να επηρεάσει, εις βάρος προσφεύγουσας, το περιεχόμενο της επίμαχης αποφάσεως, πράγμα που δεν μπορεί να γίνει χωρίς εξέταση των εν λόγω εγγράφων.

- 41 Τρίτον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα έγγραφα περιέχουν ατελείς πληροφορίες και είναι παραπλανητικά και ότι, αν είχε πρόσβαση στα εν λόγω έγγραφα κατά το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας, θα ήταν σε θέση να αποδείξει τις θεμελιώδεις πλημμέλειές τους, πράγμα που θα μπορούσε να οδηγήσει στην έκδοση διαφορετικής αποφάσεως. Πάντως, και μάλιστα το γεγονός αυτό μπορεί να οδηγήσει στο να εκτιμηθούν με περίσκεψη τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η Επιτροπή, πλην όμως δεν μπορεί, αντιθέτως, να παράσχει τη δυνατότητα να γίνει

δεκτό το μέτρο του οποίου τη λήψη ζήτησε η προσφεύγουσα. Απεναντίας, το εν λόγω μέτρο θα στερούσε από την προσφεύγουσα τη δυνατότητα να αποδείξει την προβαλλομένη έλλειψη αξιοπιστίας ή λυσιτέλειας των επίμαχων εγγράφων στο πλαίσιο των ισχυρισμών της που αντλούνται από πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως.

42 Τέλος, το επικουρικό αίτημα της προσφεύγουσας που αποσκοπεί στο να αποφανθεί το Πρωτοδικείο ότι τα έγγραφα είναι μη πειστικά ή αλυσιτελή πρέπει επίσης να απορριφθεί, για τους ίδιους λόγους. Εν πάση περιπτώσει, το αίτημα αυτό αποτελεί ζήτημα ουσίας που θα εξετασθεί στο πλαίσιο των διαφόρων λόγων ακυρώσεως και επιχειρημάτων που προβλήθηκαν με την προσφυγή.

43 Από τις ανωτέρω παρατηρήσεις προκύπτει ότι το αίτημα της προσφεύγουσας να μη ληφθούν υπόψη τα έγγραφα που προσκόμισε η Επιτροπή προς στήριξη του υπομνήματός της αντικρούσεως ή να κριθούν αλυσιτελή τα εν λόγω έγγραφα πρέπει να απορριφθεί.

*II — Επί του πρώτου λόγου ακυρώσεως, που αφορά την ενίσχυση προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής*

44 Ο πρώτος λόγος ακυρώσεως υποδιαιρείται σε δύο σκέλη, από τα οποία το πρώτο αφορά τον εσφαλμένο χαρακτήρα του ισχυρισμού της Επιτροπής ότι δεν υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής πριν από τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση και το δεύτερο αφορά την πλάνη που προκύπτει από την έλλειψη διαπιστώσεως της ενισχύσεως, με τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση, της εν λόγω προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

## Α — Επιχειρήματα της προσφεύγουσας

## 1. Επί του πρώτου σκέλους

- 45 Εκ προοιμίου, η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι τόσο η ανακοίνωση των αιτιάσεων όσο και η απόφαση περιέχουν πολλές αποδείξεις περί του ότι η αγορά της ηχογραφημένης μουσικής εμφάνιζε, πριν από τη συγκέντρωση, όλα τα χαρακτηριστικά μιας αγοράς στην οποία κυριαρχεί μια συλλογική δεσπόζουσα θέση που αντιστοιχεί στα κριτήρια που συνάγονται από τη νομολογία (απόφαση του Πρωτοδικείου της 6ης Ιουνίου 2002, T-342/99, *Airtours* κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-2585).
- 46 Πρώτον, η προσφεύγουσα επισημαίνει, συναφώς, ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες (στο εξής: μεγαλύτερες εταιρίες) περιγράφονται ως έχουσες όλα τα χαρακτηριστικά ενός ομίλου με δεσπόζουσα θέση: μεγάλα μερίδια αγοράς, σημαντική οικονομική ισχύ (αιτιολογική σκέψη 53 της αποφάσεως), διατήρηση υψηλών τιμών (αιτιολογική σκέψη 56 της αποφάσεως), ολιγοπωλιακή διάρθρωση (αιτιολογική σκέψη 148 της αποφάσεως) και, ως εκ τούτου, αλληλεξάρτηση.
- 47 Δεύτερον, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η αγορά είχε όλα τα πρόσφορα χαρακτηριστικά για τις σιωπηρές συμπράξεις και καθιστούσε ευχερή την εποπτεία του ως άνω συντονισμού (σημεία 93 έως 116 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων) και ότι εξέτασε δέκα παράγοντες που καταδεικνύουν ότι υφίσταται σιωπηρή σύμπραξη (βλ. παράρτημα Α.15), οι οποίοι δεν άλλαξαν από της εκδόσεως της ανακοινώσεως των αιτιάσεων. Το προϊόν είναι ομοιογενές ως προς το σχήμα του και ο καταναλωτής αγοράζει δίσκους πολλών καλλιτεχνών και πολλών ειδών, δημιουργώντας, κατ' αυτόν τον τρόπο, ένα «χώρο υποκαταστάσεως» (αιτιολογική σκέψη 110 της αποφάσεως). Η αγορά είναι άκρως ευνοϊκή για τον συντονισμό και ο συντονισμός αυτός όντως υπήρξε (αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως). Υπάρχει μια σταθερή βάση πελατών (αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως) και τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη ελέγχουν την αγορά της διανομής (αιτιολογική σκέψη 113 της αποφάσεως).

- 48 Τρίτον, οι τιμές προϋποθέτουν την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Υπάρχει παραλληλισμός των πραγματικών καθαρών τιμών (σημεία 76 έως 80 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και αιτιολογικές σκέψεις 75, 82, 89, 96 και 103 της αποφάσεως). Οι δημοσιευθείσες τιμές πωλήσεως (στο εξής: ΔΤΠ) είναι γνωστές και ο αριθμός των τιμών αναφοράς είναι περιορισμένος (αιτιολογικές σκέψεις 111 και 112 της αποφάσεως). Οι καθαρές τιμές πωλήσεως συνδέονται στενά με τις ΔΤΠ (αιτιολογικές σκέψεις 77, 84, 91, 98 και 105 της αποφάσεως). Οι ΔΤΠ και οι πραγματικές καθαρές τιμές είναι στενά ευθυγραμμισμένες και διαφανείς και η διαφάνεια των μέσων πραγματικών καθαρών τιμών δεν επηρεάζεται από τις εκπτώσεις (σημεία 88, 90 και 92 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και υποσημειώσεις 45, 49, 52, 55 και 57 της αποφάσεως).
- 49 Τέταρτον, η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη εν δυνάμει αποτελεσματικών μηχανισμών αποτροπής (σημεία 128 έως 132 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και αιτιολογική σκέψη 118 της αποφάσεως) και οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν υπόκεινται στους ως άνω αποτελεσματικούς περιορισμούς του ανταγωνισμού.
- 50 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι λόγοι που προέβαλε η Επιτροπή, οι οποίοι αντλούνται από τη μη ομοιογένεια του περιεχομένου των άλμπουμ, από την ανεπαρκή διαφάνεια των τιμών λόγω εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και από την έλλειψη αποδείξεως περί υπάρξεως των παραμικρών αντιποίνων, δεν παρέχουν τη δυνατότητα να αναιρεθεί το συμπέρασμα περί υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και ότι η ανάλυση της Επιτροπής πάσχει λόγω ελλείψεως αιτιολογίας, πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και νομικής πλάνης.
- α) Επί της παραβάσεως της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως
- 51 Κατά την προσφεύγουσα, η απόφαση παραβαίνει το άρθρο 253 ΕΚ, καθόσον δεν περιέχει έκθεση των πραγματικών και νομικών στοιχείων επί των οποίων στηρίχθηκε το θεσμικό όργανο, ούτως ώστε το Δικαστήριο να μπορεί να ασκεί τον έλεγχό του και τόσο τα κράτη μέλη όσο και οι ενδιαφερόμενοι να γνωρίζουν τους όρους υπό τους οποίους τα κοινοτικά όργανα εφαρμόζουν τη Συνθήκη (απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Μαρτίου 1987, 45/86, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, Συλλογή 1987, σ. 1493).



## Ομοιογένεια του προϊόντος

- 52 Όσον αφορά, πρώτον, την ομοιογένεια του προϊόντος, η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι δεν ανέφερε τον λόγο για τον οποίο ο σχετικός με τη μη ομοιογένεια του περιεχομένου παράγοντας υπερίσχυε εκείνου που αφορά την ύπαρξη ενός «χώρου υποκαταστάσεως», σύμφωνα με τον οποίο οι περισσότεροι καταναλωτές αγοράζουν μουσικά έργα μεγάλης ποικιλίας καλλιτεχνών και ειδών, ή εκείνου που αφορά την ομοιογένεια του σχήματος ως προς τις τιμές και τη διαφάνεια. Η Επιτροπή δεν ανέφερε ούτε για ποιον λόγο η διαπίστωση ότι οι τιμές των άλμπουμ είναι πολύ τυποποιημένες αναιρείται από τον γενικό ισχυρισμό ότι οι τιμές εξαρτώνται από την «επιτυχία του άλμπουμ». Συναφώς, η αιτιολογική σκέψη 110 της αποφάσεως περιέχει αντιφατικές διαπιστώσεις.

## Διαφάνεια

- 53 Όσον αφορά, δεύτερον, τη διαφάνεια, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί και τα επιχειρήματα της Επιτροπής σχετικά με τις εκπτώσεις, που έχουν ως αποτέλεσμα την αντίκρουση όλων των αφορώντων τη διαφάνεια αποδεικτικών στοιχείων, δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένοι.
- 54 Έτσι, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, στις μεγάλες χώρες, η διαφάνεια των τιμών που προκύπτει από τις ΔΤΠ καταργείται λόγω των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, χωρίς, ωστόσο, να εξηγήσει τη λειτουργία και τη σημασία των εν λόγω εκπτώσεων για το σύστημα των τιμών.
- 55 Ομοίως, όσον αφορά τις μικρές χώρες, οι λόγοι για τους οποίους η Επιτροπή προσέδωσε τόση σπουδαιότητα στις εκπτώσεις στο πλαίσιο διαφημιστικής εκστρατείας και όχι στις τακτικές εκπτώσεις, ενώ ισχυρίστηκε, στο σημείο 150 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, ότι, «όπως και στα μεγαλύτερα εδάφη, οι

σημαντικότερες εκπτώσεις σε όλες τις χώρες είναι οι τακτικές εκπτώσεις», δεν εκτέθηκαν σαφώς. Εξάλλου, δεν υπάρχει ακριβής περιγραφή της έννοιας των τακτικών εκπτώσεων. Κατά την εκτίμηση της διαφάνειας στις μικρές χώρες, η Επιτροπή προσέφυγε κατά εναλλακτικό τρόπο, χωρίς διευκρίνιση, στη σύγκριση των τακτικών εκπτώσεων και των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, κατά τρόπον ώστε δεν μπορεί να καθορισθεί ευχερώς το αν η μελέτη εξέτασε τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ή τις τακτικές εκπτώσεις.

- 56 Επιπλέον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απόφαση αναφέρεται μόνο στα αποδεικτικά στοιχεία που αφορούν τις σχετικές με τη Sony και την BMG εκπτώσεις και δεν καλύπτει τις λοιπές μεγαλύτερες εταιρίες (αιτιολογική σκέψη 71 και υποσημείωση 43 της αποφάσεως). Επομένως, η αιτιολογία είναι ατελής.

### Μέσα αποτροπής

- 57 Όσον αφορά, τρίτον, τα μέσα αποτροπής, η Επιτροπή δεν εξηγεί για ποιον λόγο το γεγονός, έστω και αν αυτό ήταν ακριβές, ότι δεν μπόρεσε να αποδείξει ότι επιβλήθηκαν αντίποινα σε κάποιο χρονικό σημείο καθιστά δυνατή την αντίκρουση όλων των αποδείξεων περί της υπάρξεως αποτελεσματικών μέσων αποτροπής.

### Αντιστάθμισμα

- 58 Τέλος, τέταρτον, η απόφαση, σε αντίθεση με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, δεν περιέχει καμία εκτίμηση της υπάρξεως αντισταθμίσεως στην αγορά, ούτε εξήγηση για την έλλειψη αυτή, πράγμα που ισοδυναμεί με παντελή έλλειψη αιτιολογίας.

β) Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως

- 59 Η προσφεύγουσα υπενθυμίζει τη νομολογία ότι η Επιτροπή διαπράττει πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως όταν, κληθείσα να σταθμίσει αντιπαρατιθέμενα επιχειρήματα, προσδίδει υπερβολική βαρύτητα σε ένα από αυτά [απόφαση του Πρωτοδικείου της 10ης Οκτωβρίου 2001, T-111/00, British American Tobacco International (Investments) κατά Επιτροπής, Συλλογή 2001, σ. II-2997, σκέψη 58] ή όταν οι παρασχεθέντες για τη δικαιολόγηση μιας απόφασης λόγοι δεν υποστηρίζουν, στην πραγματικότητα, την απόφαση αυτή. Ομοίως, όταν η εκτίμηση της Επιτροπής δεν στηρίζεται σε ορισμένα στοιχεία ή σε ορισμένα πραγματικά περιστατικά, πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν παρασχεθήκε κατά τρόπο ενδεδειγμένο και εύλογο (απόφαση του Δικαστηρίου της 22ας Οκτωβρίου 1991, C-16/90, Nölle, Συλλογή 1991, σ. I-5163). Πάντως, ο ισχυρισμός περί ελλείψεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως δεν στηρίζεται σε κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, σε μια συλλογιστική ή σε αποδείξεις και η Επιτροπή παρέβη την υποχρέωσή της να προβεί σε εκτίμηση του συνόλου των κρίσιμων παραγόντων.
- 60 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απόφαση βαρύνεται με πρόδηλες πλάνες εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό της ομοιογένειας του προϊόντος, της διαφάνειας, της υπάρξεως μέσωσ αποτροπής, κατά την αξιολόγηση των αντισταθμισμάτων και κατά την ανάλυση της κοινής πολιτικής.

Ομοιογένεια του προϊόντος

- 61 Η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη εκτιμήσεως ως εκ του ότι θεώρησε ότι η μη ομοιογένεια του περιεχομένου υπερίσχυε της ομοιογένειας του σχήματος, ενώ δέχθηκε τον ισχυρισμό ότι ο καταναλωτής αγοράζει δίσκους πολλών καλλιτεχνών και πολλών ειδών και ότι υφίσταται, ως εκ τούτου, ένας «χώρος υποκαταστάσεως». Εν πάση περιπτώσει, η αφορώσα τη μη ομοιογένεια του προϊόντος παράμετρος θα ήταν κρίσιμη μόνον αν οι τιμές καθορίζονταν βάσει ατομικών τίτλων και όχι, όπως

εν προκειμένω, βάσει ορισμένων τιμών αναφοράς (αιτιολογικές σκέψεις 110 και 111 της αποφάσεως). Αν ακολουθηθεί η λογική της Επιτροπής, ουδέποτε θα μπορούσε να υπάρξει συλλογική δεσπόζουσα θέση στους κλάδους παραγωγής που συνδέονται με την πνευματική ιδιοκτησία, καθόσον ουδέποτε μπορεί να υπάρξει πλήρης ομοιογένεια του περιεχομένου.

## Διαφάνεια

### — Γενική επιχειρηματολογία

<sup>62</sup> Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι προσκομισθείσες αποδείξεις καταδεικνύουν ότι οι τιμές που εφαρμόζουν οι μεγαλύτερες εταιρίες είναι, βεβαίως, αρκούντως διαφανείς για να τους επιτραπεί να προβούν σε ευθυγράμμιση των τιμών τους. Η Επιτροπή δεν προσκόμισε καμία απόδειξη που να αναιρεί την ως άνω ανάλυση, αλλά περιορίστηκε να συναγάγει από την προβαλλομένη διακύμανση των εκπτώσεων ότι η διαφάνεια μπορούσε να εξλειφθεί ή να μειωθεί μέχρι σημείου ώστε να μην επιτρέπει πλέον την ευθυγράμμιση των τιμών.

<sup>63</sup> Η πλάνη εκτιμήσεως προκύπτει από τα συμπεράσματα της Επιτροπής ότι:

— υπάρχει παραλληλισμός και σχετικώς παρόμοια εξέλιξη των τιμών εκ μέρους των μεγαλύτερων εταιριών για τις μέσες καθαρές τιμές (αιτιολογικές σκέψεις 75, 82, 89, 96 και 103 της αποφάσεως)·

— οι ΔΤΠ θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ως εστιακό σημείο για την ευθυγράμμιση (αιτιολογικές σκέψεις 76, 83, 90, 97 και 104 της αποφάσεως)·

— οι ΔΤΠ και οι μέσες καθαρές τιμές εξελίχθηκαν κατά παράλληλο τρόπο (αιτιολογικές σκέψεις 77, 84, 91, 98 και 105 της αποφάσεως).

<sup>64</sup> Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι οι ΔΤΠ είναι διαφανείς, ότι οι τιμές λιανικής πώλησεως είναι γνωστές, ότι οι μέσες καθαρές τιμές εξελίσσονται παράλληλα με τις ΔΤΠ και ότι τα περιθώρια των διανομέων είναι γνωστά κατά ακριβή τρόπο. Επομένως, οι καθαρές τιμές των εμπορών λιανικής πώλησεως (ήτοι οι ΔΤΠ πλην των εκπτώσεων) είναι διαφανείς παρά τις εκπτώσεις. Τούτο προκύπτει, εξάλλου, από την ανακοίνωση των αιτιάσεων (σημεία 81 έως 92) και από την αιτιολογική σκέψη 77 της αποφάσεως, σύμφωνα με την οποία, «αν οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν παρεκκλίνει αισθητά από τη συμφωνηθείσα πολιτική στον τομέα των τιμών χορηγώντας εκπτώσεις, η παρέκκλιση αυτή θα ήταν ορατή στις μέσες καθαρές τιμές».

<sup>65</sup> Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή, προσδίδοντας υπερβολική σημασία στις εκπτώσεις και, ιδίως, στις εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων, υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως, καθόσον:

— στηρίχθηκε στις παρασχεθείσες από τη Sony και την BMG πληροφορίες σχετικά με τις εκπτώσεις παρά στις πληροφορίες σχετικά με τον παραλληλισμό μεταξύ ΔΤΠ και καθαρών τιμών για το σύνολο των μεγαλύτερων εταιριών (υποσημείωση 43 της αποφάσεως).

— σύμφωνα με τις παρασχεθείσες από τους εμπόρους λιανικής πώλησεως πληροφορίες, οι εκπτώσεις ήσαν διαφανείς: 20 από τους 26 εμπόρους λιανικής πώλησεως που ερωτήθηκαν από την Επιτροπή ισχυρίστηκαν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν εν γνώσει των εκπτώσεων που παρείχαν οι άλλες. Τούτο ισχύει, ιδίως, στην περίπτωση των τακτικών εκπτώσεων, οι οποίες είναι οι σημαντικότερες εκπτώσεις, εφόσον αποτελούν αντικείμενο διαπραγματεύσεως ετησίως.

- η Sony και η BMG προσκόμισαν εβδομαδιαίες εκθέσεις εποπτείας της αγοράς της διανομής, οι οποίες περιείχαν πληροφορίες για τους ανταγωνιστές τους (αιτιολογική σκέψη 113 της αποφάσεως)·
  
- για τις μουσικές συλλογές, οι μεγαλύτερες εταιρίες έχουν συνάψει συμφωνίες κοινής διανομής και κοινοπραξίας, στο πλαίσιο των οποίων αποκαλύπτονται οι τακτικές εκπτώσεις·
  
- υπάρχει υψηλό ποσοστό μετατάξεων διευθυντών μεταξύ των δισκογραφικών εταιριών·
  
- οι εβδομαδιαίοι κατάλογοι επιτυχημένων τραγουδιών παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τις πωλήσεις ανά τίτλο, παρέχοντας τη δυνατότητα να εντοπισθούν εύκολα οι τίτλοι που καθίστανται «επιτυχημένα τραγούδια» και δημιουργούν το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεων (αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως)·
  
- σύμφωνα με την έκθεση του Office of Fair Trading (βρετανικής αρχής ανταγωνισμού), η σχετική με τους ανταγωνιστές πληροφόρηση είναι ευκολότερα διαθέσιμη στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής απ' ό,τι σε οποιονδήποτε άλλο κλάδο παραγωγής (πάρτημα Α.16 του δικογράφου της προσφυγής).

<sup>66</sup> Η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι, βάσει των ως άνω στοιχείων, η Επιτροπή συνήγαγε, εξάλλου, στο σημείο 81 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, ότι «οι εκπτώσεις [ήσαν] κατά μεγάλο μέρος σταθερές και δεν [εχρησιμοποιούνται] προκειμένου να τροποποιηθεί αποτελεσματικά η πολιτική των τιμών». Πάντως, τα πραγματικά περιστατικά δεν μεταβλήθηκαν έκτοτε.

- 67 Εν πάση περιπτώσει, οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων δεν χρησιμοποιούνται γενικώς όσον αφορά δίσκους που ευρίσκονται στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών, οι οποίοι αποφέρουν περίπου το 80 % των εσόδων, αλλά μόνο για να παροτρύνουν τους καταναλωτές να αντλήσουν τίτλους από τον κατάλογο των τίτλων («back catalogue») (παράρτημα Α.17 του δικογράφου της προσφυγής) και έχουν ελάχιστο αντίκτυπο στο δείγμα που εξέτασε η Επιτροπή (αιτιολογικές σκέψεις 70 και 71 της αποφάσεως). Επιπλέον, δεδομένου ότι τα στοιχεία που εξέτασε η Επιτροπή για τις εν λόγω εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αφορούν μόνον τη Sony και την BMG, η λυσιτέλεια των στοιχείων αυτών είναι πιο περιορισμένη.
- 68 Επομένως, το τμήμα της διαρθρώσεως των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών, το οποίο επηρεάστηκε δυνητικώς από την έλλειψη διαφάνειας, είναι μικρό, όπως προκύπτει από την έκθεση που επισυνάφθηκε στο δικόγραφο της προσφυγής και εξηγεί το σύστημα των τιμών και των εκπτώσεων στην Ευρώπη (παράρτημα Α.17).
- 69 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή διέθετε επαρκή αριθμό εγγράφων βάσει των οποίων μπορούσε να προβεί σε εξέταση των αναλύσεων της προσφεύγουσας, αλλά ότι δεν το έπραξε, ιδίως, όσον αφορά τα σχετικά με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως αποδεικτικά στοιχεία. Η Επιτροπή, μη εκτιμώντας ορθώς τα πραγματικά περιστατικά και προσδίδοντας υπερβολική σημασία στις εκπτώσεις, και ιδίως στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως.

— Γενικές παρατηρήσεις επί των νέων αποδεικτικών στοιχείων

- 70 Βάσει των νέων πληροφοριακών στοιχείων που προσκόμισε η Επιτροπή σε παράρτημα του υπομνήματός της αντικρούσεως, η προσφεύγουσα συνάγει ότι η Επιτροπή δίδει την εντύπωση ότι στήριξε την εκτίμησή της ότι η αγορά δεν είναι διαφανής στην περιπλοκότητα των επιμέρους διακυμάνσεων ως προς τις εκπτώσεις μεταξύ των πελατών και μεταξύ των ατομικών τίτλων, καθώς και διαχρονικώς. Πάντως, η ύπαρξη τέτοιων επιμέρους διακυμάνσεων, ενίοτε σημαντικών, δεν αποκλείει το ενδεχόμενο να διέπεται ο καθορισμός των τιμών από περιορισμένο αριθμό γνωστών διαρθρώσεων και κανόνων που καθιστούν προβλέψιμες τις μέσες τιμές και από τους οποίους οποιαδήποτε σημαντική και συστηματική παρέκκλιση θα ήταν εμφανής.

- 71 Τέτοιοι κανόνες δεν θα επέτρεπαν, ίσως, να προβλεφθεί η τιμή κάθε επιμέρους εκδόσεως που χρεώνεται σε κάθε έμπορο λιανικής πώλησεως και ανά πάσα στιγμή, αλλά θα επέτρεπαν, ωστόσο, να καταστούν γνωστές με επαρκή βαθμό βεβαιότητας οι καθαρές τιμές που θα προέκυπταν από μια ομάδα ΔΤΠ και να προσδιορισθεί αν οι ανταγωνιστές συμμορφώθηκαν ή όχι προς τους κανόνες αυτούς. Επομένως, οι ως άνω κανόνες παρέχουν την απαιτούμενη διαφάνεια για την ύπαρξη της συλλογικής κυριαρχίας. Κατά συνέπεια, ο συντονισμός της συμπεριφοράς που προκύπτει από την παράλληλη κίνηση των ΔΤΠ και των μέσων καθαρών τιμών θα μπορούσε να δημιουργηθεί απλώς και μόνο βάσει κοινώς γνωστών και αντιληπτών κανόνων που μπορούν να ελεγχθούν, παρά βάσει τέλειαις και πλήρους γνώσεως κάθε επιμέρους αποφάσεως σχετικά με τις τιμές.
- 72 Η Επιτροπή δεν εξέτασε αν ο παραλληλισμός που παρατηρήθηκε ως προς τις μέσες τιμές (μικτές και καθαρές) μπορούσε να προκύπτει από τον συντονισμό συμπεριφορών που προκύπτουν από τέτοιους κανόνες, αλλά συνήγαγε μάλλον ότι τούτο δεν ίσχυε, καθόσον υπήρχαν επιμέρους διακυμάνσεις, χωρίς να εξετάσει αν αυτές ήσαν σημαντικές από στατιστικής απόψεως και είχαν ουσιαστικό αντίκτυπο στις μέσες τιμές.
- 73 Τέτοιοι κανόνες δεν εφαρμόζονται σε όλες τις περιπτώσεις, αλλά σε ένα ουσιώδες μέρος των πωλήσεων κάθε κατηγορίας δίσκων της κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας (νέες κυκλοφορίες, νέος καλλιτέχνης, κατάλογος «full price», «mid price», «budget», κλπ.), για καθεμία από τις οποίες υπάρχει περιορισμένος αριθμός γενικών στρατηγικών πωλήσεως που διέπουν τη συντριπτική πλειονότητα των πωλήσεων (αντικατάσταση ενός δίσκου στον κατάλογο επιτυχημένων τραγουδιών, συμμετοχή σε διαφημιστικές εκστρατείες, αγορά θέσεως στην προθήκη καταστήματος, κλπ.). Οι ως άνω στρατηγικές πωλήσεων θα μπορούσαν, βεβαίως, να διαφέρουν σε κάθε περιοχή και σε συνάρτηση με τους πελάτες (πολυκαταστήματα, εξειδικευμένες αλυσίδες, ανεξάρτητα καταστήματα, κλπ.), αλλά είναι, παρά τούτα, περιορισμένες σε αριθμό και γνωστές στους υπευθύνους πωλήσεων. Οι ως άνω κανόνες ή διαρθρώσεις είναι επαρκείς για να καταστεί δυνατός ο συντονισμός των τιμών, χωρίς να απαιτούνται ειδικές γνώσεις ως προς τις καθαρές και τις μικτές τιμές για τις ατομικές κυκλοφορίες, και προσφέρουν, επιπλέον, σε ένα περιβάλλον όπου η ζήτηση για ατομικούς τίτλους ποικίλλει και όπου η επιτυχία των άλμπουμ δεν μπορεί να προβλεφθεί με βεβαιότητα, την αναγκαία ευελιξία για την προσαρμογή σε επιμέρους περιπτώσεις, χωρίς να θέτει σε κίνδυνο τη διάρθρωση των τιμών στο σύνολό της.



- 74 Οι επιμέρους διακυμάνσεις δεν πρέπει να καταλήξουν στην απόκρυψη του ότι οι καθαρές τιμές στο σύνολό τους είναι στενά ευθυγραμμισμένες προς τις μικτές τιμές και ότι τούτο συμβαίνει πιθανώς διότι όλες οι εταιρίες ακολουθούν ορισμένους γενικούς κανόνες που καθιστούν τις τιμές, στο σύνολό τους, άκρως προβλέψιμες και τις συστηματικές αποκλίσεις εμφανείς. Επομένως, υφίσταται διαφάνεια.
- 75 Η εξέταση των νέων αποδεικτικών στοιχείων που περιέχονται σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως καταδεικνύει ότι η Επιτροπή επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στις επιμέρους διακυμάνσεις, χωρίς να εξετάσει αν αυτές ήσαν σημαντικές από στατιστικής απόψεως. Η Επιτροπή δεν προέβη σε ορθή στατιστική ανάλυση των υπολανθανόντων στοιχείων ή δεν εξέτασε τη σπουδαιότητα της κλίμακας των τιμών ή των εκπτώσεων ή τη λυσιτέλεια των διακυμάνσεων στο πλαίσιο των συνήθων ανωτάτων και κατωτάτων ορίων των τιμών, ούτε απηύθυνε ερωτήσεις προς τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως για να εξακριβώσει αν οι επιμέρους διακυμάνσεις ευρίσκοντο εντός του πλαισίου των γενικών κανόνων του συστήματος των τιμών. Η Επιτροπή συνήγαγε, εσφαλμένως, ότι απλώς και μόνον η ύπαρξη διακυμάνσεων απέκλειε το ενδεχόμενο να προκλήθηκε η διακύμανση αυτή από ορισμένες μεμονωμένες περιπτώσεις, ενώ ο κύριος όγκος των πωλήσεων υπόκειται σε τιμές που καθορίζονται βάσει γνωστών και προβλέψιμων κανόνων.
- 76 Επιπλέον, η Επιτροπή εξέτασε τα αποδεικτικά στοιχεία με εσφαλμένη μέθοδο και χωρίς να προβεί στους αναγκαίους ελέγχους.
- 77 Η προσφεύγουσα διατυπώνει τις ακόλουθες γενικές παρατηρήσεις επί των νέων αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η Επιτροπή:
- μεγάλο μέρος των στοιχείων δεν έχει προσαρμοσθεί βάσει του όγκου των πωλήσεων για την εκτίμηση της σημασίας του φάσματος των τιμών και των εκπτώσεων. Στις περιπτώσεις που τα στοιχεία αποτελούν αντικείμενο ορθής εκτιμήσεως —ήτοι μεταξύ όλων των δραστηριοποιούμενων στην αγορά— και προσαρμόζονται βάσει του όγκου των πωλήσεων, οι διακυμάνσεις είναι λιγότερο σημαντικές

- στις περισσότερες περιπτώσεις, τα στοιχεία δεν αποτελούν αντικείμενο ανάλυσεως από στατιστικής απόψεως και, ως εκ τούτου, δεν είναι δυνατό να εκτιμηθεί αν, σε σχέση με τις διάφορες κατηγορίες προϊόντων, οι διακυμάνσεις είναι σημαντικές
- πλην ορισμένων στοιχείων που χρησιμοποιήθηκαν στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, τα στοιχεία συγκρίνουν μόνον τις τιμές των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών. Το επιχείρημα της Επιτροπής, σύμφωνα με το οποίο το γεγονός ότι διαπιστώθηκε η ύπαρξη αδιαφανών πρακτικών παροχής εκπτώσεων μεταξύ δύο μεγαλύτερων εταιριών είναι επαρκές για να ελαχιστοποιηθεί η διαφάνεια, είναι εσφαλμένο, λαμβανομένου υπόψη ότι η Sony και η BMG είχαν πολύ διαφορετικές επιδόσεις στην αγορά και ότι, με διαφορετικές επιδόσεις ως προς μια σειρά κυκλοφοριών, τα ανώτατα και κατώτατα όρια των τιμών και των εκπτώσεων ποικίλλουν ακόμη και σε ένα ομοιόμορφο σύστημα τιμών. Επιπλέον, τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη ήσαν, από ιστορικής απόψεως, οι δύο πιο διαφορετικές μεγαλύτερες επιχειρήσεις, οπότε η συγκέντρωση όχι μόνο θα μείωνε τον αριθμό των δραστηριοποιούμενων στην αγορά, αλλά θα τους καθιστούσε, επίσης, πιο παρεμφερείς
- η Επιτροπή δεν εξέτασε αν υπήρχαν στοιχεία, εντός των μεγαλύτερων εταιριών, που να αντιτίθενται ευθέως στον ισχυρισμό περί υπάρξεως ποικιλίας και περιπλοκότητας των τιμών, ήτοι αν υπήρχαν προϋπολογισμοί ή άλλα στοιχεία που προβλέπουν ακριβώς τις καθαρές και τις μικτές τιμές καθώς και τις εκπτώσεις, των οποίων στοιχείων η διάρθρωση είναι παράλληλη μεταξύ των ανταγωνιστών και διαχρονικά σταθερή
- η εξέταση των στελεχών των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών ως μαρτύρων δεν αφορούσε τα κεφαλαίωδη ζητήματα —όπως είναι η ύπαρξη γενικών κανόνων ως προς τις τιμές και η εποπτεία των τιμών— και δεν αποτέλεσε αντικείμενο ελέγχου.

Η άποψη της Επιτροπής ότι οι μέσες καθαρές τιμές αποτελούν έκφραση πλήθους ατομικών αποφάσεων, που ήσαν μάλλον ποικιλόμορφες, και ότι τούτο πρέπει να μπορεί να παρατηρηθεί με επαρκή βεβαιότητα προκειμένου να καταστεί δυνατός ο πραγματικός συντονισμός των καθαρών τιμών είναι εσφαλμένη, καθόσον αρκεί

κάθε εταιρία να είναι ικανή να εξακριβώσει αν οι αποφάσεις ως προς τις τιμές όλων των εταιριών, μέσω των κυκλοφοριών τους, συμμορφώνονται με ορισμένους κανόνες ως προς τις τιμές προκειμένου να καταστούν γνωστές σε καθεμία από αυτές οι κινήσεις των τιμών και να διατηρηθεί σωπηρή η συμπαιγνία.

79 Οι διακυμάνσεις τις οποίες παρατήρησε η Επιτροπή βάσει των στοιχείων που παρείχαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, εκτός του ότι είναι λιγότερο συγκεκριμένες απ' ό,τι φαίνεται να θεωρεί η Επιτροπή, δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη ως απόδειξη σχετικά με την αδιαφάνεια των τιμών, καθόσον, όπως σε κάθε κλάδο παραγωγής του τομέα της πνευματικής ιδιοκτησίας, στον οποίο η απόδοση ενός ατομικού τίτλου ποικίλλει και υπόκειται σε ένα πλήθος δραστηριοτήτων σχετικά με τη διάθεση στο εμπόριο, αλλά όπου οι ενταχθείσες σειρές τέτοιων τίτλων είναι σύμφωνες προς γενικώς γνωστούς κανόνες, είναι απολύτως δυνατό να εξηγηθεί οποιαδήποτε διακύμανση ως προς το εύρος των εκπτώσεων και των τιμών διά της αναφοράς σε ορισμένες γενικώς γνωστές αρχές.

80 Εξάλλου, η προσφεύγουσα τονίζει ότι εξεπλάγη από το ότι η Επιτροπή περιέλαβε ελάχιστα αποδεικτικά στοιχεία από εκείνα που χρησιμοποιήθηκαν στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, ορισμένα από τα οποία ήσαν σταθμισμένα και κάλυπταν το σύνολο του κλάδου παραγωγής, αλλά επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στις παρασχεθείσες από τη Sony και την BMG πληροφορίες, οι οποίες δεν είχαν τις ιδιότητες αυτές. Επομένως, πρέπει να συμβιβασθούν οι διαφορές προτού απορριφθούν τα αρχικά στοιχεία και δεν προκύπτει ότι η Επιτροπή προέβη σε ισορροπημένη εκτίμηση.

— Επιμέρους εξέταση των διαφόρων αποδεικτικών στοιχείων

81 Οι παρατιθέμενες στο παράρτημα Β.2 καταθέσεις των στελεχών της Sony και της BMG ως μαρτύρων περιορίζονται να επιβεβαιώσουν την ύπαρξη διαφορετικών εκπτώσεων σε διαφορετικούς πελάτες, αλλά δεν αφορούν το ζήτημα αν οι εν λόγω εκπτώσεις καθορίζονται ευρέως από μια σειρά γενικών κανόνων. Ενώ οι δηλώσεις υπογραμμίζουν τον πολύ περίπλοκο χαρακτήρα του μηχανισμού καθορισμού των τιμών, το παράρτημα Β.14, που αποσκοπεί στο να αποδειχθεί η περιπλοκότητα των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων, αντικρούει, στην πραγματικότητα, την περιπλοκότητα αυτή, περιγράφοντας τη λειτουργία τους σε μία μόνο σελίδα. Το ερώτημα που έπρεπε να τεθεί ήταν αν υπήρχαν τυποποιημένα περιθώρια συνδεδεμένα με τις διάφορες κατηγορίες τιμών και αν το μεγαλύτερο μέρος των εκπτώσεων κατέτεινε στο να συγκεντρωθεί γύρω από στενά ανώτατα και κατώτατα όρια. Οι ερωτήσεις δίδουν την εντύπωση ότι ετέθησαν κατά τρόπον ώστε

να αποφευχθεί η αποκάλυψη του ότι τα περιθώρια μπορούσαν να είναι γνωστά ως γενικοί κανόνες και, ως εκ τούτου, δεν ήταν αναγκαίο να είναι γνωστά επί τακτικής βάσεως, ανά κυκλοφορία, και του ότι η αντίστροφη σχεδίαση των επιμέρους τιμών ουδόλως ήταν αναγκαία προκειμένου μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία να ελέγχει τις τιμές που εφαρμόζουν οι ανταγωνιστές της. Επιπλέον, οι ερωτήσεις αυτές δεν τέθηκαν στους εμπόρους λιανικής πώλησεως, πράγμα που θα καθιστούσε δυνατή, εντούτοις, τη σύγκριση των απαντήσεων.

- 82 Όσον αφορά το παράρτημα Β.3 που αναφέρει το ποσοστό των πωλήσεων χονδρικής των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στις δέκα υψηλότερες ΔΤΠ τους από το 1998 έως το 2003, το οποίο, κατά την Επιτροπή, καταδεικνύει τον μη προβλέψιμο χαρακτήρα της επιτυχίας στον τομέα της δισκογραφίας και, ως εκ τούτου, την ανάγκη, για κάθε μεγαλύτερη εταιρία, να ελέγχει τις ΔΤΠ περισσότερων από 80 άλμπουμ των ανταγωνιστών της, η προσφεύγουσα επισημαίνει ορισμένες ασυνέπειες εντός των στοιχείων (όπως είναι οι διακυμάνσεις ως προς τις περιόδους) και ισχυρίζεται ότι αυτές καταδεικνύουν απλώς το γεγονός ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη πωλούν τα προϊόντα τους σε διαφορετικές ΔΤΠ. Τούτο είναι αλυσιτελές κατά το μέτρο που η απόφαση αναφέρει ότι οι ΔΤΠ είναι μάλλον διαφανείς. Επιπλέον, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η Επιτροπή, από την αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως προκύπτει ότι «οι [μ]εγαλύτερες εταιρίες δεν πρέπει, εντούτοις, να ελέγχουν παρά μόνον τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ, μεταξύ αυτών που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις, προκειμένου να παρακολουθήσουν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων». Οι πληροφορίες αυτές δεν αντιφάσκουν ούτε προς τις θεωρήσεις που διατύπωσε η Επιτροπή κατά την ακρόαση, σύμφωνα με τις οποίες η συντριπτική πλειονότητα των πωλήσεων καθεμίας από τις μεγαλύτερες εταιρίες υπαγόταν ελάχιστα στις ΔΤΠ. Δεν είναι αναγκαίο να ελεγχθούν οι τιμές περισσότερων από 80 άλμπουμ, καθόσον, άπαξ και υπάρχουν γενικώς κατανοητοί κανόνες και αρχές, αρκεί, για τον έλεγχο της συνολικής τηρήσεως του συντονισμού, να αποδειχθεί, μόνο για ορισμένους τίτλους, αν οι ως άνω κανόνες τηρήθηκαν και αν οι αντικανονικότητες ήσαν συστηματικές. Επομένως, το συμπέρασμα που αντλεί η Επιτροπή από τη διακύμανση του ποσοστού μικτών πωλήσεων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών είναι αδικαιολόγητο.

- 83 Επιπλέον, οι ως άνω πίνακες δίδουν την εντύπωση ότι υπογραμμίζουν έναν παράγοντα, ήτοι τον μη προβλέψιμο χαρακτήρα της επιτυχίας στον τομέα της δισκογραφίας, ο οποίος έρχεται σε αντίθεση με τις κυριότερες δηλώσεις που περιέχονται στην απόφαση, σύμφωνα με τις οποίες, πρώτον, οι ΔΤΠ είναι διαφανείς και αποτελούν εστιακό σημείο για την ευθυγράμμιση (αιτιολογικές σκέψεις 76, 83, 90, 97 και 104 της αποφάσεως), δεύτερον, ο έλεγχος των τιμοκαταλόγων των άλλων μεγαλύτερων εταιριών ήταν δυνατός (αιτιολογικές σκέψεις 76, 83, 90, 97 και 104 της

αποφάσεως) και, τρίτον, αρκεί οι μεγαλύτερες εταιρίες να ελέγχουν τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις για να παρακολουθούν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων (αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως). Τέλος, έστω και αν υποτεθεί ότι είναι αναγκαίο να ελεγχθούν οι ΔΤΠ περισσότερων από 80 άλμπουμ (ή 60 μετά τη συγκέντρωση), τούτο δεν φαίνεται τόσο επαχθές όσο υποστηρίζει η Επιτροπή.

84 Ως προς τα παραρτήματα Β.4 και Β.5, που αφορούν τις μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τη Sony και την BMG στους δέκα καλύτερους πελάτες τους εντός τεσσάρων εκ των πέντε μεγάλων κρατών μελών, η προσφεύγουσα τονίζει ότι διερωτάται, κατ' αρχάς, επί του ζητήματος σε ποιον βαθμό οι διαφορές ως προς τις μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου είναι ενδεικτικές μάλλον των διαφορών ως προς τη μεταχείριση των διαφόρων πελατών, παρά των διαφορών ως προς τη σχετική απόδοση του χαρτοφυλακίου των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, λαμβανομένου υπόψη ότι η ισχύς των κυκλοφοριών μιας μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας καθώς και το μίγμα των δραστηριοτήτων της (κυκλοφορίες στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών, δραστηριότητες στα πολυκαταστήματα, κατάλογος, εξειδικευμένες δραστηριότητες και δραστηριότητες σχετικά με τις διαφημιστικές εκστρατείες) επηρεάζει τη μέση έκπτωση που χορηγείται στους πελάτες. Εν συνεχεία, τυχόν διαφορές ως προς τη μεταχείριση πελατών από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη δεν σημαίνουν ότι οι αποφάσεις τους επί των τιμών είναι αδιαφανείς, καθόσον οι ως άνω διαφορές θα μπορούσαν να είναι συστηματικές, προβλέψιμες και διαχρονικά σταθερές.

85 Το παράρτημα Β.5, το οποίο αναφέρει, όπως υποστηρίζεται, παραδείγματα όπου δεν υπάρχει συσχετισμός ή παράλληλη κίνηση, δεν ασκεί επιρροή, καθόσον θα μπορούσε να εξηγηθεί από τη διαφορά ως προς την απόδοση των χαρτοφυλακίων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών και καταδεικνύει, εξάλλου, σημαντικές ομοιότητες (χαμηλότερες εκπτώσεις που χορηγούνται στον ίδιο πελάτη ή εναλλάσσονται ταυτοχρόνως ή διαχρονικά σταθερές διαφορές). Μόνον το παράδειγμα του πελάτη αριθ. 1 στη Γερμανία είναι σύμφωνο με την άποψη ότι μία από τις μεγαλύτερες επιχειρήσεις μπορεί να μειώνει τις πραγματικές τιμές της χωρίς να την ακολουθούν οι ανταγωνιστές της, αλλά μία και μόνον ειδική διακύμανση κατά τη διάρκεια ενός συγκεκριμένου έτους σε μια δεδομένη επικράτεια, η οποία δίδεται ως προς ένα συγκεκριμένο πελάτη, δεν είναι πειστική. Επιπλέον, δεδομένου ότι οι πίνακες εξετάζουν μόνον τα στοιχεία της Sony και της BMG και ότι τα εν λόγω στοιχεία δεν είναι σταθμισμένα, οι διακυμάνσεις είναι υπερβολικές. Τούτο ισχύει, ιδίως, για την ανάλυση των προοπτικών που όφειλε να διεξαγάγει η Επιτροπή, καθόσον, δεδομένου ότι η συγκέντρωση συνδυάζει εταιρίες με πολύ διαφορετικές επιδόσεις, θα μπορούσε να αυξήσει τη συμμετρία και την ομοιογένεια και, ως εκ τούτου, την πιθανότητα σιωπηρής συμπαίγνιας.

- 86 Όσον αφορά τα παραρτήματα Β.6 και Β.7, που παρουσιάζουν υποτιθέμενες αποδείξεις περί της υπάρξεως διακυμάνσεων στις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη κατά τη διάρκεια πενταετούς περιόδου στους δέκα καλύτερους πελάτες τους για τους 20 καλύτερους ψηφιακούς δίσκους τους (στο εξής: CD), η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι οι πίνακες προσφέρουν μόνον ανώτατα και κατώτατα όρια και ότι τα εν λόγω όρια μπορούν να είναι παραπλανητικά, κατά το μέτρο που δείχνουν μάλλον τα άκρα παρά τους μέσους όρους και τις σημαντικές, από στατιστικής απόψεως, διακυμάνσεις πέριξ των εν λόγω μέσων όρων. Ευρέα ανώτατα και κατώτατα όρια εκπτώσεων θα μπορούσαν να εξηγηθούν από ορισμένες σπάνιες εξαιρέσεις, λαμβανομένου υπόψη ότι το μεγαλύτερο μέρος των εκπτώσεων βρίσκεται στο ίδιο επίπεδο. Επιπλέον, πέραν της μεθοδολογικής ανεπάρκειάς τους, οι ως άνω πίνακες καταδεικνύουν την ύπαρξη ενδιαφεροσών συμμετριών. Παραδείγματος χάρη, στο παράρτημα Β.6, εντός της χώρας Α, τα δύο μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προσφέρουν κατά κανόνα σημαντικότερες εκπτώσεις στους εμπόρους χονδρικής πωλήσεως απ' ό,τι στα πολυκαταστήματα και στους γενικούς εμπόρους λιανικής πωλήσεως, και το παράρτημα Β.7 του υπομνήματος αντικρούσεως καταδεικνύει την ύπαρξη μιας καλά ευθυγραμμισμένης, σε εκπληκτικό βαθμό, σχέσεως μεταξύ των κλιμάκων των εκπτώσεων.
- 87 Όσον αφορά τα παραρτήματα Β.8 και Β.9, τα οποία καταδεικνύουν, κατά την Επιτροπή, ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη δεν ακολουθούν ομοιόμορφη πρακτική σχετικά με τις εκπτώσεις, ότι οι πρακτικές τους εξελίχθηκαν κατά την πάροδο του χρόνου και ότι το 2003 η κατανομή των αντιστοίχων εκπτώσεων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών δεν ήταν πολύ παρεμφερής, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει, εκ νέου, ότι οι διαφορές που επισημάνθηκαν ως προς τις κλίμακες των εκπτώσεων κατά την πάροδο του χρόνου και μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών μπορούσαν να αποτελούν αποτέλεσμα των διαφορών ως προς τις επιδόσεις και ότι τούτο ουδόλως καταδεικνύει ότι οι εκπτώσεις δεν απορρέουν από ένα γνωστό πλαίσιο κανόνων. Επιπλέον, τα στοιχεία που εκτίθενται στο παράρτημα Β.8 κατατείνουν μάλλον προς την αντίθετη κατεύθυνση από εκείνη που υπέδειξε η Επιτροπή (διάθρωση εκπτώσεων που είναι μάλλον σταθερές και παρεμφερείς, ή συγκλίνουσες, και υψηλός παράγοντας συσχετισμού).
- 88 Η προσφεύγουσα εκτιμά ότι οι διαρθρώσεις των εκπτώσεων δεν ποικίλλουν, κατά την πάροδο του χρόνου, σε τέτοιο βαθμό όπως υπαινίσσεται η ανάλυση της Επιτροπής. Τα αριθμητικά στοιχεία που εκτίθενται στο παράρτημα Δ.3 καταδεικνύουν τον συντελεστή συσχετισμού της διαρθρώσεως των εκπτώσεων καθενός από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη σε ένα συγκεκριμένο έτος και τη διάθρωση των εκπτώσεων για το προηγούμενο έτος. Έστω και αν το μίγμα των δραστηριοτήτων επηρεάζει τις εκπτώσεις, οι συνολικοί υψηλοί συντελεστές συσχετισμού καταδεικνύουν ότι οι διαρθρώσεις των εκπτώσεων παραμένουν σχετικά σταθερές κατά την πάροδο του χρόνου, παράγοντας, κατ' αυτόν τον τρόπο, μάλλον προβλέψιμες καθαρές τιμές βάσει διαφανών ΔΤΠ.

- 89 Επιπλέον, η παρουσίαση των στοιχείων σε πολύ στενές στήλες, σε συνδυασμό με ιδιαίτερες οριοθετήσεις, θα μπορούσε να τονίζει τις διαφορές (παραδείγματος χάρη, αν η έκπτωση περάσει από ποσοστό λίγο μικρότερο του 15 % σε ποσοστό λίγο μεγαλύτερο του 15 %, υπάρχει αλλαγή στήλης χωρίς σημαντική μεταβολή). Τέλος, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι, αν η απόδοση στηριζόταν στην επιτυχία των 20 καλύτερων πωλήσεων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, θα υπήρχε μεταβολή των τιμών σε μια αγορά που είναι άκρως ανταγωνιστική. Εφόσον τούτο δεν ισχύει, η προσφεύγουσα συνάγει ότι ο μηχανισμός των εκπτώσεων δεν είναι στην πραγματικότητα ισχυρό ανταγωνιστικό στοιχείο ή πηγή αδιαφάνειας.
- 90 Όσον αφορά το παράρτημα Β.10 που δείχνει την κατανομή των καθαρών τιμών για τους πέντε καλύτερους πελάτες της Sony και της BMG το 2003, η προσφεύγουσα εκτιμά ότι το συμπέρασμα που συνάγει εξ αυτού η Επιτροπή, σύμφωνα με το οποίο διαφορετικοί πελάτες πραγματοποιούν πολύ διαφορετικές αναλογίες των αγορών τους από μια δεδομένη μεγαλύτερη εταιρία στις διάφορες κλίμακες καθαρών τιμών, είναι αμφιβόλου ορθότητας, καθόσον η διαφάνεια και η δυνατότητα προβλέψεως των τιμών δεν απαιτούν να είναι οι τάσεις της αγοράς πανομοιότυπες ή παρεμφερείς μεταξύ των πελατών των δύο δισκογραφικών εταιριών. Δεδομένου ότι οι κρίσιμοι παράγοντες για το επίπεδο των αναγκών για την επίτευξη των στόχων πωλήσεως εκπτώσεων είναι το μίγμα των προϊόντων και η επίδοση των κορυφαίων νέων κυκλοφοριών μεταξύ των πελατών, δύσκολα μπορεί να γίνει αντιληπτό με ποιον τρόπο η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι υπήρχε διαφορά ως προς την κατανομή των καθαρών τιμών γενικώς για τις δύο μεγαλύτερες εταιρίες.
- 91 Εξάλλου, να μεν τα στοιχεία αυτά αφορούν μόνον τη Sony και την BMG, πλην όμως τα εν λόγω στοιχεία είναι πλέον ενδεδειγμένα λόγω του ότι είναι σταθμισμένα. Πάντως, μια λεπτομερέστερη εξέταση της κατανομής ανά χώρα καταδεικνύει την ύπαρξη αξιοσημείωτων ομοιοτήτων που παρουσιάζονται υπό μορφή διαγράμματος στο παράρτημα Δ.4.
- 92 Επιπλέον, το συμπέρασμα της Επιτροπής, σύμφωνα με το οποίο το παράρτημα Β.10 καταδεικνύει τη διαφοροποίηση μεταξύ των δύο μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, δεν συμβιβάζεται με την εκτίμηση, η οποία περιέχεται στις αιτιολογικές σκέψεις 74 και 75 της αποφάσεως, ότι οι μέσες καθαρές τιμές της Sony και της BMG ήσαν σχετικά παρεμφερείς, πράγμα το οποίο, σύμφωνα με την ισορροπία των πιθανοτήτων, υποδεικνύει τη χρήση κανόνων καθορισμού των τιμών που να εξασφαλίζουν ότι το μεγαλύτερο μέρος των τιμών επικεντρώνεται γύρω από

ορισμένες τιμές αναφοράς. Τα ως άνω αποδεικτικά στοιχεία, αντί να υποστηρίζουν την άποψη ότι ο περίπλοκος καθορισμός των τιμών τις καθιστά αδιαφανείς, δίδουν την εντύπωση ότι υποστηρίζουν την αντίθετη άποψη, σύμφωνα με την οποία οι τιμές είναι μάλλον προβλέψιμες και παρεμφερείς παρά την εμφανή περιπλοκότητα των ατομικών αποφάσεων περί καθορισμού των τιμών.

93 Η προσφεύγουσα εκτιμά ότι το παράρτημα Β.11, το οποίο αναφέρει τις τριμηνιαίες μέσες καθαρές τιμές της Sony ανά άλμπουμ στις ΔΤΠ που χρησιμοποιήθηκαν περισσότερο, δεν παρέχει καμία ένδειξη ως προς την αδιαφάνεια, καθόσον ο πίνακας πάσχει από το πρόβλημα που συνδέεται με τα ανώτατα και κατώτατα όρια, ήτοι αναφέρεται μόνο στα άκρα χωρίς να αναλύσει τους σταθμισμένους μέσους όρους και τις διακυμάνσεις σε σχέση με τους μέσους όρους. Επιπλέον, το παράρτημα είναι αλυσιτελές, καθόσον αφορά μόνον τη Sony και δεν είναι συγκριτικό.

94 Το επόμενο παράρτημα (Β.12) είναι, επίσης, αλυσιτελές, καθόσον δεν είναι συγκριτικό και αποσκοπεί μόνο στο να καταδείξει ότι η ΒΜG προσφέρει στους εμπόρους λιανικής πωλήσεως διαφορετικά επίπεδα εκπτώσεων.

95 Η προσφεύγουσα προσάπτει, επίσης, στην Επιτροπή ότι δεν ανέφερε αν οι εμφανείς διακυμάνσεις ως προς το επίπεδο των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων μπορούσαν να εξηγηθούν από ορισμένες απλές αρχές. Τούτο θα προκαλούσε έκπληξη, εφόσον οι αρχές που διατυπώνει η Επιτροπή σε ένα από τα παραρτήματα του υπομνήματός της αντικρούσεως, εντός του παραρτήματος Β.14, υποδεικνύουν την ύπαρξη και την απλότητα τέτοιων κανόνων σχετικά με τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, ήτοι ότι:

— οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν σε συνάρτηση με το μέγεθος της παραγγελίας (πλην της ειδικής περιπτώσεως της Γαλλίας)·



- οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν σε συνάρτηση με τον τύπο του καταναλωτή (παραδείγματος χάρη στη Γερμανία, οι έμποροι χονδρικής πωλήσεως και οι λέσχες μουσικής λαμβάνουν κατά κανόνα σημαντικότερες εκπτώσεις)·
- οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν σε συνάρτηση με τον τύπο του τίτλου ή της κυκλοφορίας (παραδείγματος χάρη σε συνάρτηση με τη δημοτικότητα του καλλιτέχνη ή με το ακροατήριο στο οποίο απευθύνεται)·
- οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων εστιάζονται στους πελάτες που έχουν τη φήμη ότι πωλούν ένα συγκεκριμένο είδος μουσικής, βάσει της φύσεως του εμπόρου λιανικής πωλήσεως και των δημογραφικών χαρακτηριστικών της βάσεως της πελατείας του·
- οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν ανάλογα με τη φύση της διαφημιστικής εκστρατείας (παραδείγματος χάρη μόνον ένας τίτλος ή ένα σύνολο τίτλων, συνήθως ένας κατάλογος)·
- οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν ανάλογα με το επίπεδο των δαπανών για τη διάθεση στην αγορά, τις οποίες ο έμπορος λιανικής πωλήσεως είναι έτοιμος να παράσχει ως αντάλλαγμα.

<sup>96</sup> Η προσφεύγουσα είναι της γνώμης ότι, αν οι ως άνω κανόνες είναι γενικώς γνωστοί, δεν θα έπρεπε να είναι δύσκολο να προβλεφθεί με εύλογη ακρίβεια το επίπεδο των εκπτώσεων που αναμένεται να προσφέρει μια μεγαλύτερη εταιρία σε ένα συγκεκριμένο πελάτη, για ένα συγκεκριμένο τίτλο, στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης διαφημιστικής εκστρατείας, και, ως εκ τούτου, να αποδειχθεί αν οι πραγματικές εκπτώσεις είναι σύμφωνες με τους ως άνω κανόνες. Η Επιτροπή δεν δίδει την εντύπωση ότι προέβη σε έρευνα επί του ζητήματος αυτού.

- 97 Επιπλέον, δεδομένου ότι το παράρτημα Β.13 παρέχει στοιχεία για ένα μόνον έτος, το εν λόγω παράρτημα δεν έχει αποδεικτικό χαρακτήρα, καθόσον δεν παρέχει τη δυνατότητα να εκτιμηθεί αν τα επίπεδα των εκπτώσεων είναι σταθερά και, ως εκ τούτου, προβλέψιμα.
- 98 Όσον αφορά το παράρτημα Β.15, το οποίο απαρτίζεται από ορισμένες εκθέσεις εποπτείας (monitoring) που υποβλήθηκαν στο Πρωτοδικείο από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι τα ως άνω αποδεικτικά στοιχεία δεν καταδεικνύουν ότι δεν υπάρχει μηχανισμός καθορισμού των τιμών που συνίσταται σε μια σειρά γενικών κανόνων και κατευθύνσεων ως προς τον τρόπο με τον οποίο καθορίζονται οι τιμές. Επομένως, η Επιτροπή δεν έπρεπε να εστιάσει την προσοχή της στο ζήτημα αν υπήρχε ειδική εποπτεία των επιμέρους εκπτώσεων, αλλά μάλλον στο ζήτημα αν υπήρχε ανάγκη για μια τέτοια εποπτεία, καθ' ό μέτρο οι διακυμάνσεις στο σύστημα καθορισμού των τιμών αποτελούν εξαιρέσεις από τις αναφορές των τιμών που εφαρμόζονται στη συντριπτική πλειονότητα των πωλήσεων.
- 99 Όσον αφορά το παράρτημα Β.17, που περιέχει τη μελέτη της εταιρίας παροχής οικονομικών συμβουλών RBB Economics (στο εξής: μελέτη RBB), σύμφωνα με την οποία μια δισκογραφική εταιρία δεν θα ήταν σε θέση να μειώσει τις τιμές χονδρικής πωλήσεως βάσει των παρατηρηθεισών τιμών πωλήσεως στις οποίες προσφέρονται τα προϊόντα των ανταγωνιστών, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω μελέτη εστιάζεται κατ' ουσίαν στις τιμές των επιμέρους κυκλοφοριών και όχι στο ζήτημα αν υπάρχει συστηματικός σύνδεσμος μεταξύ των ΔΤΠ και των καθαρών τιμών χονδρικής πωλήσεως για τη συντριπτική πλειονότητα των κυκλοφοριών κατά τη διάρκεια μιας εύλογης περιόδου. Βεβαίως, διάφοροι έμποροι λιανικής πωλήσεως θα μπορούσαν να ακολουθήσουν διαφορετική στρατηγική για τον καθορισμό των τιμών τους πωλήσεως, αλλά θα προκαλούσε έκπληξη το να μην υπάρχει σαφής και συστηματική σχέση μεταξύ των μέσων καθαρών τιμών των κυκλοφοριών σε μια συγκεκριμένη κατηγορία, που πωλούνται σε ένα συγκεκριμένο έμπορο λιανικής πωλήσεως, και των πραγματικών τιμών τους χονδρικής πωλήσεως για ένα αρκούντως ευρύ φάσμα τίτλων και κατά τη διάρκεια μιας εύλογης περιόδου. Το γεγονός ότι δεν υπάρχει ενιαίο και ομοιόμορφο περιθώριο που να εφαρμόζεται αυτομάτως στις τιμές χονδρικής πωλήσεως δεν σημαίνει ότι οι τιμές λιανικής πωλήσεως και οι τιμές χονδρικής πωλήσεως είναι διακριτές μέχρι σημείου ώστε να καθίσταται αδύνατος ο έλεγχος της τηρήσεως των γενικών αρχών του καθορισμού των τιμών. Υπάρχει ένα γενικό επίπεδο περιθωρίων για διάφορες κατηγορίες προϊόντων (top price, super top price, mid price, developing artists, budget, κ.λπ.).

100 Η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι η μελέτη αποφεύγει οποιαδήποτε εξέταση των κανόνων του συστήματος καθορισμού των τιμών και τονίζει ότι αμφιβάλλει αν η Επιτροπή υπέβαλε τη μελέτη σε εξέταση, εκ μέρους των εμπόρων λιανικής πωλήσεως ή τρίτων, ή αν ζήτησε τα ενταχθέντα στοιχεία ως προς τις τιμές και τις εκπτώσεις που κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία πρέπει να έχει εντός των προϋπολογισμών της. Επιπλέον, δεν υπάρχει σύγκριση με τα ήδη συλλεγόμενα άλλα στοιχεία. Μια τέτοια εξέταση θα αποκάλυπτε ότι, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς που προβλήθηκαν με τη μελέτη:

- υπάρχει συστηματικός σύνδεσμος μεταξύ των κατηγοριών προϊόντων, αν τα προϊόντα αυτά έχουν οριστεί ορθώς ώστε να αντανακλούν την απόδοσή τους, την ωριμότητά τους και τη σημασία τους για τη βάση της πελατείας;
- ο ισχυρισμός ότι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως δεν εφαρμόζουν σταθερό περιθώριο στις τιμές χονδρικής πωλήσεως είναι παραπλανητικός, καθόσον αγνοεί εσκεμμένως την ύπαρξη κατηγοριών προϊόντων και διαφημιστικών εκστρατειών πωλήσεως, οι οποίες είναι γνωστές και συνεπείς μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών. Η μελέτη αγνοεί την ανάγκη να εξηγηθεί η συγκέντρωση των επιπέδων των εκπτώσεων, τα οποία σωρεύθηκαν γύρω από έναν περιορισμένο αριθμό επιπέδων τιμών και εκπτώσεων. Οι διακυμάνσεις ως προς τα περιθώρια αντανακλούν μόνον την προσαρμογή των κανόνων σε συνάρτηση με τη ζήτηση·
- γενικότερα, η Επιτροπή παρέλειψε να λάβει υπόψη το γεγονός ότι εξέταζε έναν κλάδο παραγωγής του τομέα της πνευματικής ιδιοκτησίας στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής. Η εξέλιξη των επιμέρους κυκλοφοριών μέσω των διαφόρων γνωστών και κατανοητών κατηγοριών τιμών και εκπτώσεων κατά τη διάρκεια του κύκλου της υπάρξεώς τους δεν συνεπάγεται κατ' ανάγκην ότι δεν μπορεί να υπάρξει διαφάνεια ή ακόμη και συντονισμός.

## Μέσα αποτροπής

101 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν εξέτασε λεπτομερώς όλες τις πιθανές μορφές αντιποίνων, αλλά μόνον εκείνες που συνδέονται με τις συμφωνίες κοινοπραξίας για τις μουσικές συλλογές. Έτσι, αν μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία επρόκειτο να εισαγάγει πολιτική μείωσης των τιμών έναντι των εμπόρων λιανικής πώλησεως, οι άλλες θα μπορούσαν να τιμωρήσουν την εν λόγω μεγάλη δισκογραφική εταιρία παροτρύνοντας τους εμπόρους λιανικής πώλησεως να απορρίψουν την πολιτική των χαμηλότερων τιμών και προσφέροντάς τους σημαντικότερες εκπτώσεις και αύξηση της συνεταιριστικής διαφήμισης. Ένα άλλο μέσο αποτροπής θα ήταν ο περιορισμός της δυνατότητας να επιλέγονται για τους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών προϊόντα της «παρεκκλίνουσας» δισκογραφικής εταιρίας πωλούμενα σε χαμηλές τιμές ή προϊόντα που αποτελούν μονομερή καινοτομία. Τα κριτήρια επιλεξιμότητας για τους εθνικούς καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών καθορίζονται κατά κανόνα από επιτροπές, οι οποίες απαρτίζονται στο σύνολό τους από δισκογραφικές εταιρίες, ενίοτε σε συνδυασμό με τους εμπόρους λιανικής πώλησεως, και αφορούν, ιδίως, το σχήμα ή τις κατώτατες τιμές.

102 Η προσφεύγουσα εκτιμά ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως ως εκ του ότι, ενώ διαπίστωσε την ύπαρξη αξιόπιστων μηχανισμών αποτροπής, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν υπήρχαν τέτοιοι μηχανισμοί, για τον λόγο ότι δεν εξηύρε απόδειξη περί του ότι αυτοί χρησιμοποιήθηκαν. Πάντως, το αποτελεσματικότερο μέσο αποτροπής είναι εκείνο που δεν χρειάζεται να χρησιμοποιηθεί.

## Αντιστάθμισμα

103 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ανάλυση της Επιτροπής είναι ατελής καθ' ό μέτρο η απόφαση δεν περιέχει εξέταση των αντισταθμισμάτων στην αγορά. Επιπλέον, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ούτε οι ανεξάρτητες εταιρίες ούτε οι έμποροι λιανικής πώλησεως επέβαλλαν πραγματικούς περιορισμούς του ανταγωνισμού στις μεγαλύτερες εταιρίες.

## Έλλειψη ενδεδειγμένης αναλύσεως της κοινής πολιτικής

- 104 Η Επιτροπή επικέντρωσε την ανάλυσή της στον ανταγωνισμό μέσω των τιμών και αμέλησε πλήρως μια σειρά άλλων ζητημάτων, ενώ, σύμφωνα με την ανακοίνωση περί των οριζοντίων συγκεντρώσεων (ΕΕ 2004, C 31, σ. 5), ο συντονισμός μπορεί να προσλάβει διάφορες μορφές.
- 105 Έτσι, η Επιτροπή όφειλε να εξετάσει αν ήταν ή όχι επωφέλεστερο για τις μεγαλύτερες εταιρίες να προβούν σε έντονο ανταγωνισμό για την απόκτηση μεριδίων αγοράς παρά να προσχωρήσουν σε μια κοινή πολιτική. Το γεγονός ότι τα μερίδια αγοράς των μεγαλύτερων εταιριών είναι σχετικώς σταθερά και ότι οι μεταβολές αποτελούν, κυρίως, συνέπεια των εξαγορών ανεξαρτήτων εταιριών, ή συγχωνεύσεως μεταξύ αυτών, καταδεικνύει πραγματική έλλειψη ανταγωνισμού μέσω των τιμών ή μια κοινή πολιτική που συνίσταται προπάντων στο να μην αναληφθεί ανταγωνιστική δράση εκεί όπου η αγορά έχει ολιγοπωλιακό χαρακτήρα (απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Νοεμβρίου 1987, 142/84 και 156/84, BAT και Reynolds κατά Επιτροπής, Συλλογή 1987, σ. 4487, σκέψη 43).
- 106 Επιπλέον, η Επιτροπή δεν εξέτασε αν οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν παράλληλες πολιτικές για την άδεια μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου ή όσον αφορά την απασχόληση καλλιτεχνών επί συμβάσει. Η Επιτροπή δεν εξέτασε όλα τα χαρακτηριστικά που παρέχουν αποδείξεις, οι οποίες εκτίθενται λεπτομερώς στις σκέψεις 96 έως 116 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, περί του ότι η αγορά της ηχογραφημένης μουσικής είναι «ιδιαίτερα ευνοϊκή για τον συντονισμό και διευκολύνει τον έλεγχο ενός τέτοιου συντονισμού» (σημείο 94 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων). Ωστόσο, η Επιτροπή προσδιόρισε δέκα παράγοντες που καταδεικνύουν την ύπαρξη σιωπηρής συμπράξεως, συμπεριλαμβανομένων των διαρθρωτικών συνδέσμων, των συμφωνιών περί αδείας μεταδόσεως και διανομής, καθώς και των συμφωνιών περί κοινοπραξίας και των μουσικών συλλογών (βλ. κατάλογο που επισυνάφθηκε στο παράρτημα Α.15 του δικογράφου της προσφυγής).
- 107 Η Επιτροπή παρέλειψε, επίσης, να εξετάσει αν η συγκέντρωση μπορούσε να καταλήξει σε ικανότητα μείωσεως της προσφοράς, από την άποψη του αριθμού των νέων τίτλων ή από την άποψη της πρωτοτυπίας των νέων κυκλοφοριών, ή αν η

συγκέντρωση επρόκειτο να αποδυναμώσει τη δημιουργικότητα, την ποιότητα και την ποικιλία στις μουσικές επιλογές [βλ. απόφαση 2004/422/ΕΚ της Επιτροπής, της 7ης Ιανουαρίου 2004, με την οποία πράξη συγκέντρωσης κηρύσσεται συμβατή με την κοινή αγορά και τη λειτουργία της Συμφωνίας για τον ΕΟΧ (COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (ΕΕ L 125, σ. 54, αιτιολογική σκέψη 674)] ή αν επρόκειτο να έχει αντίκτυπο στην επιλογή των καταναλωτών, όπως είχε πράξει η Επιτροπή με την ανακοίνωση των αιτιάσεων στην υπόθεση Time Warner/EMI (COMP/M.1852 - Time Warner/EMI) (ΕΕ C 136, σ. 4) (βλ. σημείο 55, που αφορά την περιθωριοποίηση των ανεξαρτήτων εταιριών και τον αντίκτυπό της στην επιλογή και την ποικιλία της μουσικής που προσφέρεται στο κοινό). Τέλος, η ανάλυση ουδόλως έλαβε υπόψη το άρθρο 151, παράγραφος 4, ΕΚ και την πολιτιστική ποικιλομορφία.

γ) Εσφαλμένη εφαρμογή του δικαίου επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων

108 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε τρεις νομικές πλάνες.

109 Πρώτον, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι τιμές δεν ήταν διαφανείς για τον λόγο ότι δεν ήταν βέβαιο ότι η διαφάνεια ήταν πλήρης, ενώ, σύμφωνα με τη σκέψη 62 της αποφάσεως Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, το κριτήριο συνίσταται σε ένα «κριτήριο επαρκούς διαφάνειας της αγοράς» που παρέχει τη δυνατότητα σε όλα τα μέλη του ολιγοπωλίου να γνωρίζουν «με επαρκή ακρίβεια και ταχύτητα» με ποιον τρόπο εξελίσσεται η συμπεριφορά των άλλων μελών στην αγορά. Πάντως, εν προκειμένω, υπάρχει επαρκής διαφάνεια.

110 Δεύτερον, η Επιτροπή θεώρησε ότι δεν υπάρχει κοινή πολιτική λόγω εκπτώσεων, χωρίς, ωστόσο, να έχει διαπιστώσει ότι οι εκπτώσεις οδήγησαν σε σημαντικές μειώσεις των τιμών κατά τρόπον ώστε ο ανταγωνισμός μέσω των εκπτώσεων να είναι περιθωριακός. Πάντως, σύμφωνα με τη σκέψη 60 της αποφάσεως Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, ένας περιθωριακός ανταγωνισμός δεν αποδυναμώνει, αυτός καθ' εαυτόν, τη διαπίστωση μιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Ο επιχειρηματίας θα έπρεπε να έχει επίγνωση του ότι «η ανάπτυξη έντονης ανταγωνιστικής δράσης εκ μέρους του με σκοπό την αύξηση του μεριδίου αγοράς

(λόγου χάρη μια μείωση των τιμών) θα προκαλούσε παρόμοια συμπεριφορά εκ μέρους των άλλων». Ειδικότερα, η Επιτροπή θα έπρεπε μόνον να αποδείξει «την έλλειψη αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρηματιών [...] που ήσαν μέλη του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου» και όχι την εξάλειψη κάθε ανταγωνισμού (βλ., συναφώς, απόφαση του Πρωτοδικείου της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, T-191/98 και T-212/98 έως T-214/98, Συλλογή 2003, σ. II-3275, σκέψη 645).

- 111 Τρίτον, η Επιτροπή υπέπεσε σε νομική πλάνη ως εκ του ότι στήριξε την ανάλυσή της στην έλλειψη αποδείξεων προγενεστέρων της λήψεως αντιποίνων, ενώ, σύμφωνα με τη σκέψη 195 της αποφάσεως Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, η Επιτροπή δεν όφειλε κατ' ανάγκην να αποδείξει την ύπαρξη ενός συγκεκριμένου «μηχανισμού αντιποίνων» κατά το μάλλον ή ήττον αυστηρού, αλλά όφειλε να αποδείξει την ύπαρξη παραγόντων αποτροπής.

## 2. Επί του δευτέρου σκέλους

- 112 Η προσφεύγουσα υπενθυμίζει ότι, προκειμένου να αποδειχθεί αν μια συγκέντρωση ενισχύει μια δεσπόζουσα θέση, η Επιτροπή οφείλει να εξετάζει τον αντίκτυπό της στις αγορές αναφοράς μέσω αναλύσεως των προοπτικών (απόφαση Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψεις 58 και 59). Πάντως, η Επιτροπή δεν προέβη σε ανάλυση των προοπτικών και ουδόλως εξέτασε το ζήτημα της ενισχύσεως της δεσπόζουσας θέσεως, καθόσον, μετά το πέρας μιας αναδρομικής αναλύσεως, διαπίστωσε εσφαλμένως ότι δεν υφίστατο προϋπάρχουσα δεσπόζουσα θέση δυναμένη να ενισχυθεί.
- 113 Στον βαθμό που η ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως εξετάσθηκε βάσει της αναδρομικής αναλύσεως, η απόφαση πάσχει λόγω ελλείψεως αιτιολογίας ή λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως για τους λόγους που εκτέθηκαν στο πρώτο σκέλος, ενώ η έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών συνιστά νομική πλάνη.

*B — Επιχειρήματα της Επιτροπής*

114 Η Επιτροπή εκτιμά ότι οι τρεις λόγοι ακυρώσεως που προέβαλε η προσφεύγουσα όσον αφορά την αγορά της ηχογραφημένης μουσικής συμπίπτουν ευρέως και ότι, ως εκ τούτου, είναι χρήσιμο να παρουσιασθεί, ευθύς εξ αρχής, μια έκθεση της αιτιολογίας της αποφάσεως και των αποδεικτικών στοιχείων επί των οποίων στηρίξε τα συμπεράσματά της προτού εξετασθούν, εν συνεχεία, ορισμένες εσφαλμένες ερμηνευτικές εκδοχές του περιεχομένου της αποφάσεως που περιλαμβάνονται στο δικόγραφο της προσφυγής και ότι, τέλος, είναι χρήσιμο να αναλυθούν τα ειδικά επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα.

1. Η απόφαση της Επιτροπής και τα αποδεικτικά στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται

α) Περιεχόμενο

115 Όσον αφορά το εφαρμοστέο επί της ηχογραφημένης μουσικής σύστημα καθορισμού των τιμών, η Επιτροπή εκθέτει ότι κάθε μεγαλύτερη εταιρία, καθώς και κάθε ανεξάρτητη δισκογραφική εταιρία, καθορίζει περιοδικώς μια κλίμακα διαφόρων τιμών καταλόγου για τα CD άλμπουμ της, που ονομάζονται «δημοσιευθείσες τιμές πωλήσεως». Κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία διαθέτει συνήθως περισσότερες από 50 ΔΤΠ αυτού του είδους, ποικίλης σπουδαιότητας, που μπορούν να καταταγούν σε κατηγορίες «πλήρους τιμής», «μέσης τιμής» και «χαμηλής τιμής» και καθορίζει την τιμή καταλόγου για κάθε CD άλμπουμ που παράγει με αναφορά σε μία από αυτές τις ΔΤΠ. Ωστόσο, η καθαρή τιμή που όντως χρεώνεται σε έναν πελάτη (έμπορο λιανικής πωλήσεως ή έμπορο χονδρικής πωλήσεως) είναι χαμηλότερη από την τιμή καταλόγου, λόγω των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (τακτικές εκπτώσεις και εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) που μπορούν να ποικίλλουν από πελάτη σε πελάτη, κατά την πάροδο του χρόνου, ή από άλμπουμ σε άλμπουμ (στην περίπτωση των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων). Κάθε δισκογραφική εταιρία διαπραγματεύεται με καθένα από τους πελάτες της μια τακτική ετήσια έκπτωση (ενδεχομένως σε διαφορετικά ποσοστά για τη μουσική ποπ, την κλασική μουσική ή τα άλμπουμ που αποτελούν αντικείμενο διαφημίσεως στην τηλεόραση), η οποία εφαρμόζεται στο σύνολο των πωλήσεων του εν λόγω πελάτη. Αντιθέτως, οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων καθορίζονται κατά περίπτωση, για ποικίλη διάρκεια, για ατομικά άλμπουμ ή για ομάδες άλμπουμ που επιθυμεί να προωθήσει η δισκογραφική εταιρία· οι ως άνω εκπτώσεις δεν χορηγούνται κατ' ανάγκην σε όλους τους πελάτες και το ύψος τους



δεν είναι κατ' ανάγκην το ίδιο. Η Επιτροπή επισύρει την προσοχή στο γεγονός ότι η καθαρή τιμή ενός συγκεκριμένου άλμπουμ για ένα συγκεκριμένο πελάτη πρέπει να διακρίνεται από τη μέση καθαρή τιμή όλων των άλμπουμ που πωλήθηκαν από μια συγκεκριμένη μεγάλη δισκογραφική εταιρία κατά τη διάρκεια ενός συγκεκριμένου έτους, η οποία τιμή ισούται με το ηλίκο της διαίρεσης του ποσού όλων των καθαρών τιμών (οι οποίες είναι, δυνητικώς, λίαν ποικίλες) των ατομικών άλμπουμ που πωλήθηκαν στους επιμέρους πελάτες με τον συνολικό αριθμό των άλμπουμ που πωλήθηκαν από την εν λόγω δισκογραφική εταιρία.

- 116 Η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη σημαντικής πτώσεως της ζητήσεως και των τιμών της ηχογραφημένης μουσικής σε CD από το 1999 (αιτιολογικές σκέψεις 55 έως 59 της αποφάσεως).

β) Οι πέντε μεγάλες αγορές (Γερμανία, Ηνωμένο Βασίλειο, Γαλλία, Ιταλία, Ισπανία)

- 117 Η Επιτροπή εξέτασε, πρώτον, αν ήταν δυνατό να προσδιορισθεί η ύπαρξη μιας υφιστάμενης σιωπηρής συμπράξεως επί των τιμών μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών στα πέντε μεγάλα κράτη μέλη (αιτιολογικές σκέψεις 69 έως 108 της αποφάσεως). Η Επιτροπή εξέτασε αν υπήρχε παραλληλισμός μεταξύ των τιμών παρατηρώντας την εξέλιξη των μέσων πραγματικών καθαρών τιμών των μεγαλύτερων εταιριών και αν ένας ενδεχόμενος και δυνάμενος να παρατηρηθεί παραλληλισμός μπορούσε να εξηγηθεί από την ύπαρξη συντονισμού. Προς τούτο, η Επιτροπή εξέτασε, ευθύς εξ αρχής, τις ΔΤΠ ως ενδεχόμενα κεντρικά σημεία και, εν συνεχεία, εξέτασε αν οι εκπτώσεις ήσαν ευθυγραμμισμένες και αρκούντως διαφανείς για να καταστήσουν δυνατή μια αποτελεσματική εποπτεία ενός ενδεχόμενου συντονισμού των καθαρών τιμών (αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως).

Ευθυγράμμιση των μέσων καθαρών τιμών και των ΔΤΠ

- 118 Στις πέντε μεγάλες αγορές, η Επιτροπή διαπίστωσε μόνο μια εν μέρει παρόμοια εξέλιξη των μέσων πραγματικών καθαρών τιμών. Σε κάθε χώρα, οι μέσες πραγματικές καθαρές τιμές κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας κυμαίνονταν, ως επί το πλείστον, εντός ορίων διακυμάνσεως περίπου 10 % ή πλέον, οι μεν σε

σχέση με τις δε. Η Επιτροπή θεώρησε ότι ένας τέτοιος βαθμός παρόμοιας εξελίξεως δεν είχε αποδεικτικό χαρακτήρα (αιτιολογικές σκέψεις 75, 82, 89, 96 και 103 της αποφάσεως), για προφανείς λόγους. Πρώτον, ο παραλληλισμός των μέσων πραγματικών καθαρών τιμών ουδόλως αποδείχθηκε. Δεύτερον, παράλληλες συμπεριφορές δεν αρκούν, κατά κανόνα, για να αποδειχθεί η ύπαρξη συντονισμού, αν οι μηχανισμοί του εν λόγω συντονισμού δεν μπορούν να εντοπισθούν. Τρίτον, στην προκειμένη περίπτωση, η Επιτροπή δεν συνήγαγε ότι η εξέλιξη των μέσων καθαρών τιμών κάθε μεγαλύτερης εταιρίας ήταν ή μπορούσε να είναι γνωστή στις λοιπές μεγαλύτερες εταιρίες. Οι μέσες καθαρές τιμές αποτελούν έκφραση μιας πολύ μεγάλης ποικιλίας ατομικών αποφάσεων περί καθορισμού των τιμών (βλ., παραδείγματος χάρη, παράρτημα Β.10) και οι αποφάσεις αυτές πρέπει να μπορούν να προσδιορισθούν με επαρκή βεβαιότητα για να καταστεί δυνατός ένας σημαντικός συντονισμός των καθαρών τιμών.

- 119 Η Επιτροπή όντως ανακάλυψε ορισμένα στοιχεία που καταδεικνύουν ότι οι τιμές καταλόγου (ήτοι οι ΔΤΠ) μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ως βάση ευθυγραμμίσεως. Σε καθένα από τα πέντε μεγάλα κράτη μέλη, το μεγαλύτερο μέρος των συνολικών πωλήσεων κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας (πλέον του 55%, και μάλιστα 85% σε μια χώρα) πραγματοποιήθηκε χρησιμοποιώντας 5 ΔΤΠ και μάλιστα μόνο 1 έως 3 ΔΤΠ για τις μισές ή περισσότερες από τις 100 καλύτερες πωλήσεις απλών CD άλμπουμ το 2003 (με εξαίρεση την Ισπανία). Επιπλέον, οι ΔΤΠ είναι σχετικώς διαφανείς, καθόσον περιλαμβάνονται στους καταλόγους των μεγαλύτερων εταιριών (αιτιολογικές σκέψεις 76, 83, 90, 97 και 104 της αποφάσεως).
- 120 Ωστόσο, η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη δύο ειδών εμποδίων για τη χρησιμοποίηση των ΔΤΠ ως σημείων αναφοράς για ένα σωληρό συντονισμό των καθαρών τιμών και ως μέσο ελέγχου της τηρήσεως του εν λόγω συντονισμού —λαμβάνομένου υπόψη ότι το ένα εμπόδιο οφείλεται στον βαθμό της σύμφυτης περιπλοκότητας των ΔΤΠ αυτών καθ' εαυτών και ότι το άλλο εμπόδιο οφείλεται στην περιπλοκότητα και στην αδιαφάνεια των σχέσεων μεταξύ των τιμών καταλόγου και των καθαρών τιμών.

#### Περιπλοκότητα και ΔΤΠ

- 121 Όσον αφορά τις ΔΤΠ, τα CD άλμπουμ δεν συνιστούν απολύτως ομοιογενές προϊόν λόγω της διαφοράς του περιεχομένου τους (αιτιολογική σκέψη 110 της αποφάσεως). Καίτοι μια «αδιάσπαστη αλληλουχία υποκαταστάσεως» παρέχει τουλάχιστον τη δυνατότητα στα άλμπουμ του ίδιου είδους να θεωρούνται ότι ανήκουν σε μία μόνον αγορά προϊόντων (αιτιολογικές σκέψεις 9 έως 13 και 110 της αποφάσεως), γεγονός

παραμένει ότι τα CD άλμπουμ είναι διαφοροποιημένα και μη ομοιογενή προϊόντα. Κατά συνέπεια, έστω και αν η τιμολόγηση και η διάθεση στο εμπόριο των CD άλμπουμ είναι σχετικώς τυποποιημένες σε επίπεδο χονδρικής πωλήσεως (τα στοιχεία τυποποίησης του καθορισμού των τιμών χονδρικής πωλήσεως είναι: οι τρεις μεγάλες κατηγορίες τιμών, η τυποποιημένη σειρά ΔΤΠ κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας, το γεγονός ότι οι τακτικές εκπτώσεις που καθορίζονται ετησίως για κάθε πελάτη και τα συμφωνηθέντα ποσοστά επιστροφής για τους μη πωληθέντες δίσκους καθορίζονται κατά κανόνα βάσει περιορισμένου αριθμού παραμέτρων), τα ατομικά άλμπουμ έχουν διαφόρους βαθμούς προβλεπόμενης ή πραγματικής επιτυχίας, πράγμα που επηρεάζει τον αρχικό καθορισμό της ΔΤΠ κατά το χρονικό σημείο της κυκλοφορίας του άλμπουμ και τις μεταγενέστερες εξελίξεις της ΔΤΠ.

- 122 Επιπλέον, η μη προβλεψιμότητα της επιτυχίας υποχρεώνει πιθανώς κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία, η οποία επιθυμεί να ελέγχει τη συνολική τήρηση του συντονισμού των καθαρών τιμών από τις άλλες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες, να εποπτεύει τις ΔΤΠ πλέον των 80 άλμπουμ που παράγουν οι ανταγωνιστές της ανά έτος σε μια συγκεκριμένη χώρα (ή πλέον των 60 άλμπουμ αυτού του είδους ετησίως μετά την πράξη συγκεντρώσεως, καθ' ό μέτρο τα 20 άλμπουμ κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον το 30 % των συνολικών πωλήσεών της, και πλέον του 50 % σε πολλές περιπτώσεις) (αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως). Μια δισκογραφική εταιρία που επιθυμεί να έχει πληρέστερη άποψη της αγοράς θα αντιμετώπιζε ισχυρή αύξηση της δραστηριότητας παρακολούθησης, καθόσον τα 100 άλμπουμ κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις ετησίως καλύπτουν συνήθως ποσοστό μεταξύ του 70 % και του 80 % των συνολικών πωλήσεων μουσικών έργων της εν λόγω εταιρίας (αιτιολογική σκέψη 71 της αποφάσεως) και η εν λόγω εξαντλητική μελέτη θα συνεπαγόταν την εγγύτατη παρακολούθηση περίπου 400 άλμπουμ. Τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προσκόμισαν αποδεικτικά στοιχεία που καταδεικνύουν ότι οι συνδυασμοί των ΔΤΠ που ανταποκρίνονταν στα αντίστοιχα 20 καλύτερα απλά CD άλμπουμ τους μεταβάλλονταν συχνά με ισχυρή αναλογία από τρίμηνο σε τρίμηνο (βλ. παράρτημα Β.3). Ναι μεν οι εβδομαδιαίοι κατάλογοι επιτυχημένων τραγουδιών διευκολύνουν μια τέτοια παρακολούθηση προβάλλοντας τους τίτλους που καθίστανται «επιτυχημένα τραγούδια» (αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως), πλην όμως δεν εξαλείφουν το πρόβλημα.

- 123 Όσον αφορά την περιληφθείσα στην απόφαση διαπίστωση ότι «ορισμένα στοιχεία [έδειχναν] ότι οι ΔΤΠ θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ως βάση για την ευθυγράμμιση των τιμών των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών», η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι δεν πρόκειται για οριστική διαπίστωση. Καίτοι η Επιτροπή

διαπίστωσε ότι η εποπτεία των τιμών καταλόγου φαινόταν δυνατή, οι διακυμάνσεις ως προς τη χρησιμοποίηση διαφόρων ΔΤΠ που εμφανίζονται στο παράρτημα Β.3 του υπομνήματος αντικρούσεως καταδεικνύουν ότι μια τέτοια εποπτεία, συνδεδεμένη με προσπάθειες για την ανακάλυψη των σχετικών με τις εκπτώσεις πρακτικών, θα απαιτούσε τουλάχιστον μεγάλη κατανάλωση πόρων.

### Ευθυγράμμιση και περιπλοκότητα των εκπτώσεων

124 Στα πέντε μεγάλα κράτη μέλη, η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη στενού συνδέσμου μεταξύ της εξελίξεως των μέσων μικτών τιμών και των μέσων πραγματικών καθαρών τιμών της Sony και της BMG σε μια περίοδο έξι ετών, με πολύ μεγάλη σταθερότητα της αναλογίας καθαρών τιμών/μικτών τιμών, τόσο κατά την πάροδο του χρόνου όσο και ως προς όλα τα άλμπουμ (αιτιολογικές σκέψεις 77, 84, 91, 98 και 105 της αποφάσεως). Ωστόσο, ο σταθερός σύνδεσμος που υφίσταται μεταξύ των μέσων μικτών τιμών και των μέσων καθαρών τιμών (ήτοι η μέση έκπτωση) κάθε μετέχοντος στη συγκέντρωση μέρους ως προς όλα τα άλμπουμ σε μια συγκεκριμένη χώρα θα αναιρούσε αναπόφευκτα τα αποτελέσματα των διαφόρων ειδών των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (τακτικών εκπτώσεων και εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων), των διαφορών μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (τακτικών εκπτώσεων και εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) που χορηγούνται στους διαφόρους πελάτες, και των διαφορών μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (κατ' ουσίαν εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) που χορηγούνται για ατομικά άλμπουμ. Το συμπέρασμα σχετικά με τη σταθερότητα της αναλογίας των μέσων καθαρών τιμών και των μέσων μικτών τιμών θα έπρεπε, επίσης, να εκφρασθεί από τους μεθοδολογικούς περιορισμούς της αναλύσεως. Συναφώς, η Επιτροπή διευκρινίζει, αφενός, ότι μόνον τα στοιχεία της Sony και της BMG ελήφθησαν υπόψη, καθόσον οι λοιπές μεγαλύτερες επιχειρήσεις ανέφεραν ότι χρέωναν μόνο καθαρές τιμές και, αφετέρου, ότι, για την επίλυση του προβλήματος που συνδέεται με το γεγονός ότι ένα συγκεκριμένο άλμπουμ μπορεί να έχει περισσότερες ΔΤΠ κατά τη διάρκεια ενός έτους, τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη απέδωσαν μια ενιαία μικτή τιμή σε κάθε άλμπουμ, η οποία αντιστοιχεί στην ΔΤΠ στην οποία πωλήθηκαν τα περισσότερα αντίγραφα του άλμπουμ κατά τη διάρκεια του εν λόγω έτους (επομένως, οι μικτές πωλήσεις ανά άλμπουμ υπολογίστηκαν απλώς πολλαπλασιάζοντας τη ΔΤΠ με τον αριθμό των άλμπουμ που πωλήθηκαν). Επομένως, η μικτή τιμή που καταχωρίστηκε για κάθε άλμπουμ και χρησιμοποιήθηκε για τον υπολογισμό της μέσης μικτής τιμής κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας υπολογίστηκε κατά προσέγγιση.

125 Επιπλέον, μια σταθερή αναλογία των μέσων μικτών τιμών προς τις μέσες καθαρές τιμές δεν αρκεί για να αποδειχθεί η ύπαρξη προγενεστέρου συντονισμού ή πιθανού μελλοντικού συντονισμού, ελλείψει αποδεικτικού μηχανισμού που να παρέχει τη

δυνατότητα στις μεγαλύτερες εταιρίες να ελέγχουν την εμφάνιση του εν λόγω συνδέσμου μεταξύ μικτών τιμών και καθαρών τιμών βάσει πληθώρας ατομικών αποφάσεων περί καθορισμού των τιμών. Η Επιτροπή δεν ανακάλυψε επαρκείς αποδείξεις για την ύπαρξη ενός τέτοιου μηχανισμού.

126 Η Επιτροπή διαπίστωσε, ευθύς εξ αρχής, ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου (τακτικές εκπτώσεις και εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) της Sony και της BMG ως προς τη συγκέντρωση ήσαν, μακράν, οι σημαντικότερες εκπτώσεις σε καθένα από τα μεγάλα κράτη μέλη (εκτός της Γαλλίας στην περίπτωση της BMG). Τα γενικά επίπεδα των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που εφαρμόζονταν, αντιστοίχως, από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη διέφεραν σε ορισμένο βαθμό όταν εκφράζονταν ως αναλογία των αντιστοίχων συνολικών μικτών πωλήσεων τους στους 20 καλύτερους πελάτες τους εντός των ως άνω κρατών μελών (η διαφορά μεταξύ των επιπέδων αυτών ανερχόταν σε *[παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο]* εκατοστιαίες μονάδες επί των αντιστοίχων συνολικών μικτών πωλήσεων τους στην Ιταλία, σε *[παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο]* εκατοστιαίες μονάδες στο Ηνωμένο Βασίλειο και στην Ισπανία, σε *[παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο]* εκατοστιαίες μονάδες στη Γερμανία και σε *[παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο]* εκατοστιαίες μονάδες στη Γαλλία).

127 Επιπλέον, η Επιτροπή δεν εξήρε αποδείξεις που να καταδεικνύουν ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου ήσαν αρκούντως ευθυγραμμισμένες μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών από πελάτη σε πελάτη, προκειμένου να καταστεί δυνατό να συναχθεί το συμπέρασμα ότι υπήρχε συντονισμός και διαφάνεια. Οι αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 αναφέρονται στις διαφορές μεταξύ των συνολικών εκπτώσεων βάσει τιμολογίου των δύο μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών σε επίπεδο επιμέρους πελατών, οι οποίες εκφράζονται ως αναλογία των μικτών πωλήσεων σε καθένα από τους πελάτες αυτούς. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι οι μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν, αντιστοίχως, από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη σε καθένα από τους δέκα καλύτερους κοινούς πελάτες τους εντός των μεγάλων κρατών μελών, εκτός της Γαλλίας, για την περίοδο 2000-2003, κυμαίνονταν από 2 έως 5 % (Ηνωμένο Βασίλειο, Γερμανία, Ισπανία) ή από 1 έως 3 % (Ιταλία). Στο Ηνωμένο Βασίλειο, στη Γερμανία και στην Ισπανία, οι μέσες ετήσιες εκπτώσεις των δύο μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών για ορισμένους από τους σημαντικούς πελάτες τους γνώρισαν, επί ορισμένα έτη, διακύμανση μεγαλύτερη από 5 % των αντιστοίχων μικτών πωλήσεων τους στους πελάτες αυτούς. Στη Γαλλία (αιτιολογική σκέψη 86 της αποφάσεως), οι μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη σε καθένα από τους δεκαπέντε καλύτερους κοινούς πελάτες τους σημείωσαν

εμφανέστερες διακυμάνσεις, που μπορούσαν να φθάσουν το 10%. Λαμβανομένης υπόψη της σπουδαιότητας των αναδρομικών εκπτώσεων και των «συμβατικών εκπτώσεων» της BMG στη Γαλλία, η Επιτροπή εξέτασε, επίσης, τις συνολικές εκπτώσεις. Το εν λόγω θεσμικό όργανο διαπίστωσε, μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, διαφορές που μπορούσαν να φθάσουν το 3% το 2003 στην ως άνω ομάδα πελατών, και περίπου το 5% για τρεις από αυτούς. Στο σύνολο των μεγάλων κρατών μελών, οι διακυμάνσεις αυτές αποδίδονται, κατ' ουσίαν, στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

128 Η Επιτροπή έλαβε, επίσης, υπόψη (αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 της αποφάσεως) πληροφορίες που προέρχονται από όλα τα κράτη μέλη και καταδεικνύουν ότι οι χορηγηθείσες από τα δύο μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη εκπτώσεις σημείωναν διακυμάνσεις τριών ειδών (τα συμπεράσματα αυτά στηρίζονται στα στοιχεία που περιέχονται στα παραρτήματα Β.Α έως Β.14):

- για ένα συγκεκριμένο πελάτη, οι εκπτώσεις κυμαίνονταν ανάλογα με τη χρονική περίοδο·
- για ένα συγκεκριμένο πελάτη, οι εκπτώσεις κυμαίνονταν από άλμπουμ σε άλμπουμ·
- για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ, οι εκπτώσεις κυμαίνονταν από πελάτη σε πελάτη.

129 Ναι μεν το παράρτημα Β.4, το οποίο απαρτίζεται από γραφικές παραστάσεις που έχουν επισυναφθεί στην ανακοίνωση των αιτιάσεων και οι οποίες αναπαριστούν τις μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη σε καθένα από τους δέκα καλύτερους τους κοινούς εμπόρους λιανικής πωλήσεως (ήτοι, για κάθε έτος, τις συνολικές εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν σε ένα συγκεκριμένο πελάτη, διαιρούμενες με το σύνολο των μικτών πωλήσεων στον εν λόγω πελάτη) στο Ηνωμένο Βασίλειο, στη Γερμανία, στην Ιταλία και στην Ισπανία, μεταξύ 2000 και 2003, έδειχνε τη συνολική σταθερότητα των εκπτώσεων κατά την πάροδο του χρόνου (σημείο 88 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων), πλην όμως τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη ισχυρίστηκαν, βάσει των ιδίων γραφικών παραστάσεων, ότι η αντίστοιχη μεταχείριση που επιφύλαξαν σε ορισμένους πελάτες εντός του Ηνωμένου Βασιλείου, της Γερμανίας και της Ισπανίας ενείχε σημαντικές διαφορές (βλ. παράρτημα Β.5, απάντηση στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, σημείο 4.21).

- 130 Όσον αφορά την παρατήρηση της προσφεύγουσας ότι «[π]όρρω απέχει από το να είναι σαφές το ότι οι διαφορές μεταξύ των εκπτώσεων που έλαβαν οι δέκα μεγαλύτεροι πελάτες αποτελούν έκφραση μάλλον διαφορετικής μεταχειρίσεως παρά των διαφορών ως προς τα αποτελέσματα σχετικά με τα χαρτοφυλάκια εκάστου των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών», η Επιτροπή παρατηρεί ότι, έστω και αν πόρρω απέχει από το να είναι σαφές, ακόμη και για έναν παρατηρητή που έχει πρόσβαση στο σύνολο των στοιχείων, δύσκολα μπορεί να γίνει αντιληπτό με ποιον τρόπο οι μεγαλύτερες εταιρίες, υπό συνθήκες σιωπηρού συντονισμού και απολύτως ατελούς πληροφόρησης στην αγορά, θα μπορούσαν να εξαλείψουν τις «παρεμβάσεις» που προκαλούνται από τη σύνθεση του χαρτοφυλακίου προκειμένου να έχουν μια ακριβή αντίληψη περί της υπολανθάνουσας πρακτικής ή πολιτικής στον τομέα των εκπτώσεων.
- 131 Το παράρτημα Β.6 του υπομνήματος αντικρούσεως που εμπεριέχει αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία προσκομίσθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και καλύπτουν περίοδο πέντε ετών, καταδεικνύει, σε καθένα από τα πέντε μεγάλα κράτη μέλη, τις διακυμάνσεις, ενίοτε εντός πολύ ευρέων ανωτάτων και κατωτάτων ορίων, των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από κάθε μετέχον στη συγκέντρωση μέρος στους δέκα καλύτερους πελάτες του για τα 20 καλύτερά του απλά CD άλμπουμ κατά τη διάρκεια ενός συγκεκριμένου έτους, που αντιπροσωπεύουν σημαντικό τμήμα του ολικού κύκλου εργασιών των μεγαλύτερων εταιριών, οπότε μια ορατή και ισοδύναμη μεταχείριση στο επίπεδο των ΔΤΠ και των εκπτώσεων θα αποτελούσε ένα από τα ουσιώδη στοιχεία ενδεχόμενου συντονισμού των καθαρών τιμών. Κάθε πίνακας κατατείνει στο να δείξει, για μια συγκεκριμένη δισκογραφική εταιρία σε μια συγκεκριμένη χώρα, ταυτοχρόνως ότι ορισμένοι πελάτες επωφελήθηκαν πολύ διαφορετικών εκπτώσεων κατά τη διάρκεια ενός συγκεκριμένου έτους ή επί ορισμένο αριθμό ετών για αυτά τα άλμπουμ που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις και ότι υπήρχαν εμφανείς διαφορές μεταξύ των υψηλότερων εκπτώσεων ή/και των χαμηλότερων εκπτώσεων που χορηγήθηκαν σε διαφορετικούς καταναλωτές κατά τη διάρκεια ενός συγκεκριμένου έτους, τούτο δε ακόμη και για πελάτες που ανήκουν στην ίδια κατηγορία (παραδείγματος χάρη, έμποροι χονδρικής πωλήσεως, εξειδικευμένοι έμποροι λιανικής πωλήσεως, πολυκαταστήματα).
- 132 Επιπλέον, η σύγκριση των πινάκων του εν λόγω παραρτήματος για τη Sony και την BMG ως προς οποιαδήποτε χώρα παρέχει τη δυνατότητα να συναχθεί ότι οι εκπτώσεις που χορηγούνταν από καθεμία εξ αυτών σε οποιονδήποτε πελάτη για οποιοδήποτε έτος συνήθως διέφεραν αισθητά, όσον αφορά τόσο τα υψηλότερα και τα χαμηλότερα ποσά εκπτώσεων που χορηγούνταν κατά την περίοδο αυτή όσο και την απόκλιση μεταξύ των δύο αυτών αριθμητικών στοιχείων.

- 133 Η Επιτροπή αμφιβάλλει για τη λυσιτέλεια του συμπεράσματος της προσφεύγουσας ότι οι πίνακες αποκαλύπτουν «ενδιαφέρουσες συμμετρίες» και παρατηρεί ότι κάθε «συμμετρία» αυτού του είδους ουδόλως κλονίζει τη σπουδαιότητα της διακύμανσης των εκπτώσεων ως απόδειξης της περιπλοκότητας και της αδιαφάνειας του καθορισμού των καθαρών τιμών.
- 134 Το παράρτημα Β.8, που παρουσιάζει μια κατανομή, ανά μονάδα, των εκπτώσεων που χορηγήθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη για τα αντίστοιχα 20 καλύτερα CD άλμπουμ τους μεταξύ 1998 και 2003 στα πέντε μεγάλα κράτη μέλη, παρείχε τη δυνατότητα στην Επιτροπή να εξακριβώσει ποια ήταν η αναλογία των πωλήσεων των αντίστοιχων 20 καλύτερων τους απλών CD άλμπουμ, σε σχέση με το σύνολο των πελατών, που καθεμία από τις δύο μεγαλύτερες εταιρίες είχε πραγματοποιήσει με μια συγκεκριμένη έκπτωση (εκφραζόμενη σε στενές κλίμακες του 2,5%) σε σχέση με τις τιμές καταλόγου των σχετικών άλμπουμ. Γενικότερα, η κάθετη στήλη που αντιστοιχεί σε κάθε έτος, εντός των εν λόγω πινάκων, καταδεικνύει ότι, ανεξαρτήτως έτους ή χώρας, καμία από τις δύο αυτές μεγαλύτερες εταιρίες δεν ακολούθησε ομοίμορφη πρακτική στον τομέα των εκπτώσεων, ακόμη και για την περιορισμένη αυτή επιλογή των άλμπουμ τους που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις. Οι οριζόντιες γραμμές, που αφορούν τις διάφορες στενές κλίμακες των εκπτώσεων, καταδεικνύουν, επίσης, ότι οι αντίστοιχες πρακτικές των δύο μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στον τομέα των εκπτώσεων διέφεραν κατά την πάροδο του χρόνου, από έτος σε έτος.
- 135 Επιπλέον, ένα από τα παραρτήματα του υπομνήματος αντικρούσεως (παράρτημα Β.9) καταδεικνύει ότι η κατανομή των εκπτώσεων που χορηγήθηκαν, αντιστοίχως, από τη Sony και την BMG για τα 20 καλύτερα άλμπουμ τους το 2003 ήταν αισθητά διαφορετική.
- 136 Η παρατήρηση της προσφεύγουσας ότι οι διαφορές ως προς τις κλίμακες των εκπτώσεων δεν αποκλείουν το ότι οι εκπτώσεις βασίστηκαν σε ένα γνωστό σύνολο κανόνων στηρίζεται στο εσφαλμένο τεκμήριο ότι θα αρκούσε το ότι ένα σύνολο κανόνων είναι γνωστό προκειμένου όλες οι μεγαλύτερες εταιρίες να έχουν τη βεβαιότητα ότι οι κανόνες αυτοί επρόκειτο να τηρηθούν.



- 137 Η Επιτροπή παρατηρεί ότι η ανάλυση του συσχετισμού στην οποία προέβη η προσφεύγουσα με το παράρτημα Δ.3 αφορά τις εκπτώσεις ενός μόνο μέρους κατά την πάροδο του χρόνου και όχι την ευθυγράμμιση μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών. Επιπλέον, έστω και αν η ανάλυση αυτή καθιστούσε φανερό ότι οι διαρθρώσεις των εκπτώσεων κάθε μετέχοντος στη συγκέντρωση μέρους ήσαν σχετικώς σταθερές κατά την πάροδο του χρόνου, παρά τις μεταβολές ως προς τη σύνθεση των δραστηριοτήτων, τούτο επιβεβαιώνει, στην πραγματικότητα, το επιχείρημα της Επιτροπής ότι τα αριθμητικά στοιχεία των μέσων καθαρών τιμών μπορούν να αποκρύψουν σημαντικές διακυμάνσεις στο επίπεδο των άλμπουμ ή των πελατών. Τέλος, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, τα στενά ανώτατα και κατώτατα όρια των εκπτώσεων (της τάξεως του 2,5%) εντός των γραφικών παραστάσεων αμβλύνουν, στην πραγματικότητα, την ευαισθησία της αναλύσεως στις μικρές μεταβολές των εκπτώσεων.
- 138 Εξάλλου, η Επιτροπή εκτιμά ότι οι παρατηρήσεις της προσφεύγουσας ως προς ορισμένες γραφικές παραστάσεις, σύμφωνα με τις οποίες οι εν λόγω γραφικές παραστάσεις καταδεικνύουν μάλλον την ύπαρξη σταθερότητας των εκπτώσεων ή υψηλού παράγοντα συσχετισμού μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, είναι αβάσιμες.
- 139 Το παράρτημα Β.10 που παραθέτει, για τα πέντε μεγάλα κράτη μέλη, την κατανομή των καθαρών τιμών μεταξύ των πέντε κυριότερων πελατών καθενός από τα δύο μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, καταδεικνύει ότι:
- η κατανομή των καθαρών τιμών ποικίλλει εντόνως μεταξύ των δύο μεγαλύτερων εταιριών, τόσο γενικώς όσο και για ειδικούς πελάτες
  - ο τρόπος με τον οποίο οι αγορές διαφορετικών πελατών από μια συγκεκριμένη δισκογραφική εταιρία κατανέμονται μεταξύ διαφορετικών κλιμάκων των καθαρών τιμών είναι πολύ ευμετάβλητος. Η παρατήρηση αυτή ισχύει ακόμη και για τους πελάτες που ανήκουν στην ίδια κατηγορία (όπως είναι οι έμποροι χονδρικής πωλήσεως, οι εξειδικευμένοι έμποροι λιανικής πωλήσεως, τα πολυκαταστήματα), στον βαθμό που περισσότεροι του ενός πελάτες μιας συγκεκριμένης κατηγορίας εμφανίζονται στον πίνακα.

- 140 Η Επιτροπή συμφωνεί με την προσφεύγουσα ότι οι διακυμάνσεις ως προς την κατανομή των καθαρών τιμών που καταβάλλουν οι σημαντικοί πελάτες στις διάφορες μεγαλύτερες εταιρίες μπορούν να αποδοθούν στις διαφορές ως προς τις συνθήκες τους αγοράς και ως προς τον συνδυασμό προϊόντων της δισκογραφικής εταιρίας. Πάντως, οι εν λόγω διακυμάνσεις πόρρω απέχουν από το να είναι αλυσιτελείς. Συγκεκριμένα, έστω και αν μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία ήταν σε θέση να ανακαλύψει τις διάφορες καθαρές τιμές που καταβάλλει ένας συνήθης πελάτης για διάφορα άλμπουμ σε μια άλλη μεγάλη δισκογραφική εταιρία (πράγμα το οποίο, βάσει των διαθεσίμων αποδείξεων, δεν φαίνεται πιθανό), η ως άνω δισκογραφική εταιρία δεν θα μπορούσε να αντιληφθεί αν οι τιμές αυτές αποτελούν έκφραση της προσχωρήσεως στους κατ' ανάγκη περίπλοκους κανόνες που έθεσε η προσφεύγουσα ή αν αποτελούν έκφραση παρεκκλίσεως σε σχέση με τους κανόνες αυτούς χωρίς να διαθέτει, τουλάχιστον, πολύ περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τα άλμπουμ στα οποία αναφέρονται οι εν λόγω τιμές.
- 141 Επιπλέον, αν ο συνδυασμός προϊόντων και οι ευμετάβλητοι βαθμοί επιτυχίας μπορούσαν να εξηγήσουν το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των σταθμισμένων διακυμάνσεων της κατανομής των τιμών που εμφανίζεται στο ως άνω παράρτημα, τούτο θα καταδείκνυε, επίσης, την επιπολαιότητα κάθε απόπειρας συντονισμού στηριζομένου στο σύνολο των μέσων καθαρών τιμών, όπως είναι αυτός που ζητήθηκε από την προσφεύγουσα.
- 142 Η Επιτροπή αμφισβητεί τη λυσιτέλεια των στοιχείων που προέβαλε η προσφεύγουσα προκειμένου να αποδείξει ότι τα έγγραφα που επισυνάφθηκαν στο υπόμνημα αντικρούσεως δεν αποδεικνύουν την ύπαρξη σημαντικής διακύμανσης των τιμών.
- 143 Επιπλέον, η Επιτροπή διαθέτει, επίσης, αποδεικτικά στοιχεία, όσον αφορά τις ΔΤΠ της κατηγορίας των υψηλών τιμών (βλ. παράρτημα Β.11), που καταδεικνύουν ότι ορισμένοι πολύ σημαντικοί πελάτες του ενός από τα δύο μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη είχαν καταβάλει, έκαστος εξ αυτών, στην ως άνω δισκογραφική εταιρία, κατά τη διάρκεια ενός έτους (2003), διαφορετικές καθαρές τιμές (με άλλα λόγια, είχαν επωφεληθεί διαφορετικών εκπτώσεων) για άλμπουμ που έχουν την ίδια ΔΤΠ. Η απόκλιση μεταξύ της υψηλότερης καθαρής τιμής και της χαμηλότερης καθαρής τιμής που καταβλήθηκε για άλμπουμ μιας συγκεκριμένης ΔΤΠ είναι, συχνά, σημαντική.

- 144 Από τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η BMG (βλ. παράρτημα Β.12) όσον αφορά την αναλογία της συνολικής μέσης έκπτωσης που χορηγήθηκε σε καθένα από τους δέκα καλύτερους πελάτες της προκύπτει ότι, σε μια χώρα (χώρα ΣΤ), οι μέσες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ανά πελάτη κυμαίνονταν μεταξύ 8,5 % περίπου και 13 %, υπερβαίνοντας ευρέως τις μέσες τακτικές εκπτώσεις (που κυμαίνονταν από 3 έως 10 %) για το σύνολο σχεδόν των πελατών, ενώ, σε μια άλλη χώρα (χώρα Γ), η μέση έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων (που κυμαίνονταν μεταξύ 2 και 5 %) αντιπροσώπευε περίπου το ήμισυ, αν όχι περισσότερο, της υψηλότερης έκπτωσης που εφαρμοζόταν συνολικά, ήτοι αποκλείοντας την ειδική έκπτωση χονδρικής πωλήσεως. Στις τρεις άλλες χώρες (χώρες Β, Δ και Α), το επίπεδο των μέσων εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων σημείωσε εμφανείς διακυμάνσεις από πελάτη σε πελάτη, κυμαινόμενο, αντιστοίχως, μεταξύ 0,5 και 12,5 %· 0,5 και 13 %· περίπου 2,5 και 14,5 %. Στις τρεις χώρες, οι μέσες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων υπερέβησαν τις μέσες τακτικές εκπτώσεις για έναν από τους καλύτερους πελάτες, ενώ ήσαν πολύ μικρότερες για τους άλλους.
- 145 Σε αντίθεση με ό,τι ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το γεγονός ότι καθένα από τα παραρτήματα αυτά καταδεικνύει την ύπαρξη διαφορών μόνον ως προς τις καθαρές τιμές ή τις εκπτώσεις ενός εκ των κοινοποιούντων μερών δεν σημαίνει ότι τα εν λόγω παραρτήματα στερούνται λυσιτέλειας. Το γεγονός ότι οι εκπτώσεις μιας μόνο μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας ποικίλλουν σε συνάρτηση με τους πελάτες (συμπεριλαμβανομένων των πελατών του ίδιου τύπου, που αναμένεται να ενδιαφερθούν για παρεμφερή στοιχεία του συνδυασμού προϊόντων της) καταδεικνύει όντως ότι, έστω και αν ένας ανταγωνιστής ελάμβανε γνώση των εκπτώσεων που χορηγήθηκαν από την εν λόγω μεγάλη δισκογραφική εταιρία σε έναν πελάτη, η γνώση αυτή δεν θα μπορούσε να επεκταθεί στις γενικές πρακτικές της εν λόγω δισκογραφικής εταιρίας στον τομέα των εκπτώσεων. Επιπλέον, οι όροι εφαρμογής του συντονισμού που καλύπτει τους επιμέρους πελάτες καθώς και τους τύπους πελατών θα ήσαν υπερβολικά περίπλοκοι.
- 146 Η Επιτροπή έλαβε, επίσης, «καταθέσεις μαρτύρων» που αναφέρουν ότι, για την ίδια δισκογραφική εταιρία, εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων χορηγούνται τόσο για τα άλμπουμ παρουσίασης όσο και για τον κατάλογο των τίτλων (παράρτημα Β.2).
- 147 Τούτο επιβεβαιώνεται από το παράρτημα Β.13 που απαρτίζεται από γραφικές παραστάσεις τις οποίες προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και οι οποίες αναφέρουν, για καθεμία από τις πέντε μεγάλες χώρες, τις εκπτώσεις βάσει

τιμολογίου που χορηγήθηκαν από έκαστο εξ αυτών στους καλύτερους κοινούς πελάτες τους για τα άλμπουμ τους που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις το 2002, με πολύ παρεμφερείς ΔΤΠ της κατηγορίας πλήρους τιμής. Η Επιτροπή, υπενθυμίζοντας ότι, για κάθε δισκογραφική εταιρία και για κάθε πελάτη, η τακτική έκπτωση έπρεπε να είναι σταθερή για όλα τα άλμπουμ σε ένα συγκεκριμένο έτος, συνάγει ότι η διακύμανση των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που χορηγούνται από μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία σε ένα συγκεκριμένο πελάτη για διάφορα άλμπουμ με την ίδια ΔΤΠ πρέπει να αποδοθεί σε εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που χορηγήθηκαν, σε δεδομένο χρονικό σημείο, στα εν λόγω άλμπουμ παρουσίας. Οι γραφικές παραστάσεις αποκαλύπτουν τέτοιες διακυμάνσεις στις πρακτικές τιμολόγησης κάθε κοινοποιούσας δισκογραφικής εταιρίας, τουλάχιστον έναντι ορισμένων πελατών, σε όλες τις οικείες χώρες.

148 Η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι δεν εξέτασε «ορισμένες απλές αρχές που διαφοροποιούν τα άλμπουμ της ίδιας τιμής αναφοράς και θα μπορούσαν να εξηγήσουν τις διαφορές ως προς το επίπεδο των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων», αλλά, προκειμένου να περιγράψει τις εν λόγω αρχές, παραθέτει έξι κριτήρια τα οποία, εφόσον είναι, κατ' αρχήν, συμβατά μεταξύ τους, θα προκαλούσαν έντονη αύξηση του αριθμού συνδυασμών των εν δυνάμει εφαρμοστέων κανόνων μόνο στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν προβαίνει σε καμία απόπειρα ποσοτικού υπολογισμού, ενώ αυτός πρέπει να είναι ουσιώδης αν οι όροι εφαρμογής του συντονισμού επί των τιμών πρόκειται να παράσχουν τη δυνατότητα να προβλεφθεί με εύλογη ακρίβεια το επίπεδο της έκπτωσης για ένα συγκεκριμένο τίτλο κατά τη διάρκεια μιας συγκεκριμένης διαφημιστικής εκστρατείας —και, προφανώς, να αποδειχθεί αν οι πραγματικές εκπτώσεις είναι σύμφωνες με τους ως άνω κανόνες ή αποκλίνουν από τις κοινές αρχές καθορισμού των τιμών.

149 Η διακύμανση των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων προκύπτει από ορισμένο αριθμό παραδειγμάτων: διάφοροι τύποι πελατών επωφελήθηκαν από διαφορετικά επίπεδα εκπτώσεων για άλμπουμ που ανήκουν στο ίδιο είδος μουσικής· διάφοροι πελάτες επωφελήθηκαν από διαφορετικές εκπτώσεις για το ίδιο άλμπουμ· ο ίδιος πελάτης επωφελήθηκε από διαφορετικές εκπτώσεις για διαφορετικά άλμπουμ· ο ίδιος πελάτης επωφελήθηκε από χρονικά περιορισμένες εκπτώσεις για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ.

150 Τέλος, το γενικό συμπέρασμα της Επιτροπής που διαπιστώνει «μια ορισμένη διακύμανση του επιπέδου των εκπτώσεων που εφαρμόζουν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες» στις μεγάλες αγορές (αιτιολογικές σκέψεις 78, 85, 92, 99 και 106 της

αποφάσεως) ενισχύεται, επίσης, από αποδεικτικά στοιχεία οικονομικής φύσεως που αφορούν τις εκπτώσεις των πέντε μεγαλύτερων εταιριών. Βάσει των πληροφοριών που έλαβε η Επιτροπή από τις πέντε αυτές μεγαλύτερες εταιρίες όσον αφορά τις εκπτώσεις τους βάσει τιμολογίου που εφαρμόστηκαν το 2003, οι οικονομικοί εμπειρογνώμονες των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών κατέληξαν, με τη μελέτη RBB, στο ακόλουθο συμπέρασμα:

«Συγκρίνομε, επίσης, την κατανομή των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τα μέρη Α, Β, Γ, Δ και Ε σε καθεμία από τις πέντε κύριες χώρες το 2003. Η ανάλυση καταδεικνύει ότι υφίστανται σημαντικές διαφορές ως προς την κατανομή των εκπτώσεων αυτού του είδους που χορηγήθηκαν από τις μεγαλύτερες εταιρίες. Τούτο επιβεβαιώνει ότι οι πολιτικές τιμολόγησης των εν λόγω εταιριών δεν είναι ευθυγραμμισμένες σήμερα.»

#### Διαφάνεια των εκπτώσεων

- 151 Η απόφαση υπογραμμίζει ότι, σύμφωνα με πολλούς πελάτες εντός των μεγάλων κρατών μελών, οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν «μια ορισμένη γνώση» των (πιο σταθερών) τακτικών εκπτώσεων που εφάρμοζαν οι ανταγωνιστές τους (βλ. υποσημειώσεις 45, 49, 52, 55 και 57 της αποφάσεως). Το ζήτημα αυτό συζητήθηκε διά μακρών κατά την ενώπιον της Επιτροπής ακρόαση. Τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη ισχυρίσθηκαν ότι ένας ορισμένος αριθμός θετικών απαντήσεων αφορούσαν μόνον τις ΔΤΠ ή δεν προέβαιναν σε διάκριση μεταξύ των ΔΤΠ και των εκπτώσεων. Μόνον πέντε απαντήσεις (προερχόμενες από το Βέλγιο, τη Γαλλία και την Ιταλία) επί συνόλου 36 προσβάσιμων απαντήσεων προερχομένων από όλες τις χώρες ανέφεραν ρητώς ότι υπήρχε μια ορισμένη διαφάνεια των εκπτώσεων· η αντίθετη άποψη υποστηρίχθηκε ρητώς με 11 απαντήσεις. Βάσει των απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πώλησεως, των «καταθέσεων μαρτύρων» εκ μέρους εθνικών στελεχών της Sony και της BMG (βλ. τα σχετικά αποσπάσματα του παραρτήματος Β.2) και τις ελλείψεις πληροφοριών ως προς τις εκπτώσεις που διαπιστώθηκαν με τις εκθέσεις εποπτείας των εμπορικών αντιπροσώπων που της υποβλήθηκαν (βλ. παράρτημα Β.15), η Επιτροπή συνήγαγε ότι, καίτοι ορισμένοι έμποροι λιανικής πώλησεως θεωρούσαν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν μια ορισμένη γνώση της πολιτικής τιμολόγησης των άλλων μεγάλων δισκογραφικών εταιριών, η γνώση αυτή μπορούσε να αφορά τις ΔΤΠ, οι οποίες είναι σχετικώς διαφανείς, και σε ορισμένο βαθμό τις τακτικές εκπτώσεις, οι οποίες αποτελούν αντικείμενο ετήσιας διαπραγματεύσεως, αλλά πιθανώς δεν επεκτεινόταν στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες αποτελούν αντικείμενο διαπραγματεύσεως ανάλογα με την περίπτωση. Οι σχέσεις μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών και μιας σταθερής πελατείας (αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως) μπορούσαν να παράσχουν τη

δυνατότητα λήψεως ορισμένων πληροφοριών ως προς τις ετήσιες εκπτώσεις, αλλά δεν δίδουν την εντύπωση ότι ευνοούν τη διαφάνεια ως προς τις διαφημιστικές εκστρατείες σύντομης διάρκειας.

- 152 Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ήταν λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις και ότι η εποπτεία τους θα απαιτούσε λεπτομερή παρατήρηση των προσφορών στην αγορά λιανικής (αιτιολογικές σκέψεις 80, 87, 94, 101 και 108 της αποφάσεως). Ωστόσο, το σύστημα εβδομαδιαίων εκθέσεων που προσκόμιζαν οι μονάδες πωλήσεων της Sony και της BMG (που περιελάμβαναν παρατηρήσεις σχετικά με τους ανταγωνιστές) δεν επέτυχε τον απαιτούμενο βαθμό διαφάνειας όσον αφορά τις εν λόγω εκπτώσεις. Η Επιτροπή δεν ανακάλυψε, ιδίως, επαρκείς αποδείξεις προκειμένου να καταδειχθεί ότι η εποπτεία των τιμών λιανικής πωλήσεως ή οι επαφές με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως παρείχαν στις μεγαλύτερες εταιρίες τη δυνατότητα να αντεπεξέλθουν στην έλλειψη διαφάνειας των εκπτώσεων, και ιδίως των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.
- 153 Οι εκθέσεις εποπτείας της αγοράς που προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και οι οποίες περιέχονται στο παράρτημα Β.15 δεν περιλαμβάνουν το είδος των λεπτομερών πληροφοριών επί των εκπτώσεων των ανταγωνιστών που θα καθιστούσε δυνατή την αποτελεσματική εποπτεία των καθαρών τιμών που ζητήθηκαν για τα ατομικά άλμπουμ από τους διαφόρους πελάτες. Επιπλέον, σε άλλες χώρες, οι ως άνω εκθέσεις είναι πολύ πιο συνοπτικές, αν όχι ανύπαρκτες. Οι αντιπρόσωποι της BMG, ιδίως, υποβάλλουν επίσημες εκθέσεις εποπτείας μόνο στη Γαλλία και την Αυστρία.
- 154 Ναι μεν η Επιτροπή συμφωνεί ότι δεν μπορεί να αποδείξει εύκολα ότι δεν υφίσταται μηχανισμός καθορισμού των τιμών που συνίσταται σε μια σειρά γενικών κανόνων, πλην όμως παρατηρεί ότι η προσφεύγουσα δεν υποβλήθηκε στον κόπο να παράσχει θετικές αποδείξεις περί του τρόπου κατά τον οποίο ένας τέτοιος μηχανισμός καθορισμού των τιμών δημιουργήθηκε και, εν συνεχεία, εφαρμόστηκε σε πάρα πολλές ατομικές συμβάσεις, ούτε τον τρόπο κατά τον οποίο επρόκειτο να διασφαλισθεί η τήρησή του.
- 155 Εξάλλου, η Επιτροπή τονίζει ότι εκπλήσσεται για το ότι η προσφεύγουσα αμφισβητεί ευθέως την ανάγκη εποπτείας για την απόδειξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

- 156 Το συμπέρασμα της Επιτροπής σχετικά με την αναποτελεσματικότητα της εποπτείας των λιανικών πωλήσεων στηρίζεται, επίσης, στην περιπλοκότητα και την αδιαφάνεια του καθορισμού των τιμών λιανικής πώλησεως. Μια μελέτη που υποβλήθηκε από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη (παράρτημα Β.17) καταδεικνύει ότι υπάρχουν έντονοι διακυμάνσεις των τιμών λιανικής πώλησεως που εφαρμόζουν οι κυριότεροι έμποροι λιανικής πώλησεως για συγκρίσιμα CD άλμπουμ εντός κάθε μεγάλου τμήματος τιμών (πλήρεις τιμές, μέσες τιμές και χαμηλές τιμές) και ότι ο καθορισμός των τιμών λιανικής πώλησεως είναι εξίσου περίπλοκος με αυτόν των τιμών χονδρικής πώλησεως. Επιπλέον, για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ της ίδιας επιλογής των πέντε άλμπουμ που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις, οι τιμές λιανικής πώλησεως ποικίλλουν συχνά τόσο κατά την πάροδο του χρόνου, για οποιονδήποτε έμπορο λιανικής πώλησεως, όσο και, καταφανέστερα, από τον ένα έμπορο λιανικής πώλησεως στον άλλο, ανά πάσα στιγμή.
- 157 Τα αποδεικτικά στοιχεία (που εμφανίζονται στο παράρτημα Β.17, τμήμα 2) καταδεικνύουν ότι μια εντατική παρακολούθηση, από τις μεγαλύτερες εταιρίες, της εξελίξεως των τιμών λιανικής πώλησεως που εφαρμόζει κάθε έμπορος λιανικής πώλησεως για κάθε σημαντικό άλμπουμ δεν θα παρείχε τη δυνατότητα σε μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία να συναγάγει εξ αυτού τις πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών (ΔΤΠ πλην της έκπτωσης βάσει τιμολογίου) των κυριότερων ανταγωνιστών της για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ. Συγκεκριμένα, οι έμποροι λιανικής πώλησεως δεν εφαρμόζουν όλοι κατά σύστημα την ίδια προσαύξηση της τιμής χονδρικής πώλησεως, σε ένα συγκεκριμένο χρονικό σημείο, ούτε ως προς όλες τις κατηγορίες των άλμπουμ ούτε καν ως προς όλα τα άλμπουμ της πιο περιορισμένης κατηγορίας της πλήρους τιμής (πίνακας 2.1).
- 158 Τέλος, η Επιτροπή δεν διαπίστωσε την ύπαρξη κανενός αποδεικτικού συνδέσμου μεταξύ των τιμών λιανικής πώλησεως και των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που χορηγούνται για άλμπουμ της ίδιας ΔΤΠ. Αντιθέτως, η μελέτη που προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη κατατείνει στο να αποδειχθεί ότι, για τα άλμπουμ της κατηγορίας πλήρους τιμής καθώς και για τα άλλα άλμπουμ, οι διακυμάνσεις της τιμής λιανικής πώλησεως ενός συγκεκριμένου άλμπουμ σε ένα συγκεκριμένο χρονικό σημείο, εντός διαφόρων σημείων λιανικής πώλησεως, δεν είχαν κανένα συγκεκριμένο σύνδεσμο με τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν στους ως άνω εμπόρους λιανικής πώλησεως για το άλμπουμ αυτό (πίνακας 3.1).
- 159 Ενόψει πρακτικών καθορισμού των τιμών λιανικής πώλησεως, οι οποίες είναι τόσο ποικίλες και μη δυνάμενες να προβλεφθούν, μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία δεν θα μπορούσε να συναγάγει με ακρίβεια ότι ένας συγκεκριμένος έμπορος λιανικής πώλησεως εφαρμόζει σε ισοδύναμα άλμπουμ των άλλων μεγάλων δισκογραφικών

εταιριών το ίδιο επίπεδο ή διάγραμμα αυξήσεως με εκείνο που εφαρμόζει στα δικά της άλμπουμ και δεν θα μπορούσε να σχηματίσει μια αξιόπιστη αντίληψη περί των καθαρών τιμών των ανταγωνιστών, ούτε για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ ούτε συνολικά, βάσει της αναλογίας τιμής λιανικής πωλήσεως/τιμής χονδρικής πωλήσεως που εφαρμόζει ένας συγκεκριμένος έμπορος λιανικής πωλήσεως στα δικά της άλμπουμ, ξεταζόμενα μεμονωμένα ή συνολικά.

- 160 Η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «θα προκαλούσε έκπληξη το να μην υπάρχει ακριβώς προσδιορισμένη και συστηματική σχέση μεταξύ των μέσων τιμών των άλμπουμ μιας συγκεκριμένης κατηγορίας, που πωλούνται σε ένα συγκεκριμένο έμπορο λιανικής πωλήσεως, και των πραγματικών τιμών χονδρικής πωλήσεως των άλμπουμ αυτών, σε μια αρκούντως εκτεταμένη κλίμακα τίτλων και για εύλογη διάρκεια» δεν στηρίζεται σε καμία απόδειξη. Ένας αρκούντως υψηλός βαθμός ένταξης ως προς τα άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου κατατείνει στο να αποκρύψει τη διακύμανση σε επίπεδο ατομικών τίτλων—που έχουν συχνά σημαντικά επίπεδα πωλήσεων— ως προς τους οποίους είναι, αναπόφευκτα, ενδιαφέρον το να υπάρξει σιωπηρός συντονισμός σχετικά με τις τιμές. Μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία δεν μπορεί να αποδείξει κατά αξιόπιστο τρόπο, βάσει της σχέσεως τιμής λιανικής πωλήσεως/τιμής χονδρικής πωλήσεως των δικών της άλμπουμ—τα οποία, όπως υπογραμμίζει η προσφεύγουσα καθ' όλη τη διάρκεια των παρατηρήσεών της, αντιπροσωπεύουν, ανά πάσα στιγμή, ένα συνδυασμό ειδικών προϊόντων— αν η σχέση αυτή ισχύει, επίσης, για τις άλλες μεγαλύτερες εταιρίες.
- 161 Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι οι επικρίσεις της προσφεύγουσας σχετικά με τη μελέτη RBB και την προβαλλόμενη παράλειψη της Επιτροπής να υποβάλει την εν λόγω μελέτη στους επιχειρηματίες της αγοράς περιορίζονται σε έναν ορισμένο αριθμό αβάσιμων ισχυρισμών.

#### Διαρθρωτικοί δεσμοί

- 162 Όσον αφορά τις μουσικές συλλογές, τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη κατέδειξαν ότι οι εταίροι μιας κοινής επιχειρήσεως λαμβάνουν μόνο έναν αριθμητικό μέσο όρο εκπτώσεως (που δεν κατανέμεται ανάλογα με το είδος της εκπτώσεως ή ανάλογα με τον πελάτη) επί των πωλήσεων του εν λόγω άλμπουμ με μουσικές συλλογές. Λαμβανομένων υπόψη των διακυμάνσεων που παρατηρούνται ως προς την πρακτική των εκπτώσεων ανάλογα με τα άλμπουμ και τους πελάτες και κατά την πάροδο του χρόνου, καθώς και της σπουδαιότητας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και των πιθανών διαφορών ως προς τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων μεταξύ των μουσικών συλλογών και των απλών άλμπουμ, οι μουσικές συλλογές δεν μπορούσαν να εγγηθούν την αναγκαία διαφάνεια και, ως εκ τούτου, είναι αλυσιτελείς για τους σκοπούς της εκ μέρους της Επιτροπής αναλύσεως.



163 Ομοίως, οι συμφωνίες διανομής ή αδείας μεταδόσεως σπανίως περιελάμβαναν περισσότερες από δύο μεγαλύτερες εταιρίες και, ως εκ τούτου, δεν συνιστούν κατάλληλο μέσον για την πολυμερή ανταλλαγή λίαν περίπλοκων πληροφοριών ως προς τις πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών όλων των μεγαλύτερων εταιριών, που ήσαν αναγκαίες για ένα σιωπηρό συντονισμό επί της βάσεως αυτής. Τέλος, εφόσον οι διαπραγματεύσεις ως προς τις οφειλές στον τομέα της εκδόσεως μουσικών έργων είναι συλλογικές και λαμβάνουν χώρα μεταξύ των εθνικών ενώσεων δισκογραφικών εταιριών (μεγάλων δισκογραφικών εταιριών και ανεξαρτήτων δισκογραφικών εταιριών) και των εθνικών εταιριών συλλογικής διαχείρισης (που εκπροσωπούν τους εκδότες και τους δημιουργούς) και δεν αφορούν τον καθορισμό των τιμών της ηχογραφημένης μουσικής, η Επιτροπή συνήγαγε ότι οι εν λόγω διαπραγματεύσεις είναι αλυσιτελείς για τους σκοπούς της αναλύσεως της διαφάνειας.

#### Αντίποινα

164 Από τις αιτιολογικές σκέψεις 114 και 118 της αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν επιδίωξε να εξακριβώσει την ύπαρξη τυχόν αξιόπιστων μηχανισμών αντιποίνων (αποκάλυψε ορισμένο αριθμό εν δυνάμει αξιόπιστων μηχανισμών), αλλά μάλλον να προσδιορίσει προπάντων αν ο βαθμός παραλληλισμού και σταθερότητας των εκπτώσεων που παρατηρήθηκε σε ορισμένα πολύ γενικά επίπεδα αναλύσεως μπορούσε να αποδοθεί σε σιωπηρό συντονισμό, παρά την περιπλοκότητα των ατομικών αποφάσεων περί καθορισμού των καθαρών τιμών, τη διασπορά των επιμέρους καθαρών τιμών σε πολλές διαστάσεις και την προφανή έλλειψη επαρκούς διαφάνειας. Πρόδηλος αποδείξεις περί αντιποίνων επιβληθέντων από άλλες μεγαλύτερες εταιρίες ως αντίδραση σε μια «παρέκκλιση» σε σχέση με τα συνήθη επίπεδα των μέσων καθαρών τιμών ή των μέσων εκπτώσεων βάσει τιμολογίου θα μπορούσαν να αποτελέσουν ένδειξη (αν και, προφανώς, μη αποφασιστική) περί της υπάρξεως συντονισμού. Η έλλειψη αποδείξεων περί της υπάρξεως αντιποίνων, υπό τη μορφή μιας γενικευμένης προσφυγής σε έντονο ανταγωνισμό στο επίπεδο των τιμών ή των μουσικών συλλογών, της μουσικής που μεταδίδεται μέσω διαδικτύου ή της εκδόσεως μουσικών έργων, μπορεί να θεωρηθεί ως «αρνητική» ένδειξη περί του ότι ο παρατηρηθείς βαθμός ευθυγραμμίσεως σε συνολικό επίπεδο δεν ήταν καρπός σιωπηρού συντονισμού.

165 Όσον αφορά το γενικότερο ζήτημα αν υπάρχουν αρκούντως αξιόπιστοι μηχανισμοί αντιποίνων για τη διασφάλιση ενός βιώσιμου συντονισμού στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής, η Επιτροπή προδήλως θεώρησε τον ενδεχόμενο

αποκλεισμό της παρεκκλίνουσας επιχειρήσεως από τα άλμπουμ με μουσικές συλλογές ή την άρνηση συμμετοχής στις δικές της μουσικές συλλογές (εκτός της επιστροφής στον ανταγωνισμό ως προς τις τιμές) ως την εν δυνάμει πιο άξια ενδιαφέροντος μέθοδο. Τα στοιχεία που εκθέτει η Επιτροπή στις αιτιολογικές σκέψεις 116 και 117 της αποφάσεως δεν είναι αποδεικτικά. Αφενός, οι μεγαλύτερες εταιρίες όντως διαθέτουν ένα δίκτυο κοινών επιχειρήσεων για μουσικές συλλογές (αιτιολογική σκέψη 116 της αποφάσεως) και τα άλμπουμ αυτά αντιπροσωπεύουν σημαντικό μερίδιο της αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής (μεταξύ 15 % και 20 %) και πραγματοποιούν, κατά το μεγαλύτερο μέρος, σημαντικές πωλήσεις (αιτιολογική σκέψη 115 της αποφάσεως). Αφετέρου, ο συνδυασμός καλλιτεχνών που υπάρχουν σε διαφορετικές δισκογραφικές εταιρίες δίδει την εντύπωση ότι είναι κεφαλαιώδης παράγοντας της επιτυχίας αυτής (αιτιολογική σκέψη 115 της αποφάσεως), λαμβανομένου υπόψη ότι οι μουσικές συλλογές στις οποίες εμπλέκονται δύο ή τρεις μεγαλύτερες εταιρίες έχουν, μακράν, τις καλύτερες πωλήσεις (αιτιολογική σκέψη 116 της αποφάσεως). Κατά πάσα πιθανότητα, η προσφυγή στον ως άνω μηχανισμό αντιποίνων θα μπορούσε να επισύρει τη θυσία των συμπληρωματικών πλεονεκτημάτων που θα ήταν δυνατό να δημιουργηθούν από μια μουσική συλλογή στην οποία θα συμμετείχαν οι καλλιτέχνες της παρεκκλίνουσας επιχειρήσεως. Λαμβανομένου υπόψη αυτού του μίγματος στοιχείων προτροπής και αποτρεπτικών στοιχείων, και ελλείψει αποδεικτικών στοιχείων που να καταδεικνύουν ότι αντίποινα τέτοιας φύσεως είτε επιβλήθηκαν είτε χρησιμοποιήθηκαν ως απειλή κατά το παρελθόν, η Επιτροπή δεν ήταν σε θέση να συναγάγει ότι ένας μηχανισμός που μπορούσε «να αντιπροσωπεύει, γενικώς, αξιόπιστα αντίποινα για τις [μ]εγαλύτερες εταιρίες» ήταν, ή θα ήταν, αρκούντως αξιόπιστος για να διασφαλίσει έναν προγενέστερο ή μελλοντικό συντονισμό.

## β) Τα άλλα κράτη μέλη

<sup>166</sup> Στα άλλα, μικρότερα, κράτη μέλη, το μεγαλύτερο μέρος των συνολικών πωλήσεων κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας (μεταξύ 50 έως 60 % και 90 έως 100 %) πραγματοποιήθηκε με τη χρησιμοποίηση πέντε ΔΤΠ και (εκτός της Αυστρίας) δύο ΔΤΠ κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας αντιπροσώπευαν ποσοστό μεταξύ 30 έως 40 % και 60 έως 70 % των συνολικών πωλήσεων των CD κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας το 2003.

<sup>167</sup> Εξάλλου, οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου εμφανίζουν σημαντικές διακυμάνσεις από πελάτη σε πελάτη για καθένα από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη. Η πιο μειωμένη απόκλιση μεταξύ των, κατά μέσο όρο, υψηλότερων εκπτώσεων και των, κατά μέσο όρο, χαμηλότερων εκπτώσεων που χορηγήθηκαν εκ μέρους ενός των

μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στους δέκα καλύτερους πελάτες του (στην Ιρλανδία, στους πέντε καλύτερους πελάτες) ανερχόταν σε 5,7%, ενώ η απόκλιση μεταξύ των, κατά μέσο όρο, υψηλότερων εκπτώσεων και των, κατά μέσο όρο, χαμηλότερων εκπτώσεων που χορηγήθηκαν σε πελάτη που ανήκει στους δέκα καλύτερους πελάτες δεν ήταν χαμηλότερη του 10% σε καμία χώρα, για αμφότερα τα κοινοποιούντα μέρη.

- 168 Η Επιτροπή διαπίστωσε (αιτιολογικές σκέψεις 148 έως 152 της αποφάσεως) ορισμένο αριθμό ομοιοτήτων μεταξύ των αγορών των μικρών χωρών και των πέντε μεγάλων αγορών. Βάσει των αποδεικτικών στοιχείων που προσκομίσθηκαν ως προς τις μικρές χώρες, ήταν αδύνατο να αποδειχθεί η ύπαρξη πραγματικού σιωπηρού συντονισμού μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών στις αγορές αυτές.

## 2. Εσφαλμένη παρουσίαση της αποφάσεως στο δικόγραφο της προσφυγής

- 169 Εκ προοιμίου, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι η ανακοίνωση των αιτιάσεων είναι μόνο μια προπαρασκευαστική πράξη προσωρινού χαρακτήρα (απόφαση του Δικαστηρίου της 11ης Νοεμβρίου 1981, 60/81, *International Business Machines κατά Επιτροπής*, Συλλογή 1981, σ. 2639) και ότι η Επιτροπή δεν είναι ειδικώς υποχρεωμένη να αναφέρει για ποιον λόγο αφίσταται από την προσωρινή άποψη της. Δεν αρκεί το να παρατηρήσει η προσφεύγουσα ότι τα χαρακτηριστικά της αγοράς δεν μεταβλήθηκαν κατά το χρονικό διάστημα που διέρρευσε μεταξύ της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και της εκδόσεως της αποφάσεως. Καίτοι τούτο μπορεί να είναι, κατά μεγάλο μέρος, ακριβές από αντικειμενική άποψη, δεν είναι ακριβές, βεβαίως, όσον αφορά το εύρος της γνώσης και της αντίληψης της Επιτροπής ως προς την αγορά. Για να καταλήξει στην τελική θέση της, η Επιτροπή έλαβε δεόντως υπόψη τις λεπτομερείς παρατηρήσεις που υπέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προς απάντηση στην ανακοίνωση των αιτιάσεων.

- 170 Η Επιτροπή παρατηρεί ότι, επί πλειόνων σημείων, η προσφεύγουσα δίδει μια στρεβλή εικόνα της αποφάσεως.

171 Κατ' αρχάς, η απόφαση δεν αναφέρει ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες παρουσιάζουν «όλα τα χαρακτηριστικά ενός δεσπόζοντος ομίλου».

172 Εν συνεχεία, η απόφαση διαπιστώνει ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν σε θέση να διατηρήσουν υψηλές τιμές. Η αιτιολογική σκέψη 56 της αποφάσεως αναφέρει ότι οι τιμές μειώθηκαν, αλλά κατά τρόπο λιγότερο έντονο απ' ό,τι ισχυρίσθηκαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, και η αιτιολογική σκέψη 58 της αποφάσεως αφορά μόνον το επίπεδο των τιμών των CD που είχε εκληφθεί ως υψηλό.

173 Τέλος, η Επιτροπή δεν διαπίστωσε, με την απόφαση, ότι η αγορά παρουσιάζει όλα τα χαρακτηριστικά που ευνοούν τον σιωπηρό συντονισμό. Η απόφαση δεν αναφέρει, ιδίως, ότι όντως υπήρξε συντονισμός, αλλά, το πολύ, ότι η Επιτροπή ανακάλυψε ορισμένες ενδείξεις συντονισμού (αιτιολογική σκέψη 109 της αποφάσεως). Καίτοι η Επιτροπή υπογραμμίζει, στις αιτιολογικές σκέψεις 112 και 113 της αποφάσεως, την ύπαρξη μιας ορισμένης σταθερότητας της πελατείας και την ύπαρξη ελέγχου, δεν θεωρεί ότι ο έλεγχος αυτός είναι επαρκής για να αντισταθμισθεί η έλλειψη διαφάνειας των εκπτώσεων, και ιδίως των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

### 3. Επί του πρώτου σκέλους

#### α) Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως

174 Η Επιτροπή εκτιμά ότι είναι χρήσιμο να παρατεθούν οι γενικές απαιτήσεις του άρθρου 253 ΕΚ προτού εξετασθούν τα ειδικά επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα.

- 175 Πρώτον, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ της προβαλλομένης ελλείψεως αρκούντως σαφούς αιτιολογίας για τη θέσπιση πράξεως και της παραθέσεως λόγων που στηρίζονται σε πραγματικές πλάνες, σε πλάνες εκτιμήσεως ή σε νομικές πλάνες, λαμβανομένου υπόψη ότι η δεύτερη περίπτωση αφορά μάλλον ένα ζήτημα ουσίας παρά την παράβαση ουσιώδους τύπου και δεν συνιστά παράβαση του άρθρου 253 ΕΚ (αποφάσεις του Πρωτοδικείου της 7ης Νοεμβρίου 1997, T-84/96, Cίρεκε κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σ. II-2081, σκέψεις 46 και 47, και της 14ης Μαΐου 1998, T-295/94, Buchmann κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. II-813, σκέψεις 44 και 45).
- 176 Δεύτερον, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι, κατά πάγια νομολογία, η παρατιθέμενη κατ' επιταγή του άρθρου 253 ΕΚ αιτιολογία πρέπει να είναι προσαρμοσμένη στη φύση της οικείας πράξεως και πρέπει να διαφαίνεται από αυτήν, κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο, η συλλογιστική του θεσμικού οργάνου και ότι η Επιτροπή δεν σχολιάζει όλα τα πραγματικά και νομικά ζητήματα που τέθηκαν από κάθε ενδιαφερόμενο κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, αλλά πρέπει να λάβει υπόψη το πλαίσιο, καθώς και το σύνολο των νομικών κανόνων που διέπουν το σχετικό θέμα.
- 177 Μεταξύ των σχετικών διαρθρωτικών παραγόντων περιλαμβάνεται ο βαθμός προηγούμενης γνώσης σχετικών θεωρήσεων ή πραγματικών περιστατικών εκ μέρους των προσώπων που αφορά μια πράξη, λαμβανομένου υπόψη ότι η γνώση του τομέα μπορεί να αναμένεται από ορισμένα πρόσωπα ή να αποκτήθηκε με τη στενή συμμετοχή των ενδιαφερομένων προσώπων στη διαδικασία που καταλήγει στην έκδοση πράξεως ή σε μια συναφή διαδικασία. Η επιταγή της ταχύτητας στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων κρίθηκε, επίσης, λυσιτελής για τον προσδιορισμό του προσήκοντος χαρακτήρα μιας αιτιολογίας.
- 178 Όταν ορισμένα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά καλύπτονται από την υποχρέωση τηρήσεως του επαγγελματικού απορρήτου την οποία υπαγορεύει το άρθρο 287 ΕΚ, το αρμόδιο όργανο οφείλει, εντούτοις, να μεριμνά ώστε το ουσιώδες περιεχόμενο της αιτιολογίας του να γνωστοποιηθεί στους ενδιαφερομένους.

- 179 Όταν το νόημα του κειμένου δεν καθίσταται φανερό εκ της πρώτης αναγνώσεως, δεν υπάρχει, ωστόσο, παράβαση του άρθρου 253 ΕΚ, αν μια συνήθης προσπάθεια ερμηνείας παρέχει τη δυνατότητα να αρθούν οι αμφισημίες που περιέχει η αιτιολογία.
- 180 Πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι «η Επιτροπή δεν είναι υποχρεωμένη να εξηγήσει ενδεχόμενες διαφορές σε σχέση με την ανακοίνωσή της των αιτιάσεων, η οποία συνιστά προκαταρκτικό έγγραφο το οποίο περιέχει εκτιμήσεις καθαρά προσωρινού χαρακτήρα με τις οποίες επιδιώκεται να καθορισθεί το αντικείμενο της διοικητικής διαδικασίας έναντι των επιχειρήσεων τις οποίες αφορά η διαδικασία αυτή».
- 181 Τέλος, αν μια συγκέντρωση δεν μεταβάλλει, ή μεταβάλλει σε πολύ περιορισμένο βαθμό, την κατάσταση, από απόψεως ανταγωνισμού, μιας συγκεκριμένης αγοράς, δεν μπορεί να απαιτηθεί από την Επιτροπή να παράσχει ειδική αιτιολογία επί του ζητήματος αυτού. Η Επιτροπή δεν παραβαίνει την υποχρέωση αιτιολογήσεως που υπέχει ούτε αν δεν συμπεριλάβει στην απόφασή της ακριβή αιτιολογία όσον αφορά την εκτίμηση ορισμένου αριθμού πτυχών της συγκεντρώσεως που της δίδουν την εντύπωση ότι είναι προδήλως αλυσιτελείς, στερούμενες σημασίας ή σαφώς δευτερεύουσες για την εκτίμηση της συγκεντρώσεως.

### Ομοιογένεια του προϊόντος

- 182 Όσον αφορά την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι η αφορώσα την ομοιογένεια του προϊόντος διαπίστωση είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι δεν διαπίστωσε ότι «η μη ομοιογένεια του περιεχομένου θα έπρεπε να έχει μεγαλύτερη βαρύτητα απ' ό,τι η ομοιογένεια του σχήματος», αλλά απλώς συνήγαγε ότι αμφότερες οι πτυχές έπρεπε να ληφθούν υπόψη. Ομοίως, η τυποποίηση πολλών πτυχών της διαδικασίας καθορισμού των τιμών χονδρικής πωλήσεως των CD (με τη χρησιμοποίηση των συνηθέστερων ΔΤΠ και των τακτικών εκπτώσεων για κάθε πελάτη) δεν «αναιρείται», αλλά μάλλον μετριάζεται, με τη μνεία του ρόλου που διαδραμάτισε η επιτυχία κατά τον καθορισμό των τιμών των ατομικών άλμπουμ. Εν συντομία, τα απλά CD άλμπουμ δεν είναι συγκρίσιμα με βαρέλια πετρελαίου και η δυνατότητα να θεωρούνται πολλά CD άλμπουμ ως ανήκοντα στην ίδια αγορά

(μέσω μιας «αδιάσπαστης αλληλουχίας υποκαταστάσεως») δεν τα καθιστά απολύτως ομοιογενή, από την άποψη του προϊόντος, αυτού καθ' εαυτού, ή της διαδικασίας καθορισμού των τιμών. Το αποτέλεσμα δεν είναι μια «σειρά αντιφατικών διαπιστώσεων», αλλά η αντανάκλαση μιας περίπλοκης πραγματικότητας.

## Διαφάνεια

- 183 Η προσφεύγουσα δεν μπορεί να ισχυρισθεί ότι δεν κατανόησε την προσβαλλόμενη απόφαση για τον λόγο ότι η Επιτροπή δεν παρέσχε ορισμό του τι εννοεί με τον όρο «εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων», εφόσον η προσφεύγουσα είναι μια τομεακή ένωση, η οποία συμμετείχε ενεργώς στις συζητήσεις κατά την ακρόαση που διοργάνωσε η Επιτροπή και η οποία ισχυρίζεται ότι είναι εξοικειωμένη με τη λειτουργία τέτοιων εκπτώσεων. Εν πάση περιπτώσει, η απόφαση εξηγεί επαρκώς κατά νόμον αυτό που καλύπτουν τα διάφορα είδη εκπτώσεων (αιτιολογικές σκέψεις 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 και 113).
- 184 Ομοίως, η προσφεύγουσα εσφαλμένως ισχυρίζεται ότι η γενική ανάλυση των μικρότερων χωρών, στην οποία προέβη η Επιτροπή με τις αιτιολογικές σκέψεις 148 επ., αφορά μόνον τις τακτικές εκπτώσεις. Η Επιτροπή απλώς παρατηρεί, με την αιτιολογική σκέψη 150 της αποφάσεως, ότι οι τακτικές εκπτώσεις είναι οι σημαντικότερες σε όλες τις χώρες, αλλά προβαίνει, εν συνεχεία, σε ανάλυση της πιο εκτεταμένης κατηγορίας των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (η οποία περιλαμβάνει τις τακτικές εκπτώσεις και τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων), όπως είχε ήδη πράξει, ανά χώρα, με τις αιτιολογικές σκέψεις 119 έως 145. Επ' αυτού, δεν υπάρχει ούτε σύγχυση ούτε αβεβαιότητα.
- 185 Με την απόφαση, η Επιτροπή προσδίδει μεγάλη σημασία στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, καθόσον οι καθαρές τιμές είναι εκείνες που έχουν σημασία για έναν αποτελεσματικό συντονισμό. Μια «ορισμένη γνώση» των τακτικών εκπτώσεων δεν είναι επαρκής, αν οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως

των πωλήσεων είναι υπεύθυνες για μια διακύμανση των εκπτώσεων για ορισμένους πελάτες, κατά την πάροδο του χρόνου και από άλμπουμ σε άλμπουμ, τόσο ισχυρή όσο εκείνες που μνημονεύθηκαν στις αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 100 και 107 της απόφασως.

- 186 Η Επιτροπή εξέτασε τις εκπτώσεις των άλλων μεγαλύτερων εταιριών, αλλά, δεδομένου ότι τα εν λόγω αριθμητικά στοιχεία δεν μπορούσαν να αποκαλυφθούν στα κοινοποιούντα μέρη, δεν ήταν δυνατό να περιληφθούν στην απόφαση. Εξάλλου, τούτο δεν ήταν αναγκαίο, καθόσον οι αδιαφανείς πρακτικές των δύο μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των εκπτώσεων ήσαν επαρκείς για να παρεμποδισθεί η αποτελεσματική εποπτεία των καθαρών τιμών από όλες τις μεγαλύτερες εταιρίες. Επιπλέον, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τον καθορισμό των τιμών που εμφανίζονται στο παράρτημα Α.17 στηρίζονται στην αντίληψη ότι όλες οι δισκογραφικές εταιρίες καθορίζουν τις καθαρές τιμές τους κατά τον ίδιο τρόπο.

#### Μέσα αποτροπής

- 187 Από την απόφαση (και ιδίως από την αιτιολογική σκέψη 114) προκύπτει ότι η Επιτροπή εξέτασε την απειλή χρησιμοποίησεως ή την πραγματική χρησιμοποίηση ενδεχόμενων μηχανισμών αντιποίνων κατά το παρελθόν ως συμπληρωματικό μέσο εξακρίβωσης του αν ορισμένος βαθμός ευθυγράμμισης των τιμών σε συνολικό επίπεδο μπορούσε να αποδοθεί σε σιωπηρό συντονισμό. Ελλείψει αποδείξεων περί της πραγματικής χρησιμοποίησεώς τους, η Επιτροπή δεν ήταν σε θέση να λάβει οριστική θέση επί του θέματος της επάρκειας των διαφόρων δυνατικών μηχανισμών αντιποίνων που μνημονεύονται στην απόφαση.

#### Αντιστάθμισμα

- 188 Δεδομένου ότι οι προϋποθέσεις για τη διαπίστωση παρούσας ή μελλοντικής συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως είναι σωρευτικές, η Επιτροπή δεν υποχρεούτο να διατυπώσει συμπεράσματα όσον αφορά την αντισταθμιστική ισχύ των ανταγωνιστών και των καταναλωτών και, ως εκ τούτου, δεν υποχρεούτο να παράσχει αιτιολογία επ' αυτού.



β) Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και της νομικής πλάνης

- 189 Η Επιτροπή, εκτιμώντας ότι οι λόγοι ακυρώσεως που αντλούνται από την πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και από τη νομική πλάνη αλληλεπικαλύπτονται, εξετάζει από κοινού τους λόγους αυτούς.
- 190 Εκ προοιμίου, η Επιτροπή διατυπώνει δύο παρατηρήσεις.
- 191 Αφενός, όσον αφορά το επιχείρημα ότι, όταν η Επιτροπή καλείται να σταθμίσει αντιπαρατιθέμενα επιχειρήματα, δεν πρέπει να προσδίδει υπερβολική βαρύτητα σε ένα από αυτά, η Επιτροπή υπενθυμίζει το περιθώριο διακριτικής εξουσίας που διαθέτει όταν πρόκειται να προβεί σε περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις και ισχυρίζεται ότι η απόφαση είναι, πάντως, άκρως μετριοπαθής ως προς τα συμπεράσματά της και ότι η προσφεύγουσα δεν μνημονεύει επ' αυτού, μεταξύ των αποδεικτικών στοιχείων που διέθετε η Επιτροπή, κανένα στοιχείο στο οποίο, κατά τη γνώμη της, προσδόθηκε υπερβολική ή ελάχιστη βαρύτητα.
- 192 Αφετέρου, όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι μια απόφαση που δεν μνημονεύει αρκούντως λεπτομερείς αποδείξεις περί τα πραγματικά περιστατικά προς στήριξη των συμπερασμάτων της πάσχει λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι πρόκειται, κατ' ουσίαν, για ζήτημα αιτιολογίας και υποστηρίζει ότι δεν έχει καμία υποχρέωση να εκθέτει, στις αποφάσεις της, τις λεπτομέρειες των συχνά ογκωδών (και εμπιστευτικών) αποδεικτικών στοιχείων που έλαβε υπόψη. Αρκεί η Επιτροπή να αναφέρει σαφώς το γενικό περιεχόμενο των αποδεικτικών στοιχείων που εξέτασε και τους λόγους επί των οποίων στήριξε τα συμπεράσματα που άντλησε από τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία, κατά τρόπον ώστε να παράσχει τη δυνατότητα στα ενδιαφερόμενα μέρη, και ιδίως σε εκείνα που έχουν γνώση του τομέα και έχουν ήδη συνδεθεί στενά με τη διοικητική διαδικασία, να διαμορφώσουν τη γνώμη τους επί της νομιμότητας των ως άνω συμπερασμάτων. Εν προκειμένω, οι διάφορες εκτιμήσεις που περιέχονται στην απόφαση ως προς τη λειτουργία των αγορών της ηχογραφημένης μουσικής στηρίζονται σε άφθονες περίπλοκες αποδείξεις.

## Ομοιογένεια του προϊόντος

- 193 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα εσφαλμένως ισχυρίζεται ότι η μη ομοιογένεια του περιεχομένου είναι αλυσιτελής για τον λόγο ότι οι τιμές καθορίζονται βάσει ενός περιορισμένου αριθμού τιμών αναφοράς. Συγκεκριμένα, οι τιμές αναφοράς αφορούν μόνον τις τιμές καταλόγου των άλμπουμ, αλλά όχι τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου. Ειδικότερα, οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ποικίλλουν, μεταξύ άλλων, ανάλογα με το συγκεκριμένο άλμπουμ.
- 194 Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι είναι, ενδεχομένως, δυσκολότερο να αποκαλυφθεί μια συλλογική δεσπόζουσα θέση στις αγορές που χαρακτηρίζονται από διαφοροποίηση μεταξύ των προϊόντων, και ιδίως όταν η διαφοροποίηση αυτή «τονίζει τις δυσκολίες πληροφόρησης ως προς τις μη διαφανείς αγορές» [βλ. τις κατευθυντήριες γραμμές της Επιτροπής για την αξιολόγηση των οριζόντιων συγκεντρώσεων σύμφωνα με τον κανονισμό του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 2004, C 31, σ. 5), σημείο 45].

## Διαφάνεια

- 195 Πριν από την εξέταση των διαφόρων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η Επιτροπή θεωρεί αναγκαίο να σχολιάσει τέσσερα θεμελιώδη σφάλματα που περιέχονται στο δικόγραφο της προσφυγής, από τα οποία τα δύο έχουν νομικό και εννοιολογικό χαρακτήρα και τα άλλα δύο αφορούν την ερμηνεία της αποφάσεως.
- 196 Πρώτον, η προσφεύγουσα διαπράττει θεμελιώδες εννοιολογικό σφάλμα όταν υποθέτει ότι η διαπίστωση της υπάρξεως σημαντικού παραλληλισμού των μέσων καθαρών τιμών των μεγαλύτερων εταιριών ή σημαντικής σταθερότητας των μέσων εκπτώσεων μιας συγκεκριμένης δισκογραφικής εταιρίας αποτελεί επαρκή απόδειξη

τόσο ως προς τον σιωπηρό συντονισμό όσο και ως προς την αναγκαία διαφάνεια για τη διασφάλιση της διατήρησης του συντονισμού αυτού υπό τις προσδιορισθείσες συνθήκες. Ένας ορισμένος βαθμός ευθυγράμμισης ή σταθερότητας σε συνολικό επίπεδο δεν μπορεί να αντικαταστήσει σημαντικές και συγκλίνουσες αποδείξεις περί της υπάρξεως επαρκούς διαφάνειας για να καταστεί δυνατό στις επιχειρήσεις που βρίσκονται σε κατάσταση ολιγοπωλίου να ελέγχουν αμοιβαίως τη συμπεριφορά τους στην αγορά, και, ελλείψει αποδείξεων περί της υπάρξεως επαρκούς διαφάνειας, δεν είναι δυνατό να υποτεθεί ότι κάθε επιχείρηση που βρίσκεται σε κατάσταση ολιγοπωλίου αποφάσισε για τη συμπεριφορά της στην αγορά έχοντας αρκούντως ακριβή γνώση της συμπεριφοράς των ανταγωνιστών.

197 Δεύτερον, η προσφεύγουσα διαπράττει θεμελιώδες νομικό σφάλμα όταν προσάπτει στην Επιτροπή ότι στηρίχθηκε σε αποδεικτικά στοιχεία που αφορούν τις εκπτώσεις χωρίς, ωστόσο, να διαπιστώσει ότι οι εφαρμοσθείσες εκπτώσεις οδήγησαν σε σημαντικές μειώσεις των τιμών και όταν ισχυρίζεται ότι ο ανταγωνισμός όσον αφορά τις εκπτώσεις είναι, στην πραγματικότητα, απολύτως περιθωριακός. Ο ισχυρισμός αυτός είναι παντελώς αβάσιμος: οι μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών αντιπροσωπεύουν, αντιθέτως, πολύ σημαντική αναλογία των μέσων μικτών πωλήσεών τους (αιτιολογικές σκέψεις 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 και 146 της αποφάσεως) και ορισμένοι πελάτες και άλμπουμ επωφελούνται από ακόμη μεγαλύτερες εκπτώσεις (αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 της αποφάσεως). Επομένως, οι εκπτώσεις αντιπροσωπεύουν ένα άκρως σημαντικό στοιχείο της διαδικασίας διαμόρφωσης των τιμών και είναι ίσως το πιο πιθανό και, βεβαίως, το λιγότερο διαφανές μέσο με το οποίο μία από τις μεγαλύτερες εταιρίες μπορούσε να τελέσει «μια άκρως ανταγωνιστική ενέργεια αποσκοπούσα στην αύξηση του μεριδίου αγοράς της (παραδείγματος χάρη μείωση των τιμών)». Το ενδιαφέρον της Επιτροπής για τη διαφάνεια των εκπτώσεων δεν έχει ευθέως ως αντικείμενο την εξακρίβωση του αν οι μεγαλύτερες εταιρίες ακολούθησαν κατά το παρελθόν μια υποθετική κοινή γραμμή δράσεως, αλλά του αν οι επιχειρήσεις που βρίσκονται σε κατάσταση ολιγοπωλίου μπορούσαν, αυτές καθ' εαυτές, να ακολουθήσουν για μεγάλο διάστημα (ή μπορούσαν να ακολουθήσουν για μεγάλο διάστημα μετά τη συγκέντρωση) μια τέτοια κοινή γραμμή δράσεως μέσω επαρκούς αμοιβαίας εποπτείας. Επομένως, δεν ήταν αναγκαίο, κατά την Επιτροπή, να αποδειχθεί ότι μία ή περισσότερες εκ των μεγαλύτερων εταιριών είχαν, στην πραγματικότητα, μειώσει τις τιμές τους σε σχέση με εκείνες των άλλων μέσω σημαντικών συμπληρωματικών εκπτώσεων.

198 Τρίτον, η προσφεύγουσα διαπράττει θεμελιώδες σφάλμα κατά την ερμηνεία της αποφάσεως ως εκ του ότι προσάπτει στην Επιτροπή ότι συγχέει την «επαρκή διαφάνεια της αγοράς» της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, με την απαίτηση πλήρους διαφάνειας

που εφαρμόζεται στην απόφαση της Επιτροπής. Συγκεκριμένα, η απόφαση μνημονεύει διαρκώς έναν «επαρκή βαθμό διαφάνειας» (αιτιολογικές σκέψεις 73, 80, 87, 94, 108 και 120 της αποφάσεως). Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν έλαβε υπόψη τον χαρακτήρα της μελέτης που διεξήγαγε η Επιτροπή ως προς το σύστημα καθορισμού των τιμών. Η Επιτροπή εξέτασε τα στοιχεία της καθαρής τιμής ενός ατομικού άλμπουμ που πωλείται σε έναν επιμέρους πελάτη (ΔΤΠ, τακτική έκπτωση, τυχόν έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ένας επαρκής βαθμός διαφάνειας όλων των στοιχείων θα ήταν αναγκαίος για να μπορέσει μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία να έχει ευλόγως τη βεβαιότητα ότι γνωρίζει τις πραγματικές πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών μιας άλλης δισκογραφικής εταιρίας, όπως αυτές εκφράζονται στο επίπεδο των πελατών και των άλμπουμ. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι δεν μπορούσε να καταλήξει σε τέτοιο συμπέρασμα ενόψει αποδείξεων μιας σχετικής διαφάνειας των ΔΤΠ, κάποιων αποδείξεων μιας ορισμένης διαφάνειας των τακτικών εκπτώσεων, και ακλόνητων αποδείξεων του αδιαφανούς και περίπλοκου χαρακτήρα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

199 Τέταρτον, η προσφεύγουσα διέπραξε εκ νέου θεμελιώδες ερμηνευτικό σφάλμα ως εκ του ότι ισχυρίστηκε ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι οι ΔΤΠ και οι μέσες καθαρές τιμές σημείωναν παράλληλη εξέλιξη. Ο ισχυρισμός αυτός είναι εσφαλμένος. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι, σε καθεμία από τις μεγάλες αγορές, οι μέσες πραγματικές μικτές τιμές και οι μέσες πραγματικές καθαρές τιμές των κοινοποιούντων μερών σημείωσαν παράλληλη εξέλιξη (αιτιολογικές σκέψεις 77, 84, 91, 98 και 105 της αποφάσεως), αλλά όχι ότι οι μέσες εκπτώσεις ήσαν πανομοιότυπες για αμφότερα τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη (αιτιολογικές σκέψεις 78, 85, 92 και 99 της αποφάσεως και παρατηρήσεις σχετικά με το παράρτημα Β.6). Η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι οι εκπτώσεις ποικίλλουν σε συνάρτηση με τους πελάτες και τα άλμπουμ, καθώς και κατά την πάροδο του χρόνου (αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 της αποφάσεως και παρατηρήσεις σχετικά με τα υπολανθάνοντα αποδεικτικά στοιχεία). Τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία δεν καταδεικνύουν ότι μια συγκεκριμένη ΔΤΠ θα μειωθεί κατά σύστημα λόγω μιας σταθερής και δυναμένης να προβλεφθεί εκπτώσεως, ανεξαρτήτως των ως άνω μεταβλητών (βλ., ιδίως, παράρτημα Β.13).

200 Εν συνεχεία, η Επιτροπή εκτιμά ότι οφείλει να προβεί σε ορισμένο αριθμό διορθώσεων ή διασαφηνίσεων ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας:

— οι σχετικώς παρόμοιες εξελίξεις των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών ευρίσκονται εντός ανωτάτων και κατωτάτων ορίων που υπερβαίνουν συνήθως το 10 % (βλ., παραδείγματος χάρη, παράρτημα Β.10)·

- η χρήση περιορισμένου αριθμού σημαντικών ΔΤΠ ως βάσεως χαρακτηρίζεται από την ανάγκη εποπτείας, τουλάχιστον, περισσότερων από 80 επιτυχημένων άλμπουμ ετησίως, των οποίων οι ΔΤΠ μεταβάλλονται·
- οι τιμές λιανικής πώλησεως είναι δημοσίως γνωστές και, ως εκ τούτου, μπορούν να αποτελέσουν, κατ' αρχήν, αντικείμενο παρατηρήσεως, αλλά θα ήταν δύσκολο για τις μεγαλύτερες εταιρίες το να παρακολουθούν τις διαρκείς εξελίξεις τους από έμπορο λιανικής πώλησεως σε έμπορο λιανικής πώλησεως και κατά την πάροδο του χρόνου·
- δεν υπάρχει καμία απόδειξη περί του ότι οι εκθέσεις των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών σχετικά με την εποπτεία ορισμένων αγορών περιέχουν χρήσιμες πληροφορίες ως προς τις καθαρές τιμές των ανταγωνιστών ή ως προς τα περιθώρια των εμπόρων λιανικής πώλησεως·
- η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε την παραμικρή απόδειξη προς στήριξη του ισχυρισμού της ότι τα περιθώρια των εμπόρων λιανικής πώλησεως είναι διαφανή και γνωστά με υψηλό βαθμό ακρίβειας· ο αβάσιμος αυτός ισχυρισμός αντιφάσκει προς τις αποδείξεις που περιέχονται στον φάκελο (παράρτημα Β.17) και οι οποίες καταδεικνύουν ότι ο καθορισμός των τιμών λιανικής πώλησεως είναι περίπλοκος και μη δυνάμενος να προβλεφθεί. Η διαπίστωση της Επιτροπής ότι μια αισθητή παρέκκλιση της σχετικής με τις τιμές πολιτικής μέσω εκπώσεων θα καθίστατο ορατή στις μέσες καθαρές τιμές μιας μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας είναι αλυσιτελής ως προς το ζήτημα αυτό. Η εν λόγω διαπίστωση στερείται, στην πραγματικότητα, διτώς λυσιτέλειας· πρώτον, σχετίζεται με ένα φαινόμενο που, αν είχε συμβεί, θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο παρατηρήσεως εκ μέρους της Επιτροπής διά της χρήσεως των ελεγκτικών εξουσιών της, αλλά δεν θα μπορούσε να γίνει αντιληπτό από καμία μεγάλη δισκογραφική εταιρία, εξεταζόμενη μεμονωμένα, διότι ούτε τα γενικά επίπεδα των εκπώσεων των μεγαλύτερων εταιριών ούτε οι μέσες καθαρές τιμές τους είναι διαφανείς και, δεύτερον, η αλληλεπίδραση των γενικών επιπέδων των εκπώσεων και των μέσων καθαρών τιμών ουδόλως καταδεικνύει την ύπαρξη σταθερού και διαφανούς συνδέσμου μεταξύ τιμών λιανικής πώλησεως και καθαρών τιμών χονδρικής πώλησεως·
- υπάρχουν ελάχιστες αξιόπιστες αποδείξεις που καταδεικνύουν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες γνωρίζουν λεπτομερώς τα αμοιβαία τους επίπεδα τακτικών

εκπτώσεων και εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, και σημαντικές αποδείξεις περί του αντιθέτου, συμπεριλαμβανομένης της αντικειμενικής περιπλοκότητας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες ποικίλλουν σε συνάρτηση με τους πελάτες και τα άλμπουμ, καθώς και κατά την πάροδο του χρόνου·

- η Επιτροπή επικέντρωσε επαρκώς το ενδιαφέρον της στις εκπτώσεις που εφαρμόζουν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι δεν υπήρχε ο βαθμός αμοιβαίας διαφάνειας μεταξύ επιχειρήσεων ευρισκομένων σε κατάσταση ολιγοπωλίου, που ήταν αναγκαίος για τη λειτουργία του σιωπηρού συντονισμού·
- η συνεργασία μεταξύ ορισμένων μεγαλύτερων εταιριών για τις μουσικές συλλογές και τη διανομή ουδόλως μπορεί να αποκαλύψει επαρκείς πληροφορίες ως προς τις περίπλοκες ατομικές αποφάσεις όλων των μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των εκπτώσεων·
- η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι υπάρχει σημαντικό ποσοστό μετατάξεως διευθυντικών στελεχών μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών, ή ότι το ποσοστό αυτό είναι μεγαλύτερο από εκείνο άλλων συγκεντρωτικών τομέων, ή ακόμη ότι η γνώση που έχει ένα διευθυντικό στέλεχος ως προς τις πρακτικές στον τομέα των εκπτώσεων, οι οποίες είναι περίπλοκες και ποικίλλουν στο επίπεδο των ατομικών άλμπουμ που έχουν περιορισμένη «διάρκεια ζωής», κατά το χρονικό σημείο που το εν λόγω στέλεχος αποχωρεί από μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία, θα ήταν χρήσιμη για πολύ μεγάλο χρονικό διάστημα ή θα καθιστούσε δυνατή την ύπαρξη διαρκούς συντονισμού μεταξύ όλων των μεγαλύτερων εταιριών·
- καίτοι οι δημοσιευόμενοι κατάλογοι επιτυχημένων τραγουδιών διευκολύνουν τον εντοπισμό των άλμπουμ που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις, οι εν λόγω κατάλογοι σπανίως παρέχουν πληροφορίες ως προς τις ΔΤΠ και ουδέποτε ως προς τις εκπτώσεις·
- η απόφαση δεν μπορεί να επικριθεί απλώς και μόνο για τον λόγο ότι διαφέρει από την ανακοίνωση των αιτιάσεων.

- 201 Σε αντίθεση με ό,τι ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν είναι «σχετικώς εύκολο» το να καθορισθούν τα επίπεδα των εκπτώσεων και τούτο είναι πρακτικώς αδύνατο για τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αντιπροσωπεύουν μεταξύ του ενός τετάρτου και του ενός τρίτου του συνόλου των εκπτώσεων μπορεί να γίνει γενικώς δεκτός ως βάση συζητήσεως, αλλά πρέπει να εκφρασθεί από πολλές απόψεις.
- 202 Πρώτον, το γενικό επίπεδο των ως άνω εκπτώσεων ποικίλλει πιθανώς από τη μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία στην άλλη, όπως και το επίπεδο των εκπτώσεων γενικώς.
- 203 Δεύτερον, τα κατά μέσο όρο αριθμητικά στοιχεία που περιέχονται στον φάκελο καταδεικνύουν ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αντιπροσώπευαν μια σχετικώς υψηλότερη αναλογία των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου σε πολλές χώρες το 1998· οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου είναι εκείνες που ασκούν την πιο μεγάλη και άμεση επιρροή στις αποφάσεις των πελατών για την αγορά ορισμένων άλμπουμ.
- 204 Τρίτον, αυτό το κατά μέσο όρο αριθμητικό στοιχείο δεν εκφράζει με ακρίβεια την εξαιρετική περιπλοκότητα και την αδιαφάνεια της κατανομής των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων σε συνάρτηση με τα άλμπουμ και τους πελάτες, καθώς και κατά την πάροδο του χρόνου. Καίτοι είναι δυνατόν οι λοιπές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαφημιστικές εκστρατείες να είναι σχετικώς τυποποιημένες και απλές, οι αποδείξεις που διαθέτει η Επιτροπή αντιτίθενται προδήλως σε κάθε έννοια τυποποίησης ή απλούστευσης κατά την εβδομαδιαία διαπραγμάτευση του ποσού και της διάρκειας των εν λόγω διαφημιστικών εκστρατειών και της επιλεξιμότητας ορισμένων άλμπουμ ή πελατών.
- 205 Τέταρτον, το γεγονός ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων εστιάζονται σε ορισμένα άλμπουμ και σε ορισμένες διαφημιστικές εκστρατείες και ότι το ποσό προσαρμόζεται για κάθε έμπορο λιανικής πωλήσεως παρέχει τη δυνατότητα, πιθανώς, στις εν λόγω εκπτώσεις να έχουν μεγαλύτερα αποτελέσματα επί των πωλήσεων αυτών των άλμπουμ.

- 206 Ακόμη σημαντικότερο είναι το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε αποδείξεις που να καταδεικνύουν με βεβαιότητα ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη ως εκ του ότι θεώρησε ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είχαν μεγάλη σπουδαιότητα σε αγορές όπου τα 100 καλύτερα άλμπουμ κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας αντιπροσωπεύουν το μεγαλύτερο μέρος των συνολικών πωλήσεων της για ένα συγκεκριμένο έτος και για μια συγκεκριμένη χώρα, λαμβανομένου υπόψη ότι πολλά από αυτά τα άλμπουμ δεν περιέχονται στον κατάλογο επιτυχημένων τραγουδιών.
- 207 Αντιθέτως, η Επιτροπή διέθετε αποδείξεις (παράρτημα Β.13) που καταδεικνύουν ότι ακόμη και ορισμένα από τα άλμπουμ πλήρους τιμής της Sony και της BMG που ήταν τα πλέον επιτυχημένα επωφεληθήκαν από εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.
- 208 Η Επιτροπή προσθέτει ότι οι αποδείξεις σχετικά με την πραγματική εφαρμογή των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων σε μια δεδομένη χρονική στιγμή είναι λυσιτελείς μόνο για την εκτίμηση του πραγματικού βαθμού ευθυγράμμισης των καθαρών τιμών (ενώ εκτίμησε, με την απόφασή της, ότι οι εκπτώσεις δεν ήταν, κατά κανόνα, αρκούντως ευθυγραμμισμένες για να μπορεί να συναχθεί η ύπαρξη κοινής γραμμής δράσεως). Ωστόσο, η διαφάνεια των εκπτώσεων έχει σημασία για το ζήτημα αν το σύστημα καθορισμού των τιμών εμφανίζει επαρκή σύμφυτη διαφάνεια ώστε να μπορούν οι μεγαλύτερες εταιρίες να ανακαλύπτουν με ακρίβεια και εγκαίρως αν μία από αυτές παρεκκλίνει από την κοινή γραμμή δράσεως στον τομέα των καθαρών τιμών των άλμπουμ αυξάνοντας τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Τίθεμένων κατά μέρος των αβάσιμων παρατηρήσεών της επί της διαφάνειας των περιθωρίων των εμπορών λιανικής πωλήσεως, η προσφεύγουσα δεν προέβαλε επιχειρήματα ούτε προσκόμισε συγκεκριμένες αποδείξεις επί του τελευταίου ζητήματος, οπότε ο ισχυρισμός της πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να απορριφθεί.
- 209 Κατά την Επιτροπή, η αφορώσα τον βαθμό διαφάνειας των καθαρών τιμών στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής διαπίστωση προδήλως δεν στηριζόταν σε μια «υπόθεση» ή σε μια «αβάσιμη και υποκειμενική αμφιβολία», αλλά, αντιθέτως, σε συγκεκριμένες αποδείξεις περί του πολύ περίπλοκου και ανεπαρκώς διαφανούς τρόπου με τον οποίο καθορίζονται τα στοιχεία της τελικής καθαρής τιμής (ΔΤΠ, τακτική έκπτωση και έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) για την πώληση ενός συγκεκριμένου άλμπουμ, με ειδικό περιεχόμενο, σε ένα συγκεκριμένο πελάτη. Υπό τις περιστάσεις αυτές, οι διαθέσιμες αποδείξεις δεν μπορούσαν να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι καταδεικνύουν, κατά πάσα πιθανότητα, την ύπαρξη επαρκούς διαφάνειας προκειμένου να καταστεί δυνατή, εγκαίρως, η προσήκουσα εποπτεία της τηρήσεως μιας κοινής γραμμής δράσεως στον τομέα των τιμών.



- 210 Όσον αφορά το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι ένας πεπερασμένος αριθμός γνωστών και δυναμένων να καταστούν γνωστοί κανόνων και διαρθρώσεων καθιστούν τις μέσες τιμές προβλέψιμες, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι ένας ορισμένος βαθμός παρόμοιας εξελίξεως των μέσων καθαρών τιμών των άλμπουμ είναι ανεπαρκής για να αποδειχθεί η ύπαρξη συντονισμού, στον βαθμό που οι τιμές μπορούν να παρουσιάζουν σημαντική ευθυγράμμιση τόσο εντός ανταγωνιστικών πλαισίων όσο και εντός πλαισίων συμπαιγνίας, καθόσον οι επιχειρήσεις αντιδρούν σε παρεμφερείς εξωτερικούς παράγοντες (παραδείγματος χάρη, οι τιμές των κοινών εισροών) καθώς και στις αμοιβαίες συμπεριφορές τους εντός της αγοράς. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα συγχέει τον προσδιορισμό των τράπων ασκήσεως του συντονισμού («κανόνες γνωστοί και δυναμένοι να καταστούν γνωστοί») με τα μέσα εποπτείας της τήρησης των εν λόγω κανόνων («απαιτούμενη διαφάνεια»), τούτο δε πολλών μάλλον εφόσον καμία μεγάλη δισκογραφική εταιρία δεν έχει συνήθως πρόσβαση σε όλα, ή τουλάχιστον στα σημαντικότερα, στοιχεία καθορισμού των τιμών όλων των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών σε όλες τις εξεταζόμενες κατηγορίες των άλμπουμ και των πελατών, που θα ήσαν αναγκαίες για τον καθορισμό των μέσων καθαρών τιμών.
- 211 Επιπλέον, η προσφεύγουσα, ενώ δέχεται ότι οι ως άνω κανόνες και στρατηγικές πωλήσεων μπορούν να οδηγήσουν σε τιμές και σε εκπτώσεις που ποικίλλουν αισθητά ανάλογα με τις κατηγορίες δίσκων ή με τους πελάτες, δεν ανέφερε ποιοι ήσαν οι κανόνες αυτοί ούτε με ποιον τρόπο θα καθορίζονταν, διά σιωπηρού συντονισμού, για μια τόσο μεγάλη ποικιλία περιστάσεων. Πάντως, οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν θα μπορούσαν να προσδιορίζουν αν οι διακυμάνσεις των αντιστοίχων μέσων καθαρών τιμών τους οφείλονται σε μια παρέκκλιση ή σε διακυμάνσεις του συνδυασμού προϊόντων ή της επιτυχίας των προϊόντων αυτών, χωρίς να διαθέτουν εγκαίρως λεπτομερείς πληροφορίες επί των εν λόγω μεταβολών ως προς τη σύνθεση και το αποτέλεσμα των αντιστοίχων προσφορών των προϊόντων τους και η Επιτροπή δεν ανακάλυψε επαρκείς αποδείξεις περί του ότι οι ως άνω εταιρίες είχαν πρόσβαση σε τόσο λεπτομερείς πληροφορίες.
- 212 Η προσφεύγουσα δεν θα μπορούσε να περιορισθεί στον ισχυρισμό ότι ο συντονισμός λαμβάνει χώρα, στην πραγματικότητα, στο επίπεδο των μεγάλων στρατηγικών αποφάσεων κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας επί του θέματος των περιθωρίων και των γενικών προϋπολογισμών των εκπτώσεων χωρίς να αναφέρει ποιοι θα μπορούσε να είναι το περιεχόμενο μιας τέτοιας απόφασεως ή με ποιον τρόπο οι ως άνω τρόποι ασκήσεως του συντονισμού θα μπορούσαν να συναχθούν, ή με ποιον τρόπο η τήρησή τους θα μπορούσε να ελεγχθεί από τις μεγαλύτερες εταιρίες. Η Επιτροπή δεν έχει καμία υποχρέωση να διεξαγάγει έρευνα επί επιχειρημάτων που είναι τόσο αόριστα και αστήρικτα.

- 213 Όσον αφορά τις επικρίσεις της προσφεύγουσας επί της μεθόδου σύμφωνα με την οποία τα περισσότερα από τα στοιχεία που προσκόμισε η Επιτροπή δεν ήσαν σταθμισμένα από απόψεως όγκου, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι το ζήτημα της επάρκειας μιας συγκεκριμένης μεθόδου είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένο με την υπόθεση την οποία η μέθοδος αυτή καλείται να επιβεβαιώσει ή να αναιρέσει. Πάντως, και μεν η συλλογή σταθμισμένων στοιχείων είναι όντως σημαντική για να αποκαλυφθεί αν υφίσταται ή όχι υπολανθάνουσα ευθυγράμμιση μεταξύ των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών, είτε γενικώς, είτε για ορισμένους τύπους άλμπουμ (παραδείγματος χάρη, τα 20 άλμπουμ που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις), πλην όμως η στάθμιση αυτή των στοιχείων είναι αλυσιτελής για τους σκοπούς της εξετάσεως της περιπλοκότητας και των αποτελεσμάτων της επί της διαφάνειας. Απομένει αναγκαίο το να εξετασθεί η μεταβλητότητα των τιμών των ατομικών τίτλων για να γίνει αντιληπτό το επίπεδο περιπλοκότητας του καθορισμού των τιμών και ο βαθμός διαφάνειας της αγοράς.
- 214 Η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι δεν είναι ρεαλιστικό το να προβλέπονται τρόποι ασκήσεως του συντονισμού στηριζόμενοι στις μέσες καθαρές τιμές. Ωστόσο, παρατηρεί ότι τα αριθμητικά στοιχεία που αφορούν τον βαθμό της δυναμένης να παρατηρηθεί ομοιότητας (ελλείψει παραλληλισμού) των μέσων καθαρών τιμών των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών και τα οποία προσκόμισε με την απόφαση ήσαν σταθμισμένα από απόψεως όγκου και ότι το ίδιο ισχύει όσον αφορά τις γραφικές παραστάσεις του παραρτήματος Β.4, που στηρίζονται στις μέσες ετήσιες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν σε διαφόρους κοινούς πελάτες των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών. Σημαντικές ποσότητες άλλων στοιχείων που προσκομίσθηκαν με το υπόμνημα αντικρούσεως, και ιδίως εκείνες των παραρτημάτων Β.8, Β.9, Β.10 και Β.13, είναι επίσης σταθμισμένες από απόψεως όγκου και, εν πάση περιπτώσει, τούτο απορρέει από τη φύση της ασκήσεως.
- 215 Όλα τα προαναφερθέντα αποδεικτικά στοιχεία, που είναι σταθμισμένα από απόψεως όγκου, είναι εν δυνάμει λυσιτελή για να προσδιορισθεί αν υπάρχει υψηλός βαθμός ευθυγράμμισης των πρακτικών των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών ή όσον αφορά το ζήτημα αν ο καθορισμός των τιμών είναι περίπλοκος, το οποίο ζήτημα έχει σημασία για την εκτίμηση της διαφάνειας. Στο τελευταίο αυτό πλαίσιο, το ζήτημα της σταθμίσεως σε συνάρτηση με τον όγκο δεν έχει μεγάλη σημασία. Η μεταβλητότητα των καθαρών τιμών ή των εκπτώσεων ανάλογα με τους τίτλους και τους πελάτες (ακόμη και του ίδιου τύπου) και κατά την πάροδο του χρόνου είναι σημαντική, ανεξαρτήτως των αντιστοίχων πωληθεισών ποσοτήτων. Έτσι, τα παραρτήματα Β.6 και Β.7 του υπομνήματος αντικρούσεως καταδεικνύουν ότι, ακόμη και όσον αφορά τα 20 άλμπουμ κάθε μετέχοντος στη συγκέντρωση μέρους που έχουν τις περισσότερες πωλήσεις, υπάρχουν σημαντικές διακυμάνσεις ως προς τις εκπτώσεις. Αν οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν είναι εξοπλισμένες για μια

αρκούντως στενή εποπτεία των ως άνω διακυμάνσεων, μια μεγαλύτερη εταιρία θα μπορούσε να παρεκκλίνει από οποιονδήποτε τρόπο ασκήσεως του συντονισμού σχετικά με τις καθαρές τιμές εφαρμόζοντας σημαντικές εκπτώσεις, και ιδίως εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, χωρίς να αποκαλυφθεί. Τούτο ισχύει, κατά μείζονα λόγο, αν οι τρόποι ασκήσεως του συντονισμού θεωρούνται εύκαμπτοι, οπότε θα έπρεπε να ανακαλυφθεί μια σημαντική πρακτική εκπτώσεων πέραν του σιωπηρώς συμφωνηθέντος κανόνος προκειμένου οι άλλες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες να είναι αρκούντως βέβαιες ότι η οικεία επιχείρηση παρεξέκλινε από τον κανόνα.

- 216 Όσον αφορά την ανάλυση των συσχετισμών στην οποία προέβη η προσφεύγουσα, ιδίως με τα παραρτήματά της Δ.2 και Δ.3, και της σιωπηρής επικρίσεως της Επιτροπής για το ότι η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε τα στοιχεία στους ως άνω ελέγχους, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι το ζήτημα της μεθόδου δεν μπορεί να εκτιμηθεί κατά αφηρημένο τρόπο, χωρίς να ληφθεί υπόψη το αντικείμενο της έρευνας, που συνίσταται στο αν υπάρχει βαθμός ευθυγράμμισης που να αποκαλύπτει την ύπαρξη συντονισμού και στο αν υπάρχει διαφάνεια που να καθιστά δυνατή την εποπτεία της συμπεριφοράς στην αγορά.
- 217 Η Επιτροπή παρατηρεί, ευθύς εξ αρχής, ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προσκόμισαν μια σημαντική ποσότητα στοιχείων ως προς τον συσχετισμό κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, τα οποία αναφέρονταν σε γενικώς χαμηλούς παράγοντες συσχετισμού, αλλά ότι, παρά ταύτα, αντιμετώπισε τις συμβολές αυτές με μεγάλη σύνεση.
- 218 Ομοίως, ένας ορισμένος βαθμός διαχρονικής σταθερότητας των εκπτώσεων που χορηγούνται από μια συγκεκριμένη μεγάλη δισκογραφική εταιρία δεν αποτελεί, αυτός καθ' εαυτόν, απόδειξη περί της υπάρξεως συντονισμού (βλ. παράρτημα Δ.3), καθόσον θα μπορούσε, εκ νέου, να οφείλεται κατά μεγάλο μέρος σε σταθερούς παράγοντες, όπως είναι το μέγεθος του πελάτη, τα είδη μουσικής που αγοράζονται, κ.λπ. Ακόμη και ένας υψηλός βαθμός δυνατότητας στατιστικής προβλέψεως δεν αποδεικνύει την ύπαρξη συντονισμού για διάφορους λόγους: εύλογες ατομικές αποφάσεις μπορούν να είναι άκρως προβλέψιμες· χωρίς τις πληροφορίες που θα παρείχαν τη δυνατότητα να εκτιμηθούν τέτοια επίπεδα δυνατότητας προβλέψεως, τούτο θα παρέμενε μια ενδιαφέρουσα θεωρητική δυνατότητα στερούμενη πρακτικών συνεπειών και, ομοίως, χωρίς πρόσβαση σε ενημέρωση επί της πραγματικής πρακτικής, δεν θα ήταν δυνατό να εξακριβωθεί το αληθές της προβλέψεως (συνέχιση της εφαρμογής μιας υποτιθέμενης σιωπηρής συμπράξεως). Έστω και αν οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν σε θέση να εφαρμόσουν τέτοια

στατιστικά εργαλεία στις αμοιβαίες πρακτικές τους ως προς τον καθορισμό των τιμών κατά το παρελθόν, τούτο δεν θα μπορούσε να αντικαταστήσει την εποπτεία της αγοράς.

- 219 Η Επιτροπή παρατηρεί ότι, σε αντίθεση με ό,τι ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν «απέρριψε» τα στοιχεία που χρησιμοποιήθηκαν στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, τα οποία ήταν σταθμισμένα από απόψεως όγκου και στην κλίμακα του τομέα, προς όφελος των στοιχείων που παρείχαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και τα οποία δεν διέθεταν κανένα από τα ως άνω χαρακτηριστικά. Ένα μεγάλο μέρος των στοιχείων αυτών μνημονεύεται στην απόφαση (παραδείγματος χάρη, ως προς τον βαθμό παρόμοιας εξελίξεως των μέσων καθαρών τιμών) και ορισμένα έχουν επισυναφθεί σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως (παράρτημα Β.4). Η Επιτροπή μάλλον μετέβαλε τα προσωρινά συμπεράσματά της ως προς αυτό που μπορούσε να αποδειχθεί από τα εν λόγω στοιχεία, λαμβανομένων υπόψη των συμπληρωματικών πληροφοριών και επιχειρημάτων που προέβησαν η Sony και η BMG.

### Μέσα αποτροπής και αντιστάθμισμα

- 220 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, εφόσον διαπίστωσε ότι δεν πληρούτο μία από τις τρεις σωρευτικές προϋποθέσεις (η διαφάνεια), δεν υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως ούτε σε νομική πλάνη ως εκ του ότι δεν έλαβε θέση επί των άλλων δύο προϋποθέσεων.

### Ανάλυση της κοινής γραμμής δράσεως

- 221 Η Επιτροπή ισχυρίζεται, κατ' αρχάς, ότι η αιτίαση της προσφεύγουσας στηρίζεται σε μια εσφαλμένη προϋπόθεση από την άποψη των πραγματικών περιστατικών, ήτοι στο ότι το σχετικό με τη διαφάνεια συμπέρασμα αφορά αποκλειστικώς «μία μόνο μορφή εκπτώσεως, την έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων». Έστω και

αν οι εκπτώσεις για λόγους προώθησως των πωλήσεων καταλαμβάνουν μεγάλο τμήμα εντός της αναλύσεως, η τελευταία αφορούσε γενικότερα τον τρόπο καθορισμού των τιμών, ο οποίος είναι, συνολικά, πολύ περίπλοκος στο επίπεδο των άλμπουμ και του πελάτη, καθώς και κατά την πάροδο του χρόνου, και, ως εκ τούτου, αφορούσε επίσης τις ΔΤΠ και τις τακτικές εκπτώσεις.

222 Εν συνεχεία, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα διαπράττει πρόδηλη νομική πλάνη στον βαθμό που δίδει την εντύπωση ότι ισχυρίζεται ότι, αν η Επιτροπή ήταν σε θέση να αποδείξει ότι θα ήταν επικερδές για τις μεγαλύτερες εταιρίες το να προσχωρήσουν σε μια κοινή γραμμή συμπεριφοράς, το έλλειμμα διαφάνειας θα ήταν τότε λιγότερο σημαντικό. Ο ισχυρισμός αυτός δεν είναι σύμφωνος προς τη νομολογία. Εκτός της επαρκούς διαφάνειας για να καταστεί δυνατή η λειτουργία της εποπτείας και της αποτροπής, η Επιτροπή δεν είναι εν γνώσει άλλων μέσων —και η προσφεύγουσα δεν προτείνει κανένα τέτοιο μέσο— για να αποδειχθεί ότι μια σιωπηρώς καθορισθείσα αντίθετη προς τους κανόνες του ανταγωνισμού κοινή γραμμή δράσεως θα ήταν επικερδής για έναν όμιλο επιχειρήσεων που βρίσκεται σε κατάσταση ολιγοπωλίου και, ως εκ τούτου, εύλογη.

223 Ναι μεν σχετικώς σταθερά μερίδια αγοράς μπορούν να δημιουργήσουν ένα ευνοϊκό πλαίσιο για τη διαμόρφωση μιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, πλην όμως δεν αρκούν για να αποδειχθεί η ύπαρξη πραγματικού ή πιθανού σιωπηρού συντονισμού ελλείψει επαρκών αποδείξεων περί του ότι ο συντονισμός αυτός είναι εύλογος, σύμφωνα με τις σωρευτικές οικονομικές προϋποθέσεις της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως που αναγνωρίστηκαν με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω. Η προσφεύγουσα δεν παρέχει συμπληρωματικές αποδείξεις περί της υπάρξεως κοινής γραμμής δράσεως που συνίσταται στην αποφυγή των «άκρων ανταγωνιστικών ενεργειών». Επομένως, τίποτε δεν παρέχει τη δυνατότητα να υποστηριχθεί ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως ως εκ του ότι δεν αποκάλυψε μια τέτοια κοινή γραμμή δράσεως εκ μέρους των μεγαλύτερων εταιριών.

224 Όσον αφορά την επιλογή των καταναλωτών και την πολιτιστική ποικιλομορφία, η Επιτροπή παρατηρεί, ευθύς εξ αρχής, ότι, αν δεν υποχρεούται να εκθέτει, σε μια οριστική απόφαση, τους λόγους για τους οποίους παρεκκλίνει από τα προσωρινά συμπεράσματα στα οποία κατέληξε με την ανακοίνωση των αιτιάσεων σε μια

συγκεκριμένη υπόθεση, τούτο πρέπει να ισχύει, κατά μείζονα λόγο, όταν παρεκκλίνει από τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε με ανακοίνωση των αιτιάσεων που εκδόθηκε πριν από τέσσερα έτη σε διαφορετική υπόθεση. Εν συνεχεία, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα δεν μνημονεύει ρητώς κανένα ουσιώδες επιχείρημα ή αποδεικτικό στοιχείο που να καταμαρτυρεί μια συντονισμένη περιέλευση σε φτώχεια της δημιουργικότητας, της ποιότητας ή της ποικιλομορφίας των επιλογών μουσικής.

#### 4. Επί του δευτέρου σκέλους

225 Η Επιτροπή εκτιμά ότι οι τρεις λόγοι της προσφυγής που αφορούν το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν κατέληξε στο συμπέρασμα ότι μια συλλογική δεσπόζουσα θέση θα ενισχύετο από τη συγκέντρωση δεν προσθέτουν τίποτε σε αυτούς που αφορούν την προηγούμενη ύπαρξη μιας τέτοιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Συγκεκριμένα, αν ένας από τους τελευταίους αυτούς λόγους που προέβαλε η προσφεύγουσα ευδοκιμήσει, η απόφαση θα ακυρωθεί εν πάση περιπτώσει, ενώ, αν απορριφθεί, τούτο θα έχει ως συνέπεια ότι η Επιτροπή ορθώς δεν εξέτασε τα προβαλλόμενα αποτελέσματα της ενισχύσεως της συγκεντρώσεως.

### Γ — Επιχειρήματα των παρεμβαίνουσών

#### 1. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

226 Πριν από την εξέταση των διαφόρων λόγων ακυρώσεως και επιχειρημάτων που προέβαλε η προσφεύγουσα, οι παρεμβαίνουσες θεωρούν αναγκαίο να διατυπώσουν τέσσερις παρατηρήσεις σχετικά με το πλαίσιο εντός του οποίου η απόφαση ελήφθη και πρέπει να εκτιμηθεί, καθώς και τέσσερις γενικές παρατηρήσεις επί της προσφυγής.

227 Πρώτον, η Επιτροπή διεξήγαγε μια εξόχως εμπειριστατωμένη έρευνα που διήρκεσε άνω των έξι μηνών. Από της ενάρξεως, τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη παρείχαν πολύ αξιόπιστα στοιχεία και εξηγήσεις σχετικά με τη μουσική βιομηχανία στην Ευρώπη και τον αντίκτυπο της συγκεντρώσεως στον ανταγωνισμό, και ιδίως στις τιμές των CD, την πολιτιστική ποικιλομορφία, την επιλογή των καταναλωτών, τις ανταγωνιστικές ευκαιρίες για τις ανεξάρτητες δισκογραφικές εταιρίες, την ανάπτυξη της μεταδόσεως μουσικής μέσω διαδικτύου ή τον κίνδυνο συντονισμού των δραστηριοτήτων που διατηρούσαν η Sony και η BMG (βλ. παράρτημα Γ.1). Μέσω πολλών ερωτηματολογίων, που περιείχαν περισσότερες από 250 ερωτήσεις, τα οποία απεστάλησαν σε περίπου 1 240 επιχειρηματίες εντός των αγορών (μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, άλλες μεγαλύτερες εταιρίες, ανεξάρτητες εταιρίες, έμποροι λιανικής πωλήσεως, δημιουργοί, εκδότες, καλλιτέχνες, διανομείς μέσω διαδικτύου), η Επιτροπή αναζήτησε και έλαβε πολύ πλούσια στοιχεία και αποδείξεις επί όλων των κρίσιμων ζητημάτων. Τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη παρείχαν περισσότερες από 30 εκατομμύρια τιμές αναφοράς και οικονομολόγοι προέβησαν σε λεπτομερή εκτίμηση των μέσων καθαρών τιμών πωλήσεως των πέντε μεγαλύτερων εταιριών στις πέντε μεγάλες χώρες. Πολλές ανεξάρτητες εταιρίες δεν συμμερίζονται τις ανησυχίες της προσφεύγουσας, αλλά θεωρούν ότι η συγκέντρωση θα αυξήσει τις ευκαιρίες τους από απόψεως ανταγωνισμού. Βάσει όλων αυτών των στοιχείων, των γνωμοδοτήσεων δύο έγκριτων βιομηχανικών οικονομολόγων, των λεπτομερών αναλύσεων επί των τιμών χονδρικής και λιανικής πωλήσεως που περιέχονται στη μελέτη RBB και των λεπτομερών εξηγήσεων που δόθηκαν με την απάντηση στην ανακοίνωση των αιτιάσεων ή κατά την ακρόαση (βλ. παράρτημα Γ.3), η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι αρχικές ανησυχίες της, ιδίως ως προς τον κίνδυνο συλλογικής κυριαρχίας, ήσαν αβάσιμες.

228 Δεύτερον, η προσφεύγουσα συγχέει το αντικείμενο και το νομικό καθεστώς της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, της οποίας η κύρια λειτουργία συνίσταται στο να παράσχει τη δυνατότητα στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη να αντιληφθούν τις αρχικές αντιρρήσεις της Επιτροπής προκειμένου να μπορέσουν να προβάλουν αντίθετα επιχειρήματα και αποδείξεις (βλ. άρθρο 18, παράγραφοι 1 και 3, του κανονισμού). Όταν η Επιτροπή έρχεται αντιμέτωπη με αποδείξεις περί της υπάρξεως σφαλμάτων, οφείλει να εγκαταλείψει τις αιτιάσεις που αποδείχθηκαν αβάσιμες (απόφαση του Δικαστηρίου της 7ης Ιανουαρίου 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P και C-219/00 P, Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-123), όπως έπραξε σε 14 από τις 62 υποθέσεις κατά το διάστημα των πέντε τελευταίων ετών (βλ. παράρτημα Γ.5). Η διοικητική διαδικασία της Επιτροπής υποβλήθηκε σε πλήρεις εσωτερικούς ελέγχους, ενώ η εν λόγω διαδικασία διασφάλισε ότι όλα τα ενδιαφερόμενα μέρη είχαν τη δυνατότητα να προβάλουν επιχειρήματα και αποδείξεις (βλ. έκθεση του συμβούλου ακροάσεων, παράρτημα Γ.6) και η συμβουλευτική επιτροπή απεφάνθη, κατόπιν ψηφοφορίας, υπέρ του να επιτραπεί άνευ όρων η συγκέντρωση (παράρτημα Γ.7).

- 229 Τρίτον, οι αρχές ανταγωνισμού ανά τον κόσμο (Ηνωμένες Πολιτείες, Αυστραλία, Καναδάς, Τσεχική Δημοκρατία, Ουγγαρία, Πολωνία, Ρουμανία, Ρωσία, Ελβετία, Μεξικό, Νότια Αφρική) κατέληξαν όλες στο συμπέρασμα ότι η πράξη συγκεντρώσεως έπρεπε να επιτραπεί άνευ όρων και καμία από τις αποφάσεις αυτές δεν προσεβλήθη. Ομοίως, καμία εθνική αρχή ανταγωνισμού που εξέτασε προγενεστέρως την αγορά της μουσικής βιομηχανίας στην Ευρώπη δεν θεώρησε ότι αυτή υπέκειτο σε σιωπηρό συντονισμό (βλ., ιδίως, το συμπέρασμα του Office of Fair Trading του Σεπτεμβρίου 2002, σύμφωνα με το οποίο η συλλογική κυριαρχία δεν αποδείχθηκε, παράρτημα Α.16, σημείο 6.11).
- 230 Τέταρτον, η συγκέντρωση αντιπροσωπεύει μια υπέρμαχη του ανταγωνισμού απάντηση στη φθορά (πτώση της τιμής πωλήσεως των CD κατά 20% σε τρία έτη, μη επιτρεπόμενη μηχανογραφική φόρτωση μουσικής μέσω διαδικτύου, έντονος ανταγωνισμός από εναλλακτικές μορφές ψυχαγωγίας, όπως οι ταινίες DVD) και στη διαρκή μεταβολή της μουσικής βιομηχανίας. Η αστάθεια της ζήτησης και η αβεβαιότητα ως προς τα μελλοντικά εμπορικά πρότυπα καθιστούν τη σιωπηρή συμπαιγνία —η οποία ήταν ήδη ελάχιστα πιθανή, λαμβανομένων υπόψη των χαρακτηριστικών της αγοράς— ακόμη δυσχερέστερη να υλοποιηθεί ή να διατηρηθεί (απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 139, και σημείο 45 των κατευθυντηρίων γραμμών επί των οριζοντίων συγκεντρώσεων). Ομοίως, δεδομένου ότι οι συνθήκες που επικρατούν εντός της μουσικής βιομηχανίας είναι πολύ διαφορετικές απ' ό,τι ήταν κατά το χρονικό σημείο της εκ μέρους της Επιτροπής εξετάσεως της συγκεντρώσεως μεταξύ της EMI και της Time Warner το 2000, τα συμπεράσματα της Επιτροπής στην υπόθεση εκείνη, τα οποία ήταν ως εκ της φύσεώς τους προσωρινά, στερούνται λυσιτέλειας.
- 231 Πέμπτον, η αιτιολογία της αποφάσεως είναι σαφής, πειστική και υποστηρίζεται από το άφθονο βάρος των υπολανθανουσών αποδείξεων, λαμβανομένου υπόψη ότι η Επιτροπή δεν υποχρεούται να παράσχει τους λόγους επί των οποίων στηρίζεται η εκ μέρους της εκτίμηση όλων των πραγματικών και νομικών στοιχείων (απόφαση του Πρωτοδικείου της 8ης Ιουλίου 2003, T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke* κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-2275, σκέψεις 185 έως 187). Το δικόγραφο της προσφυγής καταδεικνύει ότι η προσφεύγουσα κατανόησε τους λόγους για τους οποίους επετράπη η συγκέντρωση.
- 232 Έκτον, οι αποφάσεις περί απαγορεύσεως απαιτούν κάτι περισσότερο από μια απλή εξισορρόπηση των πιθανοτήτων, καθόσον, σε περίπτωση αβεβαιότητας σχετικά με



το συμβατό μιας πράξεως συγκεντρώσεως, πρέπει να υπερισχύουν τα συμφέροντα των επιχειρήσεων που σκοπεύουν να υλοποιήσουν τη συγκέντρωση (προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Φεβρουαρίου 2005, C-12/03 P, Επιτροπή κατά Tetra Laval, Συλλογή 2005, σ. I-987, σ. I-992, σημεία 74 έως 79).

<sup>233</sup> Έβδομον, οι παρεμβαίνουσες υπενθυμίζουν ότι, αν και το Πρωτοδικείο προβαίνει σε πλήρη έλεγχο των νομικών και πραγματικών ζητημάτων, ασκεί μόνον έλεγχο για την ύπαρξη πρόδηλης πλάνης όσον αφορά τις περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις του σχετικού είδους κατά την εκτίμηση της δημιουργίας ή της ενισχύσεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως (απόφαση του Πρωτοδικείου της 3ης Απριλίου 2003, T-342/00, Petrolensence και SG2R κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-1161, σκέψη 101). Πάντως, η προσφεύγουσα καλεί επανειλημμένως το Πρωτοδικείο να υποκαταστήσει την Επιτροπή στην εκτίμησή της, υποστηρίζοντας, παραδείγματος χάρη, ότι η Επιτροπή προσέδωσε υπερβολική βαρύτητα στη μη ομοιογένεια του προϊόντος και στις εκπτώσεις.

<sup>234</sup> Όγδοον, όσον αφορά το κριτήριο της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, το επίμαχο ζήτημα δεν είναι αν οι εταιρίες παρακινήθηκαν να ενεργήσουν κατά τρόπο αναφερόμενο σε συμπαιγνία, αλλά μάλλον αν αυτές έχουν τη δυνατότητα, λαμβανομένων υπόψη των χαρακτηριστικών της αγοράς, να επιτύχουν και να διατηρήσουν σιωπηρώς τους όρους του συντονισμού (απόφαση Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 62). Είναι ιδιαίτερα σημαντικό το να αξιολογηθεί αν η αγορά είναι αρκούτως διαφανής.

## 2. Εξέταση των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας

### α) Επί των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων

<sup>235</sup> Οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται ότι, στον βαθμό που ο συντονισμός των τιμών δεν μπορεί να επιτευχθεί ή να διατηρηθεί χωρίς επαρκή διαφάνεια των ισχυουσών καθαρών τιμών χονδρικής πωλήσεως, η διαπίστωση ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων δεν είναι διαφανείς είναι, αυτή καθ' εαυτήν, επαρκής προς υποστήριξη της αποφάσεως.

236 Η απόφαση ορθώς προσδιόρισε τον σύνδεσμο μεταξύ, αφενός, της μη ομοιογένειας του περιεχομένου των άλμπουμ και, αφετέρου, των μεγάλων διακυμάνσεων στις εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων και της απορρέουσας ελλείψεως διαφάνειας για τις καθαρές τιμές χονδρικής πωλήσεως (βλ., επίσης, παράρτημα Γ.4, σ. 27). Οι υποτιθέμενες αποδείξεις καταδεικνύουν ότι οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των προσφορών είναι σημαντικές τόσο για τα άλμπουμ που περιέχονται στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών όσο και για εκείνα του καταλόγου των τίτλων, ότι οι εν λόγω εκπτώσεις ποικίλλουν σημαντικά σε συνάρτηση με τον πελάτη, με το άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου και ότι αυτές δεν ήσαν ευθυγραμμισμένες μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών (παραρτήματα Β.2, Β.4 έως Β.14, και εμπιστευτική έκθεση «data room»). Δεδομένου ότι οι ως άνω εκπτώσεις ποικίλλουν, δεν είναι δυνατό να συναχθούν αξιόπιστα συμπεράσματα απλώς και μόνο διά της παρατηρήσεως των ΔΤΠ. Ομοίως, τα περιθώρια των εμπόρων λιανικής πωλήσεως ποικίλλουν σημαντικά από κυκλοφορία σε κυκλοφορία και κατά την πάροδο του χρόνου και, ως εκ τούτου, δεν παρέχουν τη δυνατότητα να συναχθούν, βάσει των τιμών πωλήσεως, οι καθαρές τιμές (βλ. παράρτημα Β.17). Επιπλέον, η Sony και η BMG δεν επέβλεψαν μεθοδικά τις τιμές πωλήσεως των ανταγωνιστών ούτε έλαβαν συστηματικά, εκ μέρους των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, αξιόπιστες πληροφορίες ως προς τις προσφερόμενες από τους ανταγωνιστές εκπτώσεις. Τέλος, οι προβαλλόμενες αποδείξεις καταδεικνύουν ότι οι δισκογραφικές εταιρίες δεν είχαν επιβάλει αντίποινα, ακόμη και ενόψει άκρως ευμετάβλητων κινήσεων των τιμών, πράγμα που στερεί από κάθε μηχανισμό κυρώσεων την αξιοπιστία του (βλ. παράρτημα Γ.4, σ. 5 και 10).

## β) Έλλειψη ευθυγραμμίσεως

237 Τα στοιχεία που αφορούν τις μέσες καθαρές τιμές, τις ΔΤΠ και τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου δεν καταδεικνύουν την ύπαρξη ευθυγραμμίσεως, αλλά, το πολύ, εν μέρει παρόμοιας εξελίξεως των τιμών και δεν παρέχουν τη δυνατότητα να διαπιστωθεί η ύπαρξη συντονισμού των τιμών.

238 Τα σχετικά με τις μέσες καθαρές τιμές στοιχεία καταδεικνύουν: πρώτον, υψηλό βαθμό περιπλοκότητας· δεύτερον, μεγάλη διασπορά και μεγάλη ευμεταβλησία· τρίτον, σημαντική ασάθεια ως προς την ιεραρχική κατάταξη των μεγαλύτερων εταιριών· τέταρτον, μεγάλο εύρος ως προς τις τιμές των μεγαλύτερων εταιριών· πέμπτον, έλλειψη παραλληλισμού.

239 Μια μεγάλη αναλογία των 100 καλύτερων πωλήσεων δημιουργείται εκτός των ΔΤΠ που προσδιορίζονται με την απόφαση (αιτιολογικές σκέψεις 76, 83, 90, 97 και 107 της αποφάσεως).

240 Από τα παραρτήματα του υπομνήματος αντικρούσεως (B.4 έως B.14) προκύπτει ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου και οι καθαρές τιμές διέφεραν έντονα μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών.

### γ) Έλλειψη διαφάνειας

241 Η απόφαση δεν κατέδειξε την ύπαρξη καμίας πειστικής αποδείξεως περί της υπάρξεως διαφάνειας ακόμη και σε άλλα στοιχεία της τιμής, πλην των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Οι προσεκτικές διατυπώσεις της αποφάσεως ελαχιστοποιούν την πραγματική ισχύ των υπολανθανουσών αποδείξεων περί της ελλείψεως επαρκούς διαφάνειας. Έτσι, πέραν του ότι σε ορισμένες χώρες οι ΔΤΠ δεν είναι γνωστές ούτε η πρόσβαση σε αυτές είναι εύκολη, οι δισκογραφικές εταιρίες δεν έχουν ακριβείς πληροφορίες ως προς τις ΔΤΠ που χρησιμοποιούνται για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο. Οι τακτικές εκπτώσεις δεν είναι αρκούντως διαφανείς για να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο σιωπηρού συντονισμού. Επί 161 ερωτηθέντων εμπόρων λιανικής πωλήσεως, μόνον 5 υποστήριξαν ότι οι ανταγωνιστές είχαν εν μέρει γνώση των εκπτώσεων των άλλων, ενώ 10 υποστήριξαν το αντίθετο.

### 3. Επί διαφόρων πτυχών που δεν μνημονεύθηκαν στην απόφαση

242 Οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται ότι οι εξετασθείσες θεωρίες περί δυνητικής βλάβης του ανταγωνισμού δεν ευσταθούν, επίσης, από την άποψη διαφόρων πτυχών που δεν μνημονεύθηκαν στην απόφαση. Πρώτον, η Επιτροπή εσφαλμένως επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στις μέσες καθαρές τιμές, ενώ ο συντονισμός δεν μπορούσε να λάβει χώρα σε επίπεδο καθαρών τιμών, δεδομένου ότι η τιμή των ατομικών

άλμπουμ δεν καθορίζεται προκειμένου να επιτευχθεί μια ειδική μέση καθαρή τιμή, και ενώ αυτός ο μέσος όρος δεν μπορεί, εν πάση περιπτώσει, να τηρηθεί από τις άλλες μεγαλύτερες εταιρίες. Οι μέσοι όροι μπορούν να αποκρύπτουν σημαντικές αποκλίσεις ως προς τις επιμέρους τιμές των άλμπουμ (βλ. παράρτημα Γ.4, υποσημείωση 12). Δεύτερον, οι ΔΤΠ δεν χρησιμεύουν ως εστιακό σημείο ευθυγραμμίσεως. Κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία χρησιμοποιεί ακόμη, για τα καλύτερα άλμπουμ, μια μεγάλη ποικιλία ΔΤΠ, που μεταβάλλονται κατά την πάροδο του χρόνου για τον ίδιο δίσκο. Τρίτον, τα μερίδια αγοράς δεν είναι σταθερά και μια μικρή εξέλιξη μπορεί να εκφράζει μια τεράστια διαφορά από την άποψη της κερδοφορίας.

## Δ — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

### 1. Γενικές θεωρήσεις

<sup>243</sup> Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι αφορώσες την ομοιογένεια του προϊόντος, τη διαφάνεια της αγοράς, τα μέσα αποτροπής και την έλλειψη αντισταθμίματος θεωρήσεις, επί των οποίων στηρίζεται η διαπίστωση ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν διέθεταν, στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής, συλλογική δεσπόζουσα θέση πριν από την σχεδιαζόμενη συγκέντρωση, πάσχουν λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας, πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και νομικής πλάνης.

<sup>244</sup> Πριν από την εξέταση των διαφόρων αιτιάσεων που προέβαλε η προσφεύγουσα, πρέπει, κατ' αρχάς, να διατυπωθούν ορισμένες παρατηρήσεις ως προς την έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, εν συνεχεία να εκτεθούν συνοπτικά η μέθοδος εξετάσεως που ακολούθησε η Επιτροπή για να καταλήξει στο επίδικο συμπέρασμα, καθώς και οι διάφοροι κρίσιμοι παράγοντες και στοιχεία που αφορούν την εφαρμογή, εν προκειμένω, της έννοιας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, όπως επισημάνθηκαν με την απόφαση, και, τέλος, να διευκρινισθούν οι λόγοι επί των οποίων στηρίζεται το συμπέρασμα, που περιλαμβάνεται στην απόφαση, περί της ελλείψεως προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

## 2. Έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως

<sup>245</sup> Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, όσον αφορά μια ενδεχόμενη συλλογική δεσπόζουσα θέση, η Επιτροπή οφείλει να εκτιμήσει, αναλύοντας τις προοπτικές της αγοράς αναφοράς, αν η πράξη συγκεντρώσεως που της κοινοποιείται οδηγεί σε μια κατάσταση στην οποία ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στην οικεία αγορά παρακωλύεται σε σημαντικό βαθμό από τις μετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις και από μία ή περισσότερες τρίτες επιχειρήσεις που έχουν ομού, ιδίως λόγω των διασυνδέσεων που υφίστανται μεταξύ τους, την εξουσία να υιοθετούν την ίδια γραμμή δράσεως στην αγορά και να ενεργούν σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους λοιπούς ανταγωνιστές, από την πελατεία τους και, τελικώς, από τους καταναλωτές (απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1998, C-68/94 και C-30/95, Γαλλία κ.λπ. κατά Επιτροπής, η οποία είναι γνωστή ως «Kali & Salz», Συλλογή 1998, σ. I-1375, σκέψη 221).

<sup>246</sup> Το Πρωτοδικείο έχει αποφανθεί ότι κατάσταση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως παρακωλύουσα σε σημαντικό βαθμό τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς ή σε σημαντικό τμήμα αυτής μπορεί, επομένως, να προκύψει εν συνεχεία μιας συγκεντρώσεως όταν, λαμβανομένων υπόψη των χαρακτηριστικών της οικείας αγοράς και της μεταβολής που θα επιφέρει στη δομή της η πραγματοποίηση της συγκεντρώσεως, η τελευταία θα έχει ως αποτέλεσμα ότι, κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου, συνειδητοποιώντας τα κοινά συμφέροντα, θα θεωρούσε δυνατό, οικονομικά ορθολογικό και, επομένως, προτιμητέο, να υιοθετεί διαρκώς την ίδια γραμμή δράσεως στην αγορά με σκοπό να πωλεί σε τιμές υψηλότερες από τις ανταγωνιστικές, χωρίς να χρειάζεται να συνάψει συμφωνία ή να ακολουθήσει εναρμονισμένη πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 81 ΕΚ, και χωρίς οι σημερινοί ή οι μελλοντικοί ανταγωνιστές ή ακόμη οι πελάτες και οι καταναλωτές να μπορούν να αντιδράσουν πραγματικά (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση του Πρωτοδικείου της 25ης Μαρτίου 1999, T-102/96, Gencor κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-753, σκέψη 276).

<sup>247</sup> Με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω (σκέψη 62), το Πρωτοδικείο, όπως μνημονεύεται στην αιτιολογική σκέψη 68 της αποφάσεως της Επιτροπής, απεφάνθη ότι απαιτούνται οι τρεις ακόλουθες προϋποθέσεις για να μπορεί να δημιουργηθεί η κατ' αυτόν τον τρόπο ορισθείσα κατάσταση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Πρώτον, η αγορά πρέπει να είναι αρκούντως διαφανής

προκειμένου οι επιχειρήσεις που συντονίζουν τη συμπεριφορά τους να είναι σε θέση να ελέγχουν, σε επαρκή βαθμό, αν τηρούνται οι κανόνες περί συντονισμού. Δεύτερον, η πειθαρχία επιβάλλει το να υπάρχει μια μορφή μηχανισμού αποτροπής σε περίπτωση παρεκκλίνουσας συμπεριφοράς. Τρίτον, οι αντιδράσεις των επιχειρήσεων που δεν συμμετέχουν στον συντονισμό, όπως είναι οι σημερινοί ή οι μελλοντικοί ανταγωνιστές, καθώς και οι αντιδράσεις των πελατών, δεν θα έπρεπε να είναι σε θέση να αναιρέσουν τα αποτελέσματα που αναμένονται από τον συντονισμό.

- 248 Εξάλλου, από τη νομολογία του Δικαστηρίου (απόφαση Kali & Salz, σκέψη 245 ανωτέρω, σκέψη 222) και του Πρωτοδικείου (απόφαση Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 63) προκύπτει ότι η ανάλυση των προοπτικών που η Επιτροπή καλείται να πραγματοποιήσει στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων, όταν πρόκειται για συλλογική δεσπόζουσα θέση, καθιστά αναγκαία την προσεκτική εξέταση ιδίως των περιστάσεων οι οποίες, ανάλογα με την κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, αποδεικνύονται σημαντικές προκειμένου να εκτιμηθούν τα αποτελέσματα της πράξεως συγκεντρώσεως επί του ανταγωνισμού εντός της αγοράς αναφοράς και ότι εναπόκειται στην Επιτροπή να παράσχει ισχυρές αποδείξεις.
- 249 Επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όπως προκύπτει από τη διατύπωση των λόγων που εκτέθηκαν ανωτέρω, η ως άνω νομολογία αναπτύχθηκε στο πλαίσιο της εκτιμήσεως του κινδύνου δημιουργίας, από μια συγκέντρωση, συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και όχι, όπως συμβαίνει στο πλαίσιο του πρώτου σκέλους του υπό κρίση λόγου ακυρώσεως, του προσδιορισμού της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.
- 250 Πάντως, και μεν, για την εκτίμηση του κινδύνου δημιουργίας μιας τέτοιας θέσεως, η Επιτροπή ωθείται, εξ υποθέσεως, στο να προβεί σε μια λεπτή πρόγνωση ως προς την πιθανή εξέλιξη της αγοράς και των όρων ανταγωνισμού βάσει αναλύσεως των προοπτικών, πράγμα που συνεπάγεται περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις για τις οποίες η Επιτροπή διαθέτει ευρύ περιθώριο διακριτικής ευχέρειας, πλην όμως η διαπίστωση της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στηρίζεται επί συγκεκριμένης αναλύσεως της υφιστάμενης κατά τον χρόνο λήψεως της αποφάσεως καταστάσεως. Ο προσδιορισμός της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως πρέπει να στηρίζεται σε μια σειρά αποδεδειγμένων πραγματικών στοιχείων, προγενεστέρων ή τωρινών, που να πιστοποιούν την ύπαρξη σημαντικού εμποδίου για τον ανταγωνισμό στην αγορά λόγω της εξουσίας που απέκτησαν

ορισμένες επιχειρήσεις να υιοθετούν ομού την ίδια γραμμή δράσεως στην εν λόγω αγορά, σε σημαντικό βαθμό, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές τους, από την πελατεία τους και από τους καταναλωτές.

251 Συνεπώς, στο πλαίσιο της εκτιμήσεως της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, καίτοι απαιτείται επίσης να συντρέχουν οι τρεις προϋποθέσεις που έθεσε το Πρωτοδικείο με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, οι οποίες συνήχθησαν βάσει θεωρητικής αναλύσεως της έννοιας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, εντούτοις οι εν λόγω προϋποθέσεις μπορούν, εφόσον ενδείκνυται, να αποδεικνύονται εμμέσως βάσει ενός συνόλου ενδείξεων και αποδεικτικών στοιχείων, ενδεχομένως ακόμη και πολύ ετερογενών, σχετικών με τα σημεία, τις εκδηλώσεις και τα φαινόμενα που αρρήκτως συνδέονται με την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

252 Έτσι, ειδικότερα, μια αυστηρή ευθυγράμμιση των τιμών επί μακρό χρονικό διάστημα, προπάντων αν αυτές υπερβαίνουν το επίπεδο των τιμών που συνήθως διαμορφώνεται υπό συνθήκες ανταγωνισμού, από κοινού με άλλους παράγοντες ενδεικτικούς συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, θα μπορούσαν, ελλείψει άλλης ευλόγου εξηγήσεως, να αρκούν για να αποδειχθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ακόμη και όταν δεν υπάρχουν ακλόνητες άμεσες αποδείξεις περί ισχυρής διαφάνειας της αγοράς, λαμβανομένου υπόψη ότι μπορεί η τελευταία να τεκμαίρεται υπό τέτοιες συνθήκες.

253 Επομένως, εν προκειμένω, η ευθυγράμμιση των τιμών, τόσο των μικτών όσο και των καθαρών, κατά τα έξι τελευταία έτη, ενώ τα προϊόντα δεν είναι πανομοιότυπα (λαμβάνομένου υπόψη ότι κάθε δίσκος έχει διαφορετικό περιεχόμενο), καθώς και η διατήρησή τους σε ένα αρκετά σταθερό επίπεδο που θεωρείται υψηλό παρά τη σημαντική πτώση της ζήτησεως, από κοινού με άλλους παράγοντες (ισχύς των επιχειρήσεων που βρίσκονται σε κατάσταση ολιγοπωλίου, σταθερότητα των μεριδίων αγοράς κ.λπ.), όπως αυτοί διαπιστώθηκαν από την Επιτροπή με την απόφαση, θα μπορούσαν, ελλείψει άλλης εξηγήσεως, να καταδεικνύουν ή να αποτελούν ένδειξη περί του ότι η ευθυγράμμιση των τιμών δεν είναι απόρροια της συνήθους διαμορφώσεως ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού και ότι η αγορά είναι αρκούντως διαφανής καθόσον κατέστησε δυνατό τον σιωπηρό συντονισμό των τιμών.

254 Ωστόσο, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα στήριξε την επιχειρηματολογία της σε εσφαλμένη εφαρμογή των διαφόρων προϋποθέσεων των οποίων η συνδρομή απαιτείται για την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, όπως αυτές τέθηκαν με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, και, ειδικότερα, εκείνης που αφορά τη διαφάνεια της αγοράς, παρά στον ισχυρισμό ότι η διαπίστωση της υπάρξεως κοινής πολιτικής επί μακρό χρονικό διάστημα, σε συνδυασμό με την ύπαρξη μιας σειράς άλλων χαρακτηριστικών παραγόντων μιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, θα μπορούσε, υπό ορισμένες περιστάσεις και ελλείψει άλλης εξηγήσεως, να αρκεί για να αποδειχθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως, σε αντίθεση με τη δημιουργία μιας τέτοιας θέσεως, χωρίς να είναι ανάγκη να αποδειχθεί θετικά η διαφάνεια της αγοράς, το Πρωτοδικείο θα περιορισθεί, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προβληθέντων λόγων ακυρώσεως, να εξακριβώσει αν η απόφαση προέβη σε ορθή εφαρμογή των προϋποθέσεων που προκύπτουν από τη νομολογία που απορρέει από την απόφαση *Airtours*. Συγκεκριμένα, χωρίς καν να είναι αναγκαίο να εξετασθεί το ζήτημα αν η αντίθετη προσέγγιση θα οδηγούσε το Πρωτοδικείο στο να υπερβεί το πλαίσιο της διαφοράς, όπως αυτό ορίστηκε από τους διαδίκους, ή θα συνιστούσε απλή εφαρμογή του δικαίου στο πλαίσιο ενός λόγου ακυρώσεως που προέβαλε η προσφεύγουσα, το διάβημα αυτό είναι επιβεβλημένο, δυνάμει της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως, εφόσον το ζήτημα αυτό δεν συζητήθηκε ενώπιον του Πρωτοδικείου.

### 3. Η απόφαση της Επιτροπής

255 Τα κρίσιμα στοιχεία της αποφάσεως για την εξέταση του πρώτου λόγου ακυρώσεως μπορούν να συνοψισθούν ως εξής.

256 Οι διαπιστώσεις της Επιτροπής σχετικά με τις διάφορες αγορές προϊόντων και τις γεωγραφικές αγορές δεν αμφισβητούνται από τους διαδίκους. Στην αιτιολογική σκέψη 12 της αποφάσεώς της, η Επιτροπή θεώρησε ότι «δεν [ήταν] αναγκαίο να προσδιορισθεί αν υπάρχουν χωριστές αγορές προϊόντων ανάλογα με τα είδη και αν υπάρχει χωριστή αγορά προϊόντων για τις μουσικές συλλογές». Στην αιτιολογική σκέψη 15, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι «οι οικείες γεωγραφικές αγορές θεωρούνταν εθνικές αγορές».



- 257 Ομοίως, δεν αμφισβητείται ότι οι διάφορες εγχώριες αγορές έχουν ολιγοπωλιακή διάρθρωση, με τις πέντε μεγαλύτερες εταιρίες, οι οποίες κατέχουν, ανάλογα με τη χώρα, από 72 έως 93 % της αγοράς και με πολλές, σημαντικά μικρότερες, δισκογραφικές εταιρίες (στο εξής: ανεξάρτητες δισκογραφικές εταιρίες), οι οποίες αντιπροσωπεύουν περίπου από 15 έως 20 % της αγοράς.
- 258 Επιπλέον, οι πέντε μεγαλύτερες εταιρίες χαρακτηρίζονται, πρώτον, από την ανά την υφήλιο παρουσία τους, δεύτερον, από μερική κάθετη ολοκλήρωση, τρίτον, από επένδυση εισροών στον τομέα της εκδόσεως μουσικών έργων και στις αγορές της μεταδόσεως ραδιοφωνικών εκπομπών και της εκμεταλλεύσεως της μεταδιδόμενης μέσω διαδικτύου μουσικής, τέταρτον, από σημαντική οικονομική ισχύ που τους παρέχει τη δυνατότητα να προσφέρουν στους καλλιτέχνες πιο ελκυστικά οικονομικά πλεονεκτήματα και, πέμπτον, από ένα ευρύ και ποικιλόμορφο χαρτοφυλάκιο καλλιτεχνών επί συμβάσει και ένα σημαντικό κατάλογο ήδη υφισταμένων τίτλων.
- 259 Εξάλλου, η εξέλιξη της ζήτησεως καταδεικνύει ότι οι πωλήσεις είναι σε ύφεση από το 1999 (πτώση κατά 13 % εντός του ΕΟΧ μεταξύ 1999 και 2002, και πλέον του 7 % μεταξύ 2002 και 2003). Ωστόσο, οι τιμές παρέμειναν αρκετά σταθερές. Η έρευνα αγοράς της Επιτροπής επισήμανε, επίσης, άλλες εξηγήσεις, πλην εκείνων που επικαλέσθηκαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, για την ως άνω πτώση των πωλήσεων, ήτοι: το —θεωρούμενο ως υψηλό— επίπεδο των τιμών των CD, η γενική επιβράδυνση της οικονομικής δραστηριότητας, η ανικανότητα των δισκογραφικών εταιριών να ικανοποιήσουν τις προτιμήσεις των καταναλωτών, η έλλειψη ποιοτικού περιεχομένου και καινοτόμων καλλιτεχνών και η ανικανότητα των δισκογραφικών εταιριών να προσαρμοσθούν στην τεχνολογική πρόκληση του διαδικτύου.
- 260 Όσον αφορά τη μεθοδολογία που ακολούθησε η Επιτροπή, στην αιτιολογική σκέψη 69 της αποφάσεως εκτίθεται ότι, προκειμένου να προσδιορισθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, η Επιτροπή εξέτασε αν, κατά τη διάρκεια των τριών ή τεσσάρων τελευταίων ετών, οι πέντε μεγαλύτερες εταιρίες είχαν όντως εφαρμόσει πολιτική συντονισμού των τιμών τους.

- 261 Προς τούτο, πρώτον, η Επιτροπή ανέλυσε την εξέλιξη, ανά τρίμηνο, των μέσων καθαρών τιμών των 100 απλών άλμπουμ που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις για κάθε δισκογραφική εταιρία, τα οποία αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον από 70 έως 80 % των συνολικών πωλήσεων τους μουσικών έργων, στα πέντε μεγαλύτερα κράτη μέλη, δεδομένου ότι η Επιτροπή είναι της γνώμης ότι οι μέσες τιμές συνιστούν ένα καλό μέσον για τον προσδιορισμό του αν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες έχουν παράλληλη συμπεριφορά στον τομέα των τιμών. Έτσι, η Επιτροπή εξέτασε την εξέλιξη των μέσων καθαρών τιμών, των ΔΤΠ, της αναλογίας των μικτών και των καθαρών τιμών, καθώς και τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου και τις αναδρομικές εκπτώσεις (αιτιολογική σκέψη 72 της αποφάσεως).
- 262 Δεύτερον, η Επιτροπή εξέτασε το ενδεχόμενο να χρησίμευσαν οι τιμές καταλόγου, βάσει παραλληλισμού με τις μέσες τιμές, ως κεντρικά σημεία για τον συντονισμό των τιμών.
- 263 Τρίτον, η Επιτροπή εξέτασε αν οι παραχωρηθείσες από τις διάφορες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες εκπτώσεις ήσαν ευθυγραμμισμένες και αρκούντως διαφανείς ώστε να καταστεί δυνατός ο αποτελεσματικός έλεγχος κάθε συντονισμού των τιμών, επίσης σε επίπεδο καθαρών τιμών (αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως).
- 264 Έτσι, οι διαπιστώσεις στις οποίες προέβη η Επιτροπή, που έχουν διατυπωθεί με σχεδόν ταυτόσημους όρους για καθεμία από τις πέντε μεγάλες χώρες, μπορούν να συνοψισθούν ως εξής:
- η Επιτροπή αναφέρει ότι «διαπίστωσε έναν ορισμένο παραλληλισμό των πραγματικών μέσων καθαρών τιμών και μια αρκούντως συγκρίσιμη εξέλιξη των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών», αλλά ότι, «[ε]ντούτοις, οι παρατηρήσεις αυτές δεν ήταν, αυτές καθ' εαυτές, αρκούντως αποδεικτικές ώστε να επαρκούν προς απόδειξη του ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες [είχαν] συντονίσει τις τιμές τους κατά το παρελθόν»: «[γ]ια τον λόγο αυτό, η Επιτροπή εξέτασε, εν συνεχεία, αν τα συμπληρωματικά στοιχεία, ήτοι οι τιμές καταλόγου και οι εκπτώσεις, ήσαν ευθυγραμμισμένα και αρκούντως διαφανή ώστε να παράσχουν επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για την πιστοποίηση της υπάρξεως του συντονισμού».

- η Επιτροπή «εξηύβρε ορισμένα στοιχεία σύμφωνα με τα οποία οι ΔΤΠ θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ως βάση για την ευθυγράμμιση των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών». Ανάλογα με τη χώρα, κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία δημιούργησε, με τρεις από τις κυριότερες ΔΤΠ της, πλέον του 55 έως 80 % των 100 καλύτερων καθαρών πωλήσεων απλών άλμπουμ το 2003. Έτσι, η Επιτροπή εκτιμά ότι, «[υ]πό το πρίσμα των ως άνω παρατηρήσεων, οι τιμές καταλόγου των άλμπουμ που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις δίδουν την εντύπωση ότι είναι μάλλον ευθυγραμμισμένες» (Ηνωμένο Βασίλειο, Γαλλία και Ιταλία, ή ευθυγραμμισμένες σε ορισμένο βαθμό στη Γερμανία και στην Ισπανία).
- εξάλλου, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι οι ΔΤΠ ήσαν αρκούτως διαφανείς, καθόσον περιλαμβάνονται στους καταλόγους των μεγαλύτερων εταιριών. Επομένως, φαίνεται δυνατό το να ελεγχθούν οι τιμές καταλόγου άλλων μεγαλύτερων εταιριών.
- οι καθαρές τιμές πωλήσεως συνδέονται στενά με τις μικτές τιμές (ΔΤΠ), δεδομένης της παράλληλης εξελίξεως, κατά τα έξι τελευταία έτη, των μέσων μικτών τιμών και των πραγματικών μέσων καθαρών τιμών της Sony και της BMG, καθώς και της πολύ μεγάλης σταθερότητας, ανά πάσα στιγμή, της αναλογίας καθαρών τιμών/μικτών τιμών, συμπεριλαμβανομένων όλων των άλμπουμ.
- ωστόσο, η Επιτροπή διαπίστωσε μια ορισμένη διακύμανση του επιπέδου των εκπτώσεων που εφαρμόζουν οι διάφορες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες, καθώς και διαφορές από 2 έως 5 εκατοστιαίες μονάδες μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου της Sony και της BMG για το μεγαλύτερο μέρος των δέκα κυριότερων πελατών τους και πλέον των 5 εκατοστιαίων μονάδων για ορισμένους πελάτες εντός ορισμένων ετών (η κατάσταση είναι λίγο διαφορετική στη γαλλική αγορά).
- τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη διαβίβασαν στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου για ένα συγκεκριμένο πελάτη ποικίλλουν κατά την πάροδο του χρόνου και από άλμπουμ σε άλμπουμ και ότι οι εκπτώσεις που χορηγούνται για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ κυμαίνονται από πελάτη σε πελάτη. Από την έρευνα που πραγματοποιήθηκε στην αγορά

προέκυψε ότι οι εν λόγω διακυμάνσεις απορρέουν, κατ' ουσίαν, από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες χρησιμοποιούνται κατά τρόπο πιο εύκαμπτο απ' ό,τι οι τακτικές εκπτώσεις, που καθορίζονται, κατά γενικό κανόνα, ετησίως. Βάσει των ως άνω παρατηρήσεων, δεν είναι δυνατό να αποδειχθεί ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου είναι αρκούντως ευθυγραμμισμένες μεταξύ των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών (η κατάσταση είναι λίγο διαφορετική όσον αφορά τη Γαλλία).

- όσον αφορά τη διαφάνεια των εκπτώσεων, οι απαντήσεις των πελατών στην έρευνα που πραγματοποίησε η Επιτροπή εντός της αγοράς κατέδειξαν, στην πλειονότητά τους, ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν εν γνώσει, σε ορισμένο βαθμό, των τακτικών εκπτώσεων που χορηγούσαν οι ανταγωνιστές τους, δεδομένης της διαρκούς συνεργασίας τους με την ίδια πελατεία. Ωστόσο, προκύπτει ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις και ότι ο έλεγχός τους απαιτεί, επίσης, την προσεκτική παρατήρηση της εξελίξεως αυτού του είδους των εκπτώσεων στην αγορά λιανικής. Καίτοι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι τόσο η Sony όσο και η BMG έθεσαν σε λειτουργία ένα σύστημα εβδομαδιαίων εκθέσεων τις οποίες προσκόμιζαν οι υπεύθυνοι πωλήσεών τους, δεν απέδειξε ότι οι εκθέσεις αυτές διασφάλιζαν έναν επαρκή βαθμό διαφάνειας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, τις οποίες χορηγούσαν οι ανταγωνιστές.

<sup>265</sup> Εν συνεχεία, η Επιτροπή συνήγαγε, στην αιτιολογική σκέψη 109 της αποφάσεως, ότι «δεδομένου ότι από τη λεπτομερή ανάλυση της εξελίξεως των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών στα πέντε μεγαλύτερα κράτη μέλη προέκυψαν ορισμένες ενδείξεις συντονισμού που δεν αρκούσαν, αυτές καθ' εαυτές, για να αποδειχθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, η Επιτροπή προώθησε την ανάλυση περαιτέρω, προκειμένου να προσδιορισθεί αν οι αγορές της ηχογραφημένης μουσικής εμφάνιζαν χαρακτηριστικά ικανά να διευκολύνουν αυτού του είδους τη δεσπόζουσα θέση».

<sup>266</sup> Προς τούτο, η Επιτροπή εξέτασε την ομοιογένεια του προϊόντος (αιτιολογική σκέψη 110 της προσβαλλομένης αποφάσεως), τη διαφάνεια της αγοράς (αιτιολογικές σκέψεις 111 έως 113 της αποφάσεως) και την επιβολή αντιποίνων (αιτιολογικές σκέψεις 114 έως 118 της αποφάσεως).

- 267 Όσον αφορά την ομοιογένεια του προϊόντος, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η μη ομοιογένεια του περιεχομένου και τα αποτελέσματά της επί των τιμών μειώνουν τη διαφάνεια στην αγορά και καθιστούν τις σιωπηρές συμπράξεις δυσχερέστερες, καθόσον αυτές απαιτούν ορισμένο έλεγχο στο επίπεδο του επιμέρους προϊόντος, δηλαδή του άλμπουμ.
- 268 Ως προς τη διαφάνεια στην αγορά, η Επιτροπή θεώρησε ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν πρέπει να ελέγχουν παρά μόνον τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ, μεταξύ αυτών που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις, προκειμένου να παρακολουθήσουν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων. Ωστόσο, η Επιτροπή αναφέρει ότι ο έλεγχος στο επίπεδο των άλμπουμ είναι επίσης αναγκαίος, ιδίως όσον αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, και ότι η αναγκαιότητα αυτή θα μπορούσε να καταστήσει τις σιωπηρές συμπράξεις δυσχερέστερες (αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως).
- 269 Όσον αφορά τα αντίποινα, η αιτιολογική σκέψη 118 της αποφάσεως αναφέρει ότι η Επιτροπή δεν εξήυρε αποδείξεις περί της υπάρξεως τέτοιων αντιποίνων κατά το παρελθόν, πράγμα που θα αποτελούσε απόδειξη περί του ότι υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση.
- 270 Χωρίς να διατυπώσει, κατά το στάδιο αυτό της αποφάσεως, συμπέρασμα ως προς την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις πέντε μεγάλες χώρες, η Επιτροπή προέβη, εν συνεχεία, στην εξέταση των αγορών εντός των μικρών χωρών και κατέληξε σε παρόμοιες διαπιστώσεις.
- 271 Ειδικότερα, η Επιτροπή παρατήρησε ότι υπάρχει υψηλό επίπεδο παραλληλισμού μεταξύ των ΔΤΠ των διαφόρων μεγαλύτερων εταιριών. Επισήμανε ότι, όπως και στις μεγάλες χώρες, οι σημαντικότερες εκπτώσεις που πραγματοποιούνται είναι οι τακτικές εκπτώσεις. Οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου δεν είναι τυποποιημένες ούτε καθίστανται δημοσίως γνωστές και καταλήγουν σε μείωση της διαφάνειας. Λαμβανομένης υπόψη της σπουδαιότητας των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου και των αποκλίσεων μεταξύ αυτών, η Επιτροπή δεν εξήυρε επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για να καταδειχθεί ότι ένας παραλληλισμός των μέσων καθαρών τιμών θα μπορούσε να αποδοθεί σε μια σιωπηρή συμπαιγνία μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών, έστω και αν οι ΔΤΠ είναι έντονα ευθυγραμμισμένες και ότι οι τελευταίες μπορούσαν, κατ' αρχήν, να χρησιμοποιηθούν ως βάση για τη σιωπηρή συμπαιγνία (αιτιολογική σκέψη 150 της αποφάσεως).

272 Επιπλέον, οι θεωρήσεις σχετικά με την ομοιογένεια του προϊόντος, τη διαφάνεια της αγοράς και τα αντίποινα για τις μεγάλες χώρες ισχύουν, επίσης, για τις μικρές χώρες του ΕΟΧ.

273 Η Επιτροπή καταλήγει στο συμπέρασμα, με την αιτιολογική σκέψη 153, ότι, «υπό τις συνθήκες αυτές, δεν υπάρχουν επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για να συναχθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των [μεγαλύτερων εταιριών] στις εγχώριες αγορές της ηχογραφημένης μουσικής [εντός των μικρών χωρών]».

274 Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα, με την αιτιολογική σκέψη 154, ότι δεν υπήρχαν επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για να καταδειχθεί ότι η προτεινόμενη πράξη συγκεντρώσεως θα συνεπαγόταν την ενίσχυση μιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής σε οποιαδήποτε χώρα του ΕΟΧ.

275 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ακριβώς υπό το πρίσμα της ομοιογένειας του προϊόντος, της διαφάνειας της αγοράς, καθώς και της επιβολής αντιποίνων, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν υφίστατο συλλογική δεσπόζουσα θέση.

276 Τούτο επιβεβαιώνεται από την αιτιολογική σκέψη 157, όπου εκτίθενται τα εξής:

«[...] όπως εξετάσθηκε στο σχετικό με την ενίσχυση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως τμήμα, οι αγορές της ηχογραφημένης μουσικής εμφανίζουν ορισμένα χαρακτηριστικά δυνάμενα να αφήσουν να υποτεθεί η παρουσία ευνοϊκών συνθηκών για την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Πάντως, η Επιτροπή δεν εξήυρε επαρκή στοιχεία για να αποδειχθεί ότι οι [μεγαλύτερες εταιρίες] είχαν κατά το

παρελθόν συλλογική δεσπόζουσα θέση· τούτο οφείλεται, ιδίως, στις ελλείψεις που διαπιστώθηκαν σε επίπεδο πραγματικής διαφάνειας, στα εν μέρει ετερογενή χαρακτηριστικά του προϊόντος και στην έλλειψη στοιχείων που να πιστοποιούν την ύπαρξη αντιποίνων κατά το παρελθόν».

- 277 Ακριβώς υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων πρέπει να εξετασθούν οι διάφορες αιτιάσεις που προέβαλε η προσφεύγουσα.

#### 4. Διαφάνεια

α) Επί της αιτιάσεως που αντλείται από ανεπαρκή αιτιολογία

- 278 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η απόφαση δεν εξηγεί επαρκώς κατά νόμον τους λόγους για τους οποίους οι εκπτώσεις, και ιδίως οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, αποτελούν εμπόδιο για τη διαφάνεια που είναι αναγκαία προκειμένου να καταστεί δυνατή η ανάπτυξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

- 279 Εκ προοιμίου, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, η επιβαλλομένη από το άρθρο 253 ΕΚ αιτιολογία πρέπει να είναι προσαρμοσμένη στη φύση της σχετικής πράξεως και πρέπει να διαφαίνεται από αυτήν, κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο, η συλλογιστική του εκδόντος την πράξη θεσμικού οργάνου κατά τρόπο που να καθιστά δυνατό στους ενδιαφερομένους να γνωρίζουν τους λόγους που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου και στο αρμόδιο δικαστήριο να ασκεί τον έλεγχό του. Η υποχρέωση αιτιολογήσεως πρέπει να εκτιμάται αναλόγως των περιστάσεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως, ιδίως του περιεχομένου της πράξεως, της φύσεως των προβαλλομένων λόγων και του συμφέροντος που έχουν ενδεχομένως στην παροχή διευκρινίσεων οι αποδέκτες ή άλλα πρόσωπα τα οποία η πράξη αφορά άμεσα και ατομικά (βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 2ας Απριλίου 1998, C-367/95 Ρ, Επιτροπή κατά Sytraval και Brink's France, Συλλογή 1998, σ. I-1719, σκέψη 63 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

- 280 Το ζήτημα αν η αιτιολογία μιας πράξεως πληροί τις επιταγές του άρθρου 253 ΕΚ πρέπει να εκτιμάται όχι μόνο από πλευράς της διατυπώσεώς της αλλά και του πλαισίου της καθώς και του συνόλου των νομικών κανόνων που διέπουν τον οικείο τομέα (απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Φεβρουαρίου 1996, C-56/93, Βέλγιο κατά Επιτροπής, Συλλογή 1996, σ. I-723, σκέψη 86, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 27ης Νοεμβρίου 1997, T-290/94, Kaysersberg κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σ. II-2137, σκέψη 150).
- 281 Όταν η Επιτροπή κρίνει ότι μια πράξη συγκεντρώσεως είναι συμβατή με την κοινή αγορά βάσει του άρθρου 6, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού, αποτελεί αναγκαία και επαρκή προϋπόθεση έναντι της υποχρέωσεως αιτιολογήσεως να εκτίθενται στην απόφαση αυτή κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο οι λόγοι για τους οποίους η Επιτροπή εκτιμά ότι η υπό εξέταση συγκέντρωση δεν εγείρει σοβαρές αμφιβολίες ως προς το συμβατό της με την κοινή αγορά. Ωστόσο, δεν μπορεί να συναχθεί από την υποχρέωση αυτή ότι, σε τέτοια περίπτωση, η Επιτροπή έχει την υποχρέωση να αιτιολογεί την εκτίμησή της σχετικά με όλα τα νομικά ή πραγματικά στοιχεία που μπορούν ενδεχομένως να έχουν κάποια σχέση με την κοινοποιηθείσα πράξη συγκεντρώσεως και/ή τα οποία ανέκυψαν κατά τη διοικητική διαδικασία (βλ. απόφαση Verband der freien Rohrwerke κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 231 ανωτέρω, σκέψη 185 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 282 Πρέπει, ευθύς εξ αρχής, να εξετασθεί η επίπτωση του γεγονότος, το οποίο υπογράμμισε η προσφεύγουσα, ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή συνήγαγε, κατά εμφανή τρόπο, ότι η συγκέντρωση ήταν ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά για τον λόγο, ιδίως, ότι υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση πριν από τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση και ότι η αγορά της ηχογραφημένης μουσικής ήταν λίαν διαφανής και ιδιαιτέρως ευνοϊκή για τον συντονισμό.
- 283 Αυτή η θεμελιώδης μεταστροφή της θέσεως της Επιτροπής μπορεί, βεβαίως, να φαίνεται απροσδόκητη, λαμβανομένης υπόψη, ιδίως, της βραδύτητας επελεύσεώς της. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τη δικογραφία και από τις αγορεύσεις ενώπιον του Πρωτοδικείου, καθ' όλη τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, η Επιτροπή, βάσει του συνόλου των πληροφοριών που είχε λάβει, κατά τους πέντε μήνες που διήρκεσε η έρευνα, τόσο από τους διαφόρους επιχειρηματίες της αγοράς



όσο και από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, θεώρησε ότι η αγορά ήταν αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατός ο σιωπηρός συντονισμός των τιμών και μόνον κατόπιν της επιχειρηματολογίας που προέβγαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, επικουρούμενα από τον οικονομικό σύμβουλό τους, κατά την ακρόαση που έλαβε χώρα στις 15 και 16 Ιουνίου 2004, η Επιτροπή, χωρίς να προβεί σε νέες έρευνες σχετικά με την αγορά, υιοθέτησε την αντίθετη θέση και απηύθυνε, την 1η Ιουλίου 2004, το σχέδιο αποφάσεως στη συμβουλευτική επιτροπή.

284 Ωστόσο, όπως ορθώς ισχυρίζεται η Επιτροπή, από τη νομολογία (απόφαση ΒΑΤ και Reynolds κατά Επιτροπής, σκέψη 105 ανωτέρω) προκύπτει ότι, όταν η Επιτροπή απορρίπτει αίτηση υποβληθείσα κατ' εφαρμογήν του άρθρου 3 του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτου κανονισμού εφαρμογής των άρθρων [81] και [82] της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25), αρκεί να εκθέσει τους λόγους για τους οποίους δεν θεώρησε δυνατό το να αποδειχθεί η ύπαρξη παραβάσεως των κανόνων του ανταγωνισμού, χωρίς να είναι υποχρεωμένη ούτε να εξηγήσει τυχόν διαφορές σε σχέση με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, που συνιστά προκαταρκτικό έγγραφο, του οποίου οι εκτιμήσεις έχουν καθαρά προσωρινό χαρακτήρα και αποσκοπούν στο να ορισθεί το αντικείμενο της διοικητικής διαδικασίας έναντι των επιχειρήσεων που αποτελούν αντικείμενο της διαδικασίας αυτής, ούτε να συζητεί όλα τα πραγματικά και τα νομικά ζητήματα που αποτέλεσαν αντικείμενο επεξεργασίας κατά τη διοικητική διαδικασία. Με την απόφασή του Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 228 ανωτέρω, το Δικαστήριο υπενθύμισε τον προσωρινό χαρακτήρα της ανακοίνωσης των αιτιάσεων και την υποχρέωση της Επιτροπής να λαμβάνει υπόψη τα στοιχεία που προκύπτουν από τη διοικητική διαδικασία, προκειμένου, ιδίως, να αποσύρει αιτιάσεις που αποδείχθηκαν αβάσιμες.

285 Επιβάλλεται, βεβαίως, η παρατήρηση ότι η ως άνω νομολογία αναπτύχθηκε αναφορικά με διαδικασίες εφαρμογής των άρθρων 81 ΕΚ και 82 ΕΚ και όχι στον ειδικό τομέα του ελέγχου των συγκεντρώσεων, στο πλαίσιο του οποίου η τήρηση των επιτακτικών προθεσμιών που διέπουν την εκ μέρους της Επιτροπής έκδοση αποφάσεων δεν της παρέχει τη δυνατότητα να παρατείνει την έρευνά της, καθιστώντας κατ' αυτόν τον τρόπο λιγότερο πιθανή μια θεμελιώδη μεταβολή θέσεως κατά την εξέλιξη της διοικητικής διαδικασίας. Εξάλλου, με τις τελικές παρατηρήσεις της, η Επιτροπή υπογράμμισε ότι τα μεταγενέστερα της διεξαγωγής της ακρόασεως μέτρα έρευνας συνίστανται, κατ' ουσίαν, στη διαβούλευση με τους επιχειρηματίες της αγοράς ως προς τις προτεινόμενες δεσμεύσεις και δεν αφορούν τις αιτιάσεις που διατυπώθηκαν κατά της κοινοποιηθείσας πράξεως συγκεντρώσεως. Ωστόσο, γεγονός παραμένει ότι η ανακοίνωση των αιτιάσεων συνιστά απλώς προπαρασκευαστική πράξη και ότι η τελική απόφαση πρέπει να είναι αιτιολογημένη μόνο σε σχέση με το σύνολο των περιστάσεων και των στοιχείων που είναι

κρίσιμα προς τον σκοπό της εκτιμήσεως των αποτελεσμάτων της σχεδιαζόμενης συγκεντρώσεως επί της λειτουργίας του ανταγωνισμού εντός των αγορών αναφοράς. Συνεπώς, το γεγονός και μόνον ότι η Επιτροπή δεν εξήγησε, στο σώμα της αποφάσεώς της, τις μεταβολές της θέσεώς της σε σχέση με εκείνη που περιέχεται στην ανακοίνωση των αιτιάσεων δεν μπορεί, αυτό καθ' εαυτό, να συνιστά έλλειψη αιτιολογίας ή ανεπαρκή αιτιολογία.

286 Εξάλλου, η Επιτροπή επικαλείται, επίσης, τη νομολογία ότι, αν μια συγκέντρωση μεταβάλλει μόνο σε πολύ περιορισμένο βαθμό την κατάσταση, από απόψεως ανταγωνισμού, σε μια συγκεκριμένη αγορά, η Επιτροπή δεν υποχρεούται να παράσχει ειδική αιτιολογία επί του ζητήματος αυτού, ούτε παραβαίνει την υποχρέωση αιτιολογήσεως αν δεν συμπεριλάβει στην απόφασή της ακριβή αιτιολογία ως προς την εκτίμηση ορισμένου αριθμού πτυχών της συγκεντρώσεως που της δίδουν την εντύπωση ότι είναι προδήλως άτοπες ή στερούμενες σημασίας. Αν και οι ισχυρισμοί αυτοί είναι ακριβείς, διαπιστώνεται ότι αυτοί είναι αλυσιτελείς στο πλαίσιο της υπό κρίση αιτιάσεως. Συγκεκριμένα, αφενός, η υπό κρίση αιτίαση δεν αναφέρεται σε μια περιορισμένη μεταβολή που προκλήθηκε από τη συγκέντρωση, αλλά στην προϋφιστάμενη της εν λόγω συγκεντρώσεως κατάσταση, και, αφετέρου, δεν αμφισβητείται ότι η έλλειψη επαρκούς διαφάνειας της αγοράς συνιστά τον ουσιώδη, αν όχι μοναδικό, λόγο επί του οποίου στηρίζεται η επίμαχη εκτίμηση περί ελλείψεως προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

287 Υπό το πρίσμα των ως άνω προκαταρκτικών παρατηρήσεων, πρέπει να εξετασθεί αν η απόφαση περιέχει επαρκή αιτιολογία της διαπιστώσεως ότι η αγορά δεν είναι αρκούτως διαφανής ώστε να καταστεί δυνατός ο συντονισμός των τιμών.

288 Η εξέταση του ζητήματος της διαφάνειας της αγοράς αποτελεί αντικείμενο μιας στήλης ad hoc στις αιτιολογικές σκέψεις 111 έως 113 της αποφάσεως. Ωστόσο, προκύπτει ότι η απόφαση περιέχει, επίσης, θεωρήσεις σχετικά με τη διαφάνεια εντός της στήλης που αφορά την εξέταση της κοινής πολιτικής των μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των τιμών εντός των πέντε μεγάλων κρατών μελών, με τις αιτιολογικές σκέψεις 69 έως 108, στην οποία αναφέρεται η στήλη ad hoc, καθώς και εντός της στήλης που αφορά την εκτίμηση της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως εντός των αγορών των μικρών χωρών, με τις αιτιολογικές σκέψεις 148 έως 153, στην οποία δεν παραπέμπει η στήλη ad hoc. Επομένως, πρέπει να εξετασθούν διαδοχικά οι λόγοι που εκτίθενται στις τρεις αυτές στήλες.

- 289 Όσον αφορά τη στήλη *ad hoc*, επιβάλλεται, εκ προοιμίου, η παρατήρηση ότι αυτή περιέχει μόνον τρεις αιτιολογικές σκέψεις, καίτοι η διαφάνεια συνιστά εν προκειμένω, σύμφωνα με την απόφαση και ακόμη περισσότερο σύμφωνα με τη θέση που υπερασπίσθηκε η Επιτροπή με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, τον ουσιώδη, αν όχι μοναδικό, λόγο επί του οποίου στηρίζεται ο ισχυρισμός ότι δεν υπάρχει συλλογική δεσπόζουσα θέση στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής. Επίσης, πρέπει να επισημανθεί ότι στην ως άνω στήλη δεν συνήχθη το συμπέρασμα ότι η αγορά δεν είναι διαφανής, ούτε καν ότι δεν είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή μια σιωπηρή συμπαιγνία. Αφενός, στην αιτιολογική σκέψη 111 *in fine*, μνημονεύεται, το πολύ, ότι η ανάγκη διεξαγωγής ελέγχου στο επίπεδο των άλμπουμ, ιδίως ως προς τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, «θα μπορούσε να μειώσει τη διαφάνεια στην αγορά και να καταστήσει δυσχερέστερες τις σιωπηρές συμπράξεις» και, αφετέρου, στην αιτιολογική σκέψη 113 *in fine*, μνημονεύεται ότι, «εντούτοις, η Επιτροπή δεν εξήυρε επαρκή στοιχεία για να αποδειχθεί ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες, ελέγχοντας τις τιμές λιανικής πωλήσεως ή χρησιμοποιώντας τις επαφές αυτές με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, μπόρεσαν, κατά το παρελθόν, να υπερβούν το έλλειμμα διαφάνειας στον τομέα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, όπως αυτό περιγράφεται όσον αφορά τα πέντε μεγάλα κράτη μέλη». Προφανώς, τέτοιοι ισχυρισμοί, οι οποίοι είναι αόριστοι και δεν συνοδεύονται από την παραμικρή διευκρίνιση σχετικά, ιδίως, με τη φύση των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, τις περιστάσεις υπό τις οποίες αυτές μπορούν να εφαρμοσθούν, τον βαθμό αδιαφάνειας των εν λόγω εκπτώσεων, το εύρος τους ή τον αντίκτυπό τους στη διαφάνεια των τιμών, δεν μπορούν να αιτιολογήσουν επαρκώς κατά νόμον τη διαπίστωση ότι η αγορά δεν είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.
- 290 Εν συνεχεία, προκύπτει ότι, εκτός από τα δύο αποσπάσματα που μνημονεύθηκαν ανωτέρω, όλοι οι παράγοντες που εκτίθενται στις αιτιολογικές σκέψεις 111 έως 113 της αποφάσεως, οι οποίοι πόρρω απέχουν από το να στοιχειοθετούν την ύπαρξη αδιαφάνειας στην αγορά, καταδεικνύουν, αντιθέτως, την ύπαρξη διαφάνειας στην εν λόγω αγορά.
- 291 Έτσι, η αιτιολογική σκέψη 111 αναφέρεται στον περιορισμένο αριθμό τιμών αναφοράς και στο γεγονός ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες πρέπει να ελέγχουν μόνον τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ, μεταξύ αυτών που σημείωσαν τις καλύτερες πωλήσεις, προκειμένου να παρακολουθήσουν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων, καθ' ό μέτρο οι 20 τίτλοι που σημείωσαν τις καλύτερες πωλήσεις αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον το ήμισυ των ετησίων πωλήσεων σε οποιαδήποτε χώρα.

292 Περαιτέρω, η αιτιολογική σκέψη 112 αναφέρει ότι «υπάρχουν στην αγορά άλλοι μηχανισμοί που αυξάνουν τη διαφάνεια και θα μπορούσαν να διευκολύνουν τον έλεγχο της τηρήσεως μιας συμπράξεως». Μεταξύ αυτών συγκαταλέγεται, κατ' αρχάς, η δημοσίευση εβδομαδιαίων καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών, που παρέχουν πληροφορίες ως προς τις πωλήσεις ανά τίτλο και καθιστούν δυνατό τον πολύ εύκολο εντοπισμό των τίτλων που καθίστανται «επιτυχημένα τραγούδια», πράγμα το οποίο, όπως διευκρινίζεται, «διευκολύνει αισθητά τον έλεγχο εκ μέρους των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών». Εν συνεχεία, εκτίθεται ότι η φύση της αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής είναι τέτοια ώστε, «για να επιτύχει από οικονομικής απόψεως, ένας έμπορος λιανικής πωλήσεως μουσικών έργων οφείλει να διαθέτει προϊόντα όλων των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών» και ότι «ο τομέας χαρακτηρίζεται, ως εκ τούτου, από σταθερές και διαρκείς σχέσεις μεταξύ εμπόρων λιανικής πωλήσεως και μεγάλων δισκογραφικών εταιριών». Επίσης, η Επιτροπή επισημαίνει ότι, «[ε]πιπλέον, ένα μεγάλο μέρος των πωλήσεων ηχογραφημένης μουσικής των [μεγαλύτερων εταιριών] διοχετεύεται προς έναν περιορισμένο αριθμό πελατών» και συνάγει ότι «[α]υτή η κατάσταση, η οποία χαρακτηρίζεται από την ύπαρξη μικρού αριθμού δραστηριοποιούμενων εντός της αγοράς, ευνοεί την υιοθέτηση στρατηγικών συνεργασίας που εξυπηρετούν τα συμφέροντα των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών και διευκολύνει, επίσης, τον έλεγχο και την κυκλοφορία των πληροφοριών».

293 Διαπιστώνεται, ακόμη, ότι η ως άνω απαρίθμηση των μηχανισμών και των παραγόντων που αυξάνουν τη διαφάνεια και διευκολύνουν τον έλεγχο της τηρήσεως των συμπράξεων συνεχίζεται στην τελευταία αιτιολογική σκέψη της στήλης ad hoc σχετικά με τη διαφάνεια στην αγορά. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή εκθέτει, στην αιτιολογική σκέψη 113, ότι «μια άλλη πηγή διαφάνειας είναι ο έλεγχος της αγοράς λιανικής». Συναφώς, διευκρινίζει ότι «[η] έρευνα αγοράς αποκάλυψε ότι η Sony και η BMG [είχαν] θέσει σε λειτουργία ένα σύστημα εβδομαδιαίων εκθέσεων [...] που περιείχαν πληροφορίες για τους ανταγωνιστές». Τέλος, η Επιτροπή αναφέρει ότι η έρευνα «επιβεβαίωσε, επίσης, ότι οι μονάδες πωλήσεων των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών [διατηρούσαν] τακτικές και μόνιμες επαφές με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως και τους εμπόρους χονδρικής πωλήσεως, λαμβανομένου υπόψη ότι οι διαπραγματεύσεις σχετικά με την υποστήριξη και τις εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων διεξήγοντο συχνά επί εβδομαδιαίας βάσεως».

294 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι, στη στήλη ad hoc της αποφάσεως, που είναι αφιερωμένη στην εξέταση της διαφάνειας, η Επιτροπή όχι μόνο δεν συνήγαγε ότι η αγορά ήταν αδιαφανής ή όχι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, αλλά, επιπλέον, αναφέρθηκε μόνο σε παράγοντες δυναμένους να δημιουργήσουν μεγάλη διαφάνεια στην αγορά και να

διευκολύνουν τον έλεγχο της τηρήσεως μιας συμπαιγνίας, με μόνη εξαίρεση τον ισχυρισμό, που έχει αρκούτως περιορισμένη έκταση και είναι αστήρικτος, ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων θα μπορούσαν να μειώσουν τη διαφάνεια και να καταστήσουν δυσχερέστερες τις σιωπηρές συμπράξεις. Επομένως, διαπιστώνεται ότι η ως άνω στήλη προδήλως δεν μπορούσε, από μόνη της, να θεωρηθεί ως αιτιολογούσα επαρκώς κατά νόμον τον ισχυρισμό ότι η αγορά δεν είναι αρκούτως διαφανής.

295 Εν συνεχεία, πρέπει να εξετασθεί αν μια τέτοια αιτιολογία περιέχεται στη στήλη που αφορά την ανάλυση της κοινής πολιτικής των μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των τιμών.

296 Εκ προοιμίου, είναι χρήσιμο να υπομνησθεί ότι η ακολουθηθείσα μέθοδος και οι πραγματοποιηθείσες διαπιστώσεις είναι, υπό την επιφύλαξη πολύ ελαφρών διακυμάνσεων, πανομοιότυπες για τις αγορές των πέντε μεγάλων χωρών, οπότε οι ακόλουθες παρατηρήσεις που έγιναν σχετικά με το Ηνωμένο Βασίλειο ισχύουν, *mutatis mutandis*, για το σύνολο των πέντε μεγάλων αγορών.

297 Η Επιτροπή, αφού διατύπωσε την ύπαρξη εν μέρει παρόμοιας εξελίξεως των πραγματικών μέσων καθαρών τιμών και συγκρίσιμης εξελίξεως των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών στο Ηνωμένο Βασίλειο, αναφέρει, στην αιτιολογική σκέψη 75 της αποφάσεως, ότι εξέτασε, εν συνεχεία, αν συμπληρωματικά στοιχεία, ήτοι οι τιμές καταλόγου και οι εκπτώσεις, ήσαν ευθυγραμμισμένα και αρκούτως διαφανή για να παράσχουν επαρκή αποδεικτικά στοιχεία προς πιστοποίηση της υπάρξεως του συντονισμού.

298 Επιβάλλεται, εκ προοιμίου, η παρατήρηση ότι, με την υπό εξέταση στήλη, η Επιτροπή αποσκοπεί στο να εξετάσει αν η συμπεριφορά των μεγαλύτερων εταιριών είναι ικανή να αποδείξει την ύπαρξη συντονισμού. Πάντως, με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή υπογράμμισε επανειλημμένως την ανάγκη να μη συγχέεται η κοινή πολιτική των δραστηριοποιουμένων στην αγορά με την απόδειξη περί της υπάρξεως διαφάνειας στην αγορά, διευκρινίζοντας ότι ακόμη και μια ουσιώδης ευθυγράμμιση των όρων που εφαρμόζονται δεν θα ήταν ικανή να αποδείξει την ύπαρξη διαφάνειας της αγοράς. Συνεπώς, σύμφωνα με τον ισχυρισμό της Επιτροπής, οι διαπιστώσεις σχετικά με τις πρακτικές των μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των τιμών και των εκπτώσεων

είναι αλυσιτελείς προς τον σκοπό της εκτιμήσεως της διαφάνειας της αγοράς. Υπό τις συνθήκες αυτές, οι παρατηρήσεις που περιέχονται στην ως άνω στήλη δεν θα παρείχαν τη δυνατότητα να αντισταθμισθεί η ανεπαρκής αιτιολογία που επισημάνθηκε ανωτέρω. Ωστόσο, δεδομένου ότι ο ισχυρισμός αυτός δεν είναι σύμφωνος με την απόφαση, το Πρωτοδικείο κρίνει αναγκαίο να εξετάσει αν οι διαπιστώσεις που περιέχονται στην ως άνω στήλη μπορούν να παράσχουν επαρκή αιτιολογία της διαπιστώσεως περί ελλείψεως διαφάνειας στην αγορά.

299 Όσον αφορά, πρώτον, τις ΔΤΠ, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι κάθε μεγάλη δισκογραφική εταιρία πραγματοποίησε, με τις τρεις σημαντικότερες ΔΤΠ της, άνω του 80 % του συνόλου των 100 καλύτερων καθαρών πωλήσεων απλών άλμπουμ το 2003 και ότι, επιπλέον, μία ή δύο ΔΤΠ που συμπεριλαμβάνονταν εντός ορίου διακυμάνσεως 17 πενών (μεταξύ 8,98 και 9,15 λιρών στερλινών) αντιπροσώπευαν άνω του 47 % των 100 καλύτερων πωλήσεων (λαμβάνομένου υπόψη ότι τα αριθμητικά στοιχεία είναι αρκούντως παρεμφερή στις άλλες μεγάλες χώρες και ότι μία ή δύο ΔΤΠ που συμπεριλαμβάνονταν εντός ορίου διακυμάνσεως 0,36 ευρώ —μεταξύ 12,55 και 12,91 ευρώ— αντιπροσώπευαν, παραδείγματος χάρη, άνω του 60 % των 100 καλύτερων πωλήσεων στην Ιταλία). Η Επιτροπή συνήγαγε ότι «οι τιμές καταλόγου των άλμπουμ που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις δίδουν την εντύπωση ότι είναι μάλλον ευθυγραμμισμένες». Διαπιστώνεται ότι πρόκειται για ένα συμπέρασμα τουλάχιστον μετριοπαθές, δεδομένου ότι η ευθυγράμμιση ήταν όντως πολύ εμφανής.

300 Εξάλλου, επιβάλλεται συναφώς η παρατήρηση ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή δεν επισήμανε ότι οι τιμές ήσαν απλώς «μάλλον ευθυγραμμισμένες», αλλά ότι όντως ήσαν «ουσιωδώς ευθυγραμμισμένες» (κατά το σημείο 82 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, «οι επιμέρους τιμές των ΔΤΠ είναι εγγύτατες» και το σημείο 87 αναφέρεται σε μια «ουσιώδη ευθυγράμμιση»). Όσον αφορά τους 20 δίσκους που έχουν τις περισσότερες πωλήσεις, η Επιτροπή είχε μάλιστα μνημονεύσει την ύπαρξη σχεδόν πλήρους ευθυγραμμίσεως (βλ. σημεία 85 και 86 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων), αλλά το στοιχείο αυτό της αναλύσεως δεν επανελήφθη εντός της αποφάσεως, χωρίς, ωστόσο, η Επιτροπή, η οποία ερωτήθηκε συναφώς κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, να υποστηρίξει ότι η ανάλυση ήταν ανακριβής ή να μπορέσει να εξηγήσει τους λόγους της εξαλείψεως του ως άνω στοιχείου της αναλύσεως. Επιπλέον, η αιτιολογική σκέψη 72 της αποφάσεως μνημονεύει μόνον τέσσερα στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η ανάλυση της κοινής πολιτικής στον τομέα των τιμών, ενώ το σημείο 75 της ανακοινώσεως των

αιτιάσεων αναφερόταν, επίσης, σε ένα πέμπτο στοιχείο. Πάντως, μολονότι, όπως υπομνήσθηκε ανωτέρω, η ανακοίνωση των αιτιάσεων είναι μόνον ένα προσωρινό έγγραφο και μολονότι η Επιτροπή έχει κάλλιστα το δικαίωμα, και μάλιστα την υποχρέωση, να μεταβάλει τη θέση της υπό το πρίσμα των πληροφοριών που έλαβε κατά τη διάρκεια της έρευνάς της, δεν δύναται, αντιθέτως, να εξαλείψει ορισμένα κρίσιμα στοιχεία μόνο για τον λόγο ότι τα στοιχεία αυτά δεν συμβιβάζονται, ενδεχομένως, με τη νέα εκτίμησή της.

301. Εν πάση περιπτώσει, η Επιτροπή, έστω και αν εξέτασε μόνον τις παρατηρήσεις που διαλαμβάνονται στην απόφαση, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι τιμές καταλόγου ήσαν μάλλον ευθυγραμμισμένες.
302. Ομοίως, η αιτιολογική σκέψη 76 της αποφάσεως αναφέρει ότι οι ΔΤΠ είναι «αρκούντως διαφανείς, καθόσον εμφανίζονται στους καταλόγους των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών» και ότι «φαίνεται, επομένως, δυνατό να ελεγχθούν οι τιμές καταλόγου άλλων μεγάλων δισκογραφικών εταιριών». Καίτοι η ως άνω εκτίμηση είναι, επίσης εν προκειμένω, πολύ μετριοπαθής και εντόνως απαμβλυθείσα σε σχέση με εκείνη που περιλαμβάνεται στην ανακοίνωση των αιτιάσεων (συγκεκριμένα, το σημείο 81 της τελευταίας ανέφερε ότι «[η] Επιτροπή εκτιμά ότι είναι πολύ εύκολο για τις μεγαλύτερες εταιρίες το να εποπτεύουν τις ΔΤΠ με τις οποίες τα νέα επιτυχημένα άλμπουμ διατίθενται στην αγορά, καθόσον οι εν λόγω ΔΤΠ είναι στη διάθεση του κοινού εντός των καταλόγων των μεγαλύτερων εταιριών», γεγονός παραμένει ότι η εν λόγω εκτίμηση υπογραμμίζει ένα συμπληρωματικό στοιχείο που ευνοεί τη διαφάνεια στην αγορά. Το γεγονός ότι οι μικτές τιμές (τιμές καταλόγου) είναι δημοσίως γνωστές ενέχει οπωσδήποτε μεγάλη σπουδαιότητα για τη διαφάνεια στον τομέα των τιμών.
303. Έτσι, προκύπτει ότι, σύμφωνα με τη διατύπωση της αποφάσεως, οι τιμές καταλόγου, από την άποψη αμφοτέρων των πτυχών που εξετάστηκαν εκ μέρους της Επιτροπής, ήτοι από την άποψη της ευθυγραμμίσεως και της διαφάνειας, αποτελούν παράγοντα διαφάνειας της αγοράς.
304. Όσον αφορά, δεύτερον, τις εκπτώσεις, η αιτιολογική σκέψη 78 της αποφάσεως αναφέρει ότι η Επιτροπή διαπίστωσε «μια ορισμένη διακύμανση των εκπτώσεων που εφαρμόζουν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες» και ότι «οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου, σε σχέση με τις άλλες μορφές εκπτώσεων (συμφωνίες περί εμπορικής συνεργασίας και αναδρομικές εκπτώσεις), είναι, μακράν, οι σημαντικότερες μειώσεις τιμών που τυγχάνουν εφαρμογής». Εν συνεχεία, η Επιτροπή ελέγχει, αφενός, την ευθυγράμμιση των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου και, αφετέρου, τη διαφάνεια των εν λόγω εκπτώσεων.

305 Όσον αφορά την ευθυγράμμιση των εκπτώσεων, η αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως αναφέρει ότι «η Επιτροπή διαπίστωσε, από πελάτη σε πελάτη, έναν ορισμένο βαθμό διακυμάνσεως, καθώς και διαφορές από 2 έως 5 εκατοστιαίες μονάδες μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου της Sony και της BMG για το μεγαλύτερο μέρος των [δέκα] σημαντικότερων πελατών τους, και πλέον των 5 εκατοστιαίων μονάδων για ορισμένους πελάτες εντός ορισμένων ετών». Επιπλέον, η ως άνω αιτιολογική σκέψη μνημονεύει ότι «οι διακυμάνσεις αυτές απορρέουν, κατ' ουσίαν, από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες χρησιμοποιούνται κατά τρόπο πιο εύκαμπτο απ' ό,τι οι τακτικές εκπτώσεις, που καθορίζονται, κατά γενικό κανόνα, ετησίως» και καταλήγει ότι «δεν [μπορούσε] να αποδειχθεί, βάσει των ως άνω παρατηρήσεων, ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου [ήσαν] αρκούντως ευθυγραμμισμένες μεταξύ των [μετεχόντων στη συγκέντρωση] μερών».

306 Εκ προοιμίου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όπως μνημονεύθηκε ανωτέρω, η ανάλυση αφορά, ως εκ τούτου, τη συμπεριφορά που υιοθέτησαν οι μεγαλύτερες εταιρίες και όχι τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά της αγοράς, οπότε η εν λόγω ανάλυση έχει, το πολύ, σχετική αξία για τους σκοπούς της εκτιμήσεως του βαθμού διαφάνειας στην αγορά. Συναφώς, η Επιτροπή υπογράμμισε ότι η διαπίστωση παραλληλισμού των μέσων καθαρών τιμών των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών ή σημαντικής σταθερότητας των μέσων εκπτώσεων μιας συγκεκριμένης δισκογραφικής εταιρίας δεν αποτελούσε απόδειξη ούτε περί της υπάρξεως σιωπηρού συντονισμού ούτε περί της υπάρξεως της αναγκαίας διαφάνειας και ότι ο «βαθμός ευθυγράμμισης ή σταθερότητας σε συνολικό επίπεδο δεν μπορεί να αντικαταστήσει σημαντικές και συγκλίνουσες αποδείξεις περί της υπάρξεως επαρκούς διαφάνειας για να καταστεί δυνατό στις [επιχειρήσεις που βρίσκονται σε κατάσταση oligοπωλίου] να ελέγχουν αμοιβαίως τις συμπεριφορές τους στην αγορά». Πρέπει να συναχθεί ότι η εξέταση της ευθυγραμμίσεως των εκπτώσεων δεν συνιστά, κατά την Επιτροπή, ενδεδειγμένο κριτήριο για την εκτίμηση της διαφάνειας στην αγορά, καθ' ό μέτρο, κατά την Επιτροπή, ακόμη και η ευθυγράμμιση των εκπτώσεων δεν μπορεί να αποδείξει την ύπαρξη τέτοιας διαφάνειας. Συγκεκριμένα, το κριτήριο μπορεί να είναι ενδεδειγμένο μόνον αν παρέχει τη δυνατότητα να διαπιστωθεί τόσο η διαφάνεια όσο και η έλλειψη διαφάνειας. Ωστόσο, στον βαθμό που ο ως άνω ισχυρισμός της Επιτροπής, όπως μνημονεύθηκε ανωτέρω, δεν ευρίσκει επαρκές έρεισμα στην απόφαση, το Πρωτοδικείο θα εξετάσει αν οι παρατηρήσεις που περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις 78 και 79 αποδεικνύουν επαρκώς κατά νόμον την έλλειψη διαφάνειας της αγοράς.

307 Διαπιστώνεται, κατ' αρχάς, ότι η διακύμανση των γενικών επιπέδων των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που εφαρμόζονται από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, όπως αυτή επισημάνθηκε στην αιτιολογική σκέψη 78 της αποφάσεως, είναι πολύ ασθενής, ήτοι [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] από 2 έως 5 % των



αντιστοίχων συνολικών μικτών πωλήσεων τους στο Ηνωμένο Βασίλειο. Στην Ιταλία, η εν λόγω διακύμανση είναι σχεδόν μηδενική, ήτοι [παρालειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] μεταξύ 0 και 5% (αιτιολογική σκέψη 99 της αποφάσεως). Ομοίως, οι διαφορές από 2 έως 5% [παρालειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών για το μεγαλύτερο μέρος των δέκα σημαντικότερων πελατών τους, οι οποίες περιγράφονται στην αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως, είναι πολύ ασθενείς. Συνεπώς, τα στοιχεία που εμφανίζονται στις αιτιολογικές σκέψεις 78 και 79, καθώς και στις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις άλλες μεγάλες χώρες, δεν παρέχουν τη δυνατότητα να δικαιολογηθεί το συμπέρασμα ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου δεν είναι αρκούντως ευθυγραμμισμένες.

308 Εν συνεχεία, προκύπτει ότι, σύμφωνα με τη διατύπωση της αποφάσεως, η ως άνω ασθενής διακύμανση δίδει την εντύπωση ότι στερείται σημασίας. Συγκεκριμένα, κατά την αιτιολογική σκέψη 77 της αποφάσεως, «[η] ανάλυση της Επιτροπής κατέδειξε ότι οι καθαρές τιμές πωλήσεως είναι στενά συνδεδεμένες με τις μικτές τιμές (ΔΤΠ), δεδομένης της παράλληλης εξελίξεως, κατά τη διάρκεια των έξι τελευταίων ετών, των μέσων μικτών τιμών και των πραγματικών μέσων καθαρών τιμών της Sony και της BMG, καθώς και της πολύ μεγάλης σταθερότητας, ανά πάσα στιγμή, της αναλογίας καθαρών τιμών/μικτών τιμών, συμπεριλαμβανομένων όλων των άλμπουμ». Επιπλέον, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η Επιτροπή, η αιτιολογική σκέψη 77 της αποφάσεως δεν περιορίζεται να αναφερθεί σε μια παράλληλη εξέλιξη μόνο των μέσων μικτών και καθαρών τιμών για το σύνολο των άλμπουμ (ήτοι στη σταθερότητα της μέσης εκπτώσεως επί του συνόλου των πωλήσεων), η οποία αποκρύπτει, κατ' αυτόν τον τρόπο, τις ενδεχόμενες διαφορές ως προς τις εκπτώσεις που χορηγούνται για τα ατομικά άλμπουμ, αλλά διαπιστώνει, επίσης, την ύπαρξη σταθερότητας των εκπτώσεων ανά ατομικό άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου. Συγκεκριμένα, αν το δεύτερο μέρος της περιόδου της αιτιολογικής σκέψεως 77 αφορούσε, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, την αναλογία μέσων μικτών τιμών και καθαρών τιμών, θα ήταν περιττό, δεδομένου ότι μια τέτοια αναλογία είναι συνώνυμη της απόστασης μεταξύ των μικτών τιμών και των καθαρών τιμών, της οποίας η σταθερότητα έχει παρατηρηθεί στο πρώτο μέρος της περιόδου. Τούτο προκύπτει ακόμη σαφέστερα από το αυθεντικό κείμενο της αποφάσεως, εφόσον το εν λόγω κείμενο χρησιμοποιεί τον όρο «αναλογίες» στον πληθυντικό (πολύ σταθερές αναλογίες μικτών τιμών/καθαρών τιμών ανά άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου). Εξάλλου, το σημείο 90 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων αναφέρει, επίσης, ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι «οι αναλογίες μικτών τιμών/καθαρών τιμών ήσαν πολύ σταθερές ανά άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου για τις επιμέρους κυκλοφορίες που εξετάστηκαν από την Επιτροπή». Ομοίως, το σημείο 75, στοιχείο iv), της ανακοινώσεως των αιτιάσεων αναφέρει ότι η Επιτροπή ανέλυσε την εξέλιξη των μικτών και των καθαρών πωλήσεων των ατομικών άλμπουμ, διευκρινίζοντας, στην υποσημείωση 47, ότι «μια ανάλυση των μικτών και των καθαρών τιμών διεξήχθη ατομικώς για τις δέκα καλύτερες πωλήσεις της BMG και της Sony το 2002».

- 309 Εξάλλου, από την τελευταία περίοδο της αιτιολογικής σκέψεως 77 της αποφάσεως προκύπτει ότι οι εκπτώσεις δεν είναι ικανές να επηρεάσουν πραγματικά τη διαφάνεια της αγοράς στον τομέα των τιμών που προκύπτουν, ιδίως, από τις δημοσιευθείσες τιμές καταλόγου, στον βαθμό που διαπιστώθηκε ότι, «[α]ν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες είχαν παρεκκλίνει αισθητά από τη συμφωνηθείσα πολιτική στον τομέα των τιμών χορηγώντας εκπτώσεις, η παρέκκλιση αυτή θα ήταν ορατή στις μέσες καθαρές τιμές».
- 310 Επιπλέον, καίτοι η Επιτροπή ισχυρίζεται, με τα υπομνήματά της, ότι τα σχετικά με τις μέσες καθαρές τιμές ή τις μέσες εκπτώσεις στοιχεία δεν είναι ικανά να αποδείξουν την ύπαρξη ευθυγραμμίσεως ή συντονισμού και ότι σημασία έχουν μόνον οι ατομικές αποφάσεις περί καθορισμού των τιμών, διαπιστώνεται ότι η εν λόγω επιχειρηματολογία δεν ευρίσκει έρεισμα στην απόφαση. Έτσι, στην αιτιολογική σκέψη 70 της αποφάσεως εκτίθεται, μεταξύ άλλων, ότι «[η] Επιτροπή είναι της γνώμης ότι οι μέσες τιμές αποτελούν ενδεδειγμένο μέσον για τον προσδιορισμό του αν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες έχουν παράλληλη συμπεριφορά». Εξάλλου, αν, όπως υποστήριξε η Επιτροπή ενώπιον του Πρωτοδικείου, οι σχετικές με την πολιτική τιμών παρατηρήσεις είναι αλυσιτελείς για την εκτίμηση της διαφάνειας, τούτο θα είχε ως συνέπεια ότι οι σχετικές με τις εκπτώσεις παρατηρήσεις που περιλαμβάνονται στις αιτιολογικές σκέψεις 78 έως 80 της αποφάσεως (και στις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις αγορές των άλλων μεγάλων χωρών) δεν θα ήταν ικανές να περιλαμβάνουν την αιτιολογία της ελλείψεως διαφάνειας, εφόσον οι εκπτώσεις αποτελούν συνιστώσα των τιμών και αναλύονται στο πλαίσιο της εξετάσεως του συντονισμού στον τομέα των τιμών.
- 311 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι οι σχετικές με την ευθυγράμμιση των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου παρατηρήσεις, οι οποίες περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις 78 και 79 της αποφάσεως (και στις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις άλλες μεγάλες χώρες), δεν παρέχουν τη δυνατότητα να αιτιολογηθεί ο ισχυρισμός περί ανεπαρκούς διαφάνειας της αγοράς.
- 312 Όσον αφορά τη διαφάνεια των εκπτώσεων, η αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως αναφέρει ότι «οι απαντήσεις των Βρετανών πελατών στην έρευνα που πραγματοποίησε η Επιτροπή εντός της αγοράς κατέδειξαν, στην πλειονότητά τους, ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες ήσαν εν γνώσει, σε ορισμένο βαθμό, των τακτικών εκπτώσεων που χορηγούσαν οι ανταγωνιστές τους, δεδομένης της διαρκούς συνεργασίας τους με την ίδια πελατεία». Η ως άνω διαπίστωση επαναλαμβάνεται,

με πανομοιότυπη διατύπωση, όσον αφορά τις πέντε μεγάλες χώρες (αιτιολογικές σκέψεις 87, 94, 101 και 108 της αποφάσεως). Χωρίς να είναι αναγκαίο, στο πλαίσιο της εξετάσεως της αιτιάσεως που αντλείται από παράβαση της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως, να εξετασθεί το βάσιμο της ως άνω διαπιστώσεως, διαπιστώνεται ήδη ότι αυτή δίδει την εντύπωση ότι παρουσιάζει τον βαθμό διαφάνειας στην αγορά με πολύ μετριοπαθή μορφή ενόψει των στοιχείων επί των οποίων στηρίζεται. Ειδικότερα, όσον αφορά την Ιταλία, ουδόλως είναι δυνατό να γίνει αντιληπτό με ποιον τρόπο η Επιτροπή μπόρεσε να εκτιμήσει ότι οι απαντήσεις των πελατών κατέδειξαν, «στην πλειονότητά τους», ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν εν γνώσει μόνο «σε ορισμένο βαθμό» των εκπτώσεων που χορηγούσαν οι ανταγωνιστές τους, εφόσον η υποσημείωση 55 της αποφάσεως αναφέρει ότι «[ο]ι πέντε Ιταλοί έμποροι λιανικής πωλήσεως που απάντησαν στο ερώτημα ανέφεραν ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες γνώριζαν τις ΔΤΠ και τις εκπτώσεις που εφάρμοζαν οι ανταγωνιστές τους». Ομοίως, στην περίπτωση της Γαλλίας, από την υποσημείωση 49 της αποφάσεως προκύπτει ότι τρεις στους τέσσερις εμπόρους λιανικής πωλήσεως ανέφεραν ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες γνώριζαν τις ΔΤΠ και τις εκπτώσεις που εφάρμοζαν στην αγορά οι ανταγωνιστές τους.

- 313 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, για καμία χώρα, οι επεξηγηματικές υποσημειώσεις δεν αναφέρονται σε οποιαδήποτε διάκριση μεταξύ τακτικών εκπτώσεων και εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οπότε δεν καθίστανται φανεροί οι λόγοι για τους οποίους η Επιτροπή συνήγαγε από τις απαντήσεις των πελατών ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν μια ορισμένη γνώση μόνον των τακτικών εκπτώσεων και όχι των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.
- 314 Εν πάση περιπτώσει, διαπιστώνεται ότι, σύμφωνα με την απόφαση, η Επιτροπή εκτίμησε ότι υπήρχε μια ορισμένη διαφάνεια των τακτικών εκπτώσεων.
- 315 Έτσι, προκύπτει ότι το μόνο στοιχείο αδιαφάνειας το οποίο επισημάνθηκε με την απόφαση συνίσταται στον ισχυρισμό, εντός της αιτιολογικής σκέψεως 80 (και εντός των αντιστοίχων αιτιολογικών σκέψεων για τις άλλες μεγάλες χώρες), ότι «προκύπτει, εντούτοις, ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις και ότι ο έλεγχός τους απαιτεί, επίσης, την προσεκτική παρατήρηση της εξελίξεως αυτού του είδους των εκπτώσεων στην αγορά λιανικής».

- 316 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι δεν μνημονεύθηκε ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι αδιαφανείς, αλλά μόνον ότι οι εν λόγω εκπτώσεις είναι «λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις» και ότι ο έλεγχός τους απαιτεί προσεκτική παρατήρηση. Επιπλέον, διευκρινίσθηκε ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η Sony και η BMG είχαν θέσει σε λειτουργία ένα σύστημα εβδομαδιαίων εκθέσεων τις οποίες προσκόμιζαν οι μονάδες πωλήσεών τους, χωρίς, ωστόσο, να αποδειχθεί ότι οι εν λόγω εκθέσεις διασφάλιζαν έναν επαρκή βαθμό διαφάνειας των εν λόγω εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.
- 317 Εν συνεχεία, πρέπει να υπομνησθεί ότι, όπως προκύπτει από τη δεύτερη περίοδο της αιτιολογικής σκέψεως 150 της αποφάσεως, οι σημαντικότερες εκπτώσεις που εφαρμόζονται στο σύνολο των χωρών είναι οι τακτικές εκπτώσεις. Επομένως, σύμφωνα με την απόφαση, οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων έχουν μόνον περιορισμένη επίπτωση επί των τιμών. Ομοίως, από την αιτιολογική σκέψη 77 προκύπτει ότι οι εκπτώσεις (τόσο οι τακτικές εκπτώσεις όσο και οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) δεν επηρέασαν, κατά τη διάρκεια των έξι τελευταίων ετών, τις συμφωνηθείσες πολιτικές στον τομέα των τιμών.
- 318 Επιβάλλεται, επίσης, η παρατήρηση ότι η απόφαση δεν αναφέρει ότι η αγορά είναι αδιαφανής, ούτε καν ότι η αγορά δεν είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατός ο συντονισμός των τιμών, αλλά, το πολύ, ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς, χωρίς μάλιστα να παρέχει η απόφαση το παραμικρό πληροφοριακό στοιχείο ως προς τη φύση τους, τις περιστάσεις υπό τις οποίες χορηγήθηκαν ή τη συγκεκριμένη σημασία τους για τις καθαρές τιμές, ούτε ως προς τον αντίκτυπό τους στη διαφάνεια των τιμών.
- 319 Εξάλλου, πρέπει να υπομνησθεί ότι, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή αναφέρθηκε, με την απόφαση, σε πολλά στοιχεία και παράγοντες που ευνοούν τη διαφάνεια της αγοράς και διευκολύνουν τον έλεγχο της τηρήσεως μιας συμπτράξεως.
- 320 Συνεπώς, οι λίγοι ισχυρισμοί που αφορούν τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και οι οποίοι περιέχονται στη στήλη της αποφάσεως που αφορά την εξέταση του συντονισμού των τιμών εντός των μεγάλων χωρών, στον βαθμό που είναι ανακριβείς, αστήρικτοι, και μάλιστα αντιφάσκοντες προς άλλες παρατηρήσεις που εμφανίζονται στην απόφαση, δεν μπορούν να αποδείξουν την αδιαφάνεια της αγοράς ούτε καν των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Επιπλέον, οι εν λόγω ισχυρισμοί περιορίζονται να αναφέρουν ότι οι εκπτώσεις για

λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις, αλλά δεν εξηγούν με ποιον τρόπο οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων θα ήσαν κατάλληλες για τη διαφάνεια στην αγορά και δεν παρέχουν τη δυνατότητα να γίνει αντιληπτό με ποιον τρόπο οι εν λόγω εκπτώσεις θα μπορούσαν, από μόνες τους, να αντισταθμίσουν όλους τους άλλους παράγοντες της διαφάνειας στην αγορά που προσδιορίστηκαν με την απόφαση και, κατ' αυτόν τον τρόπο, να εξαλείψουν τη διαφάνεια που είναι αναγκαία για την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

321 Τέλος, όσον αφορά τις παρατηρήσεις που περιέχονται στη στήλη της αποφάσεως που είναι αφιερωμένη στην εκτίμηση της καταστάσεως εντός των μικρών χωρών, η Επιτροπή επισημαίνει, κατ' αρχάς, στην αιτιολογική σκέψη 149 της αποφάσεως, ότι οι ΔΤΠ χρησιμοποιούνται κατά αρκούντως συγκρίσιμο τρόπο εντός των μεγάλων χωρών. Συναφώς, επισημαίνει ότι το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεων πραγματοποιείται στο πλαίσιο λίγων ΔΤΠ και ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες χρησιμοποιούν τις ΔΤΠ κατά παράλληλο τρόπο, διευκρινίζοντας ότι, «[ό]πως πιστοποιούν τα αριθμητικά στοιχεία που παρατίθενται για καθεμία από τις μικρές χώρες, όσον αφορά τις Κάτω Χώρες και το Βέλγιο, οι δύο σημαντικότερες ΔΤΠ της Sony και της BMG είναι πρακτικώς ταυτόσημες». Η Επιτροπή συνάγει ότι υπήρχε μεταξύ των ΔΤΠ των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών υψηλό επίπεδο παρόμοιας εξελίξεως των εν λόγω τιμών. Έτσι, από την αιτιολογική σκέψη 149 προκύπτει ότι η Επιτροπή διαπίστωσε, εντός των μικρών χωρών, μια ακόμη εμφανέστερη διαφάνεια και ευθυγράμμιση των ΔΤΠ απ' ό,τι εντός των μεγάλων χωρών.

322 Όσον αφορά τις εκπτώσεις που χορηγούνται εντός των μικρών χωρών, διαπιστώνεται ότι η εν λόγω στήλη δεν περιέχει καμία παρατήρηση σχετικά με τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και ότι οι εν λόγω εκπτώσεις δεν έχουν μνημονευθεί. Αντιθέτως, η Επιτροπή αναφέρει, στην αιτιολογική σκέψη 150 της αποφάσεως, ότι, όπως και εντός των πέντε μεγάλων χωρών, οι σημαντικότερες εκπτώσεις που εφαρμόζονται εντός του συνόλου των μικρών χωρών είναι οι τακτικές εκπτώσεις.

323 Εξάλλου, ναι μεν η Επιτροπή αναφέρει ότι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου, πολύ σημαντικής εκτάσεως, χορηγούνται από τη Sony και την BMG, ότι το ύψος των εν λόγω εκπτώσεων ποικίλλει από πελάτη σε πελάτη και ότι το επίπεδό τους διαφέρει, επίσης, μεταξύ της BMG και της Sony, καθώς και ότι οι εκπτώσεις αυτές δεν

καθίστανται δημοσίως γνωστές και καταλήγουν σε μείωση της διαφάνειας, πλην όμως δεν παρέχει κανένα αριθμητικό στοιχείο ως προς τη σπουδαιότητα ή τη διακύμανσή τους. Επιπλέον, δεν διευκρινίστηκε αν, και σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, τα χαρακτηριστικά της αγοράς καθιστούν, όπως στα μεγάλα κράτη, τουλάχιστον, τις τακτικές εκπτώσεις διαφανείς. Ομοίως, δεν μνημονεύθηκε αν οι εκπτώσεις (τακτικές εκπτώσεις ή/και εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) οδηγούν σε διαφορετικές καθαρές τιμές, λαμβανομένου υπόψη ότι η ένδειξη ότι «η Επιτροπή δεν απέδειξε την ύπαρξη επαρκών αποδεικτικών στοιχείων προκειμένου να πιστοποιηθεί ότι ένας παραλληλισμός των μέσων καθαρών τιμών θα μπορούσε να αποδοθεί σε σιωπηρή συμπαιγνία» δίδει μάλλον την εντύπωση ότι τούτο δεν ισχύει.

324 Συνεπώς, ούτε η αφορώσα τις μικρές χώρες στήλη περιλαμβάνει αιτιολογία της διαπιστώσεως ότι η αγορά δεν είναι διαφανής λόγω των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Εν πάση περιπτώσει, η υφιστάμενη κατάσταση εντός των μικρών χωρών δεν μπορεί να αποτελεί βάσιμη αιτιολογία της αφορώσας τον βαθμό διαφάνειας των αγορών των μεγάλων χωρών διαπιστώσεως.

325 Από το σύνολο των ανωτέρω σκέψεων προκύπτει ότι η αιτίαση που αντλείται από ανεπαρκή αιτιολογία της αφορώσας τη διαφάνεια της αγοράς διαπιστώσεως είναι βάσιμη, πράγμα που δικαιολογεί, αφ' εαυτού, την ακύρωση της αποφάσεως.

326 Ως εκ περισσού, το Πρωτοδικείο θα εξετάσει εντούτοις, επιπλέον, τις αιτιάσεις και τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας σύμφωνα με τις οποίες τα στοιχεία που προέβαλε η Επιτροπή προκειμένου να αποδείξει την ανεπαρκή διαφάνεια της αγοράς πάσχουν λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως.

β) Επί της αιτιάσεως που αντλείται από πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως

327 Πρέπει να υπομνησθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι οι ουσιαστικοί κανόνες του κανονισμού, ειδικότερα δε το άρθρο 2, παρέχουν στην Επιτροπή ορισμένη διακριτική εξουσία,

ιδίως όσον αφορά τις εκτιμήσεις οικονομικής φύσεως. Κατά συνέπεια, ο εκ μέρους του κοινοτικού δικαστή έλεγχος της ασκήσεως μιας τέτοιας εξουσίας, που είναι ουσιώδης για τον καθορισμό των κανόνων στον τομέα των συγκεντρώσεων, πρέπει να ασκείται λαμβανομένου υπόψη του περιθωρίου εκτιμήσεως, το οποίο στηρίζεται στους οικονομικής φύσεως κανόνες που απαρτίζουν το καθεστώς των συγκεντρώσεων (αποφάσεις Kali & Salz, σκέψη 245 ανωτέρω, σκέψεις 223 και 224, και Επιτροπή κατά Tetra Laval, σκέψη 232 ανωτέρω, σκέψη 38· αποφάσεις του Πρωτοδικείου Gencor κατά Επιτροπής, σκέψη 246 ανωτέρω, σκέψεις 164 και 165· Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 64· της 25ης Οκτωβρίου 2002, T-80/02, Tetra Laval κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-4519, σκέψη 119, και της 14ης Δεκεμβρίου 2005, T-210/01, General Electric κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-5575, σκέψη 60).

328 Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει τα εξής:

«Ναι μεν το Δικαστήριο αναγνωρίζει στην Επιτροπή περιθώριο εκτιμήσεως σε οικονομικά ζητήματα, πλην όμως τούτο δεν συνεπάγεται ότι ο κοινοτικός δικαστής δεν πρέπει να ελέγχει την από την Επιτροπή ερμηνεία στοιχείων οικονομικής φύσεως. Συγκεκριμένα, ο κοινοτικός δικαστής οφείλει να εξακριβώσει όχι μόνο την ακρίβεια των αποδεικτικών στοιχείων των οποίων έγινε επίκληση, την αξιοπιστία και τη συνοχή τους, αλλά οφείλει και να ελέγξει αν τα στοιχεία αυτά αποτελούν το σύνολο των κρίσιμων δεδομένων που πρέπει να ληφθούν υπόψη για να αξιολογηθεί μια περίπλοκη κατάσταση και αν μπορούν να στηρίξουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών.» (Απόφαση Επιτροπή κατά Tetra Laval, σκέψη 232 ανωτέρω, σκέψη 39.)

329 Ακριβώς υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων πρέπει να εξετασθεί αν οι αφορώσες τη διαφάνεια της αγοράς εκτιμήσεις της Επιτροπής πάσχουν λόγω πρόδηλης πλάνης.

330 Η προσφεύγουσα παρατηρεί, ευθύς εξ αρχής, ότι, πριν από την έκδοση της αποφάσεως, οι αγορές της ηχογραφημένης μουσικής θεωρούντο αρκούντως διαφανείς για να καταστεί δυνατή η δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

- 331 Συναφώς, η προσφεύγουσα υπενθυμίζει ότι, στο πλαίσιο της εξετάσεως του σχεδίου συγκεντρώσεως μεταξύ της EMI και της Time Warner, η Επιτροπή είχε διαπιστώσει ότι η αγορά της ηχογραφημένης μουσικής χαρακτηρίζεται από προϊόντα με τυποποιημένες τιμές (standardised pricing products) και είναι «πολύ διαφανής» (βλ. σημεία 37, 38 και 57 της ανακοίνωσης των αιτιάσεων σχετικά με το σχέδιο συγκεντρώσεως EMI/Time Warner).
- 332 Η προσφεύγουσα προσθέτει ότι το Office of Fair Trading, με την έκθεσή του, που εκδόθηκε τον Σεπτέμβριο του 2002, επί της αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής στο Ηνωμένο Βασίλειο («Wholesale supply of compact discs»), εκτίμησε, επίσης, ότι η αγορά παρουσίαζε υψηλό βαθμό διαφάνειας και εντόπισε μια σειρά παραγόντων (ειδικότερα, την εβδομαδιαία δημοσίευση των καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών, τις κοινές πωλήσεις και τις τακτικές επισκέψεις προς τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως για την εξακρίβωση των αποθεμάτων) που καθιστούσαν διαθέσιμες περισσότερες πληροφορίες για τους ανταγωνιστές απ' ό,τι σε πολλούς άλλους κλάδους παραγωγής (βλ. σημείο 114 της ανακοίνωσης των αιτιάσεων).
- 333 Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, εν προκειμένω, μετά από μια πρώτη εξέταση του σχεδίου συγκεντρώσεως μεταξύ της Sony και της Bertelsmann, το οποίο κοινοποιήθηκε στις 9 Ιανουαρίου 2004, και μετά από μια πρώτη έρευνα εντός της αγοράς, ιδίως μεταξύ των εμπόρων λιανικής πωλήσεως και των μεγαλύτερων εταιριών, η Επιτροπή, με απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2004, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η πράξη δημιουργούσε σοβαρές αμφιβολίες ως προς το αν συμβιβαζόταν με την κοινή αγορά και, ως εκ τούτου, κίνησε διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού. Κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αυτής, η Επιτροπή συνέχισε την έρευνά της και απηύθυνε μια σειρά αιτήσεων παροχής πληροφοριών στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη (στις 19 Φεβρουαρίου, 5 Μαρτίου, 17 Μαρτίου, 23 Μαρτίου, την 1η Απριλίου και στις 10 Μαΐου 2004), στις άλλες μεγαλύτερες εταιρίες (στις 11 Μαρτίου και στις 10 Μαΐου 2004), καθώς και στους διάφορους δραστηριοποιούμενους στην αγορά (βλ., ιδίως, το ερωτηματολόγιο της 16ης Απριλίου 2004 προς τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως). Βάσει της εξετάσεως του συνόλου των ληφθέντων στοιχείων και πληροφοριών, καθώς και των συζητήσεων με τη Sony και την BMG, η Επιτροπή εξέδωσε, στις 24 Μαΐου 2004, ανακοίνωση των αιτιάσεων με την οποία συνήγαγε προσωρινώς ότι η πράξη συγκεντρώσεως ήταν ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά, ιδίως επειδή θα ενίσχυε μια συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής.



334 Η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή, αφενός, διαπίστωσε την ύπαρξη παραλληλισμού των τιμών των μεγαλύτερων εταιριών, τόσο των μικτών όσο και των καθαρών, και, αφετέρου, εκτίμησε ότι η αγορά ήταν αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η ανάπτυξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των μεγαλύτερων εταιριών και η εποπτεία του συντονισμού των τιμών (βλ., ιδίως, σημείο 93 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων). Στα σημεία 94 έως 115 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή ανέλυσε, συναφώς, δέκα παράγοντες που καθιστούν την αγορά της ηχογραφημένης μουσικής ιδιαίτερα ευνοϊκή για τον συντονισμό και διευκολύνουν τον έλεγχο ενός τέτοιου συντονισμού. Έτσι, η Επιτροπή επισήμανε: α) την ομοιογένεια του προϊόντος· β) τον περιορισμένο αριθμό των ΔΤΠ· γ) τον περιορισμένο αριθμό των σχετικών άλμπουμ· δ) την εβδομαδιαία δημοσίευση των καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών· ε) τη σταθερότητα της πελατείας· στ) τη σχετική σταθερότητα των μεριδίων αγοράς· ζ) τον μεγάλο αριθμό των επαφών που οφείλονται στην κάθετη ολοκλήρωση των μεγαλύτερων εταιριών· η) τον μεγάλο αριθμό των διαρθρωτικών συνδέσμων μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών, όπως είναι οι κοινοπραξίες για τις μουσικές συλλογές και τη διανομή, καθώς και οι συμφωνίες σχετικά με την άδεια μεταδόσεως μουσικών έργων και τη διανομή· θ) την από κοινού συμμετοχή στις ενώσεις του κλάδου παραγωγής και ι) την από κοινού διαπραγμάτευση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

335 Έτσι, ναι μεν προκύπτει ότι, αντιθέτως προς την εκτίμηση στην οποία κατέληξε η Επιτροπή με την απόφαση, η οικεία αγορά είχε θεωρηθεί, τόσο από την Επιτροπή όσο και από την αρχή ανταγωνισμού του Ηνωμένου Βασιλείου, όσον αφορά τη βρετανική αγορά, ότι είναι λίαν διαφανής και, εν πάση περιπτώσει, αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η αναγκαία εποπτεία ενός σωληρηρού συντονισμού των τιμών, πλην όμως μόνον το γεγονός αυτό δεν μπορεί, αφ' εαυτού, να αποδείξει ότι η αντίθετη θέση που υιοθέτησε η Επιτροπή με την απόφαση βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως. Συγκεκριμένα, αφενός, οι εκτιμήσεις στις οποίες προέβη μια εθνική αρχή ανταγωνισμού δεν μπορούν καθ' οιονδήποτε τρόπο να δεσμεύουν την Επιτροπή κατά την ανάλυσή της και, αφετέρου, όπως υπομνήσθηκε ανωτέρω, η ανακοίνωση των αιτιάσεων συνιστά απλώς προπαρασκευαστικό έγγραφο του οποίου οι εκτιμήσεις έχουν καθαρά προσωρινό χαρακτήρα και η Επιτροπή υποχρεούται να λαμβάνει υπόψη τα στοιχεία που συνελέγησαν κατά τη διοικητική διαδικασία, καθώς και τα επιχειρήματα που προβλήθηκαν από τις οικείες επιχειρήσεις, ώστε να αποσύρει αιτιάσεις που αποδείχθηκαν οριστικώς αβάσιμες. Βεβαίως, η παρατήρηση αυτή ισχύει, κατά μείζονα λόγο, προκειμένου περί των προσωρινών εκτιμήσεων που διατυπώθηκαν προ πολλών ετών στο πλαίσιο της εξετάσεως άλλης πράξεως συγκεντρώσεως ή περί των εκτιμήσεων που διατυπώθηκαν από άλλη αρχή ανταγωνισμού εντός διαφορετικού πλαισίου. Ωστόσο, τούτο δεν σημαίνει ότι η ανακοίνωση των αιτιάσεων στερείται παντελώς αξίας ή ότι είναι παντελώς αλυσιτελής. Συγκεκριμένα, προκειμένου να αποφευχθεί το ενδεχόμενο να

στερηθεί της παραμικρής αξίας η όλη διοικητική διαδικασία έρευνας, όχι μόνον η Επιτροπή πρέπει να είναι σε θέση να εξηγήσει, βεβαίως όχι εντός της αποφάσεως, αλλά, τουλάχιστον, στο πλαίσιο της ενώπιον του Πρωτοδικείου διαδικασίας, τους λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι οι προσωρινές εκτιμήσεις της ήσαν εσφαλμένες, αλλά προπάντων οι εκτιμήσεις που περιέχονται στην απόφαση πρέπει να είναι συμβατές με τις αφορώσες τα πραγματικά περιστατικά διαπιστώσεις που περιλαμβάνονται στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, καθ' ό μέτρο δεν αποδείχθηκε ότι οι εν λόγω διαπιστώσεις ήσαν ανακριβείς.

336 Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, κυρίως, ότι όλες οι αποδείξεις τις οποίες συνέλεξε η Επιτροπή και οι οποίες περιέχονται τόσο στην ανακοίνωση των αιτιάσεων όσο και στην απόφαση καταδεικνύουν ότι οι τιμές που εφαρμόζουν οι μεγαλύτερες εταιρίες είναι διαφανείς και, βεβαίως, αρκούντως διαφανείς για να καταστεί δυνατός ο σιωπηρός συντονισμός. Η Επιτροπή δεν προσκόμισε καμία απόδειξη από την οποία να προκύπτει η αδιαφάνεια της αγοράς, αλλά αρκέσθηκε να συναγάγει από τις προβαλλόμενες διακυμάνσεις των εκπτώσεων ότι αυτές μπορούσαν να μειώσουν τη διαφάνεια. Η προσφεύγουσα διατυπώνει μια σειρά αιτιάσεων σχετικά με τις αφορώσες τις εκπτώσεις θεωρήσεις και υποστηρίζει ότι η Επιτροπή προσέδωσε υπερβολική σπουδαιότητα στις εκπτώσεις, και ιδίως στις εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων, χωρίς καν να εξετάσει τη λυσιτέλειά τους.

337 Πρέπει να εξετασθούν διαδοχικώς οι αιτιάσεις και τα επιχειρήματα που αφορούν τους παράγοντες διαφάνειας της αγοράς που εκτίθενται στην απόφαση και, εν συνεχεία, εκείνα που αποσκοπούν στην αμφισβήτηση των προβαλλομένων παραγόντων αδιαφάνειας, αφού συγκριθούν ταυτοχρόνως με τα επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προέβαλαν η καθής και οι παρεμβαίνουσες, μολοντί πολλά στοιχεία ή επιχειρήματα αλληλοσυνδέονται και μολοντί η εκτίμηση της διαφάνειας της αγοράς πρέπει να στηρίζεται σε σφαιρική ανάλυση του συνόλου των κρίσιμων στοιχείων.

Παράγοντες διαφάνειας που εντοπίστηκαν με την απόφαση

338 Πρώτον, πρέπει να υπομνησθεί ότι οι μικτές τιμές πωλήσεως των μεγαλύτερων εταιριών προς τους πελάτες τους (εμπόρους λιανικής πωλήσεως, πολυκαταστήματα, κ.λπ.) είναι δημοσίως γνωστές, καθόσον εμφανίζονται στους καταλόγους τους.

Τούτο συνιστά, αδιαμφισβήτητα, μια πολύ σημαντική πηγή διαφάνειας στον τομέα των τιμών. Βεβαίως, η αιτιολογική σκέψη 76 της αποφάσεως μνημονεύει μόνον ότι «οι ΔΤΠ είναι αρκούντως διαφανείς, καθόσον εμφανίζονται στους καταλόγους των μεγαλύτερων εταιριών» και ότι «φαίνεται, επομένως, δυνατό το να ελεγχθούν οι τιμές καταλόγου άλλων μεγαλύτερων εταιριών». Ωστόσο, αυτή η απαμβλυνθείσα διατύπωση δεν μπορεί να μετριάσει τη διαπίστωση περί της διαφάνειας των μικτών τιμών, δεδομένου ότι η Επιτροπή δεν επικαλέσθηκε, ούτε με την απόφαση ούτε κατά την ενώπιον του Πρωτοδικείου διαδικασία, κανένα στοιχείο προκειμένου να εξηγήσει ότι οι μικτές τιμές ήσαν μόνον «αρκούντως διαφανείς». Εξάλλου, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων (σημείο 81), η Επιτροπή ανέφερε, συναφώς, τα εξής:

«Η Επιτροπή εκτιμά ότι είναι πολύ εύκολο για τις μεγαλύτερες εταιρίες το να εποπτεύουν τις ΔΤΠ με τις οποίες τα νέα επιτυχημένα άλμπουμ διατίθενται στην αγορά, καθόσον οι εν λόγω ΔΤΠ είναι στη διάθεση του κοινού εντός των καταλόγων των μεγαλύτερων εταιριών.»

339 Δεύτερον, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι στην απόφαση εκτίθεται ότι, καίτοι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη ισχυρίστηκαν ότι χρησιμοποιούσαν άνω των 100 ΔΤΠ, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι κάθε μεγαλύτερη εταιρία πραγματοποιούσε, με τις τρεις κύριες ΔΤΠ της, ανάλογα με τη χώρα, πλέον του 55 έως πλέον του 80 % του συνόλου των 100 καλύτερων πωλήσεών της. Αυτή η συγκέντρωση του ουσιάδους μέρους των πωλήσεων των άλμπουμ σε έναν πολύ περιορισμένο αριθμό τιμών αναφοράς, η οποία επιβεβαιώνεται από τις απαντήσεις των μεγαλύτερων εταιριών, έχει ως αποτέλεσμα τη διευκόλυνση του συντονισμού των τιμών, όπως υπογράμμισε, εξάλλου, η Επιτροπή στο σημείο 96 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων: «Αυτό το σύστημα των τιμών διευκολύνει τον συντονισμό, εφόσον παρέχει πληροφόρηση που μπορεί εύκολα να ερμηνευθεί όσον αφορά το επίπεδο στο οποίο οι μεγαλύτερες εταιρίες καθορίζουν την τιμή του μεγαλύτερου μέρους των πωλήσεών τους.»

340 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή αναφέρθηκε, βεβαίως, στην περιπλοκότητα του καθορισμού των τιμών χονδρικής πωλήσεως καθόσον τα ατομικά άλμπουμ έχουν διαφόρους βαθμούς επιτυχίας, πράγμα που επηρεάζει τον αρχικό καθορισμό της ΔΤΠ κατά το χρονικό σημείο της κυκλοφορίας του άλμπουμ και τις μεταγενέστερες εξελίξεις της ΔΤΠ, οπότε είναι δύσκολο να προσδιορισθεί αν η ΔΤΠ ενός άλμπουμ μεταβλήθηκε για να υποστηρίξει μια φθίνουσα επιτυχία ή στο πλαίσιο μιας στρατηγικής «παρεκκλίσεως». Διαπιστώνεται, κατ' αρχάς, ότι η επιχειρηματολογία αυτή δεν ευρίσκει κανένα έρεισμα εντός της αποφάσεως και έρχεται μάλιστα σε αντίφαση με τις διαπιστώσεις που περιέχονται στην εν λόγω απόφαση. Συγκεκριμένα, όπως μνημονεύθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή διαπίστωσε, στην αιτιολογική σκέψη 76 της αποφάσεως (και στις αντίστοιχες αιτιολογικές

σκέψεις για τις άλλες χώρες), ότι, έστω και αν οι μεγαλύτερες εταιρίες ισχυρίστηκαν ότι χρησιμοποιούν περισσότερες από 100 ΔΤΠ, χρησιμοποιούν μόνο δύο ή τρεις ΔΤΠ για το ουσιώδες μέρος των πωλήσεών τους. Επιπλέον, στην αιτιολογική σκέψη 110 της αποφάσεως εκτίθεται ότι, «[π]αρά την ως άνω μη ομοιογένεια του περιεχομένου, οι τρόποι τιμολόγησης και διάθεσης των άλμπουμ στις αγορές χονδρικής δίδουν την εντύπωση ότι είναι αρκούτως τυποποιημένοι». Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, δεδομένου ότι ο βαθμός επιτυχίας ενός άλμπουμ είναι ανά πάσα στιγμή γνωστός χάρη στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών, οι μεγαλύτερες εταιρίες μπορούν, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η Επιτροπή, να προσδιορίζουν εύκολα αν η μεταβολή της ΔΤΠ ενός άλμπουμ εντάσσεται στη συμφωνηθείσα πολιτική σχετικά με τις τιμές.

341 Τρίτον, η αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως έχει ως εξής:

«[...] Καίτοι οι πωλήσεις των άλμπουμ πραγματοποιούνται εντός περιορισμένου αριθμού τιμών αναφοράς, η ποικιλία των προτεινόμενων άλμπουμ σε διαφορετικές τιμές καταλόγου θα μπορούσε να περιπλέξει τον έλεγχο της τηρήσεως μιας συμπράξεως. Οι [μ]εγαλύτερες εταιρίες δεν πρέπει, εντούτοις, να ελέγχουν παρά μόνον τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ, μεταξύ αυτών που σημείωσαν τις καλύτερες πωλήσεις, προκειμένου να παρακολουθήσουν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων. Από τα στοιχεία που παρείχαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προκύπτει ότι οι 20 τίτλοι που έχουν τις καλύτερες πωλήσεις κατ' έτος αντιπροσωπεύουν τουλάχιστον το ήμισυ των ετήσιων πωλήσεων της BMG σε όλες τις χώρες πλην της Γερμανίας» (βλ., επίσης, σημείο 85 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων).

342 Ωστόσο, με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι, δεδομένου ότι ο βαθμός μελλοντικής επιτυχίας δεν μπορεί να προβλεφθεί με πλήρη βεβαιότητα πριν από την κυκλοφορία ενός συγκεκριμένου άλμπουμ (το ίδιο ισχύει και όσον αφορά τη διάρκεια της επιτυχίας του άλμπουμ αυτού μετά την κυκλοφορία του), ένας επιτυχημένος συντονισμός θα καθιστούσε αναγκαία τη διαρκή παρακολούθηση των ΔΤΠ ενός αριθμού ατομικών άλμπουμ πολύ σημαντικότερου από τον αριθμό των άλμπουμ που θεωρούνται, εκ των υστέρων, ότι είχαν τη μεγαλύτερη συμβολή στον κύκλο εργασιών κάθε μεγαλύτερης εταιρίας.

343 Διαπιστώνεται ότι η ως άνω επιχειρηματολογία δεν ευρίσκει κανένα έρεισμα στην απόφαση, σύμφωνα με την οποία οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν πρέπει να ελέγχουν

παρά μόνον τις τιμές αναφοράς περιορισμένου αριθμού άλμπουμ, μεταξύ αυτών που σημείωσαν τις καλύτερες πωλήσεις, προκειμένου να παρακολουθήσουν το μεγαλύτερο τμήμα των πωλήσεων. Κατά τα λοιπά, η παρακολούθηση αυτή διευκολύνεται σημαντικά από τους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών που παρέχουν ανά πάσα στιγμή μια πολύ ακριβή ένδειξη της εξέλιξης της επιτυχίας των διαφόρων άλμπουμ.

344 Επιπλέον, όπως ορθώς υπογραμμίζει η προσφεύγουσα, η απόφαση αναφέρει, επίσης, ότι «η Επιτροπή εξήυρε ορισμένα στοιχεία σύμφωνα με τα οποία οι ΔΤΠ θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ως βάση για την ευθυγράμμιση των τιμών». Ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι η ως άνω διαπίστωση δεν είναι οριστική δεν μπορεί, προφανώς, να γίνει δεκτός, δεδομένου ότι η απόφαση αποτελεί, εξ ορισμού, το τελικό στάδιο της διαδικασίας εξετάσεως της συγκεντρώσεως και ότι η Επιτροπή δεν αναφέρεται σε κανένα άλλο στοιχείο της αποφάσεως που θα αναιρούσε ή θα μετρίαζε την ως άνω διαπίστωση. Η Επιτροπή επικαλείται, το πολύ, το γεγονός ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη προσκόμισαν αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι οι συνδυασμοί των ΔΤΠ που αντιστοιχούν στα 20 αντίστοιχα καλύτερα άλμπουμ τους μεταβάλλονταν συχνά σε μεγάλη αναλογία από τρίμηνο σε τρίμηνο και ότι η μη προβλεψιμότητα της επιτυχίας υποχρέωνε κάθε μεγαλύτερη εταιρία να εμποτεύει τις ΔΤΠ πλέον των 80 άλμπουμ (ή 60 άλμπουμ μετά τη συγκέντρωση) που παράγονταν από τους ανταγωνιστές της. Πάντως, ακριβώς αυτή η διαπίστωση δεν επανελήφθη στην απόφαση και, αντιθέτως, έρχεται σε αντίφαση με τις διαπιστώσεις που περιέχονται στην εν λόγω απόφαση.

345 Διαπιστώνεται, επίσης, ότι τα στοιχεία που κατήρτισαν οι οικονομολόγοι των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, εκτός του ότι δεν μπορεί να γίνει αντιληπτό με ποιον τρόπο είναι ικανά να παράσχουν τη δυνατότητα να συναχθεί το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε η Επιτροπή βάσει αυτών, δεν είναι σαφή και δεν δίδουν την εντύπωση ότι είναι αξιόπιστα. Έτσι, προκαλεί τουλάχιστον κατάπληξη το ότι οι ΔΤΠ μπόρεσαν να αυξηθούν, από τρίμηνο σε τρίμηνο, στις αναφερόμενες αναλογίες [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*].

346 Εν πάση περιπτώσει, ο αριθμός των άλμπουμ που, κατά την Επιτροπή, θα έπρεπε να αποτελέσει αντικείμενο εποπτείας δεν φαίνεται τόσο υψηλός μέχρι σημείου ώστε να καθιστά το εγχείρημα αδύνατο, ούτε καν ιδιαιτέρως επαχθές ή δαπανηρό, πολλώ μάλλον εφόσον, όπως αναγνωρίζει η Επιτροπή, οι εβδομαδιαίοι κατάλογοι επιτυχημένων τραγουδιών διευκολύνουν σημαντικά την παρακολούθησή.

- 347 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι τρεις παράγοντες —ήτοι ο δημόσιος χαρακτήρας των μικτών τιμών (ΔΤΠ), ο περιορισμένος αριθμός των τιμών αναφοράς και ο περιορισμένος αριθμός των άλμπουμ που πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο εποπτείας— οι οποίοι μνημονεύονται στην απόφαση είναι ικανοί να δημιουργήσουν έντονη διαφάνεια των τιμών.
- 348 Επιπλέον, όπως μνημονεύεται στην αιτιολογική σκέψη 112 της απόφασης, «υπάρχουν στην αγορά άλλοι μηχανισμοί που αυξάνουν τη διαφάνεια και θα μπορούσαν να διευκολύνουν τον έλεγχο της τήρησης μιας συμπράξεως».
- 349 Πρώτον, η απόφαση αναφέρει, στην αιτιολογική σκέψη 112, ότι «η δημοσίευση εβδομαδιαίων [καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών] που παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τις πωλήσεις ανά τίτλο καθιστά δυνατό τον πολύ εύκολο εντοπισμό των τίτλων που καθίστανται 'επιτυχημένα τραγούδια' και δημιουργούν το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεων». Έτσι, οι κατάλογοι επιτυχημένων τραγουδιών αποτελούν σημαντική πηγή διαφάνειας, στον βαθμό που παρέχουν τη δυνατότητα όχι μόνο να εντοπισθούν, ανά πάσα στιγμή, τα άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις, αλλά και να εξακριβωθεί αν τα άλμπουμ πωλούνται σε τιμή που αντιστοιχεί στο επίπεδο επιτυχίας τους, δεδομένου ότι οι ΔΤΠ είναι δημοσίως γνωστές. Εξάλλου, η απόφαση διευκρινίζει ότι η ως άνω «εβδομαδιαία δημοσίευση σχετικά με τις πωλήσεις ανά τίτλο διευκολύνει σημαντικά τον εκ μέρους των μεγαλύτερων εταιριών έλεγχο».
- 350 Δεύτερον, η αγορά «χαρακτηρίζεται από σταθερές και διαρκείς σχέσεις μεταξύ των εμπόρων λιανικής πωλήσεως και των μεγαλύτερων εταιριών», λαμβανομένου υπόψη ότι κάθε έμπορος λιανικής πωλήσεως πρέπει να διαθέτει τα προϊόντα όλων των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών (αιτιολογική σκέψη 112 της απόφασης).
- 351 Τρίτον, σύμφωνα με την απόφαση, υπάρχει μόνον ένας περιορισμένος αριθμός δραστηριοποιούμενων στην αγορά, δεδομένου ότι ένα μεγάλο μέρος των πωλήσεων διοχετεύεται σε περιορισμένο αριθμό πελατών. Όπως εκτίθεται στην αιτιολογική σκέψη 112 *in fine*, η κατάσταση αυτή «ευνοεί την υιοθέτηση στρατηγικών συνεργασίας που εξυπηρετούν τα συμφέροντα των μεγαλύτερων εταιριών και διευκολύνει τον έλεγχο και την κυκλοφορία των πληροφοριών».

352 Τέταρτον, η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη ελέγχου της αγοράς λιανικής πωλήσεως. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 113, «η έρευνα αποκάλυψε ότι η Sony και η BMG [είχαν] θέσει σε λειτουργία ένα σύστημα εβδομαδιαίων εκθέσεων που περιελάμβαναν πληροφορίες σχετικά με τους ανταγωνιστές».

353 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή ισχυρίζεται, βεβαίως, ότι οι εκθέσεις που της υπέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη δεν περιείχαν πληροφορίες σχετικά με τις εκπτώσεις και ότι δεν μπόρεσε να αποδείξει ότι οι εν λόγω εκθέσεις διασφάλιζαν έναν επαρκή βαθμό διαφάνειας των χορηγουμένων από τους ανταγωνιστές εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

354 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι, ανεξαρτήτως του βαθμού ακρίβειας των περιλαμβανομένων στις ως άνω εκθέσεις πληροφοριών σχετικά με τις μικτές τιμές πωλήσεως, τις καθαρές τιμές πωλήσεως ή τις τιμές λιανικής πωλήσεως ή σχετικά με τις εκπτώσεις, οι εν λόγω εκθέσεις αποτελούν, όπως επισημάνθηκε, εξάλλου, με την απόφαση, συμπληρωματικό παράγοντα διαφάνειας της αγοράς. Εξάλλου, από τις εβδομαδιαίες εκθέσεις που προσκόμισε η Επιτροπή προκύπτει ότι οι εκθέσεις αυτές περιέχουν πληροφορίες σχετικά με τα αποθέματα των άλμπουμ των ανταγωνιστών και την εξέλιξή τους.

355 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι πρόκειται απλώς για ορισμένα παραδείγματα εβδομαδιαίων εκθέσεων που προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη.

356 *[παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία]*

357 *[παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία]*

358 *[παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία]*

359 [παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία]

360 [παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία]

361 Πέμπτον, στην αιτιολογική σκέψη 113 της αποφάσεως εκτίθεται ότι οι μονάδες πωλήσεων των μεγαλύτερων εταιριών διατηρούν τακτικές και μόνιμες επαφές με τους εμπόρους λιανικής και τους εμπόρους χονδρικής, δεδομένου ότι οι διαπραγματεύσεις σχετικά με την υποστήριξη και τις εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων διεξάγονται συχνά επί εβδομαδιαίας βάσεως. Ναι μεν δεν υπάρχει τίποτε το ασύνηθες ως προς τις επαφές με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, πλην όμως η συχνότητα των επαφών παρέχει τη δυνατότητα στις μονάδες πωλήσεων να λαμβάνουν ακριβέστερες πληροφορίες επί του ανταγωνισμού και των όρων που εφαρμόζουν οι ανταγωνιστές και να ακολουθήσουν, σχεδόν σε πραγματικό χρόνο, τις εξελίξεις της επιτυχίας των διαφόρων άλμπουμ των ανταγωνιστών. Τούτο ισχύει εν προκειμένω πολλώ μάλλον εφόσον, όπως εκτίθεται στην αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως, η φύση της αγοράς είναι τέτοια ώστε κάθε έμπορος λιανικής πωλήσεως πρέπει να διαθέτει τα προϊόντα όλων των μεγαλύτερων εταιριών, οπότε κάθε μεγαλύτερη εταιρία είναι σε μόνιμη επαφή με όλους τους πελάτες των ανταγωνιστών της και μπορεί, κατ' αυτόν τον τρόπο, να λαμβάνει ακριβείς πληροφορίες σχετικά με τους όρους που εφαρμόζουν οι εν λόγω ανταγωνιστές. Επίσης, διαπιστώθηκε ότι το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεων διοχετεύεται σε περιορισμένο αριθμό πελατών. Τα στοιχεία αυτά είναι ικανά να δημιουργήσουν μεγάλη διαφάνεια στην αγορά. Εξάλλου, η Επιτροπή συνήγαγε, στην αιτιολογική σκέψη 112 της αποφάσεως, ότι η κατάσταση αυτή «ευνο[ούσε] την υιοθέτηση στρατηγικών συνεργασίας που εξυπηρετούν τα συμφέροντα των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών και διευκ[όλυνε] τον έλεγχο και την κυκλοφορία των πληροφοριών».

362 Από τα ως άνω πέντε συμπληρωματικά στοιχεία απορρέει ότι η ήδη έντονη διαφάνεια που προέκυπτε από τους τρεις πρώτους παράγοντες που μνημονεύθηκαν ανωτέρω (και ιδίως από τη δημοσίευση των τιμών πωλήσεως) αυξήθηκε ακόμη περισσότερο. Συναφώς, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, στο σημείο 116 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή είχε καταλήξει, εξάλλου, στο συμπέρασμα ότι «η διάρθρωση της αγοράς [ήταν] τέτοια ώστε η πληροφόρηση κυκλοφορ[ούσε] εύκολα και ώστε η εποπτεία, εκ μέρους των μεγαλύτερων εταιριών, των κατευθυντηρίων αρχών καθεμίας από τις εν λόγω εταιρίες αποτελούσε συνήθη διαδικασία».



363 Πρέπει τώρα να εξετασθεί αν τα στοιχεία που επικαλέσθηκε η Επιτροπή ως πηγή αδιαφάνειας της αγοράς είναι σημαντικά μέχρι σημείου ώστε να παράσχουν τη δυνατότητα να κλονισθεί το συμπέρασμα ότι η αγορά είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η εποπτεία της τήρησης της κοινής πολιτικής που υιοθετήθηκε στον τομέα των τιμών.

Στοιχεία δυνάμενα να καταστήσουν την αγορά αδιαφανή

364 Παρά τις πολλές πηγές διαφάνειας της αγοράς που υπομνήσθηκαν ανωτέρω, η Επιτροπή, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, κατέληξε, εντούτοις, στο συμπέρασμα ότι δεν υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση λόγω των ελλειμμάτων που διαπιστώθηκαν στο επίπεδο της πραγματικής διαφάνειας.

365 Από την *ad hoc* στήλη που είναι αφιερωμένη στην εξέταση της διαφάνειας της αγοράς προκύπτει ότι η ως άνω εκτίμηση στηρίζεται στον ισχυρισμό, που εκτίθεται στην αιτιολογική σκέψη 111 της αποφάσεως, ότι «ένας ορισμένος έλεγχος στο επίπεδο του επιμέρους προϊόντος, δηλαδή του άλμπουμ, είναι επίσης αναγκαίος, ιδίως όσον αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων». Επιπλέον, η ως άνω αιτιολογική σκέψη αναφέρει ότι «[η] έρευνα αγοράς καταδεικνύει ότι η αναγκαιότητα αυτή θα μπορούσε να μειώσει τη διαφάνεια στην αγορά και να καταστήσει δυσχερέστερες τις σιωπηρές συμπράξεις» και ότι «[η] Επιτροπή δεν εξήυρε επαρκή αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου να συναγάγει ότι κατά το παρελθόν [είχε] καταστεί δυνατή η υπέρβαση των δυσχερειών αυτών». Συναφώς, στην αιτιολογική σκέψη 113 της αποφάσεως διευκρινίζεται ότι η Επιτροπή δεν είχε «εξεύρει επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδειχθεί ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες, ελέγχοντας τις τιμές λιανικής πωλήσεως ή χρησιμοποιώντας τις ως άνω επαφές με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, [είχαν] μπορέσει, κατά το παρελθόν, να υπερβούν το έλλειμμα διαφάνειας στον τομέα των εκπτώσεων, και ιδίως των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων». Συνεπώς, ακριβώς λόγω των εκπτώσεων, ή τουλάχιστον των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, η Επιτροπή θεώρησε ότι η αγορά δεν ήταν αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η εγκαθίδρυση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

366 Συναφώς, επιβάλλεται εκ προοιμίου η παρατήρηση ότι η Επιτροπή δεν συνήγαγε, με την απόφαση, ότι, λόγω των εκπτώσεων, η αγορά δεν ήταν διαφανής, ούτε καν ότι οι εκπτώσεις επηρέαζαν τη διαφάνεια ή τον αναγκαίο βαθμό διαφάνειας για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, αλλά, το πολύ, ότι οι εν λόγω εκπτώσεις θα μπορούσαν «να καταστήσουν δυσχερέστερες τις σιωπηρές συμπράξεις». Υπό τις συνθήκες αυτές, και υπό το πρίσμα του δημόσιου και, ως εκ τούτου, διαφανούς χαρακτήρα των ΔΤΠ και όλων των άλλων παραγόντων, οι οποίοι, σύμφωνα με τη διατύπωση της αποφάσεως,, αυξάνουν τη διαφάνεια της αγοράς και διευκολύνουν τον έλεγχο της τηρήσεως μιας συμπράξεως, οι παρατηρήσεις και οι θεωρήσεις που περιέχονται στην ad hoc στήλη που είναι αφιερωμένη στην εξέταση της διαφάνειας της αγοράς δεν παρέχουν τη δυνατότητα, όπως κρίθηκε στο πλαίσιο της αφορώσας την αιτιολογία αιτιάσεως, να δικαιολογηθεί η εκτίμηση ότι η αγορά δεν είναι αρκούντως διαφανής.

367 Ωστόσο, στο πλαίσιο του τμήματος που είναι αφιερωμένο στην εξέταση της κοινής πολιτικής τιμών, η Επιτροπή διαπίστωσε, με ταυτόσημους όρους για τις πέντε μεγάλες χώρες, διακυμάνσεις των εκπτώσεων, οι οποίες προκύπτουν κατ' ουσίαν από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, και ανέφερε ότι δεν μπόρεσε να αποδείξει την ύπαρξη επαρκούς βαθμού διαφάνειας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων (αιτιολογικές σκέψεις 79 και 80 της αποφάσεως για το Ηνωμένο Βασίλειο και, αντιστοίχως, αιτιολογικές σκέψεις 86 και 87, 93 και 94, 100 και 101 και 107 και 108 για τις άλλες χώρες).

368 Η εκτίμηση της Επιτροπής στηρίζεται στην αντίληψη, η οποία προβλήθηκε ρητώς με τα υπομνήματά της και η οποία είναι υπολανθάνουσα εντός της αποφάσεως, ότι ένας σιωπηρός συντονισμός στον τομέα των τιμών μπορεί να είναι αποτελεσματικός μόνον αν αφορά τις καθαρές τιμές πωλήσεως, ήτοι τις μικτές τιμές —δηλαδή, εν προκειμένω, τις ΔΤΠ μείον τις εκπτώσεις. Συγκεκριμένα, δεν θα χρησίμευε σε τίποτε το να ακολουθηθεί κοινή πολιτική στο επίπεδο των ΔΤΠ και το να υπάρχει η δυνατότητα εμποτείας της τηρήσεως της εν λόγω πολιτικής, αν μυστικές και αδιαφανείς εκπτώσεις εκμηδένιζαν τα αποτελέσματα του ως άνω συντονισμού των τιμών καταλόγου.

369 Από την απόφαση (αιτιολογική σκέψη 73) προκύπτει ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες χορηγούν εκπτώσεις πλειόνων ειδών: εκπτώσεις βάσει τιμολογίου (τακτικές εκπτώσεις ή εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων), αναδρομικές εκπτώσεις και πληρωμές στο πλαίσιο συμφωνιών εμπορικής συνεργασίας. Δεν

αμφισβητείται ότι μόνον οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου θεωρήθηκαν λυσιτελείς από την Επιτροπή προς τον σκοπό της εκτιμήσεως της διαφάνειας. Συγκεκριμένα, αφενός, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 73 (καθώς και σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 151), η έρευνα κατέδειξε ότι οι δαπάνες στο πλαίσιο των συμφωνιών εμπορικής συνεργασίας αποτελούσαν μάλλον ένα είδος αμοιβής για τις διαφημιστικές εκστρατείες παρά πραγματικές εκπτώσεις, και, αφετέρου, οι αναδρομικές εκπτώσεις είναι, σύμφωνα με τις αιτιολογικές σκέψεις 78, 92, 99 και 106 της αποφάσεως, απύσυχες ή ισχνές και, όπως εκτίθεται στην αιτιολογική σκέψη 151 της αποφάσεως, δεδομένου ότι οι εκπτώσεις αυτές έχουν «ως σκοπό το να αποτελέσουν ένα είδος “εκπτώσεων αφοσίωσης”, δεν έχουν άμεσο αποτέλεσμα επί του ανταγωνισμού μέσω των τιμών». Εξάλλου, όλες οι αιτιολογικές σκέψεις της αποφάσεως που αφορούν τη διαφάνεια των εκπτώσεων (αιτιολογικές σκέψεις 111 και 113 στην *ad hoc* στήλη επί της διαφάνειας και αιτιολογικές σκέψεις 79 και 80 στη στήλη που αφορά την κοινή πολιτική στον τομέα των τιμών για το Ηνωμένο Βασίλειο καθώς και οι αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τα άλλα κράτη μέλη) περιέχουν παρατηρήσεις μόνον ως προς τη διαφάνεια των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου (τακτικών εκπτώσεων και εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων). Ομοίως, με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή επικαλέσθηκε μόνον την έλλειψη διαφάνειας των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου.

- 370 Διαπιστώνεται, ευθύς εξ αρχής, ότι οι αιτιολογικές σκέψεις 111 και 113 δεν περιέχουν ειδικές διαπιστώσεις, αλλά περιορίζονται, στην πραγματικότητα, να παραπέμψουν στις παρατηρήσεις που αναπτύχθηκαν στη στήλη που είναι αφιερωμένη στην εξέταση της κοινής πολιτικής στον τομέα των τιμών (ήτοι στις αιτιολογικές σκέψεις 79 και 80 για το Ηνωμένο Βασίλειο και στις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις άλλες χώρες, που έχουν διατυπωθεί ακριβώς με τους ίδιους όρους).
- 371 Ωστόσο, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι η παραπομπή αφορά, τουλάχιστον ρητώς, μόνον τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και όχι τις τακτικές εκπτώσεις. Συγκεκριμένα, αφενός, η αιτιολογική σκέψη 111 αναφέρεται στην ανάγκη υπάρξεως ελέγχου στο επίπεδο του άλμπουμ «ιδίως όσον αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων» και, αφετέρου, η αιτιολογική σκέψη 113 *in fine* μνημονεύει «το έλλειμμα διαφάνειας στον τομέα των εκπτώσεων, και ιδίως των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, το οποίο περιγράφηκε όσον αφορά τα πέντε μεγάλα κράτη μέλη». Έτσι, από τις παρατηρήσεις που περιέχονται στην *ad hoc* στήλη επί της διαφάνειας απορρέει ότι η αδιαφάνεια προκύπτει μόνον από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Κατά τα λοιπά, η ανάλυση αυτή επιβεβαιώνεται από τις αιτιολογικές σκέψεις 79 και 80. Έτσι, στην αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως, διαπιστώθηκε ότι οι διακυμάνσεις των εκπτώσεων «προέκυπταν κατ’ ουσίαν από τις εκπτώσεις για

λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες εχρησιμοποιούνται κατά τρόπο πιο εύκαμπτο απ' ό,τι οι τακτικές εκπτώσεις, οι οποίες καθορίζονται, κατά κανόνα, ετησίως». Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως, μνημονεύεται ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες «είναι εν γνώσει, σε ορισμένο βαθμό, των τακτικών εκπτώσεων που χορηγούν οι ανταγωνιστές τους, λαμβανομένης υπόψη της διαρκούς συνεργασίας τους με την πελατεία» και ότι «οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις». Εξάλλου, σε κανένα σημείο της αποφάσεως δεν υποστηρίζεται ούτε, ακόμη λιγότερο, αποδεικνύεται ότι οι τακτικές εκπτώσεις είναι αδιαφανείς ή ανεπαρκώς διαφανείς.

372 Με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή δέχθηκε, επίσης, ότι οι τακτικές εκπτώσεις είναι αρκούντως διαφανείς, ιδίως στον βαθμό που καθορίζονται ετησίως και εφαρμόζονται στο σύνολο των πωλήσεων προς τον πελάτη (ενδεχομένως σε διαφορετικά ποσοστά για τη μουσική ποπ, την κλασική μουσική ή τα άλμπουμ που αποτελούν αντικείμενο διαφημίσεως στην τηλεόραση) και, εξάλλου, προέβαλε επιχειρήματα αποκλειστικώς προκειμένου να αποδείξει την αδιαφάνεια μόνο των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή εξήγησε, επίσης, ότι προσέδωσε τέτοια σπουδαιότητα στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων λόγω της ανάγκης να ελεγχθούν όλες οι συνιστώσες των καθαρών τιμών, λαμβανομένου υπόψη ότι οι σχετικές διαφανείς ΔΤΠ και μια ορισμένη γνώση των τακτικών εκπτώσεων δεν ήσαν επαρκείς εάν σημαντικές αδιαφανείς εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αποτελούσαν πηγή διακυμάνσεως των καθαρών τιμών. Ομοίως, η Επιτροπή ανέφερε ότι δεν ήταν σε θέση να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες γνώριζαν με βεβαιότητα τις πραγματικές πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών μιας άλλης μεγαλύτερης εταιρίας «λαμβανομένων υπόψη των αποδείξεων περί της υπάρξεως σχετικής διαφάνειας των ΔΤΠ, ορισμένων αποδείξεων περί της υπάρξεως κάποιας διαφάνειας των τακτικών εκπτώσεων και ακλόνητων αποδείξεων περί του αδιαφανούς και περίπλοκου χαρακτήρα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων». Τέλος, με τις τελικές παρατηρήσεις της, η Επιτροπή ανέφερε, και μάλιστα ρητώς, ότι κατέληξε, με την απόφαση, ότι υπήρχε «σημαντικός βαθμός διαφάνειας τόσο ως προς τις ΔΤΠ όσο και ως προς τις τακτικές εκπτώσεις».

373 Κατά συνέπεια, τόσο από την απόφαση όσο και από την επιχειρηματολογία που προέβαλε η Επιτροπή ενώπιον του Πρωτοδικείου απορρέει ότι το μόνο προβαλλόμενο στοιχείο αδιαφάνειας της αγοράς προκύπτει από την ελάχιστη διαφάνεια των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

374 Διαπιστώνεται, ευθύς εξ αρχής, ότι μόνον η αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως (και οι αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις 87, 94, 101 και 108 για τα άλλα τέσσερα

μεγάλα κράτη, οι οποίες έχουν πανομοιότυπη διατύπωση) έχει ρητώς ως αντικείμενο τη διαφάνεια των εκπτώσεων. Στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη εκτίθενται τα εξής:

«[Ο]σον αφορά τη διαφάνεια των εκπτώσεων, οι απαντήσεις των πελατών [...] στην έρευνα που πραγματοποίησε η Επιτροπή εντός της αγοράς κατέδειξαν, στην πλειονότητά τους, ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες ήσαν εν γνώσει, σε ορισμένο βαθμό, των τακτικών εκπτώσεων που χορηγούσαν οι ανταγωνιστές τους, λαμβανομένης υπόψη της διαρκούς συνεργασίας τους με την ίδια πελατεία. Ωστόσο, προκύπτει ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς απ' ό,τι οι τακτικές εκπτώσεις και ότι ο έλεγχός τους απαιτεί την αυστηρή παρατήρηση της εξελίξεως αυτού του είδους των εκπτώσεων εντός της αγοράς λιανικής.»

375 Συναφώς, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, για την πλειονότητα των μεγάλων χωρών, οι απαντήσεις που μνημονεύονται στις επεξηγηματικές υποσημειώσεις των αιτιολογικών σκέψεων 80, 87, 94, 101 και 108 της αποφάσεως αναφέρονται, ωστόσο, σε υψηλότερο βαθμό διαφάνειας από αυτόν που μνημονεύεται στην απόφαση. Έτσι, η υποσημείωση 55 διευκρινίζει ότι «οι πέντε Ιταλοί έμποροι λιανικής πωλήσεως που απάντησαν στο ερώτημα ανέφεραν ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες γνώριζαν τις ΔΤΠ και τις εκπτώσεις που εφάρμοζαν οι ανταγωνιστές τους», λαμβανομένου υπόψη ότι η αναλογία είναι τρεις στους τέσσερις για τους Γάλλους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, ενώ ο τέταρτος τόνισε ότι δεν μπορούσε να λάβει θέση (βλ. υποσημείωση 49). Εκτός από ένα μόνο Βρετανό πελάτη, για καμία από τις άλλες χώρες η επεξηγηματική υποσημείωση δεν αναφέρει ότι τουλάχιστον ένας έμπορος λιανικής πωλήσεως απάντησε ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν γνώριζαν τις εκπτώσεις. Ομοίως, εκτός από μόνον ένα στους οκτώ εμπόρους λιανικής πωλήσεως εντός της Γερμανίας, κανείς έμπορος λιανικής πωλήσεως, σύμφωνα με τις επεξηγηματικές υποσημειώσεις, δεν διευκρίνισε ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν ήσαν εν γνώσει, παρά μόνο σε ορισμένο βαθμό, των εκπτώσεων που εφάρμοζαν οι ανταγωνιστές τους.

376 Εξάλλου, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι καμία από τις επεξηγηματικές σημειώσεις δεν διευκρινίζει ότι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως απάντησαν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες γνώριζαν μόνον τις τακτικές εκπτώσεις και όχι τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, δεδομένου ότι οι απαντήσεις αναφέρονται μόνο σε εκπτώσεις, χωρίς διάκριση.

- 377 Κατά συνέπεια, διαπιστώνεται ότι τα αποδεικτικά στοιχεία, όπως αυτά μνημονεύονται στην απόφαση, δεν παρέχουν τη δυνατότητα να στοιχειοθετηθούν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών.
- 378 Εν συνεχεία, προκύπτει ότι τα συμπεράσματα που συνήχθησαν, με την απόφαση, βάσει των ως άνω αποδεικτικών στοιχείων διαφοροποιούνται, επίσης, σαφέστατα από τις διαπιστώσεις που περιέχονται στην ανακοίνωση των αιτιάσεων.
- 379 Έτσι, η ανακοίνωση των αιτιάσεων ανέφερε, στο σημείο 81, ότι «η Επιτροπή θεωρεί ότι υφίστανται επαρκείς αποδείξεις περί του ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες είναι εν γνώσει των αντιστοίχων εμπορικών όρων τους». Περαιτέρω, από την ως άνω ανακοίνωση προκύπτει ότι δεν πρόκειται τόσο για εκτίμηση της Επιτροπής, η οποία επιδέχεται τροποποίηση, αλλά μάλλον για μια αφορώσα τα πραγματικά περιστατικά διαπίστωση που προκύπτει από την έρευνά της. Συγκεκριμένα, στο σημείο 92 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων διευκρινίζονται τα εξής: «Οι πληροφορίες που ελήφθησαν από τους εμπόρους λιανικής πώλησεως καταδεικνύουν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες όχι μόνον είναι εν γνώσει των αντιστοίχων τιμών καταλόγου τους, αλλά, επιπλέον, ότι είναι εν γνώσει των αντιστοίχων εκπτώσεων και εμπορικών πρακτικών τους. Ορισμένοι από τους σημαντικότερους μεταπωλητές στη Γαλλία, στο Ηνωμένο Βασίλειο και στη Γερμανία ενημέρωσαν την Επιτροπή ότι θεωρούσαν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν σαφή γνώση των αντιστοίχων εμπορικών όρων τους». Ομοίως, η επεξηγηματική σημείωση 54 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων αναφέρει ότι οι έμποροι λιανικής πώλησεως τόνισαν ότι «οι μεγαλύτερες εταιρίες είναι εξοικειωμένες με τα ανώτατα και κατώτατα όρια των εκπτώσεων που εφαρμόζουν οι ανταγωνιστές τους. Είναι παγκοίως γνωστό το ότι οι εκπτώσεις επί των εμπορικών συναλλαγών, οι οποίες χορηγούνται από τις δισκογραφικές εταιρίες, είναι γνωστές στις εμπορικές ομάδες των μεγαλύτερων εταιριών. Ένας πελάτης τόνισε ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες γνώριζαν τις αντίστοιχες εκπτώσεις τους με ακρίβεια από 0,5 έως 1 %». Η Επιτροπή συνεχίζει, στο σημείο 92 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, με την ακόλουθη διατύπωση: «Πολλοί μεταπωλητές θεωρούν, επίσης, ότι αποτελεί συνήθη πρακτική το να χρησιμοποιούνται οι όροι που παραχωρήθηκαν εκ μέρους μίας από τις μεγαλύτερες εταιρίες προκειμένου να βελτιωθεί η θέση των μεταπωλητών κατά τις διαπραγματεύσεις με τις άλλες μεγαλύτερες εταιρίες» και μνημονεύει, στην επεξηγηματική σημείωση 55, την ακόλουθη απάντηση ενός εμπόρου λιανικής πώλησεως: «Επ' ευκαιρία των εμπορικών διαπραγματεύσεων, γίνεται αναφορά στους όρους και τις εκπτώσεις που εφαρμόζουν άλλες μεγαλύτερες εταιρίες. Ο περιορισμένος αριθμός προμηθευτών παρέχει ευχερώς τη δυνατότητα στις μεγαλύτερες εταιρίες να έχουν μια πλήρη εικόνα των όρων που αυτές εφαρμόζουν και, κατά συνέπεια, να ευθυγραμμίζονται συναφώς». Τέλος, καίτοι πρόκειται μάλλον για εκτίμηση παρά για διαπίστωση, η Επιτροπή ανέφερε, στο σημείο 129 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων: «Η έρευνα

αγοράς επιβεβαίωσε ότι οι μονάδες πωλήσεων των μεγαλύτερων εταιριών βρίσκονται σε τακτική και μόνιμη επαφή με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως και τους εμπόρους χονδρικής πωλήσεως [...]. Εξάλλου, δεδομένου ότι δημοσιεύονται διάφορες κατατάξεις, οι μεγαλύτερες εταιρίες μπορούν, ως εκ τούτου, εύκολα να ελέγχουν αν οι άλλες μεγαλύτερες εταιρίες προσφέρουν πρόσθετες εκπτώσεις για τα καλύτερα άλμπουμ.»

380 Εξάλλου, η ανάγνωση του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής εγείρει ακόμη περισσότερα ερωτήματα. Στην υποσημείωση 45, η οποία βρίσκεται στην αιτιολογική σκέψη 51 του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής, η Επιτροπή εκθέτει τα εξής: «τα κοινοποιούντα μέρη ισχυρίστηκαν ότι ένας ορισμένος αριθμός θετικών απαντήσεων αφορούσαν μόνον τις ΔΤΠ ή δεν προέβαιναν σε διάκριση μεταξύ των ΔΤΠ και των εκπτώσεων. Μόνον πέντε απαντήσεις επί συνόλου 36 προσβάσιμων απαντήσεων προερχομένων από όλες τις χώρες ανέφεραν ρητώς ότι υπήρχε μια ορισμένη διαφάνεια των εκπτώσεων· η αντίθετη άποψη υποστηρίχθηκε ρητώς με έντεκα απαντήσεις». Καίτοι η πρώτη φράση καταδεικνύει, βεβαίως, ότι πρόκειται απλώς για ένα επιχείρημα που προέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, η δεύτερη φράση, αντιθέτως, παρουσιάζεται ως μια αφορώσα τα πραγματικά περιστατικά διαπίστωση της Επιτροπής. Πάντως, διαπιστώνεται ότι ο ισχυρισμός αυτός έρχεται σε πρόδηλη αντίφαση με την παρουσίαση των απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, η οποία περιλαμβάνεται στην απόφαση, λαμβανομένου υπόψη ότι οι υποσημειώσεις 49, 52, 55 και 57 της αποφάσεως αναφέρουν, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, ότι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως, στη συντριπτική πλειονότητά τους, είχαν απαντήσει ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες γνώριζαν τις εκπτώσεις των ανταγωνιστών τους, χωρίς, εξάλλου, να έχει ουδόλως διευκρινισθεί αν επρόκειτο μόνο για μερική ή κατά προσέγγιση γνώση, και κανείς (εκτός από ένα μόνο Βρετανό έμπορο λιανικής πωλήσεως) δεν ανέφερε ότι οι εν λόγω εκπτώσεις δεν ήταν διαφανείς. Εξάλλου, το υπόμνημα αντικρούσεως της Επιτροπής αναφέρεται μόνο στις απαντήσεις 36 εμπόρων λιανικής πωλήσεως, ενώ υπάρχουν τουλάχιστον 42 απαντήσεις, οι οποίες, άλλωστε, αποτέλεσαν αντικείμενο σχολιασμού από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη με το από 17 Ιουνίου 2004 σημειώμά τους επί της διαφάνειας.

381 Εν συνεχεία, από τις απαντήσεις της Επιτροπής στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου προκύπτει ότι τα συμπεράσματα στα οποία αυτή κατέληξε βάσει της έρευνας που διεξήγαγε με τη συμμετοχή των εμπόρων λιανικής πωλήσεως εξηγούνται, εν μέρει, από το γεγονός ότι η Επιτροπή ακολούθησε την επιχειρηματολογία που προέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη με την απάντησή τους στην ανακοίνωση των αιτιάσεων και με ένα σημείωμα επί της διαφάνειας, το οποίο κατατέθηκε στις 17 Ιουνίου 2004 μετά την ακρόαση ενώπιον

της Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία επιχειρηματολογία οι καταφατικές απαντήσεις των εμπόρων λιανικής πώλησεως που δεν διευκρίνιζαν αν αναφέρονταν στις ΔΤΠ ή/και στις εκπτώσεις έπρεπε να μη ληφθούν υπόψη.

- 382 Προτού εξετασθεί το βάσιμο της ως άνω εξηγήσεως, πρέπει, ευθύς εξ αρχής, να επισημανθεί ότι προκαλεί έκπληξη η καθυστέρηση με την οποία αυτή διατυπώθηκε. Δεδομένου ότι ο βαθμός διαφάνειας αποτελεί, εν προκειμένω, το ουσιώδες ζήτημα, δύσκολα μπορεί να γίνει αντιληπτό το ότι η εξήγηση αυτή, η οποία αφορά το κύριο αποδεικτικό στοιχείο, δεν περιλαμβάνεται ούτε στην απόφαση, ούτε προπάντων στο υπόμνημα αντικρούσεως, ούτε καν στο υπόμνημα συμπληρωματικών παρατηρήσεων, αλλά προβλήθηκε μόλις την παραμονή της επ' ακροατηρίου συζήτησεως προς απάντηση σε μια ειδική ερώτηση του Πρωτοδικείου.
- 383 Όσον αφορά το βάσιμο του επιχειρήματος, πρέπει να υπομνησθεί ότι το ερωτηματολόγιο που απηύθυνε η Επιτροπή στους εμπόρους λιανικής πώλησεως έθετε την ακόλουθη ερώτηση: «Σύμφωνα με την εμπειρία της υπηρεσίας αγορών σας, γνωρίζουν οι δισκογραφικές εταιρίες τις ΔΤΠ και τις εκπτώσεις των ανταγωνιστών τους;». Όπως ορθώς ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα, δεν υπάρχει βάσιμος λόγος να θεωρηθεί ότι οι καταφατικές απαντήσεις (οι οποίες, κατά τα λοιπά, εκφράζονται ενίοτε υπό λίαν κατηγορηματική μορφή, όπως «προφανώς», «απολύτως» ή «βεβαίως») των εμπόρων λιανικής πώλησεως που δεν διευκρίνισαν αν αναφέρονταν στις τιμές ή/και στις εκπτώσεις δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη. Συγκεκριμένα, μια απάντηση στην ερώτηση, όπως αυτή διατυπώθηκε, ανεξαρτήτως του αν είναι καταφατική ή αρνητική, πρέπει ευλόγως να γίνει αντιληπτή υπό την έννοια ότι αναφέρεται σε αμφότερα τα επίμαχα σημεία, αν δεν περιέχει περιορισμό ή διευκρίνιση. Στην περίπτωση που η Επιτροπή θεωρούσε ότι υφίστατο, εντούτοις, αμφιβολία ως προς την ακριβή σημασία των απαντήσεων, σ' αυτήν εναπέκειτο, ιδίως υπό το πρίσμα της σπουδαιότητας που είχε το ζήτημα αυτό για την απόφαση, να εξακριβώσει το εν λόγω ζήτημα με τη συνεργασία των εν λόγω εμπόρων λιανικής πώλησεως, πράγμα το οποίο, εξάλλου, μπορούσε να γίνει εντός πολύ σύντομων προθεσμιών.
- 384 Εν πάση περιπτώσει, διαπιστώνεται ότι ο ισχυρισμός των κοινοποιούντων μερών, τον οποίο επιδοκίμασε η Επιτροπή και σύμφωνα με τον οποίο «μόνον πέντε απαντήσεις επί συνόλου 36 απαντήσεων ανέφεραν ρητώς ότι υπήρχε μια ορισμένη διαφάνεια, ενώ η αντίθετη άποψη υποστηρίχθηκε ρητώς με έντεκα απαντήσεις», είναι προδήλως εσφαλμένος.



385 Όσον αφορά τις προβαλλόμενες έντεκα απαντήσεις που αναφέρουν ρητώς ότι δεν υπάρχει διαφάνεια για τις εκπτώσεις, διαπιστώνεται ότι από το σημείωμα της Sonka και της BMG της 17ης Ιουνίου 2004 (παράρτημα Γ.9 του υπομνήματος παρεμβάσεως) προκύπτει, ευθύς εξ αρχής, ότι το προβαλλόμενο αριθμητικό στοιχείο αναφέρεται σε δέκα αρνητικές απαντήσεις και όχι σε έντεκα (βλ. σελίδα 213) και ότι, στην πραγματικότητα, το σημείωμα μνημονεύει μόνον επτά, από τις οποίες μόνον οι τέσσερις αφορούν τις μεγάλες χώρες που αποτελούν αντικείμενο της κύριας εξετάσεως εντός της αποφάσεως. Επιπλέον, προκύπτει ότι σχεδόν καμία από τις τέσσερις αυτές απαντήσεις δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι περιέχει μια ρητώς αρνητική απάντηση. Είναι σαφές ότι η απάντηση [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] «κατά τη γνώμη μας, αυτές γνωρίζουν τις ΔΤΠ των ανταγωνιστών» δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή υπό την έννοια ότι αναφέρει ρητώς ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν είναι εν γνώσει των εκπτώσεων των ανταγωνιστών. Η άλλη απάντηση, η οποία αφορά τη γερμανική αγορά, αναφέρει ότι «αυτές είναι εν γνώσει, αλλά όχι λεπτομερώς, της κατώτατης τιμής του ανταγωνισμού», πράγμα που δεν αποτελεί, επίσης, ρητώς αρνητική απάντηση. Η απάντηση που εμφανίζεται στη σελίδα 61 [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*], η οποία αφορά την αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου, είναι η μόνη ρητώς αρνητική απάντηση («ΔΤΠ — Ναι. Εκπτώσεις — Όχι»), αλλά διευκρινίζει, εντούτοις, αμέσως ότι, «ωστόσο, αν ένα άλμπουμ αποτελεί αντικείμενο γενικής εκπτώσεως χορηγούμενης από τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, η προκύπτουσα μείωση της μέσης τιμής λιανικής πωλήσεως θα είναι προφανής για όλη την αγορά». Τέλος, η άλλη αρνητική, όπως υποστηρίζεται, απάντηση [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] που μνημονεύεται στο σημείωμα της 17ης Ιουνίου 2004 («δεν είμαστε εν γνώσει του αν οι δισκογραφικές εταιρίες είναι εν γνώσει των ΔΤΠ και των εκπτώσεων των ανταγωνιστών τους») δεν εμφανίζεται στον φάκελο. Συγκεκριμένα, οι τέσσερις άλλες απαντήσεις που αφορούν την αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου (τόσο σύμφωνα με την απόφαση όσο και σύμφωνα με τα έγγραφα που διαβίβασε η Επιτροπή στο Πρωτοδικείο, έχουν απαντήσει πέντε Βρετανοί έμποροι λιανικής πωλήσεως) αναφέρουν, αντιστοίχως, «ΔΤΠ — Ναι. Εκπτώσεις — Εντός διακυμάνσεως από 0,5 έως 1%» (σ. 56), «Προφανώς» (σ. 58), «Ναι» (σ. 63), «οι δισκογραφικές εταιρίες είναι όντως εν γνώσει των ΔΤΠ των ανταγωνιστών τους [...] [ο συγκεκριμένος έμπορος λιανικής πωλήσεως] φρονεί ότι οι δισκογραφικές εταιρίες είναι εξοικειωμένες με τα ανώτατα και κατώτατα όρια των εκπτώσεων που εφαρμόζουν οι ανταγωνιστές τους» (σ. 65) (ο ως άνω έμπορος λιανικής πωλήσεως αναφέρει επίσης, απαντώντας στην επόμενη ερώτηση, ότι «κατά τις εμπορικές διαπραγματεύσεις, γίνεται αναφορά στους όρους και τις εκπτώσεις που εφαρμόζουν άλλες μεγαλύτερες εταιρίες» και ότι «ο περιορισμένος αριθμός προμηθευτών παρέχει ευχερώς τη δυνατότητα στις μεγαλύτερες εταιρίες να έχουν μια πλήρη εικόνα των όρων που αυτές εφαρμόζουν και, κατά συνέπεια, να ευθυγραμμίζονται προς τους όρους αυτούς». Διαπιστώνεται ότι όλες οι απαντήσεις των Βρετανών πελατών, οι οποίες πόρρω απέχουν από το να είναι ρητώς αρνητικές, αποκαλύπτουν, απεναντίας, σαφώς την ύπαρξη αρκούντως έντονης διαφάνειας τόσο των ΔΤΠ όσο και των εκπτώσεων.

386 Επιπλέον, από την εξέταση των εν λόγω απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, τις οποίες προσκόμισε η Επιτροπή την παραμονή της επ' ακροατηρίου

συζητήσεως, προκύπτει ότι οι απαντήσεις αυτές δεν υποστηρίζουν τα συμπεράσματα που συνήγαγε η Επιτροπή βάσει αυτών. Συγκεκριμένα, πολλές απαντήσεις αναφέρονται στη διαφάνεια των εκπτώσεων ή στο ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες ήσαν εν γνώσει των εν λόγω εκπτώσεων.

387 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η εκ μέρους της Επιτροπής εκτίμηση των απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πωλήσεως βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη.

388 Εν συνεχεία, όσον αφορά τη διάκριση, στην οποία προέβη η απόφαση, μεταξύ της διαφάνειας των τακτικών εκπτώσεων και εκείνης των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, από το υπόμνημα αντικρούσεως προκύπτει ότι ακριβώς βάσει της εκ μέρους των μερών της συγκεντρώσεως αναλύσεως των απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, των δηλώσεων των ημεδαπών διοικητικών στελεχών της Sony και της BMG (παράρτημα Β.2) και των εκθέσεων εποπτείας των εμπορικών αντιπροσώπων η Επιτροπή συνήγαγε ότι, καίτοι η διαφάνεια μπορούσε να αφορά τις ΔΤΠ και, σε ορισμένο βαθμό, τις τακτικές εκπτώσεις, δεν επεκτεινόταν πιθανώς στις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες αποτελούν αντικείμενο διαπραγματεύσεως κατά περίπτωση.

389 Πάντως, καμία από τις τρεις αυτές πηγές δεν καθιστά δυνατή τη στήριξη του συμπεράσματος στο οποίο κατέληξε η Επιτροπή. Πρώτον, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, η εκ μέρους της Επιτροπής εκτίμηση των απαντήσεων των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, σύμφωνα με την ανάλυση στην οποία προέβησαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη. Επιπλέον, καμία απάντηση των εμπόρων λιανικής πωλήσεως, ανεξαρτήτως του αν είναι καταφατική ή αρνητική, δεν προβαίνει σε διάκριση μεταξύ των τακτικών εκπτώσεων και των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Δεύτερον, είναι σαφές ότι απλές δηλώσεις των εκπροσώπων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών δεν μπορούν να αποτελέσουν βάσιμη απόδειξη για την αδιαφάνεια των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Τρίτον, οι εβδομαδιαίες εκθέσεις εποπτείας των εμπορικών αντιπροσώπων, οι οποίες περιλαμβάνουν πληροφορίες σχετικά με τους ανταγωνιστές, αποτελούν, όπως εκτέθηκε στην αιτιολογική σκέψη 113 της αποφάσεως, συμπληρωματική πηγή διαφάνειας της αγοράς. Κατά συνέπεια, ακόμη και αν υποθεθεί ότι οι ως άνω εκθέσεις δεν περιέχουν πολύ ακριβείς πληροφορίες σχετικά με τις εκπτώσεις, και ιδίως σχετικά με τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, αυτές δεν είναι ικανές, εν πάση περιπτώσει, να στοιχειοθετήσουν την αδιαφάνεια των εν λόγω εκπτώσεων. Επιπλέον, όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω [*παραλειπόμενα εμπιστευτικά στοιχεία*].

390 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η εκτίμηση της διαφάνειας της αγοράς, η οποία περιλαμβάνεται στην απόφαση, βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη καθ' ό μέτρο στηρίζεται σε στοιχεία που δεν είναι ικανά να στοιχειοθετήσουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών.

391 Ως εκ περισσού, το Πρωτοδικείο θα εξετάσει, ωστόσο, ακόμη τα επιχειρήματα που αντλούνται από διακύμανση και περιπλοκότητα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

392 Στις αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 της απόφασης, η Επιτροπή διαπίστωσε ορισμένο βαθμό διακυμάνσεως, καθώς και διαφορές μεταξύ των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου της Sony και της BMG για το μεγαλύτερο μέρος των σημαντικότερων πελατών τους εντός των πέντε μεγάλων χωρών (2 έως 5 % στο Ηνωμένο Βασίλειο, στη Γερμανία και στην Ισπανία· 1 έως 3 % στην Ιταλία, ενώ η κατάσταση στη Γαλλία είναι λίγο διαφορετική, αλλά της ίδιας τάξεως μεγέθους αν ληφθεί υπόψη το σύνολο των εκπτώσεων). Επίσης, στην απόφαση μνημονεύονται τα εξής:

«Επιπλέον, τα [μετέχοντα στη συγκέντρωση] μέρη διαβίβασαν στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου για ένα συγκεκριμένο πελάτη ποικίλλουν κατά την πάροδο του χρόνου και από άλμπουμ σε άλμπουμ και ότι οι εκπτώσεις που χορηγούνται για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ κυμαίνονται από πελάτη σε πελάτη. Από την έρευνα που πραγματοποιήθηκε στην αγορά προέκυψε ότι οι εν λόγω διακυμάνσεις απορρέουν, κατ' ουσίαν, από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, οι οποίες χρησιμοποιούνται κατά τρόπο πιο εύκαμπτο απ' ό,τι οι τακτικές εκπτώσεις.»

393 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή προσκόμισε πολλούς πίνακες προκειμένου να αποδειχθεί η διακύμανση και η περιπλοκότητα των εκπτώσεων. Από τους εν λόγω πίνακες προέκυπτε ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς από τις τακτικές εκπτώσεις και ότι η εποπτεία τους θα απαιτούσε λεπτομερή παρατήρηση των προσφορών στην αγορά λιανικής, και η Επιτροπή δεν ανακάλυψε επαρκή αποδεικτικά στοιχεία που να πιστοποιούν ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν ενεργήσει κατ' αυτόν τον τρόπο. Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή εξήγησε ότι εξέτασε τα στοιχεία της καθαρής τιμής ενός ατομικού άλμπουμ (ΔΤΠ, τακτική έκπτωση, τυχόν έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) και ότι συνήγαγε ότι ένας επαρκής βαθμός διαφάνειας όλων των στοιχείων θα ήταν αναγκαίος προκειμένου να μπορέσει μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία να έχει ευλόγως τη βεβαιότητα ότι γνωρίζει τις πραγματικές πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών μιας άλλης δισκογραφικής εταιρίας, όπως αυτές εκφράζονται στο επίπεδο των πελατών και των άλμπουμ, και ότι «δεν μπορούσε να καταλήξει σε ένα τέτοιο συμπέρασμα, λαμβανομένων υπόψη των αποδείξεων περί της υπάρξεως σχετικής διαφάνειας των ΔΤΠ, ορισμένων αποδείξεων περί της υπάρξεως κάποιας διαφάνειας των τακτικών εκπτώσεων, και ακλόνητων αποδείξεων περί του αδιαφανούς και περίπλοκου χαρακτήρα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων».

- 394 Η ως άνω επιχειρηματολογία της Επιτροπής δίδει λαβή για τις ακόλουθες παρατηρήσεις.
- 395 Πρώτον, προκαλεί κατάπληξη το ότι η Επιτροπή στηρίζεται στις διακυμάνσεις των εκπτώσεων προκειμένου να αποδείξει την έλλειψη διαφάνειας. Συγκεκριμένα, με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή υπογράμμισε επανειλημμένως την έλλειψη λυσιτέλειας της σταθερότητας ή του παραλληλισμού των καθαρών τιμών ή των εκπτώσεων για να εκτιμηθεί η διαφάνεια της αγοράς. Έτσι, η Επιτροπή υποστήριξε, ιδίως, ότι η σημαντική σταθερότητα των (μέσων) εκπτώσεων μιας δισκογραφικής εταιρίας δεν μπορεί να συνιστά απόδειξη περί της υπάρξεως της αναγκαίας διαφάνειας, ότι το ενδιαφέρον της Επιτροπής για τη διαφάνεια των εκπτώσεων δεν είχε ως αντικείμενο την εξακρίβωση του αν οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν ακολουθήσει κοινή γραμμή δράσεως, ότι τα αποδεικτικά στοιχεία όσον αφορά την πραγματική εφαρμογή των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων σε μια δεδομένη χρονική στιγμή ήσαν λυσιτελής μόνο για την εκτίμηση του πραγματικού βαθμού ευθυγράμμισης των τιμών, ότι μια στενή ευθυγράμμιση σε οποιοδήποτε επίπεδο δεν μπορούσε, εν πάση περιπτώσει, να θεωρηθεί ως επαρκής απόδειξη περί της υπάρξεως συντονισμού, ότι ένας ορισμένος βαθμός σταθερότητας, κατά την πάροδο του χρόνου, των χορηγούμενων από μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία εκπτώσεων δεν αποτελούσε, αυτός καθ' εαυτόν, απόδειξη και ότι ακόμη και ένας υψηλός βαθμός στατιστικής προβλεψιμότητας δεν αποδείκνυε την ύπαρξη συντονισμού.
- 396 Ομοίως, με το από 17 Ιουνίου 2004 σημειώμά τους σχετικά με τα αποδεικτικά στοιχεία που αφορούν τη διαφάνεια, το οποίο απεστάλη μετά την ακρόαση ενώπιον της Επιτροπής, τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη υποστήριξαν ότι η ερώτηση 28 του ερωτηματολογίου «Phase II» που απευθυνόταν στους πελάτες («Έχετε παρατηρήσει οποιαδήποτε ευθυγράμμιση των ΔΤΠ, των εκπτώσεων ή άλλων όρων και προϋποθέσεων μεταξύ των [μεγαλύτερων εταιριών];») δεν είχε καμία σχέση με τη διαφάνεια των τιμών («Σαφώς, λαμβανομένης υπόψη της διατυπώσεώς της, η ερώτηση αυτή δεν αφορά το πρόβλημα της διαφάνειας των τιμών»).
- 397 Δεύτερον, πρέπει να υπομνησθεί ότι οι μόνες παρατηρήσεις σχετικά με τις εκπτώσεις που περιέχονται στο ad hoc τμήμα της αποφάσεως που είναι αφιερωμένο στην εξέταση της διαφάνειας της αγοράς (αιτιολογικές σκέψεις 111 έως 113 της αποφάσεως) περιορίζονται, όσον αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, να παραπέμπουν στις διαπιστώσεις που περιέχονται στο σχετικό με την εξέταση της κοινής πολιτικής τιμών εντός των πέντε μεγάλων χωρών τμήμα (ήτοι στις αιτιολογικές σκέψεις 77 έως 80 για το Ηνωμένο Βασίλειο και στις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις άλλες μεγάλες χώρες). Πάντως, στην αιτιολογική σκέψη

70 της αποφάσεως, η Επιτροπή, προκειμένου να προσδιορίσει αν οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν όντως εφαρμόσει πολιτική συντονισμού των τιμών τους, ανέφερε ότι «οι μέσες τιμές συνιστ[ούσαν] ένα πρόσφορο μέσον για τον προσδιορισμό του αν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες [είχαν] παράλληλη συμπεριφορά στον τομέα των τιμών». Επομένως, σύμφωνα με την απόφαση, για να εκτιμηθεί η διαφάνεια, η Επιτροπή θεώρησε ότι μπορούσε να στηριχθεί στα κατά μέσο όρο στοιχεία, και όχι στις ακριβείς διακυμάνσεις, πράγμα που ισχύει και για τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

398 Τουλάχιστον, δεν προκύπτει ότι η Επιτροπή προέβη σε σοβαρή εξέταση των ακριβών διακυμάνσεων των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και του αντικτύπου των εν λόγω εκπτώσεων στη διαφάνεια της αγοράς ή των τιμών. Εξάλλου, από την αιτιολογική σκέψη 72 της αποφάσεως, η οποία μνημονεύει τα διάφορα στοιχεία που αποτέλεσαν αντικείμενο αναλύσεως εκ μέρους της Επιτροπής, προκύπτει ότι εξετάστηκαν μόνον τα κατά μέσο όρο στοιχεία που αφορούν τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου (βλ. υποσημείωση 43 της αποφάσεως). Τόσο με την ανακοίνωση των αιτιάσεων όσο και καθ' όλη τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, η Επιτροπή θεωρούσε ότι τα στοιχεία που αφορούν τις τιμές, τόσο τις μικτές όσο και τις καθαρές, και τις μέσες εκπτώσεις καθιστούσαν δυνατή την εκτίμηση της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως καθώς και, ως εκ τούτου, την εκτίμηση του αν η αγορά ήταν αρκούντως διαφανής. Μόνον κατόπιν της ακροάσεως της 14ης και της 15ης Ιουνίου 2004 η Επιτροπή μετέβαλε την εκτίμησή της και υιοθέτησε τον ισχυρισμό που προέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, σύμφωνα με τον οποίο η περιπλοκότητα και οι διακυμάνσεις των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων εξαλείφουν την αναγκαία διαφάνεια, χωρίς, ωστόσο, να προβεί σε νέες έρευνες εντός της αγοράς προκειμένου να εξακριβώσει το βάσιμο των νέων αυτών συμπερασμάτων.

399 Τρίτον, τα αφορώντα τις προβαλλόμενες διακυμάνσεις των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία που επικαλέσθηκε η Επιτροπή με την απόφαση και με τα υπομνήματα που προσκόμισε ενώπιον του Πρωτοδικείου δίδουν λαβή, επιπλέον, για μια σειρά παρατηρήσεων σχετικά, αφενός, με τον βαθμό αδιαφάνειας των εν λόγω εκπτώσεων και, αφετέρου, με τη λυσιτέλειά τους.

— Επί της αδιαφάνειας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων

400 Εκ προοιμίου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι ούτε με την απόφαση, ούτε καν με κανένα από τα υπομνήματα που κατέθεσε ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή όρισε ακριβώς το περιεχόμενο της έννοιας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες αυτές χορηγούνται και στις οποίες υπόκεινται, τη συχνότητά τους, το ύψος τους ή το είδος των άλμπουμ στα οποία, όπως υποστηρίζεται, αυτές εφαρμόζονται. Ωστόσο, από τον φάκελο, και ιδίως από

τα σπάνια αποσπάσματα των απαντήσεων των ανταγωνιστών, τα οποία προσκόμισε η Επιτροπή, φαίνεται να προκύπτει ότι πρόκειται για ακριβείς εκπτώσεις, ενός ποσοστού αρκετά υψηλού, οι οποίες χορηγούνται για συγκεκριμένο όγκο ειδικών άλμπουμ και για περιορισμένη διάρκεια, σε ειδικές περιπτώσεις, συνήθως για τη διάθεση στην αγορά ενός σημαντικού αποθέματος.

- 401 Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως (και τις αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις για τις άλλες μεγάλες χώρες), «τα [μετέχοντα στη συγκέντρωση] μέρη διαβίβασαν στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι οι εκπτώσεις βάσει τιμολογίου για ένα συγκεκριμένο πελάτη ποικίλλουν κατά την πάροδο του χρόνου και από άλμπουμ σε άλμπουμ και ότι οι εκπτώσεις που χορηγούνται για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ κυμαίνονται από πελάτη σε πελάτη». Καίτοι το σημείο αυτό της αποφάσεως μνημονεύει τη γενικότερη κατηγορία των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου, πρέπει να θεωρηθεί ότι η παρατήρηση αφορά, στην πραγματικότητα, μόνον τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από την απόφαση και από τα υπομνήματα της Επιτροπής, οι τακτικές εκπτώσεις αποτελούν αντικείμενο διαπραγματεύσεων με καθένα από τους πελάτες για ένα ολόκληρο έτος και ισχύουν για το σύνολο των πωλήσεων του εν λόγω πελάτη. Εξάλλου, η Επιτροπή συνεχίζει, στην αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως, διευκρινίζοντας ότι οι διακυμάνσεις αυτές απορρέουν, κατ' ουσίαν, από τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι οι ως άνω διακυμάνσεις τριών ειδών (ανά πελάτη, ανά άλμπουμ και διαχρονικώς) καθιστούν αδιαφανείς τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Προς στήριξη του ως άνω ισχυρισμού, η Επιτροπή επισύναψε σε παράρτημα του υπομνήματός της αντικρούσεως μια σειρά πινάκων που αποδεικνύουν, όπως υποστηρίζεται, την ύπαρξη των διαφόρων αυτών διακυμάνσεων (στο εξής: νέες αποδείξεις).
- 402 Συναφώς, επιβάλλεται η παρατήρηση, ευθύς εξ αρχής, ότι, όπως ορθώς υποστήριξε η προσφεύγουσα, μια έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων (campaign discount) δίδει την εντύπωση, κατ' ουσίαν, ότι προορίζεται να καταστεί δημοσίως γνωστή. Μια έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, η οποία είναι υψηλού ποσοστού και προστίθεται στην τακτική έκπτωση, θα χορηγηθεί, ευλόγως, από τη δισκογραφική εταιρία σε έμπορο λιανικής πωλήσεως μόνον υπό την προϋπόθεση ότι αυτός θα μετακυλίσει την εν λόγω έκπτωση στον τελικό καταναλωτή (μέσω σαφούς μειώσεως της τιμής ή καλύτερης τοποθετήσεως στην προθήκη) προκειμένου να αυξηθούν οι πωλήσεις του άλμπουμ που αφορά η έκπτωση αυτή. Τούτο ισχύει πολλώ μάλλον εφόσον, όπως προκύπτει από το σημείο 115 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, τα «royalties» (δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας) υπολογίζονται βάσει της ΔΤΠ ενός άλμπουμ και όχι βάσει της καθαρής τιμής, οπότε οι μεγαλύτερες εταιρίες έχουν κάθε συμφέρον να περιορίζουν όσο το δυνατόν περισσότερο τη χορήγηση εκπτώσεων.

403 Εν συνεχεία, διαπιστώνεται ότι τα μόνα τρία αποσπάσματα των απαντήσεων των ανταγωνιστών στην αίτηση παροχής πληροφοριών βάσει του άρθρου 11 του κανονισμού, τα οποία προσκόμισε η Επιτροπή ενώπιον του Πρωτοδικείου και τα οποία πόρρω απέχουν από το να επιβεβαιώνουν τον ισχυρισμό της Επιτροπής, καταμαρτυρούν, αντιθέτως, ότι οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων έχουν μάλλον δημόσιο και διαφανή χαρακτήρα.

404 Έτσι, σύμφωνα με την απάντηση μίας από τις μεγαλύτερες εταιρίες:

«[Οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων] μπορούν να χρησιμοποιηθούν για μια νέα κυκλοφορία, προκειμένου να προωθήσουν ένα νέο καλλιτέχνη, να υποστηρίξουν ένα νέο κατάσταση λιανικής πώλησης, να υποστηρίξουν ειδικότερα ένα πρόγραμμα ή μια εκστρατεία πωλήσεων (τούτο αφορά συνήθως μια ολόκληρη κατηγορία δίσκων) ή να προωθήσουν μια συγκεκριμένη εκδήλωση. Αυτό το είδος εκπτώσεων μπορεί να αντιπροσωπεύει σημαντική αναλογία μιας ΔΤΠ [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] και είναι σημαντικό καθόσον έχει ως αντικείμενο την προώθηση ορισμένων πωλήσεων.»

405 Οι διευκρινίσεις σχετικά με τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες χορηγούνται οι ως άνω εκπτώσεις, που περιέχονται στη μόνη άλλη απάντηση των μεγαλύτερων εταιριών την οποία προσκόμισε η Επιτροπή, κατατείνουν επίσης στο να καταδειχθεί ότι οι εν λόγω εκπτώσεις σχετίζονται με πολύ συγκεκριμένα περιστατικά, τα οποία μπορούν εύκολα να εντοπισθούν από τους ανταγωνιστές. Συγκεκριμένα, η εν λόγω μεγαλύτερη εταιρία εκθέτει τα εξής:

«[Οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων] είναι εκπτώσεις προσφερόμενες στο πλαίσιο ειδικών εκστρατειών για λόγους προώθησης των πωλήσεων. Οι εν λόγω εκπτώσεις συνδέονται με ειδικές κυκλοφορίες ή με ειδικές ομάδες κυκλοφοριών μουσικών έργων. Αν, παραδείγματος χάρη, ένας καλλιτέχνης ευρίσκεται σε περιοδεία για να προωθήσει ένα νέο άλμπουμ, είναι δυνατό να προσφερθεί έκπτωση προκειμένου να αυξηθούν όσο το δυνατόν περισσότερο οι όγκοι πωλήσεων του άλμπουμ αυτού κατά την περίοδο της περιοδείας του καλλιτέχνη. Ομοίως, ορισμένα εποχικά αποθέματα (μουσικά έργα για τα Χριστούγεννα) μπορούν να συνδεθούν με μια συγκεκριμένη εκστρατεία. Οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων αφορούν ενίοτε παλαιότερες ηχογραφήσεις που δεν σημειώνουν πλέον μεγάλη επιτυχία. Συνήθως, [...] θα επιχειρηθεί η πώληση μεγάλης ποσότητας ενός συγκεκριμένου δίσκου (ή μιας σειράς δίσκων), που αποτέλεσε αντικείμενο έκπτωσης, σε έμπορο λιανικής πώλησης ο οποίος, εν συνεχεία, μεταπωλεί τους εν λόγω δίσκους υπό τη μορφή

ειδικής προσφοράς. Οι εκπτώσεις για τις νέες κυκλοφορίες χορηγούνται ενίοτε βάσει των προγενεστέρων παραγγελιών, προκειμένου να εξασφαλισθεί μια σημαντική παρουσία στο σημείο πωλήσεως [...]. Αυτό το είδος εκπτώσεων τείνει να χορηγείται για τους νέους ή τους ανερχόμενους καλλιτέχνες, όταν [...] επιδιώκεται να δοθεί ώθηση στις πωλήσεις χάρη σε μια εστιασθείσα εκστρατεία για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.»

406 Τέλος, από την απάντηση του ανεξάρτητου παραγωγού προκύπτει ότι, αφενός, οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων εκφράζονται κατά ορατό τρόπο με μια χαμηλότερη τιμή πωλήσεως προς τον καταναλωτή και με μια καλύτερη τοποθέτηση, εντός του καταστήματος, των άλμπουμ που επωφελούνται από τις εν λόγω εκπτώσεις και, αφετέρου, ότι οι εκστρατείες εκκινούν συχνά από τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως, οι οποίοι καλούν τους διαφόρους παραγωγούς να μετράσουν σ' αυτές (βλ. επίσης, υπ' αυτήν την έννοια, τις δηλώσεις των εκπροσώπων της Sony και της BMG, παράρτημα Β.2), πράγμα που τους παρέχει τη δυνατότητα, κατ' αυτόν τον τρόπο, να είναι εν γνώσει της υπάρξεως των εν λόγω διαφημιστικών εκστρατειών σχετικά με τις εκπτώσεις.

407 Επομένως, καμία πληροφορία προερχόμενη από τρίτους, ούτε εντός της αποφάσεως ούτε εντός των νέων αποδείξεων τις οποίες προσκόμισε η Επιτροπή, δεν επιβεβαιώνει τον αδιαφανή χαρακτήρα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

408 Ωστόσο, από την αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως και από τα υπομνήματα της Επιτροπής ενώπιον του Πρωτοδικείου προκύπτει ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη παρέσχον στοιχεία που καταδεικνύουν ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων δεν είναι αρκούντως ευθυγραμμισμένες, καθόσον ποικίλλουν κατά την πάροδο του χρόνου, ανά πελάτη και ανά άλμπουμ. Η Επιτροπή και οι παρεμβαίνουσες υποστηρίζουν, κατ' ουσίαν, ότι, λόγω των διακυμάνσεων και της περιπλοκότητας των εν λόγω εκπτώσεων, η αγορά δεν είναι αρκούντως διαφανής.

409 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι η Επιτροπή είχε συναγάγει, στα σημεία 88 έως 90 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, βάσει της εξετάσεως των στοιχείων του συνόλου των μεγαλύτερων εταιριών, ότι οι εκπτώσεις εποίκιλλαν αλλά ήσαν σταθερές, ότι, πλην ορισμένων εξαιρέσεων, οι διαφορές ήσαν αρκετά περιορισμένες, ότι δεν υπήρχε απολύτως καμία απόδειξη περί του ότι οι εκπτώσεις εχρησιμοποιούντο για να πραγματοποιηθούν ουσιώδεις μεταβολές των πολιτικών σχετικά με τις τιμές ούτε, ειδικότερα, για να επηρεασθούν οι μέσες καθαρές τιμές



των νέων κυκλοφοριών επιτυχημένων τραγουδιών (new hit releases), λαμβανομένου υπόψη ότι οι αναλογίες των μικτών τιμών προς τις καθαρές τιμές ήσαν πολύ σταθερές κατά την πάροδο του χρόνου και ανά άλμπουμ.

- 410 Καίτοι, όπως υπομνήσθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή δικαιούται, βεβαίως, να μεταβάλει τις εκτιμήσεις στις οποίες προέβη κατά τη διοικητική διαδικασία, ιδίως προκειμένου να λάβει υπόψη τις παρατηρήσεις των εμπλεκομένων μερών, και δεν υποχρεούται να παράσχει αιτιολογία επ' αυτού εντός της αποφάσεως, οι διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση πρέπει, αντιθέτως, να μπορούν να δικαιολογηθούν, τουλάχιστον κατά το στάδιο της ενώπιον του Πρωτοδικείου διαδικασίας, από πλευράς των αφορωσών τα πραγματικά περιστατικά διαπιστώσεων που διατυπώθηκαν προγενεστέρως, ενδεχομένως διά της προσκομίσεως αποδείξεων περί του ζητήματος με ποιον τρόπο οι τελευταίες αυτές διαπιστώσεις ήσαν εσφαλμένες. Πάντως, εν προκειμένω, η Επιτροπή, όπως ορθώς υπογραμμίζει η προσφεύγουσα, δεν προέβη σε επανεξέταση των στοιχείων που αφορούν τις εκπτώσεις του συνόλου των μεγαλύτερων εταιριών, αλλά περιορίστηκε να δικαιολογήσει τα συμπεράσματά της μόνον από πλευράς των στοιχείων που παρείχαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη.
- 411 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή ισχυρίστηκε, βεβαίως, ότι είχε εξετάσει τις εκπτώσεις των άλλων μεγαλύτερων εταιριών, αλλά ότι, εφόσον τα εν λόγω αριθμητικά στοιχεία δεν μπορούσαν να αποκαλυφθούν στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, ήταν αδύνατο να συμπεριληφθούν στην απόφαση. Ωστόσο, η επιχειρηματολογία αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή.
- 412 Πρώτον, από την απόφαση (βλ., ιδίως, την αιτιολογική σκέψη 79 και την υποσημείωση 43 της αποφάσεως), από άλλα σημεία των υπομνημάτων της Επιτροπής (βλ., ιδίως, το απόσπασμα του υπομνήματος αντικρούσεως στο οποίο η Επιτροπή αναφέρει ρητώς ότι «[μ]όνον τα στοιχεία της Sony και της BMG ελήφθησαν υπόψη, καθόσον οι άλλες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες [είχαν] αναφέρει ότι χρέωναν μόνο σε καθαρές τιμές») και από τις νέες αποδείξεις που κατέθεσε η Επιτροπή προκύπτει σαφώς ότι η εκτίμηση που συνήχθη από τις διακυμάνσεις των εκπτώσεων εντός της αποφάσεως στηρίζεται μόνον στα στοιχεία που αφορούν αποκλειστικώς τις εκπτώσεις των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών. Εξάλλου, καμία αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως δεν αναφέρει ότι η Επιτροπή εξέτασε τα σχετικά με τις εκπτώσεις των άλλων μεγαλύτερων εταιριών στοιχεία ούτε, κατά μείζονα λόγο, ότι οι εν λόγω εκπτώσεις καταδεικνύουν την

περιπλοκότητα και τις διακυμάνσεις των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

413 Δεύτερον, η Επιτροπή δεν δύναται, προφανώς, να υποστηρίξει ότι δεν μπορεί, στο πλαίσιο της εκ μέρους της εξετάσεως ενός σχεδίου συγκεντρώσεως, να λάβει υπόψη τα στοιχεία των άλλων επιχειρηματιών της αγοράς και, εφόσον ενδείκνυται, να στηρίξει τα συμπεράσματά της στα εν λόγω στοιχεία. Ο ισχυρισμός αυτός θα καθιστούσε αδύνατη, στις περισσότερες περιπτώσεις, την εξέταση του συμβατού ενός σχεδίου συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά. Εξάλλου, διαπιστώνεται ότι οι περισσότεροι από τους άλλους παράγοντες, πλην των εκπτώσεων (μερίδια αγοράς, μικτές και καθαρές τιμές, κ.λπ.), που εξετάστηκαν με την απόφαση στηρίζονται στα στοιχεία των διαφόρων επιχειρηματιών της αγοράς.

414 Τρίτον, η Επιτροπή, υπογραμμίζοντας, με τις τελικές παρατηρήσεις που κατέθεσε μετά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, τις δεσμεύσεις που προκύπτουν από τις αυστηρές προθεσμίες που διέπουν τη διαδικασία εξετάσεως των σχεδίων συγκεντρώσεως και την ανάγκη σεβασμού των δικαιωμάτων άμυνας των κοινοποιούντων μερών, προέβαλε ότι πολλοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τους οποίους η Επιτροπή δεν διερεύνησε προσηκόντως ορισμένα ουσιώδη ζητήματα σε σχέση με τις αιτιάσεις που εντοπίστηκαν και όφειλε, επίσης, να διερευνήσει άλλες αιτιάσεις, στηρίζονται σε μια εσφαλμένη αντίληψη περί της διαδικασίας ελέγχου των συγκεντρώσεων, καθόσον η έρευνα που διεξάγεται ως προς τα προβλήματα ανταγωνισμού που θέτει μια συγκέντρωση λαμβάνει χώρα, κατ' ουσίαν, πριν από την ανακοίνωση των αιτιάσεων. Συγκεκριμένα, ναι μεν η προσφεύγουσα δεν μπορεί να προσάψει στην Επιτροπή ότι δεν διερεύνησε τα προβλήματα που αποτέλεσαν αντικείμενο καταγγελίας για πρώτη φορά ενώπιον του Πρωτοδικείου, ορισμένα από τα οποία είναι, εξάλλου, προδήλως απαράδεκτα για τον λόγο ότι προβλήθηκαν μόνο με το υπόμνημά της απαντήσεως ή με τις παρατηρήσεις που κατέθεσε μετά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, πλην όμως η παρατήρηση αυτή της Επιτροπής αγνοεί δύο πτυχές του ζητήματος. Αφενός, δεν αμφισβητείται ότι, από την έναρξη της διαδικασίας, η Επιτροπή εντόπισε την προβληματική της διαφάνειας και των εκπτώσεων και ότι απηύθυνε σχετικές ερωτήσεις τόσο στους τρίτους όσο και στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη. Αφετέρου, οι χρονικοί περιορισμοί έχουν, επίσης, ως αποτέλεσμα ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη δεν μπορούν να αναμένουν έως την τελευταία στιγμή προκειμένου να υποβάλουν στην Επιτροπή αποδεικτικά στοιχεία προς αντίκρουση των αιτιάσεων που προέβαλε εγκαίρως η Επιτροπή, καθόσον το εν λόγω θεσμικό όργανο δεν θα ήταν, κατά συνέπεια, πλέον σε θέση να προβεί στους αναγκαίους ελέγχους. Στην περίπτωση αυτή, τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία πρέπει, τουλάχιστον, να δίδουν την εντύπωση ότι είναι ιδιαίτερος αξιόπιστα, αντικειμενικά, προσήκοντα και πειστικά προκειμένου να καταστεί δυνατή η βάσιμη αντίκρουση των αιτιάσεων που προέβαλε η Επιτροπή.

- 415 Συναφώς, επιβάλλεται η παρατήρηση, εκ προοιμίου, ότι τόσο από τη διατύπωση της αιτιολογικής σκέψεως 79 της αποφάσεως («τα [μετέχοντα στη συγκέντρωση] μέρη διαβίβασαν στοιχεία») όσο και από την εξέταση των νέων αποδείξεων (που επισυνάφθηκαν σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως) προκύπτει ότι όχι μόνον οι σχετικές με τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων διαπιστώσεις στηρίζονται αποκλειστικώς στα στοιχεία που αφορούν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, αλλά, επιπλέον, ότι οι πίνακες που περιλαμβάνουν τα εν λόγω στοιχεία καταρτίστηκαν από τα ως άνω μέρη (ή από τους οικονομολόγους τους) σύμφωνα με μια μεθοδολογία και βάσει στοιχείων που επελέγησαν από τα μέρη αυτά, χωρίς να καταφαίνεται ότι η Επιτροπή προέβη σε έλεγχο ως προς την ακρίβειά τους, τη λυσιτέλειά τους ή τον αντικειμενικό και αντιπροσωπευτικό χαρακτήρα τους. Καίτοι, όπως υποστήριξε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η διαδικασία ελέγχου των συγκεντρώσεων στηρίζεται βεβαίως, κατ' ανάγκη, σε μεγάλο βαθμό, στην εμπιστοσύνη, δεδομένου ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να υποχρεωθεί να εξακριβώσει αφ' εαυτής, με την παραμικρή λεπτομέρεια, την αξιοπιστία και την ακρίβεια όλων των διαβιβασθεισών πληροφοριών, το εν λόγω θεσμικό όργανο δεν μπορεί, αντιθέτως, να φθάσει μέχρι σημείου ώστε να μεταβιβάσει χωρίς έλεγχο την ευθύνη για τη διεξαγωγή ορισμένων πτυχών της έρευνας στα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, ιδίως όταν, όπως εν προκειμένω, οι πτυχές αυτές αποτελούν το κρίσιμο στοιχείο επί του οποίου στηρίζεται η απόφαση και όταν τα στοιχεία και οι εκτιμήσεις που υπέβαλαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη είναι εκ διαμέτρου αντίθετα προς τις πληροφορίες που συνέλεξε η Επιτροπή κατά την έρευνά της καθώς και προς τα συμπεράσματα που αυτή συνήγαγε βάσει των εν λόγω πληροφοριών.
- 416 Τέταρτον, η προσφεύγουσα υπογράμμισε, χωρίς να αντικρουσθεί από την Επιτροπή, και όπως αναγνωρίστηκε στο σημείο 146 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, ότι η Sony και η BMG είχαν πολύ διαφορετικές επιδόσεις κατά τη διάρκεια των ετών που αποτέλεσαν αντικείμενο ελέγχου. Δεδομένου ότι η ισχύς των κυκλοφοριών είναι ικανή να επηρεάσει τις τιμές και τις εκπτώσεις, οι πίνακες που εξετάζουν μόνον τα στοιχεία των ως άνω δύο μερών τείνουν να αυξήσουν τις διακυμάνσεις.
- 417 Πέμπτον, η εξέταση των νέων αποδείξεων που προσκόμισε η Επιτροπή, υπό το πρίσμα των ανωτέρων σκέψεων, δίδει λαβή, ακόμη, για μια σειρά παρατηρήσεων.
- 418 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι στηρίχθηκε στα στοιχεία που επισυνάφθηκαν στο υπόμνημά της προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι εκπτώσεις παρουσίαζαν τρεις παραλλαγές (κατά την πάροδο του χρόνου, ανά άλμπουμ και ανά πελάτη).

419 Συνεπώς, επιβάλλεται η παρατήρηση, ευθύς εξ αρχής, ότι, μεταξύ όλων αυτών των φερομένων ως αποδείξεων, μόνον ένα από τα παραρτήματα (B.4) καταρτίστηκε από την Επιτροπή, καίτοι στηρίζεται, επίσης, μόνο στα στοιχεία που αφορούν τις εκπτώσεις που χορήγησαν η Sony και η BMG. Το εν λόγω παράρτημα αποτελείται από γραφικές παραστάσεις που απεικονίζουν τις μέσες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορήγησαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, για τα έτη 2000 έως 2003, σε καθένα από τους δέκα καλύτερους κοινούς πελάτες εντός των μεγάλων χωρών, πλην της Γαλλίας, δεδομένου ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι τα παρασχεθέντα στοιχεία όσον αφορά τη Γαλλία παρουσίαζαν ασυνέπειες. Με την ανακοίνωση των αιτιάσεων (σημείο 88), η Επιτροπή στηρίχθηκε στις ως άνω γραφικές παραστάσεις για να καταδείξει τη συνολική σταθερότητα των εκπτώσεων. Η Επιτροπή δεν αμφισβήτησε την ακρίβεια της ως άνω εκτιμήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου, αλλά περιορίστηκε να αναφέρει ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη είχαν υποστηρίξει ότι η αντιστοιχη μεταχείριση που είχαν επιφυλάξει σε ορισμένους πελάτες ενείχε σημαντικές διαφορές και το ως άνω θεσμικό όργανο επισύναψε στο παράρτημα B.5 ένα απόσπασμα των παρατηρήσεών τους. Ωστόσο, διαπιστώνεται ότι οι παρατηρήσεις αυτές δεν είναι ικανές να θέσουν εν αμφιβόλω τη γενική εντύπωση που συναγεται από τις εν λόγω γραφικές παραστάσεις. Έτσι, για την ιταλική αγορά, η οποία δείχνει μια σταθερότητα και έναν αποδεδειγμένο παραλληλισμό, ναι μεν, όπως επισημαίνουν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, δύο πελάτες έλαβαν, βεβαίως, εκπτώσεις σαφώς χαμηλότερες από τους άλλους πελάτες, πλην όμως είναι σημαντικό, κατά μείζονα λόγο, το ότι οι εν λόγω χαμηλότερες εκπτώσεις χορηγήθηκαν από τη Sony και την BMG ακριβώς στους δύο ίδιους πελάτες, το ότι ήσαν σχεδόν ταυτόσημου επιπέδου για αμφότερες τις μεγαλύτερες εταιρίες και το ότι διέφεραν κατά τρόπο παράλληλο.

420 Όσον αφορά τους πίνακες που προσκομίσθηκαν με το παράρτημα B.8 και B.9 του υπομνήματος αντικρούσεως, οι οποίοι καταδεικνύουν, κατά την Επιτροπή, ότι η κατανομή των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου, οι οποίες χορηγήθηκαν αντιστοίχως από τη Sony και την BMG για τα 20 καλύτερα άλμπουμ τους εντός εκάστου εκ των πέντε μεγάλων κρατών μελών, ήταν αισθητά διαφορετική, επιβάλλεται η παρατήρηση, ευθύς εξ αρχής, ότι αυτές αφορούν τη γενικότερη κατηγορία των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου και όχι μόνον τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων και ότι, όπως επισήμανε η προσφεύγουσα, οι διαφορές ως προς τις κλίμακες των εκπτώσεων κατά την πάροδο του χρόνου θα μπορούσαν να είναι το αποτέλεσμα διαφορών ως προς τις επιδόσεις και δεν αποκλείουν το ενδεχόμενο να στηρίζονται οι εκπτώσεις σε γνωστό σύνολο κανόνων.

421 Εν συνεχεία, διαπιστώνεται ότι, ναι μεν ο διαχωρισμός μεταξύ των κλιμάκων των εκπτώσεων μεταξύ 1998 και 2003 όντως διαφέρει κατά την πάροδο του χρόνου και ανά χώρα, πλην όμως διαφέρει κατά παρεμφερή τρόπο για αμφότερα τα μετέχοντα

στη συγκέντρωση μέρη, τόσο κατά την πάροδο του χρόνου όσο και ανά χώρα. Τούτο προκύπτει ακόμη σαφέστερα από τον πίνακα (παραρτήμα Β.9) που συγκρίνει τον διαχωρισμό των εκπτώσεων που χορηγήθηκαν για το έτος 2003 εντός εκάστης εκ των πέντε μεγάλων χωρών, στον βαθμό που, καίτοι ο διαχωρισμός είναι ευμετάβλητος από χώρα σε χώρα, οι χορηγούμενες από αμφοτέρα τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη εκπτώσεις εξελίσσονται κατά παράλληλο τρόπο (βλ., ιδίως, τα στοιχεία που αφορούν τις χώρες Α και Γ). Έτσι, ενώ, εντός της χώρας Α, οι εκπτώσεις της Sony και της BMG εστιάζονται, κατ' ουσίαν, στην κλίμακα [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο], οι εν λόγω εκπτώσεις ευρίσκονται κυρίως στην κλίμακα [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] και [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] εντός της χώρας Β, στην κλίμακα [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] για τη χώρα Γ και στις ανώτερες κλίμακες για τις χώρες Δ και Ε. Έτσι, από τους ως άνω πίνακες των παραρτημάτων προκύπτει ότι όχι μόνον ο διαχωρισμός των εκπτώσεων μεταξύ των διαφόρων ανωτάτων και κατωτάτων ορίων εντός εκάστης χώρας είναι αρκούντως παρεμφερής, αλλά, επιπλέον, ότι οι διακυμάνσεις ανάλογα με τις χώρες είναι λίαν παρεμφερείς.

422 Ειδικότερα, όσον αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προώθησως των πωλήσεων, η Επιτροπή αναφέρεται, κατ' ουσίαν, σε δύο από τα παραρτήματά της (Β.13 και Ε.4.2) προκειμένου να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι οι εκπτώσεις για λόγους προώθησως των πωλήσεων είναι αδιαφανείς λόγω της άκρας περιπλοκότητάς τους και της σπουδαιότητάς τους. Πάντως, προκύπτει ότι οι πίνακες που εμφανίζονται στα εν λόγω παραρτήματα, οι οποίοι αφορούν μόνον τις εκπτώσεις της Sony και της BMG για ένα μόνον έτος και καταρτίστηκαν εξ ολοκλήρου από τις εν λόγω εταιρίες, δεν μπορούν να θεωρηθούν ως αρκούντως λυσιτελείς και αξιόπιστοι.

423 Έτσι, όσον αφορά τους πίνακες του παραρτήματος Β.13 που συγκρίνουν τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη στους έξι καλύτερους πελάτες τους για τα άλμπουμ τους που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις το 2002 και τα οποία «εμφαίνονται στους καταλόγους των ΔΤΠ σε παρόμοιες τιμές» (listed at similar prices), διαπιστώνεται, ιδίως, ότι η Επιτροπή, με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, ανέφερε ότι η ΔΤΠ που επελέγη για κάθε χώρα αντιπροσώπευε μία από τις σημαντικότερες ΔΤΠ των αντιστοίχων μερών από την άποψη των πωλήσεων που σημειώθηκαν, διευκρινίζοντας, πάντως, ότι, για τη Γερμανία, παραδείγματος χάρη, οι επιλεγείσες ΔΤΠ ήσαν η τρίτη και η τέταρτη ΔΤΠ για την BMG και η σημαντικότερη και η έκτη ΔΤΠ για τη Sony. Πάντως, εφόσον στην απόφαση εκτίθεται ότι τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη πραγματοποιούσαν το μεγαλύτερο μέρος των πωλήσεών τους χρησιμοποιώντας μία ή δύο, ή το πολύ τρεις, ΔΤΠ, τίθεται το ζήτημα σε ποιον βαθμό τα άλμπουμ που ελήφθησαν υπόψη αντιπροσωπεύουν όντως τα άλμπουμ των εν λόγω εταιριών, τα οποία είχαν τις

περισσότερες πωλήσεις. Επιπλέον, από μια υποσημείωση που αναφέρεται στους πίνακες προκύπτει ότι η ΔΤΠ πολλών άλμπουμ μεταβλήθηκε κατά τη διάρκεια του έτους, πράγμα το οποίο δίδει την εντύπωση ότι μπορεί να είχε επίπτωση επί των χορηγηθεισών εκπτώσεων και ότι μπορεί, ως εκ τούτου, να αυξήσει τις συγκριτικές διακυμάνσεις. Ομοίως, από τους εν λόγω πίνακες προκύπτει ότι τα στοιχεία της BMG αφορούν το έτος 2002, ενώ αυτά της Sony αναφέρονται στο λογιστικό έτος 2002/2003.

424 Τέλος, εν πάση περιπτώσει, καίτοι η ανάγνωση των ως άνω πινάκων είναι περίπλοκη λόγω του ότι αυτοί παραθέτουν διαδοχικά τα στοιχεία της Sony και της BMG, ενώ η σύγκριση πρέπει να γίνει μεταξύ των εκπτώσεων που χορηγεί καθένα από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη στους διαφόρους πελάτες του και όχι μεταξύ των εκπτώσεων που χορηγούνται για τα άλμπουμ ενός από τα μέρη αυτά σε σχέση με τις εκπτώσεις που χορηγούνται για τα άλμπουμ του άλλου μέρους, μια προσεκτική εξέταση των πινάκων καταδεικνύει ότι οι διακυμάνσεις δίδουν την εντύπωση ότι είναι, εν τέλει, αρκούντως περιορισμένες. Εξάλλου, πρέπει να υπομνησθεί, συναφώς, ότι από το σημείο 75 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και από την υποσημείωση 47 προκύπτει ότι η Επιτροπή είχε διεξαγάγει ανάλυση των μικτών και των καθαρών τιμών της Sony και της BMG ατομικώς για τα δέκα καλύτερα άλμπουμ τους και είχε συναγάγει, στο σημείο 90 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, ότι «οι αναλογίες των μικτών τιμών προς τις καθαρές τιμές ήσαν πολύ σταθερές ανά άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου για τις επιμέρους κυκλοφορίες που εξετάστηκαν». Πάντως, ούτε η Επιτροπή ούτε οι παρεμβαίνουσες υποστήριξαν, ούτε, κατά μείζονα λόγο, απέδειξαν, ότι η ως άνω διαπίστωση ήταν ανακριβής.

425 Όσον αφορά τους πίνακες του παραρτήματος E.4.2. που έχουν ως αντικείμενο να παραθέσουν τις ανώτατες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, τις οποίες χορήγησαν η Sony και η BMG για τα άλμπουμ τους που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις, διαπιστώνεται ότι οι εν λόγω πίνακες περιέχουν μεγάλο αριθμό σφαλμάτων που έχουν ως αποτέλεσμα την αύξηση των ως άνω εκπτώσεων. Συγκεκριμένα, πρέπει να επισημανθεί ότι ο υπολογισμός του διαφορικού μεταξύ των κατωτάτων και των ανωτάτων εκπτώσεων ανά πελάτη (που ισοδυναμεί, κατά την Επιτροπή, με την έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) που διεξήχθη για καθένα από τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη πραγματοποιήθηκε εσφαλμένως, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, διά της συνεκτιμήσεως των εκπτώσεων που χορήγησε το άλλο μέρος, ενώ, όπως εξηγεί η Επιτροπή, ο υπολογισμός αυτός πρέπει να διεξάγεται με βάση το διαφορικό μεταξύ των κατωτάτων και των ανωτάτων εκπτώσεων που χορηγήθηκαν από ένα και το αυτό μέρος στους διαφόρους πελάτες του.

- 426 Από τα δύο αυτά παραδείγματα προκύπτει ότι, πέραν της αναγκαίας σύνεσης με την οποία πρέπει να εξετασθούν οι διάφοροι πίνακες που προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη, καθ' ό μέτρο οι εν λόγω πίνακες εκπονήθηκαν σύμφωνα με παραμέτρους τις οποίες επέλεξαν τα μέρη αυτά και οι οποίες, κατά τα λοιπά, δεν διαφαίνονται πάντοτε σαφώς, προστίθεται η πιθανότητα να ενέχουν οι ως άνω πίνακες ουσιαστικά σφάλματα, τα οποία, στην υπό κρίση υπόθεση, μπορούν να αποκαλυφθούν ακόμη και με μια συνοπτική εξέταση.
- 427 Εν πάση περιπτώσει, έστω και αν υποτεθεί ότι οι διάφοροι πίνακες τους οποίους εκπόνησαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη και τους οποίους προσκόμισε η Επιτροπή είναι όντως ικανοί να αποδείξουν τις κατά το μάλλον ή ήττον σημαντικές διακυμάνσεις των οποίων έγινε επίκληση, γεγονός παραμένει ότι, όπως ορθώς παρατήρησε η προσφεύγουσα, οι εν λόγω διακυμάνσεις είναι αμφίβολης λυσιτέλειας, καθ' ό μέτρο, αφενός, αναφέρονται μόνο σε ανώτατα και κατώτατα όρια, χωρίς να αναλύουν τους σταθμισμένους μέσους όρους και τις διακυμάνσεις σε σχέση με τους μέσους όρους, και, αφετέρου, δεν αποκλείουν το ότι οι εν λόγω διακυμάνσεις μπορούν, τουλάχιστον για έναν επαγγελματία του κλάδου, να εξηγηθούν αρκετά εύκολα βάσει ορισμένου αριθμού γενικών ή ειδικών κανόνων που διέπουν τη χορήγηση των εκπτώσεων, ως προς τους οποίους η Επιτροπή δεν προέβη στις αναγκαίες έρευνες.
- 428 Καίτοι, όπως υπογράμμισε η Επιτροπή, η προσφεύγουσα δεν εξέθεσε, βεβαίως, κατά ακριβή τρόπο ποιοι είναι οι διάφοροι αυτοί κανόνες που διέπουν τη χορήγηση των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, ή, κατά την Επιτροπή, η προσφεύγουσα μνημόνευσε έναν υπερβολικά υψηλό αριθμό τέτοιων κανόνων, πράγμα που θα καθιστούσε την εφαρμογή τους περίπλοκη και, ως εκ τούτου, ελάχιστα διαφανή, γεγονός παραμένει ότι, όπως ήδη διαπιστώθηκε, η Επιτροπή δεν πραγματοποίησε έρευνα επ' αυτού εντός της αγοράς ή, τουλάχιστον, δεν προσκόμισε κανένα αποδεικτικό στοιχείο περί της αδιαφάνειας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, εκτός από τους πίνακες των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών, οι οποίοι, πέραν των ατελειών τους, έχουν μόνον ως αντικείμενο, εν πάση περιπτώσει, τη στοιχειοθέτηση της υπάρξεως ορισμένων διακυμάνσεων των εν λόγω εκπτώσεων, αλλά δεν αποδεικνύουν ότι οι διακυμάνσεις αυτές δεν θα μπορούσαν να εξηγηθούν κατά το μάλλον ή ήττον εύκολα για έναν επαγγελματία του κλάδου. Εξάλλου, δεν μπορεί να προσαφθεί στην προσφεύγουσα ότι δεν προσκόμισε τέτοιες αποδείξεις, καθόσον οι πίνακες δεν διευκρινίζουν τα άλμπουμ, τους πελάτες, τα ποσά και τα χρονικά σημεία κατά τα οποία χορηγήθηκαν οι εν λόγω εκπτώσεις και καθόσον ούτε η προσφεύγουσα ούτε το Πρωτοδικείο είναι, ως εκ τούτου, σε θέση να εξακριβώσουν αν οι εν λόγω εκπτώσεις χορηγήθηκαν σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες του τομέα, τους οποίους επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα.

- 429 Όσον αφορά το επιχείρημα της Επιτροπής ότι τα κριτήρια σύμφωνα με τα οποία χορηγούνται κατά γενικό κανόνα οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων είναι πολυάριθμα μέχρι σημείου ώστε η εφαρμογή τους να καθίσταται αδιαφανής, διαπιστώνεται, ευθύς εξ αρχής, ότι η προσφεύγουσα εξέθεσε ότι, για τις διάφορες κατηγορίες δίσκων (νέες κυκλοφορίες, νέος καλλιτέχνης, κατάλογος «full price», κατάλογος «mid price», κατάλογος «budget»), υπήρχε περιορισμένος αριθμός γενικών στρατηγικών πωλήσεως (αντικατάσταση ενός δίσκου στον κατάλογο επιτυχημένων τραγουδιών, συμμετοχή σε διαφημιστικές εκστρατείες, αγορά χώρου εντός του καταστήματος), οι οποίες μπορούν να διαφέρουν σε ορισμένο βαθμό ανάλογα με τους τύπους των πελατών (πολυκαταστήματα, εξειδικευμένες αλυσίδες, ανεξάρτητα καταστήματα). Ναι μεν ο συνδυασμός των μεταβλητών έχει κατ' ανάγκη ως αποτέλεσμα την αύξηση των υποθέσεων, πλην όμως η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι η άσκηση θα καθίστατο υπερβολικά δυσχερής για έναν επαγγελματία της αγοράς. Εν συνεχεία, πρέπει να επισημανθεί ότι η εκ μέρους των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών παράθεση, στο παράρτημα Β.14, ορισμένων αρχών που διέπουν τη χορήγηση των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων τείνει, επίσης, να επιβεβαιώσει την ύπαρξη των γενικών κανόνων που επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα, καθώς και την έλλειψη υπερβολικής περιπλοκότητας των εν λόγω κανόνων. Τέλος, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι ακόμη και ένας αρκούντως υψηλός αριθμός κανόνων, οι οποίοι είναι προφανώς περίπλοκοι και των οποίων ακόμη και η εξαντλητική απαρίθμηση είναι, ενδεχομένως, δύσκολη, δεν εμποδίζει κατ' ανάγκη έναν επαγγελματία να προσδιορίσει αρκετά εύκολα αν οι κανόνες αυτοί, εκ των προτέρων ή εξεταζόμενοι στο σύνολό τους, γίνονται σεβαστοί. Έτσι, οι κανόνες καλής συμπεριφοράς ή εθιμοτυπίας θα απαιτούσαν ογκώδη συγγράμματα για να περιγραφούν λεπτομερώς, αλλά ένα πρόσωπο το οποίο είναι ελαφρώς εξοικειωμένο με τους εν λόγω κανόνες μπορεί, εντούτοις, να προσδιορίσει εύκολα αν η συμπεριφορά ενός άλλου προσώπου συμμορφώνεται, κατ' ουσίαν, προς τους κανόνες αυτούς.
- 430 Εν πάση περιπτώσει, όπως υπογράμμισε η προσφεύγουσα, ούτε από την απόφαση ούτε από τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η Επιτροπή προκύπτει ότι το εν λόγω θεσμικό όργανο διερεύνησε την ύπαρξη γενικώς γνωστών κανόνων που διέπουν τη χορήγηση των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων ή τη δυνατότητα των μεγαλύτερων εταιριών να αποδείξουν αν οι εκπτώσεις που χορήγησαν οι άλλες μεγαλύτερες εταιρίες είναι σύμφωνες προς τους κανόνες αυτούς ή αν οι εν λόγω εκπτώσεις αφίστανται από τις κοινές αρχές.
- 431 Εξάλλου, η προσφεύγουσα υποστήριξε, ακόμη, ότι οι καθαρές τιμές για τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως ήσαν διαφανείς καθ' ό μέτρο τα περιθώρια των εμπόρων λιανικής πωλήσεως είναι γενικώς διαφανή και γνωστά με υψηλό βαθμό ακρίβειας.



- 432 Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή υποστήριξε, επ' αυτού, ότι το συμπέρασμά της σχετικά με την αναποτελεσματικότητα της εποπτείας των λιανικών πωλήσεων στηρίζεται, επίσης, στην περιπλοκότητα και την αδιαφάνεια των τιμών λιανικής πωλήσεως. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι από τη μελέτη που επισυνάφθηκε σε παράρτημα του εν λόγω υπομνήματος προκύπτει ότι μια εντατική εποπτεία των λιανικών πωλήσεων δεν θα παρείχε τη δυνατότητα σε μια μεγαλύτερη εταιρία να συναγάγει εξ αυτού τις πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών (ΔΤΠ πλην των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου) των ανταγωνιστών της για ένα συγκεκριμένο άλμπουμ, για τον λόγο ότι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως δεν εφαρμόζουν όλοι κατά σύστημα την ίδια προσαύξηση της τιμής χονδρικής πωλήσεως σε ένα συγκεκριμένο χρονικό σημείο, ούτε ως προς όλες τις κατηγορίες των άλμπουμ ούτε καν ως προς όλα τα άλμπουμ της πιο περιορισμένης κατηγορίας των πλήρων τιμών. Η Επιτροπή δεν διαπίστωσε καμία αποδεικτική σχέση μεταξύ των τιμών λιανικής πωλήσεως και των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου που χορηγήθηκαν για άλμπουμ με την ίδια ΔΤΠ.
- 433 Συναφώς, αρκεί η διαπίστωση ότι καμία αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως δεν αναφέρεται στην ως άνω προβαλλόμενη αδυναμία καθορισμού των καθαρών τιμών λιανικής πωλήσεως βάσει των τιμών πωλήσεως προς τους εμπόρους λιανικής, διά της χρησιμοποιήσεως αντιστρόφου συλλογισμού (reverse engineering). Επιπλέον, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτει ότι η Επιτροπή, κατά τη διοικητική διαδικασία, προέβη στην παραμικρή εξέταση ως προς τη σχέση μεταξύ των τιμών λιανικής πωλήσεως και των τιμών χονδρικής πωλήσεως, ούτε καν ότι συνέλεξε πληροφορίες ως προς τις τιμές λιανικής πωλήσεως. Κατά συνέπεια, ούτε η επιχειρηματολογία που προέβαλε η Επιτροπή ούτε η μελέτη που επισυνάφθηκε σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως μπορούν να ληφθούν υπόψη.
- 434 Επιπλέον, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όπως ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα, η μελέτη που κατήρτισαν οι οικονομολόγοι των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών δεν παρουσιάζει αρκούντως αξιόπιστα, λυσιτελή και συγκρίσιμα στοιχεία και δεν καθιστά δυνατή την υποστήριξη των συμπερασμάτων που συνάγει η Επιτροπή βάσει της εν λόγω μελέτης. Το γεγονός ότι όλοι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως δεν εφαρμόζουν πάντοτε κατά σύστημα την ίδια προσαύξηση της τιμής χονδρικής πωλήσεως, έστω και αν θεωρηθεί αποδεδειγμένο, είναι, εν πάση περιπτώσει, αλυσιτελές. Καίτοι είναι πιθανό, βεβαίως, το ότι οι διάφοροι τύποι εμπόρων λιανικής πωλήσεως (πολυκαταστήματα, ανεξάρτητα καταστήματα, αλυσίδες εξειδικευμένων καταστημάτων, κ.λπ.) εφαρμόζουν διαφορετική πολιτική περιθωρίων, και το ότι υφίστανται διαφορές στο πλαίσιο εκάστης κατηγορίας επιχειρηματιών, ακόμη και διαφορές για κάθε επιμέρους επιχειρηματία ανάλογα με τους τύπους των άλμπουμ ή τον βαθμό επιτυχίας τους, είναι, αντιθέτως, ελάχιστα πιθανό, και η μελέτη δεν περιέχει κανένα στοιχείο επ' αυτού, το ότι ένας έμπορος λιανικής πωλήσεως

εφαρμόζει διαφορετική πολιτική πωλήσεων για τον ίδιο τύπο άλμπουμ. Πάντως, δεδομένου ότι όλοι οι έμποροι λιανικής πωλήσεως είναι πελάτες όλων των μεγαλύτερων εταιριών, κάθε μεγαλύτερη εταιρία μπορεί, κατ' αυτόν τον τρόπο, να παρατηρεί το περιθώριο που εφαρμόζει ένας συγκεκριμένος έμπορος λιανικής πωλήσεως στα δικά της άλμπουμ και, κατ' αυτόν τον τρόπο, να συναγάγει εξ αυτού το περιθώριο που εφαρμόζει συνήθως ο εν λόγω έμπορος στα άλμπουμ των ανταγωνιστών της που παρουσιάζουν παρόμοια χαρακτηριστικά. Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι, σύμφωνα με τη δήλωση των διευθυντών πωλήσεων της Sony και της BMG για τη Γαλλία (που επισυνάφθηκε στο παράρτημα Β.2), η τιμή λιανικής πωλήσεως καθορίζεται κατά γενικό κανόνα ως το άθροισμα της προσθέσεως του ΦΠΑ με την τιμή χονδρικής πωλήσεως.

435 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι οι νέες αποδείξεις που προσκόμισε η Επιτροπή δεν δίδουν την εντύπωση ότι είναι αρκούντως αξιόπιστες, λυσιτελείς ή πειστικές προς απόδειξη του αδιαφανούς χαρακτήρα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

436 Τέλος, επιβάλλεται ακόμη η παρατήρηση, ως εκ περισπού, ότι, στην περίπτωση που η έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων δεν θα ήταν διαφανής επειδή ο έμπορος λιανικής πωλήσεως, αν υποθεθεί ότι έχει την εξουσία να το πράξει, δεν μετακυλίζει την εν λόγω έκπτωση στον τελικό καταναλωτή αλλά τη διατηρεί για να αυξήσει το κέρδος του, η Επιτροπή δεν εξήγησε με ποιον τρόπο τούτο θα μπορούσε να ασκεί επιρροή εν προκειμένω. Ναι μεν, στην περίπτωση των απολύτως ομοιογενών προϊόντων, μια μυστική και αδιαφανής έκπτωση που χορηγείται από έναν παραγωγό σε έναν έμπορο λιανικής πωλήσεως μπορεί να είναι λυσιτελής για να εκτιμηθεί η αναγκαία διαφάνεια για ένα σιωπηρό συντονισμό, στον βαθμό που η εν λόγω έκπτωση παρέχει τη δυνατότητα στον ως άνω παραγωγό να αυξήσει τις πωλήσεις του εις βάρος των άλλων μελών του ολιγοπωλίου, πλην όμως δεν ισχύει κατ' ανάγκην το ίδιο στην περίπτωση των πωλήσεων διαφορετικών προϊόντων σε ενδιαμέσους. Έτσι, εν προκειμένω, δεδομένου ότι κάθε δίσκος είναι διαφορετικός, ένας έμπορος λιανικής πωλήσεως, ο οποίος αγοράζει από τις μεγαλύτερες εταιρίες μόνο για να μεταπωλήσει στον τελικό καταναλωτή, δεν θα αγοράσει, κατ' αρχήν, λιγότερους δίσκους από μια συγκεκριμένη μεγαλύτερη εταιρία παρά μόνον αν ο τελικός καταναλωτής παρακινηθεί, μέσω της εκπτώσεως για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, να αγοράσει μάλλον τον δίσκο της ανταγωνίστριας μεγαλύτερης εταιρίας που χορήγησε στον έμπορο λιανικής πωλήσεως την εν λόγω έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Επιπλέον, καίτοι τούτο είναι δυνατό, και μάλιστα πιθανό, ούτε η Επιτροπή ούτε οι παρεμβαίνουσες υποστήριξαν, ούτε κατά μείζονα λόγο απέδειξαν, ότι η χορήγηση εκπτώσεως για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων συνδέεται με αδυναμία επιστροφής των μη πωληθέντων δίσκων. Υπό τις συνθήκες αυτές, μια έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που

χορηγείται από μια μεγαλύτερη εταιρία σε έμπορο λιανικής πωλήσεως, η οποία δεν είναι διαφανής για τον λόγο ότι δεν μετακυλιέται στον τελικό καταναλωτή, δεν δίδει την εντύπωση ότι μπορεί να έχει συνέπειες επί του όγκου των πωλήσεων του σχετικού άλμπουμ ή να βλάψει μια κοινή πολιτική τιμών που προκύπτει από τον σιωπηρό συντονισμό. Η Επιτροπή όφειλε, τουλάχιστον, να εξετάσει και να εξηγήσει με ποιον τρόπο μια έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, η οποία ήταν αδιαφανής καθόσον δεν μετακυλίσθηκε από τον έμπορο λιανικής πωλήσεως, θα μπορούσε να αποτελεί εμπόδιο για την αναγκαία διαφάνεια της αγοράς στον βαθμό που δεν συγκαλύπτει μια συμπεριφορά δυναμένη να βλάψει τον σιωπηρό συντονισμό.

— Επί της λυσιτέλειας των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων

437 Η προσφεύγουσα διατυπώνει μια σειρά αιτιάσεων με τις οποίες υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η Επιτροπή εσφαλμένως στηρίχθηκε στην ανάγκη πλήρους διαφάνειας της αγοράς, ότι δεν εξέτασε τη λυσιτέλεια των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων προς τον σκοπό της εκτιμήσεως της διαφάνειας της αγοράς και ότι δεν απέδειξε ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων εξαλείφουν ή μειώνουν την αναγκαία διαφάνεια στον βαθμό που αυτές αφορούν μόνον περιθωριακώς τα άλμπουμ που εμφανίζονται στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών ή τα άλμπουμ με τις περισσότερες πωλήσεις και δεν επηρεάζουν πραγματικά τις καθαρές τιμές, ιδίως καθόσον αντιπροσωπεύουν μόνον το ένα τέταρτο έως το ένα τρίτο όλων των εκπτώσεων.

438 Πρώτον, όσον αφορά την αιτίαση ότι η Επιτροπή συγχέει την απαίτηση επαρκούς διαφάνειας της αγοράς, όπως αυτή ορίζεται στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, με την απαίτηση πλήρους διαφάνειας που εφαρμόζεται στην απόφαση της Επιτροπής, διαπιστώνεται ότι, όπως ορθώς υπογραμμίζει η Επιτροπή, καμία αιτιολογική σκέψη της εν λόγω αποφάσεως δεν μνημονεύει την ανάγκη πλήρους διαφάνειας.

439 Ωστόσο, πρέπει να εξακριβωθεί αν η Επιτροπή απαίτησε, στην πράξη, πλήρη διαφάνεια ή, τουλάχιστον, διαφάνεια μεγαλύτερη από εκείνη που είναι αναγκαία για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

- 440 Όπως προκύπτει από τη σκέψη 62 της αποφάσεως Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, η αναγκαία διαφάνεια είναι εκείνη που παρέχει τη δυνατότητα σε κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου να γνωρίζει τη συμπεριφορά των άλλων προκειμένου να εξακριβώνει αν υιοθετούν ή όχι την ίδια γραμμή δράσεως, δηλαδή κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου πρέπει να διαθέτει ένα μέσο για να γνωρίζει αν οι άλλοι επιχειρηματίες υιοθετούν την ίδια στρατηγική και αν τη διατηρούν. Η διαφάνεια στην αγορά θα πρέπει, επομένως, να είναι επαρκής για να επιτρέπει σε κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου να γνωρίζει, κατά τρόπο αρκούντως ακριβή και άμεσο, την εξέλιξη της συμπεριφοράς στην αγορά καθενός από τα άλλα μέλη. Η απαιτούμενη διαφάνεια δεν συνεπάγεται ότι κάθε μέλος μπορεί, ανά πάσα στιγμή, να γνωρίζει με την παραμικρή λεπτομέρεια τους ακριβείς όρους κάθε πωλήσεως που πραγματοποιούν τα άλλα μέλη του ολιγοπωλίου, αλλά πρέπει, αφενός, να καθιστά δυνατό τον προσδιορισμό των όρων του σιωπηρού συντονισμού και, αφετέρου, να δημιουργεί σοβαρό κίνδυνο ότι μια παρεκκλίνουσα συμπεριφορά δυναμένη να θέσει εν κινδύνω τον σιωπηρό συντονισμό θα αποκαλυφθεί από τα άλλα μέλη του ολιγοπωλίου.
- 441 Η Επιτροπή εκθέτει ότι «εξέτασε τα στοιχεία της καθαρής τιμής ενός ατομικού άλμπουμ που πωλείται σε έναν επιμέρους πελάτη (ΔΤΠ, τακτική έκπτωση, τυχόν έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων) και κατέληξε, κατ' ουσίαν, στο συμπέρασμα ότι ένας επαρκής βαθμός διαφάνειας όλων των στοιχείων θα ήταν αναγκαίος για να μπορέσει μια μεγάλη δισκογραφική εταιρία να έχει ευλόγως τη βεβαιότητα ότι γνωρίζει τις πραγματικές πρακτικές καθορισμού των καθαρών τιμών μιας άλλης δισκογραφικής εταιρίας, όπως αυτές εκφράζονται στο επίπεδο των πελατών και των άλμπουμ». Από την εξήγηση αυτή προκύπτει ότι, καίτοι η απόφαση αναφέρεται, χωρίς άλλη διευκρίνιση, μόνο σε επαρκή διαφάνεια, η Επιτροπή δίδει την εντύπωση ότι απαιτήσε ιδιαίτερος υψηλό επίπεδο διαφάνειας.
- 442 Ομοίως, η Επιτροπή υποστηρίζει, ιδίως, ότι η σπουδαιότητα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων προκύπτει από το ότι, «[γ]ια να καταστεί δυνατός ο συντονισμός των καθαρών τιμών, οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες πρέπει να είναι σε θέση να ελέγχουν όλες τις συνιστώσες τους, τις σχετικές διαφανείς ΔΤΠ και τις διάφορες εκπτώσεις βάσει τιμολογίου». Συναφώς, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι «[μ]ια “ορισμένη γνώση” των τακτικών εκπτώσεων απλούστατα δεν είναι επαρκής, αν οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι υπεύθυνες για μια διακύμανση των εκπτώσεων (ήτοι αστάθεια των καθαρών τιμών) για ορισμένους πελάτες, κατά την πάροδο του χρόνου και από άλμπουμ σε άλμπουμ, τόσο ισχυρή όσο εκείνες που μνημονεύθηκαν στις αιτιολογικές σκέψεις 79, 86, 93, 100 και 107 [της αποφάσεως] και αν προκύπτει ότι οι εκπτώσεις αυτές είναι λιγότερο διαφανείς».

- 443 Αφενός, επιβάλλεται η παρατήρηση, συναφώς, ότι, πέραν των πολλών άλλων παραγόντων διαφάνειας που μνημονεύονται στις αιτιολογικές σκέψεις 111 έως 113 της απόφασης (και ιδίως των μόνιμων επαφών με μια σταθερή πελατεία, η οποία είναι περιορισμένη και κοινή για όλες τις μεγαλύτερες εταιρίες, καθώς και της εβδομαδιαίας δημοσιεύσεως των καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών), η Επιτροπή εκτίμησε, με την απόφαση, ότι τόσο οι μικτές τιμές όσο και οι τακτικές εκπτώσεις ήσαν διαφανείς. Καίτοι, με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή μετρίασε, κατά τα λοιπά σε αρκετά ευμετάβλητες αναλογίες ανάλογα με τα επιχειρήματα στα οποία απαντούσε, τον βαθμό διαφάνειας των δύο αυτών ουσιωδών συστατικών στοιχείων των καθαρών τιμών, η Επιτροπή ανέφερε μάλιστα ρητώς, με τις τελικές παρατηρήσεις της, ότι είχε καταλήξει στο συμπέρασμα ότι υφίστατο «σημαντικός βαθμός διαφάνειας τόσο ως προς τις ΔΤΠ όσο και ως προς τις τακτικές εκπτώσεις».
- 444 Αφετέρου, οι διακυμάνσεις των εκπτώσεων για τις οποίες είναι υπεύθυνες, όπως υποστηρίζεται, οι εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων δύσκολα μπορούν να χαρακτηρισθούν ως «αρκούντως ισχυρές», καθόσον η απόφαση μνημονεύει διαφορές από δύο έως πέντε εκατοστιαίες μονάδες για το Ηνωμένο Βασίλειο, τη Γερμανία και την Ισπανία, από μία έως τρεις εκατοστιαίες μονάδες για την Ιταλία και έως τρεις εκατοστιαίες μονάδες για τη Γαλλία όσον αφορά το μεγαλύτερο μέρος των κυριότερων πελατών (ή των κυριότερων κοινών πελατών). Επιπλέον, όπως υποστήριξε η προσφεύγουσα και δέχθηκε η Επιτροπή (ιδίως στο σημείο 13 των συμπληρωματικών παρατηρήσεων), διαφορετικοί συνδυασμοί προϊόντων και ποικίλοι βαθμοί επιτυχίας, καθώς και ο τύπος των πελατών, μπορούν να εξηγήσουν τις διακυμάνσεις των εκπτώσεων, οπότε δεν μπορεί να συναχθεί ότι οι διαπιστωθείσες αρκούντως ισχνές διακυμάνσεις μπορούν όντως να αποδοθούν στις εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων.
- 445 Δεύτερον, όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας που αποσκοπούν στην αμφισβήτηση της λυσιτέλειας των εκπτώσεων, πρέπει να υπομνησθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι, όπως υπογραμμίζει η προσφεύγουσα, η Επιτροπή διαπίστωσε, στις αιτιολογικές σκέψεις 77, 84, 91, 98 και 105 της απόφασης, ότι οι καθαρές τιμές πωλήσεως ήσαν στενά συνδεδεμένες με τις μικτές τιμές, δεδομένης της παράλληλης εξελίξεως, κατά τα έξι αυτά τελευταία έτη, των μέσων μικτών τιμών και των πραγματικών μέσων καθαρών τιμών της Sony και της BMG. Καίτοι η Επιτροπή ισχυρίσθηκε, με τα υπομνήματά της ενώπιον του Πρωτοδικείου, ότι τα σχετικά με τις μέσες τιμές στοιχεία μπορούσαν να εξαλείψουν τις επιμέρους διακυμάνσεις, διαπιστώνεται, αφενός, ότι στην αιτιολογική σκέψη 70 της απόφασης εκτίθεται ότι οι μέσες τιμές αποτελούν ένα πρόσφορο μέσον για τον προσδιορισμό του αν οι μεγαλύτερες εταιρίες έχουν παράλληλη συμπεριφορά στον τομέα των τιμών και, αφετέρου, ότι, εν πάση περιπτώσει, διαπιστώνεται επίσης, στην αιτιολογική σκέψη

77 της αποφάσεως, η ύπαρξη πολύ μεγάλης σταθερότητας της αναλογίας καθαρών τιμών/μικτών τιμών ανά άλμπουμ και κατά την πάροδο του χρόνου. Δεδομένου ότι οι τακτικές εκπτώσεις είναι σταθερές για ένα συγκεκριμένο πελάτη και για ένα συγκεκριμένο έτος, δεν είναι δυνατό να γίνει αντιληπτό, ως εκ τούτου, με ποιον τρόπο οι ευμετάβλητες εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων μπορούν να επηρεάσουν τις καθαρές τιμές των σχετικών άλμπουμ.

446 Κατά τα λοιπά, η λυσιτέλεια των εκπτώσεων δίδει γενικότερα την εντύπωση ότι αμφισβητείται σοβαρά από τις εκτιμήσεις της Επιτροπής. Έτσι, στα σημεία 88 και 89 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή είχε αναφέρει ότι «κατόπιν εξετάσεως των στοιχείων, διαπίστωσε ότι οι εκπτώσεις δεν μεταβάλλουν τις σχετικές τιμές των μεγαλύτερων εταιριών» και ότι «δεν υπήρχε απολύτως καμία απόδειξη ότι οι εκπτώσεις χρησιμοποιήθηκαν για να μεταβάλουν ουσιωδώς τις τιμές». Ναι μεν, όπως υπομνήσθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή δικαιούται, βεβαίως, να μεταβάλει τις εκτιμήσεις της, οι οποίες είναι εξ ορισμού προσωρινές και διατυπώθηκαν με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, πλην όμως οι εκτιμήσεις και τα συμπεράσματα που περιέχονται στην απόφαση πρέπει να είναι συμβατά με τις αφορώσες τα πραγματικά περιστατικά διαπιστώσεις που πραγματοποιήθηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία, εκτός αν η Επιτροπή αποδείξει, τουλάχιστον στο πλαίσιο διαδικασίας ενώπιον του κοινοτικού δικαστή, ότι οι εν λόγω διαπιστώσεις ήσαν εσφαλμένες. Πάντως, η παρατήρηση ότι δεν υπήρχε καμία απόδειξη ότι οι εκπτώσεις επηρέασαν αισθητά τις τιμές αποτελεί μάλλον διαπίστωση αφορώσα τα πραγματικά περιστατικά παρά εκτίμηση. Εν πάση περιπτώσει, η Επιτροπή δεν δίδει την εντύπωση ότι μετέβαλε την άποψή της επί του ζητήματος αυτού, καθόσον στην αιτιολογική σκέψη 77 της αποφάσεως εκτίθεται ότι, «[α]ν οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες είχαν παρεκκλίνει αισθητά από τη συμφωνηθείσα πολιτική στον τομέα των τιμών χορηγώντας εκπτώσεις, η παρέκκλιση αυτή θα ήταν ορατή στις μέσες καθαρές τιμές τους».

447 Τρίτον, διαπιστώνεται ότι η απόφαση δεν περιέχει την παραμικρή πληροφορία που θα ήταν ικανή να αποδείξει την πραγματική επίπτωση που είχαν οι εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων επί των καθαρών τιμών των σχετικών άλμπουμ. Η μόνη σχετική ένδειξη περιέχεται στην αιτιολογική σκέψη 150 της αποφάσεως και τείνει, αντιθέτως, μάλλον να αμφισβητήσει την επίπτωση αυτή, καθόσον στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη εκτίθεται ότι «[ό]πως και στα πιο εκτεταμένα εδάφη, οι σημαντικότερες εκπτώσεις που εφαρμόζονται εντός του συνόλου των μικρών χώρων είναι οι τακτικές εκπτώσεις ». Βεβαίως, η Επιτροπή προέβαλε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, τον καθ' υπόθεση ισχυρισμό ότι επρόκειτο για τυπογραφικό σφάλμα, αλλά, παρά ταύτα, επανέλαβε την ως άνω παρατήρηση με το υπόμνημά της αντικρούσεως. Εξάλλου, πρέπει να υπομνησθεί ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, που συντάχθηκε μετά από πεντάμηνη έρευνα, κατά τη διάρκεια της

οποίας η Επιτροπή είχε απευθύνει ερωτήσεις τόσο στις μεγαλύτερες εταιρίες και τους ανεξάρτητους παραγωγούς όσο και στους εμπόρους λιανικής πωλήσεως ιδίως όσον αφορά την αντίστοιχη σπουδαιότητα των διαφόρων ειδών εκπτώσεων, συμπεριλαμβανομένων των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων (βλ., ιδίως, τις ερωτήσεις 19 και 24 των ερωτηματολογίων που απεστάλησαν από τις 20 Ιανουαρίου 2004 στους εμπόρους λιανικής πωλήσεως και στους ανταγωνιστές, οι οποίες μνημονεύονται στο παράρτημα Ε.4.1), η Επιτροπή δεν θεώρησε καν αναγκαίο το να μνημονεύσει τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων.

- 448 Κληθείσα από το Πρωτοδικείο να αναφέρει τη συνολική αξία των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, ως ποσοστό επί τοις εκατό των συνολικών πωλήσεων των 100, καθώς και των 20, άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις και εκδόθηκαν από καθεμία από τις πέντε μεγαλύτερες εταιρίες (ήτοι τη μέση έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που χορηγείται ως προς αυτά τα άλμπουμ), καθώς και τη σχετική αξία των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων σε σχέση με τις τακτικές εκπτώσεις για τα εν λόγω άλμπουμ, η Επιτροπή απάντησε ότι ήταν αδύνατο να τις υπολογίσει βάσει των πληροφοριών που περιέχονται στον φάκελό της.
- 449 Από τις ανωτέρω παρατηρήσεις προκύπτει ότι η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι υπήρχε ανεπαρκής διαφάνεια στην αγορά, παρά τη διαφάνεια των μικτών τιμών και των τακτικών εκπτώσεων και παρά τους πλείονες άλλους παράγοντες διαφάνειας που επισημάνθηκαν με την απόφαση, αποκλειστικώς για τον λόγο ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι λιγότερο διαφανείς, χωρίς να έχει εξετάσει, ωστόσο, αν οι εν λόγω εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αντιπροσωπεύουν ένα αρκούντως σημαντικό στοιχείο της τιμής των σχετικών άλμπουμ ώστε να έχουν πραγματικό αντίκτυπο στη διαφάνεια των τιμών των εν λόγω άλμπουμ. Επομένως, η αιτίαση της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την οποία η απόφαση βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως καθόσον η Επιτροπή δεν εξέτασε ή, τουλάχιστον, δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμον τη λυσιτέλεια των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, είναι βάσιμη.
- 450 Η ως άνω διαπίστωση δεν μπορεί να τεθεί εν αμφιβόλω από τον ισχυρισμό της Επιτροπής ότι άλλες πληροφορίες που διαβιβάστηκαν κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας της παρείχαν τη δυνατότητα να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αποτελούσαν ουσιώδες στοιχείο του καθορισμού των τιμών και να υπολογίσει τις μέσες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων κατά το έτος 2002 που εφαρμόστηκαν στο σύνολο των άλμπουμ. Ειδικότερα, τα στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η επιχειρηματολογία αυτή δεν μπορούν να θεωρηθούν αρκούντως συνεπή, αξιόπιστα και λυσιτελή, ούτε ικανά να δικαιολογήσουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών.

451 Πρώτον, η χρονολογία διεξαγωγής της έρευνας δεν παρέχει τη δυνατότητα να συναχθεί ότι η Επιτροπή προέβη σε εξέταση της λυσιτέλειας των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων προκειμένου να εκτιμήσει τον βαθμό διαφάνειας της αγοράς, ούτε, κατά μείζονα λόγο, ότι η εν λόγω εξέταση μπορούσε να πραγματοποιηθεί βάσει του συνόλου των σχετικών και αξιόπιστων στοιχείων. Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι, μέχρι την ακρόαση της 14ης και της 15ης Ιουνίου 2004, η Επιτροπή είχε συναγάγει, βεβαίως κατά τρόπο προσωρινό, βάσει της εξετάσεως του συνόλου των στοιχείων που συνέλεξε κατά τη διάρκεια της έρευνάς της, ότι υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση πριν από τη συγκέντρωση και, ιδίως, ότι η αγορά και οι εκπώσεις ήταν διαφανείς και ότι οι εκπώσεις δεν ήταν ικανές να βλάψουν τον συντονισμό των τιμών. Η Επιτροπή, λαμβάνοντας υπόψη τις απαντήσεις τόσο των μεγαλύτερων εταιριών και των ανταγωνιστών όσο και των εμπόρων λιανικής πωλήσεως στα ερωτηματολόγια της επί της αντίστοιχης σπουδαιότητας των διαφόρων εκπτώσεων, και ιδίως των τακτικών εκπτώσεων και των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων, δεν έκρινε αναγκαίο να μνημονεύσει, στην ανακοίνωση των αιτιάσεων, τις εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων (τουλάχιστον όπως προκύπτει από το εμπιστευτικό κείμενο που προσκομίστηκε ενώπιον του Πρωτοδικείου). Από τη δικογραφία δεν προκύπτει, πράγμα που δεν υποστήριξε, εξάλλου, η Επιτροπή, ότι, κατά το στάδιο αυτό, η Επιτροπή προέβη στην παραμικρή εξέταση σχετικά με τις εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων. Πάντως, δεν προκύπτει, επιπλέον, ότι, κατά το σύντομο χρονικό διάστημα μεταξύ της ακρόασης της 14ης και της 15ης Ιουνίου 2004, μετά την περάτωση της οποίας η Επιτροπή μετέβαλε την εκτίμησή της, και της αποστολής του σχεδίου αποφάσεως στη συμβουλευτική επιτροπή την 1η Ιουλίου 2004, η Επιτροπή προέβη σε έρευνα για να εξακριβώσει τη λυσιτέλεια των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων ούτε, εξάλλου, τον βαθμό διαφάνειας των εν λόγω εκπτώσεων. Το μόνο μέτρο έρευνας που ελήφθη μετά την ακρόαση στην οποία αναφέρεται η Επιτροπή συνίσταται, εξάλλου, σε μια αίτηση παροχής πληροφοριών με ημερομηνία 21 Ιουνίου 2004, η οποία απευθυνόταν στα κοινοποιούντα μέρη και δεν αφορούσε τη λυσιτέλεια των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων, αλλά τις δραστηριότητες των μεγαλύτερων εταιριών σχετικά με την εποπτεία της αγοράς. Κατά τα λοιπά, ο αντιπροσωπευτικός χαρακτήρας των εκθέσεων εποπτείας που κατήρτισαν οι εμπορικοί αντιπρόσωποι της Sony και της BMG και οι οποίες προσκομίστηκαν (παράρτημα Β.15) προς απάντηση στην ως άνω ερώτηση αμφισβητείται σοβαρά, όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, από τα εμπιστευτικά έγγραφα που προσκόμισε η προσφεύγουσα (παράρτημα Β.16). Τέλος, με τις τελικές παρατηρήσεις της, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι το δικαίωμα ακρόασης των κοινοποιούντων μερών περιορίζει τις δυνατότητες συμπληρωματικής έρευνας μετά την ακρόαση και αποκλείει μια ευρεία διαβούλευση με τους επιχειρηματίες της αγοράς όσον αφορά τις αιτιάσεις. Κατά την Επιτροπή, τα μέτρα έρευνας που ελήφθησαν μετά την ακρόαση συνίστανται, κατ' ουσίαν, στη διαβούλευση με τους επιχειρηματίες της αγοράς όσον αφορά τις προτεινόμενες δεσμεύσεις και δεν αφορούν τις αιτιάσεις που διατυπώθηκαν κατά της κοινοποιηθείσας πράξεως συγκεντρώσεως.

452 Δεύτερον, ναι μεν, με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή ανέφερε ότι οι πληροφορίες που παρείχαν τα κοινοποιούντα μέρη κατά



τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας της είχαν παράσχει τη δυνατότητα να υπολογίσει τις μέσες εκπτώσεις για λόγους προώθησης των πωλήσεων, πλην όμως δέχθηκε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι δεν πραγματοποίησε η ίδια τους υπολογισμούς και υποχρεώθηκε να αφήσει στους οικονομολόγους των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών τη μέριμνα να εξηγήσουν με ποιον τρόπο κατέστη δυνατό να υπολογισθούν οι εκπτώσεις για το σύνολο των άλμπουμ αλλά όχι για τα 20 ή τα 100 άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις, ενώ η έρευνα και τα στοιχεία που συνέλεξε η Επιτροπή αφορούσαν μόνο τα άλμπουμ αυτά.

- 453 Τρίτον, ναι μεν η Επιτροπή ανέφερε ότι οι υπολογισμοί είχαν πραγματοποιηθεί βάσει των στοιχείων που χρησίμευσαν ως βάση για ένα από τα παραρτήματα Β.12 του υπομνήματος αντικρούσεως, πλην όμως το εν λόγω παράρτημα περιέχει μόνο στοιχεία που αφορούν την ΒΜG και όχι τη Sony.
- 454 Τέταρτον, τα στοιχεία δεν δίδουν την εντύπωση ότι είναι αρκούντως συνεπή, αξιόπιστα και λυσιτελή.
- 455 Πρέπει να επισημανθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι οι πίνακες που προσκόμισε η Επιτροπή προς απάντηση στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου αφορούν μόνον το έτος 2002, χωρίς μάλιστα να εκτίθενται οι λόγοι για τους οποίους επελέγη το έτος αυτό από τα κοινοποιούντα μέρη, ενώ η απόφαση αφορά τις τιμές και τις εκπτώσεις από το 1998 έως το 2003. Ομοίως, καίτοι, για την ΒΜG, η αναλογία των μικτών πωλήσεων υπολογίζεται για τους δέκα μεγαλύτερους πελάτες, η εν λόγω αναλογία αφορά μόνον τους πέντε έως δέκα μεγαλύτερους πελάτες (ανάλογα με τη χώρα), χωρίς να παρασχεθεί καμία εξήγηση συναφώς. Επίσης, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι τα ανώτατα και κατώτατα όρια των εκπτώσεων για λόγους προώθησης των πωλήσεων, τα οποία μνημονεύονται στους πίνακες (που αφορούν το σύνολο των άλμπουμ επί του συνόλου της πελατείας), δεν αντιστοιχούν σε εκείνα που μνημονεύονται στους πίνακες άλλων παραρτημάτων Β.6/Ε.2 (που αφορούν μόνον τα 20 άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις στους δέκα καλύτερους πελάτες). Δεδομένου ότι ο αριθμός των άλμπουμ και των πελατών που ελήφθησαν υπόψη στους πίνακες είναι πολύ μεγαλύτερος από αυτόν στον οποίο αναφέρονται τα εν λόγω παραρτήματα, η ανώτατη έκπτωση για λόγους προώθησης των πωλήσεων που εμφανίζεται στους πίνακες [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] θα έπρεπε να είναι ίση ή μεγαλύτερη από εκείνη που εμφανίζεται στα επίμαχα παραρτήματα για το ίδιο έτος [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*]. Το σύνολο των εκπτώσεων βάσει τιμολογίου καθενός από τα δύο κοινοποιούντα μέρη, καθώς και το διαφορικό μεταξύ των εκπτώσεων που χορηγεί καθένα από αυτά, είναι, επίσης, διαφορετικά από εκείνα που μνημονεύονται στην απόφαση. Βεβαίως, η απόφαση αφορά τα άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις το 2003 και όχι, όπως οι πίνακες, το σύνολο των άλμπουμ που πωλήθηκαν το 2002, αλλά τούτο απλώς επιβεβαιώνει ότι το αποτέλεσμα μπορεί να είναι διαφορετικό ανάλογα με τις επιλεγείσες παραμέτρους και, ως εκ τούτου, ότι είναι αναγκαίο να διατηρήσει η

Επιτροπή τον έλεγχο των πράξεων ή, τουλάχιστον, να εξακριβώσει τη λυσιτέλεια των στοιχείων που προσκόμισαν τα μετέχοντα στη συγκέντρωση μέρη.

456 Εν συνεχεία, διαπιστώνεται ότι, στον βαθμό που αφορούν τη μέση έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ως προς το σύνολο των άλμπουμ που πωλήθηκαν και όχι ως προς τα 100 ή τα 20 άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις, οι πίνακες στερούνται λυσιτέλειας, καθόσον προϋποθέτουν αυτό που οφείλουν ακριβώς να αποδείξουν, ήτοι ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων διαδραματίζουν, επίσης, σημαντικό ρόλο για τα άλμπουμ που έχουν τις περισσότερες πωλήσεις ή για τις νέες κυκλοφορίες που περιέχονται στους καταλόγους επιτυχημένων τραγουδιών (new hit releases) και ότι δεν αφορούν κυρίως, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, τα άλμπουμ που ευρίσκονται στην κατώτατη θέση του καταλόγου. Το επιχείρημα της Επιτροπής ότι, δεδομένης της σπουδαιότητας που αντιπροσωπεύουν τα 100 άλμπουμ με τις περισσότερες πωλήσεις για τα συνολικά έσοδα που αντλούνται από τις πωλήσεις μουσικών έργων, θα προκαλούσε κατάπληξη το ότι τα μέσα επίπεδα των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που υπολογίζονται για το σύνολο των πωληθέντων άλμπουμ δεν μετακυλίνουν αισθητά στην τιμή των 100 άλμπουμ με τις περισσότερες πωλήσεις, καθόσον τούτο θα σήμαινε ότι οι μέσες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, που αποτελούσαν πολλαπλάσιο του γενικού μέσου όρου, εφαρμόζονταν σε όλα τα άλλα άλμπουμ, δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Ναι μεν η απόφαση δεν περιέχει καμία πληροφορία επ' αυτού και η Επιτροπή ουδόλως παρείχε διευκρινίσεις με τα υπομνήματά της, πλην όμως τα στοιχεία και μόνον που περιέχονται στη δικογραφία τείνουν να καταδείξουν ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ευρίσκονται όντως σε υψηλό, αν όχι σε πολύ υψηλό, επίπεδο. Έτσι, απαντώντας στο ερωτηματολόγιο της Επιτροπής, μία από τις μεγαλύτερες εταιρίες ανέφερε ότι «[α]υτό το είδος έκπτωσης [μπορούσε] να αντιπροσωπεύει σημαντική αναλογία της ΔΤΠ (παραδείγματος χάρη μέχρι [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο])». Ομοίως, οι πίνακες του παραρτήματος E.2, τους οποίους προσκόμισε η Επιτροπή και οι οποίοι περιέχουν εκτιμήσεις ως προς τις ανώτατες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, μνημονεύουν ποσοστά εκπτώσεων που χορηγήθηκαν από τα κοινοποιούντα μέρη στους δέκα καλύτερους πελάτες τους, τα οποία είναι, συχνά, πολύ υψηλά και φθάνουν έως [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο]. Επιπλέον, οι ως άνω εκτιμήσεις χαρακτηρίζονται από την Επιτροπή ως μετριοπαθείς, καθόσον τα αριθμητικά στοιχεία παρέχονται σε ετήσια βάση, ενώ μια έκπτωση για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων είναι συνήθως χρονικώς περιορισμένη. Δεδομένου ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αντιπροσωπεύουν, ακόμη και σύμφωνα με τον πίνακα που προσκόμισε η Επιτροπή, μόνον ένα χαμηλό μέσο ποσοστό της τιμής πωλήσεως [παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο] του συνόλου των πωληθέντων άλμπουμ, οι εν λόγω εκπτώσεις θα έπρεπε, κατά συνέπεια, να εφαρμόζονται μόνο σε έναν αρκετά μικρό αριθμό άλμπουμ. Τέλος, όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, μόνον οι δηλώσεις των μεγαλύτερων εταιριών, τις οποίες προσκόμισε η Επιτροπή, τείνουν να καταδείξουν ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων

εφαρμόζονται σε ειδικές περιπτώσεις (καλλιτέχνης σε περιοδεία, ορισμένα εποχικά αποθέματα, παλαιότερα άλμπουμ που δεν σημειώνουν πλέον πολύ καλές πωλήσεις). Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν μπορεί να υποτεθεί ότι τα μέσα ποσοστά των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που χορηγούνται για το σύνολο των άλμπουμ είναι αντιπροσωπευτικά των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που χορηγούνται για τα 100 άλμπουμ με τις περισσότερες πωλήσεις, ούτε, κατά μείζονα λόγο, για τις νέες «hit releases». Επιπλέον, πρέπει να υπομνησθεί, συναφώς, ότι, στα σημεία 87 και 90 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή είχε αναφέρει ότι θεωρούσε ότι οι τιμοκατάλογοι των νέων κυκλοφοριών εχρησιμοποιούν για τον συντονισμό και την εποπτεία των πολιτικών σχετικά με τις τιμές και ότι δεν είχε εξεύρει καμία απόδειξη περί του ότι οι εκπτώσεις είχαν χρησιμοποιηθεί προκειμένου να μεταβληθούν ουσιαστικά οι μέσες καθαρές τιμές των νέων «hit releases».

457 Πέμπτον, έστω και αν υποτεθεί ότι οι πίνακες είναι ακριβείς και αντιπροσωπευτικοί, διαπιστώνεται ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων αντιπροσωπεύουν μόνον ένα πολύ μικρό μέρος της μικτής τιμής πωλήσεως των άλμπουμ εντός τριών εκ των πέντε μεγάλων χωρών για την BMG [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] % στη χώρα Β [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] % στη χώρα Γ και [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] % στη χώρα Δ και εντός των δύο εκ των πέντε μεγάλων χωρών για τη Sony [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] % στη χώρα Γ και [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] % στη χώρα Δ. Επιπλέον, σε αντίθεση με ό,τι ισχυρίζεται η Επιτροπή, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι οι πίνακες καταδεικνύουν ότι οι μέσες εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων των δύο κοινοποιούντων μερών διαφέρουν ευρύτατα στην πλειονότητα των χωρών, εφόσον, στις τρεις από τις πέντε χώρες, η διαφορά μεταξύ των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων που εφαρμόζουν η Sony και η BMG είναι χαμηλότερη από [*παραλειπόμενο εμπιστευτικό στοιχείο*] %. Πάντως, κάθε χώρα αποτελεί, σύμφωνα με την απόφαση, μία αγορά και πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι μια συγκέντρωση που δημιουργεί ή ενισχύει δεσπόζουσα θέση με συνέπεια να παρακωλύεται σε σημαντικό βαθμό ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός σε μία μόνον από τις επίμαχες αγορές πρέπει να κηρύσσεται ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά. Υπό τις συνθήκες αυτές, έστω και αν υποτεθεί ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων μπορούν να θεωρηθούν ως λιγότερο διαφάνεις, η Επιτροπή όφειλε, επί ποινή εφαρμογής μιας απαιτήσεως πλήρους διαφάνειας, τουλάχιστον, να εξηγήσει, εντός της αποφάσεως, με ποιον τρόπο οι εν λόγω εκπτώσεις, παρά τον ελάχιστο πραγματικό αντίκτυπό τους στις τιμές και την ύπαρξη πολλών παραγόντων διαφάνειας που προσδιορίστηκαν με την απόφαση, ήσαν ικανές να εξαλείψουν την επαρκή διαφάνεια της αγοράς που ήταν αναγκαία για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

458 Εν πάση περιπτώσει, ούτε οι εξηγήσεις που παρασχέθηκαν κατά τη διάρκεια της ένδικης διαδικασίας ενώπιον του Πρωτοδικείου ούτε, κατά μείζονα λόγο, οι έλεγχοι

που αφορούν μια ουσιώδη πτυχή της αποφάσεως μπορούν να αναπληρώσουν την παράλειψη εξετάσεως κατά το χρονικό σημείο θεσπίσεως της αποφάσεως και να εξαλείψουν την πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως με την οποία βαρύνεται, ως εκ τούτου, η απόφαση, τούτο δε ακόμη και αν υποθεθεί ότι η ως άνω πλάνη δεν είχε καμία επιρροή επί του αποτελέσματος της εκτιμήσεως (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση του Δικαστηρίου της 22ας Ιανουαρίου 2004, C-353/01 P, Mattila κατά Συμβουλίου κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-1073, σκέψεις 31 και 37).

#### γ) Συμπέρασμα επί της διαφάνειας

- 459 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι οι διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση όσον αφορά τη διαφάνεια της αγοράς δεν είναι αιτιολογημένες επαρκώς κατά νόμον και βαρύνονται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως καθόσον δεν στηρίζονται στην εξέταση του συνόλου των σχετικών στοιχείων που πρέπει να ληφθούν υπόψη και δεν είναι ικανές να θεμελιώσουν το συμπέρασμα ότι η αγορά δεν είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

### 5. Ομοιογένεια

- 460 Όσον αφορά το σχετικό με την ομοιογένεια του προϊόντος κριτήριο, πρέπει να υπομνησθεί ότι, στην αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, η Επιτροπή συνήγαγε ότι δεν υφίστατο συλλογική δεσπόζουσα θέση επισημαίνοντας, πέραν των ελλειμμάτων στο επίπεδο της διαφάνειας και της ελλείψεως στοιχείων πιστοποιούντων την ύπαρξη αντιποίνων κατά το παρελθόν, τα μερικώς ετερογενή χαρακτηριστικά του προϊόντος. Ωστόσο, πρέπει να επισημανθεί ότι, στο πλαίσιο της αιτιολογικής σκέψεως 110 της αποφάσεως, που είναι αφιερωμένη στην εξέταση της ομοιογένειας του προϊόντος, η Επιτροπή υπογράμμισε, αφενός, ότι η μορφή της ηχογραφημένης μουσικής ήταν ομοιογενής, αφετέρου, ότι, παρά τη μη ομοιογένεια του περιεχομένου, οι τρόποι τιμολόγησης και διάθεσης των άλμπουμ στις αγορές χονδρικής έδιδαν την εντύπωση ότι ήσαν αρκούντως τυποποιημένοι και, τέλος, ότι, όσον αφορά τις εκπτώσεις και τα συμφωνηθέντα ποσοστά επιστροφής για τους μη πωληθέντες δίσκους, οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν προέβαιναν συνήθως σε καμία διάκριση μεταξύ των μουσικών ειδών ή των τύπων των άλμπουμ. Η Επιτροπή, ερχόμενη τουλάχιστον σε εμφανή αντίφαση με τον ως άνω ισχυρισμό και χωρίς να παράσχει άλλη εξήγηση, πρόσθεσε ότι η τιμολόγηση εξηρτάτο βεβαίως, επίσης, από την επιτυχία του άλμπουμ και ότι υπήρχε διαφορά στο επίπεδο των άλμπουμ όσον

αφορά τις εκπτώσεις για λόγους προώθησεως των πωλήσεων. Η Επιτροπή συνήγαγε, βάσει των ανωτέρω σκέψεων, ότι η μη ομοιογένεια του περιεχομένου και τα προαναφερθέντα αποτελέσματά της επί των τιμών μείωναν τη διαφάνεια.

<sup>461</sup> Επομένως, η Επιτροπή θεώρησε ότι τα προσδιορισθέντα στοιχεία μη ομοιογένειας είχαν επίπτωση μόνον επί των εκπτώσεων για λόγους προώθησεως των πωλήσεων. Πάντως, όπως εκτέθηκε προηγουμένως, τα στοιχεία που προσδιορίστηκαν με την απόφαση και τα επιχειρήματα που προέβαλε η Επιτροπή με τα δικόγραφα της δεν αρκούν για να αποδειχθεί η διαπίστωση ότι η αγορά δεν παρουσίαζε τον απαιτούμενο βαθμό διαφάνειας ώστε να καταστεί δυνατή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Κατά συνέπεια, οι διαπιστώσεις, οι οποίες ήσαν, εξάλλου, αντιφατικές, ως προς τα στοιχεία μη ομοιογένειας του προϊόντος δεν είναι, αυτές καθ' εαυτές, ικανές να οδηγήσουν στο συμπέρασμα ότι μια τέτοια συλλογική δεσπόζουσα θέση δεν υφίστατο εντός της αγοράς.

<sup>462</sup> Κατά τα λοιπά, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι το γεγονός ότι το προϊόν είναι ετερογενές, τουλάχιστον ως προς το περιεχόμενό του, και ότι, όπως θα ήταν αναμενόμενο, η τιμή του ποικίλλει από άλμπουμ σε άλμπουμ, προσδίδει μια όλως ιδιαίτερη σπουδαιότητα στη διαπίστωση στην οποία προέβη η Επιτροπή με τις αιτιολογικές σκέψεις 76 και 77 που αφορούν την αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου (και με τις αιτιολογικές σκέψεις που αντιστοιχούν στις άλλες αγορές) και σύμφωνα με την οποία οι τιμές καταλόγου των άλμπουμ που είχαν τις καλύτερες πωλήσεις δίδουν την εντύπωση ότι είναι μάλλον ευθυγραμμισμένες και οι καθαρές τιμές πωλήσεως συνδέονται στενά με τις μικτές τιμές.

## 6. Αντίποινα

<sup>463</sup> Στις αιτιολογικές σκέψεις 114 έως 118 της αποφάσεως, η Επιτροπή εξέτασε αν οι μεγαλύτερες εταιρίες είχαν λάβει, κατά το παρελθόν, «αντίποινα» έναντι οποιασδήποτε εξ αυτών και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν εξηύρε «κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι, κατά το παρελθόν, η άρνηση μιας μεγαλύτερης εταιρίας να ευθυγραμμισθεί προς τις εναρμονισμένες πρακτικές επέσυρε, ως

αντίποινα, τον αποκλεισμό άλλων μεγαλύτερων εταιριών από μια κοινή επιχείρηση για μουσικές συλλογές ή την (πρόσκαιρη) επιστροφή σε πραγματικά ανταγωνιστικές πρακτικές», ούτε καν ότι εξηύρε «ίχνος απειλής προς την κατεύθυνση αυτή».

464 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ως άνω διαπίστωση πάσχει λόγω ελλείψεως αιτιολογίας, λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και λόγω νομικής πλάνης. Οι αιτιάσεις που προβλήθηκαν στο πλαίσιο των τριών αυτών σκελών συμπίπτουν και συνίστανται, κατ' ουσίαν, στην αμφισβήτηση του γεγονότος ότι η Επιτροπή στήριξε την ανάλυσή της στην έλλειψη αποδείξεως περί προγενέστερης επιβολής αντιποίνων ενώ όφειλε μόνο να εξακριβώσει την ύπαρξη αποτελεσματικών μηχανισμών αποτροπής.

465 Από τη νομολογία (απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 62) προκύπτει ότι, για να είναι βιώσιμη μια συλλογική δεσπόζουσα θέση, θα πρέπει να υπάρχουν επαρκείς παράγοντες αποτροπής για να εξασφαλισθεί ένα σταθερό κίνητρο για να μην αποστούν από την κοινή γραμμή, πράγμα που ισοδυναμεί με το ότι πρέπει κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου να γνωρίζει ότι η ανάπτυξη έντονης ανταγωνιστικής δράσης εκ μέρους του με σκοπό την αύξηση του μεριδίου αγοράς θα προκαλούσε παρόμοια συμπεριφορά εκ μέρους των άλλων, οπότε η πρωτοβουλία του δεν θα του απέφερε κανένα πλεονέκτημα (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση *Gencor* κατά Επιτροπής, σκέψη 246 ανωτέρω, σκέψη 276).

466 Πράγματι, η απλή ύπαρξη αποτελεσματικών μηχανισμών αποτροπής αρκεί, κατ' αρχήν, εφόσον, στην περίπτωση κατά την οποία τα μέλη του ολιγοπωλίου συμμορφώνονται προς την κοινή πολιτική, παρέλκει η επιβολή κυρώσεως. Επιπλέον, όπως υπογραμμίζει η προσφεύγουσα, το πλέον αποτελεσματικό μέσο αποτροπής είναι εκείνο που δεν χρειάζεται να χρησιμοποιηθεί.

467 Εξάλλου, η Επιτροπή διαπίστωσε ρητώς, στα σημεία 128 έως 132 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, ότι ο αποκλεισμός από τις κοινές επιχειρήσεις για μουσικές συλλογές αποτελεί έναν ιδιαιτέρως αποτελεσματικό μηχανισμό αντιποίνων και η απόφαση, έστω και αν δεν το αναγνωρίζει εξίσου ρητώς, επιβεβαιώνει, σε αντίθεση με ό,τι υποστήριξε η Επιτροπή με τα υπομνήματά της, την ανάλυση αυτή. Συγκεκριμένα, αφού αναφέρθηκε, στις αιτιολογικές σκέψεις 115 και 116 της αποφάσεως, στη

σπουδαιότητα, από οικονομικής απόψεως, των μουσικών συλλογών πλειόνων καλλιτεχνών ή σημάτων, που αντιπροσωπεύουν, κατά προσέγγιση, ποσοστό από 15 έως 20 % της συνολικής αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής, και αφού υπογράμμισε ότι η παρουσία σε ένα άλμπουμ καλλιτεχνών που «υπάγονται» σε διαφορετικές δισκογραφικές εταιρίες δίδει την εντύπωση ότι είναι κεφαλαιώδης παράγοντας της επιτυχίας μιας μουσικής συλλογής, η Επιτροπή εκθέτει, στην αιτιολογική σκέψη 117 της απόφασης, ότι, «[σ]ε περίπτωση επίμονης “παρεκκλίσεως” μίας εξ αυτών, οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες θα μπορούσαν, ως εκ τούτου, να αποκλείσουν την παρεκκλίνουσα εταιρία από τη δημιουργία νέων κοινών επιχειρήσεων, ή να της αρνηθούν το δικαίωμα να χρησιμοποιεί τους τίτλους τους σε μια μουσική συλλογή, και μάλιστα να θέσουν τέρμα σε ορισμένες υφιστάμενες κοινές επιχειρήσεις». Τέλος, η αιτιολογική σκέψη 118 της απόφασης αναφέρει ότι η Επιτροπή δεν εξήυρε, εντούτοις, κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει τον αποκλεισμό, κατά το παρελθόν, άλλων μεγάλων δισκογραφικών εταιριών από μια κοινή επιχείρηση για μουσικές συλλογές ούτε εξήυρε ίχνος απειλής προς την κατεύθυνση αυτή, διευκρινίζοντας ταυτοχρόνως ότι «τα μέτρα αυτά θα μπορούσαν να αντιπροσωπεύουν, γενικώς, αξιόπιστα αντίποινα εντός των αγορών της ηχογραφημένης μουσικής».

468 Ωστόσο, δεδομένου ότι, στο πλαίσιο αυτού του λόγου ακυρώσεως, το επίμαχο ζήτημα είναι η διαπίστωση της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, και όχι η δημιουργία της, είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι η αφορώσα τα αντίποινα προϋπόθεση μπορεί να μη συνίσταται, όπως συνέβαινε στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, στην εξακρίβωση της απλής υπάρξεως μηχανισμών αντιποίνων, αλλά στην εξέταση του αν υπήρξαν παραβάσεις της κοινής γραμμής δράσεως, χωρίς οι εν λόγω παραβάσεις να ακολουθηθούν από τη λήψη αντιποίνων. Μολονότι η απόφαση δεν αναφέρει ότι το κριτήριο για να διαπιστωθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως πρέπει να είναι διαφορετικό, και μολονότι ούτε η Επιτροπή προέβαλε σχετικό ισχυρισμό με τα υπομνήματά της, το Πρωτοδικείο θα εξετάσει, παρά ταύτα, αν οι διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση ικανοποιούν το κριτήριο αυτό.

469 Δύο σωρευτικά στοιχεία είναι αναγκαία ώστε η έλλειψη επιβολής αντιποίνων να μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει την έννοια ότι η αφορώσα τα αντίποινα προϋπόθεση δεν πληρούται, ήτοι η απόδειξη αποκλίσεων από την κοινή γραμμή δράσεως, χωρίς την οποία δεν συντρέχει λόγος να εξετασθεί η επιβολή αντιποίνων, και, εν συνεχεία, η ουσιαστική απόδειξη της ελλείψεως αντιποίνων. Πάντως, διαπιστώνεται ότι, σε

καμία από τις δύο αυτές πτυχές, οι αναγκαίες αποδείξεις δεν προσκομίσθηκαν με την απόφαση.

470 Πρώτον, ούτε στην ad hoc στήλη που είναι αφιερωμένη στα αντίποινα ούτε καν στο υπόλοιπο τμήμα της αποφάσεως προσδιόρισε η Επιτροπή σαφώς οποιαδήποτε περίπτωση παραβάσεως της κοινής πολιτικής στον τομέα των τιμών. Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η Επιτροπή επικαλέσθηκε, βεβαίως, δύο περιπτώσεις στις οποίες οι αποκλίσεις από την κοινή γραμμή διαπιστώθηκαν με την απόφαση (στο Ηνωμένο Βασίλειο το 2000 και το 2001, αιτιολογική σκέψη 74, και στη Γερμανία, με την ύπαρξη βραδύτερης εξελίξεως εκ μέρους μίας από τις μεγαλύτερες εταιρίες, αιτιολογική σκέψη 88). Ωστόσο, από την απόφαση δεν προκύπτει ότι οι περιπτώσεις αυτές θεωρήθηκαν ως παραβάσεις της κοινής πολιτικής, αλλά μόνον ως καταδεικνύουσες ότι ο παραλληλισμός των τιμών δεν είχε επιτευχθεί ανά πάσα στιγμή.

471 Δεύτερον, και εν πάση περιπτώσει, διαπιστώνεται ότι η Επιτροπή, ερωτηθείσα από το Πρωτοδικείο κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ως προς τα μέτρα έρευνας που είχε λάβει προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι δεν είχε εξεύρει απόδειξη περί επιβολής αντιποίνων κατά το παρελθόν ούτε καν περί υπάρξεως σχετικής απειλής, δεν ήταν σε θέση να αναφέρει το παραμικρό διάβημα που ολοκλήρωσε ή ανέλαβε προς τον σκοπό αυτό. Επιπλέον, στον βαθμό που, κατά το στάδιο της ανακοινώσεως των αιτιάσεων, η έρευνα της Επιτροπής είχε εστιασθεί στην εξακρίβωση της υπάρξεως αξιόπιστων μηχανισμών αποτροπής και όχι στην πραγματική επιβολή αντιποίνων, και στον βαθμό που μόνο μετά την ακρόαση ενώπιον της Επιτροπής μετέβαλε η τελευταία την εκτίμησή της ως προς τη συγκέντρωση, είναι δύσκολο να προσδιορισθεί πότε και με ποιον τρόπο θα μπορούσε η Επιτροπή να προβεί σε αποτελεσματική έρευνα για την ύπαρξη αποδείξεων περί επιβολής αντιποίνων. Κατά τα λοιπά, από τη δικογραφία προκύπτει ότι, μετά την ακρόαση, η Επιτροπή δεν διεξήγαγε πλέον έρευνα εντός της αγοράς. Κατά συνέπεια, τα μόνα μέτρα εξακριβώσεως θα μπορούσαν να συνίστανται στο να απευθύνει η Επιτροπή ερώτηση στα κοινοποιούντα μέρη, πράγμα για το οποίο η Επιτροπή δεν προσκόμισε καμία απόδειξη στο Πρωτοδικείο, τα οποία μέρη ήσαν, προφανώς, ελάχιστα πρόθυμα να προσκομίσουν στην Επιτροπή αποδείξεις περί επιβολής αντιποίνων.

472 Τέλος, διαπιστώνεται ότι το επιχείρημα της Επιτροπής ότι «[π]ρόδηλες αποδείξεις περί αντιποίνων που επιβλήθηκαν από τις άλλες [μ]εγαλύτερες εταιρίες προς απάντηση σε μια 'παρέκκλιση' από τα συνήθη επίπεδα των μέσων καθαρών τιμών ή



των μέσων εκπτώσεων βάσει τιμολογίου θα μπορούσαν να αποτελέσουν ένδειξη (αν και, κατά πάσα πιθανότητα, όχι κρίσιμη) για την ύπαρξη συντονισμού, παρά τη δυσκολία του προσδιορισμού αρκούντως σαφών όρων συντονισμού και αρκούντως αποτελεσματικών μέσων για τον έλεγχο της τηρήσεως των εν λόγω όρων» δεν ευσταθεί. Συγκεκριμένα, αφενός, ο ισχυρισμός αυτός έρχεται σε αντίφαση με την απόφαση, σύμφωνα με την οποία «[κ]άθε ένδειξη περί αντιποίνων θα μπορούσε όντως να θεωρηθεί ότι σηματοδοτεί την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις εν λόγω αγορές» (αιτιολογική σκέψη 114 της αποφάσεως) και, «[ω]ς εκ τούτου, η Επιτροπή δεν εξηύρε, στην υπό κρίση υπόθεση, κανένα στοιχείο που να καταδεικνύει ότι τέτοια μέσα ή απειλές χρησιμοποιήθηκαν κατά το παρελθόν, πράγμα που θα αποτελούσε απόδειξη περί της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως». Αφετέρου, η επιχειρηματολογία της Επιτροπής καταλήγει στο να υποστηριχθεί ότι η εκ μέρους της εξέταση σχετικά με την αφορώσα τα αντίποινα προϋπόθεση ήταν ανεπαρκής, εφόσον ακόμη και «πρόδηλες αποδείξεις περί αντιποίνων» δεν θα μπορούσαν να αποτελέσουν παρά μόνον ένδειξη «κατά πάσα πιθανότητα όχι κρίσιμη».

473 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι οι εκτιμήσεις που περιέχονται στην απόφαση και οι οποίες αφορούν τα αντίποινα βαρύνονται με νομική πλάνη και με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως είναι βάσιμη.

474 Δεδομένου ότι οι ως άνω εκτιμήσεις συνιστούν, όπως προκύπτει, ιδίως, από την αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, ουσιώδη λόγο επί του οποίου στηρίζεται η απόφαση, η εν λόγω απόφαση πρέπει να ακυρωθεί.

## 7. Συμπέρασμα επί το πρώτου λόγου ακυρώσεως

475 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο ισχυρισμός ότι οι αγορές ηχογραφημένης μουσικής δεν είναι αρκούντως διαφανείς ώστε να είναι δυνατή η δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως δεν είναι αιτιολογημένος επαρκώς κατά νόμον και βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως καθόσον τα στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται είναι ελλιπή και δεν περιλαμβάνουν το σύνολο των σχετικών στοιχείων, τα οποία θα έπρεπε να είχαν ληφθεί υπόψη από την Επιτροπή, και δεν είναι ικανά να θεμελιώσουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών. Δεδομένου ότι ο

ως άνω ισχυρισμός συνιστά, όπως προκύπτει τόσο από την απόφαση, και ιδίως από την αιτιολογική σκέψη 157 της εν λόγω αποφάσεως, όσο και από τις συζητήσεις ενώπιον του Πρωτοδικείου, ουσιώδη λόγο βάσει του οποίου η Επιτροπή συνήγαγε, με την απόφαση, ότι δεν υφίστατο συλλογική δεσπόζουσα θέση, η απόφαση πρέπει να ακυρωθεί μόνον εκ του λόγου αυτού.

476 Ομοίως, δεδομένου ότι η αφορώσα τα αντίποινα ανάλυση βαρύνεται με νομική πλάνη ή, τουλάχιστον, με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως, και δεδομένου ότι η εν λόγω ανάλυση συνιστά τον έτερο ουσιώδη λόγο βάσει του οποίου η Επιτροπή συνήγαγε, με την απόφαση, ότι δεν υφίστατο συλλογική δεσπόζουσα θέση, το ελάττωμα αυτό δικαιολογεί, επίσης, την ακύρωση της αποφάσεως.

477 Τέλος, εφόσον παρίσταται ανάγκη, διαπιστώνεται ακόμη ότι, όπως προκύπτει, ρητώς ή σιωπηρώς, από το σύνολο των ανωτέρω σκέψεων, κανένα από τα επιχειρήματα που προέβησαν οι παρεμβαίνουσες δεν είναι ικανό να αναιρέσει τα ως άνω συμπεράσματα και ότι πολλά από τα επιχειρήματα αυτά αντιφάσκουν μάλιστα ρητώς προς την απόφαση.

478 Όσον αφορά, πρώτον, τις προκαταρκτικές παρατηρήσεις που διατύπωσαν οι παρεμβαίνουσες, διαπιστώνεται ότι οι εν λόγω παρατηρήσεις έχουν ήδη απορριφθεί ή είναι αλυσιτελείς. Έτσι, το γεγονός, του οποίου έγινε επίκληση, ότι η Επιτροπή διεξήγαγε μια εξαιρετικώς εμπεριστατωμένη έρευνα δεν είναι ικανό, αυτό καθ' εαυτό, να αποδείξει ότι η Επιτροπή όντως συνέλεξε, ανέλυσε και εκτίμησε ορθώς το σύνολο των σχετικών στοιχείων. Εξάλλου, επιβάλλεται η παρατήρηση, συναφώς, ότι οι παρεμβαίνουσες υπογραμμίζουν ότι παρείχαν, από της κοινοποίησεως, ακλόνητα στοιχεία και εξηγήσεις σχετικά με τη μουσική βιομηχανία στην Ευρώπη. Πάντως, από τη δικογραφία προκύπτει, αφενός, ότι, βάσει των ως άνω πληροφοριών και των λοιπών πληροφοριακών στοιχείων που συνελέγησαν εντός της αγοράς κατά τη διάρκεια περίπου πέντε μηνών έρευνας, η Επιτροπή είχε συναγάγει, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, ότι η συγκέντρωση ήταν ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά και, αφετέρου, ότι μόνο μετά την έκθεση της επιχειρηματολογίας των μερών και των οικονομολόγων τους, που έλαβε χώρα κατά την ακρόαση της 14ης και της 15ης Ιουνίου 2004, η Επιτροπή μετέβαλε την εκτίμησή της και απέστειλε, δύο εβδομάδες αργότερα, στη συμβουλευτική επιτροπή σχέδιο αποφάσεως περί εγκρίσεως της συγκεντρώσεως. Ομοίως, το γεγονός ότι οι αρχές ανταγωνισμού

ανά την υφήλιο ενέκριναν τη συγκέντρωση είναι αλυσιτελές. Τέλος, το επιχείρημα ότι η συγκέντρωση αντιπροσωπεύει μια υπέρμαχη του ανταγωνισμού απάντηση στη φθορά της μουσικής βιομηχανίας, και ιδίως στην πτώση της τιμής πωλήσεως των CD, πρέπει, επίσης, να απορριφθεί. Συγκεκριμένα, όχι μόνον η απόφαση ουδόλως στηρίζεται στην προβαλλομένη εξισορρόπηση των διαφόρων πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων της συγκεντρώσεως, αλλά, επιπλέον, τα επιχειρήματα των παρεμβαινουσών, τα οποία αντλούνται από την εξέλιξη της ζήτησεως, απορρίφθηκαν ρητώς στις αιτιολογικές σκέψεις 55 έως 59 της αποφάσεως.

479 Όσον αφορά, δεύτερον, τα επιχειρήματα των παρεμβαινουσών που αποσκοπούν στην αμφισβήτηση του βασίμου των αιτιάσεων της προσφεύγουσας σχετικά με τις εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων, την ευθυγράμμιση των τιμών ή τη διαφάνεια, αρκεί η διαπίστωση ότι τα εν λόγω επιχειρήματα συγχέονται με εκείνα που προέβαλε η Επιτροπή και έχουν ήδη απορριφθεί ανωτέρω ή δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη στον βαθμό που αντιφάσκουν ρητώς προς τις διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση. Έτσι, το επιχείρημα που αντλείται από την προβαλλομένη έλλειψη ευθυγραμμίσεως των τιμών και ο ισχυρισμός ότι μια μεγάλη αναλογία των 100 καλύτερων πωλήσεων δημιουργείται εκτός των ΔΤΠ που προσδιορίζονται στην απόφαση απορρίφθηκαν ρητώς με την εν λόγω απόφαση. Ομοίως, ο ισχυρισμός ότι η απόφαση ελαχιστοποιεί την ισχύ των υπολανθανουσών αποδείξεων ως προς την έλλειψη επαρκούς διαφάνειας είναι αλυσιτελής. Συγκεκριμένα, δεν απόκειται στο Πρωτοδικείο να αποφανθεί επί του συμβατού της συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά, αλλά να προβεί σε έλεγχο νομιμότητας των περιεχομένων σ' αυτή διαπιστώσεων. Επιπλέον, διαπιστώνεται εκ νέου ότι οι σχετικοί ισχυρισμοί των παρεμβαινουσών, σύμφωνα με τους οποίους οι ΔΤΠ δεν είναι ούτε γνωστές ούτε προσπελάσιμες ή ότι οι τακτικές εκπτώσεις δεν είναι αρκούντως διαφανείς, αντιφάσκουν ρητώς προς τις διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση.

480 Τέλος, όσον αφορά, τρίτον, τα επιχειρήματα που αφορούν διάφορα σημεία τα οποία δεν μνημονεύθηκαν στην απόφαση, αρκεί η διαπίστωση ότι τα εν λόγω επιχειρήματα είναι παντελώς αλυσιτελή, δεδομένου ότι η εκ μέρους του Πρωτοδικείου εξέταση περιορίζεται στον έλεγχο της νομιμότητας της αποφάσεως.

481 Ωστόσο, το Πρωτοδικείο εκτιμά ότι είναι αναγκαίο να εξετάσει, ως εκ περισσού, τον δεύτερο λόγο ακυρώσεως.

III — *Επί του δευτέρου λόγου ακυρώσεως, που αφορά τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής*

A — *Επιχειρήματα της προσφεύγουσας*

482 Η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι η Επιτροπή αφιέρωσε λιγότερο από μία σελίδα στην εξέταση του ζητήματος αν η συγκέντρωση θα δημιουργούσε συλλογική δεσπόζουσα θέση. Η Επιτροπή, ενώ υποστήριξε ότι η μείωση του αριθμού των δραστηριοποιουμένων θα μπορούσε, σε ορισμένες ολιγοπωλιακές αγορές, να οδηγήσει στη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των εναπομενουσών επιχειρήσεων και ότι τούτο θα αποτελούσε, κατ' ουσίαν, συνάρτηση των χαρακτηριστικών της αγοράς, δεν προσδιόρισε, ωστόσο, τα κρίσιμα αυτά χαρακτηριστικά, αλλά περιορίσθηκε να παραπέμψει στην ανάλυση που διεξήχθη ως προς τη συλλογική δεσπόζουσα θέση που προϋπήρχε της συγκεντρώσεως και συνήγαγε, στην αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, ότι δεν εξήγρε «επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για να καταδειχθεί ότι η μείωση του αριθμού των δισκογραφικών εταιριών από πέντε σε τέσσερις αντιπροσωπεύει αρκούντως σημαντική μεταβολή ώστε να έχει ως αποτέλεσμα την πιθανή δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως», ιδίως όσον αφορά τη διαφάνεια και τα αντίποινα.

1. *Επί της νομικής πλάνης*

483 Η Επιτροπή υπέπεσε σε τέσσερις νομικές πλάνες κατά την εφαρμογή του κριτηρίου της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

## α) Έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών

484 Η Επιτροπή υπέπεσε σε νομική πλάνη κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας σχετικά με τις συλλογικές δεσπόζουσες θέσεις ως εκ του ότι δεν διεξήγαγε ανάλυση των προοπτικών προκειμένου να προσδιορίσει αν επρόκειτο να δημιουργηθεί συλλογική δεσπόζουσα θέση εξαιτίας της συγκεντρώσεως. Πάντως, το κριτήριο που αποσκοπεί στον προσδιορισμό του αν μια συγκέντρωση δημιουργεί ή όχι μια τέτοια θέση είναι ουσιαστικά διαφορετικό από το κριτήριο που αποσκοπεί στην εξακρίβωση του αν υπάρχει ήδη συλλογική δεσπόζουσα θέση, λαμβανομένου υπόψη ότι το τελευταίο αυτό κριτήριο απαιτεί ανάλυση *ex post*, ενώ το πρώτο κριτήριο απαιτεί ανάλυση *ex ante*, η οποία πρέπει να διεξαχθεί αναφορικά με το επίπεδο ανταγωνισμού που επικρατεί στην αγορά πριν από τη συγκέντρωση.

485 Από την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, προκύπτει ότι η ανάλυση των προοπτικών δεν πρέπει να λαμβάνει υπόψη μόνον την κατάσταση σχετικά με τη θέση αυτή κατά το χρονικό σημείο πραγματοποίησεως της συγκεντρώσεως, αλλά, επίσης, να την αξιολογεί κατά τρόπο δυναμικό, έχοντας υπόψη, ιδίως, «την εσωτερική ισορροπία, τη σταθερότητα και το κατά πόσον η αντίθετη προς τον ανταγωνισμό παράλληλη συμπεριφορά που είναι δυνατό να δημιουργήσει μπορεί να έχει χρονική διάρκεια». Πάντως, από την αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή, αντί να διενεργήσει την απαιτούμενη χωριστή ανάλυση των προοπτικών, κατέληξε στη διαπίστωσή της βάσει των ιδίων αποδείξεων —*ex post*— τις οποίες χρησιμοποίησε για να αμφισβητήσει την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσης προγενέστερης της συγκεντρώσεως.

486 Ωστόσο, η ανάλυση *ex post* δεν είναι αποδεικτική. Βεβαίως, η Επιτροπή απέδειξε ότι «οι αγορές της ηχογραφημένης μουσικής παρουσιάζ[αν] ορισμένα ευνοϊκά χαρακτηριστικά για την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως (αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως), αλλά περιορίσθηκε απλώς να αναφέρει ότι δεν εξήυρε

επαρκείς αποδείξεις περί του ότι η συλλογική δεσπόζουσα θέση υφίστατο ήδη, οπότε οποιαδήποτε μεταβολή των παραγόντων που αυξάνουν την πιθανότητα σιωπηρών συμπράξεων θα έπρεπε να είχε αναλυθεί με μεγάλη σύνεση. Η μόνη απόδειξη που εξετάστηκε από την Επιτροπή ήταν μια έκθεση σχετικά με το τι διεξήχθη κατά το παρελθόν, πράγμα που συνιστά σιωπηρή αναγνώριση, εκ μέρους της Επιτροπής, του ότι αυτή δεν προέβη σε ανάλυση των προοπτικών.

β) Διαφάνεια

<sup>487</sup> Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, προκειμένου να εξακριβώσει αν θα δημιουργείτο συλλογική δεσπόζουσα θέση, υπέπεσε σε νομική πλάνη, για τους ίδιους λόγους με εκείνους που εκτέθηκαν στο πλαίσιο του πρώτου λόγου ακυρώσεως, ως εκ του ότι χρησιμοποίησε το κριτήριο της πλήρους διαφάνειας της αγοράς, ενώ, σύμφωνα με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, πρέπει να εξακριβωθεί μόνον αν η αγορά είναι αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατός ο συντονισμός της συμπεριφοράς.

γ) Μέσα αποτροπής

<sup>488</sup> Η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι δεν διεξήγαγε ανάλυση των προοπτικών προκειμένου να εξακριβώσει την ύπαρξη μέσων αποτροπής, αλλά ότι στηρίχθηκε στα συμπεράσματα στα οποία είχε καταλήξει, βασιζόμενη εσφαλμένως στην έλλειψη αποδείξεως περί επιβολής αντιποίνων κατά το παρελθόν, στο πλαίσιο της ενισχύσεως προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, προκειμένου να απορρίψει κάθε επιχείρημα σύμφωνα με το οποίο η μείωση από πέντε σε τέσσερις μεγαλύτερες εταιρίες θα διευκόλυνε τα αντίποινα εντός της αγοράς.

489 Στο πλαίσιο της αναλύσεως των προοπτικών στην οποία θα έπρεπε να προβεί η Επιτροπή, η διαπίστωση ότι υπήρχαν μέτρα που μπορούσαν να αντιπροσωπεύσουν αξιόπιστες δυνατότητες για τη λήψη αντιποίνων εκ μέρους των μεγαλύτερων εταιριών (αιτιολογική σκέψη 118 της αποφάσεως) θα έπρεπε να θεωρηθεί ως επαρκής απόδειξη, ιδίως άπαξ και ο αριθμός των μεγάλων δυσκογραφικών εταιριών είχε μειωθεί σε τέσσερις.

#### δ) Αντιστάθμισμα

490 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε νομική πλάνη ως εκ του ότι δεν εξέτασε καθόλου την τρίτη προϋπόθεση που τέθηκε με την απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, προκειμένου να εξακριβώσει την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ήτοι την προϋπόθεση της ικανότητας των πελατών ή των ανταγωνιστών να απειλήσουν με τις ενέργειές τους τα αποτελέσματα οποιασδήποτε κοινής πολιτικής την οποία υιοθετούν οι μεγαλύτερες εταιρίες.

## 2. Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως

491 Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ανάλυση των προοπτικών, στην οποία οφείλει να προβεί η Επιτροπή προκειμένου να εξακριβώσει τον κίνδυνο δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, συνεπάγεται εμπεριστατωμένη εξέταση των σχετικών περιστάσεων ως προς το αποτέλεσμα της συγκεντρώσεως στην αγορά. Πάντως, αφενός, η Επιτροπή δεν εξέτασε καν, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, την πιθανότητα δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και, αφετέρου, εντός της αποφάσεως, η ανάλυση της Επιτροπής δεν είναι ούτε μακροπρόθεσμη ούτε λεπτομερής. Η Επιτροπή συνήγαγε, βάσει του ότι δεν απέδειξε την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ότι δεν υπήρχαν επαρκείς αποδείξεις για να καταδειχθεί ότι θα δημιουργείτο στο μέλλον δεσπόζουσα θέση.

492 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, αν η Επιτροπή είχε διεξαγάγει την απαιτούμενη ανάλυση των προοπτικών, το εν λόγω θεσμικό όργανο θα έπρεπε να εξετάσει εις βάθος τα ακόλουθα ζητήματα:

- το ζήτημα σε ποιον βαθμό η μείωση του αριθμού των μεγαλύτερων εταιριών θα σήμαινε:
  - ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες καθίστανται πιο αλληλεξαρτώμενες οι μιν από τις δε λόγω μείωσης του αριθμού των δραστηριοποιουμένων από πέντε σε τέσσερις·
  - ότι η αγορά που είναι συγκεντρωμένη, σύμφωνα με όλα τα αποδεκτά πρότυπα, πριν από τη συγκέντρωση καθίσταται πολύ πιο συγκεντρωμένη κατόπιν της συγκεντρώσεως·
  - ότι ο συντονισμός μεταξύ των μεγαλύτερων εταιριών θα μπορούσε να ελεγχθεί ακόμη ευκολότερα και να διατηρηθεί κατά την πάροδο του χρόνου και ότι η διαφάνεια των τιμών θα ήταν, επίσης, ακόμη εμφανέστερη λόγω της συμμετρίας που θα διευκόλυne τον έλεγχο, συμπεριλαμβανομένου του ελέγχου εντός της πολύ σημαντικής αγοράς των καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών·
  - ότι θα καθίστατο ευκολότερο να προσδιορισθεί ένα εστιακό σημείο και να διατηρηθεί η κοινή κατανόηση του τι είναι προς το κοινό συμφέρον των μεγαλύτερων εταιριών, καθόσον ο αριθμός τους θα μειωνόταν·
  - ότι η ισορροπία μεταξύ των μακροπρόθεσμων κερδών από την προσχώρηση στη σύμπραξη και των βραχυπρόθεσμων κερδών από την πώληση σε χαμηλότερες τιμές απ' ό,τι πωλούν οι αντίπαλοι θα μεταβαλλόταν αν υπήρχαν λιγότερες εταιρίες στην αγορά·



- το ζήτημα σε ποιον βαθμό το επίπεδο συμμετρίας στην αγορά θα αυξανόταν, καθόσον η Sony BMG θα ήταν παρόμοια με τη Universal ως προς το μέγεθος και τα μερίδια αγοράς, ενώ οι άλλες δύο μεγαλύτερες εταιρίες, ήτοι η EMI και η Time Warner, θα ακολουθούσαν εκ του σύνεγγυς, επίσης με συμμετρικά μερίδια αγοράς. Το ζήτημα αυτό είναι σημαντικό καθόσον η συμμετρία ως προς το μέγεθος και τα μερίδια αγοράς θα καθιστούσε ευκολότερη τη διατήρηση της σιωπηρής συμπράξεως. Η Sony BMG και η Universal θα είχαν συνδυασμένο μερίδιο αγοράς ανερχόμενο σε 50% της παγκόσμιας αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής και το εν λόγω μερίδιο θα ήταν εγγύτερο προς το 60 έως το 70% στην πολύ σημαντική αγορά των καταλόγων επιτυχημένων τραγουδιών, της οποίας η Επιτροπή δεν εξέτασε τη σπουδαιότητα. Το τμήμα αυτό της αγοράς είναι σημαντικό τόσο για τον ανταγωνισμό επί του παρόντος όσο και ως δείκτης της μακροπρόθεσμης ισχύος εντός της αγοράς, καθόσον οι νέες κυκλοφορίες καθίστανται τίτλοι του καταλόγου·
- το ζήτημα σε ποιον βαθμό η συμμετρία θα αυξανόταν και ο ανταγωνισμός θα μειωνόταν ως εκ του ότι δύο μεγαλύτερες εταιρίες που είχαν διαφορετικά αποτελέσματα κατά τα τελευταία έτη θα ενοποιούνταν, στο εξής, σε μία εταιρία·
- το ζήτημα σε ποιον βαθμό τα διαθέσιμα μέσα αποτροπής θα καθίσταντο αποτελεσματικότερα·
- το ζήτημα σε ποιον βαθμό οι ανεξάρτητες εταιρίες θα καθίσταντο ακόμη πιο εξαρτώμενες από τις μεγαλύτερες εταιρίες, ιδίως επειδή ο αριθμός των διαθέσιμων για τις ανεξάρτητες εταιρίες αναπόφευκτων εμπορικών εταιρών θα μειωνόταν κατά 20%·
- το ζήτημα σε ποιον βαθμό κάθε ανταγωνιστικό αντιστάθμισμα έναντι των μεγαλύτερων εταιριών θα εξασθενούσε.

<sup>493</sup> Η Επιτροπή δεν εξέτασε λεπτομερώς το παραμικρό από τα ως άνω ζητήματα, οπότε η διαπίστωση της Επιτροπής ότι δεν υπάρχει δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως (αιτιολογική σκέψη 158 της προσβαλλομένης αποφάσεως) δεν στηρίζεται σε καμία συλλογιστική ή στηρίζεται σε προδήλως απρόσφορη συλλογιστική.

### 3. Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως

- <sup>494</sup> Η έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών συνιστά, επίσης, πλάνη εκτιμήσεως. Η Επιτροπή στηρίχθηκε σε προγενέστερες αποδείξεις σχετικά με την προϋπάρχουσα συλλογική δεσπόζουσα θέση, χωρίς να εξετάσει λεπτομερώς τον αντίκτυπο των μεταβολών που θα προέκυπταν από τη συγκέντρωση. Επιπλέον, αυτές οι φερόμενες ως αποδείξεις ήσαν, αυτές καθ' εαυτές, εσφαλμένες για τους λόγους που εκτέθηκαν με τον πρώτο ισχυρισμό.
- <sup>495</sup> Η προσφεύγουσα παρατηρεί ότι, ναι μεν η Επιτροπή αναφέρει εν συντομία ότι η διαφάνεια θα είναι αυξημένη, πλην όμως δεν παρέχει λεπτομερή ένδειξη του επιπέδου στο οποίο θα φθάσει ή του αντικτύπου που θα έχει, αλλά περιορίζεται να υπογραμμίσει την έλλειψη επαρκών αποδείξεων. Επιπλέον, η Επιτροπή θα έπρεπε να εξετάσει σε ποιον βαθμό η μείωση του αριθμού των δραστηριοποιούμενων στην αγορά διευκόλυνε τις σιωπηρές συμπράξεις και τις καθιστούσε πιο ελκυστικές, καθόσον τα κέρδη θα διμεμοιράζοντο μεταξύ λιγότερων εταιριών. Η Επιτροπή δεν αναφέρει ούτε ποιες αποδείξεις συνελέγησαν ούτε σε ποιον βαθμό οι εν λόγω αποδείξεις είναι ανεπαρκείς ούτε ποιες αποδείξεις θα ήσαν αναγκαίες.
- <sup>496</sup> Όσον αφορά τα αντίποινα, η ανάλυση στηρίζεται σε προγενέστερες αποδείξεις που καλύπτουν μια περίοδο για την οποία η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι δεν υπήρχε συλλογική δεσπόζουσα θέση. Η Επιτροπή δεν εξέτασε το ζήτημα των δυνητικών αντιποίνων μετά τη συγκέντρωση.
- <sup>497</sup> Η προσφεύγουσα υπενθυμίζει ότι η Επιτροπή ήταν στα πρόθυρα του να διαπιστώσει την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως προϋφισταμένης της συγκεντρώσεως, αλλά ότι, εσφαλμένως, έκρινε ανεπαρκείς τις αποδείξεις. Το γεγονός ότι η Επιτροπή κατέληξε στο ίδιο συμπέρασμα όσον αφορά την αγορά μετά τη συγκέντρωση, η οποία αύξησε τη διαφάνεια, καταδεικνύει την ύπαρξη πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως.

498 Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το συμπέρασμα της Επιτροπής προκαλεί ιδιαίτερη κατάπληξη, λαμβανομένου υπόψη ότι, προ τεσσάρων ετών, η Επιτροπή είχε διαπιστώσει ότι η συγχώνευση της EMI/Time Warner θα δημιουργούσε συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής (σημείο 57 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων στην εν λόγω υπόθεση, που επισυνάφθηκε στο παράρτημα A.13).

## B — Επιχειρήματα της Επιτροπής

### 1. Επί της νομικής πλάνης

#### α) Έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών

499 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας ότι το εν λόγω θεσμικό όργανο δεν διενήργησε ανάλυση των προοπτικών και στηρίχθηκε στις ίδιες αποδείξεις *ex post* όπως και εντός της εκ μέρους της αναλύσεως της ενδεχόμενης προηγούμενης υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ενώ τα κριτήρια διαφέρουν ουσιωδώς, είναι αβάσιμες. Η Επιτροπή διατυπώνει, εκ προοιμίου, δύο γενικές παρατηρήσεις.

500 Αφενός, οι αποφάσεις περί ελέγχου των συγκεντρώσεων πρέπει παγίως να στηρίζονται σε ανάλυση των προοπτικών, καθόσον η απόφαση επί του ζητήματος αν μια συγκέντρωση είναι συμβατή με την κοινή αγορά εξαρτάται από τις μεταβολές που ενδέχεται να προκληθούν στην αγορά από τη συγκέντρωση που δεν έχει ακόμη πραγματοποιηθεί (απόφαση *Kali & Salz*, σκέψη 245 ανωτέρω, σκέψεις 109 έως 111). Επομένως, είναι αναγκαίο, εν πάση περιπτώσει, να στηριχθεί η ανάλυση των προοπτικών σε μια σαφή θεώρηση των προγενεστερών της συγκεντρώσεως ανταγωνιστικών όρων. Τα αποδεικτικά στοιχεία που είχαν ήδη συγκεντρωθεί και εκτιμηθεί όσον αφορά την παρούσα κατάσταση της αγοράς (που δύσκολα θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν ως αποδείξεις *ex post*) παραμένουν λυσιτελή ως σημείο εκκινήσεως της αναλύσεως.

501 Αφετέρου, η εκτίμηση της ενδεχόμενης υπάρξεως, επί του παρόντος, συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως προϋποθέτει τη συνεκτίμηση των τεσσάρων ιδίων προϋποθέσεων όπως και στην περίπτωση της εκτιμήσεως της ενδεχόμενης δημιουργίας μιας τέτοιας δεσπόζουσας θέσεως: ενδείξεις σιωπηρού συντονισμού, επαρκής διαφάνεια, κίνδυνος αντιποίνων, αντιστάθμισμα των ανταγωνιστών και των πελατών (απόφαση του Πρωτοδικείου της 26ης Ιανουαρίου 2005, T-193/02, Ρiau κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-209, σκέψη 111). Όταν, όπως εν προκειμένω, μια αρνητική απάντηση έχει ήδη δοθεί σε μία ή σε περισσότερες από τις εν λόγω ερωτήσεις σε σχέση με την υφιστάμενη κατάσταση, η ανάλυση των προοπτικών εστιάζεται κατ' ανάγκην στον προσδιορισμό του αν ή με ποιον τρόπο η συγκέντρωση θα μπορούσε να αποφέρει θετική απάντηση εντός του δυναμένου να προβλεφθεί μέλλοντος.

502 Δεδομένου ότι το συμπέρασμα ότι δεν υπήρχαν επαρκείς αποδείξεις περί υφιστάμενης συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στηρίζεται, κατ' ουσίαν, στο γεγονός ότι δεν επληρούτο η προϋπόθεση επαρκούς διαφάνειας, η Επιτροπή επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στο αποτέλεσμα της συγκεντρώσεως επί της παραμέτρου αυτής. Ναι μεν η συγκέντρωση οδηγούσε αυτόματα στη μείωση του αριθμού των διμερών σχέσεων, που από δέκα γίνονται έξι, πράγμα το οποίο, κατ' αρχήν, θα διευκόλυνε την εποπτεία, πλην όμως η παρατήρηση αυτή, που είχε κατ' ουσίαν χαρακτήρα αριθμητικού υπολογισμού, δεν ήταν κρίσιμη για τον κύριο λόγο ότι τα εμπόδια στη διαφάνεια δεν οφείλονταν στον αριθμό των μεγαλύτερων εταιριών που έπρεπε να αποτελέσουν αντικείμενο εποπτείας, αλλά στην περιπλοκότητα των επιμέρους αποφάσεων κάθε μεγάλης δισκογραφικής εταιρίας σχετικά με τον καθορισμό της καθαρής τιμής των ατομικών άλμπουμ, στο ετερογενές περιεχόμενο και στην ευμετάβλητη εμπορική επιτυχία, για τους επιμέρους πελάτες, μέσω συνδυασμού των ΔΤΠ, των τακτικών εκπτώσεων και των εκπτώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων. Όσον αφορά τις εκπτώσεις βάσει τιμολογίου, οι σπάνιες διαθέσιμες πληροφορίες (που αφορούν κυρίως τις τακτικές εκπτώσεις) μπορούν, εν πάση περιπτώσει, να ληφθούν ευκολότερα από πελάτες παρά από άλλες μεγαλύτερες εταιρίες, και η πράξη συγκεντρώσεως δεν μεταβάλλει τη σχέση των εναπομενουσών μεγαλύτερων εταιριών με την πελατεία η οποία δεν πρόκειται να υποστεί μεταβολές εξαιτίας της εν λόγω πράξεως συγκεντρώσεως. Ακριβώς για τον λόγο αυτό η Επιτροπή συνήγαγε —από την άποψη της αναλύσεως των προοπτικών— ότι υπήρχαν ανεπαρκείς αποδείξεις που να πιστοποιούν ότι η μεταβολή της διαρθρώσεως της αγοράς που επρόκειτο να προκύψει από τη συγκέντρωση θα

διευκόλυne τη διαφάνεια σε τέτοιο βαθμό ώστε το απαιτούμενο επίπεδο διαφάνειας για τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως θα είχε επιτευχθεί (αιτιολογική σκέψη 157, *in fine*, της αποφάσεως).

503 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι τα ως άνω στοιχεία συνιστούν επαρκή ανάλυση των σωρευτικών προϋποθέσεων της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

### β) Διαφάνεια

504 Δεδομένου ότι το επιχείρημα της προσφεύγουσας απλώς επαναλαμβάνει εκείνο που προβλήθηκε στο πλαίσιο του πρώτου λόγου ακυρώσεως, το εν λόγω επιχείρημα είναι, επίσης, αβάσιμο στο παρόν πλαίσιο.

### γ) Μέσα αποτροπής και αντιστάθμισμα

505 Ναι μεν η Επιτροπή εκτίμησε, στην αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, ότι δεν υπήρχαν επαρκείς αποδείξεις περί του ότι η πράξη συγκεντρώσεως θα διευκόλυne τη λήψη αντιποίνων, πλην όμως δεν έλαβε οριστικά θέση επί του ζητήματος αυτού για να στηρίξει την εκτίμησή της. Συγκεκριμένα, εφόσον η Επιτροπή είχε συναγάγει ότι δεν διέθετε αποδείξεις που να καταδεικνύουν ότι ο καθορισμός των τιμών θα ήταν αρκούντως διαφανής ώστε να καταστεί δυνατή η αποτελεσματική εποπτεία, δεν ήταν πλέον αναγκαίο το να εξετασθεί είτε το ζήτημα των αντιποίνων είτε το ζήτημα της δεσμευτικής ισχύος από την άποψη της «δημιουργίας» μάλλον παρά από την άποψη της «ενισχύσεως» συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

## 2. Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως

- 506 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι οι περισσότερες από τις επικρίσεις που διατύπωσε η προσφεύγουσα δεν έχουν καμία σχέση με την έλλειψη αιτιολογίας. Η προβαλλομένη παράλειψη της Επιτροπής να λάβει υπόψη διάφορα στοιχεία αφορά τη νομιμότητα της εκτιμήσεως και όχι την αιτιολογία. Η Επιτροπή διευκρινίζει ότι, αν δεν κατέληξε σε συμπέρασμα επί ορισμένων ζητημάτων, έπεται ότι δεν ήταν αναγκαίο να παράσχει η Επιτροπή τους λόγους για το ανύπαρκτο αυτό συμπέρασμα.
- 507 Θα ήταν απαράδεκτο το να επιχειρήσει η Επιτροπή, σε μεταγενέστερο στάδιο της παρούσας διαδικασίας, να μετατρέψει τον προβληθέντα από αυτή λόγο ακυρώσεως από τυπικό λόγο (έλλειψη αιτιολογίας) σε ουσιαστικό λόγο (νομική πλάνη ή πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως) και η καταφανής έλλειψη λυσιτέλειας των ειδικών επιχειρημάτων της ως προς την εφαρμογή του άρθρου 253 ΕΚ συνιστά επαρκή βάση για την απόρριψη του ως άνω λόγου ακυρώσεως.
- 508 Επομένως, η Επιτροπή εξετάζει εν συντομία και αμιγώς επικουρικός τα εν λόγω επιχειρήματα.
- 509 Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η ανάλυση πρέπει να είναι λεπτομερής, η Επιτροπή παραπέμπει στις παρατηρήσεις που εκτέθηκαν στο πλαίσιο του προηγούμενου λόγου ακυρώσεως.
- 510 Το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν έστρεψε την προσοχή της, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, στην πιθανή δημιουργία δεσπίζουσας θέσεως δεν ασκεί επιρροή στην

επάρκεια των λόγων που εκτέθηκαν με την απόφαση. Όσον αφορά την προβαλλομένη υπόθεση της Επιτροπής ότι δεν διαθέτετε επαρκείς αποδείξεις για να αναπτύξει τα συμπεράσματά της επί της ελλείψεως υφιστάμενης συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, η Επιτροπή παραπέμπει στην αφιερωθείσα στον χαρακτήρα της αναλύσεως των προοπτικών συζήτηση.

- 511 Η αύξηση του επιπέδου της συγκεντρώσεως εντός των αγορών ηχογραφημένης μουσικής και του βαθμού συμμετρίας των μεριδίων αγοράς καθώς και μια ενδεχόμενη αύξηση του επιπέδου αλληλεξαρτήσεως δεν συμβάλλουν σε σημαντικό βαθμό στην άρση των εμποδίων για τον συντονισμό που προσδιορίστηκαν με την ανάλυση της ενδεχόμενης υπάρξεως, επί του παρόντος, συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ήτοι της περιπλοκότητας και της ελλείψεως αποδείξεων περί επαρκούς διαφάνειας της όλης διαδικασίας καθορισμού των τιμών (ΔΤΠ + τακτική έκπτωση + έκπτωση για λόγους προώθησεως των πωλήσεων) των ατομικών άλμπουμ για τους επιμέρους πελάτες κατά την πάροδο του χρόνου.
- 512 Ναι μεν μια μεγαλύτερη συγκέντρωση της αγοράς θα μπορούσε να μεταβάλει κατά αφηρημένο τρόπο τις προτροπές να ακολουθηθεί κοινή γραμμή δράσεως, πλην όμως δεν θα είχε, εν προκειμένω, αισθητό αποτέλεσμα επί του θεμελιώδους αποτρεπτικού στοιχείου που αφορά την ανικανότητα των επιχειρήσεων που ευρίσκονται σε κατάσταση ολιγοπωλίου να ανακαλύψουν και, ως εκ τούτου, να τιμωρήσουν και να αποθαρρύνουν τις παρεκκλίσεις. Ελλείψει επαρκούς διαφάνειας, οι μεγαλύτερες εταιρίες δεν θα μπορούσαν να έχουν τη βεβαιότητα ότι μία από αυτές δεν θα επιδιώξει να επωφεληθεί τόσο από τα μακροπρόθεσμα πλεονεκτήματα του σιωπηρού συντονισμού όσο και από τα βραχυπρόθεσμα πλεονεκτήματα της πρακτικής των χαμηλότερων τιμών από εκείνες των αντιπάλων της, και η αβεβαιότητα αυτή θα καθιστούσε τον σιωπηρό συντονισμό ασταθή και τη διατήρησή του αδύνατη.
- 513 Οι παρατηρήσεις της προσφεύγουσας επί της συμμετρίας πρέπει, επίσης, να απορριφθούν για τον λόγο ότι δεν υπάρχει προφανής σύνδεσμος μεταξύ της συμμετρίας και της διαφάνειας.
- 514 Τέλος, τα λοιπά επιχειρήματα της προσφεύγουσας αφορούν κατ' ουσίαν τη δεύτερη και την τρίτη σωρευτική προϋπόθεση μιας διαρκούς συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Πάντως, δεν ήταν αναγκαίο να λάβει θέση η Επιτροπή επί των εν λόγω

προϋποθέσεων, εφόσον είχε αποδείξει ότι δεν υπήρχαν επαρκείς αποδείξεις περί του ότι επληρούτο η πρώτη προϋπόθεση.

### 3. Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως

- 515 Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την έλλειψη εκτιμήσεως των προοπτικών πρέπει να απορριφθούν για τους λόγους που εκτίθενται στη στήλη που είναι αφιερωμένη στη νομική πλάνη.
- 516 Τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας που αντλούνται από τα κίνητρα τα οποία ωθούν τις επιχειρήσεις που ευρίσκονται σε κατάσταση ολιγοπωλίου να υιοθετήσουν κοινή γραμμή δράσεως πρέπει εκ νέου να απορριφθούν για τον λόγο ότι δεν λαμβάνουν υπόψη την έλλειψη επαρκούς διαφάνειας.
- 517 Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας σύμφωνα με τον οποίο, επειδή η μείωση του αριθμού των μεγαλύτερων εταιριών θα αύξανε συνολικά την πιθανότητα σιωπηρού συντονισμού, η Επιτροπή όφειλε να συναγάγει ότι θα δημιουργείτο συλλογική δεσπόζουσα θέση εκτός αν η συγκέντρωση είχε άλλα χαρακτηριστικά που θα καθιστούσαν λιγότερο πιθανό τον σιωπηρό συντονισμό παραβλέπει παντελώς τον διακριτό χαρακτήρα των διαφόρων προϋποθέσεων μιας διαρκούς συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Η αύξηση του βαθμού συγκεντρώσεως εντός των σχετικών αγορών δεν θα έπρεπε να επιφέρει αντίστοιχη μείωση των απαιτήσεων σε επίπεδο αποδείξεως όσον αφορά τη διακριτή προϋπόθεση επαρκούς διαφάνειας, αν δεν έχει αποδειχθεί ότι η αυξημένη αυτή συγκέντρωση μεταβάλλει αισθητά την εκτίμηση που αφορά την τελευταία αυτή προϋπόθεση.



518 Τέλος, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι η νομιμότητα της απόφασης δεν μπορεί να κριθεί υπό το πρίσμα των προσωρινών συμπερασμάτων των δύο ανακοινώσεων των αιτιάσεων, εκ των οποίων η μία εκδόθηκε πριν από τέσσερα έτη σε διαφορετική υπόθεση.

### Γ — Επιχειρήματα των παρεμβαίνουσών

519 Οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται ότι η απόφαση περί ενάρξεως του σταδίου II της έρευνας καταδεικνύει ότι, ευθύς εξ αρχής, η Επιτροπή εξέτασε τόσο την πιθανότητα δημιουργίας όσο και την πιθανότητα ενισχύσεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Η Επιτροπή ορθώς επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στα σύμφυτα χαρακτηριστικά της αγοράς και ιδίως στο ζήτημα αν οι τιμές ήσαν αρκούντως διαφανείς για να καταστεί δυνατή η ύπαρξη σιωπηρού συντονισμού (απόφαση Gencom κατά Επιτροπής, σκέψη 246 ανωτέρω, σκέψη 227). Εφόσον τα αφορώντα τις τιμές χαρακτηριστικά της αγοράς δεν θεμελιώνουν το συμπέρασμα ότι υπήρχε συμπαιγνία κατά το παρελθόν, η Επιτροπή ορθώς συνήγαγε ότι η μείωση του αριθμού των μεγαλύτερων εταιριών από πέντε σε τέσσερις θα ήταν ανεπαρκής για να καταστεί δυνατή η υπέρβαση των ουσιαστικών εμποδίων της σιωπηρής συμπαιγνίας (απόφαση Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψεις 75 και 76).

520 Τα χαρακτηριστικά της αγοράς θα παρέμεναν ασυμβίβαστα με τον σιωπηρό συντονισμό τόσο των τιμών όσο και των λοιπών παραγόντων (αριθμού, πρωτοτυπίας, δημιουργικότητας, πολιτιστικής ποικιλομορφίας των νέων κυκλοφοριών, υπογραφής των καλλιτεχνών). Μεταξύ των χαρακτηριστικών αυτών, οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται ότι η ηχογραφημένη μουσική αποτελεί ετερογενές προϊόν, ότι οι μεγαλύτερες εταιρίες έχουν ισχυρά κίνητρα για τη μεγιστοποίηση των πωλήσεων των «επιτυχημένων τραγουδιών», ότι οι αποφάσεις σχετικά με τις τιμές και τις εκπτώσεις προσαρμόζονται σε συνάρτηση με κάθε κυκλοφορία ενός άλμπουμ, τόσο κατά το χρονικό σημείο διαθέσεώς του στην αγορά όσο και κατά τη διάρκεια παρουσίας του στην αγορά και σε συνάρτηση με κάθε επιμέρους έμπορο λιανικής πωλήσεως, ότι οι δισκογραφικές εταιρίες ασκούν διακριτική εξουσία έναντι των ΔΤΠ κατά το χρονικό σημείο της κυκλοφορίας και κατά την πάροδο του χρόνου, που αντανακλά την υποκειμενική κρίση του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με το μάρκετινγκ, ότι όλες οι εταιρίες χορηγούν διάφορες εκπτώσεις και αποζημιώσεις που είναι άγνωστες στους ανταγωνιστές τους και οι οποίες ποικίλλουν κατά την πάροδο του χρόνου, ανάλογα με το άλμπουμ και ανάλογα με τον έμπορο λιανικής πωλήσεως και, τέλος, ότι, δεδομένου ότι οι εκπτώσεις είναι ανεπίδεκτες προβλέψεως και αθέατες, δεν είναι δυνατό να συναχθούν, βάσει της παρατηρήσεως των ΔΤΠ, αξιόπιστα συμπεράσματα επί των καθαρών τιμών, οπότε

ο συντονισμός των ΔΤΠ, έστω και αν είχε λάβει χώρα, δεν θα είχε αντίκτυπο στις πραγματικές τιμές (βλ., επίσης, παράρτημα Γ.4, σ. 6).

### Δ — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

521 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι ο ισχυρισμός ότι η συγκέντρωση δεν θα προκαλούσε τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένος και βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και με νομική πλάνη.

522 Πρέπει να υπομνησθεί ότι, όταν η Επιτροπή εξετάζει τον κίνδυνο δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, οφείλει «να εκτιμήσει, αναλύοντας τις προοπτικές της αγοράς αναφοράς, αν η πράξη συγκεντρώσεως που της κοινοποιείται οδηγεί σε μια κατάσταση στην οποία ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στην οικεία αγορά παρακωλύεται σε σημαντικό βαθμό από τις μετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις και από μία ή περισσότερες τρίτες επιχειρήσεις που έχουν ομού, ιδίως λόγω των διασυνδέσεων που υφίστανται μεταξύ τους, την εξουσία να υιοθετούν κοινή γραμμή δράσεως στην αγορά και να ενεργούν σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους λοιπούς ανταγωνιστές, από την πελατεία τους και, τελικώς, από τους καταναλωτές» (αποφάσεις Kali & Salz, σκέψη 245 ανωτέρω, σκέψη 221, Gencor κατά Επιτροπής, σκέψη 246 ανωτέρω, σκέψη 163, και Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 59). Η ανάλυση των προοπτικών που η Επιτροπή καλείται να πραγματοποιήσει στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων, όταν πρόκειται για συλλογική δεσπόζουσα θέση, «καθιστά αναγκαία την προσεκτική εξέταση ιδίως των περιστάσεων οι οποίες, ανάλογα με την κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, αποδεικνύονται σημαντικές προκειμένου να εκτιμηθούν τα αποτελέσματα της πράξεως συγκεντρώσεως επί του ανταγωνισμού εντός της αγοράς αναφοράς» (απόφαση Kali & Salz, σκέψη 245 ανωτέρω, σκέψη 222, και απόφαση Airtours κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, σκέψη 63).

- 523 Τούτο είναι αληθές πολλώ μάλλον εφόσον «το ζήτημα δεν είναι να εξεταστούν περιστατικά του παρελθόντος, για τα οποία συχνά υπάρχουν πολλά στοιχεία που καθιστούν δυνατό να κατανοηθούν οι αιτίες τους, ούτε καν τωρινά περιστατικά, αλλά να προβλεφθούν με λίγο-πολύ ισχυρή πιθανολόγηση περιστατικά που θα λάβουν χώρα αν δεν ληφθεί καμία απόφαση που να απαγορεύει τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση ή να της θέτει συγκεκριμένες προϋποθέσεις» (απόφαση Επιτροπή κατά Tetra Laval, σκέψη 232 ανωτέρω, σκέψη 42). Έτσι, «μια τέτοια ανάλυση απαιτεί να φανταστεί κανείς τις διάφορες σχέσεις αιτίου και αποτελέσματος, προκειμένου να επιλέξει εκείνες που είναι οι πιο πιθανές» (απόφαση Επιτροπή κατά Tetra Laval, σκέψη 232 ανωτέρω, σκέψη 43).
- 524 Ακριβώς υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων πρέπει να εξετασθεί αν η Επιτροπή ανέλυσε ορθώς τον κίνδυνο δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.
- 525 Εκ προοιμίου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η εξέταση που πραγματοποιήθηκε συναφώς με την απόφαση ήταν εξαιρετικώς συνοπτική.
- 526 Η Επιτροπή εκθέτει, στην αιτιολογική σκέψη 156, ότι «το ζήτημα αν, εν προκειμένω, η πράξη συγκεντρώσεως καταλήγει στη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως αποτελεί, κατ' ουσίαν, συνάρτηση των χαρακτηριστικών της αγοράς».
- 527 Η ανάλυση στην οποία προέβη συναφώς η Επιτροπή περιορίζεται στις ακόλουθες θεωρήσεις που περιέχονται στην αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, η οποία έχει ως εξής:

«Όπως καταδεικνύει η αφορώσα την ενίσχυση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως ανάλυση, δεν είναι δυνατό να συναχθεί, βάσει του επιπέδου του παραλληλισμού που μπορεί να παρατηρηθεί στον τομέα των μέσων τιμών, ότι οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες κατέχουν σήμερα συλλογική δεσπόζουσα θέση στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής. Η μείωση του αριθμού των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών από πέντε σε τέσσερις αυξάνει τη διαφάνεια, καθόσον ο αριθμός των διμερών ανταγωνιστικών σχέσεων μειώνεται από 10 σε 6. Τούτο θα διευκόλυνε, κατ' αρχήν, τον έλεγχο της επίμαχης αγοράς. Όπως εξετάσθηκε στο σχετικό με την ενίσχυση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως τμήμα, οι αγορές της ηχογραφημένης μουσικής εμφανίζουν ορισμένα χαρακτηριστικά δυνάμενα να αφήσουν να υποτεθεί

η παρουσία ευνοϊκών συνθηκών για την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Πάντως, η Επιτροπή δεν εξήυρε επαρκή στοιχεία για να αποδειχθεί ότι οι πέντε μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες είχαν κατά το παρελθόν συλλογική δεσπόζουσα θέση· τούτο οφείλεται, ιδίως, στις ελλείψεις που διαπιστώθηκαν σε επίπεδο πραγματικής διαφάνειας, στα εν μέρει ετερογενή χαρακτηριστικά του προϊόντος και στην έλλειψη στοιχείων που να πιστοποιούν την ύπαρξη αντιποίνων κατά το παρελθόν. Όσον αφορά τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής, η Επιτροπή, ενώ έλαβε υπόψη το γεγονός ότι ο συντονισμός μεταξύ των τεσσάρων εναπομενόντων δραστηριοποιουμένων στην αγορά θα καταστεί, από συνολικής απόψεως, ευκολότερος, δεν εξήυρε επαρκή αποδεικτικά στοιχεία για να καταδειχθεί ότι η μείωση του αριθμού των δισκογραφικών εταιριών από πέντε σε τέσσερις αντιπροσωπεύει αρκούντως σημαντική μεταβολή ώστε να έχει ως αποτέλεσμα την πιθανή δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Η Επιτροπή δεν εξήυρε, ιδίως, επαρκή αποδεικτικά στοιχεία που να πιστοποιούν ότι η μείωση του αριθμού των μεγάλων δισκογραφικών εταιριών από πέντε σε τέσσερις θα διευκόλυνε τη διαφάνεια και τη λήψη αντιποίνων σε τέτοιο βαθμό ώστε να είναι επιβεβλημένη η πρόβλεψη της δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των τεσσάρων εναπομενουσών μεγάλων δισκογραφικών εταιριών.»

528 Διαπιστώνεται ότι οι ορισμένες αυτές παρατηρήσεις, οι οποίες είναι μέχρι τέτοιου σημείου γενικόλογες, και μάλιστα αμιγώς τυπικές, δεν είναι δυνατό να εκπληρώνουν την υποχρέωση της Επιτροπής να διεξαγάγει ανάλυση των προοπτικών και να προβεί σε προσεκτική εξέταση των περιστάσεων οι οποίες, ανάλογα με την κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, αποδεικνύονται σημαντικές προκειμένου να εκτιμηθούν τα αποτελέσματα της πράξεως συγκεντρώσεως επί του ανταγωνισμού εντός της αγοράς αναφοράς, τούτο δε ιδίως όταν, όπως εν προκειμένω, η συγκέντρωση εγείρει σοβαρές δυσκολίες. Συγκεκριμένα, ανεξαρτήτως της εκτιμήσεως του Πρωτοδικείου επί του πρώτου λόγου ακυρώσεως, τόσο από το γεγονός ότι η Επιτροπή υποχρεώθηκε να αφιερώσει μεγάλα χωρία της αποφάσεως στην ανάπτυξη του συμπεράσματός της ότι δεν υφίστατο συλλογική δεσπόζουσα θέση πριν από τη συγκέντρωση όσο και από το γεγονός ότι είχε συναγάγει, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, έπειτα από πεντάμηνη έρευνα, ότι μια τέτοια θέση όντως υφίστατο πριν από τη συγκέντρωση προκύπτει ότι το ζήτημα αν η συγχώνευση μεταξύ δύο εκ των πέντε μεγαλύτερων εταιριών ενέχει τον κίνδυνο να δημιουργήσει συλλογική δεσπόζουσα θέση εγείρει, κατά μείζονα λόγο, σοβαρές δυσκολίες που απαιτούν εμπειριστατωμένη εξέταση. Δεδομένου ότι η εν λόγω εξέταση δεν έλαβε χώρα, προκύπτει, μόνον εκ του λόγου αυτού, ότι ο δεύτερος λόγος ακυρώσεως είναι βάσιμος.

- 529 Ως εκ περισσού, το Πρωτοδικείο θα εξετάσει, παρά ταύτα, αν οι αφορώσες τη διαφάνεια και τα αντίποινα διαπιστώσεις βαρύνονται, επιπλέον, με νομική πλάνη ή με πλάνη εκτιμήσεως.
- 530 Από την αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, και ιδίως από την τελευταία περίοδο της εν λόγω αιτιολογικής σκέψεως, προκύπτει ότι το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι η συγκέντρωση δεν αντιπροσωπεύει αρκούντως σημαντική μεταβολή ώστε να έχει ως αποτέλεσμα την πιθανή δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως βασίζεται ρητώς στις αφορώσες τη διαφάνεια της αγοράς και τα αντίποινα προϋποθέσεις.
- 531 Όσον αφορά τη διαφάνεια, πρέπει να υπομνηστεί, ευθύς εξαρχής, ότι αναγνωρίστηκε, στο πλαίσιο του πρώτου λόγου ακυρώσεως, ότι η διαπίστωση της Επιτροπής ότι οι εκπτώσεις για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων έχουν ως αποτέλεσμα τη μείωση της διαφάνειας μέχρι σημείου ώστε να παρεμποδίζεται η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη και βαρύνεται με πρόδηλες πλάνες εκτιμήσεως.
- 532 Επιπλέον, όσον αφορά την εκτίμηση του κινδύνου δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, η Επιτροπή δεν μπορούσε να στηριχθεί μόνον στην υφιστάμενη κατάσταση, αλλά ήταν υποχρεωμένη να διεξαγάγει ανάλυση των προοπτικών και να λάβει υπόψη τις τροποποιήσεις που προκύπτουν από την επίμαχη πράξη συγκεντρώσεως. Η αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως, αν και είναι τουλάχιστον λακωνική, μνημονεύει συναφώς, επιπλέον, ότι ο συντονισμός μεταξύ των τεσσάρων εναπομενοντών δραστηριοποιουμένων θα καταστεί, από συνολικής απόψεως, ευκολότερος. Ωστόσο, η απόφαση δεν περιέχει καμία εξέταση του ζητήματος αν η συγκέντρωση, ιδίως λόγω του ότι συνεπάγεται τη μείωση του αριθμού των άλμπουμ που πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο εποπτείας, θα καταστήσει την αγορά αρκούντως διαφανή ώστε να είναι δυνατή η ανάπτυξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Επιπλέον, πρέπει να υπομνηστεί, συναφώς, ότι, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή είχε διαπιστώσει τα εξής:

«Η σχεδιαζόμενη συγκέντρωση θα διευκόλυνε την εποπτεία του συντονισμού των τιμών, εφόσον κάθε μεγαλύτερη εταιρία θα όφειλε να λάβει υπόψη μόνον τη συμπεριφορά των τριών άλλων μεγαλύτερων εταιριών στον τομέα των τιμών. Κατά συνέπεια, οι ΔΤΠ θα εστιάζονταν ακόμη περισσότερο σε πολύ περιορισμένα όρια διακυμάνσεως των τιμών για το μεγαλύτερο μέρος των άλμπουμ που είχαν τις περισσότερες πωλήσεις. Η διαφάνεια των εκπτώσεων θα αυξηθεί επίσης, καθόσον οι μεγαλύτερες εταιρίες θα οφείλουν πλέον να επιτηρούν μόνο τις τρεις άλλες μεγαλύτερες εταιρίες κατά τη διάρκεια των επισκέψεων τους στα καταστήματα και των επαφών τους με τους εμπόρους λιανικής πωλήσεως.»

533 Συνεπώς, οι αφορώσες τη διαφάνεια παρατηρήσεις δεν παρέχουν τη δυνατότητα να θεμελιωθεί η ανάλυση σύμφωνα με την οποία η συγκέντρωση δεν ενέχει τον κίνδυνο να δημιουργήσει συλλογική δεσπόζουσα θέση.

534 Όσον αφορά τα αντίποινα, διαπιστώνεται, ευθύς εξ αρχής, ότι ο ισχυρισμός της Επιτροπής, τον οποίο προέβαλε με το υπόμνημά της αντικρούσεως, ότι αυτή δεν έλαβε θέση επί της επάρκειας των διαφόρων πιθανών μηχανισμών αντιποίνων και ότι η εκ μέρους της εκτίμηση δεν αφορούσε την πτυχή αυτή είναι ασυμβίβαστος με την απόφαση, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 157 της αποφάσεως.

535 Ομοίως, η επιχειρηματολογία της Επιτροπής και των παρεμβαινουσών, σύμφωνα με την οποία δεν ήταν αναγκαίο να εξετασθεί το ζήτημα των αντιποίνων άπαξ και η Επιτροπή είχε συναγάγει ότι δεν διέθετε αποδείξεις που να στοιχειοθετούν ότι ο καθορισμός των τιμών θα ήταν αρκούντως διαφανής για να καταστεί δυνατή η αποτελεσματική εποπτεία, πρέπει να απορριφθεί καθόσον η απόφαση στηρίζεται ρητώς στην έλλειψη αντιποίνων και το Πρωτοδικείο δεν μπορεί να υποκαταστήσει την Επιτροπή στην εκτίμησή της και να διορθώσει την απόφαση. Εν πάση περιπτώσει, η επιχειρηματολογία δεν ευσταθεί εφόσον κρίθηκε ότι ο ισχυρισμός ότι η αγορά δεν ήταν αρκούντως διαφανής ή, κατά μείζονα λόγο, ο ισχυρισμός ότι η

αγορά δεν θα καθίστατο αρκούντως διαφανής κατά το πέρας της συγκεντρώσεως δεν είναι αιτιολογημένος επαρκώς κατά νόμον και βαρύνεται με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως.

536 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, με την απόφαση, η Επιτροπή αρκέστηκε να παραπέμψει στην εξέταση που διεξήχθη ως προς την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και να αναφέρει ότι δεν είχε εξεύρει επαρκή αποδεικτικά στοιχεία που να πιστοποιούν ότι η συγκέντρωση θα διευκόλυνε «τη λήψη αντιποίνων σε τέτοιο βαθμό ώστε να είναι επιβεβλημένη η πρόβλεψη της δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των εναπομενουσών τεσσάρων μεγάλων δισκογραφικών εταιριών».

537 Πάντως, στο πλαίσιο της εξετάσεως αυτής, η Επιτροπή, όπως προκύπτει από τον πρώτο λόγο ακυρώσεως, δεν επικέντρωσε το ενδιαφέρον της στην εξακρίβωση της υπάρξεως αποτελεσματικών μηχανισμών αποτροπής, αλλά στην αναζήτηση αποδείξεων περί επιβολής αντιποίνων κατά το παρελθόν. Το διάβημα αυτό συνιστά, εν πάση περιπτώσει, εσφαλμένη ερμηνεία της προϋποθέσεως που εκτίθεται στην απόφαση *Airtours* κατά Επιτροπής, σκέψη 45 ανωτέρω, όσον αφορά την εξέταση του καθορισμού της δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, καθόσον η εν λόγω εξέταση πρέπει να στηρίζεται σε ανάλυση των προοπτικών. Συγκεκριμένα, είναι σαφές ότι, στο πλαίσιο αυτό, η αναζήτηση αποδείξεων περί επιβολής, κατά το παρελθόν, αντιποίνων δεν μπορεί να συνιστά βάσιμο κριτήριο, δεδομένου ότι η προϋπόθεση μπορεί κάλλιστα να πληρούται σε περίπτωση που δεν επιβλήθηκαν οποιαδήποτε αντίποινα κατά το παρελθόν. Δεδομένου ότι η εκτίμηση του κινδύνου δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως λόγω συγκεντρώσεως δεν στηρίζεται, εξ ορισμού, στην ύπαρξη προηγούμενης κοινής πολιτικής, το σχετικό με την έλλειψη επιβολής αντιποίνων κατά το παρελθόν κριτήριο είναι παντελώς αλυσιτελές. Κατά συνέπεια, η απόφαση βαρύνεται με πλάνη επί του ζητήματος αυτού.

538 Επιπλέον, από την απόφαση και από τη δικογραφία προκύπτει ότι τέτοια αξιόπιστα και αποτελεσματικά μέσα αποτροπής όντως υφίστανται εν προκειμένω και, ιδίως,

η δυνατότητα επιβολής κυρώσεως σε παρεκκλίνουσα δισκογραφική εταιρία υπό μορφή αποκλεισμού της από τις μουσικές συλλογές. Εξάλλου, με την ανακοίνωση των αιτιάσεων, η Επιτροπή είχε σαφώς διαπιστώσει τον αποτελεσματικό χαρακτήρα του εν λόγω μέσου αποτροπής και η απόφαση δεν παρέχει καμία εξήγηση ως προς τους λόγους για τους οποίους αυτό το μέσο αποτροπής δεν θα ήταν, εν τέλει, αποτελεσματικό. Αντιθέτως, οι αναλύσεις που περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις 115 έως 118 της αποφάσεως είναι ικανές να επιβεβαιώσουν τον αποτελεσματικό χαρακτήρα του ως άνω μέσου αποτροπής. Συγκεκριμένα, αφού αναφέρθηκε, στις αιτιολογικές σκέψεις 115 και 116 της αποφάσεως, στην, από οικονομικής απόψεως, σπουδαιότητα των μουσικών συλλογών πλειόνων καλλιτεχνών ή σημάτων, που αντιπροσωπεύουν, κατά προσέγγιση, ποσοστό από 15 έως 20 % της συνολικής αγοράς της ηχογραφημένης μουσικής, και αφού υπογράμμισε ότι η παρουσία σε ένα άλμπουμ καλλιτεχνών που «υπάγονται» σε διαφορετικές δισκογραφικές εταιρίες δίδει την εντύπωση ότι είναι κεφαλαιώδης παράγοντας της επιτυχίας μιας μουσικής συλλογής, η Επιτροπή εκθέτει, στην αιτιολογική σκέψη 117 της αποφάσεως, ότι, «[σ]ε περίπτωση επίμονης “παρεκκλίσεως” μίας εξ αυτών, οι μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες θα μπορούσαν, ως εκ τούτου, να αποκλείσουν την παρεκκλίνουσα εταιρία από τη δημιουργία νέων κοινών επιχειρήσεων, ή να της αρνηθούν το δικαίωμα να χρησιμοποιεί τους τίτλους τους σε μια μουσική συλλογή, και μάλιστα να θέσουν τέρμα σε ορισμένες υφιστάμενες κοινές επιχειρήσεις». Τέλος, η αιτιολογική σκέψη 118 της αποφάσεως αναφέρει ότι η Επιτροπή δεν εξήυρε, εντούτοις, κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι, κατά το παρελθόν, άλλες μεγάλες δισκογραφικές εταιρίες αποκλείστηκαν από μια κοινή επιχείρηση για μουσικές συλλογές ούτε εξήυρε ίχνος απειλής προς την κατεύθυνση αυτή, διευκρινίζοντας ταυτοχρόνως ότι «τα μέτρα αυτά θα μπορούσαν να αντιπροσωπεύουν, γενικώς, αξιόπιστα αντίποινα εντός των αγορών της ηχογραφημένης μουσικής».

539 Επομένως, η Επιτροπή δεν μπορούσε, χωρίς να υποπέσει σε πλάνη, να στηριχθεί στην έλλειψη αποδείξεως περί επιβολής αντιποίνων κατά το παρελθόν προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η συγκέντρωση δεν ενείχε τον κίνδυνο να δώσει λαβή για τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

540 Επιπλέον, πρέπει να υπομνηστεί ότι, όπως διαπιστώθηκε στο πλαίσιο του πρώτου λόγου ακυρώσεως, η απόφαση δεν μνημονεύει ούτε μια περίπτωση στην οποία μια μεγαλύτερη εταιρία να παρεξέκλινε από την κοινή πολιτική στον τομέα των τιμών χωρίς τούτο να επισύρει την επιβολή αντιποίνων, και η Επιτροπή, ερωτηθείσα επ' αυτού από το Πρωτοδικείο, δεν μπόρεσε να υποδείξει την παραμικρή εξακρίβωση στην οποία προέβη προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι δεν είχε εξεύρει κανένα στοιχείο που να καταδεικνύει ότι αντίποινα, ή απειλές λήψεως αντιποίνων, είχαν χρησιμοποιηθεί κατά το παρελθόν.



- 541 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο δεύτερος λόγος ακυρώσεως είναι, επίσης, βάσιμος.

#### IV — Γενικό συμπέρασμα

- 542 Από το σύνολο των ανωτέρω σκέψεων προκύπτει ότι ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος ακυρώσεως είναι βάσιμοι καθόσον η απόφαση βαρύνεται, αφενός, με ανεπαρκή αιτιολογία και, αφετέρου, με πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως στον βαθμό που τα στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η απόφαση δεν συνιστούν το σύνολο των σχετικών δεδομένων που πρέπει να ληφθούν υπόψη και δεν είναι επαρκή για να θεμελιώσουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών.
- 543 Συνεπώς, χωρίς να παρίσταται ανάγκη να εξετασθεί ο λόγος ακυρώσεως που αφορά την ενίσχυση ή τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην αγορά χονδρικής των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου ή ο λόγος ακυρώσεως που αφορά τον συντονισμό των αντιστοίχων δραστηριοτήτων των μετεχόντων στη συγκέντρωση μερών στον τομέα της εκδόσεως μουσικών έργων, η απόφαση πρέπει να ακυρωθεί.

#### Επί των δικαστικών εξόδων

- 544 Κατά το άρθρο 87, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 87, παράγραφος 3, του εν λόγω κανονισμού, το Πρωτοδικείο μπορεί να κατανείμει τα έξοδα ή να αποφασίσει ότι κάθε διάδικος φέρει τα δικαστικά του έξοδα σε περίπτωση μερικής ήττας των διαδίκων ή εφόσον συντρέχουν εξαιρετικοί λόγοι. Τέλος, το άρθρο 87, παράγραφος 4, του κανονισμού προβλέπει ότι το Πρωτοδικείο μπορεί να αποφασίσει ότι ο παρεμβαίνων φέρει τα δικαστικά του έξοδα.

- 545 Εν προκειμένω, η απόφαση πρέπει να ακυρωθεί και η προσφεύγουσα ζήτησε να καταδικασθεί η Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα. Ωστόσο, πρέπει να ληφθούν υπόψη οι ακόλουθες περιστάσεις.
- 546 Όσον αφορά την προσφεύγουσα, διαπιστώνεται ότι, ναι μεν επέμεινε σφοδρά να εκδικασθεί η υπόθεση κατά την ταχεία διαδικασία, παρά την περιπλοκότητα της εν λόγω υποθέσεως, την οποία ορθώς υπογράμμισε η Επιτροπή, πλην όμως η προσφεύγουσα δεν υιοθέτησε συνεπή συμπεριφορά, καίτοι το Πρωτοδικείο, με την απόφασή του με την οποία έγινε δεκτή η αίτηση περί εκδικάσεως κατά την ταχεία διαδικασία, είχε ρητώς υπογραμμίσει ότι η απόφαση αυτή μπορούσε να ανακληθεί υπό το πρίσμα των εξελίξεων της υποθέσεως. Κατά συνέπεια, ναι μεν το Πρωτοδικείο μπορούσε, βεβαίως, να θέσει τέρμα στην εν λόγω ταχεία διαδικασία, πλην όμως ήταν επιβεβλημένο το να ληφθεί υπόψη το επείγον, από αντικειμενικής απόψεως, της υποθέσεως, και η αξιόλογη προσπάθεια που ήδη κατέβαλαν οι λοιποί διάδικοι, πράγμα που καθιστούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, τη δυνατότητα αυτή ολοένα και λιγότερο ενδεδειγμένη. Πάντως, μια συμπεριφορά, η οποία ελάχιστα συμβιβαζόταν με το γράμμα και το πνεύμα της ταχείας διαδικασίας, υιοθετήθηκε από την προσφεύγουσα και αναπτύχθηκε βαθμιαίως κατά τη διάρκεια των διαφόρων σταδίων της διαδικασίας.
- 547 Πρώτον, ο όγκος του δικογράφου της προσφυγής και ο αριθμός των λόγων ακυρώσεως και των επιχειρημάτων υπερέβαιναν ευρέως τα συνιστώμενα πρότυπα για τη διεξαγωγή της ταχείας διαδικασίας και η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε συνοπτικό κείμενο του δικογράφου της προσφυγής της ούτε παραιτήθηκε από ορισμένους λόγους ακυρώσεως.
- 548 Δεύτερον, ενώ το μέτρο οργανώσεως της διαδικασίας που αποσκοπούσε στο να επιτραπεί η πρόσβαση σε ορισμένα έγγραφα ή εμπιστευτικά στοιχεία μόλις είχε αποτελέσει αντικείμενο διαπραγματεύσεων και συζητήσεως με την Επιτροπή, τις παρεμβαίνουσες και το Πρωτοδικείο, τόσο μέσω ανταλλαγής διαφόρων υπομνημάτων όσο και κατά τη διάρκεια ανεπίσημης συσκέψεως του Πρωτοδικείου, η προσφεύγουσα ζήτησε να τροποποιηθεί το εν λόγω μέτρο οργανώσεως της διαδικασίας, πράγμα που έδωσε λαβή για σημαντικές αντιρρήσεις εκ μέρους των λοιπών διαδίκων, και εν τέλει απέσυρε την εν λόγω αίτηση.

- 549 Τρίτον, αφού ζήτησε και έλαβε το δικαίωμα, το οποίο είναι ασύνηθες στο πλαίσιο ταχείας διαδικασίας, να καταθέσει υπόμνημα απαντήσεως έναντι των αποδεικτικών στοιχείων που προέβαλε η Επιτροπή με το υπόμνημά της αντικρούσεως, η προσφεύγουσα εσφαλμένως αντιτάχθηκε στο να επιτραπεί στην Επιτροπή, σύμφωνα με την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως, να καταθέσει συμπληρωματικές παρατηρήσεις προς απάντηση στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας.
- 550 Τέταρτον, αφού επέμεινε να ορισθεί ταχέως η διεξαγωγή της επ' ακροατηρίου συζήτησεως, η προσφεύγουσα δεν μπόρεσε, παρά ταύτα, να δηλώσει ότι ήταν διαθέσιμη σε καμία από τις τέσσερις προταθείσες από το Πρωτοδικείο ημερομηνίες, καθυστερώντας, κατ' αυτόν τον τρόπο, για πολλούς μήνες τη διεξαγωγή της επ' ακροατηρίου συζήτησεως.
- 551 Πέμπτον, αφού της επετράπη, όλως εξαιρετικώς, να καταθέσει παρατηρήσεις μετά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, υπό την προϋπόθεση ότι αυτές θα περιορίζονταν αυστηρώς στις απαντήσεις της Επιτροπής στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, η προσφεύγουσα, όπως ορθώς υπογράμμισε η Επιτροπή, κατέθεσε υπόμνημα άνω των 50 σελίδων, εκτός παραρτημάτων, με το οποίο προέβαλε, μεταξύ άλλων, πολλά επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία τα οποία δεν είχαν καμία σχέση με τις εν λόγω ερωτήσεις και επικαλέσθηκε νέα επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία.
- 552 Εξάλλου, ναι μεν τα αιτήματα της προσφεύγουσας όσον αφορά τη συλλογική δεσπόζουσα θέση στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής έγιναν δεκτά, πλην όμως τα αιτήματά της που αποσκοπούσαν στο να αποκλεισθούν από τη δικογραφία όλα τα αποδεικτικά στοιχεία που κατέθεσε η Επιτροπή σε παράρτημα του υπομνήματός της αντικρούσεως απορρίφθηκαν. Ομοίως, τα αιτήματά της σχετικά με την προβαλλόμενη ατομική δεσπόζουσα θέση της Sony στις αγορές της διανομής μουσικών έργων μέσω διαδικτύου είναι παντελώς αβάσιμα, έστω και μόνο για τον λόγο ότι, κατά τον χρόνο εκδόσεως της αποφάσεως, η SonyConnect δεν είχε

κανένα μερίδιο αγοράς, ενώ άλλοι δραστηριοποιούμενοι στην αγορά, και ιδίως η Apple, κατείχαν ήδη σημαντική θέση.

553 Όσον αφορά την Επιτροπή, είναι λυπηρό το ότι, επί πολλών ζητημάτων, οι παρατηρήσεις της αποκλίνουν, ενίοτε πολύ αισθητά, από τις αναλύσεις που περιέχονται στην απόφαση, αναγκάζοντας, κατ' αυτόν τον τρόπο, την προσφεύγουσα και το Πρωτοδικείο να προβαίνουν διαρκώς σε ασυνήθεις ελέγχους. Έτσι, οι ισχυρισμοί σύμφωνα με τους οποίους, λόγω του ότι η προσφυγή στον μηχανισμό αντιποίνων που συνίσταται στον αποκλεισμό του παρεκκλίνοντος εκ της κοινής πολιτικής μέλους από τις μουσικές συλλογές μπορούσε να επισύρει τη θυσία των πλεονεκτημάτων που δημιουργούνται από μια μουσική συλλογή, η Επιτροπή δεν ήταν σε θέση να συναγάγει ότι επρόκειτο για αξιόπιστο μηχανισμό ή δεν έλαβε θέση επί του ζητήματος των αντιποίνων προδήλως δεν αντιστοιχούν στα συμπεράσματα που μνημονεύονται στις αιτιολογικές σκέψεις 115 έως 118 της αποφάσεως, που αναγνωρίζουν, αντιθέτως, την αποτελεσματικότητα του ως άνω μηχανισμού αντιποίνων (όπως, εξάλλου, είχε διαπιστωθεί ρητώς στα σημεία 128 έως 132 της ανακοινώσεως των αιτιάσεων), αλλά αναφέρονται στο ότι η Επιτροπή δεν εξηύρε απόδειξη περί της εφαρμογής του εν λόγω μηχανισμού. Ομοίως, ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι συνήγαγε, στην αιτιολογική σκέψη 169 της αποφάσεως, ότι η διαφάνεια της αγοράς εντός των αγορών των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου ήταν περιορισμένη, λόγω ανυπαρξίας γενικώς γνωστών τιμών χονδρικής πωλήσεως των αδειών, δεν αντιστοιχεί στον ισχυρισμό, ο οποίος επίσης περιέχεται στην απόφαση, ότι «η διαφάνεια είναι, εν πάση περιπτώσει, μεγαλύτερη στην αγορά των αδειών μεταδόσεως μουσικών έργων μέσω διαδικτύου απ' ό,τι στην παραδοσιακή αγορά της ηχογραφημένης μουσικής».

554 Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, το Πρωτοδικείο εκτιμά, κατόπιν δίκαιης εκτιμήσεως των περιστάσεων της υποθέσεως, αφενός, ότι η Επιτροπή πρέπει να φέρει τα δικαστικά της έξοδα καθώς και τα τρία τέταρτα των εξόδων της προσφεύγουσας και, αφετέρου, ότι οι παρεμβαίνουσες πρέπει να φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα, σύμφωνα με το άρθρο 87, παράγραφος 4, του Κανονισμού Διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (τρίτο τμήμα)

αποφασίζει:

- 1) Ακυρώνει την απόφαση C(2004) 2815 της Επιτροπής, της 19ης Ιουλίου 2004, με την οποία πράξη συγκεντρώσεως κηρύσσεται συμβατή με την κοινή αγορά και τη λειτουργία της Συμφωνίας για τον ΕΟΧ (υπόθεση COMP/M.3333 — Sony/BMG).
- 2) Η Επιτροπή φέρει τα δικαστικά της έξοδα, καθώς και τα τρία τέταρτα των εξόδων της προσφεύγουσας.
- 3) Η προσφεύγουσα φέρει το ένα τέταρτο των δικαστικών της εξόδων.
- 4) Οι παρεμβαίνουσες φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα.

Jaeger

Azizi

Cremona

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 13 Ιουλίου 2006.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

E. Coulon

M. Jaeger

## Περιεχόμενα

Ιστορικό της διαφοράς .....	II - 2300
Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων .....	II - 2303
Σκεπτικό .....	II - 2307
I — Επί των επισυναφθέντων σε παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως αποδεικτικών στοιχείων .....	II - 2308
A — Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 2308
B — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2309
II — Επί του πρώτου λόγου ακυρώσεως, που αφορά την ενίσχυση προϋπάρχουσας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην αγορά της ηχογραφημένης μουσικής ..	II - 2311
A — Επιχειρήματα της προσφεύγουσας .....	II - 2312
1. Επί του πρώτου σκέλους .....	II - 2312
α) Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως .....	II - 2313
Ομοιογένεια του προϊόντος .....	II - 2314
Διαφάνεια .....	II - 2314
Μέσα αποτροπής .....	II - 2315
Αντιστάθμισμα .....	II - 2315
β) Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως .....	II - 2316
Ομοιογένεια του προϊόντος .....	II - 2316
Διαφάνεια .....	II - 2317
— Γενική επιχειρηματολογία .....	II - 2317
— Γενικές παρατηρήσεις επί των νέων αποδεικτικών στοιχείων ..	II - 2320
— Επιμέρους εξέταση των διαφόρων αποδεικτικών στοιχείων ...	II - 2324
	II - 2487

Μέσα αποτροπής .....	II - 2333
Αντιστάθμισμα .....	II - 2333
Έλλειψη ενδεδειγμένης αναλύσεως της κοινής πολιτικής .....	II - 2334
γ) Εσφαλμένη εφαρμογή του δικαίου επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων .....	II - 2335
2. Επί του δευτέρου σκέλους .....	II - 2336
B — Επιχειρήματα της Επιτροπής .....	II - 2337
1. Η απόφαση της Επιτροπής και τα αποδεικτικά στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται .....	II - 2337
α) Περιεχόμενο .....	II - 2337
β) Οι πέντε μεγάλες αγορές (Γερμανία, Ηνωμένο Βασίλειο, Γαλλία, Ιταλία, Ισπανία) .....	II - 2338
Ευθυγράμμιση των μέσων καθαρών τιμών και των ΔΤΠ .....	II - 2338
Περιπλοκότητα και ΔΤΠ .....	II - 2339
Ευθυγράμμιση και περιπλοκότητα των εκπτώσεων .....	II - 2341
Διαφάνεια των εκπτώσεων .....	II - 2350
Διαρθρωτικοί δεσμοί .....	II - 2353
Αντίποινα .....	II - 2354
γ) Τα άλλα κράτη μέλη .....	II - 2355
2. Εσφαλμένη παρουσίαση της αποφάσεως στο δικόγραφο της προσφυγής .....	II - 2356
3. Επί του πρώτου σκέλους .....	II - 2357
α) Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως .....	II - 2357
Ομοιογένεια του προϊόντος .....	II - 2359
Διαφάνεια .....	II - 2360
Μέσα αποτροπής .....	II - 2361
Αντιστάθμισμα .....	II - 2361

β)	Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και της νομικής πλάνης .	II - 2362
	Ομοιογένεια του προϊόντος . . . . .	II - 2363
	Διαφάνεια . . . . .	II - 2363
	Μέσα αποτροπής και αντιστάθμισμα . . . . .	II - 2373
	Ανάλυση της κοινής γραμμής δράσεως . . . . .	II - 2373
4.	Επί του δευτέρου σκέλους . . . . .	II - 2375
Γ —	Επιχειρήματα των παρεμβαινουσών . . . . .	II - 2375
1.	Προκαταρκτικές παρατηρήσεις . . . . .	II - 2375
2.	Εξέταση των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας . . . . .	II - 2378
	α) Επί των εκπνώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων ..	II - 2378
	β) Έλλειψη ευθυγραμμίσεως . . . . .	II - 2379
	γ) Έλλειψη διαφάνειας . . . . .	II - 2380
3.	Επί διαφόρων πτυχών που δεν μνημονεύθηκαν στην απόφαση ...	II - 2380
Δ —	Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2381
1.	Γενικές θεωρήσεις . . . . .	II - 2381
2.	Έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως . . . . .	II - 2382
3.	Η απόφαση της Επιτροπής . . . . .	II - 2385
4.	Διαφάνεια . . . . .	II - 2392
	α) Επί της αιτιάσεως που αντλείται από ανεπαρκή αιτιολογία . . . .	II - 2392
	β) Επί της αιτιάσεως που αντλείται από πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως	II - 2407
	Παράγοντες διαφάνειας που εντοπίστηκαν με την απόφαση .	II - 2411
	Στοιχεία δυνάμενα να καταστήσουν την αγορά αδιαφανή . . . .	II - 2418
	— Επί της αδιαφάνειας των εκπνώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων . . . . .	II - 2430
	— Επί της λυσιτέλειας των εκπνώσεων για λόγους προωθήσεως των πωλήσεων . . . . .	II - 2444
γ)	Συμπέρασμα επί της διαφάνειας . . . . .	II - 2453
		II - 2489



5. Ομοιογένεια .....	II - 2453
6. Αντίποινα .....	II - 2454
7. Συμπέρασμα επί το πρώτου λόγου ακυρώσεως .....	II - 2458
III — Επί του δευτέρου λόγου ακυρώσεως, που αφορά τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις αγορές της ηχογραφημένης μουσικής .....	II - 2461
A — Επιχειρήματα της προσφεύγουσας .....	II - 2461
1. Επί της νομικής πλάνης .....	II - 2461
α) Έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών .....	II - 2462
β) Διαφάνεια .....	II - 2463
γ) Μέσα αποτροπής .....	II - 2463
δ) Αντιστάθμισμα .....	II - 2464
2. Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως .....	II - 2464
3. Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως .....	II - 2467
B — Επιχειρήματα της Επιτροπής .....	II - 2468
1. Επί της νομικής πλάνης .....	II - 2468
α) Έλλειψη αναλύσεως των προοπτικών .....	II - 2468
β) Διαφάνεια .....	II - 2470
γ) Μέσα αποτροπής και αντιστάθμισμα .....	II - 2470
2. Επί της παραβάσεως της υποχρέωσης αιτιολογήσεως .....	II - 2471
3. Επί της πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως .....	II - 2473
Γ — Επιχειρήματα των παρεμβαινουσών .....	II - 2474
Δ — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2475
IV — Γενικό συμπέρασμα .....	II - 2482
Επί των δικαστικών εξόδων .....	II - 2482