

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (kolmas koda)

13. juuli 2006*

Kohtuasjas T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, rahvusvaheline ühendus), asukoht Brüssel (Belgia), esindajad: *solicitor* S. Crosby ja *solicitor* J. Golding ning advokaat I. Wekstein-Steg,

hageja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: A. Whelan ja K. Mojzesowicz,

kostja,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

keda toetavad

Bertelsmann AG, asukoht Gütersloh (Saksamaa), esindajad: *solicitor* J. Boyce ning advokaadid P. Chappatte ja D. Loukas,

ning

Sony BMG Music Entertainment BV, asukoht Vianen (Madalmaad),

ja

Sony Corporation of America, asukoht New York, New York (Ameerika Ühendriigid),

esindajad: *barrister* N. Levy ning advokaadid R. Snelders ja T. Graf,

menetlusse astujad,

mille esemeks on taotlus tühistada komisjoni 19. juuli 2004. aasta otsus K (2004) 2815, millega kuulutatakse teatavate ettevõtjate koondumine kokkusobivaks ühisturuga ja Euroopa Majanduspiirkonna lepingu toimimisega (juhtum COMP/M.3333 – Sony/BMG),

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: koja esimees M. Jaeger, kohtunikud J. Azizi ja E. Cremona,

kohtusekretär: ametnik I. Natsinas,

arvestades kirjalikus menetluses ja 22. septembri 2005. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse aluseks olevad asjaolud

- ¹ Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) on Belgia õiguse alusel asutatud rahvusvaheline ühendus, kelle liikmed on 2500 iseseisvat muusikat tootvat äriühingut.
- ² Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta määruse (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜT L 395, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 31), parandatud (EÜT 1990, L 257, lk 13) ja muudetud nõukogu 30. juuni 1997. aasta määrusega (EÜ) nr 1310/97 (EÜT L 180, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 164; edaspidi „määrus“) artikli 4 alusel teatati 4. jaanuaril 2004

komisjonile äriühingute Bertelsmann AG ja Sony Corporation of America, mis kuulub Sony kontserni (edaspidi „Sony”), kavandatud koondumisest, millega need äriühingud kavatsesid ümber korraldada oma ülemaailmse tegevuse salvestatud muusika valdkonnas.

- 3 Bertelsmann on rahvusvaheline meediaäriühing, kelle ülemaailmne tegevus hõlmab muusika tootmist ja avaldamist, televisiooni, raadiot, raamatute, ajakirjade ja ajalehtede avaldamist, trüki- ja meediateenuseid ning raamatu- ja muusikaklubisid. Bertelsmann tegeleb salvestatud muusikaga oma täistütarettevõtja Bertelsmann Music Group (BMG) kaudu. BMG salvestiste kaubamärgid on Arista Records, Jive Records, Zomba ja Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Sony tegeleb ülemaailmselt muusika tootmise ja avaldamisega, tööstus- ja tarbeelektronikaga ning meelelahutusäri. Salvestatud muusika valdkonnas tegutseb ta äriühingu Sony Music Entertainment kaudu. Sony kaubamärgid on Columbia Records Group, Epic Records Group ja Sony Classical.
- 5 Kavandatud koondumine seisneb koondumise poolte (v.a Sony tegevus Jaapanis) ülemaailmse salvestatud muusika alase tegevuse integreerimises kolme või enamasse uude äriühingusse, mis loodi 11. detsembri 2003. aasta „Business Contribution Agreement” (tegevuse ühendamise kokkulepe) nimelise dokumendi alusel. On kavandatud, et neid ühissetevõtteid hallatakse koos nimetuse Sony BMG all.
- 6 Kokkuleppe kohaselt tegutseb Sony BMG artistide väljaselgitamise ja arendamisega (artistide juhtimine nimetusega A & R (artist ja repertuaar)) ning selle tulemusel saadud plaatide turustamise ja müügi. Sony BMG tegevusalasse ei kuulu sidustegevused, nagu muusika avaldamine, valmistamine ja levitamine.

- 7 Komisjon saatis 20. jaanuaril 2004 küsimustiku mitmele turul tegutsevale ettevõtjale. Hageja vastas sellele küsimustikule ja esitas eraldi avalduse 28. jaanuaril 2004 (lisa A.5), milles ta põhjendas, miks tema arvates komisjon peaks kuulutama tehingu kokkusobimatuks ühisturuga. Hageja väljendas selles muret turu suurema koondumise üle ning mõju üle, mis sellel võib olla turule pääsemisele, sh levitamise, meedia ja Interneti-sektoritele, ning tarbijate valikule.
- 8 Komisjon järeltas 12. veebruari 2004. aasta otsuses, et teatatud koondumine tekitas tõsisid kahtlusi kokkusobivuses ühisturuga ning Euroopa majanduspiirkonna lepingu (EMP) toimimisega, ning alustas määruse artikli 6 lõike 1 punkti c alusel menetlust.
- 9 Komisjon saatis 24. mail 2004 vastuväiteteatise koondumise pooltele; selles teatises tegi komisjon esialgse järeltuse, et teatatud koondumine oli kokkusobimatu ühisturu ja EMP lepingu toimimisega, kuna see tugevdas kollektiivset turgu valitsevat seisundit salvestatud muusika turul ja *on-line*-muusika litsentside hulgiturul; ja kuna sellega kooskõlastatakse emaühingute tegevust viisil, mis on vastuolus EÜ artikliga 81.
- 10 Koondumise pooled vastasid vastuväiteteatisele ning 14. ja 15. juunil 2004 toimus ärakuulamise eest vastutava ametniku juures ärakuulamine, milles osales ka hageja.
- 11 Komisjon kuulutas 19. juuli 2004. aasta otsusega koondumise ühisturuga kokkusobivaks vastavalt määruse artikli 8 lõikele 2 (edaspidi „otsus”).

- 12 Hageja 26. juuli 2004. aasta taotluse järel sai ta 23. septembril 2004 otsuse mittekonfidentsiaalse versiooni.

Menetlus ja poolte nõuded

- 13 Esimese Astme Kohtu kantseleisse 3. detsembril 2004 saabunud avaldusega esitas hageja käesoleva hagi.
- 14 Samal päeval eraldi dokumendina saabunud taotlusega palus hageja Esimese Astme Kohtul lahendada asi Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 76a alusel kiirendatud menetluses.
- 15 Komisjon väljendas oma 17. detsembri 2004. aasta kirjas kahtlust, kas käesolevas asjas sobib hagi lahendada kiirendatud menetluses, rõhutades eeskätt juhtumi keerukust, raskusi, mis tulenevad sellest, et oma otsuse põhjuste selgitamiseks peab ta kasutama suurt hulka keerukaid andmeid ja et selline kaitse eeldaks ka delikaatseid läbirääkimisi koondumise poolte ja kolmandate isikutega seoses komisjoni poolt avaldamisele tulla võivate konfidentsiaalsete andmete avaldamise ulatusega.
- 16 Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment ja Sony Corporation of America taotlesid Esimese Astme Kohtu kantseleisse 10., 11. ja 19. jaanuaril 2005 esitatud avaldustega luba komisjoni nõuete toetuseks menetlusse astuda. Kolmanda koja esimees rahuldab need taotlused 4. veebruari 2005. aasta määrusega.

- 17 Vahepeelsel ajal palus Esimese Astme Kohus kodukorra artikli 64 lõike 3 punktis e sätestatud menetlust korraldavate meetmete raames pooltel osaleda 24. jaanuaril 2005 mitteametlikul kohtumisel, et uurida võimalust käsitleda kohtuasja kiirendatud menetluses, võttes eeskätt arvesse komisjoni poolt esile toodud toimiku teatud materjalide konfidentsiaalsust.
- 18 Komisjon esitas kokkuleppel hagejaga 18. jaanuaril 2005 taotluse menetlust korraldava meetme võtmiseks, mis seisneb sisuliselt komisjonile loa andmises, et viimane saaks esitada dokumente ja andmeid, mis edastati talle konfidentsiaalselt, üksnes hageja esindajale, mitte aga hagejale endale.
- 19 Võttes arvesse eeskätt hageja ja menetluse astujate vahelist kokkulepet, rahuldab Esimese Astme Kohus 24. jaanuari 2005. aasta otsusega menetlust korraldava meetme võtmise taotluse. Ta rahuldab ka taotluse lahendada asi kiirendatud menetluse korras, täpsustades, et seda otsust võidakse igal ajal tühistada toimikus või menetluses toimunud arengute alusel. Ühtlasi määrati ajakava avalduste esitamiseks.
- 20 11. veebruaril 2005 esitatud avaldusega taotles hageja menetlust korraldava meetme muutmist. Kostja ja menetluse astujad esitasid 18. veebruaril 2005 oma märkused selle avalduse kohta. Hageja võttis 22. veebruari 2005. aasta kirjaga tagasi oma taotluse menetlust korraldava meetme muutmiseks.
- 21 Vahepeelsel ajal esitas komisjon 11. veebruaril 2005 kostja vastuse. Bertelsmann, Sony BMG ja Sony esitasid 25. veebruaril 2005 menetluse astuja seisukohad.

- 22 15. veebruaril 2005 palus hageja luba esitada märkused komisjoni kostja vastuses sisalduvate uute andmete kohta. Esimese Astme Kohus rahuldab selle taotluse 21. veebruaril 2005 ja andis kostjale aega kuni 4. märtsini 2005 täiendavate märkuste esitamise taotluse esitamiseks; kostja esitas selle taotluse. Hageja vaidles 1. märtsi 2005. aasta kirjas sellele taotlusele vastu. Komisjon esitas 14. märtsil 2005 oma täiendavad märkused.
- 23 Ettekandja-kohtuniku ettekande põhjal otsustas Esimese Astme Kohus (kolmas koda) avada suulise menetluse ja menetlust korraldavate meetmete raames palus komisjonil esitada mitu dokumenti ning vastata kirjalikult mitmele kirjalikule küsimusele.
- 24 Komisjon palus 19. septembri 2005. aasta kirjas pikendada tähtaega Esimese Astme Kohtu küsimustele vastamiseks; see taotlus rahuldati. Komisjon esitas 21. septembri 2005. aasta kirjas oma vastused Esimese Astme Kohtu küsimustele.
- 25 Poolte kohtukõned ja vastused Esimese Astme Kohtu küsimustele kuulati ära 22. septembri 2005. aasta kohtuistungil.
- 26 Komisjon esitas kohtuistungi järel 26. septembril 2005 dokumente ja palus luba vastata hageja võimalikele märkustele 21. septembri 2005. aasta kirjalikele küsimustele esitatud vastuste kohta. Komisjoni taotlus rahuldati.
- 27 Hageja esitas 29. septembril 2005 märkused seoses komisjoni vastustega Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele.

28 Komisjon esitas 11. oktoobril 2005 oma lõplikud märkused hageja märkuste kohta seoses komisjoni vastustega Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele.

29 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta arvestamata komisjoni poolt tema kostja vastuse lisas esitatud dokumendid;
- tühistada otsus;
- teise võimalusena tühistada otsus osas, milles see käsitleb ühte järgnevatest punktidest:
 - kollektiivne turgu valitsev seisund *on-line*-muusika litsentside turul;
 - individuaalne turgu valitsev seisund *on-line*-muusika levitamise turul;
 - koondumise poolte tegevuse kooskõlastamine muusika avaldamise valdkonnas;
- mõista kohtukulud välja komisjonilt.

I — *Kostja vastusele lisatud tõendid*A — *Poolte argumendid*

- 32 Hageja märgib, et kostja vastusest ilmneb, et komisjon tugines haldusmenetluses dokumentidele ja andmetele, millele hagejal oli juurdepääs üksnes kostja vastuse kaudu, kuigi neil oli keskne roll, sest komisjon õigustas nendega seda, et ta võttis erineva seisukoha kui vastuväiteteatises, mille alusel kavandatud koondumine loovat või tugevdavat kollektiivset turgu valitsevat seisundit ja on kokkusobimatu ühisturuga.
- 33 Hageja väidab, et kui ta oleks haldusmenetluse ajal näinud neid dokumente, milles sisalduvad andmed on ebatäielikud ja eksitavad, siis oleks ta olnud võimeline tõendama nende põhilisi puudusi ning otsus oleks olnud erinev või vähemalt oleks otsuses sisaldunud otsene põhjendus hageja märkuste tagasilükkamiseks. Ta heidab komisjonile ette nende dokumentide enda käes hoidmist ning nendele tuginemist, ilma et neid oleks kordagi vastaspool uurinud või kolmandad isikud nende kohta märkusi esitanud.
- 34 Kuigi hageja tunnistab, et komisjonil on kohustus kaitsta ärisaladust ja et tal ei ole mingit kohustust avaldada koondumiste kontrolli käsitleva haldusmenetluse ajal kolmandatele isikutele kõiki toimikus sisalduvaid andmeid, väidab hageja siiski, et see ei võimalda komisjonil võtta kolmandatelt isikutelt võimalust esitada sellel teemal oma seisukohad, koostades kõnealuste andmete mittekonfidentsiaalse ning kokkuvõtliku versiooni.
- 35 Hageja täpsustab, et ta ei esita oluliste menetlusnormide rikkumist käsitlevat väidet, vaid leiab, et komisjoni uued tõendid on esitatud liiga hilja, et päästa otsust sisulisest

osas, ja et need kujutavad endast tagantjärele otsuse nõuetekohaseks muutmist. Hageja meenutab, et dokumentide puudumist haldusmenetluse ajal ei saa heastada kohtumenetluse käigus (Euroopa Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-51/82 P: Hercules Chemicals vs. komisjon, EKL 1999, lk I-4235, punkt 78), ning väidab, et kõnealused dokumendid tuleb jätta arvestamata.

36 Komisjon palub selle taotluse rahuldamata jätta.

B — *Esimese Astme Kohtu hinnang*

37 Kõigepealt tuleb sedastada, et komisjon esitas need tõendid, mida hageja palub Esimese Astme Kohtul jätta arvestamata, kodukorra artikli 46 alusel esitatud kostja vastuse lisas. Hageja ei märgi, miks nende tõendite esitamine komisjoni poolt on vastuolus kodukorraga.

38 Seejärel tuleb sedastada, et ei ole selge, miks hageja palub need tõendid arvestamata jätta ja mis on tema taotluse eesmärk.

39 Esiteks, kuigi hageja väidab, et esitatud dokumendid kujutavad endast otsuse tagantjärele nõuetekohaseks muutmist, ei väida ta siiski, et need dokumendid saadi või koostati pärast otsuse vastuvõtmist; ta märgib seevastu, et neil oli keskne roll haldusmenetluses, kuna komisjon olevat neile tuginenud otsuse põhjendamiseks. Isegi kui see asjaolu osutuks tõeseks, ei saa selle põhjal mingil juhul nimetatud

dokumente arvestamata jätta. Lisaks, kuigi hageja heidab komisjonile ette soovi muuta tema otsus tagantjärele nõuetekohaseks, ei viita ta siiski vähemalt käesoleva taotluse toetuseks sellele, et on rikutud põhimõtet, et põhjendus peab sisalduma otsuse põhiosas ja seda ei saa esimest korda selgitada alles Esimese Astme Kohtus (Esimese Astme Kohtu 15. septembri 1998. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94: *European Night Services jt vs. komisjon*, EKL 1998, lk II-3141, punkt 95). Igal juhul karistatakse võimalikku ebapiisavat põhjendust vaidlustatud akti tühistamisega, mitte aga dokumentide arvestamata jätmisega. Seda, kas otsust on õiguslikult piisavalt põhjendatud, selgitatakse hageja esitatud teiste väidete raames.

40 Teiseks mainib hageja küll, et komisjonil ei ole mingit kohustust avaldada koondumiste kontrolli käsitleva haldusmenetluse ajal kolmandatele isikutele kõiki toimikus sisalduvaid andmeid, ent väidab seejärel, et nende dokumentide avaldamata jätmist haldusmenetluse käigus ei saa heastada kohtumenetluse ajal. Ilma et oleks vaja uurida, millise ulatusega on koondumismenetluses kolmandate isikute kaitseõigus või õigus tutvuda toimikuga, piisab märkimisest, et hageja rõhutab otse, et ta ei soovi esitada uut väidet oluliste menetlusnormide rikkumise kohta. Seega ei saa taotlust rahuldada osas, kus see tugineb sellele põhjendusele. Igal juhul võidakse kaitseõiguse rikkumist karistada üksnes siis, kui tõendatakse, et dokumentide avaldamata jätmine võis hagejat kahjustades mõjutada asjaomase otsuse sisu; sellist järeldust ei saa aga ilma nende dokumentide uurimiseta teha.

41 Kolmandaks väidab hageja, et dokumentides on ebatäielikud ja eksitavad andmed ja et kui ta oleks nendega haldusmenetluse ajal saanud tutvuda, oleks ta saanud tõendada nende põhilisi puudusi ning otsus oleks seega olnud erinev. Kuigi see asjaolu võib tähendada, et komisjoni esitatud tõendeid tuleb hinnata ettevaatusega, ei saa see seevastu viia hageja taotluse rahuldamiseni. Vastupidi, see meede võtaks

hagejalt võimaluse tõendada ilmset kaalutusviga käsitleva väite raames, et vaidlus-
alused dokumendid ei ole väidetavalt usutavad või asjakohased.

42 Lõpuks tuleb samadel põhjustel tagasi lükata ka hageja teise võimalusena esitatud
taotlus, et Esimese Astme Kohus tunnistaks need dokumendid mitteveenvaks või
asjakohatuks. Igal juhul kujutab see taotlus põhiküsimust, mida hagi erinevate
väidete ja argumentide raames uuritakse.

43 Eelnevatest märkustest ilmneb, et hageja taotlus jätta arvestamata komisjoni poolt
kostja vastuse toetuseks esitatud tõendid või kuulutada need asjakohatuks, tuleb
tagasi lükata.

II — *Esimene väide, mis käsitleb eelneva kollektiivse turgu valitseva seisundi
tugevnemist salvestatud muusika turul*

44 Esimene väide koosneb kahest osast, esimene puudutab komisjoni ekslikku väidet, et
enne kavandatud koondumist ei esinenud salvestatud muusika turul kollektiivset
turgu valitsevat seisundit; teine osa puudutab eksimust, mis tuleneb sellest, et ei
tuvastatud, et kavandatud koondumine tugevdab seda eelnevat kollektiivset turgu
valitsevat seisundit.

A — *Hageja argumendid*

1. Esimene osa

- 45 Kõigepealt märgib hageja, et nii vastuväiteteatises kui ka otsuses on suur kogus tõendeid sellest, et salvestatud muusika turul oli enne koondumist kollektiivne turgu valitsev seisund, mis vastas kohtupraktikas esitatud nõuetele (Esimese Astme Kohtu 6. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas T-342/99: *Airtours vs. komisjon*, EKL 2002, lk II-2585).
- 46 Esiteks toob hageja sellega seoses välja, et peamisi äriühinguid kirjeldatakse nii, et nad vastavad kõigile turgu valitsevas seisundis oleva kontserni tingimustele: suured turuosad, oluline rahaline võimsus (otsuse põhjendus 53), kõrgete hindade hoidmine (otsuse põhjendus 56), oligopoolne struktuur (otsuse põhjendus 148) ja seega üksteisest sõltumine.
- 47 Teiseks rõhutab ta, et komisjon sedastas, et turg vastas kõigile vaikiva kokkuleppe tingimustele ning kergendas selle kooskõlastamise järelvalvet (vastuväiteteatise punktid 93–116), ning uuris kümnet vaikiva kokkuleppe tegurit (vt lisa A.15), mis pärast vastuväiteteatise koostamist ei muutunud. Toode oli oma kujus homogeenne ning tarbija ostis erinevate artistide ja erinevate žanride plaate, luues seega „asendatavuse ruumi” (otsuse põhjendus 110). Turg soosis tugevalt kooskõlastamist ja see kooskõlastamine ka toimus (otsuse põhjendus 112). Esines stabiilne kliendibaas (otsuse põhjendus 112) ning koondumise pooled kontrollisid levitamise turgu (otsuse põhjendus 113).

48 Kolmandaks vihjab hind kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolule. Tegelike netohindade vahel esines paralleelsus (vastuväiteteatise punktid 76–80 ja otsuse põhjendused 75, 82, 89, 96 ja 103). Avalikud jaemüügihinnad (edaspidi „PPV”) olid teada ning viitehindade hulk piiratud (otsuse põhjendused 111 ja 112). Jaemüügi netohinnad olid tihedalt seotud PPV-dega (otsuse põhjendused 77, 84, 91, 98 ja 105). PPV-d ja tegelikud netohinnad olid tihedalt seotud ja läbipaistvad ning allahindlused ei mõjutanud keskmiste tegelike netohindade läbipaistvust (vastuväiteteatise punktid 88, 90 ja 92 ning otsuse 45., 49., 52., 55. ja 57. joonealune märkus).

49 Neljandaks sedastas komisjon potentsiaalselt tõhusate hoiatusmehhanismide olemasolu (vastuväiteteatise punktid 128–132 ja otsuse põhjendus 118) ning asjaolu, et peamised äriühingud ei ole tõhusale konkurentsile allutatud.

50 Hageja väidab, et komisjoni põhjendused, mis tulenevad albumite sisu heterogeensusest, hindade läbipaistvuse ebapiisavusest, kuna esinesid allahindluskampaaniad, ning vähimagi surveavaldamise kohta tõendite puudumisest, ei võimalda veel tagasi lükata järeldust, et esines kollektiivne turgu valitsev seisund ja et komisjon on oma analüüsi puudulikult põhjendanud, teinud ilmse kaalutlusvea ning rikkunud õigusnormi.

a) Põhjendamiskohustuse rikkumine

51 Otsus rikub hageja arvates EÜ artiklit 253, kuna seal ei ole esitatud faktilisi ja õiguslikke asjaolusid, millele tuginedes institutsioon need vastu võttis, nii et Euroopa Kohus saaks teostada oma kontrolli ning et nii liikmesriigid kui ka huvitatud isikud teaksid, millistes tingimustes ühenduse institutsioonid asutamislepingut kohaldasid (Euroopa Kohtu 26. märtsi 1987. aasta otsus kohtuasjas 45/86: komisjon vs. nõukogu, EKL 1987, lk 1493).

Toote homogeensus

- 52 Esiteks heidab hageja toote homogeensususe osas komisjonile ette, et viimane ei märkinud põhjust, miks sisu heterogeensusust käsitlev tegur oli ülimuslik selle teguri üle, mis puudutas „asendatavuse ruumi” ja mille kohaselt suurem osa tarbijatest ostab erinevate artistide ja žanride muusikat, või teguri üle, mis käsitles hinna ja läbipaistvuse osas homogeenset formaati. Komisjon ei märkinud ka, miks üldine kinnitus, et hinnad sõltuvad „albumi edust”, kõigutab järeldust albumite hindade suure standardiseerituse kohta. Otsuse põhjenduses 110 on selle kohta vastandlikud järeldused.

Läbipaistvus

- 53 Teiseks väidab hageja seoses läbipaistvusega, et komisjoni kinnitused ja argumendid allahindluste kohta, millega lükatakse tagasi kõik läbipaistvust puudutavad tõendid, ei ole piisavalt põhjendatud.
- 54 Nii väidab komisjon, et suurtes riikides tasandavad allahindluskampaaniad PPV-dest tuleneva hindade läbipaistvuse, selgitamata siiski nende ülesannet ega tähendust hinnasüsteemis.
- 55 Ka ei ole väikeste riikidega seoses selgelt esitatud põhjused, miks komisjon omistas nii palju tähtsust allahindluskampaaniatele ja mitte tavalistele allahindlustele, kuigi vastuväiteteatise punktis 150 märkis ta, et „nii nagu ka suurtel territooriumidel, nii on kõigis riikides kõige olulisemad allahindlused tavalised allahindlused”. Lisaks ei

ole täpset kirjeldust sellest, mis on tavalised allahindlused. Väikestes riikides läbipaistvuse hindamise raames kasutas komisjon vaheldumisi ilma täpsustusteta tavaliste allahindluste ja allahindluskampaaniate võrdlust, nii et ei ole kerge kindlaks määrata, kas hinnang uuris allahindluskampaaniaid või tavalisi allahindlusi.

- 56 Lisaks väidab hageja, et otsuses viidatakse ainult tõenditele Sony ja BMG allahindluste kohta ning need tõendid ei hõlma teisi peamisi äriühinguid (otsuse põhjendus 71 ja 43. joonealune märkus). Seega on põhjendus ebatäielik.

Hoiatusmeetmed

- 57 Kolmandaks ei selgita komisjon hoiatusmeetmetega seoses, miks tõhusate hoiatusmeetmete olemasolu käsitlevaid tõendeid lükkab ümber asjaolu — isegi kui see osutuks tõeks —, et komisjon ei saanud tõendada, et survemeetmeid oleks kunagi kasutatud.

Vastukaal

- 58 Lõpuks, neljandaks, ei ole otsuses, erinevalt vastuväiteteatisest, mingit hinnangut vastukaalu olemasolust turul ega selgitust selle hinnangu puudumise kohta; see aga kujutab endast täielikku põhjenduste puudumist.

b) Ilmne kaalutusviga

- 59 Hageja meenutab kohtupraktikat, mille kohaselt teeb komisjon ilmse kaalutusvea, kui vastandlike argumentide kaalumisel annab ta ühele neist liiga palju kaalu (Esimese Astme Kohtu 10. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-111/00: *British American Tobacco International (Investments) vs. komisjon*, EKL 2001, lk II-2997, punkt 58) või kui otsuse toetuseks esitatud põhjendused seda otsust tegelikult ei toeta. Samuti, kui teatud tõendid või asjaolud komisjoni hinnangut ei toeta, tuleb lugeda, et seda hinnangut ei tehtud sobival ning mõistlikul viisil (Euroopa Kohtu 22. oktoobri 1991. aasta otsus kohtuasjas C-16/90: *Nölle*, EKL 1991, lk I-5163). Kollektiivse turgu valitseva seisundi puudumist käsitlevat väidet ei kinnita asjakohased faktid, põhjendused või tõendid ning komisjon on rikkunud oma kohustust hinnata kõiki asjakohaseid tegureid.
- 60 Hageja väidab, et otsuses on ilmsed kaalutusvead toote homogeensuse, läbipaistvuse, hoiatusmeetmete olemasolu ja vastukaalu kindlaksmääramises ning ühise poliitika analüüsis.

Toote homogeensus

- 61 Komisjon tegi kaalutusvea, kui ta leidis, et sisu heterogeensus oli ülimuslik formaadi homogeensuse üle, nõustudes samas selle teesiga, et tarbija ostab erinevate artistide ja stiilide muusikat ning seega esineb „asendatavuse ruum”. Igal juhul on toote heterogeensuse parameeter asjakohane üksnes siis, kui hinnad oleks kindlaks määratud konkreetsete albumite kaupa, mitte aga nagu käesolevas asjas paari viitehinna alusel (otsuse põhjendused 110 ja 111). Komisjoni loogika alusel ei saaks

intellektuaalomandiga seotud tööstusharudes kunagi esineda kollektiivset turgu valitsevat seisundit, kuna seal ei saa kunagi esineda sisu täielikku homogeensust.

Läbipaistvus

— Üldised argumendid

⁶² Hageja väidab, et esitatud tõendid näitavad, et peamiste äriühingute hinnad on kindlasti piisavalt läbipaistvad, et nad saaks oma hindu kooskõlastada. Komisjon ei esitanud mingeid tõendeid selle analüüsi kahtluse alla seadmiseks, vaid piirdus üksnes allahindluste väidetavast erinevusest tehtud järeldusega, et läbipaistvust sai kõrvaldada või vähendada nii, et hindade kooskõlastamine ei ole enam võimalik.

⁶³ Kaalutusviga tuleneb ka komisjoni enda järeldustest, mille kohaselt:

— peamiste äriühingute keskmiste netohindade vahel oli paralleelsus ning need hinnad arenesid sarnaselt (otsuse põhjendused 75, 82, 89, 96 ja 103).

— PPV-sid sai kasutada kui ühtlustamise fookuspunkti (otsuse põhjendused 76, 83, 90, 97 ja 104).

- PPV-d ja keskmised netohinnad liikusid paralleelselt (otsuse põhjendused 77, 84, 91, 98 ja 105).

⁶⁴ Hageja märgib, et PPV-d on läbipaistvad, jaemüügihinnad on teada, keskmised netohinnad liiguvad paralleelselt PPV-dega ja turustajate kasumimarginaalid on piisavalt täpselt teada. Sellest tuleneb, et jaemüüjatele mõeldud netohinnad (st PPV-d, millest on lahutatud soodustused) on soodustustele vaatamata läbipaistvad. See tuleneb nii vastuväiteteatisest (punktid 81–92) ja otsuse põhjendusest 77, mille kohaselt, „kui [p]eamised äriühingud oleksid allahindlusi tehes oluliselt kõrvale kaldunud hindade alal kokkulepitud poliitikast, siis oleks see erinevus ilmnenu netohindades”.

⁶⁵ Hageja väidab, et komisjon tegi ilmse kaalutusvea allahindlustele ja eeskätt allahindluskampaaniatele liialdatud tähtsust omistades, kuna:

- komisjon ei tuginenud Sony ja BMG esitatud andmetele allahindluste kohta, vaid pigem kõigi peamiste äriühingute PPV ja netohindade paralleelsusele (otsuse 43. joonealune märkus);

- jaemüüjate esitatud andmete kohaselt olid allahindlused läbipaistvad; 26-st komisjoni küsitletud jaemüüjast kinnitasid 20, et peamised äriühingud olid teadlikud teiste äriühingute allahindlustest. See puudutas eeskätt tavalisi allahindlusi, mis on kõige olulisemad, sest nende kohta toimuvad läbirääkimised igal aastal;

- Sony ja BMG koostasid iganädalasi ettekandeid jaeturu vaatlustest, kus oli andmeid ka nende konkurentide kohta (otsuse põhjendus 113);

- kompileeritud toodete osas olid peamistel äriühingutel ühised turustus- ja partnerluskokkulepped, mille käigus avaldati tavalised allahindlused;

- suurte plaaditootjate vahel toimus oluline juhtkonna vahetus;

- iganädalased müügiedetabelid esitasid müügiandmeid iga plaadi kohta, mis võimaldas kergelt määratleda need plaadid, mis saavad hittideks ning tekitavad suurema osa müügitulust (otsuse põhjendus 73);

- Office of Fair Trading’u (Ühendkuningriigi konkurentsiamet) ettekande kohaselt olid andmed konkurentide kohta salvestatud muusika turul kergemini kättesaadavad kui üheski teises tööstusharus (hagi lisa A.16).

⁶⁶ Hageja märgib, et nende andmete põhjal järeldas komisjon vastuväiteteatise punktis 81, et „allahindlused [olid] enamasti stabiilsed ja neid ei [kasutatud] hinnapoliitika tõhusaks muutmiseks”. Faktid ei ole vahepeal muutunud.

- 67 Igal juhul ei kasutatud allahindluskampaaniaid üldiselt müügiedetabelites olevate plaatide kohta, millest tuleb ligi 80% sissetulekust, vaid üksnes selleks, et kutsuda tarbijaid üles ostma salvestiste kataloogist (*back catalogue*) (hagi lisa A.17), seega on nendel kampaaniatel vähe mõju komisjoni uuritud valikule (otsuse põhjendused 70 ja 71). Lisaks käsitlevad komisjoni uuritud allahindluskampaaniate andmed üksnes Sony ja BMG kampaaniaid ja järelikult on nende asjakohasus väike.
- 68 Peamiste äriühingute hinnastruktuuri osa, mida läbipaistvuse puudumine võib mõjutada, oli väike, nagu tuleneb ka hagi lisatud raportist Euroopa hinna- ja allahindlussüsteemi kohta (lisa A.17).
- 69 Hageja väidab, et komisjonil oli piisavalt dokumente, mille taustal oma analüüsi testida, kuid ta ei teinud seda, eeskätt seoses jaemüüjaid puudutavate tõenditega. Kuna komisjon ei hinnanud õigesti fakte ning omistas liialdatud tähtsuse allahindlustele, eriti allahindluskampaaniatele, siis on komisjon teinud ilmse kaalutusvea.

— Üldised märkused uute tõendite kohta

- 70 Komisjoni kostja vastuse lisas esitatud uute andmete põhjal järeldab hageja, et oma hinnangus selle kohta, et turg ei ole läbipaistev, näis komisjon olevat tuginenud klientide, üksikisikute ja erinevate ajahetkede vaheliste allahindluste erinevuste keerukusele. Nende üksikute ja mõnikord arvestatavate erinevuste olemasolu ei välista võimalust, et hindade kindlaksmääramist reguleerib piiratud arv teadaolevaid struktuure ning eeskirju, mis muudab keskmise hinna ettearvatavaks ja millest oluline ning süstemaatiline kõrvalekaldumine oleks ilmne.

- 71 Need eeskirjad ei võimalda võib-olla ette ära arvata iga üksiku uue plaadi eest igale üksikule jaemüüjale esitatud arvet igal ajahetkel, kuid sellegipoolest võib selle abil piisava kindlusega teada teatud grupist PPV-st tulenevaid netohindasid ja kindlaks määrata, kas konkurendid neid eeskirju järgisid või mitte. Seega loovad need eeskirjad vajaliku läbipaistvuse kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasoluks. PPV-de ja keskmiste netohindade paralleelsest liikumisest tulenev tegevuse kooskõlastamine võib seega ilmnedagi lihtsalt ühiselt teada olevate ning hästi arusaadavate struktuuride ja eeskirjade põhjal, mida saab kontrollida, mitte aga iga üksiku hindu puudutava otsuse täiusliku ning täieliku tundmise põhjal.
- 72 Komisjon ei uurinud, kas keskmiste (bruto- ja neto-) hindade paralleelsus võis tuleneda selliste reeglite alusel toimunud tegevusest, vaid järeldas pigem, et vastus sellele küsimusele on eitav, kuna esinesid üksikud erinevused, uurimata seda, kas need olid statistiliselt olulised ning mõjutasid sisuliselt keskmiste arvutamist.
- 73 Neid eeskirjasid ei kohaldata kõigis olukordades, vaid suurele osale müüjale iga suure plaaditootja igas kategoorias (uued plaadid, uued artistid, „full price”, „mid price”, „budget” jt teegid), millest igale on piiratud arv üldisi müügistrateegiaid, mis reguleerivad suurt osa müügist (müügieadetabelis plaadi asendamine, osalemine allahindluskampaaniates, koha ostmine vaateaknal jne). Need müügistrateegiad võivad, tõsi küll, erinevatel territooriumidel ja erinevate klientide suhtes erineda (kaubahallid, spetsialiseeritud kauplused, iseseisvad kauplused jne), kuid siiski on need piiratud arvuga ja müügi eest vastutavatele isikutele teada. Need eeskirjad või struktuurid on hindade kooskõlastamiseks piisavad, ilma et oleks vaja üksikute uute plaatide neto- ja brutohindade kohta eriteavet, ning need pakuvad lisaks keskkonnas, kus nõudlus üksikute plaatide järele erineb ning albumite edukust ei saa kindlustundega ette teada, vajaliku paindlikkuse üksikolukordadega kohanemiseks, kahjustamata tervikliku hinnastruktuuri.

- 74 Üksikute erinevuste tõttu ei tuleks veel tähelepanuta jätta asjaolu, et kõik netohinnad on tihedalt ühte joondatud brutohindadega ja et olukord on selline, kuna kõik äriühingud järgivad teatud üldisi eeskirju, mis muudab hinnad tervikuna väga ootuspäraseks ning süstemaatilised kõrvalekaldumised ilmseks. Seega esineb läbipaistvus.
- 75 Kostja vastuse lisas esitatud uute tõendite uurimine näitab, et komisjon keskendus üksikutele erinevustele, uurimata kas need olid statistiliselt olulised. Komisjon ei teinud aluseks olevate andmete korrektset statistilist analüüsi ega uurinud hindade või allahindluste skaalade tähtsust ega tavapäraste hinnavahemike sees esinevate erinevuste asjakohasust, samuti ei küsitlenud ta jaemüüjaid, et kontrollida, et hinnasüsteemi üldiste eeskirjade raames esinesid üksikud erinevused. Komisjon järeldas ekslikult, et lihtsalt erinevuste olemasolu välistab võimaluse, et need olid tingitud eraldatud juhtumitest, samas kui valdav osa müügist toimus teadaolevate ning ootuspäraste eeskirjade alusel kindlaks määratud hindadega.
- 76 Lisaks uuris komisjon tõendeid eksliku meetodiga, tegemata vajalikke teste.
- 77 Hageja esitab järgmised üldised märkused komisjoni esitatud uute tõendite kohta:
- suur osa andmeid ei ole kohandatud müügi alusel, et hinnata hindade ning allahindluste skaalade tähtsust. Õigesti koondatud andmete korral — arvestatud on kõigi turul osalejatega ning kohandused tehtud müügi alusel — on erinevused palju väiksemad;

- suurel osal juhtudest ei analüüsita andmeid statistilisest vaatepunktist ning seega ei ole võimalik hinnata, kas erinevate tootekategooriatega seoses on erinevused suured;

- välja arvatud üksikud andmed, mida kasutati vastuväiteteatises, võrdlevad andmed vaid koondumise poolte hindu. Vale on komisjoni argument, et läbipaistvuse vähendamiseks piisab järeldusest, et kahe peamise äriühingu allahindluspraktikad on läbipaistmatud, sest Sony ja BMG sooritused turul on väga erinevad ja kuna erinevate soorituste tõttu paljude uute plaatide läbilõikes kõikus hindade ja allahindluste vahemik ka ühtse hinna süsteemis. Lisaks olid koondumise pooled ajalooliselt kaks kõige erinevamat peamist äriühingut, nii et koondumine ei vähenda mitte üksnes turul tegutsevate ettevõtjate arvu, vaid muudaks need ettevõtjad ka sarnasemaks;

- komisjon ei uurinud seda, kas peamistel äriühingutel oli andmeid, mis oleksid vastupidised hindade erisuse ja keerukuse väitele, nt eelarved või muud andmed, milles on selgelt märgitud neto- ja brutohinnad ning allahindlused, ja mille koostamine on konkurentide vahel paralleelne ja ajas stabiilne;

- koondumise poolte juhtide tunnistused ei käsitle võtmeküsimusi — näiteks üldiste hinnaeskirjade olemasolu ja hindade järelevalvet — ning neid ei ole kontrollitud.

78 Ekslik on komisjoni seisukoht, et keskmised netohinnad väljendavad suurt hulka väga erinevaid üksikotsuseid ning et viimaseid peab saama järgida piisava kindlusega tegeliku hinnaalase koostöö võimaldamiseks, kuna piisab sellest, kui iga äriühing saab kontrollida, kas kõigi äriühingute hinnaotsused nende uute plaatide läbilõikes

vastavad teatud hinnaeeskirjadele, et kõigi hinnakõikumised oleks teada ning kokkulepe jääks varjatuks.

- 79 Koondumise poolte esitatud andmetes komisjoni poolt täheldatud erinevused on kõigepealt vähem konkreetsed, kui komisjon arvab, kuid peale selle ei saa neid ka lugeda tõendiks hindade läbipaistmatuses, seda nagu igas intellektuaalomandi valdkonna tööstusharus, kus üksiku plaadi sooritus erineb ning sõltub turustustevõime erinevatest väljunditest, kuid kus koondatud radade seeriad vastavad üldiselt teada olevatele eeskirjadele, on täiesti võimalik selgitada iga erinevust allahindluste ja hindade ulatuses paari üldteada põhimõttega.
- 80 Hageja on üllatunud ka sellest, et komisjon võttis arvesse väga vähe vastuväiteteatises kasutatud tõendeid, millest osad olid kaalutud ning hõlmasid tervet tööstusharu, ja kasutas seevastu Sony ja BMG esitatud andmeid, mis ei olnud samade omadustega. Seega tuleb need erinevused omavahel ühildada enne esialgsete andmete kõrvalejätmist ning ilmneb, et komisjon ei andnud tasakaalustatud hinnangut.

— Erinevate tõendite individuaalne hindamine

- 81 Sony ja BMG juhtide tunnistused lisa B.2 piirduvad erinevatele klientidele tehtud erinevate allahindluste olemasolu kinnitamisega, need ei puuduta aga küsimust, kas neid allahindlusi määratakse suures osas kindlaks üldiste eeskirjade alusel. Kuigi ütlustes rõhutati hindade kindlaksmääramise mehhanismi väga keerukat laadi, siis lükkab allahindluskampaaniate keerukust tõendada sooviv lisa B.14 tegelikult selle keerukuse ümber, kirjeldades selle toimimist ainult ühel leheküljel. Oleks tulnud uurida, kas erinevate hinnakategooriatega olid seotud standardmarginaalid ja kas suurim osa allahindlusi toimus kitsa vahemiku ümber. Näib, et küsimused koostati

nii, et vältida selle avalikustamist, et marginaalid võisid olla üldreeglitena teada ja et seega ei olnud neid vaja regulaarselt uute plaatide kaupa teada, ja et seega ei pidanud suur plaaditootja oma konkurentide hindade kontrollimiseks üksikhindu analüüsima. Ühtlasi ei esitatud neid küsimusi jaemüüjatele, kuigi see oleks võimaldanud vastuseid võrrelda.

82 Mis puudutab lisa B.3, milles näidatakse koondumise poolte hulгимүүgi protsenti nende kümnes kõige kõrgemas PPV-s ajavahemikul 1998–2003 ja mis komisjoni sõnul tõendas edu ettearvamast ja seega iga peamise äriühingu vajadust kontrollida oma konkurentide enam kui 80 albumi PPV-sid, siis toob hageja esile teatud ebakõlad nendes andmetes (erinevused ajavahemike osas) ning väidab, et need näitavad üksnes seda, et koondumise pooled müüsid oma tooteid erinevate PPV-dega. See ei oma aga tähtsust, kuna otsuses märgiti, et PPV-d on enam-vähem läbipaistvad. Lisaks ja vastupidi komisjoni väidetele ilmneb otsuse põhjendusest 111, et „[p]eamised äriühingud peavad üksnes kontrollima piiratud arvu kõige rohkem müüdud albumite viitehindu, et järgida suurt osa müügist”. Need andmed ei ole ka vastuolus komisjoni poolt ärakuulamisel avaldatud kaalutlustega, mille kohaselt suur osa iga peamise äriühingu müügist tulenes väga vähestest PPV-dest. Ei ole vaja jälgida enam kui 80 albumi hinda, sest kuna esinevad üldiselt arusaadavad põhimõtted ning eeskirjad, siis üldise kooskõlastamise järgimise kontrollimiseks piisab vaid paari plaadi osas kontrollimisest, kas eeskirjadest peeti kinni ja kas kõrvalekaldumised on süstemaatilised. Brutomüügi protsendi erinevusest tehtud komisjoni järeldus ei ole seega õigustatud.

83 Lisaks näivad need tabelid rõhutavat ühte tegurit — edu ettearvamast, mis erineb oluliselt otsuse peamistest väidetest, mille kohaselt on esiteks PPV-d läbipaistvad ning kujutavad endast ühtlustamise fookuspunkti (otsuse põhjendused 76, 83, 90, 97 ja 104), teiseks oli teiste peamiste äriühingute hinnaloendite järgimine võimalik (otsuse põhjendused 76, 83, 90, 97 ja 104), ja kolmandaks peavad peamised äriühingud üksnes kontrollima väikest arvu kõige rohkem müüdud albumite

viitehindu, et järgida suurt osa müügist (otsuse põhjendus 111). Lõpuks, isegi kui oleks vaja kontrollida enam kui 80 albumi PPV-d (või koondumise järel 60 albumi oma), ei ole see nii raske, nagu komisjoni väidab.

84 Mis puudutab lisasid B.4 ja B.5 Sony ja BMG poolt viiest suurest liikmesriigist neljas oma kümnele parimale kliendile tehtud kaubaarvete keskmiste diskonteerimiste kohta, siis küsib hageja esiteks, mis ulatuses näitavad kaubaarvete keskmise diskonteerimise erinevused klientide erinevat kohtlemist, mitte aga erinevusi koondumise poolte tootepaketi sooritusel, arvestades, et klientidele tehtud keskmist allahindlust mõjutavad suure plaaditootja uute plaatide jõud ning selle firma tegevuste segunemine (uued plaadid müügiesitabelites, tegevus kaubahallides, teegid, erivaldkondade ning pakkumiste alane tegevus). Seejärel ei tähenda koondumise poolte võimalik klientide erinev kohtlemine seda, et nende hinnaotsused on läbipaistmatud, kuna need erinevused võivad olla süstemaatilised, ootuspärased ja ajalises löikes stabiilsed.

85 Lisa B.5, mis peaks esitama näiteid olukordadest, kus puudub seos või paralleelne liikumine, ei ole asjakohane, kuna seda võib selgitada koondumise poolte tootepaketi soorituste erinevusega ning see näitab ka olulisi sarnasusi (kõige suuremad allahindlused samale kliendile või samal hetkel erinevad allahindlused või aja jooksul stabiilsed erinevused). Üksnes Saksamaa esimese kliendi näide vastab seisukohale, et üks peamistest äriühingutest saab alandada oma tegelikke hindu ilma, et konkurendid sama teeks, kuid üks ainus spetsiifiline erinevus kindlal territooriumil ja ühe kindla kliendi osas ei ole veenev. Lisaks on erinevused liialdatud, kuna tabelid uurivad üksnes Sony ja BMG andmeid ning neid andmeid ei ole kaalutud. See on nii eriti seoses prognoosiva analüüsiga, mida komisjon oleks pidanud läbi viima, sest kuna koondumine ühendas väga erineva sooritusega äriühinguid, siis võis see suurendada sümmeetriat ning homogeensust ja seega salajase kokkuleppe võimalikkust.

- 86 Mis puudutab lisasid B.6 ja B.7, mis esitavad väidetavaid tõendeid viie aasta jooksul koondumise poolte poolt oma kümnele parimale kliendile 20 parima laserplaadi (edaspidi „CD”) pealt tehtud kaubaarvete diskonteerimise erinevust, siis märgib hageja, et need tabelid esitavad vaid vahemikud ning need vahemikud võivad olla ekslikud, kuna need näitavad äärmusi, mitte aga keskmisi ja statistiliselt olulisi kõikumisi nende keskmiste ümber. Suuri diskonteerimise vahemikke võib selgitada mõne harva esineva erandiga, kuigi suur osa allahindlusi toimub samal tasemel. Peale metodoloogiliste puuduste on nendes tabelites ka huvitavad seaduspärasused. Näiteks tabelis B.6 pakuvad riigis A mõlemad koondumise pooled üldiselt suuremaid allahindlusi hulгимүүjatele kui kaubahallidele ja üldistele jaemүүjatele, ning kostja vastuse lisa B.7 näitab hämmastavalt kooskõlastatud seost allahindluste skaalade vahel.
- 87 Mis puudutab lisasid B.8 ja B.9, mis komisjoni sõnul näitavad, et koondumise pooltel ei olnud ühist allahindluspraktikat, et nende praktika muutus ajapikku ja et 2003. aastal ei olnud nende vastavate allahindluste jagunemine väga sarnane, siis rõhutab hageja, et allahindluste skaalade erinevused ajas ja koondumise poolte vahel võivad tuleneda soorituste erinevusest ja et see ei tähenda sugugi, et allahindlused ei tulene teatud hulgast teada olevatest eeskirjadest. Lisaks viitavad lisa B.8 esitatud andmed pigem vastassuunas kui see, mida komisjon märkis (suhteliselt stabiilne ja sarnane või sarnanev allahindluste struktuur, kõrge vastavuse näitaja).
- 88 Hageja leiab, et allahindluste struktuurid ei erine ajas nii palju, nagu komisjoni analüüs väidab. Lisas D.3 esitatud arvandmed näitavad koondumise kummagi poole konkreetse aasta allahindluste struktuuri vastavuse koefitsienti ja eelneva aasta allahindluste struktuuri. Isegi kui erinevad tegevused mõjutavad allahindlusi, näitavad kõrged vastavuse koefitsiendid, et allahindluste struktuurid on aja jooksul suhteliselt stabiilsed ja loovad seega läbipaistva PPV põhjal arvestatavalt ootuspärased netohinnad.

- 89 Lisaks võib neid erinevusi rõhutada andmete esitamine väga kitsastes tulpades koos eriliste piirangutega (näiteks kui allahindlus läheb pisut alla 15%-lt üle pisut üle 15%-le, muutub tulp, ilma olulise muutuseta). Lõpuks rõhutab hageja, et kui sooritus oleks põhinenud 20 kõige rohkem müüdud plaadi edul, oleks sellel vägagi konkureerival turul märgata hinnamuutust. Kuna olukord ei ole selline, tuleb ta sellest, et allahindlused ei olnud tegelikult tugevalt konkureeriv asjaolu või läbipaistmatuse allikas.
- 90 Mis puudutab lisa B.10, mis näitab Sony ja BMG 2003. aasta viie parima kliendi hindade jaotust, siis leiab hageja, et selle põhjal tehtud komisjoni järeldus, mille kohaselt erinevad kliendid ostavad peamiselt äriühingult väga erinevaid koguseid erinevates netohinna skaalades, ei ole asjakohane, kuna hindade läbipaistvus ning ettearvamatus ei nõua seda, et kahe plaaditootja klientide ostutendentsid oleks samased või sarnased. Kuna müügieesmärkide saavutamiseks vajaliku allahindluse taseme määravad tegurid on toodete valik ning edetabeli tipus olevate uute plaatide sooritus, siis on keeruline näha, kuidas komisjon järeldas, et kahe peamise äriühingu üldises netohindade jaotuses oli erinevus.
- 91 Lisaks, kuigi need andmed käsitlevad vaid Sony ja BMG-d, on need siiski asjakohasemad, kuna nad on kaalutud. Üksikasjalikum jaotuse uurimine riikide lõikes näitab olulisi sarnasusi, mis on esitatud diagrammi vormis lisas D.4.
- 92 Komisjoni järeldus, et lisa B.10 näitab koondumise kahe poole vahel eristamist, ei ole ka kooskõlas otsuse põhjendustes 74 ja 75 antud hinnanguga, mille kohaselt Sony ja BMG keskmised netohinnad olid suhteliselt sarnased, mis omakorda võimalikkusi kaaludes näitab, et kasutati hindade kehtestamise eeskirju, mis tagavad, et suur osa hindu koondub paari viitehinna ümber. Need tõendid ei näita sugugi, et hindade keeruline kindlaksmääramine muudab need hinnad läbipaistmatuks, vaid vastupidi

hoopis seda, et hinnad on ootuspärased ja sarnased, vaatamata üksikute hindade kindlaksmääramise otsuste ilmsele keerukusele.

- 93 Hageja leiab, et lisa B.11, mis näitab Sony kõige rohkem kasutatud PPV-de gruppides keskmisi kvartalihindu iga albumi kohta, ei näita sugugi läbipaistmatust, kuna tabelis on probleemid seoses vahemikega, st seal näidatakse üksnes äärmusi, analüüsimate kaalutud keskmisi ning erinevusi keskmiste suhtes. Lisaks ei ole see lisa asjakohane, kuna see käsitleb vaid Sony ning see ei ole võrdlev.
- 94 Samuti on asjakohatu järgmine lisa (B.12), kuna see ei ole võrdlev ning sellega soovitakse näidata üksnes seda, et BMG pakub jaemüüjatele erinevaid allahindluse tasemeid.
- 95 Hageja heidab komisjonile ette ka seda, et ta ei näidanud, kas allahindluskampaaniate tasemete erinevusi saab selgitada paari lihtsa põhimõttega. See on üllatav, kuna komisjoni poolt kostja vastuse lisas B.14 esitatud põhimõtted viitavad allahindluskampaaniate eeskirjade olemasolule ja lihtsusele, st:

— allahindluskampaaniad erinevad, sõltuvalt tellimuse suuruselt (välja arvatud Prantsusmaa erijuhtum);

- allahindluskampaniad erinevad, sõltuvalt tarbija liigist (näiteks Saksamaal saavad hulgimüüjad ja muusikaklubid üldiselt suuremaid allahindlusi);

- allahindluskampaniad erinevad, sõltuvalt albumi või uue plaadi liigist (näiteks sõltuvalt artisti populaarsusest, silmas peetud kuulajaskonnast);

- allahindluskampaniad keskenduvad nendele klientidele, kes müüvad teatud žanri, või sõltuvad jaemüüja laadist või tema klientide demograafilisest laadist;

- allahindluskampaniad erinevad, sõltuvalt kampania laadist (näiteks ainult üks album või terve kogus albumeid, tavaliselt üks teek);

- allahindluskampaniad erinevad, sõltuvalt sellest, millisel tasemel turustamiskulusid on jaemüüja nõus vastu pakkuma.

⁹⁶ Hageja leiab, et kui need eeskirjad on üldteada, siis ei tohiks olla raske mõistliku täpsusega ette arvata, millise tasemega allahindlust võib konkreetne klient mõnelt peamiselt äriühingult konkreetse kampania raames kindla albumi suhtes oodata, ja seega kindlaks määrata, kas tegelikud allahindlused on nende eeskirjadega kooskõlas. Näib aga, et komisjon seda küsimust ei uurinud.

- 97 Lisaks esitab lisa B.13 andmeid üksnes ühe aasta kohta ja seega ei saa see olla määrav, kuna selle alusel ei saa hinnata, kas allahindluste tasemed on stabiilsed ja seega ootuspärased.
- 98 Mis puudutab lisa B.15, milles on esitatud teatud koondumise poolte esitatud järelevalve ettekanded, siis märgib hageja, et need tõendid ei näita, et oleks puudunud hindade kehtestamise mehhanism, mis seisnes üldistes eeskirjades ja suunas, kuidas hindasid kindlaks määratakse. Seega ei oleks komisjon pidanud keskendumas sellele, kas toimus konkreetne järelevalve üksikute allahindluste üle, vaid pigem küsimusele, kas selline järelevalve oli vajalik, kuna hindade kehtestamise süsteemi erinevused on erandid suurele osale müügist kohalduvatest viitehindadest.
- 99 Mis puudutab lisa B.17, milles on esitatud majanduskonsultatsiooni pakkuva äriühingu RBB Economics'i uurimus (edaspidi „RBB uurimus“), mille kohaselt plaaditootja ei suuda hulgihindu tuletada konkurentide toodete jaehindadest, siis väidab hageja, et see uurimus keskendub peamiselt üksikute uute plaatide hindadele, mitte aga küsimusele, kas mõistliku ajavahemiku jooksul avaldatud suure osa uute plaatide PPV-de ja hulgi müügi netohindade vahel on süstemaatiline seos. Erinevatel jaemüüjatel võivad küll olla erinevad strateegiad oma müügihindade kindlaksmääramiseks, kuid oleks üllatav, kui mõistliku aja jooksul ei oleks selget ja süstemaatilist seost kindlale jaemüüjale müüdud konkreetse kategooria uute plaatide keskmiste netohindade ning piisavalt laias albumite skaalas nende tegelike hulgihindade vahel. Asjaolu, et puudub automaatselt hulgihindadele kohaldatav üks ja ühetaoline marginaal, ei tähenda, et jaemüügihinnad ja hulgi müügihinnad on nii erinevad, et hindade kindlaksmääramise üldiste põhimõtete järgimise kontrollimine oleks võimatu. Esineb üldine marginaalitse erinevatele tootekategooriatele (*top price, super top price, mid price, developing artists, budget* jne).

100 Hageja märgib, et uurimuses hoidutakse hindade kehtestamise süsteemi eeskirja igasugusest uurimisest, ning kahtleb, kas komisjon seda uurimust üldse jaemüüjate või kolmandate isikutega kontrollis või kas ta küsis liidetud andmeid hindadest ja allahindlustest, mis peaks olema iga suure plaaditootja eelarves. Ka ei võrreldud seda teiste juba kogutud andmetega. Selline hinnang oleks näidanud, et vastupidi uurimuses esitatud väidetele:

- esines süstemaatiline side tootekategooriate vahel, kui neid tooteid õigesti määratleda, et väljendada nende sooritust, küpsust ja tähtsust klientidele;

- ekslik on väide, et jaemüüjad ei kohalda standardmarginaali hulgihindadele, kuna see tahtlikult jätab arvestamata peamiste äriühingute puhul teada olevate ning ühtsete tootekategooriate ja müügikampaaniate olemasolu. Uurimus jätab arvestamata vajadusega selgitada, miks allahindluste ühendatud tasemed keskenduvad piiratud arvu hinna- ja allahindlustasemetele ümber. Erinevused marginaalides väljendavad üksnes eeskirjade kohandamist sõltuvalt nõudlusest;

- üldisemalt ei võtnud komisjon arvesse asjaolu, et ta uuris intellektuaalomandi sektori tööstusharu salvestatud muusika turul. Üksikute uute plaatide areng läbi erinevate teadaolevate ja arusaadavate hinna- ja allahindluskategooriate oma eluea jooksul ei tähenda tingimata seda, et ei esinenud läbipaistvust või koguni kooskõlastamist.

Hoiatusmeetmed

- 101 Hageja väidab, et komisjon ei uurinud üksikasjalikult kõiki võimalikke survemeetmeid, vaid üksnes kompileeritud toodete koostöökokkulepetega seotud meetmeid. Seega, kui peamine äriühing kavatses kehtestada jaemüüjate suhtes allahindluspoliitika, võisid teised äriühingud seda suurt plaaditootjat karistada, ärgitades jaemüüjaid keelduma kõige madalama hinna poliitikast, pakkudes neile suuremaid allahindlusi ja koostööreклаami. Teine hoiatusmeede on piirata „kõrvalekalduva” plaaditootja madalama hinnaga toodete või ühepoolseid uuendusi sisaldavate toodete juurdepääsu edetabelitesse. Siseriiklikesse edetabelitesse juurdepääsu tingimused määratakse üldiselt komiteede poolt, kuhu kuuluvad kõik plaaditootjad, mõnikord ka jaemüüjad, ning need tingimused käsitlevad enamasti formaate ning miinimumhindu.
- 102 Hageja leiab, et komisjon tegi ilmse kaalutusvea, kuna ta sedastas küll, et esinevad usutavad hoiatusmehhanismid, kuid järeldas siiski, et need mehhanismid puuduvad, sest ta ei olnud leidnud tõendeid nende kasutamise kohta. Kõige tõhusam hoiatusmeede on aga see, mida ei tule kasutada.

Vastukaal

- 103 Hageja väidab, et komisjoni analüüs on ebatäielik, kuna otsuses ei uurita vastukaalu turul. Ta rõhutab muuseas, et vastuväiteteatises sedastas komisjon, et ei sõltumatud ettevõtjad ega ka jaemüüjad ei kehtestanud tõhusaid konkurentsist tulenevaid piiranguid peamistele äriühingutele.

Tegeliku analüüsi puudumine ühise poliitika kohta

- 104 Komisjon keskendus oma konkurentsianalüüsis hinnakonkurentsile ning jättis täiesti arvestamata mitu muud küsimust, kuigi vastavalt teatisele horisontaalsete ühinemiste kohta (ELT 2004, C 31, lk 5) võib kooskõlastamine toimuda erinevates vormides.
- 105 Seega oleks komisjon pidanud uurima, kas peamistel äriühingutel oli kasulikum jõuliselt konkureerida turuosade nimel või hoopis kasutada ühist poliitikat. Asjaolu, et peamiste äriühingute turuosad on suhteliselt stabiilsed ja et muutused on tingitud peamiselt sõltumatute ettevõtjate omandamisest või nende omavahelisest ühinemisest, tähendab tegeliku hinnakonkurentsi puudumist või ühist poliitikat, mis seisnes peamiselt selles, et oligopoolsel turul ei tegutseta konkureerivalt (Euroopa Kohtu 17. novembri 1987. aasta otsus liidetud kohtuasjades 142/84 ja 156/84: BAT ja Reynolds vs. komisjon, EKL 1987, lk 4487, punkt 43).
- 106 Ka ei uurinud komisjon, kas peamistel äriühingutel olid *on-line*-muusikale või artistide lepingu alusel kasutamisele paralleelsed litsentsipoliitikad. Ta ei uurinud kõiki tõendavaid omadusi, mis on välja toodud vastuväiteteatise punktides 96–116, et salvestatud muusika turg „on eriti vastuvõtlik kooskõlastamisele ja hõlbustab selle kooskõlastamise järelevalvet” (vastuväiteteatise punkt 94). Komisjon esitas siiski kümme tegurit, mis näitavad vaikivat kokkulepet, sh struktuurilised seosed, litsentsi- ja turustamiskokkulepped ning koostöökokkulepped ning kompileeritud tooted (vt hagiavalduse lisas A.15 esitatud loetelu).
- 107 Samuti ei uurinud komisjon, kas koondumine võiks viia selleni, et vähendatakse uute albumite pakkumist või uute plaatide originaalsust või kas koondumine vähendaks muusikavaliku loovust, kvaliteeti ja mitmekesisust (vt komisjoni 7. jaanuari

2004. aasta otsus 2004/422/EÜ, millega kuulutatakse teatavate ettevõtjate koondumine kokkusobivaks ühisturuga ja EMP lepingu toimimisega (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (ELT L 125, lk 54, põhjendus 674) või mõjutaks tarbijate valikut, nagu komisjon mainis vastuväiteteatises, mis tehti juhtumis Time Warner/EMI (COMP/M.1852 - Time Warner/EMI) (ELT C 136, lk 4) (vt punkt 55 seoses sõltumatute äriühingute marginaalseks muutumisega ning mõjuga avalikkusele pakutava muusika valikule ja mitmekesisusele). Analüüs ei võtnud lõpuks arvesse ka EÜ artikli 151 lõiget 4 ega kultuurilist mitmekesisust.

c) Kollektiivset turgu valitsevat seisundit käsitleva õiguse vale kohaldamine

108 Hageja väidab, et komisjon rikkus õigusnormi kolmel korral.

109 Esiteks järeldas komisjon, et hinnad ei olnud läbipaistvad, kuna ta ei olnud kindel, kas esines täielik läbipaistvus, kuigi eespool viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* punkti 62 kohaselt on testiks „turu piisava läbipaistvuse test”, mis võimaldab kõigil oligopoli liikmetel teada „piisava täpsuse ja kiirusega”, kuidas teiste liikmete tegevus turul kujuneb. Käesolevas asjas esines piisav läbipaistvus.

110 Teiseks leidis komisjon, et allahindluste tõttu puudub ühine poliitika, sedastamata samas, et need allahindlused viisid hindade olulise alandamiseni, nii et nende allahindluste raames oli konkurents väga väike. Eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* punkti 60 kohaselt ei tühista veel väike konkurents järeldust kollektiivsest turgu valitsevast seisundist. Ettevõtja peab olema teadlik, „et tema väga konkureeriv tegutsemine, mis peaks tema turuosa suurendama (nt hinna alandamine), tooks kaasa teiste poolt samase tegutsemise”. Eskätt peab

komisjon üksnes tõendama, et „puudub tõhus konkurents valitseva seisundiga oligopoli [...] liikmetest ettevõtjate vahel”, mitte aga igasuguse konkurentsi kaotamist (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 30. septembri 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-191/98 ja T-212/98–T-214/98: *Atlantic Container Line vs. komisjon*, EKL 2003, lk II-3275, punkt 645).

- 111 Kolmandaks rikkus komisjon õigusnormi, tuginedes oma analüüsis sellele, et puudusid varasemad tõendid survemeetmete kohta, kuigi eespool viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* punkti 195 kohaselt ei pidanud komisjon tingimata tõendama kindla ja enam-vähem range „karistusmehhanismi” olemasolu, vaid üksnes tõendama hoiatustegurite olemasolu.

2. Teine osa

- 112 Hageja meenutab, et komisjon peab selleks, et tõendada, et koondumine tugevdab turgu valitsevat seisundit, uurima selle koondumise mõju viiteturgudele prognoosiva analüüsiga (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punktid 58 ja 59). Komisjon ei viinud läbi prognoosivat analüüsi ega uurinud ka turgu valitseva seisundi tugevnemise küsimust, sest tagasiulatuva analüüsi tulemusel järeldas ta ekslikult, et puudus varasem turgu valitsev seisund, mis võiks tugevneda.
- 113 Kuna turgu valitseva seisundi tugevnemist uuriti tagasiulatuva analüüsi alusel, siis on otsust ebapiisavalt põhjendatud esimeses osas märgitud põhjustel, samuti kujutab prognoosiva analüüsi puudumine õigusnormi rikkumist.

B — *Komisjoni argumendid*

114 Komisjon leiab, et hageja esitatud kolm tühistamis põhjust salvestatud muusika turu osas kattuvad suures osas ja et seega on kasulik esiteks esitada ülevaade otsuse põhjendustest ja komisjoni järelduste aluseks olevatest tõenditest, ja seejärel uurida mõningaid hagiavalduses esinevaid ekslikke kirjeldusi otsuse sisu kohta, ning lõpuks analüüsida hageja konkreetseid argumente.

1. Komisjoni otsus ja selle aluseks olevad tõendid

a) Kontekst

115 Mis puudutab salvestatud muusikale kohaldatavat hindade kindlaksmääramise süsteemi, siis märgib komisjon, et iga peamine äriühing ning iga sõltumatu plaaditootja kehtestab regulaarselt erinevate kataloogihindade skaalad oma albumitele, nimetusega „avalikud müügihinnad”. Igal suurel plaaditootjal on tavaliselt enam kui 50 seda tüüpi ja erineva suurusega PPV-d, mida võidakse määrata „tugevatele”, „keskmistele” ja „väikese eelarvega” hinnakategooriatele, ning nad määravad iga nende toodetud albumi kataloogihinna viitega mõnele nendest PPV-dest. Siiski on tegelikult kliendilt (jae- või hulgimüüja) küsitud netohind kataloogihinnast madalam kaubaarvete diskonteerimise (tavalised allahindlused ja allahindluskampaaniad) tõttu, mis võib kliendi, aja või albumi (allahindluskampaaniate korral) lõikes erineda. Iga plaaditootja peab iga oma kliendiga läbirääkimisi iga-aastase tavalise allahindluse üle (tasemed võivad erineda popmuusika, klassikalise muusika või televisioonis reklaamitud albumite osas), mida kohaldatakse asjaomase kliendi kogu müügile. Seevastu kehtestatakse allahindluskampaaniad igal üksikjuhul erinevaks kestuseks üksikutele albumitele või albumigruppidele, mida plaaditootja soovib reklaamida; neid ei pruugita kõigile klientidele teha ning nende suurus ei pruugi tingimata olla sama. Komisjon juhib tähelepanu asjaolule, et tuleb eristada

konkreetses albumi netohinda kindlale kliendile ja kindla suure plaaditootja kõigi teatud aastal müüdud albumite keskmist netohinda, mis vastab arvule, mis saadakse kõigi üksikutele klientidele müüdud üksikute netohindade (võimalikult väga erinevate) summa jagamisel kõigi asjaomase plaaditootja müüdud plaatide arvuga.

- 116 Komisjon tuvastas salvestatud muusika olulise nõudluse languse ning hinnalanguse alates 1999. aastast (otsuse põhjendused 55–59).

b) Viis suurt turgu (Saksamaa, Ühendkuningriik, Prantsusmaa, Itaalia, Hispaania)

- 117 Komisjon uuris esiteks, kas on võimalik tuvastada vaikivaid kokkuleppeid viie suurima liikmesriigi hindade kohta (otsuse põhjendused 69–108). Ta kontrollis, kas hindade vahel esines paralleelsust, uurides peamiste äriühingute keskmiste tegelike netohindade arengut, ja seda, kas võimalikku paralleelsust võiks selgitada koostöö. Selleks uuris komisjon esiteks PPV-sid kui võimalikke keskpunkte, ja uuris seejärel, kas allahindlused olid kooskõlastatud ja piisavalt läbipaistvad, et tõhusalt järgida võimalikku netohindade kooskõlastamist (otsuse põhjendus 73).

Keskmete netohindade ja PPV-de kooskõlastamine

- 118 Komisjon tuvastas viiel suurel turul üksnes ühe tegelike keskmete netohindade sarnase arengu. Igas riigis kõikusid kõigi suurte plaaditootjate tegelikud keskmised netohinnad üksteise suhtes vahemikus 10% või enam. Komisjon leidis, et ilmselgetel põhjustel ei ole selline sarnane areng määrav (otsuse põhjendused 75, 82, 89, 96 ja

103). Esiteks ei ilmnunud mingit paralleelsust tegelike keskmiste netohindade vahel. Teiseks ei piisanud paralleelsest tegevusest ka selleks, et tõendada kooskõlastamist, kui sellise kooskõlastamise mehhanisme ei saa tuvastada. Kolmandaks ei järelanud komisjon käesolevas asjas, et peamiste äriühingute tegelike keskmiste netohindade areng oli teada või võis teada olla teistele peamistele äriühingutele. Keskmised netohinnad väljendasid suurt hulka erinevaid hindade kindlaksmääramise otsuseid (vt näiteks lisa B.10) ja neid otsuseid peab saama piisavalt kindlalt tuvastada, et nad võimaldaksid piisavat netohindade koordineerimist.

119 Komisjon avastas tegelikult mõned asjaolud, mis näitasid, et kataloogihindasid (st PPV-sid) sai kasutada kooskõlastamise aluseks. Kõigis viies liikmesriigis saadi iga suure plaaditootja müügist valdav osa (enam kui 55%, ühes riigis ka 85%), kasutades 5 PPV-d, ja isegi 1–3 PPV-d pooltel juhtudel sajast 2003. aastal kõige rohkem müüdud singlialbumist (välja arvatud Hispaania). Lisaks olid PPV-d suhteliselt läbipaistvad, kuna need esinesid suurte plaaditootjate kataloogides (vaidlustatud otsuse põhjendused 76, 83, 90, 97 ja 104).

120 Siiski leidis komisjon, et netohindade vaikiva kooskõlastamise viitepunktideks ja selle kooskõlastamise järgimise kontrolliks PPV-de kasutamisele oli kaks takistust: esiteks PPV-de lahutamatu keerukuse aste ja teiseks kataloogihindade ja netohindade vaheliste suhete keerukus ja läbipaistmatus.

Keerukus ja PPV

121 Mis puudutab PPV-sid, siis albumid ei ole täiesti homogeensed tooted tänu nende sisu erinevusele (otsuse põhjendus 110). Kuigi „asendatavuse ruum” võimaldab sama

tooteturu hulka lugeda sama žanri albumeid (otsuse põhjendused 9–13 ja 110), siis on albumid siiski erinevad heterogeensed tooted. Seetõttu, kuigi albumite hinna määramine ja turustamine on suhteliselt standardiseeritud hulgimüügi tasemel (hulgihindade kindlaksmääramise standardiseerimiselemendid on järgmised: kolm suurt hinnakategooriat, iga suure plaaditootja standardiseeritud PPV-seeria, asjaolu, et iga-aastaselt igale kliendile kindlaks määratud tavalised allahindlused ja kokkulepitud tagastamistasud müümata plaatidele määratakse üldiselt ära sõltuvalt piiratud arvust parameetritest), on üksikutel albumitel erinev oodatud või tegelik edukus, mis mõjutab ka esialgset PPV määramist albumi väljaandmise hetkel ning selle edasist arengut.

122 Lisaks kohustab edu ettenägematus iga suurt plaaditootjat, kes soovib üksikasjalikult kontrollida seda, kas teised suured plaaditootjad järgivad netohindade kooskõlastamist, jälgima igal aastal oma konkurentide toodetud enam kui 80 albumi PPV-sid igas riigis (või enam kui 60 seda tüüpi albumit aastas pärast koondumist, kuna iga suure plaaditootja 20 kõige rohkem müüdud albumit vastavalt vähemalt 30%-le, ning tihti ka vähemalt 50%-le kogumüügist) (otsuse põhjendus 111). Turust täielikumat kuva sooviv plaaditootja oli silmitsi suureneva jälgimisega, kuna iga plaaditootja iga aasta 100 kõige rohkem müüdud albumit hõlmasid tavaliselt 70–80% tema tervest muusika müügist (otsuse põhjendus 71) ja see põhjalik uuring tähendaks ligi 400 albumi lähedalt jälgimist. Koondumise pooled esitasid tõendeid, et nende 20 parima singlialbumi vastavad PPV kombinatsioonid muutusid tihti väga palju ühest kvartalist teise (vt lisa B.3). Kuigi idanädalased edetabelid võimaldavad sellist jälgimist, tuues esile „hittideks” saavad lood (otsuse põhjendus 112), ei kaota need siiski probleemi.

123 Mis puudutab otsuse järeldust, et „teatud tõendid [näitasid], et PPV-sid võis kasutada suurte plaaditootjate hindade kooskõlastamiseks”, siis rõhutab komisjon, et tegu ei ole määrava järeldusega. Kuigi ta järeldas, et kataloogihindade jälgimine võis olla võimalik, siis näitavad kostja vastuse lisa B.3 esitatud erinevused PPV-de

kasutamises, et selline jälgimine koos katsetega avastada allahindluste valdkonna tavasid kasutab igal juhul suure hulga vahendeid.

Allahindluste kooskõlastamine ja keerukus

¹²⁴ Komisjon tuvastas viies suures liikmesriigis tiheda seose Sony ja BMG keskmiste brutohindade ja tegelike keskmiste netohindade arengu vahel kuueaastaselt perioodil, ning neto-/brutohinna suhe oli väga stabiilne nii aja kui ka kõigi albumite lõikes (otsuse põhjendused 77, 84, 91, 98 ja 105). Siiski tasandab stabiilne seos koondumise kummagi poole kõigi albumite konkreetse riigi keskmiste bruto- ja netohindade (st keskmine allahindlus) vahel paratamatult kaubaarvete diskonteerimiste erinevate liikide (tavalised ja kampaaniad) mõjud, erinevused erinevatele klientidele tehtud kaubaarvete diskonteerimiste vahel (tavalised ja kampaaniad) ning erinevused üksikutele albumitele tehtud kaubaarvete diskonteerimiste vahel (peamiselt kampaaniad). Keskmiste neto- ja brutohindade suhte stabiilsust käsitlevat järeldust tuleb ka täpsustada analüüsi metodoloogiliste piirangutega. Komisjon täpsustab sellega seoses esiteks, et arvesse võeti üksnes Sony ja BMG andmeid, kuna teised peamised äriühingud teatasid, et nemad esitasid arveid vaid netohindadega, ja teiseks, et lahendada probleemi, mis tekib sellest, et konkreetset albumil võib aasta jooksul olla mitu PPV-d, määrasid koondumise pooled igale albumile ühe brutohinna, mis vastas sellele PPV-le, millega albumit kõige rohkem nimetatud aasta jooksul müüdi (seega arvutati iga albumi brutomüük lihtsalt PPV korrutamisel müüdüd albumite arvuga). Iga albumi registreeritud brutohind, mida kasutati iga peamise äriühingu keskmise brutohinna arvutamiseks, on seega ligikaudne arvutus.

¹²⁵ Lisaks ei piisa keskmise brutohinna ja keskmise netohinna stabiilsest suhtest, et tõendada varasema kooskõlastamise või tulevase võimaliku kooskõlastamise olemasolu, kui puudub tõendatav mehhanism, millega peamised äriühingud

kontrollivad selle bruto- ja netohindade seose ilmnamist, lähtudes paljudest üksikutest hindade kindlaksmääramise otsustest. Komisjon ei avastanud piisavaid tõendeid sellise mehhanismi olemasolust.

- 126 Esiteks sedastas komisjon, et Sony ja BMG kaubarvete diskonteerimised (tavalised allahindlused ja allahindluskampaaniad) olid kaugelt kõige suuremad kõigis suurtes liikmesriikides (v.a Prantsusmaa puhul BMG). Koondumise kummagi poole kaubarvete diskonteerimise üldised tasemed erinesid mõnel määral, kui neid esitati vastavuses nende kummagi terve brutomüügiga nende 20 parimale kliendile nimetatud liikmesriikides (nende tasemete vahe oli [*konfidentsiaalne*] protsendipunkti nende vastavast tervest brutomüügist Itaalias, [*konfidentsiaalne*] protsendipunkti nende vastavast tervest brutomüügist Ühendkuningriigis ja Hispaanias, [*konfidentsiaalne*] protsendipunkti nende vastavast tervest brutomüügist Saksamaal ja [*konfidentsiaalne*] protsendipunkti nende vastavast tervest brutomüügist Prantsusmaal).
- 127 Lisaks ei leidnud komisjon tõendeid selle kohta, et kaubarvete diskonteerimised olid koondumise poolte vahel klientide lõikes piisavalt kooskõlas, et saaks järeldada kooskõlastamist ja läbipaistvust. Otsuse põhjendused 79, 86, 93, 100 ja 107 näitasid koondumise mõlema poole kaubarvete diskonteerimiste erinevusi üksikute klientide tasemel, mis oli väljendatud iga kliendi osana brutomüügis. Komisjon sedastas, et koondumise kummagi poole kaubarvete diskonteerimised igale kliendile nende ühise kümne parima kliendi hulgast suurtes liikmesriikides (v.a Prantsusmaa) ajavahemikus 2000–2003 erinesid 2–5% (Ühendkuningriik, Saksamaa, Hispaania) või 1–3% (Itaalia). Ühendkuningriigis, Saksamaal ja Hispaanias erinesid koondumise kummagi poole keskmised iga-aastased allahindlused nende suurtele klientidele mõnel aastal enam kui 5% nende vastavast brutomüügist neile klientidele. Prantsusmaal (otsuse põhjendus 86) erinesid koondumise kummagi poole kaubarvete diskonteerimised igale kliendile nende ühise 15 parima kliendi hulgast veelgi enam, jõudes 10%-ni. Võttes arvesse BMG tagasiulatavate diskonteerimiste ja „lepinguliste allahindluste” suurust Prantsusmaal, uuris komisjon ka koguallahindlusi. Ta tuvastas koondumise poolte vahel 2003. aastal kuni 3%-lise erinevuse selles kliendigrupis ning 5%-lise erinevuse nende hulgast kolme kliendi puhul. Kõigis

suurtes liikmesriikides olid kõikumised tingitud peamiselt allahindluskampaaniatest.

128 Komisjon võttis ka arvesse (otsuse põhjendused 79, 86, 93, 100 ja 107) kõigist suurtest liikmesriikidest tulenevaid andmeid, milles näidati, et koondumise kahe poole allahindlused erinesid kolmel viisil (need järeldused tuginesid lisades B.A-B.14 esitatud andmetele):

- klientide lõikes erinesid allahindlused ajas;

- kindla kliendi puhul erinesid allahindlused erinevate albumite lõikes;

- kindla albumi puhul erinesid allahindlused erinevate klientide lõikes.

129 Kuigi lisa B.4, mis koosnes vastuväiteteatisele lisatud graafikutest koondumise poolte tehtud keskmistest kaubarvete diskonteerimistest igale oma kümnele ühisele parimale jaekliendile (st iga aasta kohta kõik kindlale kliendile tehtud allahindlused, mis on jagatud terve brutomüügiga sellele kliendile) Ühendkuningriigis, Saksamaal, Itaalias ja Hispaanias ajavahemikus 2000–2003, näitas allahindluste üldist stabiilsust ajas (vastuväiteteatise punkt 88), siis väitsid koondumise pooled siiski nende samade graafikute põhjal, et nende kummagi poolt teatud Ühendkuningriigi, Saksamaa ja Hispaania klientide kohtlemises olid olulised erinevused (vt lisa B.5, vastuväiteteatise vastuse punkt 4.21).

130 Mis puudutab hageja märkust, et „[e]i ole sugugi selge, et erinevused kümne kõige suurema kliendi saadud allahindlustes väljendavad erinevat kohtlemist, mitte aga pigem koondumise kummagi poole tootepaketiga seotud tulemusi”, siis märgib komisjon, et kuigi kõigile andmete juurdepääsu saanud kõrvaltaatajale ei ole see tõesti selge, siis on raske ette kujutada, kuidas peamised äriühingud vaikiva kooskõlastamise ja ebatäielike turuandmete korral võisid kõrvaldada tootepaketi ülesehitusest tingitud „sekkumised”, et nad saaksid täpselt aru allahindluste valdkonna aluseks olevast praktikast või poliitikast.

131 Kostja vastuse lisa B.6, kus tuuakse ära koondumise poolte esitatud viie aasta andmeid käsitlevad tõendid, näitab iga viie suure liikmesriigi kohta kohati suures vahemikus esinevaid erinevusi koondumise kummagi poole poolt tehtud kaubarvete diskonteerimistes oma kümnele parimale kliendile 20 parima singlialbumi pealt kindla aasta jooksul, mis vastavad suurele osale nende peamiste äriühingute käibest, nii et PPV-de ja allahindluste tasemel silmnähtav ja võrdne kohtlemine kujutas endast ühte olulisimat asjaolu võimalikus netohindade kooskõlastamises. Igas tabelis näidatakse kindlas riigis kindla plaaditootja puhul, et teatud klientidele tehti väga erinevaid allahindlusi kindlal aastal või mitme aasta jooksul kõige rohkem müüdüd albumitele ja et erinevatele klientidele kindlal aastal tehtud kõige suuremate ja/või kõige väiksemate allahindluste vahel olid suured erinevused, ja seda ka samasse kategooriasse kuuluvate klientide puhul (näiteks hulгимүүjad, spetsialiseerunud jaemүүjad, kaubahallid).

132 Lisaks võimaldab nende tabelite ükskõik millise riigi Sony ja BMG andmete võrdlus järeldada, et kummagi poolt ükskõik millisele kliendile tehtud allahindlused vabalt valitud aastal erinesid tihti suuresti nii selles vahemikus tehtud kõige suuremas kui ka kõige väiksemas allahindluses ja ka nende kahe arvu erinevuses.

- 133 Komisjon kahtleb, kui asjakohane on hageja järeldus, et tabelites on „huvitavad seaduspärasused”, ning märgib, et igasugune selline „seaduspärasus” ei vähenda kuidagi seda, kui tähtsad on allahindluste erinevused kui tõendid netohindade kindlaksmääramise keerukusest ja läbipaistmatusest.
- 134 Lisa B.8, mis näitab koondumise poolte allahindluste jagunemist nende 20 parimale albumile ajavahemikus 1998–2003 viies suures liikmesriigis, võimaldas komisjonil kindlaks määrata, milline oli nende 20 parima singlialbumi vastav osa müügis kõigile klientidele, mille kumbki peamine äriühing oli kindla allahindlusega teostanud (väljendatud kitsastes 2,5%-listes vahemikes), võrreldes asjaomaste albumite kataloogihinnaga. Üldisemalt näitas iga aasta tulp nendes tabelites, et sõltumata aastast või riigist ei olnud kummalgi peamisel äriühingul ühtset allahindluspraktikat isegi selle piiratud hulga kõige rohkem müüdud albumite kohta. Erinevate kitsaste allahindlusvahemike read näitasid samuti, et koondumise kahe poole vastavad allahindluspraktikad erinesid erinevatel aastatel.
- 135 Lisaks näitab üks kostja vastuse lisa (lisa B.9), et vastavalt Sony ja BMG poolt oma 20 parimale albumile 2003. aastal tehtud allahindluste jaotus oli oluliselt erinev.
- 136 Hageja märkus, et allahindluste skaalade erinevused ei välista seda, et allahindlused tugineksid teadaolevate eeskirjade kogumile, tugineb ekslikule eeldusele, nagu piisaks sellest, kui eeskirjad on teada, et kõik peamised äriühingud oleksid kindlad nende eeskirjade järgimises.

- 137 Komisjon märgib, et hageja poolt lisas D.3 tehtud vastavuse analüüs käsitleb koondumise ühe poole allahindlusi aja lõikes, mitte aga koondumise poolte kooskõlastamist. Lisaks, kuigi see analüüs näitab, et koondumise poolte allahindlusstruktuurid olid aja lõikes suhteliselt stabiilsed tegevusvaldkondade muutumisele vaatamata, kinnitab see tegelikult komisjoni argumenti, et keskmiste netohindade arvandmed võivad varjata olulisi kõikumisi albumite või klientide tasemes. Lõpuks ja vastupidi hageja väidetele vähendavad kitsad allahindlusvahemikud (2,5%) tegelikult analüüsi tundlikkust väikestele muutustele allahindlustes.
- 138 Lisaks leiab komisjon, et on põhjendamata hageja märkused teatud graafikute kohta, mille kohaselt need näitavad pigem allahindluste stabiilsust või kõrget korrelatsiooni koondumise poolte vahel.
- 139 Lisa B.10, milles esitatakse viie suure liikmesriigi osas koondumise kummagi poole viie peamise kliendi netohindade jaotus, näitab, et:
- netohindade jaotus erineb oluliselt kahe peamise äriühingu vahel nii üldiselt kui ka kindlate klientide puhul;
 - see, kuidas ühe plaaditootja erinevate klientide ostud jaotuvad erinevate netohindade vahemikes, erineb suuresti. See märkus kehtib ka samasse kategooriasse kuuluvate klientide puhul (näiteks hulгимүүjad, spetsialiseerunud jaemüüjad, kaubahallid), kuna selles tabelis esineb kindla kategooria kohta enam kui üks klient.

140 Komisjon nõustub hagejaga, et erinevused oluliste klientide poolt erinevatele peamistele äriühingutele makstud netohindade jaotuses võivad olla tingitud erinevustest nende ostutavades ja plaaditootjate tootevalikus. Siiski ei puudu neil asjakohasus. Tegelikult, isegi kui suur plaaditootja oleks võimeline teada saada nende ühise kliendi kaudu teise suure plaaditootja erinevate albumite eest tasutud netohindasid (mis tõendite alusel ei tundu olevat tõenäoline), ei saaks ta öelda, kas need hinnad väljendavad hageja poolt esitatud tingimata keeruliste eeskirjade järgimist või nendest kõrvalekaldumist, ilma et tal oleks vähemalt oluliselt rohkem andmeid nende hindade taga olevate albumite kohta.

141 Lisaks, kuigi tootevalik ja erinev edukuse aste peaks selgitama kõik või suurema osa selles lisas esitatud hindade jaotuse kaalutud erinevustest, siis näitab see ka seda, kui mõttetu on igasugune koostöökatse, mis tugineb kõigile keskmistele netohindadele, nagu hageja väidab.

142 Komisjon vaidlustab hageja esitatud asjaolud, et tõendada, et kostja vastusele lisatud dokumendid ei tõenda olulist hindade erinevust.

143 Samuti on komisjonil tõendeid tugevate hindade kategooria PPV-de kohta (vt lisa B.11), mis näitavad, et koondumise ühe poole teatud väga olulised kliendid olid kõik sellele plaaditootjale 2003. aastal tasunud erinevaid netohindasid (teisisõnu tehti neile erinevaid allahindlusi) sama PPV-ga albumite eest. Teatud kindla PPV-ga albumi eest tasutud kõige kõrgema ja kõige madalama netohinna erinevus oli tihti arvestatav.

- 144 BMG esitatud tõenditest (vt lisa B.12) tema kümnele parimale kliendile tehtud keskmise koguallahindluse kohta tuleneb, et ühes riigis (riik F) kõikusid keskmised allhindluskampaaniad ühe kliendi kohta 8,5% ja 13% vahel ning ületasid arvestatavalt peaaegu kõigile klientidele tehtud keskmised tavalised allahindlused (vahemikus 3–10%); samas kui ühes teises riigis (riik C) vastasid keskmised allahindluskampaaniad (vahemikus 2–5%) poolele või pisut enamale kõige kõrgemast üldisest allahindlusest, st kui ei arvestata erilist hulgiallahindlust. Ülejäänud kolmes riigis (riigid B, D ja A) erinesid keskmiste allahindluskampaaniate tasemed erinevate klientide vahel, vastavalt 0,5–12,5%; 0,5–13% ning umbes 2,5–14,5%. Nendes kolmas riigis olid keskmised allahindluskampaaniad kõrgemad tavalistest keskmistest allahindlustest ühele kõige paremale kliendile, teiste klientide puhul oli erinevus palju väiksem.
- 145 Vastupidi hageja kinnitusele ei tähenda asjaolu, et kõik need lisad näitavad erinevusi üksnes netohindades või ühe koondumisest teatanud poole allahindlusi, nagu ei omaks need tõendid tähendust. Asjaolu, et ühe suure plaaditootja allahindlused erinevad klientide lõikes (sh sama tüüpi klientide lõikes, kelle puhul võib oodata, et nad huvituvad tema tootevaliku sarnastest osadest), näitab tegelikult, et isegi kui üks konkurent sai teada selle plaaditootja poolt tehtud allahindlustest ühele kliendile, ei oleks selle teadmise põhjal olnud võimalik tuletada nimetatud plaaditootja üldist allahindluspraktikat. Lisaks on üksikute klientide ning klientitüüpide kooskõlastamise meetodid liiga keerulised.
- 146 Komisjon sai ka „tunnistajate ütlusi”, mis näitasid, et sama plaaditootja tegi allahindluskampaaniaid nii edetabeli albumitele kui ka kataloogiaalbumitele (lisa B.2).
- 147 Seda kinnitab ka lisa B.13, mis koosneb koondumise poolte esitatud graafikutest, mis näitavad igas viies suures riigis kummagi poole tehtud kaubaarvete diskonteerimisi nende ühiste klientidele 2002. aasta kõige rohkem müüdud albumite kohta, millel

olid väga sarnased tugevate hindade kategooria PPV-d. Kuna iga plaaditootja ja iga kliendi puhul peab tavaline allahindlus kõigi teatud aasta albumite kohta olema stabiilne, siis tuleb komisjon sellest, et ühe suure plaaditootja poolt kindlale kliendile sama PPV-ga erinevate albumite pealt tehtud kaubaarvete diskonteerimiste erinevusi peab saama omistada vastavatele edetabeli albumitele kindlal ajal tehtud allahindluskampaaniatele. Graafikutest ilmnevad sellised erinevused kummagi koondumisest teatanud plaaditootja arvete esitamises vähemalt osadele klientidele kõigis asjaomastes riikides.

- 148 Komisjon rõhutab, et hageja heidab komisjonile ette, et ta ei uurinud „teatud lihtsaid põhimõtteid, mis eristavad sama viitehinnaga albumeid ja mis võivad selgitada erinevusi allahindluskampaaniate tasemetes”, kuid nende kirjeldamisel esitab ta kuus kriteeriumi, mis seetõttu, et nad on põhimõtteliselt omavahel kooskõlas, tekitaksid olulise tõusu vaid allahindluskampaaniatele võimalikult kohaldatavate eeskirjade kombinatsioonis. Lisaks ei ürita hageja kordagi esitada arvulisi andmeid, kuigi need on peamised, et hinnakooskõlastamine võimaldaks mõistliku kindlusega ennustada kindlale tootele kindla allahindluskampaania ajal tehtud allahindlust ja seega ka kindlaks määrata, kas tegelikud allahindlused on kooskõlas nende eeskirjadega või rikuvad üldisi hindade kehtestamise põhimõtteid.
- 149 Allahindluskampaaniate erinevus ilmneb teatud näidetest: erinevat tüüpi klientidele tehti erineva tasemega allahindlusi samasse muusikažanri kuuluvatele albumitele; erinevatele klientidele tehti erinevaid allahindlusi sama albumi osas; samale kliendile tehti erinevaid allahindlusi erinevate albumite osas; samale kliendile tehti ajaliselt piiratud allahindlusi kindla albumi osas.
- 150 Lõpuks kinnitavad ka majanduslikud tõendid viie peamise äriühingu allahindluste kohta komisjoni lõplikku järeldust, et on „teatud erinevused suurte plaaditootjate allahindluste tasemes” suurtel turgudel (otsuse põhjendused 78, 85, 92, 99 ja 106).

Tuginedes tõenditele 2003. aasta kaubarvete diskonteerimiste kohta, mis komisjon sai viielt peamiselt äriühingult, järeldasid koondumise poolte majanduseksperdid RBB uurimuses järgmist:

„Me võrdleme ka A, B, C, D ja E poolt 2003. aastal kõigis viies peamises riigis tehtud kaubarvete diskonteerimise jaotust. Analüüsisit ilmnevad olulised erinevused peamiste äriühingute poolt tehtud seda liiki allahindluste jaotuses. See kinnitab, et hetkel ei ole nende arvete esitamise poliitika kooskõlastatud.”

Allahindluste läbipaistvus

- 151 Otsuses märgitakse, et suurte liikmesriikide paljude klientide sõnul oli peamistel äriühingutel „teatud teadmine” nende konkurentide tavaliste allahindluste (kõige stabiilsemate) kohta (vt otsuse 45., 49., 52., 55. ja 57. joonealune märkus). Seda küsimust arutati põhjalikult komisjoni korraldatud ärakuulamisel. Koondumise pooled väitsid, et teatud arv positiivseid vastuseid käsitles üksnes PPV-sid või ei eristanud PPV-sid ja allahindlusi. Üksnes viis vastust (Belgiast, Prantsusmaalt ja Itaaliast) kõigist riikidest saadud 36 vastuse hulgast märkisid otsesõnu, et allahindlustes esineb teatud läbipaistvus; vastupidist seisukohta kaitses 11 vastust. Jaemüüjate vastuste, Sony ja BMG siseriiklikest juhtidest „tunnistajate ütluste” (vt asjakohased väljavõtted lisas B.2) ja komisjonile esitatud müügiesindajate järelevalve ettekannetes (vt lisa B.15) allahindluste kohta andmete puudumisest järeldas komisjon, et kuigi teatud jaemüüjad täheldasid peamiste äriühingute puhul teatud teadmisi teiste suurte plaaditootjate arvete esitamise poliitikast, siis võis see teadmine puudutada suhteliselt läbipaistvaid PPV-sid ning teatud ulatuses ka igaaastaselt läbiräägitud tavalisi allahindlusi, kuid see ei puudutanud arvatavasti allahindluskampaaniaid, mille läbirääkimised toimusid igal üksikjuhul eraldi.

Peamiste äriühingute vahelised suhted (otsuse põhjendus 112) võimaldavad saada teatud andmeid iga-aastastest allahindlustest, kuid need ei soodusta lühiajaliste allahindluskampaaniate alast läbipaistvust.

- 152 Komisjon tuvastas, et allahindluskampaaniad olid vähem läbipaistvad kui tavalised allahindlused ja et nende järelevalve nõudis jaeturu allahindluste üksikasjalikku jälgimist (otsuse põhjendused 80, 87, 94, 101 ja 108). Sony ja BMG müügiosa-kondade poolt igal nädalal koostatud ettekannete süsteem (mis sisaldasid tähelepanekuid konkurentide kohta) ei saavutanud kordagi nõutud läbipaistvust nende allahindluste kohta. Komisjon ei leidnud eeskätt piisavalt tõendeid, et näidata, et jaehindade järelevalve või kontaktid jaemüüjatega võimaldasid peamistel äriühingutel pehmendada allahindluste ja eeskätt allahindluskampaaniate läbipaistvuse puudumist.
- 153 Koondumise poolte esitatud turujärelevalve ettekanded lisas B.15 ei sisalda üksikasjalikke andmeid konkurentide allahindlustest, mis võimaldaks tõhusat järelevalvet konkurentide poolt erinevatelt klientidelt üksikute albumite eest küsitud netohindadest. Lisaks on teistes maades need ettekanded veelgi lühemad või puuduvad täiesti. BMG esindajad nimelt esitavad ametlikke järelevalve ettekandeid üksnes Prantsusmaal ja Austrias.
- 154 Kuigi komisjon tunnistab, et ta ei saa kergelt tõendada, et puudub hindade kindlaksmääramise mehhanism, mis seisneb hulgas üldistes eeskirjades, siis märgib ta, et hageja ei ole vaevunud esitama positiivseid tõendeid, kuidas sellist hindade kindlaksmääramise mehhanismi oleks välja töötatud ning seejärel kohaldatud lugematule hulgale üksiklepingutele ega ka kuidas selle järgmist oleks tagatud.
- 155 Komisjon on üllatunud ka sellest, et hageja vaidleb otse vastu vajadusele teostada järelevalvet, et tõendada kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

- 156 Komisjoni järeldus jaemüügi järelevalve tõhususe puudumisest tugineb ka jaehindade kindlaksmääramise keerukusele ja läbipaistmatusele. Koondumise poolte esitatud uurimus (lisa B.17) näitab, et peamiste jaemüüjate igas suures hinnavahe-
mikus (tugevad, keskmised ja väikese eelarvega hinnad) võrreldavate singlialbumite
jaehindades olid suured erinevused ja et jaehindade kindlaksmääramine oli sama
keeruline kui hulgihinna kindlaksmääramine. Lisaks erinesid ka viie kõige enam
müüdud albumi hulgast ükskõik millise albumi jaehinnad tihti ajaliselt ükskõik
millise jaemüüja juures ning veelgi olulisemalt erinevate jaemüüjate vahel ükskõik
millisel ajahetkel.
- 157 Tõendid (lisa B.17 2. osa) näitavad, et peamiste äriühingute poolt iga jaemüüja iga
olulise albumi hindade järelevalve ei võimaldanud suurel plaaditootjal tuletada
sellest oma peamiste konkurentide kindla albumi puhul netohindade kindlaksmää-
ramise praktikat (PPV, millest on lahutatud kaubaarvete diskonteerimine).
Tegelikult ei kohalda kõik jaemüüjad süstemaatilistelt kindlal ajahetkel hulgihinda-
dele sama juurdehindlust ei kõigile albumite kategooriatele ega ka kõige piiratuma
tugevate hindade kategooria kõigile albumitele (tabel 2.1).
- 158 Lõpuks ei leidnud komisjon mingit tõendatavat seost sama PPV-ga albumite
jaemüügihindade ja kaubaarvete diskonteerimise vahel. Seevastu näitab koondumise
poolte esitatud uurimus pigem, et nii tugeva hinna kategooria albumite kui ka teiste
albumite puhul ei ole kindla albumi jaehinna erinevustest kindlal ajahetkel
erinevates jaemüügikohtades mingit täpset seost jaemüüjatele selle albumi puhul
tehtud kaubaarve diskonteerimisega (tabel 3.1).
- 159 Niivõrd erinevate ja ettearvamatute hindade kindlaksmääramise tavade korral ei
saanud suur plaaditootja täie kindlusega järeldada, et kindel jaemüüja kohaldab
teiste suurte plaaditootjate võrdväärsetele albumitele sama juurdehindluse taset või
skeemi kui tema oma albumitele, ja seega ei saanud tal tekkida usaldusväärset
arusaama oma konkurentide hindadest ei konkreetse albumi kohta ega ka üldisemalt

kindla jaemüüja poolt tema albumitele üksikult või üldiselt kohaldatud jaehinna/hulgihinna suhte põhjal.

- 160 Komisjon rõhutab, et hageja ei esita ühtegi tõendit oma kinnitusele, et „oleks üllatav, kui mõistliku aja jooksul ei oleks selget ja süstemaatilist seost kindlale jaemüüjale müüdnud konkreetse kategooria uute plaatide keskmiste netohindade ning piisavalt laias albumite skaalas nende tegelike hulgihindade vahel”. Piisavalt kõrge koondamine albumite ja aja lõikes varjab enamasti erinevusi üksikute albumite puhul — mida tihti suurtes kogustes müüakse —, millest peaks vaikiv hindade kooskõlastamine paratamatult huvituma. Suur plaaditootja ei saa oma enda albumite — mis, nagu hageja oma märkustes pidevalt rõhutab, kujutavad igal ajahetkel kindlat toodete kogumit — jaehinna/hulgihinna suhtest piisavalt kindlalt järeldada, kas see suhe kehtib ka teiste peamiste äriühingute suhtes.
- 161 Komisjon sedastab, et hageja kriitika RBB uurimuse kohta ja selle kohta, et komisjon väidetavalt ei esitanud seda turul tegutsevatele ettevõtjatele, taanduvad vaid mõnele kinnitamata väitele.

Struktuurilised seosed

- 162 Mis puudutab kompileeritud tooteid, siis tõendasid koondumise pooled, et ühisettevõtte partnerid saavad asjaomase kompileeritud albumi müügist üksnes keskmise allahindluse (mida ei ole jaotatud allahindluse tüübi või kliendi alusel). Arvestades allahindluste erinevusi klientide ja aja lõikes, allahindluskampaaniate tähtsust ning kompileeritud ja singlialbumite allahindluste võimalikke erinevusi, siis ei saanud kompileeritud tooted tagada vajalikku läbipaistvust ning seega ei ole need tema analüüsis asjakohased.

- 163 Samuti hõlmavad turustus- või litsentsikokkulepped harva enam kui kahte peamist äriühingut ning ei ole seega sobiv vahend kõigi peamiste äriühingute netohindade kindlaksmääramise praktikat puudutavate keeruliste andmete mitmekülgseks vahetamiseks, mis oleks vajalik selle põhjal toimuva vaikiva koostöö jaoks. Lõpuks, kuna muusika avaldamise valdkonna autoritasude läbirääkimised on kollektiivsed ja toimuvad plaaditootjate siseriiklike ühenduste (suured plaaditootjad ja sõltumatud plaaditootjad) ning siseriiklike kollektiivsete ühingute (kes esindavad kirjastajaid ja autoreid) vahel ning ei käsitle salvestatud muusika hindade kindlaksmääramist, siis järeldas komisjon, et need ei ole läbipaistvuse analüüsi jaoks asjakohased.

Survemeetmed

- 164 Otsuse põhjendustest 114 ja 118 tuleneb, et komisjon ei üritanud kindlaks teha võimalike usutavate survemehhanismide olemasolu (ta tõi esile teatud hulga võimalikult usutavaid mehhanisme), vaid üritas eeskätt kindlaks määrata, kas analüüsi teatud väga üldistel tasemetel täheldatud allahindluste paralleelsus ja stabiilsus olid omistatavad vaikivale kooskõlastamisele, vaatamata netohindade kindlaksmääramise üksikotsuste keerukusele, üksikute netohindade lahustumisele mitmel tasemel ja piisava läbipaistvuse ilmsele puudumisele. Kooskõlastamise olemasolu oleks tõendanud (mitte küll määravalt) ilmsed tõendid teiste peamiste äriühingute poolt kohaldatud survemeetmetest vastuseks tavapärase keskmiste netohindade tasemetele või kaubaarvete keskmistest diskonteerimistest „kõrvale kaldumisele”. Survemeetmete kohta tõendite puudumist, mis seisneb suurenenud hinnakonkurentsis või kombineeritud toodete, *on-line*-muusika või muusika avaldamise alal, võib lugeda kaudseks „negatiivseks” tõendiks sellest, et ülemaailmsel tasemel täheldatud ühtlustamise tase ei olnud tingitud vaikivast kooskõlastamisest.
- 165 Mis puudutab üldisemat küsimust, kas esinesid piisavalt usutavad survemehhanismid, et tagada salvestatud muusika turul kestev kooskõlastamine, siis luges komisjon otseselt kõige huvipakkuvamaks võimalikuks meetodiks (välja arvatud hinnakonku-

rentsi naasmise) kõrvale kalduva ettevõtja võimaliku välistamise kompileeritud albumitest või keeldumise võtta osa tema oma kompileeritud toodetest. Komisjoni poolt otsuse põhjendustes 116 ja 117 esitatud tõendid ei ole määravad. Esiteks on peamistel äriühingutel ühistegevuse võrgustik (otsuse põhjendus 116) ning nendel albumitel on salvestatud muusika turul oluline osa (15–20%) ning enamasti müüakse neid palju (otsuse põhjendus 115). Teiseks on selle edu võtmeks erinevate plaaditootjatega seotud artistid (otsuse põhjendus 115), kuna kahte või kolme peamist äriühingut ühendavaid kompileeritud tooteid müüakse alati kõige rohkem (otsuse põhjendus 116). Igal juhul võib selle surve mehhanismi kasutamine kaasa tuua kõrvale kalduva ettevõtjaga seotud artiste ühendavast kompileeritud tootest saada võivate täiendavate tulude ohverdamise. Arvestades neid soodustavaid ja hoiatavaid asjaolusid ning kuna puuduvad tõendid seda laadi survemeetmete kohaldamisest või nende kasutamisega ähvardamisest minevikus, siis ei saanud komisjon järeldada, et varasema või tulevase kooskõlastamise tagamiseks oli või on piisavalt usutav mehhanism, mis võib „endast kujutada üldiselt usutavaid survevahendeid [p]eamistele äriühingutele”.

c) Teised liikmesriigid

¹⁶⁶ Teistes väiksemates liikmesriikides toimus iga suure plaaditootja suurim müük (50–60% ja 90–100% vahel) viit PPV-d kasutades ning (välja arvatud Austrias) iga peamise äriühingu kaks PPV-d moodustasid 30–40% ja 60–70% vahel iga suure plaaditootja 2003. aasta CD-de kogumüügist.

¹⁶⁷ Lisaks olid kaubaarvete diskonteerimises olulised erinevused klientide vahel koondumise kummagi poole puhul. Kõige väiksem keskmine vahemik kõige kõrgemate ja kõige madalamate allahindluste vahel, mida koondumise üks pool tegi oma kümnele parimale kliendile (Iirimaal viiele parimale kliendile), oli 5,7%,

samas kui keskmine erinevus kõige kõrgemate ja kõige madalamate allahindluste vahel, mis tehti ühele kümnest parimast kliendist, ei olnud koondumise kummagi poole puhul üheski riigis alla 10%.

- 168 Komisjon tuvastas (otsuse põhjendused 148–152) teatud hulga sarnasusi väikeste riikide turgude ja viie suure turu vahel. Väikeste riikide kohta esitatud tõendite alusel oli võimatu tõendada tegelikku vaikivat kooskõlastamist kahe peamise äriühingu vahel nendel turgudel.

2. Otsuse ekslik kirjeldamine hagiavalduses

- 169 Komisjon meenutab kõigepealt, et vastuväiteteatis on esialgset laadi ettevalmistav akt (Euroopa Kohtu 11. novembri 1981. aasta otsus kohtuasjas 60/81: *International Business Machines vs. komisjon*, EKL 1981, lk 2639) ja et tal ei ole täpset kohustust näidata, miks ta kaldus kõrvale oma esialgsest vaatepunktist. Ei piisa sellest, et hageja teeb märkuse, et turu omadused ei muutunud vastuväiteteatise ja otsuse vastuvõtmise vahepealsel ajal. Kuigi objektiivselt vaatenurgast võib see suures osas olla tõsi, ei ole see nii seoses komisjoni teadmiste ulatuse ja arusaamaga turust. Oma lõpliku seisukoha tegemiseks võttis komisjon nõuetekohaselt arvesse vastuväiteteatise vastuseks koondumise poolte esitatud üksikasjalikke märkusi.

- 170 Komisjon märgib, et paljudes küsimustes on hagejal otsusest moonutatud arusaam.

- 171 Esiteks ei märgitud otsuses, et peamised äriühingud vastavad „kõigile turgu valitseva kontserni omadustele”.
- 172 Seejärel ei sedastatud otsuses, et peamised äriühingud olid suutelised hindu kõrgel hoidma. Pigem märgitakse otsuse põhjenduses 56, et hinnad alanesid, kuid mitte nii arvestatavalt, nagu koondumise pooled olid väitnud, ning otsuse põhjendus 58 käsitles üksnes CD-de hinna näivat kõrget taset.
- 173 Lõpuks ei sedastanud komisjon otsuses, et turul on kõik vaikiva kooskõlastamise tunnused. Otsuses ei kinnitatud eeskätt, et kooskõlastamine tegelikult toimus, vaid üksnes seda, et komisjon oli leidnud mõningaid kaudseid tõendeid kooskõlastamise kohta (otsuse põhjendus 109). Kuigi komisjon rõhutab otsuse põhjendustes 112 ja 113 klientide teatud stabiilsust ja kontrolli olemasolu, ei lugenud ta seda kontrolli piisavaks, et pehendada allahindluste ja eeskätt allahindluskampaaniate läbipaistvuse puudumist.

3. Esimene osa

a) Põhjendamiskohustuse rikkumine

- 174 Komisjoni arvates on kasulik enne hageja esitatud konkreetsete argumentide uurimist esitada EÜ artikli 253 üldised nõuded.

- 175 Esiteks rõhutab komisjon, et tuleb eristada akti vastuvõtmise piisavalt selge põhjendamise väidetavat puudumist ning faktiliselt ekslike põhjenduste esitamist, teine neist käsitleb pigem sisulist küsimust, mitte aga vorminõuete rikkumist, ja ei kujuta endast EÜ artikli 253 rikkumist (Esimese Astme Kohtu 7. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas T-84/96: Cipeke vs. komisjon, EKL 1997, lk II-2081, punktid 46 ja 47 ja 14. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas T-295/94: Buchmann vs. komisjon, EKL 1998, lk II-813, punktid 44 ja 45).
- 176 Teiseks meenutab komisjon, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peavad EÜ artikliga 253 nõutavad põhjendused olema kohandatud asjaomase akti laadile ning nendest peavad selgelt ja ühemõtteliselt nähtuma akti vastuvõtnud institutsiooni kaalutlused, ja komisjonil ei ole kohustust kommenteerida haldusmenetluse käigus kõigi huvitatud isikute esitatud kõiki faktilisi ja õiguslikke asjaolusid, vaid ta peab arvestama konteksti ning kõiki asjaomast valdkonda reguleerivaid õigusnorme.
- 177 Asjakohaste konteksti puudutavate tegurite hulgas on see, kui palju teadsid aktist puudutatud isikud ette asjaomaseid kaalutlusi või fakte, arvestades et valdkonna teadmist võib teatud isikutelt oodata või seda teadmist võib omandada asjaomaste isikute tihedas koostöös menetluse käigus, mis viib akti vastuvõtmiseni, või seotud menetluses. Koondumise kontrolli kohesust loetakse samuti asjakohaseks põhjenduse sobilikkuse hindamisel.
- 178 Kui EÜ artiklis 287 väljendatud kohustus kaitsta ametisaladust hõlmab teatud asjaomaseid fakte, siis peab pädev institutsioon siiski hoolt kandma, et tema põhjenduste peamine osa oleks asjaomastele isikutele edasi antud.

- 179 Kui esmasel lugemisel teksti mõte ei ilmne, ei ole veel EÜ artiklit 253 rikutud, kui tavaline tõlgendamiskatse võimaldab põhjendustes esinevad ebamäärasused kõrvaldada.
- 180 Tuleb ka meenutada, et Euroopa Kohus leidis, et „komisjonil ei ole kohustust selgitada võimalikke erinevusi vastuväiteteatisega võrreldes, kuna viimane on ettevalmistav dokument, mille hinnangud on täiesti esialgsed ja mõeldud haldusmenetluse eseme määratlemiseks neile ettevõtjatele, kelle kohta see menetlus toimub”.
- 181 Lõpuks, kui koondumine ei muuda või muudab üksnes piiratud ulatuses kindla turu konkurentsiolukorda, ei saa komisjonilt nõuda täpset põhjendust selles küsimuses. Ka ei riku komisjon oma põhjendamiskohustust, kui ta ei lisa otsusesse koondumise teatud aspektide hindamise täpset põhjendust, mis talle tunduvad ilmselgelt asjassepuutumatud, tähtsusetud või selgelt teisese tähtsusega koondumise hindamisel.

Toote homogeensus

- 182 Mis puudutab hageja etteheidet, et järeldust toote homogeensusest ei ole piisavalt põhjendatud, siis kinnitab komisjon, et ta ei järeldanud, et „sisu heterogeensus peab olema kaalukam kui formaadi homogeensus”, vaid märkis üksnes, et mõlemat asjaolu tuleb arvesse võtta. Samuti ei lükka üksikute albumite hindade kindlaksmääramise edu ümber CD-de hulgihindade kindlaksmääramise menetluse erinevate aspektide standardiseerimist (kõige sagedasemate PPV-de kasutamine ja igaaastased allahindlused igale kliendile), vaid pigem täpsustab seda. Lühidalt öeldes ei ole singlialbumid võrreldavad naftavaatidega ning võimalus lugeda mitu albumit

samale turule kuuluvaks („asendatavuse ruumi” abil) ei muuda neid toote enda või hindade kindlaksmääramise menetluse vaatenurgast täiesti homogeenseks. Tulemuseks ei ole „rida vastandlikke järeldusi”, vaid keerulise reaalsuse kujutis.

Läbipaistvus

- 183 Hageja ei saa väita, et ta ei saanud vaidlustatud otsusest aru, kuna komisjon ei olevat määratlenud „allahindluskampaaniate” mõistet, sest ta on valdkonna ühendus, mis osales aktiivselt komisjoni korraldatud äraakuulamise arutelus, ning väidab ise, et ta on tuttav selliste allahindluste toimimisega. Igal juhul selgitatakse otsuses õiguslikult piisavalt, mida erinevad allahindluste liigid hõlmavad (põhjendused 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 ja 113).
- 184 Samuti eksib hageja oma väites, et komisjoni poolt põhjendustes 148 jj tehtud üldine analüüs kõige väiksemate riikide kohta käsitleb üksnes tavalisi allahindlusi. Komisjon märgib otsuse põhjenduses 150 üksnes seda, et tavalised allahindlused on olulisemad kõigis riikides, kuid analüüsib seejärel kaubaarvete diskonteerimise laiemat kategooriat (mis hõlmab tavalised allahindlused ja allahindluskampaaniad), nagu ta oli juba iga riigi kohta eraldi teinud põhjendustes 119–146. Seega ei olnud ei segadust ega ebakindlust.
- 185 Komisjon omistas otsuses suure tähtsuse allahindluskampaaniatele, kuna just netohinnad on olulised tõhusaks kooskõlastamiseks. „Teatud teadmine” tavalistest allahindlustest ei ole piisav, kui allahindluskampaaniad põhjustavad teatud

klientidele tehtud allahindluste nii tugeva kõikumise aja ja erinevate albumite lõikes, nagu märgiti otsuse põhjendustes 79, 86, 100 ja 107.

- 186 Komisjon uuris teiste peamiste äriühingute allahindlusi, kuid kuna koondumisest teatanud pooltele ei saanud neid arvandmeid avaldada, siis ei olnud võimalik neid otsuses kasutada. Lisaks ei olnud see vajalik, kuna kahe peamise äriühingu allahindluste alane läbipaistmatu praktika oli piisav takistamaks kõigi peamiste äriühingute poolte netohindade tõhusat jälgimist. Lisaks tuginevad hageja kinnitused hindade kindlaksmääramisest lisas A.17 sellele, et kõik plaaditootjad kehtestavad oma hinnad samal viisil.

Hoiatusmeetmed

- 187 Otsusest (eeskätt selle põhjendusest 114) tuleneb, et komisjon uuris survemeetmete kasutamise ähvardust või nende tegelikku kasutamist minevikus kui täiendavat vahendit, et kindlaks määrata, kas ülemaailmsel tasemel teatav hindade ühtlustamine oli tingitud vaikivast kooskõlastamisest. Kuna puudusid tõendid nende tõhusast kasutamisest, siis ei saanud komisjon võtta lõplikku seisukohta otsuses mainitud erinevate võimalike survemeetmete piisavuse kohta.

Vastukaal

- 188 Kuna hetkel esineva ja tulevase kollektiivse turgu valitseva seisundi tuvastamise tingimused on kumulatiivsed, siis ei pidanud komisjon esitama järeltõlge konkurentide ja klientide piiravast võimust ja seega ei pidanud seda ka põhjendama.

b) Ilmne kaalutusviga ja õigusnormi rikkumine

189 Kuna komisjoni arvates need kattuvad, siis uurib ta ilmset kaalutusviga ja õigusnormi rikkumist käsitlevaid tühistamisväiteid koos.

190 Kõigepealt esitab komisjon kaks märkust.

191 Esiteks, mis puudutab argumenti, et vastandlike argumentide kaalumisel ei tohi komisjon anda liiga palju kaalu ühele neist, siis meenutab komisjon keeruliste majanduslike hinnangute tegemiseks talle antud kaalutusõigust ja väidab, et otsuse järeldused on väga mõõdukad ja et hageja ei maini selles küsimuses ühtegi komisjoni tõendit, millele tema arvates liiga palju või liiga vähe kaalu omistati.

192 Teiseks, mis puudutab kinnitust, et otsuses, milles ei mainita sealsete järelduste toetuseks piisavalt üksikasjalikke faktilisi tõendeid, on tehtud ilmne kaalutusviga, siis täpsustab komisjon, et tegu on sisuliselt põhjendamise küsimusega ja väidab, et tal ei ole mingit kohustust esitada oma otsustes arvesse võetud tihti suuremahuliste (ja konfidentsiaalsete) tõendite üksikasju. Piisab sellest, kui ta näitab selgelt uuritud tõendite üldise ulatuse ja nendest tehtud järelduste põhjendused, et huvitatud isikud ja eeskätt valdkonda tundvad ja haldusmenetlusega tihedalt seotud isikud saaksid kujundada oma arvamuse nende järelduste õiguspärasusest. Käesolevas asjas kinnitab suur hulk keerukaid tõendeid otsuse erinevaid hinnanguid salvestatud muusika turu toimimisest.

Toote homogeensus

- 193 Komisjon väidab, et hageja eksib oma kinnituses, et sisu heterogeensus ei ole asjakohane, kuna hinnad määratakse kindlaks piiratud arvu viitehindade alusel. Viitehinnad aga käsitlevad üksnes albumite kataloogihindu, mitte aga kaubaarvete diskonteerimist. Eeskätt erinevad erinevate albumite puhul allahindluskampaaniad.
- 194 Komisjon väidab, et kollektiivset turgu valitsevat seisundit võib olla raske tuvastada sellistel turgudel, mida kirjeldab toodete erinevus, eeskätt kui see erinevus „rõhutab teabega seotud raskusi läbipaistmatutel turgudel” (vt komisjoni horisontaalsete ühinemiste hindamise suunised vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, C 31, lk 5; ELT erivaljaanne 08/03, lk 10, punkt 45).

Läbipaistvus

- 195 Enne hageja erinevate väidete uurimist peab komisjon vajalikuks kommenteerida hagiavalduses esinevat nelja põhilist viga, millest kaks on õiguslikud ja kontseptuaalsed ja kaks otsuse tõlgendamise vead.
- 196 Esiteks teeb hageja põhimõttelise kontseptuaalse vea, kui ta eeldab, et peamiste äriühingute keskmiste netohindade oluline paralleelsus või kindla plaaditootja tehtud keskmiste allahindluste stabiilsus kujutab piisavat tõendit nii vaikivast kooskõlastamisest kui ka läbipaistvusest, mis on vajalik selle kooskõlastamise

kestvaks tagamiseks määratletud tingimustel. Teatud ühtlustamine või üldine stabiilsus ei saa asendada olulisi ja ühtlanguvaid tõendeid piisavast läbipaistvusest, mis võimaldab oligopoolses seisundis ettevõtjatel kontrollida vastastikku oma käitumist turul; ning kui puuduvad tõendid piisavast läbipaistvusest, siis ei saa eeldada, et iga oligopoolses seisundis olev ettevõtja otsustas oma käitumise turul, teades piisavalt täpselt oma konkurentide käitumist.

197 Teiseks teeb hageja põhimõttelise õigusliku vea, kui ta heidab komisjonile ette tuginemist tõenditele allahindluste kohta, sedastamata samas, et teostatud allahindlused viisid oluliste hinnalangusteni, ja kui ta kinnitab, et allahindluste alane konkurents on täiesti kõrvalise tähtsusega. Seda väidet ei kinnita ükski fakt: koondumise poolte kaubaarvete keskmised diskonteerimised kujutavad endast vastupidi suurt osa nende keskmisest brutomüügist (otsuse põhjendused 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 ja 146) ja teatud klientidele ja albumitele tehakse veelgi suuremaid allahindlusi (otsuse põhjendused 79, 86, 93, 100 ja 107). Allahindlused on seega väga oluline asjaolu hindade kujunemise protsessis ja on ehk kõige tõenäolisem ja kindlasti kõige läbipaistmatum vahend, kuidas peamine äriühing võiks läbi viia „väga konkureeriva tegutsemise, mis peaks tema turuosa suurendama (nt hinna alandamine)”. Komisjoni huvi allahindluste läbipaistvuse vastu ei ole otseselt eesmärgiga kindlaks teha, kas peamised ettevõtjad on minevikus võimalikku ühistegevust läbi viinud, vaid pigem kontrollimaks, kas oligopoolses seisundis ettevõtjad ise said kehtvalt läbi viia (või saavad pärast koondumist kehtvalt läbi viia) sellist ühistegevust piisava vastastikuse järelevalve abil. Seega ei ole komisjoni sõnul vajalik näidata, et üks või enam peamist äriühingut alandasid oma hindu täiendavate oluliste allahindluste vahendusel, võrreldes teiste ettevõtjate hindadega.

198 Kolmandaks tegi hageja põhimõttelise vea otsuse tõlgendamisel, kui ta heitis komisjonile ette eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* aluseks olevas kohtuasjas „turu piisava läbipaistvuse” segiajamist otsuses kohaldatud täieliku läbipaistvuse nõudega. Otsuses mainitakse tõesti pidevalt „piisava läbipaist-

vuse astet” (otsuse põhjendused 73, 80, 87, 94, 108 ja 120). Lisaks ei võta hageja arvesse komisjoni poolt hindade kindlaksmääramise süsteemi kohta tehtud uurimuse laadi. Komisjon uuris üksikule kliendile müüdud üksiku albumi netohinna osasid (PPV, tavaline allahindlus, võimalik allahindluskampaania) ja järeldas, et kõigi nende osade piisav läbipaistvuse aste on vajalik, et suurel plaaditootjal oleks mõistlik kindlus, et ta teab, millised on teise plaaditootja netohindade — nagu need väljenduvad klientide ja albumite tasemel — kindlaksmääramise tegelik praktika. Komisjon väidab, et ta ei saanud sellist järeldust teha, sest esinesid tõendid PPV-de teatavast läbipaistvusest, mõned tõendid tavaliste allahindluste teatavast läbipaistvusest ja kindlad tõendid allahindluskampaaniate läbipaistmatusest ja keerukusest.

199 Neljandaks tegi hageja veel ühe põhimõttelise vea tõlgendamisel, kui ta kinnitas, et komisjon järeldas, et PPV-d ja keskmised netohinnad arenesid paralleelselt. See väide on vale. Komisjon järeldas, et igal suurel turul oli keskmiste tegelike brutohindade ja keskmiste tegelike netohindade areng paralleelne (otsuse põhjendused 77, 84, 91, 98 ja 105), mitte aga seda, et koondumise kummagi poole keskmised allahindlused olid identsed (otsuse põhjendused 78, 85, 92 ja 99 ja märkused lisa B.6 kohta). Komisjon rõhutab, et allahindlused erinesid erinevate klientide ja albumite ning ajahetkede lõikes (põhjendused 79, 86, 93, 100 ja 107 ja nende aluseks olevad tõendid). Asjaomased tõendid ei näita, et teatavat PPV-d vähendatakse süstemaatiliselt kindla ja ootuspärase allahindluse võrra, sõltumata nendest muutujatest (vt eeskätt lisa B.13).

200 Seejärel leiab komisjon, et ta peab esitama mõned parandused ja täpsustused hageja väidete kohta:

- peamiste äriühingute hindade suhteliselt sarnased arengud asusid vahemikus, mis ületas üldiselt 10% (vt näiteks lisa B.10);

- piiratud arvu PPV-de alusena kasutamist tasakaalustab vajadus järgida igal aastal vähemalt 80 edukat albumit, mille PPV-d kõiguvad;

- jaehinnad on avalikud ja seega põhimõtteliselt järgitavad, kuid peamistel äriühingutel oleks keeruline järgida nende pidevat muutumist erinevatel jaemüüjatel ja erinevatel ajahetkedel;

- puuduvad tõendid selle kohta, et koondumise poolte suhted teatud turgude järgimise osas hõlmavad kasulikke andmeid konkurentide hindade või jaemüüjate marginaalide kohta;

- hageja ei esitanud mingeid tõendeid toetamaks oma väidet, et jaemüüjate marginaalid on läbipaistvad ja piisavalt täpselt teada; sellele kinnitamata väitele räägivad vastu toimikus olevad tõendid (lisa B.17), mis näitavad, et jaehindade kindlaksmääramine oli keeruline ja ettearvamatu. Selle küsimusega ei ole seotud komisjoni järeldus, et oluline kõrvalekaldumine hinnapoliitikast allahindluste abil oleks ilmnenu suure plaaditootja keskmistes netohindades. Sellel puudub tähendus kahel põhjusel; esiteks on see seotud fenomeniga, mida komisjon oleks oma uurimispädevust kasutades saanud jälgida, kui see oleks ilmnenu, kuid mida ükski teine plaaditootja üksikult ei oleks märganu, kuna ei peamiste äriühingute üldised allahindlustasemed ega nende keskmised netohinnad ei ole läbipaistvad; ja teiseks ei ütle üldiste allahindlustasemete ja keskmiste netohindade omavaheline suhe midagi jaehinna ja hulgimüügi netohinna kindlast ja läbipaistvast seosest;

- on väga vähe usaldusväärseid tõendeid selle kohta, et peamised äriühingud teadsid üksikasjalikult nende vastastikuste tavaliste allahindluste ja allahindlus-

kampaaniate tasemeid, ja väga palju vastupidiseid tõendeid, sh allahindluskampaaniate objektiivne keerukus, erinedes kliendi, albumi ja aja lõikes;

- komisjon keskendus piisavalt koondumise poolte tehtud allahindlustele, et järeldada, et puudub oligopoolses seisundis olevate ettevõtjate vastastikune läbipaistvus, mis on vajalik vaikiva kooskõlastamise toimimiseks;

- teatud peamiste äriühingute koostöö kombineeritud toodete ja turustamise alal ei anna piisavalt andmeid kõigi peamiste äriühingute üksikutest keerukatest otsustest allahindluste kohta;

- hageja ei esitanud mingeid tõendeid selle kohta, et toimuks peamiste äriühingute vaheline juhtide väga suur üleminek või et seda üleminekut esineks rohkem kui teistes koondatud valdkondades või et suurest plaaditootjast lahkumise hetkel selle juhil olev teave allahindluspraktikast, mis on keeruline ja erinev piiratud „elueaga” üksikute albumite tasemel, oleks väga kasulik pikema aja pärast või võimaldaks kehtvat kooskõlastamist kõigi peamiste äriühingute vahel;

- kuigi avaldatud edetabelid kergendavad kõige rohkem müüdnud albumite kindlaks tegemist, annavad need väga harva teavet PPV-de kohta ja ei anna kunagi teavet allahindluste kohta;

- otsust ei saa kritiseerida lihtsalt seetõttu, et see erineb vastuväiteteatisest.

- 201 Vastupidi hageja kinnitusele ei ole „suhteliselt lihtne” kindlaks määrata allahindluste taset ning allahindluskampaaniate puhul on see peaaegu võimatu. Hageja kinnitusega, et allahindluskampaaniad moodustavad kõigist allahindlustest umbes neljandiku kuni kolmandiku, võib nõustuda arutelu üldise alusena, kuid seda tuleb mitmes küsimuses täpsustada.
- 202 Esiteks erineb nende allahindluste üldine tase erinevate suurte plaaditootjate vahel nagu ka üldine allahindluste tase.
- 203 Teiseks näitavad toimikus esinevad keskmised arvud, et allahindluskampaaniate osa kaubaarvete diskonteerimises on mitmes riigis 1998. aastal tunduvalt suurem; kaubaarvete diskonteerimisel on aga kõige olulisem vahetu mõju klientide otsustele osta teatud albumeid.
- 204 Kolmandaks ei esita see keskmine arv täpselt allahindluskampaaniate erinevate klientide, albumite ja ajahetkede vahel jaotumise keerukust ja läbipaistmatust. Kuigi on võimalik, et kampaanias osalemise teised tingimused on suhteliselt standardiseeritud ja lihtsad, siis räägivad kõik komisjoni valduses olevad tõendid vastu iganädalaste läbirääkimiste igasugusele standardiseerimisele või lihtsusele nende kampaaniate summa ja kestuse ning teatavate albumite või klientide sobilikkuse osas.
- 205 Neljandaks annab asjaolu, et allahindluskampaaniad keskenduvad teatud albumitele ja teatud kampaaniatele ja et allahindluse suurust täpsustatakse iga jaemüüja puhul, tõenäoliselt neile allahindlustele suurema mõju asjaomaste albumite müügile.

- 206 Veelgi olulisem on asjaolu, et hageja ei esita kindlaid tõendeid selle kohta, et komisjon tegi vea, kui ta leidis, et allahindluskampaaniatel on suur tähtsus turgudel, kus iga suure plaaditootja 100 kõige paremat albumit moodustavad kindlal aastal ja kindlas riigis nende kogumüügist suurema osa, arvestades et suur osa nendest albumitest ei esine edetabelites.
- 207 Seevastu on komisjonil tõendeid (lisa B.13), mis näitavad, et isegi Sony ja BMG teatud tugeva hinnaga kõige edukamatele albumitele tehti allahindluskampaaniaid.
- 208 Komisjon lisab, et tõendid allahindluskampaaniate tegelikust praktikast mingil kindlal hetkel on asjakohased üksnes selleks, et hinnata netohindade ühtlustamise tegelikku astet (samas kui otsuses leidis komisjon, et allahindlused ei olnud piisavalt ühtlustatud, et sellest võiks tuletada ühist käitumislíini). Siiski on allahindluste läbipaistvus oluline, et teada saada, kas hindade kindlaksmääramise süsteemile on omane piisav läbipaistvus, et peamised äriühingud võiksid täpselt ja mõistliku aja jooksul aru saada, kas üks nende hulgas kaldub kõrvale albumite netohindade valdkonna ühisest käitumislíinist, tehes suuremaid allahindluskampaaniaid. Peale põhjendamata märkuste jaemüüjate kasumimarginaalide läbipaistvusest ei esitanud hageja ei argumente ega konkreetseid tõendeid selles viimases punktis, nii et tema väite peab paratamatult tagasi lükkama.
- 209 Komisjoni sõnul ei ole salvestatud muusika turu netohindade läbipaistvust käsitlev järeldus ilmselgelt tuginenud „spekulatsioonile” või „kinnitamata ja subjektiivsele kahtlusele”, vaid tugines hoopiski kindlatele tõenditele sellest keerulisest ja ebapiisavalt läbipaistvast viisist, kuidas kindla sisuga albumi kindlale kliendile müügil lõpliku netohinna osad (PPV, tavaline allahindlus ja allahindluskampaania) kindlaks määratakse. Neis tingimustes ei saanud olemasolevaid tõendeid nii tõlgendada, et nad tõenäoliselt näitavad piisava läbipaistvuse olemasolu, mis võimaldab mõistliku aja jooksul piisavat järelevalvet selle üle, kas hindade valdkonnas ühist käitumislíini järgitakse.

- 210 Mis puudutab hageja argumenti, et piiratud arv struktuure ja eeskirju, mis on teada või mida on võimalik teada saada, muudavad keskmised hinnad ettearvatavaks, siis meenutab komisjon, et albumite keskmiste netohindade teatav sarnane areng ei ole piisav, et tõendada kooskõlastamist, sest hinnad võivad oluliselt ühte joonduda nii konkurentsis kui ka kokkuleppe korral, sest ettevõtjad reageerivad sarnastele välistele teguritele (näiteks ühiste tootmisvahendite hinnad) ja ka üksteise vastastikule käitumisele turul. Komisjon väidab, et hageja ajab segi kooskõlastamise teostamise viiside tuvastamise (struktuurid ja eeskirjad, mis on teada või mida on võimalik teada saada) ning nende vahendite järelevalve („nõutud läbipaistvus”), eriti kuna ühelgi suurel plaaditootjal ei ole juurdepääsu kõigile või vähemalt kõige olulisematele andmetele kõigi suurte plaaditootjate kõigi uuritud kategooriate albumite ja klientide hindade kindlaksmääramise kohta, et tuvastada keskmised netohinnad.
- 211 Lisaks tunnistab hageja küll, et need müügieeskirjad ja -strateegiad võivad viia albumikategooriast või kliendist sõltuvalt oluliselt erinevate hindade ja allahindlusteni, kuid ei märgi samas, mis on need eeskirjad ega kuidas neid nii suure hulga asjaolude kohta vaikiva kooskõlastamisega kindlaks määratakse. Peamised äriühingud ei saa määratleda, kas nende keskmiste netohindade erinevus on tingitud kõrvalekaldumisest või tootevaliku muutumisest või nende toodete edust, kui neil ei ole mõistliku aja jooksul üksikasjalikke andmeid nende tootevaliku koostise ja edu muutustest, ning komisjon ei leidnud piisavalt tõendeid sellest, et neil oleks juurdepääs niivõrd üksikasjalistele andmetele.
- 212 Hageja ei saa piirduda väitega, et tegelikult toimus kooskõlastamine iga suure plaaditootja suurte strateegiaotsuste tasemel, mis käsitlesid kasumimarginaali ja üldist allahindluste eelarvet, märkimata samas, milline on sellise otsuse sisu või kuidas kooskõlastamise teostamise viisi saab tuletada või kuidas peamised äriühingud nende täitmise üle järelevalvet teostavad. Komisjonil ei ole mingit kohustust uurida niivõrd ebamääraseid ja kinnitamata argumente.

- 213 Mis puudutab hageja kriitikat meetodi kohta, mille kohaselt enamik komisjoni esitatud tõenditest ei olnud mahu osas kaalutud, siis rõhutab komisjon, et teatud kindla meetodi sobivuse küsimust ei saa lahutada oletusest, mida see meetod peaks kinnitama või ümber lükkama. Kui kaalutud andmete kogu on ka piisavalt suur, et kindlaks teha, kas suurte plaaditootjate vahel on kas üldiselt või teatud albumitüüpide (näiteks 20 kõige rohkem müüdud albumit) puhul ühtlustamist, siis ei oleks see andmete kaalumise siiski asjakohane hinnangus keerukuse ja selle mõjude kohta läbipaistvusele. On endiselt vajalik uurida üksikute plaatide hinna muutumist, et mõista hindade kindlaksmääramise keerukuse taset ja turu läbipaistvuse astet.
- 214 Komisjon meenutab, et ei ole realistlik mõelda, et esinevad keskmistele netohindadele tuginevad kooskõlastamise teostamise viisid. Ta märgib siiski, et suurte plaaditootjate keskmiste netohindade märgatava sarnasuse astet (kui ei esine paralleelsust) käsitlevad arvud, mis on esitatud otsuses, olid kaalutud mahu osas ja sama kehtib ka lisa B.4 graafikutele koondumise poolte erinevatele ühistele klientidele tehtud iga-aastastest kaubaarvete diskonteerimisest. Kostja vastuses esitatud suur hulk teisi andmeid, eeskätt lisades B.8, B.9, B.10 ja B.13, on samuti kaalutud mahu osas ning igal korral ilmneb see ülesande laadist.
- 215 Kõik eespool märgitud tõendid, mida on mahu osas kaalutud, võivad osutada oluliseks, et määrata kindlaks, et suurte plaaditootjate praktikate vahel esineb piisavalt kõrge ühtlustamine, või seoses läbipaistvuse hindamisel olulise küsimusega, kas hindade kindlaksmääramine on keeruline või mitte. Viimases kontekstis ei ole mahu alusel kaalumise küsimus oluline. Albumitest ja klientidest (isegi sama tüübi korral) sõltuv ning ajaliselt erinev netohindade või allahindluste muutumine on oluline sõltumata vastavatest müüdud kogustest. Samuti näitavad kostja vastuse lisad B.6 ja B.7, et isegi koondumise kummagi poole 20 kõige rohkem müüdud albumi puhul esinesid suured erinevused allahindlustes. Kui peamistel äriühingutel ei ole vahendeid neid erinevusi piisavalt lähedalt järgida, siis saaks üks peamine äriühing netohindade kooskõlastamise rakendamise viisidest kõrvale kalduda,

kehtestades olulised allahindlused, eeskätt allahindluskampaaniad, ilma et keegi seda märkaks. See kehtib *a fortiori*, kui kooskõlastamise rakendamise viisid peaksid olema nii paindlikud, et peaks esinema niivõrd suur erinevus allahindluses, võrreldes vaikimisi normiks võetuga, et teised suured plaaditootjad oleksid piisavalt kindlad, et selle teostaja kaldus normist kõrvale.

- 216 Mis puudutab hageja poolt lisades B.2 ja D.3 teostatud vastavuste analüüsi ja ning komisjoni pihta suunatud kriitikat, et viimane ei kontrollinud oma andmeid, siis meenutab komisjon, et meetodiküsimust ei saa abstraktselt hinnata, võtmata arvesse uurimise eset — kas esineb kooskõlastamisest märku andev ühtlustamise aste ja kas esineb turul käitumist järgida võimaldav läbipaistvus.
- 217 Komisjon märgib esiteks, et koondumise pooled esitasid haldusmenetluse ajal suure hulga andmeid vastavuse kohta, millest ilmselgelt üldiselt madalad korrelatsioonitegurid, kuid sellegipoolest käsitles komisjon neid andmeid väga hoolikalt.
- 218 Samuti ei ole kindla suure plaaditootja tehtud allahindluste teatav stabiilsus ajas iseenesest veel tõend kooskõlastamisest (vt lisa D.3), kuna see võib ka selles kontekstis tuleneda stabiilsetest teguritest, näiteks kliendi suurus, ostetud muusika liik jne. Isegi statistiliselt kõrge ootuspärasus ei tõenda kooskõlastamist, sest: mõistlikud üksikotsused võivad olla väga ootuspärased; sellist ootuspärasuse taset hinnata võimaldavate andmete puudumisel jääb see huvitavaks intellektuaalseks harjutuseks, millel puudub praktiline tagajärg; ja samuti, ilma tegelikku praktikat puudutavate andmeteta ei ole võimalik kindlaks määrata ennustuse (oletatava vaikiva kokkuleppe elluviimise taotlemine) õigsust. Isegi kui peamised äriühingud

suudaks selliseid statistilisi vahendeid kohaldada vastastikustele varasematele hindade kindlaksmääramise praktikatele, siis ei asendaks see turu järelevalvet.

- 219 Komisjon märgib, et vastupidi hageja kinnitusele ta ei „lükanud tagasi” vastuväiteteatistes kasutatud andmeid, mis olid mahu alusel kaalutud ja hõlmasid tervet valdkonda, ega kasutanud nende asemel koondumise poolte esitatud andmeid, mis ei olnud ei kaalutud ega hõlmanud tervet valdkonda. Suurt osa nendest andmetest tsiteeritakse otsuses (näiteks keskmiste netohindade sarnase arengu aste) ja osa nendest on lisatud kostja vastusele (lisa B.4). Komisjon muutis oma esialgseid järeldusi pigem selle kohta, mida need andmed tõendasid, võttes arvesse Sony ja BMG esitatud täiendavaid andmeid ja argumente.

Hoiatusmeetmed ja vastukaal

- 220 Komisjon väidab, et kuna ta tuvastas, et on täitmata üks kolmest kumulatiivsest tingimusest (läbipaistvus), siis ei teinud ta kaalutusviga, jättes ülejäänud kahe tingimuse kohta seisukoha võtmata.

Ühise käitumislüüsi analüüs

- 221 Komisjon väidab esiteks, et hageja etteheide tugineb ekslikule faktilisele eeldusele, et läbipaistvust käsitlev järeldus puudutas üksnes „ühte allahindluse vormi, allahindluskampaaniat”. Isegi kui allahindluskampaaniatel on analüüsis oluline osa, käsitles

see analüüs üldisemalt seda, kuidas kokkuvõttes väga keerulisi hindu albumi ja kliendi tasemel ning erineval ajahetkel kindlaks määratakse, ja samuti PPV-sid ja tavalisi allahindlusi.

222 Komisjon väidab seejärel, et hageja ilmselgelt eksib õiguses, kuna ta näib kinnitavat, et kui komisjon suudaks tõendada, et peamistele äriühingutele oli tulus jälgida ühist käitumislüüsi, siis oleks läbipaistvuse puudumine olnud väiksem. See tees ei ole kooskõlas kohtupraktikaga. Komisjon ei tea peale piisava läbipaistvuse, mis võimaldab järelevalve ja hoiatamise toimimist, ühtegi teist vahendit — ja hageja ei paku omalt poolt ühtegi — tõendamaks, et vaikivalt määratletud ühine konkurentsivastane käitumislüüsi on oligopoolses seisundis ettevõtjate grupile tulus ja seega mõistlik.

223 Kuigi suhteliselt stabiilsed turuosad võivad luua soodsa pinnase kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkeks, ei ole nad siiski piisavad tegeliku või võimaliku vaikiva kooskõlastamise tõendamiseks, kui puuduvad piisavad tõendid selle kohta, et see kooskõlastamise on mõistlik vastavalt eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon* esitatud kumulatiivsetele majanduslikele tingimustele kollektiivse turgu valitseva seisundi kohta. Hageja ei esita täiendavaid tõendeid ühise käitumislüüsi olemasolust, mis seisnes „tugevalt konkureerivate toimingute” vältimises. Seega ei ole mingit alust väita, et komisjon tegi ilmse kaalutlusvea, kui ta ei tuvastanud peamiste äriühingute puhul sellist ühist käitumislüüsi.

224 Mis puudutab tarbijate valikut ja kultuurilist mitmekesisust, siis märgib komisjon esiteks, et kui ta ei pea lõplikus otsuses esitama põhjuseid, miks ta jätab kindlas juhtumis kõrvale vastuväiteteatise esitatud esialgsed järeldused, siis ei pea ta ammugi esitama põhjuseid, kui ta jätab kõrvale neli aastat varem erinevas juhtumis

tehtud vastuväiteteatises esitatud järeldused. Seejärel märgib ta, et hageja ei viita otseselt ühele sisulisele argumendile või tõendile, mis tõendaks muusika loovuse, kvaliteedi või valiku kooskõlastatud nõrgenemist.

4. Teine osa

²²⁵ Komisjon leiab, et hagiavalduse kolm väidet selle kohta, et komisjon ei järeldanud kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemist koondumise tagajärjel, ei lisa midagi nendele väidetele, mis käsitlesid sellise kollektiivse turgu valitseva seisundi eelnevat olemasolu. Kui üks hageja viimatinimetatud väidetest peaks vastu võetama, siis tühistatakse otsus igal juhul, kui aga need väited tagasi lükatakse, siis järeldub, et komisjonil oli õigus jätta uurimata koondumise tugevdamise väidetavad mõjud.

C — Menetluse astujate argumendid

1. Esialgsed märkused

²²⁶ Enne hageja erinevate väidete ja argumentide uurimist peavad menetluse astujad oluliseks esitada neli märkust selle konteksti kohta, milles otsus vastu võeti ja milles seda tuleb hinnata, ning neli üldist märkust hagiavalduse kohta.

227 Esiteks teostas komisjon kuue kuu jooksul erakordselt põhjaliku uurimise. Algusest peale esitasid koondumise pooled väga usutavaid andmeid ja selgitusi Euroopa muusikatööstuse kohta ja koondumise mõju kohta konkurentsile, eeskätt CD-de hindadele, kultuurilisele mitmekesisusele, tarbijate valikule, sõltumatute plaaditootjate konkurentsivõimalustele, *on-line*-muusika arengule või Sony ja BMG poolt alles jäetud tegevuse kooskõlastamise ohule (vt lisa C.1). Ligi 1240-le turul osalevate ettevõtjale (koondumise pooled, teised peamised äriühingud, sõltumatud plaaditootjad, jaemüüjad, autorid, avaldajad, artistid, *on-line*-levitajad) saadetud enam kui 250 küsimusega küsimustike abil sai komisjon väga rikkalikke tõendeid ja andmeid kõigi asjakohaste küsimuste kohta. Koondumise pooled esitasid enam kui 30 miljonit hinnaviidet ning majandusekspertid tegid üksikasjaliku analüüsi viie peamise äriühingu keskmisest netomüügihinnast viies suures riigis. Paljud sõltumatud plaaditootjad ei jaganud hageja muret, vaid leidsid, et koondumine tõstab nende konkurentsivõimalusi. Kõigi nende andmete, tööstuse valdkonna kahe kõrge mainega majanduseksperti arvamuse, RBB uurimuses esinevate hulgi- ja müügihindade üksikasjalike analüüsides ja vastuväiteteatise vastuses või ärakuulamise käigus esitatud üksikasjalike selgituste (vt lisa C.3) põhjal järeldas komisjon, et tema esialgne mure, eeskätt kollektiivse turgu valitseva seisundi oht, ei olnud põhjendatud.

228 Teiseks eksib hageja vastuväiteteatise eesmärgi ja õigusliku seisundi osas, kuna selle peamine ülesanne on anda koondumise pooltele võimalus aru saada komisjoni esialgsetest vastuväidetest, et nad saaks esitada vastuargumente ja tõendeid (määruse artikli 18 lõiked 1 ja 3). Kui komisjon leiab tõendeid vigadest, siis peab ta loobuma halvasti põhjendatud etteheidetest (Euroopa Kohtu 7. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt vs. komisjon, EKL 2004, lk I-123), nagu komisjon tegi viimase viie aasta jooksul 14 juhtumis 62-st (vt lisa C.5). Komisjoni haldusmenetluse üle toimub täielik sisekontroll ning haldusmenetlus tagab, et kõik huvitatud pooled saavad esitada argumente ja tõendeid (vt ärakuulamise eest vastutava ametniku ettekanne, lisa C.6), ning nõuandekomitee hääletas tingimusteta loa andmise kasuks (lisa C.7).

- 229 Kolmandaks järeldasid üle maailma (Ameerika Ühendriigid, Austraalia, Kanada, Tšehhi Vabariik, Ungari, Poola, Rumeenia, Venemaa, Šveitsi, Mehhiko, Lõuna-Aafrika) kõik konkurentsiasutused, et koondumine tuleb tingimusteta lubada, ning ühtegi neist otsustest ei vaidlustatud. Samuti ei leidnud ükski siseriiklik konkurentsiasutus, kes Euroopa muusikatööstuse turgu eelnevalt uuris, et seal toimub vaikiv kooskõlastamine (vt eeskätt Office of Fair Trading'u 2002. aasta septembri järeldus, et ei ole tõendatud kollektiivne turgu valitsev seisund, lisa A.16, punkt 6.11).
- 230 Neljandaks on koondumine konkurentsimeelne vastus muusikatööstuses toimuvale allakäigule (CD-de müügihindade 20%-line langus kolme aasta jooksul, muusika ebaseaduslik allalaadimine Interneti vahendusel, suurenev konkurents alternatiivse meelelahutuse poolt, nagu DVD filmid) ja pidevale muutusele. Nõudluse ebastabiilsus ja ebakindlus tulevastes kaubandusvahendites muudavad vaikiva kooskõlastamise — mis turu omadusi silmas pidades on juba ebatõenäoline — teostamise või säilitamise veelgi keerulisemaks (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punkt 139 ja horisontaalsete koondumiste suuniste punkt 45). Samuti olid muusikatööstuses valitsevad tingimused väga erinevad nendest, mis esinesid komisjoni poolt 2000. aasta EMI ja Time Warneri koondumise uurimisel; seega on komisjoni poolt nimetatud juhtumist tehtud laadilt esialgsed järeldused asjassepuutumatud.
- 231 Viiendaks on otsuse põhjendus selge, veenev ja toetub suurele hulgale tõenditele, võttes arvesse, et komisjon ei pea esitama põhjendusi kõigi õiguslike või faktiliste asjaolude hindamise kohta (Esimese Astme Kohtu 8. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-374/00: *Verband der freien Rohrwerke jt vs. komisjon*, EKL 2003, lk II-2275, punktid 185–187). Hagiavaldusest selgub, et hageja sai aru, mis põhjustel koondumine lubati.
- 232 Kuuendaks eeldavad keeldumisotsused enamat kui lihtsalt võimaluste tasakaalu, kuna kui esineb ebakindlus, kas koondumine on kooskõlas või mitte, siis peaks

koondumist läbi viia soovivate ettevõtjate huvi peale jääma (kohtujurist Tizzano ettepanek Euroopa Kohtu 15. veebruaril 2005. aasta otsusele kohtuasjas C-12/03 P: komisjon *vs.* Tetra Laval, EKL 2005, lk I-987, lk I-992, ettepaneku punktid 74-79).

233 Seitsmendaks meenutavad menetlusse astujad, et kuigi Esimese Astme Kohus viib läbi õiguslike ja faktiliste küsimuste täieliku kontrolli, siis on tal pädevus teostada kontrolli üksnes ilmse kaalutusvea esinemise kohta seoses kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise või tugevnemise hinnangu tüüpi keeruliste majanduslike hinnangutega (Esimese Astme Kohtu 3. aprillil 2003. aasta otsus kohtuasjas T-342/00: Petrolescence ja SG2R *vs.* komisjon, EKL 2003, lk II-1161, punkt 101). Hageja palub aga korduvalt Esimese Astme Kohtul asendada komisjoni hinnang enda omaga, väites näiteks, et komisjon omistas põhjendamatult palju kaalu toote heterogeensusele ja allahindlustele.

234 Kaheksandaks, mis puudutab kollektiivse turgu valitseva seisundi testi, siis ei ole küsimus selles, kas äriühinguid kutsutakse üles käituma koostöös, vaid pigem selles, kas neil on turu omadusi silmas pidades võimalus vaikivalt saavutada ja säilitada kooskõlastamise tingimusi (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus Airtours *vs.* komisjon, punkt 62). On eriti oluline hinnata, kas turg on piisavalt läbipaistev.

2. Hageja argumentide uurimine

a) Allahindluskampaaniad

235 Menetlusse astujad väidavad, et kuna hindade kooskõlastamist ei ole võimalik saavutada või säilitada ilma tegelike hulgimüügi netohindade piisava läbipaistvusega, siis piisab otsuse toetuseks ka järeldusest, et allahindluskampaaniad ei ole läbipaistvad.

236 Otsuses tõendati õigesti seos ühest küljest albumite sisu heterogeensuse ja teisest küljest allahindluskampaaniate suurte erinevuste ja sellest hulгимүүги netohindadele tuleneva läbipaistvuse puudumise vahel (vt ka lisa C.4, lk 27). Need tõendid näitavad, et allahindluskampaaniad on olulised nii edetabelites olevatele albumitele kui ka kataloogialbumitele, et need erinevad oluliselt erinevate klientide ja albumite lõikes ning erineval ajahetkel ja et need ei olnud peamiste äriühingute vahel ühtlustatud (lisad B.2, B.4–B.14 ja konfidentsiaalne ettekanne „data room”). Kuna allahindlused erinevad, siis ei ole võimalik teha usaldusväärseid järeldusi üksnes PPV-sid vaadeldes. Samuti varieeruvad jaemüüjate kasumimarginaalid erinevate uute albumite puhul ja erinevatel ajahetkedel (vt lisa B.17). Lisaks ei järginud Sony ja BMG metoodiliselt konkurentide müügihindu ega saanud jaemüüjatelt süstemaatiliselt usaldusväärseid andmeid konkurentide poolt pakutud allahindlustest. Lõpuks näitavad esitatud tõendid, et plaaditootjad ei viinud läbi karistusaktsioone ka siis, kui hinnad oluliselt kõikusid, see aga võtab igasuguselt karistusmehhanismilt selle usutavuse (vt lisa C.4, lk 5, 10).

b) Ühtlustamise puudumine

237 Ka keskmisi netohindasid, PPV-sid ja kaubaarvete diskonteerimist käsitlevad andmed ei näita ühtlustamist, vaid kõige rohkem ehk osaliselt sarnast arengut, ning ei võimalda järeldada hindade kooskõlastamist.

238 Keskmisi netohindasid käsitlevad andmed näitavad järgmist: esiteks suurt keerukust; teiseks kõrget hajumist ja väga suurt erinevust; kolmandaks suurt vahelduvust peamiste äriühingute hierarhias; neljandaks peamiste äriühingute hindade suurt ulatust; viiendaks paralleelsuse puudumist.

- 239 Suur osa 100 kõige rohkem müüdnud albumist müüakse väljaspool otsuses määratletud PPV-sid (põhjendused 76, 83, 90, 97 ja 107).
- 240 Kostja vastuse lisadest (B.4–B.14) ilmneb, et kaubaarvete diskonteerimised ja netohinnad erinesid peamiste äriühingute vahel oluliselt.

c) Läbipaistvuse puudumine

- 241 Otsuses ei esitatud ühtegi veenvat tõendit läbipaistvusest ka muude hinnaelementide kui allahindluskampaaniate osas. Otsuse ettevaatlikus sõnastuses vähendatakse piisava läbipaistvuse puudumise tõendite tegelikku jõudu. Seega, peale selle, et osades riikides ei ole PPV-d teada ega ka kergelt kättesaadavad, ei ole ka plaaditootjatel täpseid andmeid kindla albumi PPV-dest kindlal ajahetkel. Tavalised allahindlused ei ole piisavalt läbipaistvad, et neid saaks vaikimisi kooskõlastada. 161-st küsitatud jaemüüjast kinnitasid vaid 5, et konkurendid teadsid osaliselt üksteise allahindlusi, 10 jaemüüjat väitsid aga vastupidist.

3. Otsuses mainimata erinevad aspektid

- 242 Menetlusse astujad väidavad, et uuritud teooriatega konkurentsi võimalikust kahjustamisest ei saa nõustuda ka otsuses mainimata erinevate aspektide alusel. Esiteks keskendus komisjon ekslikult keskmistele netohindadele, kuigi kooskõlastamine ei saanud keskmiste hindade tasemel toimuda, sest üksikute albumite hind ei olnud kindlaks määratud nii, et saada konkreetset keskmist netohinda, ja et teised

peamised äriühingud ei saa seda keskmist mingil juhul märgata. Keskmised võivad varjata olulisi lahknevusi albumite üksikhindades (vt lisa C.4, märkus 12). Teiseks ei olnud PPV-d ühtlustamise fookuspunktiks. Iga suur plaaditootja kasutab ka oma parimate albumite puhul suurt hulka PPV-sid, mis erinevad sama plaadi puhul erinevatel ajahetkedel. Kolmandaks ei ole turuosad stabiilsed ja väike areng võib kaasa tuua hiiglasliku erinevuse kasumlikkuses.

D — *Esimese Astme Kohtu hinnang*

1. Üldised kaalutlused

²⁴³ Hageja väidab, et toote homogeensust, turu läbipaistvust, hoiatusmeetmeid ja vastukaalu puudumist käsitlevad kaalutlused, millele tuginevad otsuse järeldused selle kohta, et peamistel äriühingutel ei olnud salvestatud muusika turul enne kavandatud koondumist kollektiivset turgu valitsevat seisundit, on ebapiisavalt põhjendatud, nendes on tehtud kaalutlusviga ning rikutud õigusnormi.

²⁴⁴ Enne hageja esitatud erinevate etteheidete uurimist tuleb esiteks teha mõned märkused kollektiivse turgu valitseva seisundi mõiste kohta; seejärel lühidalt esitada meetod, mida komisjon vaidlustatud järelduse tegemiseks kasutas, ning erinevad asjakohased tegurid ja asjaolud käesolevas asjas kollektiivse turgu valitseva seisundi mõiste kohaldamisest, nagu neid on otsuses esitatud; ja lõpuks täpsustada, millistele põhjendustele tuginevad otsuse järeldused, et ei esinenud eelnevat kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

2. Kollektiivse turgu valitseva seisundi mõiste

²⁴⁵ Kohtupraktikast ilmneb, et väidetava kollektiivse turgu valitseva seisundi korral on komisjon viidatud turgu käsitleva prognoosiva analüüsi põhjal kohustatud hindama, kas menetletav koondumine toob endaga kaasa olukorra, kus tõhus konkurents asjaomasel turul on märkimisväärselt takistatud koondumises osalevate ettevõtjate ja ühe või mitme muu ettevõtja poolt, kes tänu omavahelistele sidemetele võivad koos kasutusele võtta ühise käitumisliini turul ja tegutseda märkimisväärsel määral teistest konkurentidest, oma klientuurist ja lõpuks ka tarbijatest sõltumatult (Euroopa Kohtu 31. märtsi 1998. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-68/94 ja C-30/95: Prantsusmaa jt vs. komisjon, nimetusega „Kali & Salz”, EKL 1998, lk I-1375, punkt 221).

²⁴⁶ Esimese Astme Kohus leiab, et kollektiivne turgu valitsev seisund, mis oluliselt kahjustab tõhusat konkurentsi ühisturul või selle olulises osas, võib seega tekkida koondumise tagajärjel, kui asjaomase turu omadusi ja selle turu struktuuris koondumise toimumisega tekkivat muutust silmas pidades on selle tagajärjeks see, et üldisi huve arvestades peab valitseva seisundiga oligopoli iga liige võimalikuks, majanduslikult mõistlikuks ja seega eelistatuks võtta jäädavalt ühine käitumisliin turul, et müüa konkureerivatest hindades odavamalt, ilma et nad peaksid sõlmima kokkuleppe või läbi viima kooskõlastatud tegevust EÜ artikli 81 tähenduses, ja teha seda ilma, et tegelikud või võimalikud konkurendid, ja ammuigi mitte kliendid või tarbijad saaksid tõhusalt reageerida (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 25. märtsi 1999. aasta otsus kohtuasjas T-102/96: Gencor vs. komisjon, EKL 1999, lk II-753, punkt 276).

²⁴⁷ Eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon* (punkt 62) leidis Esimese Astme Kohus, nagu on märgitud otsuse punktis 68, et sel viisil määratletud kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimiseks on vaja kolme tingimust. Esiteks peab turg olema piisavalt läbipaistev, et oma käitumist kooskõlastavad ettevõtjad saaksid piisavalt jälgida, kas kooskõlastamise eeskirju täidetakse. Teiseks nõuab

distipliin, et esineks mingil kujul hoiatusmehhanism kõrvalekalduva käitumise tarvis. Kolmandaks ei saa kooskõlastamises mitteosalevate ettevõtjate, näiteks praegused või tulevased konkurendid, ning klientide reaktsioonid kahtluse alla seada kooskõlastamisest oodatud tulemusi.

248 Lisaks ilmneb Euroopa Kohtu praktikast (eespool punktis 245 viidatud kohtuotsus Kali & Salz, punkt 222) ja Esimese Astme Kohtu praktikast (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus Airtours vs. komisjon, punkt 63), et komisjoni prognoosiv analüüs koondumiste kontrollis, kui on tegu kollektiivse turgu valitseva seisundiga, eeldab nende asjaolude tähelepanelikku uurimist, mis on juhtumist sõltuvalt asjakohased hindamaks selle koondumise mõju konkurentsitingimustele viidatud turul, ning komisjon peab esitama veenvaid tõendeid.

249 Nagu eespool esitatud põhjendustest tuleneb, siis arendati see kohtupraktika välja seoses hinnanguga sellele, kas koondumisega võib tekkida kollektiivse turgu valitseva seisundi oht, mitte aga nagu käesoleva väite esimese osa puhul, kus on küsimus kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu kindlaksmääramisest.

250 Kui komisjon peab sellise seisundi tekkimise riski hindamiseks olenevalt olukorrast tegema täpse ennustuse turu ja konkurentsitingimuste võimalikust arengust prognoosiva analüüsi põhjal, mis tähendab keerulisi majanduslikke hinnanguid, mille tegemisel on komisjonil lai kaalutlusruum, siis kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu tuvastamine tugineb aga otsuse hetkel esineva olukorra konkreetsele analüüsile. Kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu tuvastamine peab lähtuma reast tõendatud mineviku või oleviku faktidest, mis tõendavad konkurentsi olulist kahjustamist turul, sest teatud ettevõtjad on saanud võimu võtta

koos ühine käitumisliin, mis on mõnel määral hinnatav, ja teha seda sõltumatult oma konkurentidest, klientidest ja tarbijatest.

251 Sellest tuleneb, et kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu hindamisel võib eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon* Esimese Astme Kohtu poolt esitatud kolme tingimust, mis tuletati kollektiivse turgu valitseva seisundi mõiste teoreetilisest analüüsist ja mis on küll kindlasti vajalikud, vajaduse korral ka kaudselt tõendada, lähtudes kõigist kaudsetest ja otsestest ja isegi väga heterogeensetest tõenditest kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolust lahutamatuist märkidest, väljendustest ja fenomenidest.

252 Seega võib eeskätt hindade tihe ühtlustamine üle pika aja, eriti kui hinnad on konkurentsivõimelistest hindadest kõrgemad, koos teiste kollektiivse turgu valitseva seisundi tüüpiliste teguritega olla piisavad, kui puudub muu mõistlik selgitus, et tõendada kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, isegi kui puuduvad kindlad otsesed tõendid turu olulisest läbipaistvusest, arvestades et seda läbipaistvust võib sellistes tingimustes eeldada.

253 Sellest tuleneb, et käesolevas asjas nii bruto- kui netohindade ühtlustamine viimase kuue aasta jooksul, kuigi tooted ei ole identsed (igal plaadil on erinev sisu), ning ka nende hindade püsimine suhteliselt stabiilsel ja nõudluse langusele vaatamata ilmselt kõrgel tasemel koos teiste teguritega (oligopoolses seisundis ettevõtjate võimsus, turuosade stabiilsus jne), mida komisjon otsuses tuvastas, võivad teiste selgituste puudumisel vihjata või olla kaudseks tõendiks selle kohta, et hindade ühtlustamine ei ole tõhusa konkurentsi tavaliste tingimuste tulemus ja et turg on piisavalt läbipaistev vaikiva hinnakooskõlastamise võimaldamiseks.

254 Siiski, kuna hageja tugines oma argumentides pigem kollektiivse turgu valitseva seisundi erinevate tingimuste, mis on määratletud eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon*, ja eeskätt läbipaistvuse ekslikule kohaldamisele, mitte aga väitele, et ühise poliitika teostamine pika aja vältel koos hulga muude teguritega, mis iseloomustavad kollektiivset turgu valitsevat seisundit, võib teatud tingimustel ja muu selgituse puudumisel olla piisav, et tõendada sellise seisundi olemasolu, mitte aga selle tekkimist, ilma et oleks vaja positiivselt tõendada turu läbipaistvust, siis piirdub Esimese Astme Kohus esitatud väidete hindamisel kontrollimisega, kas otsuses kohaldatai *Airtoursi* kohtupraktikast tulenevaid tingimusi õigesti. Tegelikult, ilma et oleks isegi vaja arutleda, kas vastupidisel suhtumisel ületaks Esimese Astme Kohus poolte määratletud vaidluse eset või oleks tegu lihtsalt õiguse kohaldamisega hageja esitatud väite raames, on selline samm võistlevuse põhimõtte alusel kohustuslik, kuna seda küsimust Esimese Astme Kohtu eest ei arutatud.

3. Komisjoni otsus

255 Esimese väite uurimiseks vajalikud otsuse osad võib kokku võtta järgmiselt.

256 Poolte vahel ei ole vaidlust komisjoni järelduste üle erinevate toote- ja geograafiliste turgude kohta. Otsuse põhjenduses 12 leidis komisjon, et „ei [olnud] vajalik tuvastada, kas esinevad erinevat liiki muusika erinevad tooteturud ja kas on eraldi tooteturud kombineeritud toodetele”. Põhjenduses 15 leidis ta, et „asjaomased geograafilised turud [olid] siseriiklikud turud”.

- 257 Samuti ei ole vaidlust selles, et erinevad siseriiklikud turud on oligopoolse struktuuriga, kus viiel peamil äriühingul on erinevates riikides 72–93% turust ja mitmel oluliselt väiksemal plaaditootjal (edaspidi „sõltumatud plaaditootjad”) on umbes 15–20% turust.
- 258 Viit peamist äriühingut iseloomustab esiteks ülemaailmne ulatus, teiseks osaline vertikaalne integratsioon, kolmandaks investeringud tootmise varasematesse etappidesse, nagu muusika avaldamine, teleringhäälinguturud ja *on-line*-muusika kasutamine, neljandaks oluline rahaline võimsus, mis võimaldab neil pakkuda artistidele ahvatlevamaid rahalisi eeliseid, ja viiendaks suur ja eripärane artistide valik ning juba väga arvestatav salvestiste kataloog.
- 259 Lisaks näitab nõudluse areng, et müük on alates 1999. aastast vähenenud (EMP-s oli vahemikus 1999–2002 13%-line langus ja vahemikus 2002–2003 enam kui 7%-line langus). Siiski jäid hinnad stabiilseks. Komisjoni turu-uuring viitas ka teistele selgitustele vähenenud müügi kohta peale koondumise poolte antute, nimelt: CD-de hinnatase, mida loeti kõrgeks, üldise majandustegevuse aeglustumine, plaaditootjate suutmatus rahuldada tarbijate maitset, kvaliteetse sisu ja uuenduslike artistide puudumine ning plaaditootjate võimetus reageerida Interneti tehnoloogiaväljakutsele.
- 260 Mis puudutab komisjoni metodoloogiat, siis esitatakse otsuse põhjenduses 69, et kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu kindlaksmääramiseks uuris komisjon, kas viimase kolme või nelja aasta jooksul oli viiel peamil äriühingul tegelikult oma hindade kooskõlastamise poliitika.

- 261 Selleks analüüsis komisjon esiteks iga plaaditootja 100 kõige rohkem müüdud singlialbumi, mis vastavad vähemalt 70–80%-le nende kogu muusika müügist, keskmiste netohindade arengut kvartalis viies kõige suuremas liikmesriigis ja leidis, et keskmised hinnad on hea vahend määramaks, kas suured plaaditootjad tegutsevad hindade valdkonnas paralleelselt. Komisjon uuris seega keskmiste netohindade, PPV-de, bruto- ja netohindade suhete ning kaubaarvete diskonteerimiste ja tagasiulatuvate diskonteerimiste arengut (otsuse põhjendus 72).
- 262 Teiseks uuris komisjon võimalust, kas keskmiste hindade paralleelsuse põhjal oleks võinud kataloogihinnad olla hindade kooskõlastamise keskpunktideks.
- 263 Kolmandaks uuris komisjon, kas erinevate suurte plaaditootjate tehtud allahindlused olid ühtlustatud ja piisavalt läbipaistvad, et võimaldada tõhusat kontrolli igasuguse hindade kooskõlastamise üle ka netohindade tasemel (otsuse põhjendus 73).
- 264 Komisjoni järeldused iga viie suure riigi kohta on peaaegu sama sõnastusega ja neid võib kokku võtta järgmiselt:
- Komisjon märkis, et ta „tuvastas teatud paralleelsuse tegelikes keskmistes netohindades ja piisavalt võrreldava arengu [p]eamiste äriühingute hindades”, kuid et „[n]eed märkused ei ole iseenesest piisavalt määravad, et tõendada, et [p]eamised äriühingud [olid] minevikus hindasid kooskõlastanud”; „[s]eetõttu uuris komisjon järgmiseks, kas täiendavad asjaolud, näiteks kataloogihind ja allahindlused, olid ühtlustatud ja piisavalt läbipaistvad andmaks piisavaid tõendeid kooskõlastamise olemasolust”;

- Komisjon „leidis teatud tõendeid, mille kohaselt PPV-sid võis kasutada [p]eamiste äriühingute hindade ühtlustamiseks”. Iga suur plaaditootja oli oma kolme peamise PPV-ga teinud 2003. aastal riigiti vastavalt 55–80% 100 parima singlialbumi kogumüügist. Komisjon leiab seega, et „[n]ende märkuste valguses näivad kõige rohkem müüdnud albumite kataloogihinnad olevat pigem ühtlustatud” (Ühendkuningriigis, Prantsusmaal ja Itaalias ning teatud määral ühtlustatud Saksamaal ja Hispaanias);

- lisaks sedastas komisjon, et PPV-d olid piisavalt läbipaistvad, kuna need olid esitatud peamiste äriühingute kataloogides. Seega näib olevat võimalik kontrollida teiste peamiste äriühingute kataloogihindasid;

- netomüügihinnad on tihedalt seotud brutohindadega (PPV), võttes arvesse Sony ja BMG keskmiste brutohindade ja tegelike keskmiste netohindade paralleelse arengu viimasel kuuel aastal ja kõigi albumite neto- ja brutohinna suhte suurt stabiilsust igal ajahetkel;

- komisjon järeldas siiski teatud erinevusi erinevate suurte plaaditootjate allahindluste tasemetes ning ka 2–5 protsendipunktist erinevust Sony ja BMG kaubaarvete diskonteerimiste vahel enamiku nende kümne peamise kliendi puhul ning enam kui 5 protsendipunktist erinevust mõnede klientide puhul mõnedel aastatel (olukord on pisut erinev Prantsuse turul);

- koondumise pooled esitasid andmeid, millest nähtub, et kindla kliendi kaubaarvete diskonteerimised erinesid ajas ja erinevate albumite vahel ning kindlale albumile tehtud allahindlused erinesid erinevate klientide vahel. Turu-uuringust ilmneb, et need kõikumised tulenesid peamiselt allahindluskampaaniatest, mida kasutati paindlikumalt kui enamasti iga-aastaselt kokku lepitud

tavalisi allahindlusi. Nende märkuste põhjal ei ole võimalik tõendada, et kaubaarvete diskonteerimised olid koondumise poolte vahel piisavalt ühtlustatud (olukord on pisut erinev Prantsusmaal);

- mis puudutab allahindluste läbipaistvust, siis näitavad klientide vastused komisjoni poolt turul tehtud küsitlusele põhiliselt, et peamised äriühingud teadsid mõnel määral oma konkurentide tehtud tavalisi allahindlusi, võttes arvesse nende pidevat suhtlemist samade klientidega. Siiski ilmneb, et allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused ja et nende kontroll nõuab samuti jaemüügiturul seda tüüpi allahindluste arengu ranget jälgimist. Kuigi ta järeldas, et nii Sony kui ka BMG kehtestasid igapäevaste ettekannete süsteemi oma müügiesakondades, siis ei suutnud komisjon tõendada, et need ettekanded tagasid konkurentide tehtud allahindluskampaaniate piisava läbipaistvuse.

²⁶⁵ Komisjon järeldas seejärel otsuse põhjenduses 109, et „kuna [p]eamiste äriühingute viie peamise liikmesriigi hindade arengu üksikasjalikust analüüsist ilmselgelt teatud kaudsed tõendid kooskõlastamisest, mis ei ole iseenesest piisavad tõendamaks kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, siis viis komisjon uurimuse kaugemale, et määrata kindlaks, kas salvestatud muusika turgudele olid omased sellised jooned, mis seda tüüpi turgu valitsevat seisundit lihtsustaksid”.

²⁶⁶ Selleks uuris komisjon toote homogeensust (vaidlustatud otsuse põhjendus 110), turu läbipaistvust (otsuse põhjendused 111–113) ja survemeetmete olemasolu (otsuse põhjendused 114–118).

- 267 Mis puudutab toote homogeensust, siis sedastas komisjon, et sisu heterogeensus ja selle mõju hindadele vähendavad turul läbipaistvust ja muudavad vaikivad kokkulepped keerulisemaks, kuna need eeldavad teatud kontrolli üksiktoote, st albumi tasemel.
- 268 Mis puudutab turu läbipaistvust, siis leidis komisjon, et peamised äriühingud peavad üksnes kontrollima piiratud arvu kõige rohkem müüdud albumite viitehindasid, et järgida suurt osa müügist. Komisjon märkis siiski, et albumi tasandil kontroll oli samuti vajalik, eeskätt allahindluskampaaniate puhul, ja et see vajadus võis muuta vaikivad kokkulepped veelgi keerulisemaks (otsuse põhjendus 111).
- 269 Mis puudutab survemeetmeid, siis märgib komisjon otsuse põhjenduses 118, et ta ei leidnud tõendeid selliste meetmete olemasolust minevikus, see oleks aga olnud tõendiks kollektiivsest turgu valitsevast seisundist.
- 270 Esitamata otsuse selles faasis järeldust viies suures riigis kollektiivse turgu valitseva seisundi kohta, teostas komisjon seejärel uurimise väikeste riikide turgudel ja tegi sarnaseid järeldusi.
- 271 Ta märkis eeskätt, et esineb suur paralleelsus erinevate peamiste äriühingute PPV-de vahel. Ta sedastas, et nagu ka suurtes riikides on peamised allahindlused tavalised allahindlused. Kaubaarvete diskonteerimised ei ole tavapärased ning neid ei avalikustata, mis viib läbipaistvuse vähenemiseni. Võttes arvesse kaubaarvete diskonteerimise tähtsust ja nende vahelisi lahknevusi, siis komisjon ei leidnud piisavalt tõendeid näitamaks, et keskmiste netohindade paralleelsus võib olla tingitud peamiste äriühingute vahelisest vaikivast kokkuleppest, isegi kui PPV-d on oluliselt ühtlustatud ja neid võib põhimõtteliselt kasutada vaikiva kooskõlastamise aluseks (otsuse põhjendus 150).

272 Lisaks kehtivad suurtes riikides toote homogeensuse, turu läbipaistvuse ja survemeetmete kohta esitatud kaalutlused ka EMP väikestes riikides.

273 Komisjon tuletab sellest põhjenduses 153, et „neis tingimustes ei ole piisavalt tõendeid järeldamiseks [peamiste äriühingute] kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu siseriiklikel salvestatud muusika turgudel [väikestes riikides]”.

274 Eelnevate kaalutluste põhjal järeldas komisjon põhjenduses 154, et ei ole piisavalt tõendeid näitamaks, et koondumise kava tooks kaasa ükskõik millises EMP riigis salvestatud muusika turul kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemise.

275 Eelnevast tuleneb, et toote homogeensuse, turu läbipaistvuse ning survemeetmete kasutamise põhjal järeldas komisjon, et puudub kollektiivne turgu valitsev seisund.

276 Seda kinnitatakse põhjenduses 157, kus on märgitud:

„[...] nagu kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemist käsitlevas osas on märgitud, on salvestatud muusika turgudel teatud omadused, mille alusel võib oletada kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu. Komisjon ei ole aga leidnud piisavalt asjaolusid tõendamaks, et [peamistel äriühingutel] oli minevikus kollektiivne turgu valitsev seisund; see on eeskätt tingitud tegeliku läbipaistvuse alal

täheldatud puudustest, toote osaliselt heterogeensetest omadustest ja minevikus survemeetmete olemasolu näitavate tõendite puudumisest”.

277 Nende kaalutluste valguses tuleb uurida hageja esitatud erinevaid etteheiteid.

4. Läbipaistvus

a) Ebapiisava põhjenduse etteheide

278 Hageja väidab sisuliselt, et otsuses ei selgitata õiguslikult piisavalt, miks allahindlused ja eeskätt allahindluskampaaniad takistavad kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkeks vajalikku läbipaistvust.

279 Kõigepealt tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peavad EÜ artikliga 253 nõutavad põhjendused olema kohandatud asjaomase akti laadile ja peab näitama selgelt ja üheselt mõistetavalt komisjoni kaalutlusi, nii et asjaomased isikud võiksid tutvuda võetud meetme põhjendustega, et hinnata ühenduse kohtusse pöördumise võimalust, ja et viimane saaks vajaduse korral oma kontrolli teostada. Põhjendamisnõude hindamisel tuleb lähtuda konkreetsetest asjaoludest, eelkõige akti sisust, esitatud põhjenduste laadist ning huvist saada selgitusi, mis võib olla akti adressaatidel ja muudel isikutel, keda kõnealune akt otseselt ja isiklikult puudutab (vt Euroopa Kohtu 2. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-367/95 P: komisjon vs. Sytraval ja Brink's France, EKL 1998, lk I-1719, punkt 63 ja viidatud kohtupraktika).

- 280 Küsimust, kas akti põhjendused vastavad EÜ artikli 253 nõuetele, tuleb hinnata mitte ainult selle sõnastust, vaid ka konteksti ja asjaomase valdkonna õiguslikku regulatsiooni silmas pidades (Euroopa Kohtu 29. veebruari 1996. aasta otsus kohtuasjas C-56/93: Belgia vs. komisjon, EKL 1996, lk I-723, punkt 86, ja Esimese Astme Kohtu 27. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas T-290/94: Kaysersberg vs. komisjon, EKL 1997, lk II-2137, punkt 150).
- 281 Kui komisjon kuulutab koondumise ühisturuga kokkusobivaks määruse artikli 6 lõike 1 punkti b alusel, siis on põhjendamiskohustuse vaatenurgast vajalik ja piisav tingimus, et selles otsuses esitatakse selgelt ja üheselt mõistetavalt need põhjused, miks komisjoni arvates koondumine ei tekita tõsiseid kahtlusi ühisturuga kokkusobivuse osas. Siiski ei saa sellest kohustusest tuleneda asjaolu, et sellises olukorras oleks komisjonil kohustus esitada põhjendused kõikide õiguslike ja faktiliste asjaolude kohta, mis võivad omada seost teatatud koondumisega ja/või mis esitati haldusmenetluse ajal (vt eespool punktis 231 viidatud kohtuotsus Verband der freien Rohrwerke jt vs. komisjon, punkt 185 ja viidatud kohtupraktika).
- 282 Esiteks tuleb uurida, milline mõju on hageja rõhutatud asjaolul, et vastuväiteteatises järeldas komisjon väga märgatavalt, et koondumine oli ühisturuga kokkusobimatu, eeskätt kuna kavandatud koondumise eelselt esines kollektiivne turgu valitsev seisund ja kuna salvestatud muusika turg oli väga läbipaistev ning vastuvõtlik koostööle.
- 283 Komisjoni seisukoha täielik muutus võib tõepoolest tunduda üllatav, arvestades eeskätt seda, kui hilja see muutus toimus. Tegelikult, nagu ilmneb toimikust ja Esimese Astme Kohtus toimunud kohtuvaidlustest, siis leidis komisjon terve haldusmenetluse käigus viie kuu uurimise jooksul nii erinevatelt turul tegutsevatelt ettevõtjatelt kui ka koondumise pooltelt saadud kõigi andmete põhjal, et turg oli piisavalt läbipaistev, et võimaldada vaikivat hindade kooskõlastamist, ning üksnes

koondumise poolte ja nende majandusnõustaja poolt 15. ja 16. juuni 2004. aasta ärakuulamisel esitatud argumentide järel ja ilma uusi turu-uuringuid korraldamata võttis ta vastupidise seisukoha ja esitas 1. juulil 2004 nõuandekomiteele otsuse eelnõu.

284 Komisjon märgib siiski õigesti, et kohtupraktikast (eespool punktis 105 viidatud kohtuotsus BAT ja Reynolds *vs.* komisjon) ilmneb, et kui komisjon jätab rahuldamata nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17 esimene määrus asutamislepingu artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3) artikli 3 alusel esitatud taotluse, siis piisab, kui ta märgib põhjendused, miks ta ei pidanud võimalikuks tõendada konkurentsieeskirjade rikkumist, ilma et tal oleks kohustust selgitada võimalikke erinevusi, võrreldes vastuväiteteatisega, mis on ettevalmistav dokument, mille hinnangud on üksnes esialgsed ja mõeldud haldusmenetluse eseme piiritlemiseks selle menetluse keskmes oleva ettevõtja jaoks, ega arutada kõiki haldusmenetluse käigus käsitletud faktilisi ja õiguslikke küsimusi. Eespool punktis 228 viidatud kohtuotsuses Aalborg Portland jt *vs.* komisjon meenutas Euroopa Kohus vastuväiteteatise esialgset laadi ja komisjoni kohustust võtta arvesse haldusmenetluse käigus ilmnenu asjaolusid, et loobuda nendest etteheidetest, mis osutusid halvasti põhjendatuks.

285 Tuleb tõesti märkida, et see kohtupraktika arenes seoses EÜ artiklite 81 ja 82 kohaldamise menetlustega, mitte aga koondumiste kontrolli erivaldkonnas, mille raames komisjoni otsuse vastuvõtmise kohustuslikud tähtajad ei võimalda tal uurimist pikendada, muutes seega üha ebatõenäolisemaks, et komisjon haldusmenetluse edenedes oma seisukohta põhjalikult muudab. Oma lõplikes märkustes rõhutas komisjon ka seda, et ärakuulamise järgsed uurimismeetmed on peamiselt turul tegutsevate ettevõtjate konsulteerimine välja pakutud kohustustega seoses ning ei puuduta teatatud koondumise vastu esitatud etteheiteid. Siiski on vastuväiteteatis üksnes ettevalmistav akt ning lõplikku otsust tuleb põhjendada üksnes lähtuvalt kõigist asjaoludest ja tõenditest, mis on asjakohased, et hinnata kavandatud koondumise mõjusid konkurentsitingimustele viidatud turgudel. Sellest tuleneb, et ainuüksi asjaolu, et komisjon ei selgitanud otsuse põhiosas, miks ta vastu-

väiteteatisega võrreldes oma seisukohta muutis, ei saa iseenesest kujutada põhjenduse puudumist või ebapiisavust.

286 Lisaks viitab komisjon ka kohtupraktikale, mille kohaselt olukorras, kui koondumine muudab kindlal turul konkurentsiolukorda üksnes väga piiratud ulatuses, ei pea komisjon esitama selles küsimuses eraldi põhjendust; ka ei riku komisjon oma põhjendamiskohustust, kui ta ei lisa otsusesse täpset põhjendust koondumise teatud aspektide kohta, mis tema arvates on ilmselgelt asjakohatud või tähtsusetud. Kuigi need kinnitused on õiged, tuleb siiski sedastada, et käesoleva etteheite raames on nad asjakohatud. Esiteks ei käsitle käesolev etteheide koondumisega kaasnevat piiratud muutust, vaid koondumisele eelnenud olukorda, ja teiseks ei ole vaidlust selles, et turu piisav läbipaistvus on peamine, kui mitte ainus põhjendus, millele tugineb vaidlustatud hinnang, et ei esinenud eelnevat kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

287 Nende esialgsete märkuste valguses tuleb uurida, kas otsuses on piisavalt põhjendatud järelt, et turg ei ole piisavalt läbipaistev hindade kooskõlastamise võimaldamiseks.

288 Turu läbipaistvuse küsimust käsitletakse otsuse põhjendustes 111–113 olevas *ad hoc* lõigus. Siiski ilmneb, et otsuses puudutatakse läbipaistvust ka *ad hoc* lõigus viidatud põhjendustes 69–108, milles käsitletakse peamiste äriühingute ühist hinnapoliitikat viies suures liikmesriigis, ja *ad hoc* lõigus viitamata põhjendustes 148–153, milles hinnatakse kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu väikestes riikides. Seega tuleb uurida järjest nendes kolmes lõigus esitatud põhjendusi.

289 Seoses *ad hoc* lõiguga tuleb kõigepealt märkida, et seal on vaid kolm põhjendust, kuigi läbipaistvus on käesolevas asjas otsuse ja veelgi enam komisjoni poolt Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes kaitstud seisukoha alusel peamine, kui mitte ainus põhjus, millele tugineb väide, et salvestatud muusika turgudel ei olnud kollektiivset turgu valitsevat seisundit. Tuleb ka märkida, et seal ei järeldata, et turg ei ole läbipaistev, ega ka seda, et turg ei ole piisavalt läbipaistev, et võimaldada vaikivat kokkulepet. Lisaks on esiteks põhjenduse 111 lõpus märgitud, et vajadus teostada eeskätt allahindluskampaaniate suhtes üksikute albumite tasandil kontrolli „võib vähendada turul läbipaistvust ja muuta vaikivad kokkulepped keerulisemaks”, ja teiseks on põhjenduse 113 lõpus märgitud, et „komisjon ei leidnud siiski piisavalt tõendeid, et näidata, et jaehindade kontrollimisega või kasutades sidemeid jaemüüjatega, said suured plaaditootjad minevikus üle viie suure liikmesriigi suhtes täheldatud allahindluskampaaniate läbipaistvuse puudumisest”. Ilmselgelt ei saa need ebamäärased kinnitused, kus ei täpsustata allahindluskampaaniate laadi, nende kohaldamise võimalikke asjaolusid, nende läbipaistmatuse astet, nende ulatust või nende mõju hindade läbipaistvusele, õiguslikult piisavalt põhjendada järeldust, et turg ei ole hindade kooskõlastamise võimaldamiseks piisavalt läbipaistev.

290 Seejärel ilmneb, et välja arvatud need kaks eespool viidatud väljavõtet, näitavad kõik põhjendustes 111–113 esitatud tegurid turu läbipaistvust, mitte aga selle läbipaistmatust.

291 Nii märgitakse põhjenduses 111 viitehindade piiratud hulka ja asjaolu, et peamised äriühingud peavad üksnes kontrollima piiratud arvu kõige rohkem müüdud albumite viitehindasid, et järgida suurt osa müügist, sest 20 kõige rohkem müüdud albumit vastavad vähemalt poolele iga-aastasele müügile kõigis riikides kokku.

292 Lisaks märgitakse põhjenduses 112, et „turul on teised vahendid, mis suurendavad läbipaistvust ja võivad kergendada kokkuleppe järgimise järelevalvet”. Nende hulgas on esiteks iganädalaste edetabelite avaldamine, mis annavad andmeid üksikute albumite müügiandmetest ja võimaldavad väga kergelt kindlaks määrata albumid, mis saavad „hittideks”, mis selgituste kohaselt „kergendab oluliselt suurte plaaditootjate teostatud kontrolli”. Seejärel märgitakse, et salvestatud muusika turg on selline, et „majandusliku edu tagamiseks peab muusika jaemüüja pakkuma kõigi suurte plaaditootjate tooteid” ja et „seega iseloomustavad seda valdkonda jaemüüjate ja plaaditootjate vahelised stabiilsed ja kestvad suhted”. Komisjon märgib seal samuti, et „[l]isaks suunatakse suur osa [peamiste äriühingute] salvestatud muusika müügist piiratud arvule klientidele”, ja järeltab sellest, et „[s]ee olukord, mida kirjeldab väike arv ostjaid turul, soodustab koostööstrateegiate vastuvõtmist, mis vastab suurte plaaditootjate huvidele, kuna see kergendab kontrolli ja andmete liikumist”.

293 Tuleb ka sedastada, et see läbipaistvust suurendavate ja kokkulepete järgimise kontrolli võimaldavate tegurite loetelu jätkub turu läbipaistvust käsitleva *ad hoc* lõigu viimases põhjenduses. Tegelikult märgib komisjon põhjenduses 113, et „veel üks läbipaistvuse allikas on jaemüügituru kontroll”. Ta täpsustab sellega seoses, et „[t]uru-uuringust ilmnes, et Sony ja BMG [olid] kehtestanud iganädalaste ettekannete süsteemi [...], kus esitati andmeid konkurentide kohta”. Komisjon märgib lõpuks, et uurimine „kinnitas ka seda, et suurte plaaditootjate müügiosakonnad [suhtlesid] regulaarselt ja püsivalt jae- ja hulgemüüjatega, kuna läbirääkimised toetuste ja allahindluskampaaniate kohta toimusid tihti igal nädalal”.

294 Eelnevast tuleneb, et otsuse *ad hoc* lõigus läbipaistvuse kohta jättis komisjon mitte üksnes järeldamata seda, et turg oli läbipaistmatu või mitte piisavalt läbipaistev kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasoluks, vaid ka esitas üksnes need tegurid, mis loovad turul suure läbipaistvuse ja kergendavad kokkuleppe järgimise kontrolli, välja arvatud tema piiratud ulatusega ja põhjendamata kinnitus selle kohta, et allahindluskampaaniad võisid läbipaistvust vähendada ja muuta vaikivad kokkulep-

ped raskemateks. Seega tuleb sedastada, et see lõik üksinda ilmselgelt ei põhjenda õiguslikult piisavalt väidet, et turg ei ole piisavalt läbipaistev.

295 Seejärel tuleb uurida, kas see põhjendus asub lõigus, mis käsitleb peamiste äriühingute ühist hinnapoliitikat.

296 Kõigepealt on sobilik meenutada, et järgitud meetod ja esitatud järeldused on kõigi viie suure riigi kohta identsed, v.a mõni erand, nii et järgnevad Ühendkuningriiki käsitlevad märkused kehtivad *mutatis mutandis* kõigi viie suure turu kohta.

297 Komisjon tuvastas peamiste äriühingute tegelike keskmiste netohindade osaliselt sarnase arengu Ühendkuningriigis ning märkis seejärel otsuse põhjenduses 75, et ta uuris järgmiseks, kas täiendavad asjaolud, näiteks kataloogihind ja allahindlused, olid ühtlustatud ja piisavalt läbipaistvad andmaks piisavaid tõendeid kooskõlastamise olemasolust.

298 Kõigepealt tuleb märkida, et käesolevas lõigus soovib komisjon hinnata, kas peamiste äriühingute käitumine näitab kooskõlastamise olemasolu. Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes rõhutas komisjon korduvalt vajadust mitte segi ajada turul tegutsevate ettevõtjate ühist poliitikat ja tõendit turu läbipaistvusest, täpsustades, et isegi kohaldatud tingimuste oluline ühtlustamine ei tõenda turu läbipaistvust. Sellest tuleneb, et ka komisjoni enda väite kohaselt ei ole peamiste äriühingute hinna- ja allahindluste praktikat käsitlevad järeldused asjakohased, et hinnata turu läbipaistvust. Neis tingimustes ei peaks nimetatud lõigus esinevad märkused võimaldama ületada eespool märgitud põhjenduste ebapiisavust. Siiski,

kuna see väide ei ole otsusega kooskõlas, siis peab Esimese Astme Kohus vajalikuks uurida, kas nimetatud lõigus tehtud järeldused võivad piisavalt põhjendada turu läbipaistvuse puudumise järeldust.

299 Mis puudutab esiteks PPV-sid, siis sedastas komisjon, et iga suur plaaditootja oli teinud oma kolme peamise PPV-ga 2003. aastal 80% 100 parima singlialbumi kogumüügist ja et lisaks vastasid üks või kaks PPV-d 17 penni vahemikus (8,98–9,15 naela) enam kui 47%-le 100 kõige rohkem müüdud albumist (teistes suurtes riikides olid arvandmed piisavalt sarnased: üks või kaks PPV-d 0,36 euro vahemikus (12,55–12,91 eurot) vastasid enam kui 60%-le 100 kõige rohkem müüdud albumist Itaalias). Ta järeldas sellest, et „kõige rohkem müüdud albumite kataloogihinnad [näivad] olevat pigem ühtlustatud”. Tuleb sedastada, et tegu on igal juhul ettevaatliku järeldusega, kuna ühtlustamine oli väga märgatav.

300 Lisaks tuleb sellega seoses märkida, et komisjon ei sedastanud vastuväiteteatises, et hinnad olid lihtsalt „pigem ühtlustatud”, vaid et need olid „oluliselt ühtlustatud” (vastuväiteteatise punkti 82 kohaselt „PPV-d on üksteisele väga lähedal” ja punktis 87 mainitakse „olulist ühtlustamist”). Mis puudutab 20 kõige rohkem müüdud albumit, siis näitas komisjon koguni peaaegu täielikku ühtlustamist (vt vastuväiteteatise punktis 85 ja 86), kuid analüüsi seda osa otsuses ei korratud, kuigi komisjon vastusena kohtuistungil esitatud küsimustele ei väitnud, et see analüüs oleks ebatäpne, ega suutnud selgitada analüüsi selle osa väljajätmise põhjuseid. Lisaks mainitakse otsuse põhjenduses 72 üksnes nelja asjaolu, millele tugineb ühise hinnapoliitika analüüs, kuigi vastuväiteteatise punktis 75 märgitakse ka viiendat asjaolu. Kuigi, nagu eespool märgiti, vastuväiteteatis on üksnes esialgne dokument ja komisjonil on täielik õigus või lausa kohustus muuta oma seisukohta uurimise

käigus saadud teabe alusel, ei saa komisjon siiski välja jätta teatud asjakohaseid elemente ainult seetõttu, et need ei pruugi olla kooskõlas tema uue hinnanguga.

- 301 Igal juhul ka ainult otsuses esitatud märkusi arvestades järeldas komisjon, et hinnad olid pigem ühtlustatud.
- 302 Samuti märgitakse otsuse põhjenduses 76, et PPV-d on „piisavalt läbipaistvad, kuna need olid esitatud peamiste äriühingute kataloogides” ja et „seega näib olevat võimalik kontrollida teiste peamiste äriühingute kataloogihindasid”. Kuigi ka see hinnang on vastuväiteteatisega võrreldes väga ettevaatlik ja pehmendatud (vastuväiteteatise punktis 81 on tegelikult märgitud, et „[k]omisjon leiab, et peamistel äriühingutel on ülimalt kerge järgida uute edukate albumite turule tulemise PPV-sid, kuna need PPV-d on peamiste äriühingute kataloogides avalikkusele kättesaadavad”), rõhutab see siiski täiendavat asjaolu, mis soodustab turu läbipaistvust. Brutohindade avalik laad (kataloogihinnad) on kahtlemata väga tähtis läbipaistvusele hindade valdkonnas.
- 303 Seega näib, et ka otsuse enda sõnastuse kohaselt on turu läbipaistvuse teguriks kataloogihinnad mõlemast komisjoni uuritud aspektist — ühtlustamine ja läbipaistvus.
- 304 Mis puudutab teiseks allahindlusi, siis märgitakse otsuse põhjenduses 78, et komisjon tuvastas „teatud erinevused suurte plaaditootjate allahindluste tasemes” ja et „kaubarvete diskonteerimised on teiste allahindlusvormidega võrreldes (kaubanduskoostöö kokkulepped ja tagasiulatuvad diskonteerimised), kaugelt kõige olulisemad kohaldatud hindade vähendamised”. Seejärel kontrollib ta esiteks kaubarvete diskonteerimise ühtlustamist ja teiseks nende läbipaistvust.

305 Mis puudutab diskonteerimiste ühtlustamist, siis märgitakse otsuses, et „komisjon järeldas teatud erinevusi erinevate suurte plaaditootjate poolt klientidele tehtud allahindluste tasemetes ning ka 2–5 protsendipunkti erinevust Sony ja BMG kaubaarvete diskonteerimiste vahel enamuse nende [kümne] peamise kliendi puhul ning enam kui 5 protsendipunkti erinevust mõnede klientide puhul mõnedel aastatel Põhjenduses märgitakse ka seda, et „need kõikumised tulenesid peamiselt allahindluskampaaniatest, mida kasutati paindlikumalt kui enamasti iga-aastaselt kokku lepitud tavalisi allahindlusi” ja et „nende märkuste põhjal ei [olnud] võimalik tõendada, et kaubaarvete diskonteerimised olid [koondumise] poolte vahel piisavalt ühtlustatud”.

306 Kõigepealt tuleb märkida, nagu eespool mainiti, et analüüs puudutab seega peamiste äriühingute käitumist, mitte aga turu objektiivseid tunnuseid, nii et see on kõige rohkem täiesti suhtelise tähtsusega, et hinnata turu läbipaistvuse astet. Komisjon rõhutab sellega seoses, et suurte plaaditootjate keskmiste netohindade paralleelsus või ühe kindla plaaditootja allahindluste oluline stabiilsus ei tõenda ei vaikivat kooskõlastamist ega ka piisavat läbipaistvust, ja et „teatud ühtlustatus või üldine stabiilsus ei saa asendada olulisi ja ühtlanguvaid tõendeid piisavast läbipaistvusest, mis võimaldab [oligopoolses seisundis ettevõtjatel] kontrollida vastastikku oma käitumist turul. Sellest tuleb järeldada, et allahindluste ühtlustatuse uurimine ei ole komisjoni arvates sobilik test turu läbipaistvuse hindamiseks, kuna komisjoni sõnul ei suuda seda tõendada ka allahindluste ühtlustatus. See test on tegelikult sobilik üksnes siis, kui see võimaldab tuvastada nii läbipaistvust kui ka selle puudumist. Siiski, kuna otsuses ei ole piisavalt toetust komisjoni teesile, nagu eespool märgitud, siis uurib Esimese Astme Kohus, kas põhjendustes 78 ja 79 esitatud märkused tõendavad õiguslikult piisavalt turu läbipaistvuse puudumist.

307 Esiteks tuleb sedastada, et koondumise poolte kaubaarvete diskonteerimise üldiste tasemetes erinevused, nagu märgitakse otsuse põhjenduses 78, on väga väikesed, nimelt [konfidentsiaalne] 2–5% nende vastavast kogumüügist Ühendkuningriigis. Itaalias oli see erinevus nullilähedane, nimelt [konfidentsiaalne] 0–5% (otsuse

põhjendus 99). Samuti on otsuse põhjenduses 79 märgitud koondumise poolte poolt enamusele oma kümnest parimast kliendist tehtud kaubaarvete diskonteerimise erinevused 2–5% [*konfidentsiaalne*] väga väikesed. Sellest tuleneb, et põhjendustes 78 ja 79 ja teistes vastavates suuri riike käsitlevates põhjendustes esinevad andmed ei võimalda õigustada järeldust, et kaubaarvete diskonteerimised ei ole piisavalt ühtlustatud.

308 Seejärel ilmneb, et otsuse enda sõnastuse kohaselt ole sellel väikesel erinevusel mingit tähtsust. Otsuse põhjenduse 77 kohaselt „[k]omisjoni analüüs näitas, et – netomüüghinnad on tihedalt seotud brutohindadega (PPV), võttes arvesse Sony ja BMG keskmiste brutohindade ja tegelike keskmiste netohindade paralleelse arengu viimasel kuuel aastal ja kõigi albumite neto- ja brutohinna suhte suurt stabiilsust igal ajahetkel”. Lisaks ja vastupidi komisjoni väidetele ei piirdu otsuse põhjendus 77 üksnes sellega, et näidatakse vaid kõigi albumite keskmiste bruto- ja netohindade (st kogu müügi keskmine allahindlus) paralleelset arengut, mis varjab seega võimalikud erinevused üksikutele albumitele tehtud allahindluste vahel; vaid selles sedastatakse ka üksikute albumite allahindluste stabiilsust läbi aja. Kuigi põhjenduse 77 lause teine pool käsitleb keskmiste bruto- ja netohindade suhet, nagu komisjon väitis, siis on see siiski üleliigne, kuna see suhe on sünonüümne bruto- ja netohindade vahega, mille stabiilsust lause esimeses pooles täheldati. See ilmneb väga selgelt otsuse autentsest versioonist, kuna selles kasutatakse mõistet „suhted” mitmuses (väga stabiilsed bruto- ja netohindade suhted albumite ja aja lõikes). Vastuväiteteatise punktis 90 mainitakse ka, et komisjon leidis, et „bruto- ja netohindade suhted olid väga stabiilsed albumite ja aja lõikes komisjoni uuritud üksikute uute plaatide puhul”. Vastuväiteteatise punkti 75 alapunktis iv mainitakse samuti, et komisjon analüüsis üksikute albumite bruto- ja netomüügi arengut, täpsustades 47. joonealuses märkuses, et „bruto- ja netohindade analüüs tehti üksikult BMG ja Sony poolt 2002. aastal kümne kõige rohkem müüdud albumi kohta”.

- 309 Lisaks ilmneb otsuse põhjenduse 77 viimasest lausest, et allahindlused ei mõjuta tegelikult turu läbipaistvust hindade osas, mis tulenevad avalikest kataloogihindadest, kuna sedastatakse, et „[k]ui peamised äriühingud oleksid oluliselt erinenud hindade alal kokkulepitud poliitikast, kehtestades soodustusi, siis oleks see erinevus ilmnenu netohindades”.
- 310 Lisaks, kuigi komisjon väidab oma kirjalikes avaldustes, et keskmiste netohindade ja allahindluste alased andmed ei tõenda ühtlustamist või kooskõlastamist ja et ainsana omavad tähendust üksikud hindade kindlaksmääramise otsused, siis tuleb sedastada, et otsus neid argumente ei toeta. Seega märgitakse eeskätt otsuse põhjenduses 70, et „komisjon leiab, et keskmised hinnad näitavad hästi, kas suurtel plaaditootjatel on paralleelne käitumine”. Lisaks, kui vastavalt komisjoni väidetele Esimese Astme Kohtus ei ole hinnapoliitikat käsitlevad märkused asjakohased, et hinnata läbipaistvust, siis tuleneb, et otsuse põhjendustes 78–80 (ja vastavates põhjendustes teiste suurte riikide kohta) esitatud märkustes allahindluste teemal ei ole esitatud põhjendust läbipaistvuse puudumisest, kuna allahindlused on üks hinna osa ja neid analüüsitakse hindade valdkonna kooskõlastamise uurimise raames.
- 311 Eelnevast tuleneb, et kaubaarvete diskonteerimiste ühtlustamist käsitlevad märkused otsuse põhjendustes 78 ja 79 (ja teistes vastavates suuri riike käsitlevates põhjendustes) ei võimalda põhjendada väidet turu ebapiisavast läbipaistvusest.
- 312 Mis puudutab allahindluste läbipaistvust, siis märgitakse otsuse põhjenduses 80, et „Briti klientide vastused komisjoni turu-uuringule näitavad valdavalt, et suured plaaditootjad teadsid mõnel määral oma konkurentide tehtud tavalisi allahindlusi, võttes arvesse nende pidevat suhtlemist samade klientidega”. Seda järeldust korratakse identse sõnastusega kõigi viie suure riigi kohta (otsuse põhjendused 87,

94, 101 ja 108). Ilma et põhjendamiskohustuse rikkumist käsitleva etteheite uurimise raames oleks vaja uurida selle väite põhjendatust, tuleb juba sedastada, et sellega näidatakse turu läbipaistvust väga pehmendatud vormis, arvestades selle aluseks olevaid tõendeid. Mis puudutab eeskätt Itaaliat, siis ei ole peaaegu võimalik mõista, kuidas komisjon võis leida, et klientide vastustest ilmnes „valdavalt”, et peamised äriühingud teadsid vaid „mõnel määral” oma konkurentide tehtud allahindlusi, kuna otsuse 55. joonealuses märkuses on märgitud, et „[k]üsimusele vastanud viis Itaalia jaemüüjat märkisid, et suured plaaditootjad teadsid oma konkurentide kohaldatud PPV-sid ja allahindlusi”. Samuti ilmneb Prantsusmaaga seoses otsuse 49. joonealusest märkusest, et neljast jaemüüjast kolm märkisid, et suured plaaditootjad teadsid oma konkurentide poolt turul kohaldatud PPV-sid ja allahindlusi.

313 Seejärel tuleb märkida, et ühegi riigi puhul ei erista joonealused märkused tavalisi allahindlusi ja allahindluskampaaniaid, nii et ei ilmne, mis põhjusel komisjon tuletas klientide vastustest, et peamistel äriühingutel oli teatud teadmine üksnes tavalistest allahindlustest ja mitte allahindluskampaaniatest.

314 Igal juhul tuleb sedastada, et otsuse enda sõnastuse kohaselt leidis komisjon, et tavalise allahindluste puhul esineb teatud läbipaistvus.

315 Seega ilmneb, et ainus otsuses välja toodud läbipaistmatuse asjaolu on põhjenduses 80 (ja teistes vastavates suuri riike käsitlevates põhjendustes) esinev kinnitus, et „allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused ja et nende kontroll nõuab samuti jaemüügiturul seda tüüpi allahindluste arengu ranget jälgimist”.

- 316 Sellega seoses tuleb esiteks märkida, et ei ole märgitud, et allahindluskampaaniad on läbipaistmatud, vaid et nad üksnes „ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused” ja et nende kontroll nõuab ranget jälgimist. Lisaks täpsustatakse, et komisjon sedastas, et nii Sony kui ka BMG kehtestasid iganädalaste ettekannete süsteemi oma müügi-osakondades, ilma et oleks tõendatud, et need ettekanded tagaksid nimetatud allahindluskampaaniate piisava läbipaistvuse.
- 317 Seejärel tuleb meenutada, nagu ilmneb otsuse põhjenduse 150 teisest lausest, et kõigis riikides olid peamised allahindlused tavalised allahindlused. Sellest tuleneb otsuse enda sõnastuse kohaselt, et allahindluskampaaniatel on vaid piiratud mõju hindadele. Samuti ilmneb põhjendusest 77, et allahindlused (nii tavalised kui ka allahindluskampaaniad) ei mõjutanud viimasel kuuel aastal kokku lepitud hinnapoliitikat.
- 318 Tuleb ka märkida, et otsuses ei märgita, et turg on läbipaistmatu, ega ka seda, et see ei ole piisavalt läbipaistev, et võimaldada hindade kooskõlastamist; seal märgitakse kõigest, et allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad, ilma et otsuses oleks esitatud vähimatki tõendit nende laadist, nende toimumise asjaoludest ning nende tegelikust tähtsusest netohindadele, ega ka nende mõjust hindade läbipaistvusele.
- 319 Lisaks tuleb meenutada, et nagu eespool märgiti, esitas komisjon otsuses hulga tõendeid ja tegureid, mis soodustavad turu läbipaistvust ja kergendavad kokkuleppe järgimise kontrolli.
- 320 Sellest tuleneb, et turu ega isegi mitte allahindluskampaaniate läbipaistmatust ei saa tõendada mõned kinnitused seoses allahindluskampaaniatega, mis asuvad otsuse

osas, mis käsitleb hindade kooskõlastamist suurtes riikides, kuna need on ebatäpsed, tõendamata ja neile räägivad vastu teised otsuses esitatud märkused. Need kinnitused piirduvad ka üksnes märkimisega, et allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused, kuid neis ei selgitata, miks on need asjakohased turu läbipaistvusele ega võimalda mõista, kuidas need üksi võivad kompenseerida kõiki teisi otsuses välja toodud turu läbipaistvuse tegureid ja seega kaotada vajaliku läbipaistvuse, mis on kollektiivse turu valitseva seisukoha olemasoluks vajalik.

321 Mis puudutab lõpuks märkusi otsuse selles osas, mis käsitleb väikeste riikide olukorda, siis märgib komisjon esiteks otsuse põhjenduses 149, et PPV-sid kasutatakse piisavalt sarnaselt suurte riikidega. Sellega seoses märgib ta, et peamine osa müügist toimub üksikute PPV-dega ja et peamised äriühingud kasutavad PPV-sid sarnaselt, täpsustades, et „[n]agu kummagi väikese riigi kohta esitatud arvandmed näitavad, on Sony ja BMG kaks peamist PPV-d Madalmaades ja Belgias peaaegu identsed”. Ta järeldeb sellest, et suurte plaaditootjate PPV-d arenesid väga sarnaselt. Seega ilmneb põhjendusest 149, et komisjon tuvastas väikestes riikides veelgi suurema PPV-de läbipaistvuse ja ühtlustamise kui suurtes riikides.

322 Mis puudutab väikestes riikides tehtud allahindlusi, siis tuleb sedastada, et kõnealuses lõigus ei ole mingeid märkusi allahindluskampaaniate kohta ja neid isegi ei mainita. Vastupidi leidis komisjon otsuse põhjenduses 150, et nagu ka viies suures riigis, olid peamised allahindlused kõigis väikestes riikides tavalised allahindlused.

323 Lisaks, kuigi komisjon märgib, et Sony ja BMG tegid väga suuri kaubaarvete diskonteerimisi, et nende diskonteerimiste suurus erineb erinevatel klientidel ja et nende tase erineb ka Sony ja BMG vahel, et neid ei avalikustata ja et need toovad

kaasa läbipaistvuse vähenemise, siis ei esita ta siiski mingeid arvandmeid nende suuruse või nende erinevuste kohta. Ühtlasi ei selgitanud komisjon, kas turutingimused ei muuda vähemalt tavalisi allahindlusi läbipaistvaks nagu suurteski riikides. Samuti ei märgitud, kas tavalised allahindlused ja/või allahindluskampaaniad toovad kaasa erinevad netohinnad, sest asjaolu, et „komisjon ei leidnud piisavalt tõendeid näitamaks, et keskmiste netohindade paralleelsus võib olla tingitud peamiste äriühingute vahelisest vaikivast kokkuleppest”, näib pigem rääkivat sellest, et olukord ei ole selline.<

324 Sellest tuleneb, et ka väikesi riike käsitlevas osas ei ole põhjendust järeltulele, et turg ei ole allahindluskampaaniate tõttu läbipaistev. Igal juhul ei saa väikeste riikide olukord olla kehtivaks põhjenduseks järeltulele suurte riikide turgude läbipaistvuse tasemest.

325 Kõigest eelnevast tuleneb, et turu läbipaistvuse järeltule ebapiisavat põhjendust käsitlev etteheide on põhjendatud, mis juba iseenesest õigustab otsuse tühistamist.

326 Esimese Astme Kohus uurib siiski lisaks ka hageja neid etteheiteid ja argumente, mille kohaselt komisjon on teinud ilmse kaalutusvea seoses asjaoludega, mis peaksid tõendama turu ebapiisavat läbipaistvust.

b) Ilmse kaalutusvea etteheide

327 Kõigepealt tuleb meenutada, et määruse materiaalõiguslikud normid, eriti selle artikkel 2, annavad komisjonile teatud kaalutusõiguse eelkõige majanduslike

asjaolude hindamisel. Järelikult, kui ühenduse kohtud teostavad kohtulikku kontrolli selle kaalutusõiguse üle, mis koondumise valdkonna õigusnormide kohaldamisel evib olemuslikku tähtsust, tuleb arvestada kaalutusruumi, mis koondumist reguleerivate majandusliku sisuga õigusnormidega on antud (eespool punktis 245 viidatud kohtuotsus *Kali & Salz*, punktid 223 ja 224; eespool punktis 232 viidatud kohtuotsus komisjon *vs. Tetra Laval*, punkt 38; eespool punktis 246 viidatud Esimese Astme Kohtu otsus *Gencor vs. komisjon*, punktid 164 ja 165, eespool punktis 45 viidatud Esimese Astme Kohtu otsus *Airtours vs. komisjon*, punkt 64; 25. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-80/02: *Tetra Laval vs. komisjon*, EKL 2002, lk II-4519, punkt 119; ja 14. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-210/01: *General Electric vs. komisjon*, EKL 2005, lk II-5575, punkt 60).

328 Euroopa Kohus täpsustas siiski järgnevalt:

Kui Euroopa Kohus tunnustab komisjoni kaalutusruumi majanduslikes küsimustes, ei tähenda see, et ühenduste kohtud peavad hoiduma kontrollimast, kuidas komisjon majandusliku iseloomuga andmeid on tõlgendanud. Ühenduste kohtud peavad muu hulgas kontrollima esitatud tõendite vastavust tegelikkusele, usaldatavust ja sidusust, samuti kontrollima, kas kogutud tõendid sisaldavad kogu asjakohast teavet, mida keerulise olukorra hindamisel tuleb arvesse võtta, ja kas kõnealused tõendid võivad toetada järeldusi, mis nende pinnalt on tehtud” (eespool punktis 232 viidatud kohtuotsus komisjon *vs. Tetra Laval*, punkt 39)

329 Nende kaalutluste valguses tuleb uurida, kas komisjon on oma hinnangutes turu läbipaistvuse kohta teinud ilmse vea.

330 Hageja märgib esiteks, et enne otsuse vastuvõtmist loeti salvestatud muusika turgu piisavalt läbipaistvaks, et võimaldada kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

- 331 Hageja meenutab sellega seoses, et EMI ja Time Warneri koondumiskava uurimise raames sedastas komisjon, et salvestatud muusika turgu iseloomustavad standardiseeritud hindadega tooted (standardised pricing products) ja see turg on „väga läbipaistev” (EMI/Time Warneri koondumiskava käsitleva vastuväiteteatise punktide 37, 38 ja 57).
- 332 Ta lisab, et 2002. aasta septembri ettekandes Ühendkuningriigi salvestatud muusika turu kohta („Wholesale supply of compact discs”) leidis Office of Fair Trading samuti, et turul on suur läbipaistvus, ning esitas rea tegureid (eeskätt iganädalane edetabelite avaldamine, ühismüük ja jaemüüjate regulaarsed külastused, et kontrollida laoseisu), mis muutsid kättesaadavaks rohkem andmeid konkurentide kohta kui paljudes teistes tööstusharudes (vastuväiteteatise punkt 114).
- 333 Lõpuks väidab hageja, et pärast 9. jaanuaril 2004 teatatud Sony ja Bertelsmanni koondumise kava esialgset uurimist ja esimest turu-uuringut, kus küsitleti eeskätt jaemüüjaid ja peamisi äriühinguid, järeltas komisjon 12. veebruari 2004. aasta otsuses, et koondumine tekitas tõsiseid kahtlusi seoses ühisturuga kokkusobivusega ja algatas seetõttu määruse artikli 6 lõike 1 punkti c alusel menetluse. Selle menetluse käigus jätkas komisjon oma uurimist ja esitas rea infonõudeid koondumise pooltele (19. veebruaril, 5. märtsil, 17. märtsil, 23. märtsil, 1. aprillil ja 10. mail 2004), teistele peamistele äriühingutele (11. märtsil ja 10. mail 2004) ning erinevatele turul tegutsevatele ettevõtjatele (eeskätt jaemüüjatele 16. aprillil 2004 saadetud küsimustik). Kõigi saadud andmete ja informatsiooni hinnangu ning Sony ja BMG-ga toimunud kõneluste põhjal saatis komisjon 24. mail 2004 vastuväiteteatise, milles ta järeltas esialgselt, et koondumine oli kokkusobimatu ühisturuga, kuna see tugevdas eeskätt salvestatud muusika turul kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

334 Hageja rõhutab, et vastuväiteteatises tuvastas komisjon esiteks peamiste äriühingute bruto- ja netohindade paralleelsuse ja teiseks leidis, et turg oli piisavalt läbipaistev, et võimaldada peamiste äriühingute kollektiivset turgu valitsevat seisundit ja hindade kooskõlastamise jälgimist (vt eeskätt vastuväiteteatise punkt 93). Vastuväiteteatise punktides 94–115 analüüsis komisjon sellega seoses kümnet tegurit, mistõttu salvestatud muusika turg on eriti aldis kooskõlastamisele ja mis hõlbustavad selle kooskõlastamise järelevalvet. Komisjon tõi välja a) toote homogeensuse; b) piiratud hulga PPV-sid; c) piiratud hulga asjakohaseid albumeid; d) igapäevase edetabelite avaldamise; e) klientide stabiilsuse; f) turuosade suhtelise stabiilsuse; g) peamiste äriühingute vertikaalsest integratsioonist tingitud suure hulga kontakte; h) suure hulga struktuurilisi seoseid peamiste äriühingute vahel, nagu ühistegevus kompleeritud toodete ja turustamise valdkonnas ning litsentsi- ja turustuskokkulepped; i) ühise osalemise tööstusharu ühendustes; j) ühise läbirääkimise autoriõiguste valdkonnas.

335 Kuigi sellest ilmneb, et vastupidi otsuses esitatud komisjoni hinnangule lugesid nii komisjon kui ka Ühendkuningriigi konkurentsiasutus Ühendkuningriigi turu osas asjaomast turgu väga läbipaistvaks ja igal juhul piisavalt läbipaistvaks, et võimaldada vaikiva hinnakoostöö jaoks vajalikku järelevalvet, siis ei piisa siiski ainuüksi sellest asjaolust, et tõendada, et otsuses esitatud komisjoni vastupidises seisukohas on komisjon teinud ilmse kaalutusvea. Tegelikult ei saa esiteks siseriikliku konkurentsiasutuse hinnangud mingil moel komisjoni tema analüüsis siduda, ja teiseks, nagu eespool märgiti, on vastuväiteteatis ettevalmistav dokument, mille hinnangud on täiesti esialgsed, ja komisjonil on kohustus võtta arvesse haldusmenetluse ajal saadud asjaolusid ning asjaomaste ettevõtjate esitatud argumente, et loobuda nendest etteheidetest, mis osutusid põhjendamatuks. Seda märkust tuleb seda enam kohaldada seoses hinnangutega, mis tehti mitu aastat varem teise koondumise raames või teise konkurentsiasutuse poolt erinevas kontekstis. See ei tähenda siiski, et vastuväiteteatisel puuduks igasugune väärtus või asjakohasus. Et halduslikult uurimismenetluselt ei võetaks kogu selle väärtust, peab komisjon mitte üksnes suutma selgitada — mitte küll otsuses, ent siiski Esimese Astme Kohtus toimivas menetluses — , miks ta leiab, et esialgsed hinnangud olid ekslikud, vaid eeskätt

peavad otsuses esitatud hinnangud olema kooskõlas vastuväiteteatises tehtud faktiliste järeldustega, välja arvatud kui tõendatakse, et need olid valed.

336 Seejärel väidab hageja esiteks, et kõik komisjoni kogutud tõendid, mis on esitatud nii vastuväiteteatises kui ka otsuses, näitavad, et peamiste äriühingute hinnad on läbipaistvad ning kindlasti piisavalt läbipaistvad, et võimaldada vaikivat kooskõlastamist. Komisjon ei esitanud ühtegi tõendit turu läbipaistmatusest, vaid üksnes järeldas allahindluste väidetavatest erinevustest, et need võivad läbipaistvust vähendada. Hageja esitab rea etteheiteid allahindlusi käsitlevate kaalutluste kohta ning väidab, et komisjon omistas ülemäärase tähtsuse allahindlustele, eeskätt allahindluskampaaniatele, uurimata isegi nende asjakohasust.

337 Tuleb järjest uurida etteheiteid ja argumente, mis puudutavad otsuses esitatud tegureid turu läbipaistvusest, ja seejärel neid, millega vaidlustatakse väidetud läbipaistmatuse tegurid, vastandades neid samaaegselt kostja ja menetlusse astujate esitatud argumentide ja tõenditega, kuigi suur hulk tõendeid või argumente on omavahel seotud ja turu läbipaistvuse hinnang peab tuginema kõigi asjaomaste asjaolude üldisele hinnangule.

Otsuses esitatud läbipaistvuse tegurid

338 Esiteks tuleb meenutada, et peamiste äriühingute brutomüügihinnad oma klientidele (jaemüüjad, kaubahallid jne) on avalikud, kuna need on esitatud nende kataloogides. See on vaieldamatult oluline hindade läbipaistvuse allikas. On tõsi, et

otsuse põhjenduses 76 mainitakse üksnes, et „PPV-d on piisavalt läbipaistvad, kuna need on esitatud peamiste äriühingute kataloogides” ja et „seega näib olevat võimalik kontrollida teiste [p]eamiste äriühingute kataloogihindasid”. Siiski ei saa see hinnang relativiseerida brutohindade läbipaistvuse järelt, sest komisjon ei viidanud ei otsuses ega Esimese Astme Kohtu menetluses ühelegi asjaolule, et selgitada, et brutohinnad olid vaid „piisavalt läbipaistvad”. Vastuväiteteatises (punkt 81) märkis komisjon sellega seoses veel järgmist:

„Komisjon leiab, et peamistel äriühingutel on ülimalt kerge järgida uute edukate albumite turule tulemise PPV-sid, kuna need PPV-d on peamiste äriühingute kataloogides avalikkusele kättesaadavad.”

339 Teiseks tuleb rõhutada, et otsuses on märgitud, et kuigi koondumise pooled kinnitasid, et nad kasutasid enam kui 100 PPV-d, siis sedastas komisjon, et iga peamine äriühing sai oma kolme peamise PPV-ga olenevalt riigist enam kui 55–80% oma 100 parima albumi läbimüügist. See olulise albumimüügi keskendumine piiratud arvule viitehindadele, mida kinnitavad ka peamiste äriühingute vastused, kergendab hindade kooskõlastamist, nagu rõhutas ka komisjon vastuväiteteatise punktis 96: „See hinnasüsteem kergendab kooskõlastamist, kuna sellega antakse kergelt tõlgendatavat infot sellest, millisel tasemel kehtestavad peamised äriühingud suurema osa müüdavate albumite hinnast”.

340 Kostja vastuses viitas komisjon tõesti hulgihindade kindlaksmääramise keerukusele, kuna üksikudel albumitel on erinev edukus, mis mõjutab esialgse PPV kehtestamist albumi avaldamisel ja hiljem, nii et on keeruline kindlaks määrata, kas teatud albumi PPV-d muudetakse langeva edukuse päästmiseks või hoopis „kõrvale kaldumise” strateegia raames. Tuleb sedastada, et otsus neid argumente ei toeta ning need on koguni vastuolus otsuse järeltustega. Nagu eespool märgiti, järeltas komisjon otsuse põhjenduses 76 (ja vastavates põhjendustes teiste riikide kohta), et kuigi peamised ettevõtjad väitsid enam kui 100 PPV kasutamist, kasutasid nad üksnes kahte või kolme PPV-d suurema osa müüdavate albumite suhtes. Lisaks märgitakse otsuse

põhjenduses 110, et „[v]aatamata sellele sisu heterogeensusele on hulgiturgudel albumite hinna määramise ja turustamise vahendid suhteliselt standardiseeritud”. Seejärel tuleb märkida, et kuna albumi edukuse aste on tänu edetabelitele alati teada, saavad peamised äriühingud vastupidi komisjoni väitele kergelt kindlaks määrata, kas teatud albumi PPV muutmine sobib kokkulepitud hinna poliitika raamesse.

341 Kolmandaks märgitakse otsuse põhjenduses 11 järgmist:

„[...] Kuigi albumeid müüakse piiratud arvu viitehindade alusel, võib erinevate kataloogihindadega müüdavate albumite mitmekesisust muuta keeruliselt kokkuleppe järgimise kontrolli. Peamised äriühingud peavad üksnes kontrollima piiratud arvu kõige rohkem müüdnud albumite viitehindasid, et järgida suurt osa müügist. Koondumise poolte esitatud andmetest ilmneb, et 20 kõige rohkem müüdnud rada vastavad vähemalt poolele iga-aastasele müügile kõigis riikides kokku, v.a Saksamaa” (vt ka vastuväiteteatise punkt 85).

342 Kostja vastuses väitis komisjon siiski, et kuna tulevast edu ei ole võimalik enne kindla albumi avaldamist täiesti kindlalt ette näha (ega ka selle edu kestust pärast avaldamist), siis eeldab õnnestunud kooskõlastamine pidevat PPV-de jälgimist palju enamate üksikute albumite osas kui see hulk, mis tagasiulatuvalt antud hinnangu alusel tekitasid iga peamise äriühingu käibe peamise osa.

343 Tuleb sedastada, et neid argumente otsuses ei toetata, sest otsuse kohaselt peavad peamised äriühingud üksnes kontrollima piiratud arvu kõige rohkem müüdnud

albumite viitehindasid, et järgida suurt osa müügist. Seda kontrolli kergendavad oluliselt edetabelid, mis annavad igal hetkel väga täpse teabe erinevate albumite edukuse arengust.

344 Lisaks, nagu hageja õigustatult rõhutab, märgitakse otsuses samuti, et „komisjon leidis teatud tõendeid, mille kohaselt PPV-sid võis kasutada [...] hindade ühtlustamiseks”. Ei saa nõustuda komisjoni kinnitusega, et see järeldus ei ole lõplik, sest otsus on põhimõtteliselt koondumise uurimise menetluse viimane staadium ning komisjon ei viita ühelegi asjaolule, mis seda järeldust nõrgendaks või pehmendaks. Komisjon viitab äärmisel juhul asjaolule, et koondumise pooled esitasid tõendeid sellest, et nende 20 kõige rohkem müüdud albumile vastavad PPV kombinatsioonid muutusid tihti oluliselt erinevate kvartalite vahel ning edu ettearvamatus sundis iga peamist äriühingut jälgima oma konkurentide enam kui 80 albumi (või koondumise järel 60 albumi) PPV-sid. Seda järeldust otsuses ei korratud ning sellele räägivad vastu otsuses esitatud teised järeldused.

345 Samuti tuleb sedastada, et koondumise poolte majandusekspertide koostatud andmed, millest ei nähtu esiteks, kuidas komisjon sai nende põhjal teha sellise järelduse, ei ole selged ega näi olevat usaldusväärsed. Seega on igal juhul üllatav, et PPV-d võisid erinevates kvartalites tõusta nimetatud ulatuses [*konfidentsiaalne*].

346 Igal juhul ei tundu albumite arv, mida komisjoni sõnul oleks tulnud jälgida, nii kõrge, et see jälgimine muutuks võimatuks või eriti raskeks või kulukaks, kuna iganädalased edetabelid kergendasid seda jälgimist oluliselt, nagu tunnistas ka komisjon.

347 Eelnevast tuleneb, et otsuses märgitud kolm tegurit — brutohindade avalik laad (PPV), piiratud hulk jälgimisele kuuluvaid viitehindu ja albumeid — võivad luua olulise hindade läbipaistvuse.

348 Lisaks, nagu otsuse põhjenduses 112 on märgitud, on „turul [...] teised vahendid, mis suurendavad läbipaistvust ja võivad kergendada järelevalvet kokkuleppe järgimise üle”.

349 Esiteks märgitakse otsuse põhjenduses 112, et „iganädalaste [müügiedetabelite] avaldamine esitas müügiandmeid iga plaadi kohta, mis võimaldas kergelt määratleda need plaadid, mis saavad hittideks ning tekitavad suurema osa müügitulust”. Seega on müügiedetabelid oluline läbipaistvuse allikas, kuna need võimaldavad mitte üksnes igal hetkel tuvastada kõige rohkem müüdud albumid, vaid ka kindlaks teha, kas albumeid müüakse nende edule vastava hinnaga, sest PPV-d olid avalikud. Otsuses täpsustatakse muuseas, et „iga plaadi müügi kohta iganädalane andmete avaldamine kergendab oluliselt [p]eamiste äriühingute teostatud kontrolli”.

350 Teiseks „iseloomustavad turgu jaemüüjate ja [p]eamiste äriühingute vahelised stabiilsed ja kestvad suhted”, sest iga jaemüüja peab pakkuma kõigi suurte plaaditootjate tooteid (otsuse põhjendus 112).

351 Kolmandaks on otsuse sõnul turul vaid piiratud arv ettevõtjaid ning suur osa müügist toimub piiratud arvule klientidele. Nagu põhjenduse 112 lõpus märgitakse, „soodustab [see olukord] koostööstrateegiate vastuvõtmist, mis vastab suurte plaaditootjate huvidele, kuna see kergendab kontrolli ja andmete liikumist”.

352 Neljandaks tuvastas komisjon jaemüügiturul kontrolli olemasolu. Põhjenduse 113 kohaselt „uuringust ilmnes, et Sony ja BMG [olid] kehtestanud iganädalaste ettekannete süsteemi, kus esitati andmeid konkurentide kohta”.

353 Kostja vastuses väidab komisjon tõesti, et koondumise poolte poolt talle esitatud ettekannetes ei olnud andmeid allahindluste kohta ja et ta ei saanud tõendada, et need ettekanded tagasid konkurentide tehtud allahindluskampaaniate piisava läbipaistvuse.

354 Sellega seoses tuleb esiteks märkida, et sõltumata nendes ettekannetes esinevate andmete täpsusest bruto-, neto- või jaemüügihindade või allahindluste kohta, on need siiski täiendav turu läbipaistvuse tegur, nagu märgitakse ka otsuses. Lisaks tuleneb komisjoni esitatud iganädalastest ettekannetest, et neis on andmeid konkurentide albumite laoseisust ja nende arengust.

355 Seejärel tuleb märkida, et tegu on vaid poolte endi esitatud iganädalaste ettekannete mõningate näidetega.

356 [*konfidentsiaalne*]

357 [*konfidentsiaalne*]

358 [*konfidentsiaalne*]

359 [konfidentsiaalne]

360 [konfidentsiaalne]

361 Viiendaks märgitakse otsuse põhjenduses 113, et suurte plaaditootjate müügiosakonnad suhtlesid regulaarselt ja püsivalt jae- ja hulgemüüjatega, kuna läbirääkimised toetuste ja allahindluskampaaniate kohta toimusid tihti igal nädalal. Kuigi jaemüüjatega suhtlemises ei ole midagi tavatut, võimaldab selle suhtlemise sagedus müügiosakondadel siiski saada täpsemaid andmeid konkurentide ja nende müügitingimuste kohta ning jälgida peaaegu reaajas konkurentide erinevate albumite edu arengut. See kehtib käesolevas asjas *seda enam*, kuna otsuse põhjenduses 112 märgitakse, et turg on selline, et iga jaemüüja peab pakkuma kõigi peamiste ettevõtjate tooteid, nii et iga peamine ettevõtja suhtleb pidevalt kõigi oma konkurentide klientidega ja võib seega saada täpseid andmeid konkurentide müügitingimuste kohta. Vaidlust ei ole ka selles, et peamine osa müügist toimub piiratud arvule klientidele. Need asjaolud tekitavad turul suure läbipaistvuse. Lisaks järeltas komisjon otsuse põhjenduses 112, et see olukord „soodusta[s] koostööstrateegiate vastuvõtmist, mis vasta[s] suurte plaaditootjate huvidele, kuna see kergenda[s] kontrolli ja andmete liikumist”.

362 Nendes viiest täiendavast asjaolust ilmneb, et eespool mainitud kolmest esimesest tegurist (eeskätt müügihindade avalikustamine) tingitud oluline läbipaistvus on veelgi suurem. Sellega seoses tuleb sedastada, et vastuväiteteatise punktis 116 järeltas komisjon ka, et „turu struktuur [oli] selline, et andmed lii[kusid] vabalt ning peamiste äriühingute teostatud kontroll üksteise poliitika üle oli rutiinne”.

- 363 Nüüd tuleb uurida, kas komisjoni esitatud asjaolud turu läbipaistmatusest on nii olulised, et need võimaldavad ümber lükata järelduse, et turg on piisavalt läbipaistev, et võimaldada järelevalvet hindade valdkonnas kehtestatud ühise poliitika järgimise üle.

Asjaolud, mis võivad turgu läbipaistmatuks muuta

- 364 Vaatamata eespool esitatud mitmele turu läbipaistvuse allikale järeldas komisjon siiski otsuse põhjenduses 157, et ei esine kollektiivset turgu valitsevat seisundit tegeliku läbipaistvuse alal täheldatud puudustest tingituna.

- 365 Turu läbipaistvuse uurimisele keskendunud *ad hoc* lõigust ilmneb, et see kinnitus tugineb otsuse põhjenduses 111 esitatud kinnitusele, et „teatud kontroll üksiktoote, st albumi tasemel on samuti vajalik eeskätt allahindluskampaaniate puhul”. Selles põhjenduses on lisaks märgitud, et „[t]uru-uuring näitab, et see vajadus võis vähendada turu läbipaistvust ja muuta vaikivad kokkulepped keerulisemaks” ja et „komisjon ei leidnud piisavalt tõendeid, et järeldada, et varem [oli] võimalik neid raskusi ületada”. Sellega seoses täpsustatakse otsuse põhjenduses 113, et komisjon „ei leidnud piisavalt tõendeid, et näidata, et jaehindade kontrollimisega või kasutades sidemeid jaemüüjatega said suured plaaditootjad minevikus üle viie suure liikmesriigi suhtes täheldatud allahindluskampaaniate läbipaistvuse puudumisest”. Sellest tuleneb, et allahindluste või vähemalt allahindluskampaaniate tõttu leidis komisjon, et turg ei olnud piisavalt läbipaistev, et võimaldada kollektiivse turgu valitseva seisundi teket.

366 Sellega seoses tuleb kõigepealt märkida, et komisjon ei järeldanud otsuses, et allahindluste tõttu ei olnud turg läbipaistev, ega ka seda, et allahindlused mõjutasid läbipaistvust või kollektiivse turgu valitseva seisundi jaoks vajalikku läbipaistvuse astet, vaid ta märkis üksnes, et need võisid „muuta vaikivad kokkulepped raskemaks”. Nendes tingimustes ja arvestades PPV-de avalikku laadi ja seega läbipaistvust ja kõigi tegureid, mis otsuse enda sõnastuse kohaselt suurendavad turu läbipaistvust ja kergendavad kokkuleppe järgimise kontrolli, ei võimalda turu läbipaistvuse uurimist käsitlev *ad hoc* lõik õigustada hinnangut, et turg ei ole piisavalt läbipaistev, nagu sedastati juba põhjendamist käsitleva etteheite raames.

367 Siiski tuvastas komisjon ühist hinnapoliitikat käsitleva lõigu raames — kõigi viie suure riigi osas sama sõnastusega — allahindluste kõikumise, mis oli peamiselt tingitud allahindluskampaaniatest, ja märkis, et ta ei saanud tõendada allahindluskampaaniate piisavat läbipaistvust (Ühendkuningriigi osas otsuse põhjendused 79 ja 80 ning teiste riikide osas põhjendused 86 ja 87, 93 ja 94, 100 ja 101 ning 107 ja 108).

368 Komisjoni hinnang tugineb tema poolt kohtule esitatud avaldustes otseselt ja otsuses kaudselt ideele, et hindade vaikiv kooskõlastamine on tõhus üksnes siis, kui see puudutab netomüügihindasid, st brutohindasid (käesolevas asjas PPV-d), millest on lahutatud allahindlused. Tegelikult ei ole mingit kasu PPV-de tasemel ühisest poliitikast ja selle järgimise kontrollist, kui salajased ning läbipaistmatud allahindlused kaotaksid selle kataloogihindade kooskõlastamise mõjud.

369 Otsusest (põhjendus 73) ilmneb, et peamised äriühingud teevad mitut liiki allahindlusi: kaubaarvete diskonteerimine (tavalised allahindlused või allahindluskampaaniad), tagasiulatuv diskonteerimine ja kaubanduskoostöö alaste kokkulepete alusel tehtud maksed. Vaidlust ei ole selles, et komisjon luges asjasse puutuvaks vaid

kaubaarvete diskonteerimist. Ühest küljest näitas uurimine põhjenduse 73 (ja ka põhjenduse 151) kohaselt, et kaubanduskoostöö alaste kokkulepete alusel tekkinud kulud on pigem tasu turustamise eest kui tegelik allahindlus, ja teisest küljest otsuse põhjenduste 78, 92, 99 ja 106 kohaselt ei ole tagasiulatuvaid diskonteerimisi üldse või on need nõrgad ning vastavalt otsuse põhjendusele 151 on nad „laadilt „lojaalse kliendi allahindlused” ning neil ei ole vahetut mõju hinnakonkurentsile”. Otsuse kõik põhjendused allahindluste läbipaistvuse kohta (läbipaistvust käsitleva *ad hoc* lõigu põhjendused 111 ja 113 ja Ühendkuningriigi ühist hinnapoliitikat käsitleva lõigu põhjendused 79 ja 80 ning vastavad põhjendused teiste suurte riikide kohta) sisaldavad muuseas märkusi üksnes kaubaarvete diskonteerimise (tavalised allahindlused ja allahindluskampaaniad) läbipaistvuse kohta. Samuti viitas komisjon Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes üksnes kaubaarvete diskonteerimise läbipaistvuse puudumisele.

370 Kõigepealt tuleb sedastada, et põhjendustes 111 ja 113 ei ole konkreetseid järeldusi, vaid tegelikult viitavad nad üksnes ühist hinnapoliitikat käsitlevas lõigus (Ühendkuningriigi osas põhjendused 79 ja 80 ja vastavad põhjendused teiste suurte riikide kohta, mis on esitatud täpselt sama sõnastusega) esitatud märkustele.

371 Siiski tuleb rõhutada, et viide puudutab vähemalt otsesõnu üksnes allahindluskampaaniaid, mitte aga tavalisi allahindlusi. Tegelikult viidatakse esiteks põhjenduses 111 albumi tasemel kontrolli vajadusele „eeskätt allahindluskampaaniate puhul”, ja teiseks on põhjenduse 113 lõpus märgitud, et „komisjon ei leidnud siiski piisavalt tõendeid, et näidata, et jaehindade kontrollimisega või kasutades sidemeid jaemüüjatega said suured plaaditootjad minevikus üle viie suure liikmesriigi suhtes täheldatud allahindluskampaaniate läbipaistvuse puudumisest”. Seega ilmneb läbipaistvust käsitlevas *ad hoc* lõigus esinevatest märkustest, et läbipaistmatus tuleneb vaid allahindluskampaaniatest. Seda analüüsi kinnitatakse ka põhjendustes 79 ja 80. Seega sedastatakse otsuse põhjenduses 79, et allahindluste kõikumised „tulenesid peamiselt allahindluskampaaniatest, mida kasutati paindlikumalt kui enamasti iga-aastaselt kokku lepitud tavalisi allahindlusi”. Samuti märgitakse otsuse põhjenduses 80, et peamised äriühingud „teadsid mõnel määral oma konkurentide tehtud tavalisi allahindlusi, võttes arvesse nende pidevat suhtlemist klientidega” ja et

„allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused”. Lisaks ei väideta otsuses kordagi ega tõendata ammugi, et tavalised allahindlused olid läbipaistmatud või ebapiisavalt läbipaistvad.

372 Komisjon tunnistas ka Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes tavaliste allahindluste piisavat läbipaistvust, kuna need kehtestatakse igal aastal ja neid kohaldatakse kliendi kogu müügile (erinevad tasemed popmuusikale, klassikalisele muusikale või televisioonis reklaamitud albumitele), ning esitas argumente üksnes allahindluskampaaniate läbipaistmatusest. Kostja vastuses selgitas ta ka seda, et omistas allahindluskampaaniatele sellise tähtsuse vajadusest kontrollida kõiki netohindade osasid, kuna suhteliselt läbipaistvad PPV-d ja teatud teadmine tavalistest allahindlustest ei olnud piisavad, kui olulised läbipaistmatud allahindluskampaaniad tingisid netohindade kõikumise. Samuti märkis ta seal, et ei ole võimalik järeldada, et peamised äriühingud teadsid kindlalt teise peamise äriühingu netohindade kehtestamise tegelikku praktikat, kuna „esinesid tõendid PPV-de teatavast läbipaistvusest, mõned tõendid tavaliste allahindluste teatavast läbipaistvusest ja kindlad tõendid allahindluskampaaniate läbipaistmatusest ja keerukusest”. Lõpuks märkis komisjon oma lõplikes märkustes otse, et ta järeldas otsuses „nii PPV-de kui tavaliste allahindluste olulist läbipaistvust”.

373 Seega ilmneb nii otsusest kui ka Esimese Astme Kohtus komisjoni poolt esitatud argumentidest, et turu ainus läbipaistmatuse asjaolu tulenes allahindluskampaaniate väiksemast läbipaistvusest.

374 Kõigepealt tuleb sedastada, et allahindluste läbipaistvust käsitleb otseselt vaid otsuse põhjendus 80 (ja nelja ülejäänud suure riigi osas põhjendused 87, 94, 101 ja 108, mis on sõnastatud identselt). Selles on märgitud järgmist:

„[M]is puudutab allahindluste läbipaistvust, siis näitavad klientide vastused [...] komisjoni poolt turul tehtud küsitlusele peamiselt, et peamised äriühingud teadsid mõnel määral oma konkurentide tehtud tavalisi allahindlusi, võttes arvesse nende pidevat suhtlemist samade klientidega. Siiski ilmneb, et allahindluskampaaniad ei ole nii läbipaistvad kui tavalised allahindlused ja et nende kontroll nõuab samuti jaemüügiturul seda tüüpi allahindluste arengu ranget jälgimist.”

375 Sellega seoses tuleb märkida, et enamike suurte riikide osas näitavad põhjenduste 80, 87, 94, 101 ja 108 joonealustes selgitavates märkustes mainitud vastused suuremat läbipaistvust, kui otsuses mainitakse. Nii selgitatakse 55. joonealuses märkuses, et „[k]üsimusele vastanud viis Itaalia jaemüüjat märkisid, et suured plaaditootjad teadsid oma konkurentide kohaldatud PPV-sid ja allahindlusi”, Prantsusmaal oli see proportsioon neljast jaemüüjast kolm, kusjuures neljas teatas, et ta ei saa seisukohta võtta (vt 49. joonealune märkus). Kui jätta kõrvale üks Briti klient, siis ühegi suure riigi puhul ei näita selgitav märkus ühtegi jaemüüjat, kes oleks vastanud, et peamised äriühingud ei teadnud allahindlusi. Jättes samuti kõrvale kaheksast Saksa jaemüüjast ühe, siis ei täpsustanud ükski jaemüüja selgitavate märkuste kohaselt, et peamised äriühingud teadsid vaid mõnel määral oma konkurentide allahindlusi.

376 Lisaks tuleb rõhutada, et ükski selgitav märkus ei täpsusta, et jaemüüjad oleksid vastanud seda, et peamised äriühingud teadsid tavalisi allahindlusi, mitte aga allahindluskampaaniaid, sest vastustes viidatakse allahindlustele ilma mingite täpsustusteta.

- 377 Seega tuleb sedastada, et otsuses märgitud tõendid ei kinnita nendest tõenditest tehtud järeldusi.
- 378 Seejärel ilmneb, et otsuses nendest tõenditest tehtud järeldused erinevad väga selgelt vastuväiteteatise tehtud järeldustest.
- 379 Seega märgitakse vastuväiteteatise punktis 81, et „komisjon leiab, et esineb piisavalt tõendeid selle kohta, et peamised äriühingud on teadlikud üksteise kaubandustingimustest”. Täpsemalt ilmneb sellest, et tegu ei ole niivõrd komisjoni hinnanguga, mida võidakse muuta, vaid pigem tema uurimisest tuleneva faktilise järeldusega. Vastuväiteteatise punktis 92 täpsustatakse: „Jaemüüjatelt saadud andmed näitavad mitte üksnes seda, et peamised äriühingud teavad üksteise hinnakirju, vaid ka seda, et nad teavad üksteise allahindlusi ja kaubanduspraktikat. Mõned Prantsusmaa, Ühendkuningriigi ja Saksamaa kõige suuremad jaemüüjad teatasid komisjonile, et nende arvates teadsid peamised äriühingud hästi üksteise kaubandustingimusi.” Vastuväiteteatise 54. selgitavas märkuses mainitakse, et jaemüüjad teatasid: „Peamised äriühingud teavad hästi nende konkurentide allahindluste vahemikku. On üldteada, et peamiste äriühingute müügiiosakonnad teavad plaaditootjate poolt kaubandustehingutele tehtud allahindlusi. Üks klient teatas, et peamised äriühingud teadsid 0,5–1% täpsusega nende vastavaid allahindlusi.” Komisjon jätkas vastuväiteteatise punktis 92 järgmiselt: „Paljud jaemüüjad arvavad samuti, et on tavaline kasutada ühelt peamiselt äriühingult saadud tingimusi läbirääkimistel teiste peamiste äriühingutega oma positsiooni üle”, osundades 55. selgitavas märkuses järgmist jaemüüja vastust: „Kaubanduslääbirääkimistega seoses viidatakse teiste peamiste äriühingute kohaldatud tingimustele ja allahindlustele. Varustajate piiratud arv võimaldab peamistel äriühingutel kergelt saada täielikku pilti nende kohaldatud tingimustest ja nende järgi ühtlustada.” Lõpuks, kuigi tegu on mitte niivõrd järelduse

kui hinnanguga, märkis komisjon vastuväiteteatise punktis 129 „Turu-uuring kinnitas, et peamiste äriühingute müügiorganisatsioonid suhtlevad regulaarselt ja püsivalt jae- ja hulgimüüjatega [...] Kuna avaldati erinevaid edetabeleid, siis said peamised äriühingud kergelt jälgida, kas teised peamised äriühingud teevad täiendavaid allahindlusi oma kõige parematele albumitele.”

380 Komisjoni kostja vastusest ilmneb veel teisigi küsitlusi. Komisjoni kostja vastuse põhjenduse 51 juures esitatud 45. joonealuses märkuses on sedastatud: „Teatanud pooled väitsid, et teatud arv positiivseid vastuseid käsitles üksnes PPV-sid või ei eristanud PPV-sid ja allahindlusi. Üksnes viis vastust kõigist riikidest saadud 36 vastuse hulgast märkisid otsesõnu, et allahindlustes esineb teatud läbipaistvus; vastupidist seisukohta kaitses 11 vastust.” Kuigi esimeses lauses märgitakse tõesti, et tegu on üksnes koondumise poolte esitatud argumendiga, siis on teine lause esitatud kui komisjoni faktiline järeldus. Tuleb sedastada, et see järeldus on ilmses vastuolus otsuses esitatud jaemüüjate vastustega, sest otsuse 49., 52., 55. ja 57. joonealune märkus näitavad, nagu eespool esitati, et suur enamus jaemüüjatest vastas, et peamised äriühingud teadsid oma konkurentide allahindlusi, ilma et kuskil oleks täpsustatud, et tegu on vaid osalise või kaudse teadmisega, ning mitte ükski nendest (v.a üks Briti jaemüüja) ei öelnud, et need allahindlused ei olnud läbipaistvad. Seega ei saa järgida komisjoni argumente. Lisaks viitab komisjoni kostja vastus üksnes 36 jaemüüja vastustele, kuigi koondumise pooled kommenteerisid vähemalt 42 vastust oma 17. juuni 2004. aasta märkuses läbipaistvuse kohta.

381 Seejärel ilmneb komisjoni vastustest Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele, et tema järeldusi jaemüüjate uurimusest saab selgitada osaliselt asjaoluga, et ta järgis argumente, mille koondumise pooled esitasid vastuses vastuväiteteatisele ja läbipaistvust puudutavas märkuses, mille nad esitasid pärast komisjonis toimunud ärakuulamist 17. juunil 2004; nende argumentide kohaselt tuli kõrvale jätta nende

jaemüjate jaatavad vastused, kus ei täpsustatud, kas nad viitavad PPV-dele ja/või allahindlustele.

382 Enne selle selgituse põhjendatuse uurimist tuleb kõigepealt üllatuda selle üle, kui hilja see on esitatud. Kuna käesolevas asjas on läbipaistvuse aste keskne küsimus, siis on raske mõista, et seda peamist tõendit käsitlevat selgitust ei esitatud ei otsuses ega eriti veel kostja vastuses ega isegi mitte täiendavates märkustes, vaid see esitati alles kohtuistungil eelõhtul vastusena Esimese Astme Kohtu konkreetsele küsimusele.

383 Mis puudutab argumendi põhjendatust, siis tuleb meenutada, et komisjoni poolt jaemüjatele saadetud küsimustik esitas järgmise küsimuse: „Kas Teie müügiosa-konna kogemuste põhjal teavad plaaditootjad oma konkurentide PPV-sid ja allahindlusi?” Nagu hageja õigustatult väitis, ei ole ühtegi veenvat põhjust järeldamiseks, et arvesse ei saa võtta selliste jaemüjate jaatavaid vastuseid (mis on kohati väga kategooriliselt sõnastatud, nagu „ilmselgelt”, „absoluutselt”, „kindlasti”), kus ei täpsustata, kas nad viitavad hindadele ja/või allahindlustele. Selliselt sõnastatud küsimusele antud vastust, olgu siis jaatav või eitav, tuleb loogiliselt mõista nii, et see viitab mõlemale asjaomasele punktile, kui seal ei ole esitatud piirangut või täpsustust. Oletusel, et komisjon leidis, et vastuste tegeliku tähenduses osas jäi kahtlusi, oleks komisjon, arvestades eeskätt selle küsimuse olulisust otsusele, pidanud seda asjaomastelt jaemüijatelt üle kontrollima, mida oleks muuseas olnud võimalik ka väga lühikese aja jooksul teha.

384 Igal juhul tuleb sedastada, et teatanud poolte kinnitus, millega komisjon nõustus ja mille kohaselt „[ü]ksnes viis vastust kõigist riikidest saadud 36 vastuse hulgast märkisid otsesõnu, et allahindlustes esineb teatud läbipaistvus; vastupidist seisukohta kaitses 11 vastust”, on ilmselgelt ekslik.

385 Mis puudutab väidetavat 11 vastust, kus otsesõnu märgitakse, et allahindlused ei ole läbipaistvad, siis tuleb sedastada, et Sony ja BMG 17. juuni 2004. aasta märkusest (menetlusse astuja seisukohtade lisa C.9) ilmneb esiteks, et väidetav eitavate vastuste hulk on 10, mitte aga 11 (vt lk 213), ja et tegelikult mainitakse märkuses nendest vaid seitset, millest vaid neli käsitlevad otsuse peamise uurimise esemeks olnud suuri riike. Lisaks ilmneb, et peaaegu ühtegi nendest neljast vastusest ei saa lugeda otsesõnu eitavaks vastuseks. On selge, et [konfidentsiaalne] vastust „meie arvates teavad nad oma konkurentide PPV-sid” ei saa mõista kui otsesõnu väidet, et peamised äriühingud ei tea oma konkurentide allahindlusi. Teises vastuses Saksa turu kohta märgitakse „mitte jaeturul, kuid nad teadsid konkurentide miinimumhindasid”, mis ei ole samuti otsesõnu eitav vastus. Leheküljel 61 esitatud [konfidentsiaalne] vastus on ainuke otsesõnu eitav vastus: „PPV– Jah. Allahindlused — Ei”, kuid selles täpsustatakse sellegipoolest kohe, et „kui jaemüüjatele tehakse teatud albumi kohta üldine allahindlus, siis on sellest tulenev keskmise jaemüügihinna vähenemine tervel turul ilmne”. Lõpuks ei ole 17. juuni 2004. aasta märkuses mainitud [konfidentsiaalne] väidatavalt eitavat vastust („me ei ole teadlikud, et plaadifirmad oleksid teadlikud oma konkurentide PPV-dest ja allahindlustest”) toimikus. Ülejäänud neli vastust Ühendkuningriigi turu kohta (nii otsuse kui ka komisjoni poolt Esimese Astme Kohtule esitatud dokumentide kohaselt vastasid viis Briti jaemüüjat) olid järgmised: „PPV — Jah. Allahindlused — Vahemikus 0,5–1%” (lk 56); „Ilmselgelt” (lk 58); „Jah” (lk 63); „plaadidtootjad on teadlikud oma konkurentide PPV-dest [...] usub, et nad teavad hästi nende konkurentide allahindluste vahemikku” (lk 65) (see jaemüüja märgib vastusena järgmisele küsimusele samuti, et „kaubanduslääbirääkimistel viidatakse teiste peamiste äriühingute kohaldatud tingimustele ja allahindlustele” ja et „varustajate piiratud arv võimaldab peamistel äriühingutel kergelt saada täielikku pilti nende kohaldatud tingimustest ja nende järgi ühtlustada”). Tuleb sedastada, et kõik Briti klientide vastused ei ole sugugi otsesõnu eitavad, vaid näitavad vastupidi nii PPV-de kui ka allahindluste suurt läbipaistvust.

386 Lisaks ilmneb komisjoni poolt kohtuistungil eelõhtul esitatud jaemüüjate vastuste uurimisest, et need ei toeta järeldusi, mida komisjon nendest tegi. Mitmed vastused näitavad hoopis allahindluste läbipaistvust või seda, et peamised äriühingud teadsid neid.

387 Eelnevast tuleneb, et komisjoni poolt jaemüüjate vastustele antud hinnangus on tehtud ilmne viga.

388 Mis puudutab seejärel otsuses eristatud tavaliste allahindluste läbipaistvust ja allahindluskampaaniate läbipaistvust, siis ilmneb kostja vastusest, et komisjon järeldas koondumise poolte analüüsist jaemüüjate vastustele, Sony ja BMG siseriiklike juhtide avaldustest (lisa B.2) ja müügiesindajate järelevalve ettekannetest, et isegi kui PPV-d ja teatus osas ka tavalised allahindlused olid läbipaistvad, siis ei ole kindlasti läbipaistvad allahindluskampaaniad, mille kohta toimuvad läbirääkimised igal üksikjuhul.

389 Ükski nendest kolmest allikast ei võimalda komisjoni järeldust kinnitada. Esiteks, nagu eespool märgitakse, on komisjoni poolt koondumise poolte analüüsi kohaselt jaemüüjate vastustele antud hinnangus tehtud ilmne viga. Lisaks ei erista ükski jaemüüjate vastus, olgu siis jaatav või eitav, tavalisi allahindlusi ja allahindluskampaaniaid. Teiseks on selge, et üksnes koondumise poolte esindajate avaldused ei saa endast kujutada kehtivat tõendit allahindluskampaaniate läbipaistmatusest. Kolmandaks on müügiesindajate igapäevased järelevalve ettekanded konkurentide kohta turu läbipaistvuse täiendav allikas, nagu märgitakse otsuse põhjenduses 113. Seega, isegi kui neis ei ole väga täpseid andmeid allahindlustest, eeskätt allahindluskampaaniatest, ei tõenda nad siiski nende läbipaistmatust. Lisaks, nagu eespool on märgitud, [*konfidentsiaalne*].

390 Eelnevast tulenevalt on otsuse hinnangus turu läbipaistvuse kohta tehtud ilmne viga, kuna selles tuginetakse asjaoludele, mis ei toeta nendest asjaoludest tehtud järeldusi.

391 Täiendavalt uurib Esimese Astme Kohus siiski ka allahindluskampaaniate erinevust ja keerukust käsitlevaid argumente.

392 Otsuse põhjendustes 79, 86, 93, 100 ja 107 järeldas komisjon Sony ja BMG kaubaarvete diskonteerimise teatud kõikumise ja erinevused suure osa nende peamiste klientide puhul viies suures riigis (2–5% Ühendkuningriigis, Saksamaal ja Hispaanias; 1–3% Itaalias, olukord oli pisut erinev Prantsusmaal, kuid siiski samas suurusjärgus, kui kõiki allahindlusi koos arvestada). Lisaks märgiti järgmist:

„[Koondumise] pooled esitasid andmeid, millest nähtub, et kindla kliendi kaubaarvete diskonteerimised erinesid ajas ja erinevate albumite vahel ning kindlale albumile tehtud allahindlused erinesid erinevate klientide vahel. Turu-uuringust ilmneb, et need kõikumised tulenesid peamiselt allahindluskampaaniatest, mida kasutati paindlikumalt kui enamasti iga-aastaselt kokku lepitud tavalisi allahindlusi.”

393 Kostja vastuses esitas komisjon mitu tabelit, et tõendada allahindluste erinevust ja keerukust. Sellest tuleneb, et allhindluskampaaniad olid vähem läbipaistvad kui tavalised allahindlused ja et nende järelevalve nõudis jaeturu allahindluste üksikasjalikku jälgimist, ja komisjon ei leidnud piisavaid tõendeid sellest, et peamised äriühingud nii toimisid. Kostja vastuses selgitab komisjon, et ta uuris üksikalbumi netohinna osasid (PPV, tavaline allahindlus, võimalik allahindluskampaania) ja järeldas, et kõigi asjaolude piisav läbipaistvus on vajalik, et suur plaaditootja oleks piisavalt kindel, et ta teab teise plaaditootja netohindade kehtestamise tegelikku praktikat, nagu see väljendub klientide ja albumite tasandil, ja et ta „ei saanud sellist järeldust teha, kui esinesid tõendid PPV-de teatavast läbipaistvusest, mõned tõendid tavaliste allahindluste teatavast läbipaistvusest ja kindlad tõendid allahindluskampaaniate läbipaistmatuses ja keerukuses”.

394 Komisjoni nende argumentide kohta tuleb teha järgmised märkused.

395 Esiteks on üllatav, et komisjon tugineb allahindluste läbipaistvuse puudumise tõendamiseks allahindluste erinevustele. Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes rõhutas komisjon korduvalt seda, et netohindade või allahindluste stabiilsus või paralleelsus ei ole asjassepuutuv turu läbipaistvuse hindamisel. Ta väitis eeskätt, et teatud plaaditootja (keskmiste) allahindluste oluline stabiilsus ei saa olla vajaliku läbipaistvuse tõendiks; et komisjoni huvi allahindluste läbipaistvuse vastu ei olnud otseselt eesmärgiga kindlaks teha, kas peamised ettevõtjad on minevikus võimalikku ühistegevust läbi viinud; et tõendid allahindluskampaaniate tegelikust praktikast mingil kindlal hetkel olid asjakohased üksnes selleks, et hinnata netohindade ühtlustamise tegelikku astet; et ükskõik millisel tasemel ühtlustamist ei saanud mingil juhul lugeda piisavaks tõendiks kooskõlastamisest; et suure plaaditootja tehtud allahindluste teatav stabiilsus läbi aja ei olnud iseenesest tõend ja et ka statistiliselt kõrge ootuspärasuse aste ei tõendanud kooskõlastamise olemasolu.

396 Samuti väitsid koondumise pooled pärast komisjonis toimunud ära kuulamist 17. juunil 2004 esitatud läbipaistvust puudutavas märkuses, et klientidele saadetud Phase II küsimustiku 28. küsimusel („Kas te olete täheldanud PPV-de, allahindluste või teiste nõuete ja tingimuste ühtlustamist [peamiste äriühingute] vahel?") ei ole mingit seost hindade läbipaistvusega („Arvestades juba selle küsimuse sõnastust on ilmselge, et see ei puuduta hindade läbipaistvust”).

397 Teiseks tuleb meenutada, et otsuse *ad hoc* lõigus, mis keskendub turu läbipaistvuse uurimisele (põhjendused 111–113), ainsana esitatud märkused allahindluste kohta piirduvad allahindluskampaaniate puhul viitamisega neile järeldustele, mis on tehtud viies suures riigis ühist hinnapoliitikat käsitlevas lõigus (Ühendkuningriigi osas põhjendused 77–80 ja vastavad põhjendused teiste suurte riikide kohta). Et kindlaks määrata, kas peamistel äriühingutel oli ka tegelikult hindade kooskõlastamise poliitika, märkis komisjon otsuse põhjenduses 70, et „keskmised hinnad [olid] hea vahend määramaks, kas suured plaaditootjad tegutse[sid] hindade valdkonnas

paralleelselt”. Sellest tuleneb otsuse enda sõnastuse järgi, et komisjon arvas, et ta võib läbipaistvuse hindamiseks tugineda keskmistele andmetele, mitte aga täpsetele kõikumistele, sh allahindluskampaaniate osas.

- 398 Igatahes ei näi, et komisjon oleks tõsiselt uurinud allahindluskampaaniate täpseid kõikumisi ja nende mõju turule või hindadele. Lisaks ilmneb otsuse põhjendusest 72, kus mainitakse erinevaid komisjoni analüüsitud asjaolusid, et uuriti üksnes kaubaarvete diskonteerimise keskmisi andmeid (vt otsuse 43. joonealune märkus). Nii vastuväiteteatises kui ka terve haldusmenetluse käigus leidis komisjon, et keskmisi bruto- ja netohindasid ning allahindlusi käsitlevad andmed võimaldasid hinnata kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu ja seega ka seda, kas turg oli piisavalt läbipaistev. Komisjon muutis oma hinnangut alles 14. ja 15. juuni 2004. aasta istungite ärakuulamise järel ja võttis omaks koondumise poolte kaitstud teesi, et allahindluskampaaniate keerukus ja erinevused kaotavad vajaliku läbipaistvuse; samas ei viinud ta läbi uusi turu-uuringuid, et kontrollida oma uute järelduste põhjendatust.
- 399 Kolmandaks tingivad komisjoni poolt otsuses ja Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes esitatud argumendid ja tõendid allahindluskampaaniate väidetavate erinevuste kohta rea märkusi, mis puudutavad esiteks nende läbipaistmatuse astet ja teiseks nende asjakohasust.

— Allahindluskampaaniate läbipaistmatust

- 400 Kõigepealt tuleb märkida, et komisjon ei määratlenud otsuses ega Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes täpselt, mis on allahindluskampaaniad, millistel

tingimustel neid antakse ja millistele nõuetele need on allutatud, nende sagedust, summat või albumeid, millele neid tuleks kohaldada. Siiski näib toimikust ja nimelt komisjoni esitatud vähestest konkurentide vastustest ilmnevat, et tegu on täpsete ja väga kõrge protsendiga allahindlustega, mida tehakse kindlaksmääratud kogusele kindlatele albumitele piiratud ajaks ja konkreetsetes olukordades, tavaliseks selleks, et saada lahti suurest osast laos olevast kaubast.

401 Otsuse põhjenduse 79 (ja vastavad põhjendused teiste suurte riikide kohta) järgi „[koondumise] pooled esitasid andmeid, millest nähtub, et kindla kliendi kaubaarvete diskonteerimised erinesid ajas ja erinevate albumite vahel ning kindlale albumile tehtud allahindlused erinesid erinevate klientide vahel”. Kuigi otsuse selles punktis mainitakse kaubaarvete diskonteerimise laiemat kategooriat, siis tuleb sedastada, et see märkus puudutab tegelikult üksnes allahindluskampaaniaid. Nagu ilmneb otsusest ja komisjoni avaldustest, siis toimuvad iga kliendiga läbirääkimised terve aasta tavaliste allahindluste teemal ning neid allahindlusi kohaldatakse asjaomase kliendi kogu müügile. Komisjon jätkab otsuse põhjenduses 79 täpsustusega, et need kõikumised tulenesid peamiselt allahindluskampaaniatest. Komisjon väidab, et need kolme tüüpi erinevused (klientide ja albumite vahel ning ajalised) muudavad allahindluskampaaniad läbipaistmatuks. Selle kinnituse toetuseks lisas komisjon kostja vastusele rea tabelleid, mis peaksid näitama neid erinevaid kõikumisi (edaspidi „ueded tõendid”).

402 Sellega seoses tuleb esiteks sedastada, nagu ka hageja õigustatult märgib, et allahindluskampaania (*campaign discount*) näib olevat oma laadilt reklaam. Plaaditootja teeb jaemüüjale tavalisele allahindlusele lisanduva kõrge protsendiga allahindluskampaania loogiliselt vaid siis, kui see kantakse edasi lõpptarbijale (hinna selge vähenemine või toote asetamine paremale kohale vaateaknal), et suurendada seda puudutava albumi läbimüüki. See kehtib veelgi enam seetõttu, et nagu vastuväiteteatise punktist 115 tuleneb, arvutatakse rojaltid (autoritasu) albumi PPV põhjal, mitte aga netohinna põhjal, nii et peamiste äriühingute huvides on maksimaalselt piirata allahindluste tegemist.

403 Seejärel tuleb sedastada, et määruse artikli 11 alusel esitatud infonõudele konkurentide esitatud vastuste kolm ainsat väljavõtet, mille komisjon Esimese Astme Kohtule esitas, ei kinnita sugugi komisjoni väidet, vaid vastupidi näitavad allahindluskampaaniate suhteliselt avalikku ja läbipaistvat laadi.

404 Üks peamine äriühing vastas järgmiselt:

„[Allahindluskampaaniaid] võib kasutada värskest avaldatud albumi puhul uue artisti reklaamimiseks, uue kaupluse toetamiseks, mingi programmi või kindla müügi-kampaania toetamiseks (sagedasti puudutab see tervet albumite kategooriat) või kindla sündmuse toetamiseks. Seda tüüpi allahindlus võib kujutada olulist osa PPV-st [*konfidentsiaalne*] ja on oluline, kuna sellega edendatakse teatud müüki.”

405 Allahindluste tegemise tingimuste täpsustused, mis on esitatud ainsas teises komisjoni poolt edastatud peamiste äriühingute vastuses, soovivad samuti tõendada, et need puudutavad väga konkreetseid sündmusi, mida konkurendid kergelt tuvastavad. See peamine äriühing märgib järgmist:

„[Allahindluskampaaniad] on konkreetsete reklaamkampaaniate raames tehtud allahindlused. Need on seotud kindlate uute albumite või uute albumite gruppidega. Näiteks, kui artist on oma uue albumi tutvustamiseks kontsertreisil, võidakse teha allahindlus, et suurendada selle albumi läbimüüki artisti kontsertreisi ajal. Samuti võivad kindla kampaaniaga olla seotud hooajalised plaadid (jõulumuusika). Allahindluskampaaniaid tehakse mõnikord vanematele albumitele, mis ei ole enam nii edukad. Tavaliselt üritab [...] müüa suurt hulka kindlat plaati (või mitut plaati), mille osas tehti allahindlus jaemüüjale, kes seejärel müüb neid eripakkumisega. Uutele plaatidele tehakse allahindlus ettetellimustele, et tagataks märgatav

väljapanek müügikohas. [...] Seda tüüpi allahindlusi tehakse uutele või tõusvatele artistidele, kui [...] soovib müüki edendada suunatud reklaamkampaniaga.”

406 Lõpuks ilmneb iseseisva tootja vastuses esiteks, et allahindluskampaniad väljenduvad silmnähtavalt madalamas müügihinnas tarbijatele ja selle esemeks olevate albumite paremas väljapanekus kaupluses, ja teiseks, et just jaemüüjad algatavad kampaniad ja kutsuvad erinevaid tootjaid nendes osalema (vt selle kohta ka Sony ja BMG esindajate ütlused, lisa B.2), mis võimaldab neil seega olla teadlik nende allahindluskampaniate olemasolust.

407 Sellest tuleneb, et ei otsuses ega uutes tõendites ei ole mingeid kolmandatelt isikutelt saadud andmeid, mis kinnitaks allahindluskampaniate läbipaistmatust.

408 Siiski ilmneb põhjendusest 79 ja komisjoni avaldustest Esimese Astme Kohtus, et koondumise pooled esitasid andmeid, mis tõendasid, et allahindluskampaniad ei ole piisavalt ühtlustatud, kuna need erinevate klientide ja albumite puhul ajaliselt erinevad. Komisjon ja menetlusse astujad väidavad sisuliselt, et nende allahindluste erinevuste ja keerukuse tõttu ei olnud turg piisavalt läbipaistev.

409 Sellega seoses tuleb esiteks meenutada, et komisjon järeldas vastuväiteteatise punktides 88–90 kõigi peamiste äriühingute andmete põhjal, et allahindlused erinesid, kuid olid stabiilsed; et mõnest erandist hoolimata olid erinevused väga väikesed; et ei olnud mitte mingeid tõendeid sellest, et neid kasutati hinnapoliitika

põhjalikuks muutmiseks ega eriti veel edukate uute albumite (*new hit releases*) keskmiste netohindade muutmiseks, sest brutohinna ja netohinna omavahelised suhted oli aja ja albumi lõikes väga stabiilsed.

410 Nagu eespool meenutati, on komisjonil küll õigus muuta haldusmenetluse käigus oma hinnangut, eeskätt selleks, et võtta arvesse asjaomaste poolte märkusi, ning ta ei pea seda otsuses põhjendama, peab seevastu otsuse järeldusi olema võimalik õigustada vähemalt Esimese Astme Kohtus toimuva menetluse ajal seoses eelnevate faktiliste järeldustega, näidates vajaduse korral, miks need varasemad hinnangud olid ekslikud. Nagu hageja õigustatult märgib, ei uurinud komisjon uuesti kõigi peamiste äriühingute allahindlusi käsitlevaid andmeid, vaid piirdus oma järelduste põhjendamiseks üksnes koondumise poolte esitatud andmetest lähtuvalt.

411 Kostja vastuses väitis komisjon tõesti, et ta uuris teiste peamiste äriühingute allahindlusi, kuid kuna neid andmeid ei saanud koondumise pooltele avaldada, siis olid võimatu neid otsusesse lisada. Nende argumentidega ei saa nõustuda.

412 Esiteks ilmneb selgelt nii otsusest (vt eeskätt otsuse põhjendus 79 ja 43. joonealune märkus), komisjoni avalduste teistest punktides (vt eeskätt kostja vastuse see lõik, kus komisjon märgib otsesõnu, et „[a]rvesse võeti üksnes Sony ja BMG andmeid, kuna teised peamised äriühingud teatasid, et nemad esitasid arveid vaid netohindadega”) ja komisjoni esitatud uutest tõenditest, et allahindluste muutuste põhjal tehtud hinnang põhines üksnes koondumise poolte allahindlusi puudutavatel andmetel. Lisaks ei märgita otsuse üheski põhjenduses, et komisjon uuris teiste

peamiste äriühingute allahindlusi puudutavaid andmeid, ega ammugi seda, et need näitaksid allahindluskampaaniate keerukust ja erinevust.

413 Teiseks ei saa komisjon ilmselt väita, et ta ei saa koondumiskava hindamise raames võtta arvesse teiste turul tegutsevate ettevõtjate andmeid või vajaduse korral nendele andmetele oma järeldustes tugineda. See tees muudaks enamikul juhtudel võimatuks koondumiskava ühisturuga kokkusobivuse hindamise. Lisaks tuleb sedastada, et suurem osa muid otsuses hinnatud tegureid peale allahindluste (turuosad, bruto- ja netohinnad jne) põhinevad erinevate turul tegutsevate ettevõtjate andmetel.

414 Kolmandaks rõhutas komisjon pärast kohtuistungit esitatud lõplikes märkustes piiranguid, mis tulenevad koondumiskavade uurimismenetluse rangetest tähtaegadest, ja vajadust tagada teatanud poolte kaitseõigus ja väitis, et hageja mitmed väited, mille kohaselt ei uurinud komisjon nõuetekohaselt teatud olulisi küsimusi seoses kindlate etteheidetega ja oleks pidanud uurima ka teisi etteheiteid, tuginevad koondumiste kontrolli menetluse ekslikule mõistmisele, kuna koondumisega konkurentsile tekitada võivate probleemide uurimine toimub põhiliselt enne vastuväiteteatise esitamist. Kuigi hageja ei saa komisjonile tegelikult ette heita seda, et komisjon ei uurinud esimest korda alles Esimese Astme Kohtu menetluses esitatud probleeme, millest mõned on ilmselgelt vastuvõetamatud, kuna need esitati alles repliigis või pärast kohtuistungit esitatud märkustes, siis jätab see komisjoni märkus siiski tähelepanuta kaks asjaolu. Esiteks ei ole vaidlust selles, et alates menetluse algusest tuvastas komisjon läbipaistvuse ja allahindluste problemaatika ja et ta küsitles sellega seoses nii kolmandaid isikuid kui ka koondumise pooli. Teiseks on ajalise piirangu tagajärg ka see, et koondumise pooled ei saa viimase hetkeni oodata, et esitada komisjonile tõendeid, mis lükkavad ümber komisjoni poolt aegsasti esitatud etteheiteid, kui komisjonil ei ole seega enam aega teostada vajalikku kontrolli. Sellises olukorras eeldatakse vähemalt, et need tõendid on väga usaldusväärsed, objektiivsed, asjassepuutuvad ja veenvad, et tõhusalt ümber lükata komisjoni esitatud etteheited.

415 Sellega seoses tuleb kohe märkida, et nii otsuse põhjendusest 79 („[koondumise] pooled esitasid andmeid”) kui ka uute tõendite (lisatud kostja vastusele) uurimisest ilmneb, et mitte üksnes allahindluskampaaniaid käsitlevad järeldused tuginevad vaid koondumise pooli puudutavatele andmetele, vaid lisaks on ka neid andmeid koondavad tabelid koostatud nende poolte endi (või nende majandusekspertide) poolt nende valitud metodoloogia ja andmete põhjal, ilma et ilmneks, et komisjon oleks teostanud nende täpsuse, asjakohasuse, objektiivsuse ja esindavuse kontrolli. Kuigi, nagu komisjon kohtuistungil väitis, koondumiste kontrolli menetlus tugineb küll tingimata suures osas usaldusele ning komisjon ei pea ise üksikasjalikult kontrollima kõigi edastatud andmete usaldusväarsust ja täpsust, ei saa komisjon seevastu ka ilma mingi kontrollita vastutust uurimise teatud aspektide läbiviimise eest delegeerida koondumise pooltele, eeskätt kui need aspektid on peamine asjaolu, nagu käesolevas asjas, millele tugineb otsus, ja kui koondumise poolte esitatud andmed ja hinnangud on diametraalselt vastuolus komisjoni uurimise käigus saadud andmetega ning nende põhjal tehtud järeldustega.

416 Neljandaks rõhutas hageja, ilma et komisjon oleks sellele vastu vaieldud ning nagu tunnistati ka vastuväiteteatise punktis 146, et Sonyl ja BMG-l oli kontrollitud aastatel väga erinev sooritus. Kuna uute albumite jõud mõjutab hindasid ja allahindlusi, siis on üksnes nende kahe poolte andmeid uurivatel tabelitel tendents suurendada erinevusi.

417 Viiendaks, komisjoni esitatud uute tõendite uurimine eelnevate kaalutluste valguses tingib järgmised märkused.

418 Kostja vastuses kinnitab komisjon, et ta tugines oma avaldusele lisatud andmetele, et järeldada kolme liiki erinevusi allahindlustes (ajalised ja erinevate albumite ja klientide vahel).

419 Sellega seoses tuleb esiteks märkida, et kõigist nendest väidetavatest tõenditest on komisjoni koostatud vaid üks lisa (B.4), kuigi ka see tugineb Sony ja BMG tehtud allahindlusi käsitlevatele andmetele. Kõnealune lisa koosneb graafikutest, milles on esitatud koondumise poolte tehtud keskmised kaubaarvete diskonteerimised aastatel 2000–2003 oma kümnele parimale ühisele kliendile suurtes riikides, v.a Prantsusmaa, kuna komisjon järeldas, et Prantsusmaad käsitlevad andmed ei olnud sisemiselt kooskõlas. Vastuväiteteatises (punkt 88) tugines komisjon nendele graafikutele allahindluste üldise stabiilsuse tõendamiseks. Komisjon ei vaidlustanud Esimese Astme Kohtus selle järelduse täpsust, vaid üksnes märkis, et koondumise pooled olid väitnud, et nende teatud klientide kohtlemises olid olulised erinevused, ja täiendas lisa B.5 väljavõttega nende märkustest. Siiski tuleb sedastada, et need märkused ei saa kahtluse alla seada graafikutest tulenevat üldist muljet. Seega on stabiilsust ja tõendatud paralleelsust näitaval Itaalia turul, kus küll koondumise poolte sõnul said kaks klienti oluliselt väiksemaid allahindlusi kui teised, seda tähelepanuväärsem, et Sony ja BMG tegid need väiksemad allahindlused nimelt samale kahele kliendile, nende tase on peaaegu identne ja nende muutused olid paralleelsed.

420 Mis puudutab kostja vastuse lisades B.8 ja B.9 esitatud tabelleid, mis komisjoni sõnul näitavad, et vastavalt Sony ja BMG poolt oma 20 parimale albumile igas viies suures liikmesriigis 2003. aastal tehtud allahindluste jaotus oli oluliselt erinev, siis tuleb esiteks märkida, et need puudutavad kaubaarvete diskonteerimise üldisemat kategooriat, mitte üksnes allahindluskampaaniaid, ja et, nagu märgib ka hageja, allahindluste vahemike erinevused ajas võivad tuleneda soorituste erinevusest ega välista seda, et allahindlused tuginevad teadaolevate reeglite kogumile.

421 Seejärel tuleb sedastada, et kuigi allahindluste vahemike jagunemine ajavahemikus 1998–2003 erineb oluliselt erineval ajal ja erinevates riikides, erineb see siiski koondumise kahe poole puhul sarnaselt nii ajaliselt kui ka riigiti. See ilmneb veelgi

selgemalt tabelist (lisa B.9), milles võrreldakse igas viies suures liikmesriigis 2003. aastal tehtud allahindluse jagunemist, sest kuigi jagunemine erineb riikide lõikes, siis arenevad koondumise kahe poole allahindlused paralleelselt (vt eeskätt riike A ja C puudutavad andmed). Seega, kui riigis A keskendusid Sony ja BMG allahindlused vahemikku [konfidentsiaalne], siis asuvad riigis B need peamiselt vahemikus [konfidentsiaalne] ja [konfidentsiaalne], riigis C vahemikus [konfidentsiaalne] ja riikides D ja E kõrgemates vahemikes. Seega ilmneb nendest lisade tabelitest mitte üksnes see, et allahindluste jagunemine igas riigis erinevatesse vahemikesse on suhteliselt sarnane, vaid ka see, et erinevused riigiti on väga sarnased.

422 Mis puudutab täpsemalt allahindluskampaaniaid, siis viitab komisjon põhiliselt kahele lisale (B.13 ja E.4.2), et kinnitada väidet allahindluskampaaniate läbipaistmatusest, kuna need on ülimalt keerulised ja olulised. Siiski ilmneb, et seal esinevaid tabeleid, mis puudutavad Sony ja BMG allahindlusi üksnes ühel aastal ja on täielikult koostatud Sony ja BMG endi poolt, ei saa lugeda piisavalt asjasepuutuvateks ja usaldusväärseteks.

423 Seega mis puudutab lisa B.13 tabeleid, milles võrreldakse koondumise poolte oma kuuete parimale kliendile tehtud kaubaarvete diskonteerimisi 2002. aasta kõige rohkem müüdud albumite pealt, „mille PPV-d on sarnased” (*listed at similar prices*), siis tuleb sedastada eeskätt, et Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele vastates märkis komisjon, et iga riigi kohta valitud PPV oli vastavate poolte üks kõige olulisemaid PPV-sid tekitatud müügi seisukohalt, täpsustades siiski, et näiteks Saksamaa puhul oli tegu BMG kolmanda ja neljanda kõige olulisema PPV-ga ning Sony esimese ja kuuenda kõige olulisema PPV-ga. Kuna otsuses märgitakse, et koondumise pooled teostasid suurema osa oma müügist ühte või kahte või maksimaalselt kolme PPV-d kasutades, siis tuleb küsida, mis ulatuses arvesse võetud albumid esindavad tegelikult nende kõige rohkem müüdud albumeid. Lisaks tuleneb tabeleid puudutavast joonealusest märkusest, et mitme albumi PPV-d muudeti aasta

jooksul, mis näib olevat mõjutanud tehtud allahindlusi ja seega suurendanud võrreldavaid erinevusi. Samuti ilmneb nendest tabelitest, et BMG andmed puudutavad 2002. aastat, Sony andmed aga 2002/2003. raamatupidamisaastat.

424 Igal juhul, kuigi nende tabelite lugemist raskendab asjaolu, et seal on vahelduvalt koos esitatud nii Sony kui ka BMG andmed, kuigi analüüsida tuleks hoopis koondumise kummagi poole tehtud allahindlusi oma erinevatele klientidele, mitte aga ühe poole albumitele tehtud allahindlusi, võrreldes teise poole albumitele tehtud allahindlustega, siis näitab nende tabelite hoolikas uurimine, et erinevused on lõpuks väga piiratud. Lisaks tuleb sellega seoses meenutada, et vastuväiteteatise punktist 75 ja selle 47. joonealusest märkusest ilmneb, et komisjon analüüsis Sony ja BMG bruto- ja netohindasid individuaalselt nende kümne kõige rohkem müüdud albumi osas ja järeldas vastuväiteteatise punktis 90, et „bruto- ja netohindade suhted olid väga stabiilsed albumite ja aja lõikes komisjoni uuritud üksikute uute plaatide puhul”. Komisjon ega menetlusse astujad ei kinnitanud ega veelgi vähem tõendanud, et see järeldus oleks vale.

425 Mis puudutab lisa E.4.2 tabelleid, millega soovitakse tõendada Sony ja BMG poolt nende kõige rohkem müüdud albumitele tehtud kõige kõrgemaid allahindluskampaaniaid, siis tuleb sedastada, et nendes on hulgaliselt vigu, mille tõttu neid suurendatakse. Tegelikult tuleb märkida, et koondumise poolte igale kliendile tehtud kõige väiksema ja kõige suurema allahindluse (mis komisjoni sõnul võrdub allahindluskampaaniaga) erinevuse arvutamine on enamikul juhtudel vigane, sest võeti arvesse teise poole tehtud allahindlusi, kuigi komisjoni enda sõnul peaks arvutamine toimuma koondumise ühe ja sama poole poolt oma erinevatele klientidele tehtud kõige väiksemate ja kõige suuremate allahindluse erinevuse põhjal.

- 426 Nendest kahest näitest ilmneb, et lisaks sellele, et koondumise poolte esitatud tabelitesse tuleb suhtuda ettevaatlikkusega, kuna need töötati välja nende endi valitud parameetrite alusel, tuleb arvestada ka võimalusega, et neis on sisulised vead, mis ilmnevad käesolevas asjas isegi ülevaatliku uurimise käigus.
- 427 Igal juhul, isegi kui koondumise poolte koostatud erinevate tabelitega, mille komisjon esitas, oleks tegelikult ka võimalik tõendada väidetud enam või vähem suuri erinevusi, siis nagu hageja õigustatult märgib, on nende erinevuste asjakohasus sellegipoolest kahtlane, kuna esiteks näitavad need üksnes vahemikke, analüüsimata kaalutud keskmiseid ja kõikumisi keskmiste suhtes, ja teiseks ei välista need seda, et nimetatud erinevusi selgitaksid vähemalt valdkonna spetsialistile suhteliselt kergelt teatud hulk üldisi või eri-eeskirju, mis reguleerivad allahindluste tegemist, mille suhtes komisjon ei viinud läbi vajalikke uurimisi.
- 428 Komisjon rõhutas küll, et hageja ei ole esitanud täpselt seda, millised on need allahindluskampaaniate tegemist reguleerivad erinevad eeskirjad, või on neid esitanud liiga mitu, mis muudab nende kohaldamise keerukaks ja seega vähe läbipaistvaks; kuid on juba sedastatud, et komisjon ei ole siiski teostanud selle kohta turu-uuringut või vähemalt esitanud allahindluskampaaniate läbipaistmatuses ühtegi tõendit peale koondumise poolte koostatud tabelite, mis lisaks nende puudustele tõendavad igal juhul üksnes nende allahindluste teatud erinevusi, kuid ei tõenda seda, et valdkonna spetsialist ei võiks neid erinevusi suhteliselt kergelt selgitada. Lisaks ei saa hagejale ette heita seda, et ta ise seda ei tõendanud, kuna tabelites ei täpsustata albumeid, kliente, summasid ja ajahetki, kui neid allahindlusti tehti, ja kuna ei hageja ega Esimese Astme Kohus ei ole seega võimelised kontrollima, kas neid allahindlusti tehti kooskõlas hageja väidetud valdkonna üldeeskirjadega.

429 Mis puudutab komisjoni argumenti, et neid kriteeriume, mille alusel allahindluskampaaniaid üldiselt tehakse, on nii palju, et need muudavad kohaldamise läbipaistmatuks, siis tuleb esiteks sedastada, et hageja sõnul on erinevatel plaatide kategooriatel (uued plaadid, uued artistid, „full price”, „mid price”, „budget” jt teegid) piiratud arv üldisi müügistrateegiaid, mis reguleerivad suurt osa müügist (müügiedetabelis plaadi asendamine, osalemine allahindluskampaanias, koha ostmine vaateaknal jne); need müügistrateegiad võivad, tõsi küll, erinevatel territooriumidel ja erinevate klientide suhtes erineda (kaubahallid, spetsialiseeritud kauplused, iseseisvad kauplused jne). Kuigi erinevate muutujate korral suureneb hüpoteeside hulk, ei ole komisjon siiski tõendanud, et nende kombineerimine oleks olnud ülemäära keeruline kutseala spetsialisti jaoks. Seejärel tuleb märkida, et koondumise poolte endi poolt lisas B.14 esitatud mõned allahindluskampaaniate tegemist reguleerivad põhimõtted kinnitavad pigem nii hageja väidetud üldiste eeskirjade olemasolu kui ka nende eeskirjade ülemäärase keerukuse puudumist. Lõpuks tuleb märkida, et isegi suur hulk näiliselt keerulisi eeskirju, mida võib isegi olla raske loendada, ei takista tingimata kutseala spetsialistil piisavalt kergelt kindlaks märata, kas neid esmapilgul või tervikuna järgitakse. Seega eeldavad käitumiseeskirjad või etiketinormid nende üksikasjalikuks esitlemiseks pikka teost, kuid nendest eeskirjadest vaid vähe informeeritud isik võib siiski kergelt kindlaks määrata, kas teise isiku käitumine neile eeskirjadele üldjoontes vastab.

430 Igal juhul, nagu hageja rõhutab, ei ilmne otsusest ega komisjoni esitatud tõenditest, et viimane oleks uurinud allahindluskampaaniate tegemise üldteada eeskirjade olemasolu ega peamiste äriühingute võimalust kindlaks teha, kas teiste peamiste äriühingute allahindlused on kooskõlas nende eeskirjadega või kalduvad kõrvale ühistest põhimõtetest.

431 Lisaks väitis hageja, et netohinnad jaemüüjatele olid läbipaistvad, kuna nende kasumimarginaalid on üldiselt läbipaistvad ja väga täpselt teada.

- 432 Kostja vastuses väitis komisjon sellega seoses, et tema järeldus jaemüügi järelevalve ebatõhususest tugines ka jaehindade keerukusele ja läbipaistmatusele. Ta väidab, et vastusele lisatud uuringust ilmneb, et jaemüügi intensiivne järelevalve ei võimaldanud peamisel äriühingul tuletada sellest oma konkurentide netohindade (PPV, millest on lahutatud kaubaarve diskonteerimine) kindlaksmääramise praktikat kindla albumi kohta, kuna jaemüüjad ei kohaldanud kõik süstemaatiliselt hulgihindadele sama juurdehindlust ei kõigile albumite kategooriatele ega ka kõigile albumitele tugevate hindade kategooriast. Ta ei leidnud mingit tõendatavat seost sama PPV-ga albumite jaehindade ja neile tehtud kaubaarvete diskonteerimiste vahel.
- 433 Sellega seoses tuleb sedastada, et otsuse ükski põhjendus ei näita seda väidetavat võimatust kindlaks määrata netomüügihindu jaemüüjatele, lähtudes jaehindadest ja kasutades pööratud arvutamist (*reverse engineering*). Lisaks ei näita ükski toimiku element, et komisjon oleks haldusmenetluse käigust teostanud vähimatki kontrolli jaehindade ja hulgihindade seose üle ega isegi kogunud andmeid jaehindadest. Seega ei saa arvesse võtta ei komisjoni argumente ega ka kostja vastusele lisatud uurimust.
- 434 Lisaks tuleb märkida, nagu hageja väidab, et koondumise poolte majandusekspertide poolt koostatud uurimuses ei ole esitatud piisavalt usaldusväärseid, asjakohaseid ja võrreldavaid andmeid ning see ei võimalda toetada järeldusi, mida komisjon nendest teeb. Asjaolu, isegi kui see on tõsi, et kõik jaemüüjad ei kohalda alati sama juurdehindlust hulgihindadele, on igal juhul tähtsusetu. Kuigi on küll tõsi, et erinevad jaemüüjad (kaubahallid, iseseisvad kauplused, spetsialiseeritud kauplused jne) kohaldavad erinevat marginaalipoliitikat ja et iga liiki ettevõtjate hulgas on erinevused ja isegi iga ettevõtja puhul erinevused vastavalt albumi liigile ja selle edukusele, siis on seevastu vähetõenäoline — uurimuses ei ole selle kohta ka mingeid andmeid —, et jaemüüja kohaldaks erinevat müügiipoliitikat sama liiki albumitele. Kuna kõik jaemüüjad on kõigi peamiste äriühingute kliendid, võib seega iga peamine äriühing jälgida kindla jaemüüja poolt tema albumitele kohaldatud marginaali ja seega tuletada marginaali, mida tavaliselt kohaldatakse tema

konkurentide sama liiki albumitele. Lõpuks tuleb märkida, et Sony ja BMG Prantsusmaa müügijuhtide ütluste kohaselt (esitatud lisas B.2) kehtestatakse jaehind üldiselt hulgihinnale käibemaksu lisamisega.

435 Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et komisjoni esitatud tõendid ei ole piisavalt usaldusväärsed, asjakohased ja veenvad, et tõendada allahindluskampaaniate läbipaistmatust.

436 Lõpuks tuleb ka täiendavalt märkida, et olukorras, kui allahindluskampaania ei oleks läbipaistev, sest jaemüüja ei suunaks seda edasi lõpptarbijale — kui tal oleks õigus seda teha —, vaid jätaks selle endale, et oma kasumit suurendada, ei ole komisjon selgitanud selle asjaolu asjakohasust käesolevas juhtumis. Kuigi täiesti homogeensete toodete korral võib tootjalt jaemüüjale tehtud salajane ja läbipaistmatu allahindlus olla asjakohane vaikivaks koostööks vajaliku läbipaistvuse hindamisel, kuna see allahindlus võimaldab sellel tootjal suurendada müüki, kahjustades oligopoli teisi liikmeid, siis ei kehti see tingimata erinevate toodete müügil vahendajatele. Seega, kuna käesolevas asjas on iga album erinev, ostab jaemüüja, kes ostab peamistelt äriühingutelt üksnes selleks, et lõpptarbijale edasi müüa, vähem plaate kindlalt peamiselt äriühingult üksnes siis, kui allahindluskampaania tõttu ostab lõpptarbija pigem jaemüüjale selle allahindluskampaania teinud konkureeriva peamise äriühingu albumeid. Lisaks, kuigi see on võimalik ja koguni tõenäoline, ei ole komisjon ega menetlusse astujad ei väitnud ega ammugi tõendanud, et allahindluskampaania tegemine on seotud müümata kauba tagasi võtmata jätmisega. Neis tingimustes ei näi peamise äriühingu poolt jaemüüjale tehtud allahindluskampaania, mis ei ole läbipaistev, kuna seda lõpptarbijale edasi ei suunata, mõjutavat asjaomase albumi müügikogust ega kahjustavat vaikivast kooskõlastamisest tulenevat ühist hinnapoliitikat. Igal juhul oleks komisjon pidanud uurima ja selgitama, kuidas allahindlus-

kampaania, mis on läbipaistmatu, sest jaemüüja ei suunanud seda edasi, oleks takistanud turul vajalikku läbipaistvust, sest see ei varja vaikivat kooskõlastamist kahjustada võivat käitumist.

— Allahindluskampaaniate asjakohasus

⁴³⁷ Hageja esitab rea etteheiteid, milles ta väidab sisuliselt, et komisjon tugines ekslikult turu täieliku läbipaistvuse vajadusele; et ta ei uurinud allahindluskampaaniate asjakohasust turu läbipaistvuse hindamisel; ja et ta ei tõendanud, et allahindluskampaaniad kaotavad või vähendavad läbipaistvust, kuna need puudutavad vaid piiratud ulatuses edetabelites olevaid või kõige rohkem müüdüd albumeid ning ei puuduta tegelikult netohindasid, konkreetsemalt kuna need moodustavad kõigist allahindlustest vaid veerandi kuni kolmandiku.

⁴³⁸ Esiteks, seoses väitega, et komisjon ajas segi eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* aluseks oleva kohtuasja „turu piisava läbipaistvuse” otsuses kohaldatud täieliku läbipaistvuse nõudega, siis tuleb sedastada, et nagu komisjon õigustatult rõhutas, ei maini ta otsuse üheski põhjenduses täieliku läbipaistvuse vajadust.

⁴³⁹ Siiski tuleb kontrollida, ega komisjon ei nõudnud tegelikkuses täielikku läbipaistvust või vähemalt kõrgemat läbipaistvust kui see, mis on vajalik kollektiivse turgu valitseva seisundi jaoks.

440 Nagu ilmneb eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* punktist 62, on vajalik läbipaistvus see, mis võimaldab valitseva oligopoli igal liikmel teada teiste liikmete käitumist, et kontrollida, kas nad järgivad sama käitumisliini, st et tal peab olema vahend, mille abil teada saada, kas teised ettevõtjad järgivad sama strateegiat ja kas nad seda säilitavad. Turu läbipaistvus peaks seega võimaldama valitseva oligopoli igal liikmel piisavalt täpselt ja koheselt teada iga teise liikme käitumise muutusi turul. Nõutud läbipaistvus ei tähenda, et iga liige võiks igal hetkel teada oligopoli teiste liikmete iga müügi täpsete tingimuste vähimaidki üksikasju, kuid see peab esiteks võimaldama vaikiva kooskõlastamise tingimused kindlaks teha ja teiseks tooma kaasa tõsise riski, et oligopoli teised liikmed avastavad vaikivat kooskõlastamist ohtu seada võiva kõrvalekalduva käitumise.

441 Komisjon märgib, et ta „uuris üksikule kliendile müüdud üksiku albumi netohinna osasid (PPV, tavaline allahindlus, võimalik allahindluskampaania) ja järeldas, et kõigi nende osade piisav läbipaistvuse aste on vajalik, et suurel plaaditootjal oleks mõistlik kindlus, et ta teab, millised on teise plaaditootja netohindade — nagu need väljenduvad klientide ja albumite tasemel — kindlaksmääramise tegelik praktika”. Sellest selgitusest ilmneb, et kuigi otsuses ilma muude täpsustusteta märgitakse vaid piisavat täpsust, siis näib komisjon olevat nõudnud läbipaistvuse eriti kõrget astet.

442 Samuti väidab komisjon eeskätt, et allahindluskampaaniate tähtsus tuleneb sellest, et „[n]etohindade kooskõlastamiseks peavad suured plaaditootjad saama kontrollida nende kõiki osasid, suhteliselt läbipaistvaid PPV-sid ja erinevaid kaubaarvete diskonteerimisi”. Komisjon täpsustab sellega seoses, et „[v]aid „teatud teadmine” tavaliste allahindluste kohta ei ole piisav, kui allahindluskampaaniad põhjustavad teatud klientidele tehtud allahindluste nii tugeva kõikumise (st netohindade ebastabiilsuse) ajas ja erinevate albumite vahel, nagu märgiti [otsuse] põhjendustes 79, 86, 93, 100 ja 107, ja kui näib, et need allahindlused on vähem läbipaistvad”.

- 443 Esiteks tuleb sellega seoses märkida, et peale otsuse põhjendustes 111–113 mainitud mitme läbipaistvuse teguri (eeskätt pidev suhtlemine kõigi peamiste äriühingute jaoks ühise, stabiilse ja piiritletud klientuuriga ning iganädalane edetabelite avaldamine), leidis komisjon otsuses, et esineb nii brutohindade kui tavaliste allahindluste läbipaistvus. Kuigi Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes komisjon vähendas ja isegi olulisel määral, sõltuvalt argumentidest, millele ta vastas, netohindade nende kahe olulise osa läbipaistvuse astet, märkis komisjon isegi otsesõnu oma lõplikes märkustes, et ta järeldas otsuses „nii PPV-de kui tavaliste allahindluste olulist läbipaistvust”.
- 444 Teiseks võib allahindluskampaaniatest tingitud allahindluste kõikumisi kergelt määratleda „sama tugevateks”, kuna otsuses märgitakse Ühendkuningriigi, Saksa-maa ja Hispaania osas 2–5 protsendipunktilist erinevust, Itaalia osas 1–3 protsendipunktilist erinevust ja Prantsusmaa osas kuni 3 protsendipunktilist erinevust suurema osa peamiste klientide puhul (või peamiste ühiste klientide puhul). Lisaks, nagu hageja väitis ning komisjon möönis (eeskätt täiendavate märkuste punktis 13), siis võivad allahindluste kõikumisi selgitada erinevad tootevalikud, erinev edukuse aste ning erinevat liiki kliendid, nii et sellest ei saa tuletada, et tuvastatud väikesed erinevused on tegelikult ka tingitud allahindluskampaaniatest.
- 445 Mis puudutab teiseks hageja etteheidet allahindluste asjakohasuse kohta, siis tuleb kõigepealt meenutada — nagu hageja rõhutab —, et komisjon tuvastas otsuse põhjendustes 77, 84, 91, 98 ja 105, et netomüügihinnad olid tihedalt seotud brutohindadega, arvestades Sony ja BMG tegelike keskmiste brutohindade ja netohindade paralleelset arengut viimasel kuuel aastal. Kuigi komisjon väitis Esimese Astme Kohtule esitatud avaldustes, et andmed keskmiste hindade kohta võisid varjata üksikuid erinevusi, tuleb siiski sedastada esiteks, et otsuse põhjenduses 70 märgitakse, et keskmised hinnad on hea vahend määramaks, kas suured plaaditootjad tegutsevad hindade valdkonnas paralleelselt, ja teiseks, et igal juhul sedastatakse otsuse põhjenduses 77, et bruto- ja netohindade suhted olid väga stabiilsed albumite ja aja lõikes. Kuna tavalised allahindlused olid konkreetsele

kliendile vastavaks aastaks kindlaks määratud, ei ole seega mõistetav, kuidas allahindluskampaaniad võivad puudutatud albumite netohindasid mõjutada.

446 Lisaks näib, et allahindluste üldist asjakohasust seab ka komisjon ise oma hinnangutes tõsise kahtluse alla. Nii märkis komisjon vastuväiteteatise punktides 88 ja 89, et „pärast andmete uurimist tuvastas ta, et allahindlused ei muutnud peamiste äriühingute suhtelisi hindu,” ja et „ei olnud mitte mingeid tõendeid sellest, et neid kasutati hindade põhjalikuks muutmiseks”. Kuigi, nagu eespool meenutati, komisjonil on tõepoolest õigus muuta oma vastuväiteteatise juba olemuselt esialgset hinnangut, siis peavad otsuses esitatud hinnangud ja järeldused ikkagi olema kooskõlas haldusmenetluse käigus tehtud faktiliste järeldustega, kui just ühenduse kohtus toimivas menetluses ei tõendata, et need olid ekslikud. Märkus, et puuduvad tõendid, et allahindlused mõjutasid oluliselt hindasid, on aga pigem faktiline järeldus kui hinnang. Igal juhul ei näi komisjon olevat oma arvamust selles küsimuses muutnud, kuna otsuse punktis 77 märgitakse, et „[k]ui peamised äriühingud oleksid oluliselt taganenud hindade alal kokkulepitud poliitikast, kehtestades soodustusi, siis oleks see erinevus ilmnenu netohindades”.

447 Kolmandaks tuleb sedastada, et otsuses ei ole vähimatki informatsiooni, mis suudaks tõendada allahindluskampaaniate tegelikku mõju asjaomaste albumite netohindadele. Ainuke mäрге selle kohta on otsuse põhjenduses 150 ja selles pigem eitatakse seda mõju, kuna seal märgitakse, et „nagu ka viies suures riigis, olid peamised allahindlused kõigis väikestes riikides tavalised allahindlused”. Komisjon esitas küll kohtuistungil oletuse, et tegu on trükiveaga, kuigi ta on ise seda märkust kostja vastuses veel korranud. Lisaks tuleb meenutada, et vastuväiteteatises, mis koostati pärast viie kuu pikkust uurimist, mille käigus komisjon küsitles nii peamisi äriühinguid ja iseseisvaid muusikatootjaid kui ka jaemüüjaid eeskätt selles, mis on erinevate allahindluste liikide, sh allahindluskampaaniad, vastav osatähtsus (vt

eeskätt lisas E.4.1 mainitud alates 20. jaanuarist 2004 jaemüüjatele ja konkurentidele laiiali saadetud küsimustiku küsimused 19 ja 24), komisjon ei pidanud isegi vajalikuks mainida allahindluskampaaniaid.

448 Kui Esimese Astme Kohus palus komisjonil näidata allahindluskampaaniate koguväärtuse viie peamise äriühingu 100 ja 20 kõige rohkem müüdud albumi müügist (st nende albumitele tehtud keskmine allahindluskampaania) ning allahindluskampaaniate keskmise suhtelise väärtuse nende albumite tavaliste allahindlustega võrreldes, siis vastas komisjon, et ta ei suuda toimikus esinevate andmete põhjal neid arvutusi teha.

449 Eelnevatest märkustes ilmneb, et komisjoni järeldus turu ebapiisavast läbipaistvusest, vaatamata brutohindade ja allahindluskampaaniate läbipaistvusele ja mitmele teisele otsuses esitatud läbipaistvuse tegurile, tugines üksnes sellele, et allahindluskampaaniad olid vähem läbipaistvad, kuigi ta ei uurinud, kas need allahindluskampaaniad on piisavalt oluline osa asjaomaste albumite hinnast, et nende albumite hindadele tõhusat mõju avaldada. Sellest tuleneb, et on põhjendatud hageja etteheide, et otsuses on tehtud ilmne kaalutusviga, kuna komisjon ei uurinud ning ammugi ei tõendanud õiguslikult piisavalt allahindluskampaaniate asjakohasust.

450 Seda järeldust ei saa kahtluse alla seada komisjoni kinnitus, et haldusmenetluse käigus edastatud andmete põhjal sai ta järeldada, et allahindluskampaaniad olid oluline asjaolu hindade kindlaksmääramisel ja kõigile albumitele 2002. aastal kohaldatud keskmiste allahindluskampaaniate arvutamisel. Eeskätt ei saa nende argumentide aluseks olevaid asjaolusid lugeda piisavalt ühtseteks, usaldusväärseteks ja asjassepuutuvateks ega nende põhjal tehtud järeldusi õigustavateks.

451 Esiteks ei võimalda uurimise kulgemise kronoloogia näha, et komisjon uuris turu läbipaistvuse hindamiseks allahindluskampaaniate asjakohasust, ega *a fortiori*, et seda võidi teostada kõigi asjakohaste ja usaldusväärsete andmete põhjal. Sellega seoses tuleb meenutada, et kuni 14. ja 15. juuni 2004. aasta ärakuulamiseni järeldas komisjon — tõsi küll esialgselt — kõigi uurimise käigus kogutud andmete uurimise põhjal, et esines eelnev kollektiivne turgu valitsev seisund ja eeskätt et turg ja allahindlused olid läbipaistvad ja et need ei mõjutanud hindade kooskõlastamist. Arvestades nii peamiste äriühingute kui ka konkurentide ja jaemüüjate vastuseid tema küsimustikele erinevate allahindluste, eeskätt tavaliste ja allahindluskampaaniate tähtsusest, ei pidanud komisjon vajalikuks mainida allahindluskampaaniad vastuväiteteatises (vähemalt nagu Esimese Astme Kohtule esitatud konfidentsiaalses versioonist ilmneb). Toimikust ei ilmne ja komisjon ei väidagi seda, et selles staadiumis oleks ta teostanud mingitki uurimist allahindluskampaaniate kohta. Ka ei ilmne, et 14. ja 15. juuni 2004. aasta ärakuulamise, mille lõpuks komisjon oma hinnangut muutis, ja nõuandekomitee 1. juuli 2004. aasta otsuse vahel oleks komisjon läbi viinud uurimise, et kontrollida allahindluskampaaniate asjakohasust ning nende läbipaistvuse astet. Komisjoni mainitud ainus ärakuulamisele järgnev uurimismeede oli 21. juuni 2004. aasta kuupäevaga infonõue, mis ei käsitlenud allahindluskampaaniate asjakohasust, vaid peamiste äriühingute tegevust turu järelevalve alal. Vastusena sellele taotlusele saadetud Sony ja BMG kaubandus-esindajate koostatud järelevalveraportite (lisa B.15) representatiivsuse seavad siiski, nagu eespool märgiti, tõsise kahtluse alla hageja esitatud konfidentsiaalsed dokumendid (lisa B.16). Lõpuks rõhutab komisjon ise oma lõplikes märkustes, et teatanud poolte õigus olla ära kuulatud piirab ärakuulamisele järgneva täiendava uurimise võimalusi ning välistab turul tegutsevate ettevõtjate suuremahulise küsitlemise etteheidete teemal. Komisjoni sõnul seisnevad ärakuulamisele järgnenud uurimismeetmed peamiselt turul tegutsevate ettevõtjate küsitlemises seoses pakutud kohustustega ning need ei puuduta teatatud koondumise vastu esitatud etteheiteid.

452 Teiseks, kuigi komisjon märkis vastustes Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele, et teatanud poolte haldusmenetluse käigus esitatud andmed võimalda-

sid tal arvutada keskmisi allahindluskampaaniaid, tunnistas ta siiski kohtuistungil, et ta ise neid arvutusi ei teostanud ja jättis koondumise poolte majandusekspertidele ülesandeks selgitada, kuidas sai arvutada allahindlused kõigi albumite kohta, mitte aga 20 või 100 kõige rohkem müüdud albumi kohta, kuigi uurimine ja komisjoni kogutud andmed käsitlesid üksnes neid albumeid.

453 Kolmandaks, kuigi komisjon märkis, et ta teostas arvutused kostja vastuse lisa B.12 aluseks olevate andmete põhjal, siis on selles siiski andmed vaid BMG kohta, mitte aga Sony kohta.

454 Neljandaks ei näi andmed olevat piisavalt ühtsed, usaldusväärsed ega asjassepuutuvad.

455 Kõigepealt tuleb märkida, et vastusena Esimese Astme Kohtu küsimustele komisjoni esitatud tabelid käsitlevad vaid 2002. aastat, ilma et oleks põhjendatud, miks koondumise pooled valisid selle aasta, kuigi otsuses käsitletakse 1998.–2003. aasta hindasid ja allahindlusi. Samuti, kui BMG brutomüügi osa arvutatakse kümne kõige suurema kliendi põhjal, siis puudutab see vaid viiendat kuni kümnendat kõige suuremat klienti (vastavalt riigile), ilma et seda oleks selgitatud. Tuleb ka märkida, et tabelites (mis käsitlevad kõiki albumeid kõikide klientide lõikes) mainitud allahindluskampaaniate vahemikud ei vasta teistes lisades B.6/E.2 esitatutele (mis puudutavad üksnes kümnele kõige paremale kliendile müüdud 20 kõige rohkem müüdud albumit). Kuna tabelites arvesse võetud albumite ja klientide arv on palju suurem kui nendes lisades märgitud, siis peaks tabelite [*konfidentsiaalne*] maksimaalne allahindluskampaania võrduma või olema kõrgem kui asjaomasel tabelil sama aasta [*konfidentsiaalne*] kohta esitatud maksimaalne allahindluskampaania. Koondumise kummagi poole kogu kaubaarvete diskonteerimine ning erinevus kummagi tehtud allahindlustes on samuti erinev otsuses mainitust. Otsus käsitleb küll 2003. aastal kõige rohkem müüdud albumeid, mitte aga kõiki 2002. aastal müüdud albumeid, nagu tabelites kajastati, kuid see üksnes kinnitab asjaolu, et tulemus võib olla erinev sõltuvalt valitud parameetritest, ja seega vajadust,

et komisjon säilitab kontrolli koondumiste üle või vähemalt kontrollib koondumise poolte esitatud andmete asjakohasust.

456 Seejärel tuleb sedastada, et kuna tabelid käsitlevad kõigi müüdnud albumite keskmist allahindluskampaaniat, mitte aga 100 või 20 kõige rohkem müüdnud albumi oma, siis ei ole need asjakohased, sest need eeldavad nimelt seda, mida need hoopis tõendama peaksid, st et allahindluskampaaniad on olulised ka kõige rohkem müüdnud albumite ja uute avaldatud albumite puhul, mis on esindatud edetabelites (*new hit releases*), ja et need ei käsitle peamiselt, nagu hageja väidab, põhikataloogi albumeid. Ei saa nõustuda komisjoni argumendiga, et arvestades 100 kõige rohkem müüdnud albumi osa muusika müügist saadud kogutulust, oleks üllatav, et kõigi müüdnud albumite põhjal arvatud allahindluskampaaniate keskmised tasemed ei kajastuks oluliselt 100 kõige rohkem müüdnud albumi hindades, kuna see tähendaks, et üldise keskmise kordajaks olevaid allahindluskampaaniaid kohaldatakse kõigile teistele albumitele. Kuigi otsuses ei ole selle kohta mingeid andmeid ja kuigi komisjon ei esitanud oma avaldustes peaaegu mingeid täpsustusi, näivad toimikus esitatud ainsad asjaolud tõendavat, et allahindluskampaaniad on tegelikult kõrged, koguni väga kõrged. Nii märkis üks peamine äriühing vastusena komisjoni küsimustikule, et „[s]eda tüüpi allahindlus [võis] kujutada olulist osa PPV-st (näiteks kuni [*konfidentsiaalne*])”. Samuti mainib komisjon lisas E.2 esitatud tabelites märgitud maksimaalsete allahindluskampaaniate hinnangutes teatanud poolte poolt oma kümnele parimale kliendile tehtud allahindluste tasemeid, mis on tihti väga kõrged, ulatudes kuni [*konfidentsiaalne*]. Komisjon peab neid hinnanguid ettevaatlikeks, kuna arvandmed on antud terve aasta kohta, kuigi allahindluskampaania on tavaliselt ajaliselt piiratud. Kuna allahindluskampaaniad kujutavad isegi komisjoni esitatud tabeli kohaselt üksnes väikest protsenti kõigi müüdnud albumite müügihinnast [*konfidentsiaalne*], siis saab neid kohaldada üksnes väiksele arvule albumitele. Lõpuks, nagu eespool märgiti, näivad vaid komisjoni esitatud peamiste ettevõtjate avaldused märkivat, et allahindluskampaaniaid kohaldatakse erijuhtumitele (kontsertturneel olev artist, teatud hooajaplaadid, enam mitte nii hästi müüdavad vanad albumid). Neis tingimustes ei saa eeldada, et kõigile albumitele tehtud allahindluskampaaniate

keskmine tase on representatiivne 100 kõige rohkem müüdud albumile või *a fortiori* uutele hittidele tehtud allahindluskampaaniate kohta. Lisaks tuleb sellega seoses meenutada, et vastuväiteteatise punktides 87 ja 90 märkis komisjon, et ta leidis, et uute plaatide hinnanimikirju kasutatakse hinnapoliitika kooskõlastamiseks ja järelevalveks ja et ta ei olnud leidnud ühtegi tõendit, et allahindlusi oleks kasutatud uute hittide keskmiste netohindade oluliseks muutmiseks.

457 Viies, isegi kui need tabelid on täpsed ja representatiivsed, tuleb siiski sedastada, et allahindluskampaaniad moodustavad vaid väikese osa albumite brutomüügihinnast BMG puhul viiest suurest riigist kolmes: [konfidentsiaalne]% riigis B, [konfidentsiaalne]% riigis C ja [konfidentsiaalne]% riigis D; ning Sony puhul viiest suurest riigist kahes: [konfidentsiaalne]% riigis C ja [konfidentsiaalne]% riigis D. Lisaks, vastupidi komisjoni kinnitusele ei saa sedastada, et tabelid näitavad, et koondumise kahe poole allahindluskampaaniad erinevad oluliselt kõigis riikides, kuna viiest riigist kolmes on Sony ja BMG tehtud allahindluskampaaniate erinevus väiksem kui [konfidentsiaalne]%. Otsuse kohaselt on iga riik omaette turg ning koondumine, mis loob või tugevdab turgu valitsevat seisundit, mille tagajärjel tõhusat konkurentsi oluliselt takistatakse ka ainult ühel turul, tuleb lugeda ühisturuga kokkusobimatuks. Isegi kui neis tingimustes võib allahindluskampaaniaid lugeda vähem läbipaistvateks, siis kui komisjon ei nõudnud just täieliku läbipaistvuse kohaldamist, oleks ta pidanud otsuses vähemalt selgitama, kuidas vaatamata nende minimaalsele mõjule hindadele ja otsuses esile toodud mitmele läbipaistvuse tegurile suutsid need seega kaotada nõutud läbipaistvuse, mis on kollektiivse turgu valitseva seisukoha olemasoluks vajalik.

458 Igal juhul ei saa Esimese Astme Kohtu menetluses esitatud selgitused ega ammugi otsuse ühte peamist aspekti käsitlevad kontrollid täita uurimise puudujääki otsuse vastuvõtmise hetkel ja kaotada ilmset kaalutusviga, mis on seega otsuses tehtud, ja seda ka siis, kui nimetatud viga hinnangu tulemust mingilgi moel ei mõjutanud (vt

analoogiline Euroopa Kohtu 22. jaanuari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-353/01 P: Mattila vs. nõukogu ja komisjon, EKL 2004, lk I-1073, punktid 31 ja 37).

c) Järeldus läbipaistvuse kohta

⁴⁵⁹ Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et otsuse järeldused turu läbipaistvuse kohta ei ole õiguslikult piisavalt põhjendatud ja neis on tehtud ilmne kaalutusviga, kuna need ei tugine kõigi arvesse tulevate asjakohaste andmete hinnangule ja need ei kinnita järeldust, et turg ei ole piisavalt läbipaistev, et võimaldada kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

5. Homogeensus

⁴⁶⁰ Mis puudutab toote homogeensususe kriteeriumi, siis tuleb meenutada, et otsuse põhjenduses 157 järeldas komisjon, et ei esine kollektiivset turgu valitsevat seisundit, tuues esile peale läbipaistvuse taseme puudujääkide ja survemeetmete olemasolu minevikus tõendavate asjaolude puudumise ka toote osaliselt heterogeense laadi. Siiski tuleb märkida, et toote homogeensusust käsitlevas otsuse põhjenduses 110 rõhutas komisjon esiteks, et salvestatud muusika formaat oli homogeenne, ja teiseks, et vaatamata sellele sisu heterogeensusesele on hulgiturgudel albumite hinna määramise ja turustamise vahendid suhteliselt standardiseeritud, ja lõpuks, et peamised ettevõtjad ei teinud allahindluste ja kokkulepitud tagastamistasude osas

müümata plaatidele vahet muusikažanride või albumiliikide vahel. Vähemalt ilmses vastuolus selle väitega ja ilma muu selgituseta lisab ta, et hinna määramine sõltus loomulikult ka albumi edust ja et albumite tasemes esines erinevus ka allahindluskampaaniaid tehes. Ta järeldas eelnevast, et sisu heterogeensus ja selle eespool nimetatud mõjud hindadele vähendasid läbipaistvust.

461 Sellest tuleneb, et komisjon leidis, et märgitud heterogeensususe asjaoludel oli mõju üksnes allahindluskampaaniatele. Nagu eelnevalt märgiti, siis ei piisa otsuses märgitud asjaoludest ja komisjoni kirjalikes dokumentides esitatud argumentidest tõendamaks järeldust, et turg ei olnud piisavalt läbipaistev, et võiks esineda kollektiivne turgu valitsev seisund. Seega ei saa ükskõik kui vastuolulised sedastused toote heterogeensususe kohta iseenesest viia järelduseni, et turul ei esinenud sellist kollektiivsed turgu valitsevat seisundit.

462 Siiski tuleb märkida, et asjaolu, et toode on vähemalt oma sisu osas heterogeenne ja et seega ootuspäraselt erineb selle hind erinevate albumite vahel, omistab erilise tähtsuse komisjoni enda tehtud järeldusele Ühendkuningriigi turu kohta põhjendustes 76 ja 77 (ja vastavates põhjendustes teiste riikide kohta), mille kohaselt kõige rohkem müüdnud albumite kataloogihinnad näivad olevat pigem ühtlustatud ja netomüügihinnad on tihedalt seotud brutohindadega.

6. Survemeetmed

463 Otsuse põhjendustes 114–118 uuris komisjon, kas peamised äriühingud olid minevikus kasutanud „survemeetmeid” endi hulgast kellegi suhtes ja järeldas, et ta ei leidnud „ühtegi asjaolu, mis tõendaks, et minevikus on mõne peamise äriühingu keeldumine järgida kooskõlastatud praktikat võinud kaasa tuua surve korras

väljajätmise teiste peamiste ettevõtjate poolt kompileeritud albumi tootmisest või (ajutise) naasmise täiesti konkureerivale tegevusele”, ega leidnud isegi „sellise ähvarduse tõendeid”.

464 Hageja väidab, et seda järeldust on ebapiisavalt põhjendatud ja seal on õigusnormi rikutud. Kolme osa all esitatud etteheited kattuvad ja seisnevad sisuliselt selles, et hageja vaidlustab asjaolu, et komisjon toetus oma analüüsis tõendite puudumisele varasema survemeetme kohaldamise kohta, kuigi ta oleks üksnes pidanud kontrollima, kas esinevad tõhusad hoiatusmehhanismid.

465 Kohtupraktikast (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punkt 62) ilmneb, et kollektiivse turgu valitseva seisundi kehtivuseks peab esinema piisavalt hoiatustegureid, et tagada püsiv ärgitamine mitte eirama ühist käitumislüüsi, st et on vaja, et valitseva oligopoli iga liige teaks, et tema tugevalt konkureeriv tegevus, mis on suunatud tema turuosa suurendamisele, toob kaasa identse tegevuse teiste poolt, nii et tal ei ole oma algatusest mingit kasu (vt selle kohta eespool punktis 246 viidatud kohtuotsus *Gencor vs. komisjon*, punkt 276).

466 Tõhusate hoiatusmehhanismide olemasolust endast põhimõtteliselt piisab, sest kui oligopoli liikmed järgivad ühist poliitikat, siis ei ole vaja karistust kasutada. Lisaks, nagu hageja rõhutas, on kõige tõhusam hoiatusmeede see, mida ei pea kasutama.

467 Lisaks sedastas komisjon vastuväiteteatise punktides 128–132 otsesõnu, et ühistegevusest kõrvale jätmise on eriti tõhus survemeede ja kuigi otsuses seda otsesõnu ei tunnustata, siis seda analüüsi siiski kinnitatakse, vastupidi komisjoni väidetele tema avaldustes. Olles näidanud otsuse põhjendustes 115 ja 116 mitme

artisti või kaubamärgi kompilatsioonide majanduslikku tähtsust, mis moodustavad salvestatud muusika koguturul 15–20%, ja rõhutanud, et kompilatsiooni edu võtmeks näib olevat hulk erinevate plaaditootjatega „seotud” artiste, märgib komisjon põhjenduses 117, et „nende hulgast ühe jätkuva „kõrvalekaldumise” korral võivad suured plaaditootjad seega kõrvale jätta selle viimase uutest ühistegevustest või keelduda andmast talle õigust kasutada nende radasid mõnes kompilatsioonis või koguni lõpetada olemasolevaid ühistegevusi”. Lõpuks märgitakse otsuse põhjenduses 118, et komisjon ei leidnud siiski ühtegi asjaolu, mis tõendaks minevikus teiste suurte plaaditootjate välistamist kompilatsiooni koostamisest või isegi ähvardust selle kohta, täpsustades, et „need meetmed võivad salvestatud muusika turul endast kujutada üldiselt usutavaid survevahendeid peamistele äriühingutele”.

468 Siiski, mis puudutab selle väite raames järeldust kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolust, mitte aga selle loomisest, siis võib sedastada, et survemeetmeid käsitlev tingimus võib seisneda mitte selles, nagu eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon*, kus kontrolliti üksnes survemehhanismide olemasolu, vaid hoopis selles, kas ühist käitumislüüsi rikuti nii, et sellele ei järgnenud hoiatusmeetmeid. Kuigi otsuses ei märgita, et test peab olema erinev, et tuvastada kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, ja kuigi komisjon seda ka oma avaldustes ei väitnud, uurib Esimese Astme Kohus siiski, kas otsuse järeldused sellele testile vastavad.

469 Kahte kumuleeruvat asjaolu on vaja, et survemeetme kohaldamise puudumist lugeda survemeetmete tingimuse täitmata jätmiseks, nimelt ühise käitumislüüsi eiramise tõendid, ilma milleta ei saa uurida survemeetmete kohaldamist, ja seejärel tõhus tõend survemeetmete olemasolu puudumisest. Tuleb sedastada, et otsuses ei esitata kummagi asjaolu kohta vajalikke tõendeid.

470 Esiteks ei ole komisjon survemeetmeid käsitlevas *ad hoc* lõigus ega ka ülejäänud otsuses selgelt näidanud ühise hinnapoliitika mingitki rikkumist. Kostja vastuses viitas komisjon küll kahele juhtumile, kui otsuses tuvastati ühise käitumislüühi eiramine (Ühendkuningriigis 2000. ja 2001. aastal, põhjendus 74, ja Saksamaal ühe peamise äriühingu puhul aeglasem areng, põhjendus 88). Siiski ei ilmne otsusest, et neid juhtumeid loeti ühise poliitika rikkumiseks, vaid pigem näiteks, et hindade paralleelsust ei saavutatud igal hetkel.

471 Teiseks ja igal juhul tuleb sedastada, et kui Esimese Astme Kohus küsis komisjonilt kohtuistungil uurimismeetmete kohta, mida komisjon oli kasutanud jõudmaks oma järeldusele, et ta ei leidnud tõendeid, et minevikus oleks survemeetmeid kasutatud või et nendega oleks isegi ähvardatud, siis komisjon ei olnud võimeline esitama ainsatki selle nimel teostatud või algatatud toimingut. Lisaks, kuna vastuväiteteatise faasis keskendus komisjoni uurimine kontrollile, kas esinesid usutatavad hoiatusmehhanismid, mitte aga tõhusate survemeetmete kohaldamise kontrollile, ja kuna alles pärast komisjonis toimunud ärakuulamist muutis komisjon oma hinnangut koondumise kohta, siis näib olevat keeruline kindlaks määrata, millal ja kuidas võis komisjon tõhusalt uurida survemeetmete kasutamist. Lisaks ilmneb toimikust, et pärast ärakuulamist ei teostanud komisjon enam turu-uuringut. Seega said ainsad kontrollimeetmed seisneda teatanud pooltele küsimuste esitamises; sellest ei ole Esimese Astme Kohtule aga ühtegi tõendit esitatud; ka ei oleks need komisjonile tõenäoliselt andnud tõendeid survemeetmete kasutamise kohta.

472 Lõpuks tuleb sedastada, et ei saa nõustuda komisjoni argumendiga, et „[i]lmsed tõendid teiste [p]eamiste äriühingute kohaldatud survemeetmetest vastusena „kõrvalekaldumisele” keskmiste netohindade tasemest või keskmistest kaubaarvete

diskonteerimisest oleks olnud tõendiks (kuigi mitte küll määravaks) kooskõlastamise olemasolust, vaatamata sellele, kui raske on tõendada kooskõlastamise piisavalt selgeid tingimusi ja nende järgimise järelevalve piisavalt tõhusaid meetmeid”. Esiteks on see kinnitus vastuolus otsusega, mille kohaselt „[i]gasugust kaudset tõendit surve kohta võib lugeda nendel turgudel kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu tõendavaks” (põhjendus 114), ja „[s]eega ei leidnud ta käesolevas asjas mingeid tõendeid, et neid meetmeid või ähvardusi oleks minevikus kasutatud, see oleks aga olnud tõendiks kollektiivsest turgu valitsevast seisundist”. Teiseks tähendab komisjoni argumentatsioon, et tema poolt survemeetmete tingimuse uurimine oli ebapiisav, kuna isegi „ilmsed tõendid survemeetmetest” oleksid olnud üksnes „mitte eriti määravaks” kaudseks tõendiks.

473 Eelnevast tuleneb, et on põhjendatud hageja etteheide, et otsuse hinnangutes survemeetmete kohta on õigusnormi rikutud ning neis on tehtud ilmne kaalutusviga.

474 Kuna need hinnangud on otsuse aluseks olev peamine põhjendus, nagu ilmneb ka otsuse põhjendusest 157, siis tuleb otsus tühistada.

7. Esimese väite kokkuvõte

475 Eelnevast tuleneb, et kinnitus, mille kohaselt salvestatud muusika turud ei ole piisavalt läbipaistvad, et võimaldada kollektiivset turgu valitsevat seisundit, ei ole õiguslikult piisavalt põhjendatud ning rikub õigusnormi ning selles on tehtud ilmne kaalutusviga, kuna selle aluseks olevad asjaolud on ebatäielikud ning ei hõlma kõiki asjaomaseid andmeid, mida komisjon oleks pidanud arvesse võtma, ega kinnita ka

nendest tehtud järeldusi. Nagu ilmneb otsusest ja eeskätt selle põhjendusest 157 ning ka Esimese Astme Kohtus toimunud vaidlustest, on see kinnitus üks peamisi aluseid, mille põhjal komisjon järeldas otsusest, et ei esine kollektiivset turgu valitsevat seisundit ning seega tuleb otsus ainuüksi sellel põhjusel tühistada.

476 Samuti, kuna survemeetmeid käsitlev analüüs rikub õigusnormi või vähemalt on seal tehtud ilmne kaalutusviga ja kuna see analüüs on veel üks peamistest alustest, mille põhjal komisjon järeldas otsusest, et ei esine kollektiivset turgu valitsevat seisundit, siis õigustab ka see puudus otsuse tühistamist.

477 Lõpuks, niivõrd kui on vajalik, tuleb ka sedastada, et nagu kõigist eelnevatest kaalutlustest otsesõnu või kaudselt ilmneb, ei saa ükski menetlusse astujate argument neid järeldusi kõigutada ning mitmed need argumendid on isegi otseses vastuolus otsusega.

478 Mis puudutab esiteks menetlusse astujate esialgseid märkusi, siis tuleb sedastada, et need lükati juba tagasi või on need asjakohatud. Seega ei saa väidetud asjaolu, et komisjon viis läbi erakordselt põhjaliku uurimise, iseenesest veel tõendada, et komisjon oleks kogunud, analüüsinud ja õigesti hinnanud kõiki asjassepuutuvaid andmeid. Lisaks tuleb sellega seoses märkida, et menetlusse astujad rõhutavad, et nad esitasid algusest peale väga usaldusväärseid andmeid ja selgitusi Euroopa muusikatööstuse kohta. Toimikust ilmneb aga, et nende andmete ja teiste, ligi viis kuud kestnud uurimise käigus turult kogutud andmete alusel järeldas komisjon vastuväiteteatises, et koondumine on kokkusobimatu ühisturuga, ning üksnes 14. ja 15. juuni 2004. aasta ärakuulamisel poolte ja nende majandusekspertide esitatud argumentide tagajärjel muutis komisjon oma hinnangut ja saatis kaks nädalat hiljem nõuandekomiteele otsuse eelnõu, milles ta kiitis koondumise heaks. Samuti ei puutu asjasse see, et erinevad konkurentsiasutused üle maailma olid koondumise heaks

kiitnud. Lõpuks tuleb tagasi lükata ka argument, et koondumine on konkurentsi soosiv vastus muusikatööstuse allakäigule, eeskätt CD-de müügihinna langusele. Tegelikult mitte ainult ei tugine otsus koondumise eeliste ja puuduste väidetavale tasakaalule, vaid ka menetlusse astujate argumendid nõudluse arengu kohta lükati otsesõnu tagasi otsuse punktides 55–59.

479 Mis puudutab teiseks menetlusse astujate argumente, millega sooviti vaidlustada hageja poolt allahindluskampaaniate, hindade ühtlustamise või läbipaistvuse kohta esitatud etteheidete põhjendatust, siis piisab märkimisest, et neid ei ole võimalik eristada komisjoni esitatud argumentidest ning on juba eespool tagasi lükatud või ei saa neid arvesse võtta, kuna need on otseses vastuolus otsuses esitatud argumentidega. Nii lükati juba otsuses tagasi argument, et väidetavalt puudub hindade ühtlustatus, ja kinnitus, et suur osa 100 kõige rohkem müüdud albumist müüakse väljaspool otsuses määratletud PPV-sid. Ka ei oma tähendust kinnitus, et otsus vähendas piisavat läbipaistvust kinnitavate tõendite jõudu. Esimese Astme Kohus ei saa võtta seisukohta koondumise kokkusobivusest ühisturuga, vaid peab kontrollima otsuses esitatud järelduste õiguspärasust. Lisaks tuleb uuesti sedastada, et menetlusse astujate argumendid selle kohta, et PPV-d ei olnud teada ega kättesaadavad või et tavalised allahindlused ei olnud piisavalt läbipaistvad, lükatakse otsesõnu ümber juba otsuse väidetes.

480 Mis puudutab lõpuks otsuses mainimata küsimusi puudutavaid argumente, siis piisab märkimisest, et need ei ole asjassepuutuvad, kuna Esimese Astme Kohus saab kontrollida üksnes otsuse õiguspärasust.

481 Esimese Astme Kohus peab siiski vajalikuks täiendavalt uurida ka teist väidet.

III — *Teine väide, mis puudutab kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimist salvestatud muusika turul*

A — *Hageja argumendid*

482 Hageja märgib, et komisjon uuris küsimust, kas koondumine loob kollektiivse turgu valitseva seisundi, vähem kui ühel leheküljel. Kinnitades, et turul tegutsevate ettevõtjate arvu vähenemine võib teatud oligopoolsetel turgudel kaasa tuua järelejäänud ettevõtjate kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise ja et see sõltub peamiselt turu tingimustest, ei tuvastanud komisjon siiski neid määravaid tingimusi ja piirdus üksnes viitega analüüsile koondumisele eelnevast kollektiivsest turgu valitsevast seisundist, ning järeldas otsuse põhjenduses 157, et ta ei leidnud „piisavalt tõendeid, et näidata, et plaaditootjate arvu vähenemine viielt neljale kujutaks endast piisavalt olulist muutust, mis võib kaasa tuua tõenäoliselt kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise”, eeskätt seoses läbipaistvuse ja survemeetmetega.

1. Õigusnormi rikkumine

483 Komisjon rikkus kollektiivse turgu valitseva seisundi testi kohaldades õigusnormi neljal korral.

a) Prognosiva analüüsi puudumine

484 Komisjon rikkus õigusnormi kollektiivseid turgu valitsevaid seisundeid käsitlevate õigusnormide kohaldamisel, kuna ta ei viinud läbi prognoosivat analüüsi, et kontrollida, kas koondumise tõttu oleks tekkinud kollektiivne turgu valitsev seisund. Test, et kontrollida, kas koondumine sellise seisundi tekitab, on põhimõtteliselt erinev testist, millega määratakse kindlaks, kas selline seisund hetkel eksisteerib, kuna viimases kohaldatakse *ex post* analüüsi, esimeses aga *ex ante* analüüsi, mida tuleb teostada viitega konkurentsile turul enne koondumist.

485 Eespool punktis 45 viidatud kohtuotsusest *Airtours vs. komisjon* ilmneb, et prognoosivas analüüsis tuleb arvestada mitte üksnes selle seisundiga koondumise hetkel, vaid seda tuleb ka hinnata dünaamiliselt, võttes arvesse eeskätt „sisemi[st] stabiisus[t] ja küsimus[t], kas selle alusel tekkida võiv paralleelne konkurentsivastane käitumine võib aja jooksul püsima jääda”. Otsuse põhjendusest 157 ilmneb, et selle nõutud spetsiifilise prognoosiva analüüsi asemel tegi komisjon oma järelduse samade tõendite põhjal — *ex post* —, mida ta kasutas koondumisele eelneva kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu eitamiseks.

486 *Ex post* analüüs ei ole siiski määrav. Komisjon tuvastas küll, et „salvestatud muusika turgudel [olid] teatud omadused, mis soodustavad kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu” (otsuse põhjendus 157), kuid piirdus üksnes märkimisega, et ta ei leidnud piisavalt tõendeid sellest, et kollektiivne turgu valitsev seisund juba esines,

nii et vaikivate kokkulepete võimalust suurendavate tegurite igasugust muutust oleks tulnud väga hoolikalt analüüsida. Ainus komisjoni uuritud tõend oli ettekanne minevikus toimunud kokkulepete kohta, see on aga komisjoni poolt kaudne tunnistamine, et ta ei viinud läbi prognoosivat analüüsi.

b) Läbipaistvus

⁴⁸⁷ Hageja väidab, et komisjon rikkus kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise kontrollimisel õigusnormi samadel põhjustel, mis on esitatud esimese väite raames, kuna ta kasutas turu täieliku läbipaistvuse testi, kuigi eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs. komisjon* kohaselt tuleb kontrollida üksnes seda, kas turg on piisavalt läbipaistev, et võimaldada tegevuse kooskõlastamist.

c) Hoiatusmeetmed

⁴⁸⁸ Hageja väidab, et komisjon ei teinud prognoosivat analüüsi hoiatusvahendite olemasolust, vaid tugines üksnes järeldustele, mille ta olid teinud, lähtudes ekslikult sellest, et minevikus puudusid tõendid survemeetmetest, eelneva kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemise kontekstis, et lükata tagasi argument, et viie peamise äriühingu taandumine neljale kergendab turul survemeetmete rakendamist.

489 Prognoosiva analüüsi raames, mida komisjon oleks pidanud tegema, oleks tulnud piisavaks tõendiks lugeda järeldust, et esinesid meetmed, mis võisid kujutada usaldusväärseid surveavaldamise võimalusi peamiste äriühingute poolt (otsuse põhjendus 118), eeskätt kui peamiste äriühingute arv oli vähenenud neljani.

d) Vastukaal

490 Hageja väidab, et komisjon rikkus õigusnormi, kui ta ei uurinud üldse eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuse *Airtours vs.* komisjon esitatud kolmandat tingimust, et kontrollida kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, st klientide või konkurentide võimet oma tegevusega ohustada peamiste äriühingute poolt võetud ükskõik millise ühise poliitika tulemusi.

2. Põhjemiskohustuse rikkumine

491 Hageja väidab, et komisjonil teostada tulev prognoosiv analüüs, millega tuleb kontrollida kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise riski, nõuab koondumise mõju turule vaatepunktist asjaomaste asjaolude põhjalikku analüüsi. Esiteks ei uurinud komisjon isegi vastuväiteteatises võimalust kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkeks ja teiseks ei olnud otsuses esitatud komisjoni analüüs ei prognoosiv ega üksikasjalik. Komisjon järeldas asjaolust, et ta ei tõendanud kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, seda, et ei ole piisavalt tõendeid sellest, et tulevikus võib turgu valitsev seisund tekkida.

492 Hageja väidab, et kui komisjon oleks teostanud nõutud prognoosiva analüüsi, oleks ta pidanud keskenduma järgmistele küsimustele:

- mis ulatuses peamiste äriühingute arvu vähenemine tähendas seda:
 - et peamised äriühingud muutuvad üksteisest rohkem sõltuvaks, kuna ettevõtjate arv väheneb viielt neljale;
 - et kõigi nõuete alusel enne koondumist koondunud turg muutub koondumise järel veelgi koondunumaks;
 - et kooskõlastamist peamiste äriühingute vahel on veelgi kergem kontrollida ja säilitada pikka aega ja et hindade läbipaistvus on veelgi märgatavam, kuna asümmeetria võimaldab kontrolli, sh ka väga olulisel edetabeliturul;
 - et muutub kergemaks tuvastada fookuspunkti ja säilitada ühist arusaama sellest, mis on peamiste äriühingute ühised huvid, kuna nende arv oleks väiksem;
 - et tasakaal kokkuleppega seotuks jäädes tekkiva pikaajalise kasu ja rivaalidest madalama hinnaga müümise lühiajalise kasu vahel oleks kõigutatud, kui turul on vähem ettevõtjaid;

- kui palju suureneks sümmeetria turul, kuna Sony BMG oleks suuruselt ja turuosadelt sarnane Universaliga ning teised kaks peamist äriühingut EMI ja Time Warner järgneksid neile samuti sümmeetriliste turuosadega. See küsimus on oluline, kuna suuruse ja turuosade sümmeetria muudaks vaikiva kokkuleppe säilitamise kergemaks. Sony BMG ja Universal'i ühendatud turuosa oleks 50% salvestatud muusika maailmaturust ja see osa oleks lausa 60% kuni 70% väga olulisel edetabeliturul, mille tähtsust komisjon ei uurinud. See turuosa on oluline nii praegusele konkurentsile kui ka pikaajalise turuvõimsuse näitajana, kuna uued albumid muutuvad teegialbumiteks;

- kui palju suureneks sümmeetria ja väheneks konkurents, kuna kahe peamise äriühingu, kellel olid viimastel aastatel erinevad majandustulemused, asemel oleks vaid üks;

- mis ulatuses muutuksid hoiatusmeetmed tõhusamaks;

- mis ulatuses muutuksid iseseisvad plaaditootjad rohkem sõltuvateks peamistest äriühingutest, eeskätt kuna saadaval olevate vältimatute kaubanduspartnerite arv väheneks 20% võrra;

- kui palju väheneks igasugune konkurentsialane vastukaal peamiste äriühingute suhtes.

⁴⁹³ Komisjon ei uurinud üksikasjalikult ühtegi nendest küsimustest, nii et komisjoni järeldust, et kollektiivset turgu valitsevat seisundit ei looda (vaidlustatud otsuse põhjendus 158), ei toeta ükski põhjendus või siis tugineb see ilmselgelt ebapiisavale põhjendusele.

3. Ilmne kaalutusviga

⁴⁹⁴ Prognoosiva analüüsi puudumine kujutab endast ka kaalutusviga. Komisjon tugines varasematele tõenditele eelneva kollektiivse turgu valitseva seisundi kohta, uurimata üksikasjalikult koondumise tagajärjel tekkivate muutuste mõjusid. Lisaks on pakutud tõendid iseenesest ekslikud esimese väite raames esitatud põhjendustel.

⁴⁹⁵ Hageja märgib, et kuigi komisjon märkis lühidalt, et läbipaistvus suureneks, ei esitanud ta siiski mingeid üksikasjalikke tõendeid, millisele tasemele see jõuab või milline mõju sellel võib olla, vaid üksnes rõhutas piisavate tõendite puudumist. Komisjon oleks pidanud ka uurima, mis ulatuses kergendab turul tegutsevate ettevõtjate arvu vähenemine vaikivaid kokkuleppeid ja muudaks need ahvatlevamaks, kuna kasumit jagatakse väiksema arvuga. Komisjon ei märkinud, milliseid tõendeid oli kogutud, ega seda, miks need ei olnud piisavad, ega ka seda, millised tõendid oleks vajalikud.

⁴⁹⁶ Mis puudutab survemeetmeid, siis tugineb analüüs varasematele tõenditele ajavahemiku kohta, mille osas komisjoni kinnitusel ei esinenud kollektiivset turgu valitsevat seisundit. Komisjon ei uurinud küsimust võimalike survemeetmete kohta pärast koondumist.

⁴⁹⁷ Hageja meenutab, et komisjon oli peaaegu sedastamas, et koondumisele eelnenud ajal esines kollektiivne turgu valitsev seisund, kuid et ta luges ekslikult tõendid ebapiisavateks. Sama järeldus turu kohta pärast koondumist, mis suurendas läbipaistvust, tähendab ilmset kaalutusviga.

498 Lõpuks väidab hageja, et komisjoni järeldus on eriti üllatav, kuna neli aastat varem oli komisjon järeldanud, et EMI ja Time Warneri ühinemine lõi salvestatud muusika turul kollektiivse turgu valitseva seisundi (nimetatud juhtumis tehtud vastuväiteteatise punkt 57, esitatud lisas A.13).

B — Komisjoni argumendid

1. Õigusnormi rikkumine

a) Prognoosiva analüüsi puudumine

499 Komisjon väidab, et ei ole põhjendatud hageja etteheited selle kohta, et komisjon ei viinud läbi prognoosivat analüüsi ja tugines üksnes samadele *ex post* tõenditele kui oma analüüsis kollektiivse turgu valitseva seisundi võimalikust olemasolust enne koondumist, samas kui kriteeriumid erinesid põhimõtteliselt. Kõigepealt esitab ta kaks põhimõttelist märkust.

500 Esiteks peavad koondumiste kontrolli otsused eranditult tuginema prognoosivale analüüsile, kuna küsimus, kas koondumine on ühisturuga kokkusobiv, sõltub muutustest, mida veel toimumata koondumine võib turul kaasa tuua (eespool punktis 245 viidatud kohtuotsus Kali & Salz, punktid 109–111). Seega tuleb igal juhul prognoosivas analüüsis lähtuda koondumisele eelnenud konkurentsitingimuste selgest nägemusest. Turu hetkeseisu käsitlevad juba kogutud ja hinnatud tõendid (mida ei saa küll *ex post* tõenditeks lugeda) on analüüsi lähtepunktina asjakohased.

501 Teiseks eeldab praeguse kollektiivse turgu valitseva seisundi võimaliku olemasolu hindamine nende sama nelja tingimuse kaalumist, mida tuleb arvestada ka selle turgu valitseva seisundi tekkimise hindamisel: vaikivat kooskõlastamist, piisavat läbipaistvust, karistuste ohtu ja konkurentide ning klientide vastukaalu käsitlevaid asjaolusid (Esimese Astme Kohtu 26. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas T-193/02: Piau vs. komisjon, EKL 2005, lk II-209, punkt 111). Kui nagu käesolevaski asjas anti eitav vastus nendest ühele või enamale küsimusele hetkeolukorras, siis üritatakse prognoosiva analüüsiga tingimata kindlaks määrata, kas või kuidas võiks koondumine sellele lähitulevikus jaatava vastuse anda.

502 Kuna järeldus, et ei olnud piisavalt tõendeid olemasoleva kollektiivse turgu valitseva seisundi kohta, põhineb peamiselt asjaolul, et oli täitmata piisava läbipaistvuse tingimus, siis on komisjon põhiliselt huvitatud koondumise mõjust sellele parameetrile. Kuigi koondumine tooks automaatselt kaasa kahepoolsete suhete arvu vähenemise kümnelts kuuete — mis põhimõtteliselt kergendab järelevalvet —, siis ei ole see olemuselt aritmeetiline märkus siiski peamiselt otsustav, kuna takistused läbipaistvusele ei olnud seotud järelevalvatavate peamiste äriühingute arvuga, vaid iga suure plaaditootja üksikotsuste keerukusega, milles määratakse üksikkliindile kindlaks heterogeense sisuga ja erineva kaubandusliku eduga üksikalbumite netohinnad, kombineerides PPV-d, tavalisi allahindlusi ja allahindluskampaaniaid. Mis puudutab kaubaarvete diskonteerimist, siis vähesed andmed (mis puudutavad peamiselt tavalisi allahindlusi) on igal juhul kättesaadavamad klientidelt kui teistelt suurtelt äriühingutelt, ning koondumine ei muudaks allesjäävate peamiste äriühingute suhteid klientidega, keda koondumine ei puuduta. Seetõttu järeldas komisjon prognoosivalt, et ei ole piisavalt tõendeid sellest, et

koondumisega tekkima pidav turustruktuuri muutus soodustab läbipaistvust nii, et saavutataks kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimiseks vajalik läbipaistvuse tase (otsuse põhjenduse 157 lõpp).

503 Komisjon väidab, et need asjaolud on kollektiivse turgu valitseva seisundi kumulatiivsete tingimuste piisav analüüs.

b) Läbipaistvus

504 Kuna hageja argumendis üksnes korratakse esimese väite raames esitatut, siis on see ka siinses kontekstis põhjendamata.

c) Hoiatusmeetmed ja vastukaal

505 Kuigi otsuse põhjenduses 157 leidis komisjon, et ei olnud piisavalt tõendeid, et koondumine soodustaks survemeetmeid, siis ei võtnud komisjon selles küsimuses lõplikku seisukohta oma hinnangu põhistamiseks. Kuna ta järeldas, et tal ei olnud tõendeid selle kohta, et hindade kindlaksmääramine oli piisavalt läbipaistev, et võimaldada tõhusat järelevalvet, siis ei olnud ka enam vajalik uurida survemeetmeid ega piiravast võimust lõigu „loomine” all, võrreldes lõiguga „tugevnemine”.

2. Põhjendamiskohustuse rikkumine

506 Komisjon rõhutab, et suurem osa hageja esitatud kriitikast ei ole seotud põhjendamise puudumisega. Komisjoni poolt erinevate asjaolude väidetav arvestamata jätmine puudutab hinnangu õiguspärasust, mitte aga põhjendatust. Komisjon täpsustab, et kui ta ei teinud mõningates küsimustes järeldust, tuleneb see sellest, et ta ei pidanud selle olematu järelduse kohta ka põhjendusi esitama.

507 On vastuvõetamatu, et hageja üritab menetluse hilises etapis oma hagi põhjendusi muuta, tehes vormiküsimusest (põhjenduse puudumine) sisuküsimuse (õigusnormi rikkumine või ilmne kaalutusviga); tema konkreetsed argumendid EÜ artikli 253 kohaldamise kohta on nii ilmselt asjasse puutumatud, et sellest piisab nimetatud tühistamisaluse tagasilükkamiseks.

508 Seega uurib komisjon lühidalt neid argumente üksnes teisejärgulisena.

509 Mis puudutab hageja kinnitust, et analüüs peab olema üksikasjalik, siis viitab komisjon eelmise väite juures esitatud argumentidele.

510 Asjaolul, et komisjon ei pööranud vastuväiteteatises tähelepanu turgu valitseva seisundi võimalikule tekkele, ei ole seost otsuses esitatud põhjenduste ebapiisavu-

sega. Mis puudutab komisjoni väidetavat oletust, et tal ei olnud piisavalt tõendeid tegemaks järeldust, et puudub olemasolev kollektiivne turgu valitsev seisund, siis viitab komisjon prognoosivat analüüsi käsitlevale arutluskäigule.

- 511 Koondumise suurenemine salvestatud muusika turul ja turuosade sümmeetria aste ning ka omavahelise sõltuvuse taseme võimalik tõus ei aidanud oluliselt kaasa koondumise nende takistuste kõrvaldamisele, mida tuvastati olemasoleva turgu valitseva seisundi võimaliku esinemise analüüsis, nimelt konkreetse albumi hinna (PPV pluss tavaline allahindlus pluss allahindluskampaania) konkreetsele kliendile kindlal ajahetkel kindlaksmääramise üldise protsessi keerukus ja selle läbipaistvust kinnitavate tõendite puudumine.
- 512 Kuigi turu suurem läbipaistvus võib abstraktselt muuta ajendeid järgida ühist käitumislüüsi, ei olnud sellel käesolevas asjas tuntavat mõju põhilisele hoiatavale asjaolule, mis on seotud oligopoolses seisundis ettevõtjate võimatusega tuvastada ja seega ka karistada ja takistada kõrvalekaldumisi. Piisava läbipaistvusega ei ole peamistel äriühingutel kindlust, et üks nendest ei kavatse korraga saada nii vaikivast kooskõlastamisest tulenevat pikaajalist kasu kui ka rivaalidest madalamatest hindadest tekkivat lühiajalist kasu; ja see ebakindlus muudab vaikiva kooskõlastamise ebakindlaks ja selle säilitamise võimatuks.
- 513 Hageja märkused sümmeetria kohta tuleb samuti tagasi lükata, kuna puudub ilmne seos sümmeetria ning läbipaistvuse vahel.
- 514 Lõpuks käsitlevad hageja teised argumendid peamiselt kestva kollektiivse turgu valitseva seisundi teist ja kolmandat kumulatiivset tingimust. Komisjon ei pidanud

nende tingimuste kohta seisukohta võtma, kuna ta tõendas, et esimese tingimuse täitmise kohta puuduvad piisavad tõendid.

3. Ilmne kaalutusviga

⁵¹⁵ Hageja kinnitused prognoosiva hinnangu puudumisest tuleb tagasi lükata põhjustel, mis on esitatud õigusnormi rikkumist käsitlevas lõigus.

⁵¹⁶ Jälle tuleb tagasi lükata hageja väited ajendite kohta, mis veensid oligopoolses seisundis ettevõtjaid järgima ühist käitumisliini, sest neis väidetes ei arvestata piisava läbipaistvuse puudumist.

⁵¹⁷ Hageja tees, et kuna peamiste äriühingute arvu vähendamine tõstab üldist vaikiva kooskõlastamise tõenäosust, siis oleks komisjon pidanud järeldama, et tekib kollektiivne turgu valitsev seisund, välja arvatud kui koondumisel ei ole teisi iseloomulikke jooni, mis muudaksid vaikiva kooskõlastamise ebatõenäoliseks, jätab täiesti arvestamata kestva kollektiivse turgu valitseva seisundi erinevate tingimuste erilise laadi. Asjaomastel turgudel koondumise astme suurenemine ei peaks kaasa tooma piisavat läbipaistvust puudutavatele tõenditele esitatavate nõuete vastavat langust, kui ei ole tõendatud, et see koondumine muudab tuntavalt selle viimase tingimuse hinnangut.

518 Lõpuks meenutab komisjon, et otsuse õiguspärasust ei saa hinnata kahe vastuväiteteatise esialgsete järelduste põhjal, kusjuures üks nendest vastuväiteteatistest tehti neli aastat tagasi ja erinevas juhtumis.

C — Menetlusse astujate argumendid

519 Menetlusse astujad väidavad, et uurimise II faasi avamise otsus näitab, et komisjon uuris juba algusest peale nii kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise võimalust kui ka selle seisundi tugevnemise võimalust. Komisjon keskendus õigusega turu lahutamatuks omadustele ja eeskätt sellele, kas hinnad olid piisavalt läbipaistvad, et võimaldada vaikivad koostööd (eespool punktis 246 viidatud kohtuotsus *Gencor vs. komisjon*, punkt 227). Kuna hindasid käsitlevad turu omadused ei toetanud järeldust, et minevikus oli esinenud kokkulepe, siis järeldas komisjon õigesti, et peamiste ettevõtjate arvu vähenemine viielt neljale oli ebapiisav, et ületada sisulisi takistusi vaikivale kokkuleppele (eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punktid 75 ja 76).

520 Turu omadused ei vasta endiselt hindade ja teiste tegurite (uute albumite arv, originaalsus, loovus, kultuuriline mitmekesisus, artistidega lepingute sõlmimine) vaikiva kooskõlastamise nõuetele. Nende hulgas väidavad menetlusse astujad, et salvestatud muusika on heterogeenne toode; et peamisi äriühinguid ärgitatakse tugevalt saama maksimaalset kasu hittide müügist; et otsused hindade ja allahindluste kohta kohandatakse iga uue albumi puhuks nii selle turule tulekul kui ka selle „eluea“ jooksul igale üksikule jaemüüjale erinevalt; et plaaditootjatel on PPV-de suhtes kaalutusõigus nii albumi avaldamisel kui ka aja jooksul, mis väljendab turundusosakonna subjektiivset hinnangut; et kõik äriühingud teevad erinevaid allahindlusi ja soodustusi, mida nende konkurendid ei tea ja mis erinevad aja, albumi ja jaemüüjate lõikes; ja lõpuks, kuna allahindlused on ettearvamatud ja nähtamatud, siis ei saa netohindadest usaldusväärseid järeldusi PPV-sid jälgides

teha, nii et PPV-de kooskõlastamine, isegi kui see ka toimub, ei mõjuta tegelikke hindasid (vt ka lisa C.4, lk 6).

D — *Esimese Astme Kohtu hinnang*

- 521 Hageja väidab sisuliselt, et komisjoni väide selle kohta, et koondumine ei too kaasa kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimist salvestatud muusika turul, ei ole piisavalt põhjendatud, seal on tehtud ilmne kaalutusviga ja rikutud õigusnormi.
- 522 Tuleb meenutada, et kui komisjon uurib kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise riski, peab komisjon „hindama prognoosiva analüüsi alusel, kas menetletav koondumine toob endaga kaasa olukorra, kus tõhus konkurents asjaomasel turul on märkimisväärselt takistatud koondumises osalevate ettevõtjate ja ühe või mitme muu ettevõtja poolt, kes tänu omavahelistele sidemetele võivad koos kasutusele võtta ühise käitumislüüsi turul ja tegutseda märkimisväärsel määral teistest konkurentidest, oma klientuurist ja lõpuks ka tarbijatest sõltumatult” (eespool punktis 245 viidatud kohtuotsus *Kali & Salz*, punkt 221, eespool punktis 246 viidatud kohtuotsus *Gencor vs. komisjon*, punkt 163 ja eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punkt 59). Komisjoni prognoosiv analüüs koondumiste kontrollis, kui on tegu kollektiivse turgu valitseva seisundiga, „eeldab nende asjaolude tähelepanelikku uurimist, mis on juhtumist sõltuvalt asjakohased hindamiseks selle koondumise mõju konkurentsitingimustele viidatud turul” (eespool punktis 245 viidatud kohtuotsus *Kali & Salz*, punkt 222 ja eespool punktis 45 viidatud kohtuotsus *Airtours vs. komisjon*, punkt 63).

- 523 See kehtib veelgi enam, „kuna tegemist ei ole minevikusündmuste uurimisega, mille kohta on sageli käepärased tõendid, mis võimaldavad mõista sündmuste põhjusi, jutt ei ole ka parajasti käimasolevatest sündmustest, vaid asi seisneb tulevikus suurema või väiksema tõenäosusega asetleidvate sündmuste prognoosimises, kui ei võeta vastu otsust kavandatava koondumise keelamise või selle tingimuste täpsustamise kohta” (eespool punktis 232 viidatud kohtuotsus komisjon vs. Tetra laval, punkt 42). Niisiis eeldab „[s]elline uuring [...] erinevate põhjuse ja tagajärje ahelate ettekujutamist, et arvesse võtta need, mille tõenäosus on kõige suurem” (eespool punktis 232 viidatud kohtuotsus komisjon vs. Tetra Laval, punkt 43).
- 524 Nende kaalutluste alusel tuleb uurida, kas komisjon analüüsis õigesti riski kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimisest.
- 525 Kõigepealt tuleb märkida, otsuses on analüüs selle kohta väga lühike.
- 526 Komisjon märgib põhjenduses 156, et „vastus küsimusele, kas käesolevas asjas toob koondumine kaasa kollektiivse turgu valitseva seisundi loomise, sõltub põhiliselt turu omadustest”.
- 527 Komisjoni analüüs selle kohta piirdub järgmiste otsuse põhjenduses 157 esitatud kaalutlustega:

„Nagu kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemist käsitlev analüüs näitab, ei saa keskmiste hindade valdkonnas täheldatud paralleelsuse tasemel järeldada, et suurteil plaaditootjatel on hetkel salvestatud muusika turul kollektiivne turgu valitsev seisund. Plaaditootjate arvu vähenemine viielt neljale suurendab läbipaistvust, kuna kahepoolsete konkurentsuhete arv väheneb kümnelt kuuele. Põhimõtteliselt

kergendab see asjaomase turu kontrolli. Nagu kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevdamist käsitlevas osas on märgitud, on salvestatud muusika turgudel teatud omadused, mille alusel võib oletada kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu. Komisjon ei ole aga leidnud piisavalt asjaolusid tõendamaks, et viiel peamisel äriühingul oli minevikus kollektiivne turgu valitsev seisund; see on eeskätt tingitud tegeliku läbipaistvuse alal täheldatud puudustest, toote osaliselt heterogeensetest omadustest ja minevikus survemeetmete olemasolu näitavate tõendite puudumisest. Mis puudutab suurte plaaditootjate poolt salvestatud muusika turul kollektiivse turgu valitseva seisundi loomist, siis võttis komisjon küll arvesse, et nelja järele jääva ettevõtja vaheline kooskõlastamine on üldiselt edaspidi kergem, kuid ei leidnud siiski piisavalt tõendeid, et näidata, et plaaditootjate arvu vähenemine viielt neljale kujutaks endast piisavalt olulist muutust, mis võib kaasa tuua tõenäoliselt kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise. Eeskätt ei leidnud komisjon piisavalt tõendeid, et viielt plaaditootjalt neljale üleminek võimaldaks läbipaistvust ja survemeetmeid sellises ulatuses, et tuleks oodata nelja järele jääva suure plaaditootja kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimist.”

528 Tuleb sedastada, et need vähesed pinnapealsed või lausa puhtformaalsed märkused ei täida komisjoni kohustust teostada prognoosiv analüüs ja uurida tähelepanelikult asjaolusid, mis igas üksikjuhtumises osutuvad asjakohaseks, et hinnata koondumise mõjusid konkurentsitingimustele asjaomasel turul, ja seda eeskätt siis, kui nagu käesolevaski asjas ilmnevad koondumisega tõsised raskused. Sõltumata Esimese Astme Kohtu hinnangust esimesele väitele ilmneb tegelikult nii sellest, et komisjon pidi otsuses esitama pikki arutluskäike, et järeldada koondumisele eelnenud kollektiivse turgu valitseva seisundi puudumist, kui ka asjaolust, et ta järeldas pärast viis kuud kestnud uurimist vastuväiteteatises sellise eelnenud kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, et küsimus, kas viiest peamisest äriühingust kahe omavaheline liitumine võib tekitada kollektiivse turgu valitseva seisundi, tekitab *a fortiori* tõsiseid raskusi, mis vajavad süvendatud uurimist. Kuna seda uurimist ei teostatud, siis juba ainuüksi sellel põhjusel on teine väide põhjendatud.

- 529 Esimese Astme Kohus uurib siiski täiendavalt, ega läbipaistvust ja survemeetmeid käsitlevates järeldustes ei ole rikutud õigusnormi või tehtud kaalutusviga.
- 530 Otsuse põhjendusest 157 ja eeskätt selle viimasest lausest ilmneb, et komisjoni järeldus, et koondumine ei ole piisavalt oluline muutus, mis võib kaasa tuua tõenäoliselt kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise, põhineb otsesõnu turu läbipaistvuse ja survemeetmete tingimustel.
- 531 Mis puudutab läbipaistvust, siis tuleb esiteks meenutada, et esimese väite raames sedastati, et komisjoni järeldus selle kohta, et allahindluskampaaniad vähendavad läbipaistvust nii, et takistatakse kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu, ei ole piisavalt põhjendatud ning selles on tehtud ilmsed kaalutusvead.
- 532 Mis puudutab lisaks kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise riski hindamist, siis ei saanud komisjon tugineda ainult olemasolevale olukorrale, vaid pidi teostama prognoosiva analüüsi ja arvestama asjaomasest koondumisest tulenevaid muudatusi. Kuigi otsuse põhjendus 157 on kõige enam ehk lakooniline, mainitakse seal sellega seoses, et kooskõlastamine nelja alles jääva ettevõtja vahel on edaspidi üldiselt kergem. Otsuses ei uurita siiski kordagi küsimust, ega koondumine, eeskätt kuna selle tagajärjel väheneb järgitavate albumite arv, ei muuda turgu piisavalt läbipaistvaks, et võimaldada kollektiivset turgu valitsevat seisundit. Sellega seoses tuleb veel meenutada, et komisjon sedastas vastuväiteteatises järgmist:

„Kavandatud koondumine kergendab hindade kooskõlastamist, kuna edaspidi peab iga peamine äriühing arvestama üksnes kolme konkurendi tegevust hindade valdkonnas. Järelikult keskenduvad suure osa müüdud albumite puhul PPV-d edaspidi veelgi enam ühte piiratud hinnavahele. Allahindluste läbipaistvus suureneb samuti, kuna peamised äriühingud peavad edaspidi kaupluste küllastamisel ja suhetes jaemüüjatega jälgima üksnes kolme peamist äriühingut.”

533 Sellest tuleneb, et läbipaistvust käsitlevad märkused ei võimalda kinnitada analüüsi, et koondumise korral ei ole riski kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkeks.

534 Mis puudutab survemeetmeid, siis tuleb esiteks sedastada, et kostja vastuses esinev komisjoni väide, et ta ei võtnud seisukohta erinevate võimalike survemehhanismide piisavusest ja et tema hinnang seda küsimust ei puudutanud, ei ole, nagu otsuse põhjendusest 157 ilmneb, kooskõlas otsusega.

535 Samuti tuleb tagasi lükata komisjoni ja menetlusse astujate argumendid, et ei olnud vajalik uurida survemeetmete küsimust, kuna komisjon oli juba järeldanud, et tal ei ole tõendeid sellest, et hindade kindlaksmääramine oleks piisavalt läbipaistev, et võimaldada tõhusat järelevalvet, kuna otsuses tuginetakse otsesõnu survemeetmete puudumisele ja kuna Esimese Astme Kohus ei saa komisjoni hinnangut asendada enda omaga ning otsust parandada. Igal juhul ei saa nende argumentidega nõustuda, kuna juba sedastati, et väidet, et turg ei ole piisavalt läbipaistev, või *a fortiori* väidet,

et turg ei muutu läbipaistvaks koondumise järel, ei ole õiguslikult piisavalt põhjendatud ning nendes on tehtud ilmne kaalutusviga.

536 Seejärel tuleb märkida, et otsuses piirdus komisjon üksnes viitamisega kollektiivse turgu valitseva seisundi olemasolu käsitlevale hinnangule ning märkis, et ta leidnud piisavalt tõendeid, et koondumine võimaldaks „survemeetmeid sellises ulatuses, et tuleks oodata nelja järele jääva suure plaaditootja kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimist”.

537 Nagu ilmneb esimesest väitest, ei keskendunud komisjon selle hinnangu raames mitte tõhusate hoiatusmehhanismide olemasolu kontrollimisele, vaid otsis hoopis tõendeid varasemate survemeetmete kohta. Selline tegutsemine on igal juhul eespool punktis 45 viidatud kohtuotsuses *Airtours vs. komisjon* esitatud tingimuse, mis puudutab kollektiivse turgu valitseva seisundi loomise kindlaksmääramise uurimist, ekslik tõlgendus, kuna see peab tuginema prognoosivale analüüsile. Tegelikult on selge, et nimetatud kontekstis ei saa minevikus survemeetmete olemasolu tõendite otsimine olla kehtiv test, sest seda tingimust võib täiuslikult täita ka siis, kui minevikus mingeid survemeetmeid ei esinenud. Kuna koondumise tagajärjel kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimise ohu hindamine ei seisne määratluse kohaselt eelneva ühise poliitika olemasolus, siis ei oma tähtsust ka kriteerium, et minevikus ei kohaldataud survemeetmeid. Seega on otsuses selles küsimuses tehtud viga.

538 Lisaks ilmneb otsusest ja toimikust, et käesolevas asjas tundusid sellised usutavad ja tõhusad hoiatusmeetmed tõepoolest eksisteerivat, eeskätt võimalus karistada kõrvale

kaldunud plaaditootjat, jättes ta välja kompileeritud toodetest. Vastuväiteteatises järeldas komisjon muuseas selgelt selle hoiatusmeetme tõhusust ning otsuses ei esitata ühtegi selgitust, miks see lõpliku analüüsi alusel nii ei ole. Vastupidi, otsuse põhjendustes 115–118 esitatud analüüs kinnitab selle hoiatusmeetme tõhusust. Kõigepealt tõendas komisjon otsuse põhjendustes 115 ja 116 mitut artisti või kaubamärki ühendavate kompilatsioonide majanduslikku tähtsust — need vastavad umbes 15–20%-le salvestatud muusika turust — ja rõhutas, et erinevatele plaaditootjatele „kuuluvate” artistide esinemine koos ühel albumil näib olevat kompilatsiooni edu võti, ja märkis seejärel otsuse põhjenduses 117, et „[n]ende hulgast ühe jätkuva „kõrvalekaldumise” korral võivad suured plaaditootjad seega välistada selle viimase uutest ühistegevustest või keelduda andmast talle õigust kasutada nende salvestisi mõnes kompilatsioonis või koguni lõpetada olemasolevaid ühistegevusi”. Lõpuks märgitakse otsuse põhjenduses 118, et komisjon ei leidnud siiski ühtegi tõendit, et minevikus on kompilatsiooni puudutava ühistegevuse raames mõnda suurt plaaditootjat välistatud või sellega ähvardatud, ja täpsustatakse samas, et „need meetmed võivad üldiselt olla usutavad survevahendid salvestatud muusika turul”.

539 Järelikult ei saanud komisjon viga tegemata tugineda tõendite puudumisele sellest, et minevikus ei kohaldatud survemeetmeid, ning järeldada, et koondumisega ei looda ohtu kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimiseks.

540 Lisaks tuleb meenutada, et nagu ka esimese väite raames sedastati, siis ei mainita otsuses ühtegi juhtumit, kus peamine äriühing oleks kõrvale kaldunud ühisest hinnapoliitikast, ilma et see oleks kaasa toonud survemeetme kohaldamise, ja kui Esimese Astme Kohus komisjonile selle kohta küsimuse esitas, ei osanud viimane mainida ühtegi teostatud kontrolli, et järeldada, et ta ei leidnud ühtegi tõendit, et minevikus oli kasutatud survemeetmeid või nende kohaldamise ähvardust.

541 Eelnevast tuleneb, et ka teine tühistamisväide on põhjendatud.

IV — Üldine järeldus

542 Kõigist eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et esimene ja teine väide on põhjendatud, kuna otsust on esiteks ebapiisavalt põhjendatud ja teiseks on selles tehtud ilmne kaalutusviga, sest otsuse aluseks olevad tõendid ei kujuta endast kõiki asjakohaseid tõendeid, mida tuleks arvesse võtta, ning need ei ole piisavad nende põhjal tehtud järelduste kinnitamiseks.

543 Sellest tuleneb, et otsus tuleb tühistada, ilma et oleks vaja uurida väidet, mis puudutab *on-line*-muusika litsentside hulgiturul kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevdamist käsitlevat väidet või koondumise poolte tegevuse kooskõlastamist muusika avaldamise valdkonnas käsitlevat väidet.

Kohtukulud

544 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Vastavalt kodukorra artikli 87 lõikele 3 võib juhul, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks, esimese astme kohus määrata kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda. Lõpuks võib vastavalt Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 87 lõike 4 kolmandale lõigule Esimese Astme Kohus määrata, et menetlusse astuja kannab ise oma kohtukulud.

545 Käesolevas asjas tuleb otsus tühistada ning hageja palus kohtukulud välja mõista komisjonilt. Siiski tuleb arvesse võtta järgmisi asjaolusid.

546 Hagejaga seoses tuleb sedastada, et kuigi ta rõhutas tungivalt, et kohtuasja käsitletaks kiirendatud menetluse korras, vaatamata komisjoni poolt õigustatult rõhutatud juhtumi keerukusele, ei võtnud hageja siiski vastavat hoiakut, kuigi Esimese Astme Kohus oli kiirendatud menetluse kohaldamise taotlust rahuldavas otsuses otsesõnu rõhutanud, et see otsus võidakse tühistada kohtuasja arenguid silmas pidades. Kuigi Esimese Astme Kohus võis tööpooldest lõpetada kiirendatud menetluse, tuleb siiski arvestada juhtumi objektiivset kiireloomulisust ja teiste poolte olulist pingutust, mis selle võimaluse on üha sobimatumaks muutnud. Menetluse erinevate etappide käigus kujunes hagejal välja aga suhtumine, mis ei ole eriti kooskõlas kiirendatud menetluse sõnastuse ja eesmärgiga.

547 Esiteks ületab hagi pikkus ning väidete ja argumentide hulk oluliselt kiirendatud menetluse jaoks ette nähtud normid ning hageja ei esitanud oma hagi lühendatud versiooni ega loobunud teatud väidetest.

548 Teiseks, kuigi komisjoni, menetluse astujate ja Esimese Astme Kohtuga peetud läbirääkimiste tagajärjel kehtestati menetlust korraldav meede, mis võimaldas juurdepääsu teatud dokumentidele ja konfidentsiaalsetele tõenditele nii erinevate dokumentide vahetamise kui ka Esimese Astme Kohtus toimunud mitteametliku kohtumise käigus, siis taotles hageja selle muutmist, mis tõi kaasa olulised vastuväited teistelt pooltelt, ning lõpuks loobus sellest taotlusest.

- 549 Kolmandaks taotles hageja ning sai kiirendatud menetluses ebahariliku loa esitada vastus komisjoni poolt oma kaitseks esitatud tõendite kohta, kuid oli seejärel ekslikult vastu sellele, et võistlevuse põhimõtte alusel saaks ka komisjon esitada oma täiendavad märkused.
- 550 Neljandaks nõudis hageja kohtuistungiga kiiret korraldamist, kuid ei suutnud seejärel nõustuda ühegi kuupäevaga Esimese Astme Kohtu poolt pakutud neljast kuupäevast, lükates seega kohtuistungiga korraldamise mitu kuud edasi.
- 551 Viiesandaks sai hageja täiesti erakordse loa esitada märkusi pärast kohtuistungit, tingimusel, et need puudutavad üksnes komisjoni vastuseid Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele, kuid seejärel, nagu komisjon õigustatult rõhutab, esitas Esimese Astme Kohtule enam kui 50 lehekülje pikkuse dokumendi (millele lisanduvad lisad), milles ta esitas hulga argumente ja tõendeid, millel ei olnud nende vastustega mingit seost, ning esitas uusi argumente ja tõendeid.
- 552 Lisaks, kuigi hagejal oli õigus seoses kollektiivse turgu valitseva seisundiga salvestatud muusika turul, siis jäeti rahuldamata kõik tema nõuded välistada toimikust komisjoni poolt kostja vastusele lisatud tõendid. Samuti ei ole mingit alust tema väidetele Sony individuaalsest turgu valitsevast seisundist *on-line*-muusika

levitamise turul, sest otsuse tegemise ajal ei olnud SonyConnect'il veel mingit turuosa, samas kui teistel ettevõtjatel, eeskätt Apple'il, oli juba oluline turuosa.

553 Mis puudutab komisjoni, siis on kahetsusväärne, et tema märkused mitmes küsimuses kalduvad kohati väga oluliselt kõrvale otsuses esitatud analüüsist, sundides seega hagejat ja Esimese Astme Kohut teostama pidevalt tavatuid kontrole. Nii ei vasta kinnitused, et kuna survemehhanismi kasutamine võib kaasa tuua kõrvalekalduva ettevõtjaga seotud artiste hõlmavast kompileeritud tootest saada võivate täiendavate tulude ohverdamise, siis ei olnud komisjon suuteline järeldama, et tegu oli usutava mehhanismiga, või ei võtnud seisukohta survemeetmete kohta, mis ilmselgelt ei vastanud otsuse põhjendustes 115–118 esitatud järeldustele, milles tunnistatakse hoopis selle survemehhanismi tõhusust (nagu märgiti otsesõnu ka vastuväiteteatise punktides 128–132), vaid näitavad hoopis seda, et komisjon ei leidnud tõendeid selle rakendamisest. Samuti ei vasta komisjoni kinnitus, et ta järeldas otsuse põhjenduses 169, et *on-line*-muusika litsentside turgude läbipaistvus oli piiratud, kuna puudusid litsentside üldteada hulgihinnad, otsuses esitatud väitele, et „*on-line*-muusika litsentside turu läbipaistvus on igal juhul suurem kui traditsioonilisel salvestatud muusika turul”.

554 Kõiki eelnevaid kaalutlusi silmas pidades leiab Esimese Astme Kohus, et ta hindab käesoleva asja asjaolusid õigesti, kui ta leiab esiteks, et komisjoni kanda tuleb jätta tema enda kohtukulud ja temalt tuleb välja mõista kolm neljandikku hageja kohtukuludest, ja teiseks, et menetlusse astujate kanda tuleb jätta nende endi kohtukulud, vastavalt kodukorra artikli 87 lõikele 4.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (kolmas koda)

otsustab:

- 1. Tühistada komisjoni 19. juuli 2004. aasta otsus K(2004) 2815, millega kuulutatakse teatavate ettevõtjate koondumine kokkusobivaks ühisturuga ja Euroopa Majanduspiirkonna lepingu toimimisega (juhtum COMP/M.3333 – Sony/BMG).**
- 2. Jätta komisjoni kanda tema enda kohtukulud ning mõista temalt välja kolm neljandikku hageja kohtukuludest.**
- 3. Jätta hageja kanda üks neljandik tema kohtukuludest.**
- 4. Jätta menetlusse astujate kanda nende endi kohtukulud.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 13. juulil 2006 Luxembourgis.

kohtusekretär

koja esimees

E. Coulon

M. Jaeger

Sisukord

Vaidluse aluseks olevad asjaolud	II - 2300
Menetlus ja poolte nõuded	II - 2303
Õiguslik käsitlus	II - 2307
I – Kostja vastusele lisatud tõendid	II - 2308
A – Poolte argumendid	II - 2308
B – Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2309
II – Esimene väide, mis käsitleb eelneva kollektiivse turgu valitseva seisundi tugevnemist salvestatud muusika turul	II - 2311
A – Hageja argumendid	II - 2312
1. Esimene osa	II - 2312
a) Põhjendamiskohustuse rikkumine	II - 2313
Toote homogeensus	II - 2314
Läbipaistvus	II - 2314
Hoiatusmeetmed	II - 2315
Vastukaal	II - 2315
b) Ilmne kaalutusviga	II - 2316
Toote homogeensus	II - 2316
Läbipaistvus	II - 2317
– Üldised argumendid	II - 2317
– Üldised märkused uute tõendite kohta	II - 2320
– Erinevate tõendite individuaalne hindamine	II - 2324
	II - 2487

Hoiatusmeetmed	II - 2333
Vastukaal	II - 2333
Tegeliku analüüsi puudumine ühise poliitika kohta	II - 2334
c) Kollektiivset turgu valitsevat seisundit käsitleva õiguse vale kohaldamine	II - 2335
2. Teine osa	II - 2336
B – Komisjoni argumendid	II - 2337
1. Komisjoni otsus ja selle aluseks olevad tõendid	II - 2337
a) Kontekst	II - 2337
b) Viis suurt turgu (Saksamaa, Ühendkuningriik, Prantsusmaa, Itaalia, Hispaania)	II - 2338
Keskmete netohindade ja PPV-de kooskõlastamine	II - 2338
Keerukus ja PPV	II - 2339
Allahindluste kooskõlastamine ja keerukus	II - 2341
Allahindluste läbipaistvus	II - 2350
Struktuurilised seosed	II - 2353
Survemeetmed	II - 2354
c) Teised liikmesriigid	II - 2355
2. Otsuse ekslik kirjeldamine hagiavalduses	II - 2356
3. Esimene osa	II - 2357
a) Põhjendamiskohustuse rikkumine	II - 2357
Toote homogeensus	II - 2359
Läbipaistvus	II - 2360
Hoiatusmeetmed	II - 2361
Vastukaal	II - 2361

b) Ilmne kaalutusviga ja õigusnormi rikkumine	II - 2362
Toote homogeensus	II - 2363
Läbipaistvus	II - 2363
Hoiatusmeetmed ja vastukaal	II - 2373
Ühise käitumislüüsi analüüs	II - 2373
4. Teine osa	II - 2375
C – Menetlusse astujate argumentid	II - 2375
1. Esialgsed märkused	II - 2375
2. Hageja argumentide uurimine	II - 2378
a) Allahindluskampaaniad	II - 2378
b) Ühtlustamise puudumine	II - 2379
c) Läbipaistvuse puudumine	II - 2380
3. Otsuses mainimata erinevad aspektid	II - 2380
D – Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2381
1. Üldised kaalutlused	II - 2381
2. Kollektiivse turgu valitseva seisundi mõiste	II - 2382
3. Komisjoni otsus	II - 2385
4. Läbipaistvus	II - 2392
a) Ebapiisava põhjenduse etteheide	II - 2392
b) Ilmse kaalutusvea etteheide	II - 2407
Otsuses esitatud läbipaistvuse tegurid	II - 2411
Asjaolud, mis võivad turgu läbipaistmatuks muuta	II - 2418
– Allahindluskampaaniate läbipaistmatus	II - 2430
– Allahindluskampaaniate asjakohasus	II - 2444
c) Järeldus läbipaistvuse kohta	II - 2453
	II - 2489

5. Homogeensus	II - 2453
6. Survemeetmed	II - 2454
7. Esimese väite kokkuvõte	II - 2458
III – Teine väide, mis puudutab kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimist salvestatud muusika turul	II - 2461
A – Hageja argumendid	II - 2461
1. Õigusnormi rikkumine	II - 2461
a) Prognoosiva analüüsi puudumine	II - 2462
b) Läbipaistvus	II - 2463
c) Hoiatusmeetmed	II - 2463
d) Vastukaal	II - 2464
2. Põhjendamiskohustuse rikkumine	II - 2464
3. Ilmne kaalutusviga	II - 2467
B – Komisjoni argumendid	II - 2468
1. Õigusnormi rikkumine	II - 2468
a) Prognoosiva analüüsi puudumine	II - 2468
b) Läbipaistvus	II - 2470
c) Hoiatusmeetmed ja vastukaal	II - 2470
2. Põhjendamiskohustuse rikkumine	II - 2471
3. Ilmne kaalutusviga	II - 2473
C – Menetlusse astujate argumendid	II - 2474
D – Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2475
IV – Üldine järeldus	II - 2482
Kohtukulud	II - 2482