

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremSAT den 13. december 2007¹

Indhold

I	— Indledning	I - 4963
II	— Retsforskrifter	I - 4963
III	— Sagens baggrund og forløb	I - 4966
	A — Fusionen	I - 4966
	B — Problemet kollektiv dominerende stilling	I - 4967
	C — Den administrative procedure og Kommissionens første godkendelsesbeslutning	I - 4969
	D — Sagens behandling i første instans	I - 4970
	E — Appelsagen	I - 4970
	F — Fornyet administrativ procedure og Kommissionens anden godkendelsesbeslutning	I - 4971
IV	— Præliminære spørgsmål forud for stillingtagen til appellen	I - 4972
	A — De enkelte anbringenders antagelse til realitetsbehandling	I - 4972
	1. Det femte anbringendes antagelse til realitetsbehandling	I - 4973
	2. Formaliteten for så vidt angår de øvrige appelanbringender	I - 4974
	3. Foreløbig konklusion	I - 4974
	B — Spørgsmålet, om appel er egnet som middel til opfyldelse af det tilsigtede formål	I - 4975
	1. Appellanternes angivelige undladelse af at anfægte et afgørende element i den appellerede dom	I - 4975
	2. Præmissen i den appellerede dom, som ikke begrundes dommens konklusion	I - 4976

1 — Originalsprog: tysk.

3. Foreløbig konklusion	I - 4977
C — Spørgsmålet, om der fortsat består en retlig interesse	I - 4977
V — Realiteten	I - 4981
A — Oplysnings- og begrundelseskra v vedrørende Kommissionens beslutninger om godkendelser (første, andet, tredje og sjette anbringende)	I - 4982
1. Begrundelse af godkendelsesbeslutninger vedrørende fusionskontrol (sjette anbringendes første og tredje led)	I - 4982
a) Spørgsmålet, om godkendelsesbeslutninger kan anfægtes som følge af begrundelsesmangler	I - 4983
b) Begrundelsespligtens omfang	I - 4985
— Den appellerede dom	I - 4986
— Stillingtagen	I - 4987
c) Øvrige betragtninger	I - 4991
d) Foreløbig konklusion	I - 4993
2. Rettens henvisning til meddelelsen af klagepunkter (første appelanbringende og sjette appelanbringendes andet led)	I - 4993
a) Rettens generelle forståelse af forholdet mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter	I - 4994
— Den appellerede dom	I - 4994
— Stillingtagen	I - 4994
b) Rettens konkrete henvisninger til meddelelsen af klagepunkter	I - 4997
c) Foreløbig konklusion	I - 5002
3. Bevisværdien af faktiske omstændigheder, der blev fremlagt som svar på meddelelsen af klagepunkter (andet appelanbringende; det tredje appelanbringendes første led)	I - 5002
a) Den appellerede dom	I - 5002
b) Stillingtagen	I - 5003
4. Beviskrav til godkendelse af virksomhedssammenslutninger (tredje appelanbringendes andet led)	I - 5006
	I - 4961

a)	Den påståede asymmetri mellem krav til beslutninger om henholdsvis godkendelser og forbud i fusionsforordningen	I - 5007
—	Fusionskontrolbeslutninger bygger på prognoser	I - 5007
—	Symmetriske krav til godkendelser og forbud	I - 5009
—	Ingen generel formodning om forenelighed med fællesmarkedet ...	I - 5011
—	Foreløbig konklusion	I - 5013
b)	Rettens beviskrav i den foreliggende sag	I - 5013
c)	Foreløbig konklusion	I - 5014
B —	Grænser for Rettens frie vurdering af faktiske omstændigheder og beviser (fjerde appelanbringende)	I - 5014
1.	Kommissionens skønsmargin og den retlige kontrol heraf	I - 5015
a)	Den appellerede dom	I - 5015
b)	Stillingtagen	I - 5016
2.	Påstanden om urigtig gengivelse af beviser	I - 5018
a)	Ad den appellerede doms præmis 425	I - 5019
b)	Ad den appellerede doms præmis 427	I - 5020
c)	Ad den appellerede doms præmis 434	I - 5021
3.	Foreløbig konklusion	I - 5022
C —	Anvendelse af fortrolige oplysninger i den appellerede dom (syvende appelanbringende)	I - 5023
D —	Foreløbig konklusion	I - 5025
VI —	Ad den påståede kontraappel	I - 5025
VII —	Sagens omkostninger	I - 5026
VIII —	Forslag til afgørelse	I - 5027

I — Indledning

1. Den foreliggende sag giver anledning til at videreudvikle Domstolens praksis vedrørende den fællesskabsretlige fusionskontrol. Der er herved navnlig tale om et — i praksis særdeles væsentligt — spørgsmål om, hvilke krav der kan stilles til Kommissionens oplysning og begrundelse i tilfælde, hvor den meddeler *tilladelse* til en virksomhedssammenslutning.

2. Baggrunden for sagen er en fusionskontrol vedrørende markederne for indspillet musik, onlinemusik og musikudgivelse. Bertelsmann og Sony-koncernerne indgik i slutningen af 2003 en aftale om at samle deres globale musikindspligningsaktiviteter. Efter indledningsvis at have næret tvivl godkendte Kommissionen den påtænkte fusion ved beslutning af 19. juli 2004² (herefter »første godkendelsesbeslutning«).

3. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), der er en international sammenslutning undergivet belgisk ret, der repræsenterer 2 500 uafhængige musikproduktionsselskaber, modsatte sig fusionen. Under den af Impala anlagte

sag annullerede Retten i Første Instans (herefter »Retten«) ved dom af 13. juli 2006³ (herefter »den appellerede dom«) den første godkendelsesbeslutning.

4. Bertelsmann og Sony har nu iværksat appel til Domstolen til prøvelse af den appellerede dom. Appellanterne finder navnlig, at Retten har stillet for strenge retlige krav til Kommissionens beslutning om godkendelse, og at dens retlige kontrol af denne har været for indgående.

5. Indledningsvis skal det imidlertid først undersøges, om appellanterne fortsat har en retlig interesse, efter at Kommissionen i mellemtiden — den 3. oktober 2007 — på ny godkendte fusionen.

II — Retsforskrifter

6. De relevante retsforskrifter for nærværende sag findes i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (herefter »fusionsforordningen«)⁴,

2 — Kommissionens beslutning 2005/188/EF af 19.7.2004 om en fusionsforenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.3333 — SONY/BMG) meddelt under nr. K(2004) 2815, EUT 2005 L 62, s. 30.

3 — Dom afsagt af Retten i Første Instans den 13.7.2006, sag T-464/04, Impala mod Kommissionen, Sml. II, s. 2289.

4 — EFT L 395, s. 1, som berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13.

som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97⁵.

7. Fusioner af fællesskabsdimension som omhandlet af fusionsforordningen er underlagt et forbud mod gennemførelse og skal anmeldes til Kommissionen (fusionsforordningens artikel 4 og 7). Kommissionen vurderer dem med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked (forordningens artikel 2, stk. 1).

8. Om en fusion godkendes eller forbydes afhænger af, hvorvidt den skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf hæmmes betydeligt. Fusionsforordningen bestemmer i artikel 2, stk. 2 og 3, følgende:

»2. Fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

9. *Fusionskontrolproceduren* består af to faser. Den første fase omfatter alene en forundersøgelse af den påtænkte fusion. Giver en fusion anledning til alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, følger der i anden fase en formel undersøgelsesprocedure, som Kommissionen indleder i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c)⁶.

10. Kommissionens *beslutningsbeføjelser* under den formelle undersøgelsesprocedure er defineret i fusionsforordningens artikel 8 som følger:

»1. Hver enkelt procedure, der indledes i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), afsluttes ved beslutning i overensstemmelse med stk. 2 til 5 i nærværende artikel, jf. dog artikel 9.

5 — Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 om ændring af forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EFT L 180, s. 1, som berigtiget i EFT 1998 L 40, s. 17.

6 — Giver en fusion, således som det i praksis ofte er tilfældet, overhovedet ingen anledning til alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, sker godkendelsen, *uden* at der indledes en formel fusionskontrolprocedure efter en simpel forundersøgelse. I henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra b), træffer Kommissionen i sådanne tilfælde *beslutning om ikke at rejse indsigelse mod fusionen* og erklærer den for forenelig med fællesmarkedet.

2. Finder Kommissionen, at en anmeldt fusion, eventuelt efter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2 [...] vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer fusionen for forenelig med fællesmarkedet [...]

3. Finder Kommissionen, at en fusion opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 3, [...] vedtager den en beslutning, hvori fusionen erklæres for uforenelig med fællesmarkedet

[...]«

11. Inden en eventuel beslutning om forbud i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 3, skal de virksomheder, der deltager i fusionen, høres. Med henblik herpå giver Kommissionen dem skriftlig *meddelelse om klagepunkterne*, hvortil de kan fremsætte deres skriftlige og eventuelt også mundtlige bemærkninger. Fusionsforordningens artikel 18⁷ indeholder følgende bestemmelse herom:

»1. Forinden der træffes beslutning i henhold til artikel [...] 8 [...] stk. 3, 4 og 5, [...] skal Kommissionen give de deltagende

7 — Jf. tillige artikel 11-15 i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1.3.1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning (EOF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EFT L 61, s. 1.

personer, virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder lejlighed til på alle stadier af proceduren indtil høring af det rådgivende udvalg, at udtale sig om de punkter, der fremføres imod dem.

[...]

3. Kommissionen bygger alene sine beslutninger på punkter, med hensyn til hvilke de deltagende parter har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger. Parternes ret til forsvar skal i fuldt omfang tilgodeses under hele proceduren [...]«

12. Fusionskontrolproceduren er i sin helhed præget af et *fremskyndingspåbud*, som frem for alt gennemføres ved hjælp af et velafvejede, forholdsvis strengt system af frister, og som skal begrænse varigheden af fusionskontrolproceduren⁸. Såfremt Kommissionen ikke inden for de gældende frister træffer en beslutning om, hvorvidt fusionen er forenelig med fællesmarkedet, indtræder der en godkendelsesfiktion, der i henhold til fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, er udformet således:

8 — Dom af 25.9.2003, sag C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 9889, præmis 33, og af 22.6.2004, sag C-42/01, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 6079, præmis 51; jf. også Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 113, og af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 108, samt mit forslag til afgørelse af 26.4.2007 i sag C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, der endnu verserer, punkt 41.

»Hvis Kommissionen ikke har vedtaget en beslutning i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b) eller c), eller i henhold til artikel 8, stk. 2 eller 3, inden for de frister, der er fastsat i [...], anses fusionen for at være forenelig med fællesmarkedet [...]«

*forordning*¹⁰ finder i henhold til sin artikel 26, stk. 1, imidlertid først anvendelse fra den 1. maj 2004 og er følgelig ikke relevant for den foreliggende sag; i henhold til bestemmelsens stk. 2 finder den tidligere retsstilling fortsat anvendelse på sager som den foreliggende.

13. For så vidt angår følgerne af, at Fælleskabets retsinstanser fastslår, at en kommissionsbeslutning er ugyldig, bestemmer fusionsforordningens artikel 10, stk. 5, følgende:

»Hvis Domstolen afsiger en dom, som annullerer hele eller dele af en beslutning vedtaget af Kommissionen i henhold til denne forordning, løber forordningens frister på ny fra datoen for domsafsigelsen.«

14. I de fleste fusionskontROLSager er Kommissionen ligeledes kontrolmyndighed for så vidt angår fusioner inden for det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde⁹ og træffer afgørelse om, hvorvidt fusionerne er forenelige med EØS-aftalen.

15. I 2004 blev fusionsforordningen ændret på væsentlige punkter. Den nye *EF-fusions-*

III — Sagens baggrund og forløb

A — *Fusionen*

16. Bertelsmann AG¹¹ er et internationalt medieselskab, hvis aktiviteter på verdensplan omfatter produktion og udgivelse af musik, fjernsyn, radio, udgivelse af bøger, tidskrifter og aviser, trykkerivirksomhed samt bog- og musikklubber. Bertelsmann driver virksomhed inden for musikindspilning gennem datterselskabet Bertelsmann Music Group (herefter »BMG«), som Bertelsmann ejer fuldt ud¹².

9 — Artikel 57, stk. 1 og 2, litra a), i Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«), EFT 1994 L 1, s. 3.

10 — Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (herefter »EF-fusionsforordningen« eller »forordning nr. 139/2004«), EUT L 24, s. 1.

11 — Herefter »Bertelsmann«.

12 — Jf. til dette og følgende punkter præmis 3-6 i den appellerede dom.

17. Sony Corporation of America¹³ tilhører Sony-koncernen og driver virksomhed inden for produktion og udgivelse af musik, industri- og forbrugerelektronik samt underholdning. Inden for indspillet musik driver Sony virksomhed gennem Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann og Sony aftalte ifølge en »Business Contribution Agreement« (aftale om samling af aktiviteter), der blev indgået den 11. december 2003, at samle deres globale aktiviteter inden for musikindspejling (bortset fra Sonys aktiviteter i Japan) i tre eller flere nystiftede selskaber. De fælles virksomheder skulle drives samlet under navnet Sony BMG.

19. Ifølge aftalen skulle Sony drive virksomhed inden for opdagelse og udvikling af kunstnere¹⁴ og inden for den markedsføring og det salg af indspillet musik, der fulgte heraf. Sony skulle ikke beskæftige sig med beslægtede aktiviteter såsom udgivelse, produktion og distribution af musik.

20. Under sagen for Domstolen har Bertelsmann og Sony bekræftet, at fusionen blev fuldt ud gennemført i 2004.

13 — Herefter »Sony«.

14 — Såkaldt »A&R« (»Artists and Repertoire«).

B — *Problemet kollektiv dominerende stilling*

21. Som alle fusioner af fællesskabsdimension skulle der i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 2 foretages en vurdering af den mellem Bertelsmann og Sony påtænkte transaktion med henblik på at fastslå, om den kunne skabe eller en styrke en dominerende stilling, som i betydelig grad hæmmer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.

22. Konkret drejede det sig ikke om Sony BMG's eventuelt enedominerende stilling, men om risikoen for skabelse eller styrkelse af en *kollektiv dominerende stilling* blandt fem globale producenter af indspillet musik¹⁵, de såkaldte top-koncerner (»Majors«) inden for musikbranchen, hvis antal ved fusionen blev reduceret fra fem til fire.

23. Domstolen fastslog allerede i »Kali & Salz«-dommen¹⁶, at begrebet dominerende stilling i fusionsforordningens forstand ikke alene omfatter en individuel, men også en kollektiv dominerende stilling. En kollektiv dominerende stilling kan udgøres to

15 — Herved forstås såvel i godkendelsesbeslutningen som i den appellerede dom følgende producenter: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) og EMI Group (oprindeligt: Electric and Musical Industries).

16 — Dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, »Kali og Salz-dommen«, Sml. I, s. 1375, præmis 164-178; jf. endvidere Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 123-156.

virksomheder (duopol) eller af flere virksomheder (oligopol)¹⁷.

24. En kollektiv dominerende stilling betyder ikke nødvendigvis, at medlemmerne af et oligopol skal have deltaget i et *hemmeligt samarbejde*, f.eks. ved indbyrdes konkurrencestridige aftaler som omhandlet i artikel 81 EF¹⁸. En kollektiv dominerende stilling kan derimod også bero på en *stiltiende samordning af den konkurrencemæssige adfærd* mellem samtlige medlemmer af et oligopol¹⁹. Medlemmerne af oligopolet stiller sig herved tilfreds med de markedsandele, de hver især har erhvervet, og der findes ikke længere en indbyrdes effektiv konkurrence mellem medlemmerne²⁰.

25. Forudsætningen for at antage, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, er imidlertid, at det berørte marked overhovedet varigt tillader en stiltiende samordning af den konkurrencemæssige adfærd mellem medlemmerne af oligopolet. De tre kriterier, som Retten i Første Instans udviklede i Airtours-dommen²¹ med henblik på konstateringen af en kollektiv dominerende stilling,

og som den sammenfattede på følgende måde i den appellerede dom, skal derfor ses på denne baggrund:

»For det første skal markedet være tilstrækkelig gennemsigtigt til, at de virksomheder, der samordner deres adfærd, i tilstrækkelig grad kan overvåge, at reglerne for koordineringen overholdes. For det andet er det en forudsætning for, at der kan herske disciplin, at der findes en eller anden form for disciplinær foranstaltning, som kan iværksættes i tilfælde af afvigende adfærd. For det tredje må virksomheders reaktion, som ikke deltager i fusionen, såsom aktuelle eller potentielle konkurrenter, samt kundernes reaktion ikke kunne bringe de forventede resultater af koordineringen i fare«²².

26. Den foreliggende sag angår navnlig det første af disse tre såkaldte »Airtours-kriterier«, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt markedet for indspillet musik er så tilstrækkelig gennemsigtigt, at det giver mulighed for en stiltiende samordning mellem topkoncerterne. Sagens parter er navnlig uenige om, hvilke krav Retten i denne forbindelse kan stille til Kommissionens oplysning og begrundelse.

17 — Gencor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 276 og 277, og Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 59-61.

18 — Dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis. 45, vedrørende artikel 82 EF.

19 — Dette sker normalt ved en *konkurrencestridig parallel adfærd*. I sagen COMP/M.2201 — MAN/Auwärter undersøgte Kommissionen imidlertid, hvorvidt en fusion åbnede mulighed for en varigt stiltiende samordning af to duopolisters konkurrencemæssige adfærd, som ikke var omfattet af de klassiske former for konkurrencestridig parallel adfærd (beslutning 2002/335/EF, EFT L 116, s. 35, jf. navnlig 33.-35. betragtning).

20 — Jf. i det hele tillige dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 276.

21 — Dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 62.

22 — Den appellerede doms præmis 247. Jf. i samme retning dom af 8.7.2003, sag T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2275, præmis 186, og — vedrørende artikel 82 EF — dom af 26.1.2005, sag T-193/02, Piau mod Kommissionen, Sml. II, s. 209, præmis 111.

C — *Den administrative procedure og Kommissionens første godkendelsesbeslutning*

var alvorlig tvivl om, hvorvidt den anmeldte fusion var forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.

27. Den 9. januar 2004 modtog Kommissionen anmeldelse af en påtænkt fusion i henhold til fusionsforordningens artikel 4²³.

28. Under forundersøgelsen (»fase I« af fusionskontrolproceduren) fremsendte Kommissionen den 20. januar 2004 et spørgeskema til en række erhvervsdrivende på markedet.

29. Impala besvarede spørgeskemaet og indgav endvidere den 28. januar 2004 en særskilt udtalelse, hvori sammenslutningen redegjorde for, hvorfor Kommissionen efter dens opfattelse burde erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet. I udtalelsen udtrykte sagsøgeren frygt for den øgede koncentration på markedet og for den virkning, denne ville have for adgangen dertil, samt for detailsektoren, medier, internet og forbrugernes valgmuligheder.

30. Kommissionen indledte derefter den 12. februar 2004 i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), den formelle undersøgelsesprocedure (»fase II« af fusionskontrolproceduren), idet der

31. Proceduren blev stillet i bero fra den 7. april til den 5. maj 2004 i henhold til fusionsforordningens artikel 11, stk. 5, eftersom fusionsdeltagerne ikke havde givet et fyldestgørende svar på Kommissionens begæring om oplysninger²⁴.

32. Den 24. maj 2004 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til fusionsdeltagerne, hvori den drog den foreløbige konklusion, at den anmeldte fusion ville være uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen, da den ville styrke en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik og på engrosmarkedet for licenser til onlinemusik, og da den ville føre til, at moderselskabernes adfærd blev koordineret på en måde, der var uforenelig med artikel 81 EF.

33. Fusionsdeltagerne besvarede meddelelsen af klagepunkter, og den 14. og 15. juni 2004 blev der for Kommissionens høringskonsulent afholdt en høring, hvori bl.a. Impala deltog.

23 — Jf. her og i det følgende den appellerede doms præmis 2 og præmis 7-11.

24 — Jf. høringskonsulentens endelige rapport, EUT 2005 C 59, s. 2.

34. Ved første godkendelsesbeslutning af 19. juli 2004 erklærede Kommissionen endelig fusionen for forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2. Godkendelsen blev meddelt uden betingelser eller påbud.

Intervenienterne pålagdes at bære deres egne omkostninger.

E — *Appelsagen*

D — *Sagens behandling i første instans*

35. Den 3. december 2004 anlagde Impala sag ved Retten i Første Instans til prøvelse af godkendelsesbeslutningen med påstand om, at beslutningen annulleredes²⁵ og at Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger. Kommissionen nedlagde påstand om frifindelse samt om, at Impala pålægges at betale sagens omkostninger. Kommissionen støttedes herved af Bertelsmann og Sony samt af Sony BMG Music Entertainment, som ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Tredje Afdeling den 4. februar 2005 havde fået tilladelse til at indtræde i sagen som intervenienter.

37. Ved den i fællesskab iværksatte appel, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 13. juli 2006, nedlagde Bertelsmann og Sony (herefter »appellanterne«) følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Impalas påstand om annullation af Kommissionens beslutning forkastes, eller subsidiært hjemvises sagen til Retten i Første Instans til fornyet behandling.

36. Ved den appellerede dom annullerede Retten den første godkendelsesbeslutning og pålagde Kommissionen at bære sine egne omkostninger og betale tre fjerdedele af Impalas omkostninger. Impala pålagdes at bære en fjerdedel af sine egne omkostninger.

— Impala tilpligtes at betale appelsagens omkostninger.

25 — Subsidiært nedlagde Impala påstand om, at visse dele af beslutningen annulleredes; jf. herom den appellerede doms præmis 29, tredje led.

38. Sony BMG Music Entertainment har i det hele tilsluttet sig appellen samt de af Bertelsmann og Sony nedlagte påstande.

39. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Påstanden om annullation af den første godkendelsesbeslutning tages ikke til følge, subsidiært hjemvises sagen til Retten i Første Instans til fornyet behandling.

— Impala tilpligtes at betale Kommissionens omkostninger i appelsagen.

40. Impala har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes og/eller afvises til dels eller afvises i det hele.

— Den appellerede dom stadfæstes.

— Appellanterne tilpligtes at betale appelsagens omkostninger.

41. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå, den 6. november 2007, afholdt mundtlig forhandling i sagen.

F — *Fornyed administrativ procedure og Kommissionens anden godkendelsesbeslutning*

42. Efter at den første godkendelsesbeslutning var blevet annulleret ved den appellerede dom, gennemførte Kommissionen på ny en fusionskontrolprocedure i sagen²⁶ (jf. fusionsforordningens artikel 10, stk. 5); denne fandt nødvendigvis sted *parallelt med den foreliggende appelsag*, idet en appel ikke har opsættende virkning (jf. artikel 60, stk. 1, i statutten for Domstolen).

43. Med henblik på den fornyede konkurrenceretlige undersøgelse anmeldtes sammenslutningen således på ny til Kommissionen den 31. januar 2007, og Kommissionen indledte den 1. marts 2007 den formelle undersøgelse (»fase II«) i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c).

44. Fusionskontrolproceduren afsluttedes ved beslutning af 3. oktober 2007, hvori

²⁶ — Jf. angående denne og de følgende angivelser Kommissionens pressemeddelelser af 1.3.2007 (IP/07/272) og af 3.10.2007 (IP/07/1437).

Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, på ny fastslog, at sammenslutningen var forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen (herefter »den anden godkendelsesbeslutning«). Godkendelsen blev meddelt uden betingelser eller påbud.

IV — Præliminære spørgsmål forud for stillingtagen til appellen

45. Inden behandlingen af appellsagens realitet skal der tages stilling til, om de enkelte anbringender kan antages til realitetsbehandling (jf. umiddelbart i det følgende under punkt A), om de overhovedet giver appellanterne mulighed for at nå det tilsigtede mål (jf. under punkt B), og om appellanternes interesse i at fortsætte appelsagen ikke er bortfaldet som følge af, at Kommissionen i mellemtiden har vedtaget den anden godkendelsesbeslutning (jf. under punkt C).

A — De enkelte anbringenders antagelse til realitetsbehandling

46. Impala bestrider, at appelsagen i det hele kan antages til realitetsbehandling, idet den alene har til formål at opnå, at Rettens vurdering af faktiske omstændigheder efterprøves.

47. I betragtning af denne indsigelse forekommer det relevant at erindre om det prøvelseskriterium, som følger af artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, og som Domstolen ifølge fast praksis anlægger i appelsager²⁷: Appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne; bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.

48. Om Retten derimod har stillet for strenge krav til begrundelsen for en kommissionsbeslutning, om den har anvendt de rigtige kriterier ved sin vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne og dens retsanvendelse i dommen generelt er korrekt, er et retsspørgsmål, som kan være genstand for appelsagen²⁸. Der er ligeledes tale om et retsspørgsmål, som kan efterprøves af Domstolen, om Retten har kvalificeret faktiske omstændigheder og beviser korrekt i retlig henseende, og om de konklusioner, den

27 — Jf. bl.a. dom af 22.6.2006, sag C-24/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5677, præmis 36, og af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 40; jf. endvidere dom af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 69 og 70, af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 41, og af 25.10.2007, sag C-167/06 P, Komninou m.fl. mod Kommissionen, præmis 40.

28 — Jf. i denne retning dom af 25.1.2007, sag C-403/04 P, Sumitomo Metal Industries mod Kommissionen, Sml. I, s. 735, præmis 40; jf. ligeledes mit forslag til afgørelse af 23.2.2006 i sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, punkt 113. Jf. særligt med hensyn til kravene til begrundelsespligten dom af 20.11.1997, sag C-188/96 P, Kommissionen mod V, Sml. I, s. 6561, præmis 24, og af 20.2.1997, sag C-166/95 P, Kommissionen mod Daffix, Sml. I, s. 983, præmis 35.

har draget deraf, er retligt korrekte²⁹, samt om den har respekteret de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse³⁰.

49. Såfremt disse prøvelseskriterier lægges til grund, skal den foreliggende appel i modsætning til Impalas opfattelse ikke forkastes i det hele. Der skal derimod anlægges en sondring mellem på den ene side det femte anbringende og på den anden side de øvrige anbringender.

1. Det femte anbringendes antagelse til realitetsbehandling

50. For så vidt angår det femte anbringende, der vedrører betingelserne for at fastslå en kollektiv dominerende stilling, bemærkes for det første, at dette består af en indledende del³¹ og flere detaljerede kritikpunkter³².

29 — Dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 23, dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 69, dommen i sagen Sumitomo Metal Industries mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 39, og dommen i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 41.

30 — Dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 24, dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 70, dommen i sagen Sumitomo Metal Industries mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 38 og 29, dommen i sagen SGL Carbon, mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 41 og dommen i sagen Komninou m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 40.

31 — Appelskriftets punkt 65-69.

32 — Appelskriftets punkt 70-80.

51. I anbringendets *første led* rejses der navnlig spørgsmål om, hvorvidt de kriterier³³, som Retten i sin tid selv udviklede i Airtours-dommen med hensyn til konstatering af en kollektiv dominerende stilling, skal anvendes med samme stringens, uanset om det skal godtgøres, at der er tale om en allerede eksisterende, kollektiv dominerende stilling, eller om der er tale om en vurdering af faren for, at der skabes en kollektiv dominerende stilling som følge af en fusion. Femte anbringendes første led angår således en fortolkning af Airtours-kriterierne. Der er herved tale om et retsspørgsmål, der lovligt kan være genstand for en appel.

52. Forholdet er et andet for så vidt angår de resterende *detaljerede kritikpunkter*, som gøres gældende med det femte anbringende, og som kan sammenfattes således: Retten har undladt at tage hensyn til nettoengrospriserne, som er afgørende for gennemsigtighed på markedet, samt betydningen af rabatter, og har i stedet nøjedes med blot at betragte katalogpriser og detailpriser. Retten har endvidere på grundlag af rabatternes betydning for gennemsnitlige nettopriser med urette udledt, at rabatterne er gennemsnitlige. Retten har tillige med urette anset komplekse prisstrukturer for irrelevante ved vurderingen af gennemsigtighed. Endelig anser Retten med urette prisforskelle og variationer i priser for irrelevant for spørgsmålet om gennemsigtighed.

33 — Jf. punkt 25 i nærværende forslag til afgørelse samt dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 62.

53. Disse detaljerede kritikpunkter sigter i realiteten ikke på en efterprøvelse af retsspørgsmål, men anfægter derimod snarere den konkrete bedømmelse af faktiske omstændigheder og beviser i den foreliggende sag, som Retten foretog. Det er ikke muligt generelt at angive, hvilken betydning katalogpriser, detailpriser, nettoengrospriser, gennemsnitlige nettopriser, rabatter, komplekse prisstrukturer samt visse prisforskelle og -variationer skal tillægges ved bedømmelsen af gennemsigtighed på et bestemt marked; dette afhænger derimod af en konkret vurdering af samtlige omstændigheder i den enkelte sag, herunder navnlig de særlige omstændigheder på det berørte marked.

54. Domstolen skal hermed med andre ord tilskyndes til at lade sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne i den konkrete sag træde i stedet for Rettens vurdering. Dette er imidlertid ikke tilladt under en appelsag. Det kan imidlertid gøres gældende for Domstolen, at Retten ikke har gengivet faktiske omstændigheder eller beviser korrekt, eller at den under sin vurdering af faktiske omstændigheder og beviser har tilsidesat logikkens love. Dette er imidlertid *ikke* blevet gjort gældende, og bortset fra disse undtagelser kan det ikke være Domstolens opgave som appelinstans selv at vurdere, hvilken betydning faktorer såsom katalogpriser, detailpriser, nettoengrospriser, gennemsnitlige nettopriser, rabatter, komplekse prisstrukturer samt visse prisforskelle og -variationer skal tillægges ved vurderingen af gennemsigtighed på markedet i en sag som den foreliggende.

55. Henset hertil kan det femte appelanbringende alene admitteres for så vidt angår første led, men ikke for så vidt angår de detaljerede kritikpunkter.

2. Formaliteten for så vidt angår de øvrige appelanbringender

56. Efter min opfattelse kan de øvrige appelanbringender derimod fuldt ud admitteres, idet de ikke angår Rettens bedømmelse af faktiske omstændigheder og beviser som sådan. Disse appelanbringender angår nemlig de *kriterier*, som Retten anvendte ved sin efterprøvelse af lovligheden af den første godkendelsesbeslutning. For det andet vedrører de de *beviskrav*, som gælder for Kommissionens godkendelse af fusioner. Der er herved i det hele tale om retsspørgsmål, der lovligt kan gøres til genstand for en appel.

3. Foreløbig konklusion

57. Mens alene første led af femte appelanbringende kan admitteres, kan de øvrige appelanbringender i det hele antages til realitetsbehandling.

B — *Spørgsmålet, om appel er egnet som middel til opfyldelse af det tilsigtede formål*

58. Bortset fra det netop rejste spørgsmål om, hvorvidt de enkelte appelanbringender kan admitteres, rejser den foreliggende sag endvidere spørgsmål om, hvorvidt appel overhovedet er egnet som middel til at opfylde det mål, som appellanterne har for øje, nemlig at den appellerede dom ophæves. Appellanterne har på den ene side eventuelt undladt at anfægte et afgørende element i den appellerede dom (jf. straks nedenfor i punkt 1.), på den anden side vedrører appellen muligvis visse præmisser, som ikke begrunder den appellerede doms konklusion (jf. nedenfor i punkt 2.).

1. Appellanternes angivelige undladelse af at anfægte et afgørende element i den appellerede dom

59. Impala har for det første gjort gældende, at appel overhovedet ikke er et egnet middel til at opnå, at den appellerede dom ophæves, idet appellanterne under appellen har undladt at anfægte et afgørende element i dommen.

60. Efter Impalas opfattelse er appellen nemlig alene rettet mod Rettens bemærkninger om *styrkelse* af en allerede bestående dominerende stilling, men ikke mod Rettens bemærkninger i præmis 528 i den appellerede dom om eventuel *skabelse* af en kollektiv dominerende stilling. Selv om

appellanterne fik medhold i det hele, ville det ifølge Impala ikke kunne føre til, at den appellerede dom ophæves, idet det har sit forblivende med Rettens konstateringer i præmis 528 om yderligere retlige fejl i den første godkendelsesbeslutning.

61. Efter min opfattelse er dette anbringende ikke overbevisende.

62. Appellanterne skal ganske vist præcist angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand³⁴. Dette betyder imidlertid ikke, at affattelsen af appellen i alle henseender skal svare til dommens opbygning, og at samtlige afsnit af dommen skal anfægtes ved særskilte anbringender.

63. I den foreliggende sag har appellanterne på ingen måde begrænset appellen til alene at angå den første del af dommen, som nævnes her, nemlig Rettens bemærkninger om, at der var tale om en styrkelse af en bestående kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik³⁵. En sådan begrænsning ville heller ikke være i overensstemmelse med deres erklærede mål om at opnå, at dommen i det hele ophæves. Dette

34 — Fast praksis, jf. blot dom af 1.2.2007, sag C-266/05 P, Sison mod Rådet, Sml. I, s. 1233, præmis 23, og af 11.9.2007, sag C-227/04 P, Lindorfer mod Rådet, Sml. I, s. 6767, præmis 45.

35 — Den appellerede doms præmis 44-481.

formål kan kun opfyldes, såfremt appellen skal forstås således, at den anfægter begge de nævnte dele af den appellerede dom³⁶, dvs. såvel de dele, der vedrører styrkelse af en bestående dominerende stilling, som dem, der vedrører skabelse af en sådan stilling.

64. Appellanternes bemærkninger i indledningen af appelskriftet taler ligeledes for, at appellen ikke alene vedrører en del af dommen. I opregningen af de dele af dommen, der særligt kritiseres, henvises udtrykkeligt til præmis 528 samt til præmis 533, 539 og 541, der ligeledes vedrører spørgsmålet om *skabelse* af en kollektiv dominerende stilling på markedet³⁷. Appellanterne henviser endvidere i appelskriftet udtrykkeligt flere gange til den generelle konklusion, som Retten i Første Instans gav udtryk for i den appellerede doms præmis 542 og 543³⁸.

65. Henset hertil kan det ikke hævdes, at appellen alene angår Rettens bemærkninger vedrørende spørgsmålet om *styrkelse* af en bestående dominerende stilling på markedet, og anbringendet skal derfor i det hele forkastes som værende uden betydning.

36 — Såvel præmis 44-481 som præmis 482-541 i den appellerede dom.

37 — Appelskriftets punkt 17. Tilsvarende henvisninger findes endvidere navnlig i appelskriftets punkt 26 og 94 samt i fodnote 6.

38 — Appelskriftets punkt 17, 59 og 81.

2. Præmisser i den appellerede dom, som ikke begrundes dommens konklusion

66. Forholdet er derimod et andet for så vidt angår første led i femte anbringende, der som allerede nævnt³⁹ er den eneste del af appelanbringendet, der kan admitteres.

67. Hermed rejses der navnlig spørgsmål om, hvorvidt de kriterier⁴⁰, som Retten selv udviklede i Airtours-dommen for så vidt angår konstateringen af en kollektiv dominerende stilling, skal anvendes med samme stringens, uanset om det skal godtgøres, at der er tale om en allerede bestående kollektiv dominerende stilling, eller om en vurdering af faren for, at der i fremtiden skabes en sådan kollektiv dominerende stilling som følge af en fusion. I den første situation støtter Retten, at Airtours-kriterierne anvendes mindre strengt end i det sidstnævnte tilfælde⁴¹.

68. Appellanternes hovedkritikpunkt er præmis 251 i den appellerede dom. Retten bemærkede her, at forekomsten af en (bestående) kollektiv dominerende stilling »i givet fald kan fastslås indirekte på grundlag af en flerhed af, eventuelt meget forskelligartede, indikationer og beviser, der vedrører de tegn, udtryk og omstændigheder, som er kende-

39 — Jf. ovenfor i punkt 50-55.

40 — Jf. punkt 25 samt dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 62.

41 — Jf. i denne retning præmis 249-253 i den appellerede dom.

tegnende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling«.

69. Som appellanterne imidlertid med rette selv bemærkede⁴², er den omtvistede passage, ligesom de retlige betragtninger, Retten har lagt til grund, *obiter dicta*. I hele det afsnit af den appellerede dom, der omfatter præmis 245-253, efterprøver Retten således ikke en ugyldighedsgrund, som Impala gjorde gældende for førsteinstansen, men angiver *obiter dictum* sin opfattelse af, hvorledes kriterierne for at fastslå, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling, skal anvendes.

70. Dette fremgår særlig klart, såfremt man sammenholder den omtvistede passage i dommen og præmis 254, hvor Retten udtrykkeligt begrænser sin efterprøvelse af den første godkendelsesbeslutning til spørgsmålet om, hvorvidt Airtours-kriterierne er opfyldt: »[...] Retten [vil] ved behandlingen af de fremsatte anbringender begrænse sig til at efterprøve, om de betingelser, der fremgår af retspraksis i Airtours-dommen, er blevet anvendt korrekt i beslutningen.« Retten kommer derimod udtrykkeligt ikke ind på spørgsmålet om, hvorvidt det ligeledes kan antages, at der er tale om en dominerende stilling, »idet det er uforholdsmæssigt positivt at bevise, at der hersker gennemsligtighed på markedet«. Dette spørgsmål er »ikke blevet drøftet« under forhandlingerne for førsteinstansen.

42 — Appelskriftets punkt 67.

71. Da første led af femte appelanbringende således ikke henviser til den egentlige begrundelse for dommen, men alene til supplerende betragtninger fra Retten, kan det ikke føre til, at den appellerede dom ophæves. Det følger af fast praksis, at dette led i appellen skal forkastes som værende uden betydning⁴³.

3. Foreløbig konklusion

72. Femte anbringende skal følgelig, i det omfang det overhovedet kan admitteres, forkastes som værende uden betydning. Samtlige andre anbringender er derimod egnede til at opfylde det mål, som appellanterne har for øje.

C — Spørgsmålet, om der fortsat består en retlig interesse

73. For så vidt angår de anbringender, som kan admitteres, og som ikke er uden betydning, skal det endelig vurderes, om ikke appellanternes interesse i at fortsætte appellsagen i mellemtiden er bortfaldet.

43 — Jf. dom af 18.3.1993, sag C-35/92 P, Parlamentet mod Frederiksen, Sml. I, s. 991, præmis 31, af 8.5.2003, sag C-122/01 P, T. Port mod Kommissionen, Sml. I, s. 4261, præmis 17, af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 148, og af 13.9.2007, sag C-443/05 P, Common Market Fertilizers mod Kommissionen, Sml. I, s. 7209, præmis 137.

74. Med kravet om retlig interesse sikres det formelt, at retsinstanserne ikke forelægges rent hypotetiske retsspørgsmål til udtalelse. Retlig interesse er derfor en tvingende procesforudsætning, som skal undersøges *ex officio*, og som kan være relevant på forskellige processuelle stadier. Den skal således utvivlsomt foreligge allerede på tidspunktet for sagens anlæg. Den skal derudover fortsat bestå fra sagens anlæg og indtil det tidspunkt, hvor den retlige afgørelse træffes⁴⁴.

75. Der består en retlig interesse, såfremt appellsagens udfald kan tilføre den appellevende part en fordel⁴⁵.

76. Det er ubestridt, at appellanterne havde retlig interesse på det tidspunkt, hvor appellen blev iværksat. Efter Rettens annullation af den første godkendelsesbeslutning savnede Bertelsmann og Sony med tilbagevirkende kraft den nødvendige godkendelse af sammenslutningen i henhold til fusionsforordningen. Med en ophævelse af den appellerede dom i overensstemmelse med påstanden i appellen ville godkendelsen på ny kunne få virkning. Appellanterne ville således kunne opnå denne fordel gennem appellen.

77. Efter at den anden godkendelsesbeslutning blev vedtaget, råder de virksomheder, der deltager i fusionen, imidlertid på ny over en godkendelse i henhold til fusionsforordningen. For så vidt angår den dispositive del er den anden godkendelse ikke mindre omfattende end den første, idet de begge, uden betingelser eller påbud, blev erklæret for forenelige med fællesmarkedet og EØS-aftalen. Den *uafklarede situation*, der var tale om, siden den første godkendelsesbeslutning blev annulleret, hvor de deltagende virksomheder og markeder ikke havde sikkerhed for, at sammenslutningen var blevet lovligt gennemført, er ligeledes blevet bragt til ophør med den nye godkendelse. Ifølge idéen⁴⁶ med fusionsforordningens artikel 7, stk. 5, har den anden godkendelsesbeslutning nemlig tilbagevirkende gyldighed fra det tidspunkt, hvor de retshandler, der blev indgået med henblik på fuldbyrdelse af sammenslutningen, blev foretaget («*ex-tunc* virkning«).

78. Dette indebærer imidlertid ikke nødvendigvis, at den foreliggende appel er *uden genstand*. Appellen er nemlig ikke direkte rettet mod Kommissionens godkendelsesbeslutning, men mod Rettens dom, der fortsat har gyldighed. Muligheden for at fastslå, at sagen er blevet uden genstand (procesreglementets artikel 92, stk. 2), kan derfor ikke

44 — Jf. om retlig interesse i appelsager, dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 13; i samme retning vedrørende retlig interesse i første instans dom af 7.6.2007, sag C-362/05 P, Wunenburg m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4333, præmis 42, og kendelse af 17.10.2005, sag T-28/02, First Data m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4119, præmis 35-37.

45 — Dommen i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 13, dom af 13.7.2000, sag C-174/99 P, Parlamentet mod Richard, Sml. I, s. 6189, præmis 33, og af 3.4.2003, sag C-277/01 P, Parlamentet mod Samper, Sml. I, s. 3019, præmis 28.

46 — Da den omtvistede fusion blev gennemført på et tidspunkt, hvor den første godkendelsesbeslutning fortsat var gyldig, er fusionsforordningens artikel 7, stk. 5, ikke materielt anvendelig i den foreliggende sag. Bestemmelsens grundlæggende idé om, at spørgsmålet om ugyldighed er uafklaret, og at uvisheden kan afhjælpes med tilbagevirkende gyldighed ved en godkendelsesbeslutning, kan imidlertid også med fordel finde anvendelse i den foreliggende sag.

finde anvendelse i appelsager (procesreglementets artikel 118)⁴⁷.

79. Desuagtet rejser den anden godkendelsesbeslutning spørgsmål om, hvorvidt appellen kan tilføre appellanterne en fordel, dvs. om de fortsat har interesse i at videreføre appelsagen.

80. Den omstændighed, at appellanterne ved den appellerede dom blev pålagt at bære deres egne omkostninger i førsteinstanssagen, kan imidlertid ikke i sig selv begrunde, at de har retlig interesse. I henhold til artikel 58, stk. 2, i statuten for Domstolen kan der ikke lovligt iværksættes appel alene til forandring af afgørelser om sagsomkostninger. Domstolen afviser med samme begrundelse en appel vedrørende førsteinstansens afgørelse om sagsomkostninger, såfremt dette anbringende er det eneste resterende, og det allerede er fastslået, at de øvrige anbrin-

gender forkastes⁴⁸. Interessen i at ophæve førsteinstansens afgørelse om sagsomkostninger kan ifølge idé og formål med artikel 58, stk. 2, i statuten for Domstolen isoleret betragtet lige så lidt begrunde, at appelsagen fortsættes. En fortsættelse af appelsagen kræver således, at appellanten har en yderligere retlig interesse end førsteinstansens afgørelse om sagens omkostninger.

81. I den foreliggende sag har appellanterne imidlertid en åbenbar interesse i snarest muligt at opnå, ikke alene en godkendelse, men en *endelig* godkendelse, af fusionen. Først herved opnår såvel fusionsdeltagerne som markederne generelt endelig retssikkerhed med hensyn til, om fusionen blev lovligt gennemført.

82. Den anden godkendelsesbeslutning kan aktuelt ikke bevirke en sådan retssikkerhed, idet den ikke kan forventes at blive endelig inden for overskuelig tid. Beslutningen skal nemlig — foruden at den skal meddeles adressaterne (artikel 254, stk. 3,

47 — Desuagtet fastslår Domstolen undertiden, at en appelsag er blevet uden genstand, når det er godtgjort, at appellanten allerede har opnået det ønskede mål (kendelser af 23.10.2001, sag C-281/00 P, Una Film »City Revue« mod Parlamentet og Rådet, præmis 4 og 5, og sag C-313/00 P, Davidoff mod Parlamentet, præmis 4 og 5), eller såfremt det er godtgjort, at formålet ikke længere kan tilgodeses, dom af 15.2.2005, sag C-13/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 1113, præmis 21-23; kendelse af 27.2.2002, sag C-477/01 P(R), Reisebank mod Kommissionen, Sml. I, s. 2117, præmis 24-28, og sag C-480/01 P(R), Commerzbank mod Kommissionen, Sml. I, s. 2129, præmis 23-27. Som vist i det følgende, er der ikke tale om nogen af disse situationer i den foreliggende sag.

48 — Jf. bl.a. dom af 14.9.1995, sag C-396/93 P, Henrichs mod Kommissionen, Sml. I, s. 2611, præmis 66, af 12.7.2001, forenede sager C-302/99 P og C-308/99 P, Kommissionen og Frankrig mod TF1, Sml. I, s. 5603, præmis 31, af 30.9.2003, forenede sager C-57/00 P og C-61/00 P, Freistaat Sachsen m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 9975, præmis 124, og af 26.5.2005, sag C-301/02 P, Tralli mod ECB, Sml. I, s. 4071, præmis 88.

EF) — offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende* (fusionsforordningens artikel 20, stk. 1). Først når denne offentliggørelse⁴⁹ har fundet sted, hvilket ikke er sket endnu, begynder søgsmålsfristen for tredjemand overhovedet at løbe⁵⁰. En generel fremskyn-delse af begyndelsestidspunktet for tredje-mands søgsmålsfrist vil alene kunne komme i betragtning, såfremt den anden godken-delsesbeslutning allerede på et tidligere tidspunkt i sin helhed var blevet gjort tilgæn-gelig for offentligheden på anden måde, f.eks. gennem internettet, og der efterfølgende blev henvist hertil på adækvat måde i *Den Europæiske Unions Tidende*⁵¹. Den omstæn-dighed, at beslutningens ordlyd i givet fald forinden er kommet til den pågældende tred-jemands, nemlig Impalas, kendskab i en ikke fortrolig form, er ikke i sig selv af betydning

for søgsmålsfristens begyndelsestidspunkt⁵², og følgelig for, fra hvilket tidspunkt beslut-ningen i givet fald bliver endelig⁵³.

83. Såfremt Retten ligeledes efter begæring af en tredjemand måtte fastslå, at den anden godkendelsesbeslutning er ugyldig, ville der på ny foreligge en uafklaret situation, hvor de deltagende virksomheder ville være uden godkendelse af sammenslutningen i henhold til fusionsforordningen. En sådan uvished, der kan vare flere måneder eller endog i årevis, ville kunne have en negativ betydning for de deltagende virksomheder samt for markederne generelt.

84. For så vidt muligt at undgå en ny uafklaret situation og de deraf følgende nega-tive virkninger er det af særlig betydning for appellanterne at videreføre den verse-rende appelsag og snarest muligt at opnå en endelig afgørelse fra Fællesskabets retsin-stanser vedrørende lovligheden af den *første* godkendelsesbeslutning. Selv om Domstolen, såfremt appellanterne får medhold, ikke selv skulle kunne træffe endelig afgørelse i den

49 — Nærmere bestemt regnes den i artikel 230, stk. 5, EF omhandlede søgsmålsfrist i henhold til artikel 102, stk. 1, i procesreglementet for Retten i Første Instans fra udløbet af fjortendedagen efter datoen for offentliggørelsen af retsakten i *Den Europæiske Unions Tidende*. Dette forudsætter ganske vist, at en ikke fortrolig affattelse af beslutningens betragtninger er blevet offentliggjort in extenso i EU-Tidende eller i hvert fald samtidig hermed er blevet gjort tilgængelig for offentligheden på internettet. Såfremt dette ikke er tilfældet, regnes klagefristen først fra det tidspunkt, hvor den potentielle sagsøger har fået meddelt den fuldstændige ordlyd — såfremt dette ikke allerede er sket, jf. i denne retning dom af 6.7.1988, sag 236/86, Dillinger Hüttenwerke mod Kommissionen, Sml. s. 3761, præmis 14.

50 — Domme af 6.10.1999, sag T-110/97, Kneissl Dachstein mod Kommissionen, Sml. II, s. 2881, præmis 41 og 42, og sag T-123/97, Salomon mod Kommissionen, Sml. II, s. 2925, præmis 42 og 43, samt kendelse af 25.5.2004, sag T-264/03, Schmoltdt m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1515, præmis 51-53 samt 56.

51 — Dom af 15.6.2005, sag T-17/02, Olsen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2031, præmis 80, stadfæstet ved kendelse af 4.10.2007, sag C-320/05 P, Olsen mod Kommissionen, og kendelse af 19.9.2005, sag T-321/04, Air Bourbon mod Kommissionen, Sml. II, s. 3469, præmis 34 og 37.

52 — Dommen i sagen Olsen mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 51, præmis 81. Jf. for så vidt angår den subsidiære karakter af det tidspunkt, hvor sagsøgeren får kendskab til en beslutning, der skal offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*, tillige dom af 10.3.1998, sag C-122/95, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 973, præmis 35, og af 12.12.2000, sag T-296/97, Alitalia mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, præmis 61, samt kendelse af 11.12.2006, sag T-392/05, MMT mod Kommissionen, præmis 25.

53 — For fuldstændighedens skyld bemærkes endelig, at en formel offentliggørelse (meddelelse) af beslutningen til tredjemand, fra hvilket tidspunkt den for denne gældende søgsmålsfrist begynder at løbe, ikke kommer i betragtning. I henhold til artikel 254, stk. 3, EF meddeles beslutninger nemlig alene »dem, de er rettet til«. Dette betyder for så vidt angår fusionskontrol de deltagende virksomheder og medlemstaternes kompetente myndigheder, i samme retning — for fremtidige sager — nu artikel 8, stk. 8, i forordning nr. 139/2004.

foreliggende sag, idet den ikke er moden til påkendelse, men i stedet hjemviser den til Retten (artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen), er det absolut sandsynligt, at den endelige retsafgørelse vedrørende lovligheden af den *første* godkendelsesbeslutning træffes inden afgørelsen vedrørende lovligheden af den *anden*.

85. Under disse omstændigheder taler det krav om hurtighed, der præger fusionskontrollen på fællesskabsplan⁵⁴, ligeledes for, at den verserende appelsag fortsættes. Dette kan endvidere forhindre, at annullationssøgsmål, som anlægges af tredjemand, kan forsinke opnåelsen af retssikkerhed for de virksomheder, der deltager i fusionen, længere end nødvendigt.

86. Det er således min opfattelse, at Domstolens afgørelse fortsat vil kunne tilføre appellanterne en fordel, og at de følgelig har en tilstrækkelig retlig interesse i at fortsætte den verserende appelsag.

87. Såfremt den anden godkendelsesbeslutning imidlertid bliver endelig, efter at den mundtlige forhandling er afsluttet, men inden Domstolens afgørelse af den verserende sag, bør dette efter de for mig foreliggende oplysninger bevirke, at appellanternes retlige interesse bortfalder. I så fald ville jeg imidlertid anse det for nødvendigt på ny at

høre sagens parter vedrørende spørgsmålet om retlig interesse.

88. Jeg finder derimod ikke, at den idé, der kort blev skitseret i retsmødet, om, at den verserende sag alene skal fortsættes, fordi Kommissionen støtter visse af de appellanbringender, som Bertelsmann og Sony har gjort gældende, er overbevisende. Fællesskabets institutioner nyder ganske vist et privilegium for så vidt angår appelsager, som iværksættes af institutionerne selv (artikel 56, stk. 2 og 3, i statuten for Domstolen), idet de ikke skal godtgøre en retlig interesse heri⁵⁵. Såfremt en institution derimod ikke selv er appellant, men kun anden part i sagen, kan dens interesse i sagens udfald og i, at visse retsspørgsmål afklares af Domstolen, ikke i sig selv opveje appellants eventuelt manglende retlige interesse.

V — Realiteten

89. Appellanten har gjort i alt syv anbringender gældende over for den appellerede dom. Med disse rejses der retsspørgsmål af fundamental betydning for fusionskontrolordningen på fællesskabsplan. Spørgsmålene er ganske vist blevet rejst på baggrund af den

54 — Jf. nærværende forslags punkt 12.

55 — Dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 171, og af 22.2.2005, sag C-141/02 P, Kommissionen mod max.mobil, Sml. I, s. 1283, præmis 48.

»tidligere« fusionsforordning, men en besvarelse af dem er imidlertid også relevant for den nye affattelse af EF-fusionsforordningen (forordning nr. 139/2004), idet de to forordninger ikke adskiller sig væsentligt på de punkter, der er omtvistede her.

90. Da de enkelte anbringender til dels overlapper hinanden, er det hensigtsmæssigt at gruppere dem under hensyn til deres indholdsmæssige fællestræk og derefter undersøge dem i den ændrede rækkefølge. Det er herefter alene ufornuddent at behandle det femte anbringende, idet det som anført dels skal afvises, dels er uden betydning⁵⁶.

A — Oplysnings- og begrundelseskrav vedrørende Kommissionens beslutninger om godkendelser (første, andet, tredje og sjette anbringende)

91. Første, andet, tredje og sjette anbringende vedrører konkret de bestræbelser, som Kommissionen skal lægge for dagen med hensyn til sagens oplysning og begrundelse, når den godkender en virksomhedssammenslutning.

56 — Jf. punkt 50-55 og punkt 66-71 i nærværende forslag.

92. Det er i det væsentlige appellanternes opfattelse, at Retten er gået for vidt med hensyn til de retlige krav, der stilles til en godkendelsesbeslutning fra Kommissionen og den retlige kontrol med denne. Heri støttes de tildels af Kommissionen⁵⁷. Impala støtter derimod i det hele den appellerede dom.

1. Begrundelse af godkendelsesbeslutninger vedrørende fusionskontrol (sjette anbringendes første og tredje led)

93. Indledningsvis vil jeg gennemgå sjette anbringendes første og tredje led⁵⁸. Appellanterne gør hermed gældende, at Retten har stillet forkerte og overdrevent strenge krav til begrundelsen for Kommissionens godkendelsesbeslutninger under fusionskontrollen.

94. Det skal for det første afklares, om Kommissionens godkendelsesbeslutninger

57 — Ifølge svarskriftet støtter Kommissionen første og andet anbringende samt tredje anbringendes første led.

58 — I det omfang sjette anbringende anfægter Rettens henvisninger til meddelelsen af klagepunkter som værende behæftet med retlige fejl (sjette anbringendes andet led), vil dette blive gennemgået senere i forbindelse med første anbringende (forslagets punkt 145-183). I det omfang sjette anbringende angår de indholdsmæssige krav til en godkendelsesbeslutning (sjette anbringendes fjerde led), overlapper dette tredje anbringendes andet led og fjerde anbringende og vil blive gennemgået i forbindelse hermed (henholdsvis i forslagets punkt 201-232 og punkt 233-268).

overhovedet kan erklæres for ugyldige som følge af utilstrækkelig begrundelse. I bekræftende fald skal begrundelsespligtens omfang undersøges ligesom spørgsmålet om, hvorvidt Rettens afgørelse i den foreliggende sag er behæftet med retlige fejl i denne henseende.

mulighed for at udøve ekstern kontrol med institutionernes handlinger, men skal også tilskynde institutionerne til at udøve selv-censur og undgå uovervejede eller slet gennemtænkte foranstaltninger. Begrundelse af beslutninger bidrager endvidere til åbenhed i forvaltningen⁶⁰.

a) Spørgsmålet, om godkendelsesbeslutninger kan anfægtes som følge af begrundelsesmangler

95. Appellanterne finder, at Kommissionens godkendelsesbeslutning af en fusionskontrol overhovedet ikke kan kendes ugyldig på grund af en begrundelsesmangel.

96. Denne opfattelse overbeviser mig ikke.

97. I henhold til artikel 253 EF skal Kommissionens beslutninger begrundes. Denne begrundelsespligt følger af retsstatsprincippet og er tillige kommet til udtryk i artikel 41, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁵⁹ i forbindelse med retten til god forvaltning. Den skal ikke alene give Fællesskabets retsinstanter

98. Begrundelsespligten er på ingen måde begrænset til at omfatte beslutninger, der bebyrder adressaterne. Retsstatsprincippet og princippet om god forvaltning kræver derimod ligeledes, at beslutninger, der begunstiger adressaterne, begrundes. Dette gælder så meget desto mere, som sådanne beslutninger kan være til skade for tredjemands rettigheder og interesser, ikke mindst på det konkurrenceretlige område. Hverken artikel 253 EF eller artikel 41, stk. 2, tredje led, i grundrettighedschartret sonder således mellem beslutninger, der begunstiger deres adressater, og beslutninger, der bebyrder dem. Med hensyn til fusionskontrol betyder dette særligt, at Kommissionens godkendelsesbeslutninger såvel som dens forbudsbeslutninger skal begrundes.

99. En tilsidesættelse af begrundelsespligten kan som et væsentligt formkrav bl.a. indbringes til prøvelse for Fællesskabets retsinstanter ved et annullationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF.

59 — EFT 2000 C 364, s. 1. Selv om chartret endnu ikke har bindende retsvirkninger på linje med primærrettens, udgør det dog en retskilde, som indeholder oplysninger om de grundlæggende rettigheder, der sikres af Fællesskabets retsorden; jf. endvidere dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, »familiesammenføring«, Sml. I, s. 5769, præmis 38, og punkt 108 i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i samme sag, jf. tillige dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37.

60 — Jf. tillige artikel 1, stk. 2, EU med hensyn til princippet om åbenhed, hvorefter »beslutningerne træffes så åbent som muligt« inden for Den Europæiske Union.

100. Fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, som appellanterne henviser til i den foreliggende sag, indeholder ingen undtagelser fra retten til at anfægte beslutninger i tilfælde af tilsidesættelse af begrundelsespligten. Det følger allerede af normhierarkiet, at bestemmelser i afledt ret ikke kan begrænse rækkevidden af primærretten, som artikel 230 EF og artikel 253 EF ligeledes er en del af. Fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, skal derimod fortolkes og anvendes i lyset af trin højere ret, navnlig artikel 230 EF og artikel 253 EF⁶¹.

101. Hverken ordlyden af eller formålet med fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, eller bestemmelsens normative sammenhæng taler på nogen måde for at gøre undtagelse fra begrundelsespligten eller endog for at »friholde« Kommissionens godkendelsesbeslutninger fra indsigelser om manglende begrundelse.

102. Fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, bevirker alene en *godkendelsesfiktion* for det tilfælde, at Kommissionen ikke rettidigt har truffet afgørelse om, hvorvidt en anmeldt fusion er forenelig med fællesmarkedet⁶². Bestemmelsen fritager således ikke Kommissi-

sionen fra den lovbestemte forpligtelse til⁶³ ved en begrundet beslutning udtrykkeligt at tage stilling⁶⁴ til samtlige anmeldelser om sammenslutninger, der indgives til den. Bestemmelsen løser derimod de situationer, hvor Kommissionen undtagelsesvis ikke måtte efterkomme denne forpligtelse rettidigt.

103. Fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, er endvidere tillige udtryk for det krav om hurtighed, der præger hele fusionskontrolproceduren. Sammen med de strenge sagsbehandlingsfrister, der fremgår af samme artikel, bidrager bestemmelsen til, at der snarest muligt skabes retssikkerhed, hvilket ikke alene kommer fusionsdeltagerne til gode, men også markederne generelt.

104. Desuagtet kan det legitime behov for retssikkerhed ikke føre så vidt, at fusionsbeslutningen helt eller delvist unddrages domstolskontrol. Først efter udløb af klagefristen i henhold til artikel 230, stk. 5, EF eller manglende medhold i et annullations søgsmål bliver fusionsgodkendelsen endelig og bringer definitiv retssikkerhed for alle parter.

61 — Ifølge fast retspraksis skal en bestemmelse i den afledte fællesskabsret i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med EF-traktatens bestemmelser og de almindelige fællesskabsretlige principper, jf. dom af 25.11.1986, forenede sager 201/85 og 202/85, Klensch m.fl., Sml. s. 3477, præmis 21, og af 27.1.1994, sag C-98/91, Herbrink, Sml. I, s. 223, præmis 9, af 1.4.2004, sag C-1/02, Borgmann, Sml. I, s. 3219, præmis 30, og af 4.10.2007, sag C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, Sml. I, s. 8075, præmis 22.

62 — Der gælder herefter en formodning om, at sammenslutningen er forenelig med fællesmarkedet (jf. om begrebet formodning endvidere fusionsforordningens artikel 7, stk. 1 og 5).

63 — Denne forpligtelse følger af fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, for så vidt angår forundersøgellesfasen og af fusionsforordningens artikel 8, stk. 1 for så vidt angår den formelle undersøgelsesprocedure.

64 — Kommissionen er alene fritaget for denne forpligtelse, såfremt den i henhold til fusionsforordningens artikel 9 henviser sammenslutningen til en national konkurrencemyndighed, samt såfremt anmeldelsen tilbagekaldes som følge af, at sammenslutningen opgives.

105. I modsætning til appellanternes opfattelse fortaber fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, heller ikke på nogen måde sin effektive virkning (»effet utile«), blot fordi den — udtrykkelige eller implicite — fusionsgodkendelse fortsat er undergivet retslig kontrol. Truslen om, at der indtræder en godkendelsesfiktion, såfremt fristerne overskrides (»guillotine-virkning«), har snarere en disciplinerende virkning i forhold til Kommissionen som fusionskontrolmyndighed under fusionskontrolproceduren, hvilken ikke må undervurderes⁶⁵. Det står endvidere fusionsdeltagerne frit for at gennemføre sammenslutningen, så snart den er godkendt af Kommissionen, eller der er indtrådt en godkendelsesfiktion⁶⁶; appellanterne har ifølge deres egne oplysninger ligeledes benyttet denne mulighed.

106. Henset hertil finder jeg derfor, at godkendelse af en sammenslutning — uanset om godkendelsen er udtrykkelig eller stiltiende — kan kendes ugyldig som følge af tilsidesættelse af begrundelsespligten.

65 — Så vidt ses er det kun forekommet én gang i løbet af den fællesskabsretlige fusionskontrols mangeårige historie, at Kommissionen — som følge af en regnefejl — overskred en sagsbehandlingsfrist (sag IV/M.330 — McCormick/PCP/Rabobank/Ostmann); jf. Von Koppenfels, U., i Drauz/Jones (udg.) EU competition Law, bind II — Mergers and Acquisitions, Leuven 2006, punkt 6.27.

66 — Eventuelle annullationssøgsmål anlagt af tredjemand i henhold til artikel 242, stk. 1, EF har ikke opsættende virkning.

b) Begrundelsespligtens omfang

107. Appellanterne finder endvidere, at Retten med urette har antaget, at den første godkendelsesbeslutning mangler begrundelse. Retten går hermed imod Fællesskabets retsinstansers faste praksis.

108. Tvisten angår navnlig spørgsmålet om, hvor detaljeret Kommissionen skal begrunde sin konstatering i den første godkendelsesbeslutning af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en koordinering af priserne⁶⁷.

109. Denne konstatering har betydning for Kommissionens vurdering af, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at antage, at de fem største koncerner havde en kollektiv dominerende stilling på forskellige nationale markeder for indspillet musik, og at sammenslutningen formentlig heller ikke ville føre til, at der skabtes en sådan kollektiv dominerende stilling⁶⁸. Godkendelsen af sammenslutningen støttes ikke mindst på denne vurdering.

67 — Jf. her præmis 278-325, navnlig præmis 287 og 325 i den appellerede dom.

68 — Betragtning 153, 158 og 183 til den første godkendelsesbeslutning.

— Den appellerede dom

110. I den appellerede dom undersøgte Retten forskellige afsnit i den første godkendelsesbeslutning for så vidt angik spørgsmålet, om den indeholdt en tilstrækkelig begrundelse for konstateringen af, at der ikke var gennemsigthed på markedet, hvilket den i hvert tilfælde benægtede.

111. Retten gennemgik først det specifikke afsnit i den første godkendelsesbeslutning, hvori den behandlede spørgsmålet om gennemsigthed⁶⁹, og konstaterede, at Kommissionen »ikke fastslog, at markedet var uigennemsigtigt eller ikke tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling«. Forholdet var yderligere det, at den også — »kun med undtagelse af den temmelig begrænsede og uunderbyggede bemærkning om, at de salgsfremmende rabatter kunne mindske gennemsigtheden og gøre et stiltiende kartel vanskeligere — kun henviste til faktorer, der kan tilvejebringe stor gennemsigthed på markedet og lette kontrollen med en samordning«. Det står derfor klart, at dette specifikke afsnit i den første godkendelsesbeslutning »ikke i sig selv kan anses for i fornødent omfang at give en begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt«⁷⁰.

112. Retten gennemgik derefter Kommissionens bemærkninger om en eventuel

»fælles prispolitik«⁷¹ mellem de fem store koncerner⁷² og efterprøvede ligeledes, om de gav grundlag for en forklaring på den påståede uigennemsigthed på markedet⁷³. I denne forbindelse undersøgte den såvel Kommissionens angivelser vedrørende katalogpriser som vedrørende rabatter (almindelige rabatter og salgsfremmende rabatter). I denne forbindelse fastslog Retten dels, at »ifølge selve ordlyden af beslutningen udgør katalogpriserne [...] en faktor, der bidrager til gennemsigthed på markedet«⁷⁴. For det andet beviser »de få bemærkninger om de salgsfremmende rabatter [...] ikke [...], at markedet er uigennemsigtigt, endsige at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, da bemærkningerne er upræcise, uunderbyggede eller endog i strid med andre iagttagelser i beslutningen«⁷⁵. Endelig bemærkes, at »afsnittet om de små lande heller ikke indeholder en begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er gennemsigtigt på grund af de salgsfremmende rabatter«⁷⁶.

113. Særligt for så vidt angår de salgsfremmende rabatter, som Kommissionen havde henvist til, fandt Retten ikke, at den første godkendelsesbeslutning inde-

69 — Betragtning 111-113 til den første godkendelsesbeslutning.
70 — Den appellerede doms præmis 294.

71 — Den tyske oversættelse af betragtning 69 til den første godkendelsesbeslutning er for så vidt upræcis, idet den anvender ordet »Preisabsprachen« for »common price policy«.

72 — Kommissionens bemærkninger er i det væsentlige indeholdt i betragtning 74-80 til første godkendelsesbeslutning; Retten efterprøver de deri anførte betragtninger vedrørende situationen i Det Forenede Kongerige i stedet for begrundelsen for beslutningen i øvrigt.

73 — Den appellerede doms præmis 295-324.

74 — Den appellerede doms præmis 303.

75 — Den appellerede doms præmis 320.

76 — Den appellerede doms præmis 324.

holdt konkrete oplysninger, navnlig vedrørende »de salgsfremmende rabatters art, de omstændigheder, hvorunder de kan indrømmes, deres grad af uigennemsigthed, deres størrelse eller deres indvirkning på prisgennemsigtheden«⁷⁷. Rettens kritik fortsatte: »Ydermere angives det kun i [Kommissionens bemærkninger om salgsfremmende rabatter i de store lande], at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, men det forklares ikke, på hvilken måde de er relevante for gennemsigtheden på markedet, og bemærkningerne gør det ikke muligt at forstå, hvordan de salgsfremmende rabatter alene kan opveje alle de øvrige i beslutningen angivne faktorer, der bidrager til gennemsigthed på markedet, og dermed medføre, at den gennemsigthed, der kræves, for at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke er til stede«⁷⁸.

— Stillingtagen

114. Det tilkommer ikke Domstolen som led i en appelsag at erstatte Rettens vurdering af den første godkendelsesbeslutning med sin egen. Domstolen skal følgelig ikke selv efterprøve godkendelsesbeslutningen og træffe afgørelse om, hvorvidt dens begrundelse var mangelfuld eller tilstrækkelig. Domstolen skal derimod tage stilling til, om Retten i den appellerede dom har begået retlige fejl i forbindelse med sin efterprøvelse af godkendelsesbeslutningens begrundelse, navnlig om Retten har baseret sin undersøgelse på korrekte eller uforholdsvist strenge kriterier.

77 — Den appellerede doms præmis 289, sidste punktum.

78 — Den appellerede doms præmis 320, sidste punktum.

115. Som det fremgår af fast retspraksis, skal den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret⁷⁹.

116. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter nævnte artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område⁸⁰.

117. Til de særlige omstændigheder i fusionskontrolsager hører det tidspres, som

79 — Jf. hertil dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, og af 24.11.2005, forenede sager C-138/03, C-324/03 og C-431/03, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10043, præmis 54, samt dommen i sagen Sison mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 80.

80 — Dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 63, i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 55, og i sagen Sison mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 80.

Kommissionen er undergivet som følge af det gældende krav om hurtighed og de strenge sagsbehandlingsfrister⁸¹. Kommissionen kan endvidere ved begrundelsen af beslutninger i konkurrenceretlige sager tage hensyn til sværhedsgraden af den enkelte sag og i denne forbindelse lægge den viden til grund, som en forstandig erhvervsdrivende, der er bekendt med markedsholdene, råder over⁸²; dette gælder så meget desto mere, såfremt rettighe-der eller interesser berøres for så vidt angår erhvervsdrivende, der — som Impala i den foreliggende sag — selv deltog i proceduren⁸³. Appellanterne har med rette henvist til begge disse betragtninger.

118. Det er følgelig klart, at det ikke kan kræves, at Kommissionen i sin beslutning vedrørende en anmeldt sammenslutning også skal tage stilling til forhold, der er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans⁸⁴. Omstændigheder, der er indlysende, skal ikke angives særskilt i beslutningen. Endvidere skal Kommissionen ikke begrunde sin beslutning mere udførligt, end hvad der er rimeligt som følge af den pågældende sags sværhedsgrad og under hensyn til, hvad der forekommer ubetinget

nødvendigt for en forstandig erhvervsdrivende, der er bekendt med forholdene på markedet.

119. De væsentlige faktiske og retlige betragtninger, som en beslutning støttes på, skal imidlertid altid kunne udledes af dens begrundelse⁸⁵. Begrundelsen må følgelig ikke være så kortfattet, at det er til hinder for dens klarhed og logik⁸⁶. Den skal endvidere være konsekvent⁸⁷ og må ikke være selvmodsigende⁸⁸.

120. I den foreliggende sag savner Retten imidlertid en sådan logisk, klar og konsistent begrundelse.

121. Retten kritiserer i det væsentlige et misforhold i begrundelsen for den første godkendelsesbeslutning: Den indeholder en række tegn *til støtte for* et gennemsigtigt marked og nævner også disse udførligt⁸⁹, hvorimod der kun anføres upræcise bemærkninger vedrørende omstændigheden

81 — Jf. vedrørende betydningen af de tidsfrister, hvorunder en beslutning skal træffes, og begrundelseskravet dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131, org.ref.: Rec. s. 1081, på s. 1167, og af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 16, samt dommen i sagen Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 186.

82 — Jr. i denne retning dom af 28.10.1981, forenede sager 275/80 og 24/81, Krupp Stahl mod Kommissionen, Sml. s. 2489, præmis 13, og — vedrørende det mediepolitiske område — dom af 19.2.1998, forenede sager T-369/95 og T-85/95, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 357, præmis 119-121.

83 — Dom af 7.4.1987, sag 32/86, SISMA mod Kommissionen, Sml. s. 1654, præmis 9, og af 22.10.1996, sag T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1399, præmis 239.

84 — Dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, nævnt ovenfor i præmis 52, præmis 64 in fine; jf. tillige dom af 25.10.2005, forenede sager C-465/02 og C-466/02, Tyskland og Danmark mod Kommissionen, »Feta-sagen«, Sml. I, s. 9115, præmis 106, og dommen i sagen Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 186 in fine.

85 — Dom af 21.3.1955, sag 6/54, Nederlandene mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 13, org.ref.: Rec. s. 201, 215 og 232, af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org.ref.: Rec. s. 131, på s. 143, af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 78, og af 21.3.2001, sag T-206/99, Métropole télévision mod Kommissionen, Sml. II, s. 1057, præmis 44 in fine.

86 — Dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 85, Rec. s. 143.

87 — Dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, nævnt i fodnote 85, præmis 78.

88 — Dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 85, Rec. s. 144, og dom af 7.7.1981, sag 158/80, Rewe-Markt Steffen, »smørture-sagen«, Sml. s. 1805, præmis 26.

89 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 294, 303, 319, 320, andet punktum, og 321 in fine.

salgsfremmende rabatter, der må antages at tale *imod* tilstrækkelig gennemsigthed på markedet⁹⁰. Det forklares ikke, på hvilken måde de salgsfremmende rabatter er relevante for gennemsigtheden på markedet, og bemærkningerne gør det ikke muligt at forstå, hvordan de salgsfremmende rabatter alene kan opveje alle de øvrige i beslutningen angivne faktorer, der bidrager til gennemsigthed på markedet, og dermed medføre, at den gennemsigthed, der kræves, for at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke er til stede⁹¹. Retten henviser endvidere til selvmødsigelser i begrundelsen for beslutningen⁹².

122. Jeg er enig med Retten i, at Kommissionen i en beslutning, hvori den først udførligt beskriver en række tegn *til støtte* for, at markedet er gennemsigtigt, ikke uden nærmere begrundelse kan lægge til grund, at markedet savner gennemsigthed. Såfremt der kun findes en eneste nævneværdig faktor — her: salgsfremmende rabatter — der taler *imod* tilstrækkelig gennemsigthed på markedet og følgelig ikke støtter antagelsen af, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling, kræver det så meget desto mere en udførlig begrundelse for, hvilken betydning denne omstændighed har på markedet, og hvorvidt netop denne omstændighed kan opveje samtlige andre forhold, der taler for, at markedet er gennemsigtigt.

90 — Den appellerede doms præmis 289 in fine.

91 — Den appellerede doms præmis 320, andet punktum; i samme retning den appellerede doms præmis 289 in fine.

92 — Den appellerede doms præmis 320, første punktum.

123. Det er navnlig ikke tilstrækkeligt at bemærke, at en bestemt omstændighed medfører eller *kan* medføre *mindre* gennemsigthed på markedet; det skal i det mindste oplyses, hvorfor netop denne omstændighed gør markedet så uigennemsigtigt, at det ikke kan antages, at der er tale om kollektiv dominans. I modsat fald er begrundelsen for beslutningen ikke logisk og klar. Dette har Retten med rette henvist til i den appellerede dom⁹³.

124. Forenklet udtrykt er det også for den forstandige læser, der er bekendt med markedsvilkårene, uomgængeligt nødvendigt, at en beslutning vedrørende kontrol med fusioner, der i vidt omfang fremtræder som en beslutning om forbud, indeholder en tilstrækkelig præcis fremstilling af de betragtninger, som i sidste instans ændrer situationen.

125. De mangler ved begrundelsen, som Retten har konstateret, har så meget desto mere vægt, som spørgsmålet om gennemsigthed på markedet, der var omtvistet mellem sagens parter, ikke blot var en biomstændighed, men havde væsentlig betydning for udfaldet af fusionskontrolproceduren⁹⁴. Kommissionens konstatering af, at markedet ikke var tilstrækkeligt gennemsigtigt til, at priserne kunne koordineres, var central for begrundelsen for dens første

93 — Jf. også her navnlig sidste punktum i den appellerede doms præmis 289, 294 og 320.

94 — Herved adskiller den foreliggende sag sig fra sagen Kaysersberg mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 159 og 160, hvor den kritiserede begrundelsesmangel efter Rettens opfattelse ikke vedrørte et væsentligt element i Kommissionens beslutning.

godkendelsesbeslutning⁹⁵. Retten har således med rette stillet store krav til dette punkt i begrundelsen for den første godkendelsesbeslutning og foretaget en intensiv prøvelse af denne begrundelse.

126. Det var ligeledes berettiget at stille store krav, idet Kommissionen med hensyn til gennemsigtigheden af markedet skal vurdere komplekse økonomiske sammenhænge, i hvilken forbindelse den — som typisk inden for fusionskontrollen — er tillagt en ikke ubetydelig skønsmargin⁹⁶. Såfremt Kommissionen har en sådan skønsmargin, får overholdelsen af de garantier, som fællesskabsretten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling, så meget desto større betydning. Disse garantier omfatter ikke mindst et krav om, at afgørelsen skal være tilstrækkeligt begrundet⁹⁷.

127. Såfremt Kommissionen som led i sin skønsebøjelse tager hensyn til forhold, der

95 — Jf. den appellerede doms præmis 286 og 289, hvorefter »gennemsigtigheden [...] udgør den væsentligste, for ikke at sige den eneste, begrundelse for fastslåelsen af, at der ikke består en dominerende stilling på markedet for indspillet musik« — hvilken opfattelse Kommissionen ligeledes gav udtryk for i førsteinstanssagen (præmis 289).

96 — »Kali & Salz«-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 223, og af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 38; jf. endvidere Rettens dom i sagen Gencor mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 246, og dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 60.

97 — Dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14, af 7.5.1992, forenede sager C-258/90 og C-259/90, Pesqueras De Bermeo og Naviera Laida mod Kommissionen, Sml. I, s. 2901, præmis. 26, og af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 58. Jf. tillige allerede dom af 15.7.1960, forenede sager 36/59-40/59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 197, org.ref.: Rec. s. 857, på s. 891.

øver indflydelse på markedets funktion, er den forpligtet til ikke blot at oplyse om disse forhold i sin beslutning, men også til at angive den virkning, disse forhold har haft⁹⁸.

128. Denne betragtning kan uden videre overføres på konkurrenceretten og fusionskontrollen: Såfremt Kommissionen som led i sin konkurrenceretlige bedømmelse af en sammenslutning tillægger visse markedsrelevante forhold særlig betydning, er den ikke blot forpligtet til at oplyse om disse forhold i sin beslutning, men også til tilstrækkeligt præcist at beskrive deres virkninger for det berørte markeds funktion.

129. I en situation, hvor samtlige andre forhold peger på, at markedet er gennemsigtigt, er det ikke tilstrækkeligt blot i forbigående at nævne det forhold, som efter Kommissionens opfattelse er afgørende, og som taler *imod* tilstrækkelig gennemsigtighed på markedet. Som Retten korrekt har fremhævet, skal Kommissionen derimod underbygge virkningerne af denne omstændighed i sin beslutning med konkrete oplysninger⁹⁹; den kan ikke nøjes med at stille sig tilfreds med en tøvende formodning om, »at denne omstændighed *kan* mindske gennemsigtigheden på markedet og gøre et stiltiende kartel vanskeligere«¹⁰⁰, eller alene med en formodning om, at »salgsfremmende

98 — Jf. i denne retning bl.a. en sag vedrørende det landbrugspolitiske område, dom af 7.4.1992, sag C-358/90, Compagnia italiana alcool mod Kommissionen, Sml. I, s. 2457, præmis 42.

99 — Den appellerede doms præmis 289 in fine.

100 — Jf. betragtning 111 til den første godkendelsesbeslutning, gengivet i den appellerede doms præmis 289 (min fremhævelse).

rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige«¹⁰¹.

130. Retten har således korrekt generelt bemærket, at Kommissionen for så vidt angår afgørende omstændigheder i forbindelse med beslutningen ikke blot kan støtte sig på sådanne »upræcise bemærkninger«¹⁰², der er »uunderbyggede«, »temmelig begrænsede«¹⁰³ og endog selvmodsigende¹⁰⁴.

131. Henset hertil er det min opfattelse, at Retten ikke har begået retlige fejl, da den lagde til grund, at den første godkendelsesbeslutning ikke var tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår Kommissionens konstateringer om (manglende) gennemsigtighed på markedet¹⁰⁵.

c) Øvrige betragtninger

132. Blot for fuldstændighedens skyld vil jeg i det følgende gennemgå enkelte yderligere argumenter, som appellanterne har gjort gældende som led i sjette appelanbringende.

133. Appellanterne har for det første gjort gældende, at begrundelseskravene til en godkendelsesbeslutning er mindre end til en beslutning, der indeholder et forbud, idet tredjemand som følge af deres svagere stilling under sagen ikke kan forvente samme grad af præcision med hensyn til begrundelsen som parterne i en sammenslutning, der forbydes.

134. Dette argument er ikke holdbart. Hverken artikel 253 EF eller grundrettedschartrets artikel 41, stk. 2, tredje led, sonder mellem begrundelseskravene til beslutninger, der er begunstigende for deres adressater, og beslutninger, der er bebyrdende.

135. Når tredjemand således inddrages i fusionskontrolproceduren og formelt høres af Kommissionen — som det var tilfældet for Impala — skal begrundelseskravet tillige beskytte dennes rettigheder og interesser. Tredjemand har i så fald grund til at forvente en logisk, klar og konsekvent begrundelse for så vidt angår de væsentligste faktiske og retlige betragtninger, som Kommissionen støtter en godkendelsesbeslutning på. Nærværende sag angår netop disse mindstekrav¹⁰⁶.

101 — Jf. hertil betragtning 80 til den første godkendelsesbeslutning, gengivet i den appellerede doms præmis 315 og 316.

102 — Den appellerede doms præmis 289 in fine.

103 — Den appellerede doms præmis 294.

104 — Den appellerede doms præmis 320.

105 — Den appellerede doms præmis 325.

106 — Jf. ovenfor i punkt 119.

136. Det er ganske vist korrekt, at tredjemand under kontrol med sammenslutninger ikke har samme stilling som fusionsdeltagerne *for så vidt angår høring*¹⁰⁷. Det kan imidlertid ikke heraf konkluderes, at der ligeledes gælder begrænsninger for *tredjemands ret til at gøre begrundelsesmangler gældende*. Den, der som tredjemand berøres umiddelbart og individuelt, og som sådan opfylder kravet om søgsmålsinteresse, kan nemlig anlægge sag på samme grundlag som alle andre sagsøgere (artikel 230, stk. 4, EF); han kan gøre samme ugyldighedsgrunde gældende som dem, herunder også begrundelsesmangler.

137. For det andet gør appellanterne gældende, at hverken Impala eller Retten havde haft problemer med at forstå begrundelsen for den første godkendelsesbeslutning. De slutter heraf, at den pågældende beslutning var tilstrækkeligt begrundet.

138. Dette argument er heller ikke relevant. Det er ganske vist muligt, at det umiddelbart er tegn på, at begrundelsen er tilstrækkelig, såfremt sagsøgeren i fornødent omfang har kunnet gøre sine øvrige klagepunkter gældende for Retten¹⁰⁸. Imidlertid kan dette alene anses for en gendrivelig formodning.

107 — Dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 105.

108 — I samme retning bl.a. dom af 10.3.2005, sag C-342/03, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1975, præmis 59, og dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 160.

139. Om en begrundelse i sidste instans opfylder de retlige krav i artikel 253 EF, afhænger nemlig af objektive kriterier, hvorefter det navnlig kræves, at de væsentligste faktiske og retlige betragtninger skal være logiske, klare og konsekvente¹⁰⁹. Såfremt en begrundelse på et væsentligt punkt savner logik, klarhed og konsekvens, skal den pågældende beslutning annulleres, selv om den retlige beskyttelse af sagsøgeren ikke har lidt skade for så vidt angår dennes øvrige klagepunkter. I modsat fald ville det under et annulations søgsmål foruden andre ugyldighedsgrunde være praktisk umuligt at gøre en begrundelsesmangel gældende.

140. Til forskel fra appellanternes opfattelse er det i øvrigt på ingen måde selvmodsigende, at Retten i den foreliggende sag har konstateret såvel en begrundelsesmangel som en åbenbar skønsfejl hos Kommissionen. En kommissionsbeslutning kan lide af såvel formelle som materielle mangler. Den omstændighed, at begrundelsen for en beslutning — f.eks. som følge af manglende logik — er utilstrækkelig, udelukker ikke, at samme beslutning tillige er indholdsmæssigt urigtig.

141. For det tredje gør appellanterne gældende, at der ved afgrænsningen af begrundelseskravene til en fusionskontrolbeslutning skal tages hensyn til, at følsomme forretningsoplysninger er fortrolige. Retten har derfor begået en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 411 krævede, at

109 — Jf. ovenfor i punkt 119.

Kommissionen skulle offentliggøre detaljer vedrørende de andre store selskabers pris- og rabatpolitik.

d) Foreløbig konklusion

142. Dette argument er heller ikke overbevisende. Det skyldes tilsyneladende en urigtig fortolkning af den appellerede doms præmis 411. Retten krævede nemlig ikke, at Kommissionen skulle afsløre forretningshemmeligheder vedrørende enkelte erhvervsdrivende. Den tilbageviste blot — og med rette — Kommissionens argument om, at visse talmæssige oplysninger som følge af deres fortrolige karakter slet ikke skulle have været nævnt i den første godkendelsesbeslutning. Kravet om fortrolighed af forretningshemmeligheder (artikel 287 EF) kan nemlig ikke fortolkes så vidt, at det udhuler begrundelsespligten med hensyn til beslutninger¹¹⁰.

143. I det omfang talmateriale indeholder forretningshemmeligheder, er det i overensstemmelse med Kommissionens faste praksis inden for konkurrenceretten i beslutninger at erstatte disse tal med marginer eller på anden måde at sammenfatte eller omskrive dem. Retten henviste med rette til¹¹¹, at Kommissionen andetsteds i den første godkendelsesbeslutning klart havde anført taloplysninger vedrørende prispolitikken for enkelte erhvervsdrivende¹¹².

110 — Dom af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 27.

111 — Jf. den appellerede doms præmis 413.

112 — Jf. i denne forbindelse bl.a. betragtning 74, 81, 88, 95 og 102 til den første godkendelsesbeslutning.

144. Retten har således ikke begået retlige fejl, da den i den appellerede doms præmis 325 og 542 konkluderede, at den første godkendelsesbeslutning var utilstrækkeligt begrundet og følgelig skulle annulleres. Sjetten appelanbringendes første og tredje led er således ubegrundet.

2. Rettens henvisning til meddelelsen af klagepunkter (første appelanbringende og sjetten appelanbringendes andet led)

145. Med første appelanbringende og sjetten appelanbringendes andet led har appellerterne gjort gældende, at Retten med urette lagde meddelelsen af klagepunkter til grund for den retlige prøvelse af den første godkendelsesbeslutning og med urette krævede, at Kommissionen skulle begrunde eventuelle afvigelser mellem klagepunkterne og dens beslutning.

146. Det er ubestridt, at den appellerede dom indeholder talrige henvisninger til meddelelsen af klagepunkter. I det følgende vil jeg for det første gennemgå Rettens forståelse af forholdet mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter generelt, inden jeg for det andet gennemgår de konkrete henvisninger, som Retten har

anført, til enkelte passager i meddelelsen af klagepunkter.

a) Rettens generelle forståelse af forholdet mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter

147. Helt generelt anfægter appellerterne med støtte af Kommissionen Rettens bemærkninger til forholdet mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter. Efter deres opfattelse undlod Retten at tage hensyn til karakteren af og formålet med en meddelelse af klagepunkter, hvilket »smittede af« på resten af dommen.

— Den appellerede dom

148. I forbindelse med sin efterprøvelse af indsigelsen om begrundelsesmangler erindrede Retten indledningsvis om, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter »meget klart fastslog, at fusionen var uforenelig med fællesmarkedet, navnlig fordi der forud for den påtænkte fusion bestod en kollektiv dominerende stilling, og fordi markedet for indspillet musik var meget gennemsigtigt og i særlig grad fremmede for koordinering«¹¹³.

113 — Den appellerede doms præmis 282.

149. Retten betegner den endelige godkendelse af fusionen som »denne fundamentale ændring af Kommissionens standpunkt«, der »kan virke overraskende, især i betragtning af dens sene indtræden«¹¹⁴; endvidere henvises til de bindende tidsfrister inden for fusionskontrolprocedurer, som efter Rettens opfattelse »ikke gør det muligt for denne at forlænge sin undersøgelse, hvilket gør en grundlæggende ændring af Kommissionens standpunkt stadig mindre sandsynlig, efterhånden som den administrative procedure skrider frem«¹¹⁵.

— Stillingtagen

150. I lighed med kartelsager skal der også indrømmes ret til forsvar under fusionskontrolprocedurer, inden der træffes en beslutning, der kan være bebyrdende for de pågældende virksomheder¹¹⁶.

151. Retten til forsvar omfatter navnlig kontradiktionsprincippet, der er et grund-

114 — Den appellerede doms præmis 282 og 283.

115 — Den appellerede doms præmis 285.

116 — Dom af 4.3.1999, sag T-87/96, Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, Sml. II, s. 203, præmis 88.

læggende fællesskabsretligt princip¹¹⁷, som nu også er kommet til udtryk i artikel 41, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder. For så vidt angår fusionskontrolproceduren fremgår dette princip endvidere af fusionsforordningens artikel 18, stk. 3, andet punktum, der har rang som almindelig lov.

152. Det er et udslag af retten til kontradiktion, at de pågældende virksomheder i kartelsager og fusionskontrolprocedurer skriftligt får en såkaldt meddelelse om klagepunkter¹¹⁸. Klagepunktsmeddelelsen giver virksomhederne mulighed for at skaffe sig kendskab til de beviser, Kommissionens er i besiddelse af, og for at sikre kontradiktionsrettens fulde virkning¹¹⁹. De får mulighed for at tage stilling til klagepunkterne skriftligt, og efter begrundet anmodning mundtligt¹²⁰. Det fremgår endvidere klart af fusionsforordningens artikel 18, stk. 3, første punktum, at Kommissionen alene bygger sine beslutninger på punkter, med hensyn til hvilke de berørte parter har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger.

153. Den funktion, som meddelelsen af klagepunkter tjener under administrative procedurer, viser, at en sådan meddelelse er et forberedende dokument, hvis faktiske og retlige bedømmelser alene er af foreløbig karakter. Dette er begrundelsen for, at

Kommissionen kan og skal tage hensyn til resultatet af den administrative procedure, bl.a. med henblik på at frafalde klagepunkter, der viser sig ikke at være tilstrækkeligt begrundede¹²¹.

154. Den omstændighed, at Kommissionen under fusionskontROLSager, til forskel fra sager, der falder inden for anvendelsesområdet af artikel 81 EF og artikel 82 EF, er underlagt strenge sagsbehandlingsfrister, ændrer heller ikke, at meddelelsen af klagepunkter er af foreløbig karakter. Kravet om hurtighed i fusionskontrolprocedurer indebærer naturligvis også, at de berørte virksomheder har særligt korte frister til at udøve deres ret til forsvar. Den omfattende ret til kontradiktion kræver imidlertid, at der tages samme grad af hensyn til parternes argumentation i fusionskontROLSager som i kartelsager. I overensstemmelse hermed kan et sådant argument under en fusionskontrol i samme omfang som i kartelsager føre til, at Kommissionen ændrer standpunkt, selv kort tid inden fristen for, at der træffes en godkendelses- eller en forbudsbeslutning, udløber.

155. Henset hertil var det åbenbart uheldigt, at Retten i den appellerede dom fandt, at »denne fundamentale ændring af Kommissionens standpunkt« virkede »overraskende«

117 — Fast retspraksis siden dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9 og 11, og af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 10.

118 — I henhold til artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 447/98 fremsender Kommissionen under fusionskontrolprocedurer skriftligt sine indsigelser til de anmeldende og andre berørte parter og fastsætter en frist, inden for hvilken de kan fremsætte deres bemærkninger skriftligt til den.

119 — Dommen i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 55.

120 — Jf. artikel 13, stk. 2, og artikel 14 i forordning nr. 447/98.

121 — Jf. dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 67, jf. i samme retning dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 117, præmis 14, og dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BÂT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 70.

»i betragtning af dens sene indtræden«¹²², og generelt betegnede en grundlæggende ændring af Kommissionens standpunkt som »stadig mindre sandsynlig, efterhånden som den administrative procedure skrider frem«¹²³.

156. Såfremt Kommissionen ændrer sin vurdering af en anmeldt fusion efter at have hørt parternes argumentation vedrørende klagepunkterne, indtræder en sådan ændret opfattelse af sagen absolut ikke »sent«, men derimod på et sædvanligt stadium af fusionskontrolproceduren. Denne fremgangsmåde er heller ikke »overraskende« eller »usandsynlig«¹²⁴, men udtryk for respekt af retten til kontradiktion og viser, at partshøringen ikke er en farce.

157. Til forskel fra appellerterne og Kommissionen finder jeg imidlertid ikke, at Rettens noget uheldige formulering bevirker, at den appellerede dom er behæftet med en retlig fejl, der giver udtryk for en retligt urigtig grundlæggende forståelse af den karakter og funktion, som meddelelsen af klagepunkter har.

122 — Den appellerede doms præmis 283.

123 — Den appellerede doms præmis 285.

124 — Den fællesskabsretlige fusionskontrols historie indeholder en lang række eksempler på, at en meddelelse af klagepunkter gik forud for en godkendelsesbeslutning. Appellerterne har i denne forbindelse med rette henvist til følgende sager: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Parento/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals og COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

158. I samme åndedrag som bemærkningerne om, at denne »ændring af Kommissionens standpunkt« var »overraskende« og »sen«, understreger Retten nemlig udtrykkeligt, at meddelelsen af klagepunkter har foreløbig karakter, også i fusionskontrolsager; Retten medgiver endvidere, at Kommissionen ikke i henhold til retspraksis vedrørende artikel 81 EF og artikel 82 EF er forpligtet til at redegøre for eventuelle ændringer i forhold til meddelelsen af klagepunkter¹²⁵.

159. Det er følgelig min opfattelse, at Retten ikke i sidste ende i de generelle bemærkninger vedrørende forholdet mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter har set bort fra meddelelsens karakter og funktion.

160. Selv om det lægges til grund, at der er begået en sådan retlig fejl, ville dette ikke kunne begrunde, at den appellerede dom ophæves, idet den, som jeg godtgør i det følgende¹²⁶, ikke har fundet udtryk i en retligt urigtig vurdering af den første godkendelsesbeslutning, og således ikke på forhånd kunne have haft indflydelse på den appellerede doms konklusion¹²⁷.

125 — Den appellerede doms præmis 284 og 285; i samme retning den appellerede doms præmis 300, 335, 410 og 446.

126 — Forslagets punkt 161-182.

127 — Det fremgår af fast retspraksis, at hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af fællesskabsretten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, må appellen forkastes, jf. eksempelvis dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JBC Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 186; i lighed hermed dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 89.

b) Rettens konkrete henvisninger til meddelelsen af klagepunkter

161. Det står herefter tilbage at undersøge appellanternes og Kommissionens kritik af en række henvisninger til meddelelsen af klagepunkter, som Retten anførte som led i sin prøvelse af lovligheden af den første godkendelsesbeslutning. Det gøres gældende, at Rettens antagelse af, at den første godkendelsesbeslutning var retsstridig, med urette støttes på en sammenligning mellem beslutningen og meddelelsen af klagepunkter, i stedet for alene at tage udgangspunkt i beslutningen.

162. Dette argument er heller ikke relevant.

163. Det er ganske vist korrekt, at den appellerede dom flere steder henviser til meddelelsen af klagepunkter. Retten understreger navnlig flere gange, at Kommissionen i den første godkendelsesbeslutning nedtonede¹²⁸ eller ændrede¹²⁹ sin fremstilling og vurdering af visse faktiske omstændigheder i forhold til meddelelsen af klagepunkter.

164. Det følger imidlertid kun af en overfladisk betragtning, at Retten for så vidt angår de retlige fejl, som den konstaterede i den

første godkendelsesbeslutning, alene støttede sig på sådanne divergenser i forhold til meddelelsen af klagepunkter. Det fremgår nemlig ved en nærmere betragtning, at såvel den manglende begrundelse som den åbenbare skønsfejl, som Retten konstaterede, blev udledt af selve godkendelsesbeslutningen.

165. For så vidt angår den *manglende begrundelse* indeholder Rettens bemærkninger til det særlige afsnit i den første godkendelsesbeslutning, der vedrører gennemsigtighed af markedet¹³⁰, overhovedet ingen henvisninger til meddelelsen af klagepunkter.¹³¹ Henvisninger til meddelelsen af klagepunkter forekommer ligeledes sjældent i Rettens øvrige bemærkninger vedrørende manglende begrundelse¹³², de findes alene i den appellerede doms præmis 300, 302 og 308, og ingen af dem er afgørende for Rettens antagelse af, at den første godkendelsesbeslutning er utilstrækkeligt begrundet for så vidt angår den dér hævdede manglende gennemsigtighed af markedet:

— I den appellerede doms præmis 308, der vedrører udviklingen inden for de officielle brutto- og nettosalgspriser, støtter Retten sig på indholdet af den første godkendelsesbeslutning. Den drager på ingen måde sammenligninger mellem beslutningen og meddelelsen af klagepunkter og konstaterer følgelig heller ikke, at der er tale om en divergens mellem dem. Retten synes derimod at

128 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 300, 302 og 338.

129 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 378, 379, 398 og 447.

130 — Betragtning 111-113 til den første godkendelsesbeslutning.

131 — Den appellerede doms præmis 289-294.

132 — Den appellerede doms præmis 295-324.

drage samme konklusion af begge dokumenter; Retten benytter herved alene meddelelsen af klagepunkter som en yderligere illustration af de oplysninger, den har udledt af selve beslutningen.

af klagepunkter, at disse var uden betydning. Til forskel fra appellanternes og Kommissionens opfattelse tillagde Retten altså ikke meddelelsen af klagepunkter betydning ved efterprøvelsen af den første godkendelsesbeslutning.

- Henvisningen i den appellerede doms præmis 302 til meddelelsen af klagepunkter er ligeledes af rent illustrerende karakter, idet den nedtonede vurdering af de officielle salgspriser i den første godkendelsesbeslutning efter Rettens opfattelse er »yderligere en faktor, der fremmer gennemsigtighed på markedet«.

167. For så vidt angår det *åbenbart urigtige skøn*, som Retten konstaterede, medgives det, at den appellerede dom indeholder talrige henvisninger til meddelelsen af klagepunkter; de findes i den appellerede doms præmis 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 og 538¹³⁵.

- Den omstændighed, at henvisningen til meddelelsen af klagepunkter i den appellerede doms præmis 300 ikke var afgørende for Rettens argumentation, fremgår endelig udtrykkeligt af Rettens egen konstatering i den umiddelbart følgende præmis: »Under alle omstændigheder fastslog Kommissionen, at katalogpriserne var tilpasset til hinanden i ret høj grad, *også selv om kun de iagttagelser, der findes i beslutningen, tages i betragtning*«¹³³.

168. De henvisninger, der findes i den appellerede doms præmis 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 og 538, til meddelelsen af klagepunkter, har endvidere ligeledes ene og alene til formål at illustrere og supplere de slutninger, som Retten allerede havde draget af den første godkendelsesbeslutning. Det fremgår endvidere af ordvalget »desuden«, »i øvrigt«, »tillige«, »endvidere«, »jf. også« og »[D]ette gælder så meget mere, som [...]« i de nævnte præmisser i den appellerede dom, at henvisningerne til meddelelsen af klagepunkter er af rent supplerende karakter. Intetsteds fremsættes der kritik af en eventuel modsigelse mellem godkendelsesbeslutningen og meddelelsen af klagepunkter. Meddelelsen af klagepunkter dannede *ikke*

166. Den omstændighed, at Retten antog, at begrundelsen var utilstrækkelig, hvilket i sig selv førte til, at den første godkendelsesbeslutning blev annulleret¹³⁴, medførte derfor, for så vidt angår eventuelle divergencer mellem beslutningen og meddelelsen

135 — Den appellerede doms præmis 491, som endvidere kritiseres af appellanterne og af Kommissionen, indeholder ganske vist ligeledes en henvisning til meddelelsen af klagepunkter. Det er imidlertid på forhånd udelukket, at denne kan være udtryk for en retlig fejl fra Rettens side, idet præmissen udelukkende indeholder en sammenfatning af Impalas argumentation. Denne præmis vil derfor ikke blive gennemgået nærmere i det følgende.

133 — Den appellerede doms præmis 301 (min fremhævelse).

134 — Den appellerede doms præmis 325.

grundlag for den retlige efterprøvelse af godkendelsesbeslutningen.

169. Tilsvarende gælder med hensyn til den appellerede doms præmis 378 og 379. Såfremt man læser disse i sammenhæng med den umiddelbart forudgående præmis 377 i den appellerede dom, har de blot til formål at illustrere og supplere, hvad Retten allerede tidligere har udledt af godkendelsesbeslutningen for så vidt angår rabatternes gennemsigtighed, hvilket kan sammenfattes således: »Bevismaterialet kan, således som der henvises til det i beslutningen, følgelig ikke underbygge de konklusioner, der drages af det«¹³⁶.

170. Henvisningerne til meddelelsen af klagepunkter i den appellerede doms præmis 335, 398, 408, 409, 410, 419, 424, 446, 447, 451 og 528 synes derimod mere problematiske. Ved en umiddelbar betragtning synes det som om Retten bebrejder Kommissionen, at den uden tilstrækkelig begrundelse fraveg meddelelsen af klagepunkter i den første godkendelsesbeslutning¹³⁷.

171. Det fremgår af fast retspraksis, som appellanterne og Kommissionen har henvist til under den foreliggende sag, at Domstolen har fastslået, at Kommissionen *ikke er forpligtet* til at redegøre for eventuelle

ændringer i forhold til meddelelsen af klagepunkter, da denne alene er af foreløbig karakter¹³⁸. En kommissionsbeslutning i en kartelsag eller under en fusionskontrolprocedure kan følgelig ikke anses for at være behæftet med en retlig fejl og skulle annulleres, fordi den uden nærmere redegørelse afviger fra meddelelsen af klagepunkter.

172. Dette udelukker imidlertid ikke, at en beslutning, der afviger meddelelsen af klagepunkter, er behæftet med retlige fejl af andre grunde, som findes i selve beslutningen, således at beslutningen bliver annulleret under en efterfølgende sag.

173. I denne forbindelse bemærkes navnlig, at Kommissionen som led i en fusionskontrol skal foretage en bedømmelse af komplicerede økonomiske forhold. Selv om den som allerede nævnt i denne sammenhæng råder over en ikke ubetydelig skønsmargin¹³⁹, er den til stadighed undergivet kontrol fra Fællesskabets retsinstanser. Disse skal ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplys-

136 — Den appellerede doms præmis 377.

137 — I det følgende vil jeg behandle den appellerede doms præmis 335 nærmere, idet den i særlig grad blev kritiseret af appellanterne. Mine bemærkninger gælder imidlertid tilsvarende de øvrige præmisser i den appellerede dom, der er omtvistede her.

138 — Dommen i sagen BAT og Reynolds mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 121, præmis 70.

139 — Jf. i denne forbindelse den ovenfor i fodnote 96 nævnte retspraksis.

ninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner¹⁴⁰.

grundlag for de dragne konklusioner (*materielt troværdigt grundlag*)¹⁴¹.

174. Selv om det således ikke kræves, at Kommissionen i sin beslutning om, at en sammenslutning er forenelig med fællesmarkedet, skal redegøre for, hvorfor den indholdsmæssigt har fraveget meddelelsen af klagepunkter, skal det imidlertid være muligt at udlede følgende tre punkter af beslutningen:

— for det første, at grundlaget for beslutningen er materielt korrekt, navnlig at det støttes på en troværdig og sammenhængende bevisførelse (*materielt korrekt grundlag*)

— for det andet, at der ikke i beslutningen ses bort fra relevante omstændigheder, som burde være taget i betragtning ved en vurdering af sammenslutningen (*materielt fuldstændigt grundlag*)

— for det tredje, at de faktiske omstændigheder, som beslutningen støttes på, giver

175. Forhold, der støtter antagelsen af, at Kommissionen i en konkret sag til fulde har taget hensyn til relevante oplysninger, kan fremgå af samtlige omstændigheder i den enkelte sag, navnlig af samtlige de dokumenter, der indgik i sagsakterne i den administrative procedure. Til disse dokumenter hører ikke mindst meddelelsen af klagepunkter. Af denne meddelelse er det nemlig muligt at udlede et resumé af samtlige de omstændigheder og beviser, som Kommissionen på sagens daværende stadium anså for relevante for beslutningen.

176. I denne forstand kan Retten således uden at begå retlige fejl i den appellerede dom lægge til grund, at det til trods for den foreløbige karakter af meddelelsen af klagepunkter ikke betyder, at den »slet ikke har nogen værdi eller relevans«¹⁴².

177. Det kan utvivlsomt under sagens videre behandling forekomme — navnlig henset til hvad de berørte virksomheder har anført

140 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39; jf. ligeledes dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 57.

141 — Jf. med hensyn til disse tre punkter på ny dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39, og i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 57; jf. endvidere for så vidt angår fuldstændigheden af det materielle grundlag særligt dommen i sagen Technische Universität München, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 14, i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 58, og i sagen Komninou m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 51, hvori kravet om, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag, understreges.

142 — Den appellerede doms præmis 335, næstsidste punktum; jf. ligeledes dommens præmis 410, 419 og 446.

til deres forsvar — at de faktiske omstændigheder og beviser, som blev lagt til grund for meddelelsen af klagepunkter, var ufuldstændige eller ukorrekte, eller at de ikke støttede de heraf dragne konklusioner. Dette anerkendes korrekt af Retten, idet den i den appellerede dom bemærker, at det påhviler Kommissionen »at tage hensyn til oplysninger fremkommet under den administrative procedure og argumenter fremført af de berørte virksomheder og fratage klagepunkter, der i sidste instans viser sig ubegrundede«¹⁴³.

178. Fællesskabets retsinstanser kan og skal imidlertid kontrollere, om det var korrekt, at Kommissionen fandt, at visse faktiske omstændigheder, som den havde konstateret, og som blev lagt til grund i meddelelsen af klagepunkter, under sagens videre forløb blev anset for urigtige eller utroværdige og derfor blev frataget. Fællesskabets retsinstanser kan og skal endvidere efterprøve, om eventuelle nye oplysninger, som Kommissionen nu lægger til grund, er materielt rigtige, om sagens faktiske omstændigheder er tilstrækkelig oplyst, og om de støtter de konklusioner, som Kommissionen har draget heraf.

179. Den retlige prøvelse skal kunne omfatte de faktiske omstændigheders rigtighed, fuldstændighed og troværdighed¹⁴⁴. Uden en sådan prøvelse af det faktiske grundlag for beslutningen er det overhovedet ikke muligt at foretage en realistisk vurdering af, om

Kommissionen har respekteret grænserne for sin skønsmargin, eller om den har begået en åbenbar skønsejfe.

180. Det er således med rette, at Retten i den appellerede dom foretog præcis denne kontrol, i hvilken forbindelse den bemærkede, at Kommissionen bør »være i stand til at forklare, om ikke i beslutningen, så i det mindste under forhandlingerne for Retten, hvorfor den finder, at dens foreløbige vurderinger var forkerte«, og navnlig bør »beslutningens vurderinger være forenelige med de faktuelle konstateringer i meddelelsen af klagepunkter, for så vidt det ikke er blevet påvist, at disse var ukorrekte«¹⁴⁵.

181. Til forskel fra appellanternes og Kommissionens opfattelse udsættes fusionskontrolmyndigheden ikke for en dobbelt belastning under sagens behandling for Retten. Det kræves ikke, at den skal forsvare sin beslutning og tillige afkræfte den eventuelt afvigende meddelelse af klagepunkter. Den skal — efter begrundet begæring fra sagsøgeren — alene kunne godtgøre, at det faktiske grundlag for *dens beslutning* er rigtigt og fuldstændigt, og at det kan begrunde de konklusioner, der drages i beslutningen. Eventuelle oplysninger om, hvorfor visse faktiske omstændigheder er blevet suppleret, frataget eller revurderet under den administrative procedure, er uadskilleligt forbundet med spørgsmålet om

143 — Den appellerede doms præmis 335, andet punktum.

144 — Jf. hertil ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Lavel, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39, og i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 56; jf. i samme retning dommen i sagen Technische Universität München, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 14, i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 58, og i sagen Komminou m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 51.

145 — Den appellerede doms præmis 335 in fine; jf. i samme retning dommens præmis 410, 419 og 446.

de faktiske omstændigheders rigtighed, fuldstændighed og troværdighed.

3. Bevisværdien af faktiske omstændigheder, der blev fremlagt som svar på meddelelsen af klagepunkter (andet appelanbringende; det tredje appelanbringendes første led)

182. Ud fra en samlet betragtning har Retten lovligt inddraget meddelelsen af klagepunkter som et *indicium*, idet genstanden for dens prøvelse var, om den første godkendelsesbeslutning var blevet truffet på et korrekt og fuldstændigt faktisk grundlag, som kunne begrunde de konklusioner, som Kommissionen havde draget. Retten fandt imidlertid ikke, at den første godkendelsesbeslutning skulle annulleres på grund af eventuelle afvigelser fra meddelelsen af klagepunkter, men fordi den var utilstrækkeligt begrundet og behæftet med en åbenbar skønsfejl. Retten antog, at der var tale om en skønsfejl, idet det faktiske grundlag for beslutningen var utilstrækkeligt og ikke kunne underbygge de konklusioner om manglende gennemsigthed på markedet, som Kommissionen havde draget ¹⁴⁶.

184. Det andet appelanbringende er nært forbundet med det tredje appelanbringendes første led; jeg foreslår derfor, at de behandles under ét. Appellanterne har navnlig kritiseret, at Retten har stillet for store krav til bevisværdien af den argumentation, de havde fremført som svar på meddelelsen af klagepunkter. De finder endvidere, at Retten med urette lagde til grund, at Kommissionen var forpligtet til at gennemføre nye markedsundersøgelser efter meddelelsen af klagepunkter.

a) Den appellerede dom

c) Foreløbig konklusion

183. Sammenfattende bemærkes således, at det første appelanbringende og det sjette appelanbringendes andet led savner begrundelse.

185. Som led i sin prøvelse af, hvorvidt den første godkendelsesbeslutning var behæftet med åbenbare skønsfejl med hensyn til markedets gennemsigthed, bemærkede Retten bl.a., »at fusionsdeltagerne ikke kan vente til sidste øjeblik med at forelægge Kommissionen bevismateriale med henblik på at tilbagevise klagepunkter, som denne har fremsat rettidigt, eftersom den på dette tidspunkt ikke længere har mulighed for at foretage den nødvendige efterprøvelse. I denne situation må det pågældende bevismateriale for med føje at kunne føre til tilbagevisning af Kommissionens klagepunkter i det mindste

146 — Den appellerede doms præmis 459 og 475.

være i særlig grad troværdigt, objektivt, relevant og overbevisende»¹⁴⁷.

b) Stillingtagen

186. Det er endvidere Rettens opfattelse, at Kommissionen »ikke [kan] gå så vidt som til ukontrolleret at overlade det til fusionsdeltagerne at varetage bestemte aspekter af undersøgelsen, navnlig ikke når, som i det foreliggende tilfælde, de pågældende aspekter udgør det afgørende punkt, hvorpå beslutningen er baseret, og de af fusionsdeltagerne fremlagte vurderinger og oplysninger står i diametral modsætning til de oplysninger, Kommissionen har indsamlet under sin undersøgelse, og til de konklusioner, den har draget af dem«¹⁴⁸.

187. Flere steder i den appellerede dom kritiserer Retten endvidere, at Kommissionen efter fusionsdeltagernes svar på meddelelsen af klagepunkter undlod at foretage nye markedsundersøgelser for at efterprøve, om der var grundlag for dens ændrede vurdering af den påtænkte sammenslutning¹⁴⁹.

188. Som allerede nævnt i forbindelse med det første appelanbringende, skal der under fusionskontrolprocedurer indrømmes ret til kontradiktion, inden der træffes en beslutning, der kan være bebyrdende for de pågældende virksomheder¹⁵⁰ (jf. tillige fusionsforordningens artikel 18, stk. 3, andet punktum).

189. Det kan derfor ikke kritiseres, at de berørte virksomheder ikke fremførte visse, eventuelt for sagen afgørende argumenter, faktiske omstændigheder eller beviser, allerede da sammenslutningen blev anmeldt eller under Kommissionens markedsundersøgelse, men først som led i deres indsigelser til meddelelsen af klagepunkter¹⁵¹. Fusionsdeltagerne kan nemlig først af meddelelsen af klagepunkter mere præcist udlede, hvilke indsigelser Kommissionen har mod den

147 — Den appellerede doms præmis 414.

148 — Den appellerede doms præmis 415; tilsvarende i den appellerede doms præmis 452.

149 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 398, 428 og 451.

150 — Jf. navnlig ovenfor i punkt 150-152.

151 — Dette berører naturligvis ikke de berørte virksomheders pligt til at indgive en indholdsmæssigt korrekt og fuldstændig anmeldelse af sammenslutningen (jf. artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 447/98). Fusionsdeltagerne har endvidere pligt til at besvare Kommissionens eventuelle begæringer om oplysninger udtømmende, sandt og rettidigt (fusionsforordningens artikel 11, stk. 1, jf. stk. 4 og 5).

påtænkte fusion, samt hvilke argumenter og beviser den nærmere støtter sig på¹⁵².

190. Isoleret betragtet kan den omstændighed, at fusionsdeltagerne først fremlægger visse argumenter, faktiske omstændigheder eller beviser som svar på meddelelsen af klagepunkter, således på ingen måde give grundlag for at antage, at de har tilbageholdt disse oplysninger »til sidste øjeblik«¹⁵³. De berørte virksomheders ret til forsvar omfatter snarere retten til under den skriftlige og mundtlige høring, dvs. efter at de har modtaget meddelelsen af klagepunkter, at fremføre samtlige de oplysninger, som de finder egnede til at afkræfte klagepunkterne og foranledige Kommissionen til at godkende sammenslutningen. En sådan argumentation fremsættes ikke for sent, men præcis på det tidspunkt, der er fastsat for den under fusionskontrolproceduren.

191. Der bør ligeledes ikke stilles strengere krav til de berørte virksomheders argumentation som svar på meddelelsen af klagepunkter

152 — Inden meddelelsen af klagepunkter får fusionsdeltagerne ganske vist ligeledes oplysning om procedurens gennemførelse [der afholdes drøftelser, ligesom anmelderne ved indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), får underretning om, på hvilke punkter Kommissionen nærer alvorlig tvivl med hensyn til, om sammenslutningen er forenelig med fællesmarkedet]; disse oplysninger er imidlertid langt mindre detaljerede end en meddelelse af klagepunkter og kan også løbende ændres afhængig af markedsundersøgelsens forløb.

153 — Såfremt det derimod skulle fremgå, at de berørte virksomheder har afgivet urigtige eller ufuldstændige oplysninger som led i anmeldelsen af sammenslutningen eller ved besvarelsen af begæringer om oplysninger fra Kommissionen, ville dette for det første udgøre en tilsidesættelse af deres forpligtelse til at samarbejde med Kommissionen under fusionskontrolproceduren, og det ville for det andet kunne udløse de retsfølger, der er omhandlet i fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, litra a), og artikel 14, stk. 1, litra b) og c) (tilbagekaldelse af godkendelsesbeslutningen og pålæggelse af bøder).

for så vidt angår dens bevisværdi og sandsynlighed, end der stilles til den argumentation, som fremføres af konkurrenter, kunder og andre tredjemænd, der høres af Kommissionen under fusionskontrolproceduren. Kommissionen har ganske vist pligt til nøje at efterprøve fusionsdeltagerenes argumentation for så vidt angår dens rigtighed, fuldstændighed og sandsynlighed og undlade at tage hensyn til den, såfremt der hersker berettiget tvivl; den skal imidlertid i denne forbindelse anvende samme kriterier som ved anbringender fremført af tredjemænd.

192. Det ville devaluere de berørte virksomheders ret til forsvar, såfremt disse var afskåret fra at gøre deres argumenter gældende for så vidt angår enkelte af Kommissionens klagepunkter, eller såfremt deres argumentation på forhånd blev tillagt ringere bevisværdi eller troværdighed end f.eks. oplysninger, som var afgivet af tredjeemand under markedsundersøgelsen.

193. Der er endvidere heller ikke tale om at »delegere« efterprøvelse til de berørte virksomheder, såfremt Kommissionen i sin beslutning tager stilling til deres argumentation og med udgangspunkt heri reviderer og i givet fald fraviger de resultater, dens kontrol hidtil har ført til, og de konklusioner, den foreløbig har draget af meddelelsen af klagepunkter.

194. Kommissionen er endelig ikke forpligtet til i hvert enkelt tilfælde at anstille yderligere markedsundersøgelser efter meddelelsen af klagepunkter og efter at have hørt de berørte

virksomheder. Allerede det tidspres, der følger af de forholdsmæssigt strenge sagsbehandlingsfrister, fører til, at det er umuligt for Kommissionen, kort tid inden den fremsender sit foreløbige udkast til beslutning til det rådgivende udvalg for kontrol med virksomhedssammenslutninger¹⁵⁴, at udsende nye omfattende begæringer om oplysninger vedrørende komplekse økonomiske spørgsmål til et stort antal erhvervsdrivende på markedet. Realistisk betragtet ville der også kun sjældent kunne forventes nyttige resultater af undersøgelsen inden for det korte tidsrum, der resterer. Endvidere ville de berørte virksomheder skulle høres på ny vedrørende resultaterne af undersøgelsen, såfremt man f.eks. ville støtte en beslutning om forbud på dem. Appellanterne har derfor med rette anført, at retsfølgen af, at bevisituation er uklar, *efter* at de berørte virksomheder er blevet hørt, ikke er, at der skal indledes en ny markedsundersøgelse, men at der skal træffes beslutning på grundlag af de foreliggende oplysninger; dette har ligeledes støtte i fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, hvorefter der gælder en godkendelsesfiktion, såfremt Kommissionen ikke træffer beslutning inden for de fastsatte frister.

195. Henset hertil finder jeg, at Retten ikke tog hensyn til de retlige omstændigheder, da den bemærkede, at fusionsdeltagerne ikke kan »vente til sidste øjeblik med at forelægge Kommissionen bevismateriale med henblik på at tilbagevise klagepunkter, som denne har fremsat rettidigt«, og at det kræves, at det pågældende bevismateriale »i særlig grad [er] troværdigt, objektivt, relevant og overbevisende« for med føje at kunne føre til tilbagevisning af Kommissionens klagepunkter;

det var ligeledes med urette, at Retten kritiserede, at der ikke blev foretaget yderligere markedsundersøgelser efter meddelelsen af klagepunkter, og sidestillede Kommissionens accept af appellanternes argumentation med en retsstridig delegation af undersøgelsen til fusionsdeltagerne¹⁵⁵.

196. Det andet appelanbringende og det tredje appelanbringendes første led er følgelig begrundet.

197. Det følger imidlertid ikke heraf, at den appellerede dom skal ophæves¹⁵⁶. Retten har nemlig ikke alene kritiseret, at Kommissionen støttede sin vurdering af gennemsigtigheden på markedet på Bertelsmann og Sonys argumentation og undlod at foretage nye markedsundersøgelser. Den efterprøvede derimod også, om Kommissionens betragtninger vedrørende gennemsigtigheden på markedet indholdsmæssigt var behæftet med åbenbare skønsfejl.

198. I denne forbindelse bemærkes særligt, at Retten ikke først i de her omtvistede passager af den appellerede dom, men allerede i præmis 377, fastslog, at der var tale om en åbenbar skønsfejl: »Bevismaterialet kan, således som der henvises til det i beslutningen, følgelig ikke underbygge de konklusioner, der drages af det.« Denne konstatering

155 — Jf. på ny særligt den appellerede doms præmis 414 og 415 (min fremhævelse).

156 — Jf. på ny særligt den retspraksis, der er nævnt ovenfor i fodnote 127.

154 — Fusionsforordningens artikel 19, stk. 3-7.

har ikke nogen tilknytning til den her omtvistede argumentation, som fusionsdeltagerne har gjort gældende med hensyn til salgsfremmende rabatter og Kommissionens hensyntagen til disse.

199. Retten konstaterede ligeledes i den appellerede doms præmis 384-387 en åbenbar skønsfejl fra Kommissionens side, som ikke er begrundet i hensyntagen til fusionsdeltageres argumentation med hensyn til salgsfremmende rabatter, men Kommissionens materielt urigtige vurdering af resultaterne af markedsundersøgelsen, navnlig detailhandlernes svar.

200. Hver af disse to åbenbare skønsfejl kan isoleret set begrunde, at Retten annullerede den første godkendelsesbeslutning. Bortset herfra kan den manglende begrundelse, som Retten korrekt fastslog, som allerede nævnt også begrunde, at den første godkendelsesbeslutning annulleres¹⁵⁷.

4. Beviskrav til godkendelse af virksomhedssammenslutninger (tredje appelanbringendes andet led)

201. Med tredje appelanbringendes andet led gør appellanterne gældende, at Retten har begået en retlig fejl, idet den stillede urigtige og for strenge beviskrav til Kommissionens godkendelse af virksomhedssammenslutninger¹⁵⁸.

202. Appellanterne begrunder deres indsigelser mod den appellerede dom således: Retten har generelt set bort fra, at der ikke gælder samme beviskrav til Kommissionens godkendelsesbeslutninger som til dens forbudsbeslutninger; de gør gældende, at der findes en asymmetri mellem beviskrav og en generel formodning for, at fusioner er forenelige med fællesmarkedet. Konkret har Retten i den foreliggende sag med urette krævet af Kommissionen, at den positivt skal bevise, at *markedet mangler gennemsigthed*; efter appellanternes opfattelse skulle Retten derimod blot have kontrolleret, om Kommissionen på tidspunktet for den første godkendelsesbeslutning rådede over tilstrækkelige beviser for, at *markedet var gennemsigtigt*.

157 — Jf. ovenfor i punkt 93-144.

158 — De følgende betragtninger gælder ligeledes den del af sjette appelanbringende, der omhandles i appelskriftets punkt 98-100 og 102.

a) Den påståede asymmetri mellem krav til beslutninger om henholdsvis godkendelser og forbud i fusionsforordningen

203. Jeg skal først gennemgå appellanternes argument om, at beviskravene i fusionsforordningen er asymmetriske, og at der gælder en generel formodning for, at fusioner er forenelige med fællesmarkedet.

— Fusionskontrolbeslutninger bygger på prognoser

204. Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionens beslutninger vedrørende kontrol med fusioner i en væsentlig henseende adskiller sig fra beslutninger i sager vedrørende karteller i henhold til artikel 81 EF og sager vedrørende misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF: I sager vedrørende fusionskontrol kræves det ikke, at Kommissionen foretager en vurdering af virksomheders — formodede retsstridige — tidligere adfærd, og i givet fald forfølger denne, men derimod, at den giver en *prognose* for den fremtidige udvikling på markedet. Den skal vurdere, om en fusion kan hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (fusionsforordningens artikel 2, stk. 2 og 3, og artikel 8, stk. 2 og 3).

205. Kommissionens beslutning om at godkende eller at forbyde en bestemt fusion bygger således nødvendigvis på en *ex ante*-vurdering af sandsynligheder. Dette anerkendes også af Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, hvori det fastslås, at der ved fusionskontrol er tale om at »forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden«¹⁵⁹.

206. En retlig prøvelse af en sådan formodning vedrører følgelig ikke så meget *beviset* for, som *sandsynligheden* af Kommissionens forudsigelse om, at en fusion vil have positive eller negative følger for konkurrencen. Kommissionen skal alene kunne føre bevis for de faktiske omstændigheder, som den har støttet sin forudsigelse på, f.eks. de markedsstrukturer, som den har konstateret (i den foreliggende sag f.eks. de forskellige forhold, der taler for, at markedet er gennemsigtigt). Domstolen fastslog således i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, at »disse beviser skal understøtte Kommissionens vurderinger, hvorefter den økonomiske udvikling [...], sådan som Kommissionen forudser den, er *sandsynlig*«¹⁶⁰.

207. Den standard, som lægges til grund for vurderingen af, om Kommissionens forudsigelse af en forventet udvikling af markedet er

159 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 42; jf. også dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 64.

160 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 44; min fremhævelse.

sandsynlig eller *usandsynlig*, skal fastlægges under hensyn til de særlige kendetegn, der gælder for fusionskontrolprocedurer. Kommissionen pålægger ikke sanktioner ved sine beslutninger om fusionskontrol i henhold til fusionsforordningens artikel 8, ligesom den ikke herved foretager indgreb i fysiske personers personlige frihed eller fysiske integritet. Kommissionen meddeler derimod alene en rent administrativ godkendelse af eller afslag på en økonomisk aktivitet, nemlig sammenslutning af virksomheder. Dette sker endvidere under en procedure, som kendetegnes af et krav om hurtighed, og som er præget af et velafvejte, forholdsvist strengt system af frister¹⁶¹.

208. I betragtning af disse kendetegn ved fusionskontrolproceduren finder jeg, at det er en passende rettesnor, såfremt Kommissionen skal lægge den markedsudvikling til grund, som den anser for mest sandsynlig, efter en flere måneder lang indgående vurdering af en fusion (engelsk: »balance of probabilities«). Retten i Første Instans har for relativt nyligt udtrykt dette meget rammende i dommen i sagen General Electric mod Kommissionen: »En fremtidsanalyse [...] forudsætter, at der opstilles forskellige årsags- og virkningskæder med henblik på, at *de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund*«¹⁶².

209. Såfremt det således er mere sandsynligt, at en dominerende stilling på markedet

skabes eller styrkes, end at det ikke sker, skal fusionen forbydes; såfremt det derimod er mindre sandsynligt, at en sådan stilling skabes eller styrkes, skal fusionen godkendes. Fællesskabets retsinstanser har til opgave at efterprøve, om Kommissionens fremtidsanalyse er behæftet med åbenbare skønsfejl, dvs. om Kommissionen støtter denne på et materielt korrekt og fuldstændigt grundlag, og om dette materielle grundlag underbygger dens prognose¹⁶³.

210. Efter min opfattelse er det ikke rimeligt, såfremt der stilles strengere krav under en fusionskontrol, således at det f.eks. kræves, at den forventede markedsudvikling ifølge Kommissionen vil ske »efter al sandsynlighed« eller »særligt sandsynlig«, for at holde stand for Rettens prøvelse¹⁶⁴. For det første ville en sådan højere grad af sandsynlighed klart svække Kommissionens konkurrencepolitiske funktion. Kommissionen skulle nemlig i så tilfælde med åbne øjne tillade fusioner, uanset at de sandsynligvis ville føre til en skabelse eller en styrkelse af en dominerende stilling på markedet, og således have konkurrencebegrænsende virkninger. Kommissionen ville i så tilfælde kun kunne gribe ind, såfremt en fusion »efter al sandsynlighed« eller »særligt sandsynligt« ville have sådanne konkurrencebegrænsende virkninger. For det andet ville en sådan

161 — Jf. ovenfor i punkt 12.

162 — Dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 64, sidste punktum; min fremhævelse.

163 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39, dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 57, og dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 63; jf. tillige ovenfor i punkt 173 og 174.

164 — I modsat retning generaladvokat Tizzano, der i sit forslag til afgørelse af 25.5.2004 i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, sag C-12/03 P, nævnt ovenfor i fodnote 96, punkt 74, fandt, at et forbud forudsatte, at den anmeldte fusion efter al sandsynlighed vil bevirke en skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling.

højere grad af sandsynlighed kun vanskeligt være forenelig med den skønsmargin, som Kommissionen har ved vurderingen af komplekse økonomiske sammenhænge¹⁶⁵, i hvilken forbindelse en prognose for den forventede markedsudvikling som følge af en virksomhedssammenslutning er et centralt element.

litra b) og litra c)]¹⁶⁷. Efter en sådan indgående vurdering skal fusionen godkendes til trods for en eventuelt resterende tvivl, såfremt Kommissionens prognose viser, at det er mindre sandsynligt, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, end at dette ikke er tilfældet. Omvendt skal fusionen forbydes, til trods for en eventuel resterende tvivl, såfremt Kommissionen efter en indgående vurdering anser det for mere sandsynligt, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, end at det ikke er tilfældet.

211. Det kan utvivlsomt ikke være afgørende, om Kommissionen efter en flere måneder lang indgående vurdering af en fusion er i stand til, *uden rimelig tvivl* at antage eller udelukke, at en dominerende stilling på markedet vil blive skabt eller styrkes¹⁶⁶. Denne særligt strenge standard kendes navnlig i strafferetlige eller strafferetslige sager. I fusionskontrolprocedurer finder den alene anvendelse i forundersøgelsesfasen (»fase I«) for at opveje, at der alene foretages en summarisk undersøgelse af fusionen i denne fase af proceduren. »Alvorlig tvivl« med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, forhindrer således ligeledes blot, at *godkendelsen af fusionen sker forhastet*, og tvinger Kommissionen til først at foretage en indgående vurdering under den formelle undersøgelsesprocedure (»fase II«) [fusionsforordningens artikel 6, stk. 1,

— Symmetriske krav til godkendelser og forbud

212. Jeg kan ikke se, at der består en forskel mellem de retlige krav til henholdsvis beslutninger om godkendelse og beslutninger om forbud. I modsætning til appellanternes opfattelse findes der hverken en forskel med hensyn til graden af troværdighed af den prognose, som Kommissionen skal træffe, eller med hensyn til pålideligheden af de faktiske omstændigheder, den støttes på.

165 — Jf. ovenfor i den appellerede doms præmis 126 og 173.

166 — I lighed hermed generaladvokat Tizzano i sit forslag til afgørelse af 25.5.2004 i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, sag C-12/03 P, nævnt ovenfor i fodnote 96, punkt 74: »Det kan altså ikke kræves af Kommissionen, at den for at kunne forbyde en fusion konstaterer med absolut sikkerhed, at denne ville give anledning til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf« (min fremhævelse).

213. Såvel fusionsforordningens artikel 2, der indeholder en plan for den generelle vurdering, som Kommissionen skal foretage

167 — Jf. inden for miljøretten eksempelvis dom af 7.9.2004, sag C-127/02, Waddenvereniging og Vogelbeschermingsvereniging, Sml. I, s. 7405, præmis 44 og 55-59.

af en påtænkt fusion, som fusionsforordningens artikel 8, der angiver Kommissionens beslutningsbeføjelser, har en fuldstændig symmetrisk opbygning af artiklernes stk. 2 og 3.

214. Denne symmetri genspejler i sidste instans, at Kommissionen i den konkrete sag skal sikre en rimelig balance mellem ligeværdige, primærretligt sikrede beskyttelsesinteresser¹⁶⁸, nemlig på den ene side fusionsdeltagernes rettigheder og interesser, og på den anden side det offentlige interesse i, at konkurrencen ikke fordrejes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF]¹⁶⁹. De berørte virksomheders frihed til at oprette og drive egen virksomhed såvel som indehavernes ejendomsret (grundrettighedschartrets artikel 16 og 17) omfatter således utvivlsomt retten til at foretage fusioner; dette gælder imidlertid kun, såfremt det ikke er berettiget, at fusionen meddeles på visse betingelser eller vilkår, eller at den endog helt forbydes, af hensyn til at konkurrencen ikke fordrejes.

215. Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, som appellanterne har henvist

168 — Jf. herved på den ene side tredje og fjerde betragtning til fusionsforordningen og på den anden side dens femte betragtning.

169 — Jf. endvidere fusionsforordningens første, anden og femte betragtning. Beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen er i alle markedsaktørers interesse, inkl. forbrugernes (jf. i denne retning dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 25, af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 125, og af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 106).

til, er ikke til hinder for en sådan symmetri i kravene til godkendelses- eller forbudsbeslutninger. Det deri opstillede krav om »fyldestående beviser« (engelsk: »convincing evidence«)¹⁷⁰ fordrer blot, at Kommissionens sandsynlighedsvurdering skal støttes på et troværdigt faktisk grundlag. Dette fremgår ligeledes andre steder i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, hvor Domstolen betegner »kvaliteten« af de beviser, som Kommissionen fremlægger, som værende »af særlig betydning«, »fordi disse beviser skal understøtte Kommissionens vurderinger, hvorefter den økonomiske udvikling [...] sådan som Kommissionen forudser den, er sandsynlig«¹⁷¹.

216. Kravet om »overbevisende« beviser må ikke misforstås således, at sammenligningskriterierne for forbudsbeslutninger er strengere end for godkendelsesbeslutninger. Som Domstolen fastslog i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, tilføjede Retten med kravet om »overbevisende« beviser »på ingen måde en betingelse om bevisniveauet, men genkaldte blot bevisets væsentligste funktion, som er at *understøtte* en hypotese, eller således som det er tilfældet i den foreliggende sag, en fusionsbeslutning«¹⁷².

170 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt i fodnote 96, præmis 41; jf. endvidere »Kali & Salz«-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 228, der nævner »tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger« (engelsk: »cogent and consistent evidence«). Den tyske sprogudgave af dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, der taler om fyldestående beviser (»eindeutige Beweise«), forekommer mig ikke at være en korrekt gengivelse af det engelske udtryk »convincing evidence«; her og i det følgende benytter jeg derfor konsekvent adjektivet »overbevisende« (»überzeugend«) for det engelske udtryk »convincing«.

171 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 44.

172 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 41 (min fremhævelse).

217. Det kan lige så lidt udledes af de citerede passager i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, som af Domstolens bemærkning om, at Kommissionen skal udvise »omhu« ved fremtidsanalyser¹⁷³, at der skulle gælde strengere krav til et *forbud* mod en fusion, end til en godkendelse. Kommissionen må nemlig aldrig undlade at udvise »omhu« ved en *godkendelse* af en fusion og støtte sig på mindre »overbevisende« beviser end ved et forbud. I modsat fald ville den ikke varetage sin hovedopgave, som er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

218. Såfremt det således er mere sandsynligt, at en dominerende stilling på markedet skabes eller styrkes, end at dette ikke er tilfældet, skal fusionen forbydes; såfremt det derimod er mindre sandsynligt, at en sådan stilling skabes eller styrkes, end at dette ikke er tilfældet, skal fusionen godkendes. Disse sandsynlighedsvurderinger er to sider af samme sag. De skal begge anlægges med omhu og have støtte i faktiske omstændigheder, der ikke alene er korrekte og fuldstændige — dette forudsætter »overbevisende« beviser — men skal tillige støtte de konklusioner, der drages heraf¹⁷⁴.

— Ingen generel formodning om forenelighed med fællesmarkedet

219. Af den ovenfor beskrevne symmetri og de berørte beskyttelsesinteressers ligeværdighed¹⁷⁵ følger ligeledes, at der ikke ifølge fusionsforordningen gælder en *generel formodning* om fusioners forenelighed med fællesmarkedet. Kommissionen skal i hver enkelt sag udtrykkeligt tage stilling til, om den pågældende fusion er forenelig, eller uforenelig, med fællesmarkedet¹⁷⁶, og fusionsdeltagerne har udtrykkeligt forbud mod at gennemføre sammenslutningen, inden en sådan beslutning er vedtaget (fusionsforordningens artikel 7, stk. 1 og 5).

220. Dommen i sagen EDP mod Kommissionen, som appellanterne har henvist til, fører ikke til noget andet resultat¹⁷⁷. I denne sag understregede Retten imidlertid, at Kommissionens tvivl ikke i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde et forbud mod fusionen. Dette giver imidlertid på ingen måde anledning til en modsætningslutning om, at der findes en almindelig formodning om fusioners forenelighed med fællesmarkedet. Det fremgår ligeledes af betragtning 15 til fusionsforordningen, at det kan lægges til grund, at sammenslutninger, som angår

173 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 42.

174 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39, og dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 63; jf. endvidere ovenfor i punkt 173 og 174.

175 — Disse beskyttelsesinteresser omfatter dels fusionsdeltagernes rettigheder og interesser, dels det offentlige interesse i, at konkurrencen ikke fordrejes; jf. i denne forbindelse på ny ovenfor i punkt 214.

176 — Jf. i samme retning dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 61.

177 — Dom af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 64.

begrænsede markedsandele, er forenelige med fællesmarkedet.

221. Det er min opfattelse, at der i følgende to situationer kun rent undtagelsesvis gælder en formodning om, at en fusion er forenelig med fællesmarkedet.

222. Den første situation omfatter anmeldte fusioner, hvor Kommissionen i strid med reglerne ikke rettidigt har truffet beslutning. Der gælder allerede i henhold til fusionsforordningen artikel 10, stk. 6, en lovbestemt formodning for sådanne fusioners forenelighed med fællesmarkedet (jf. ligeledes fusionsforordningens artikel 7, stk. 1 og 5). Som følge af bestemmelsens karakter af en undtagelse og dens systematiske placering i tilslutning til bestemmelserne om sagsbehandlingsfrister, kan der *ikke* af fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, udledes en mere vidtgående, *generel* formodning for fusioners forenelighed med fællesmarkedet¹⁷⁸.

223. Den anden situation omfatter fusioner, hvor bevisstillingen efter Kommissionens undersøgelse er så uklar, at det ikke er muligt at udarbejde en sandsynlig prognose for, hvorvidt den i sidste instans vil føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling eller ej. Generaladvokat Tizzano

benyttede udtrykket »gråzone« for sådanne situationer¹⁷⁹. Efter min opfattelse må dette begreb imidlertid ikke misfortolkes, således at der bliver tale om et større antal sager. Jeg finder, at der kun kan være tale om nogle få og sjældne grænsetilfælde, hvor det selv efter indgående markedsundersøgelser ikke er klart, hvad der er tungen på vægtskålen. Alene sådanne »non liquet«-sager skal i overensstemmelse med princippet »in dubio pro libertate« fastslås at være forenelige med fællesmarkedet og godkendes. Der kan imidlertid ikke af denne situation udledes en mere vidtgående, *almindelig* formodning for, at fusioner er forenelige med fællesmarkedet.

224. Uanset den nærmere rækkevidde af de sidstnævnte situationer er det imidlertid klart, at den foreliggende sag ikke henhører under nogen af disse. Situationen er hverken, at Kommissionen i strid med reglerne har overskredet fristen for at træffe beslutning om fusionen, eller at der efter Rettens konstateringer var tale om en uklar bevisstilling¹⁸⁰. Kommissionen har ganske vist selv flere steder i den første godkendelsesbeslutning nævnt, at der manglede beviser for visse omstændigheder¹⁸¹, men den har så vidt ses aldrig karakteriseret sagen som et grænsetilfælde, hvor der var tale om et »non

178 — Jf. med hensyn til fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, endvidere ovenfor i punkt 102.

179 — Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 25.5.2004 i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, sag C-12/03 P, nævnt ovenfor i fodnote 96, punkt 76-81, navnlig punkt 76.

180 — Jf. blandt mange eksempler den appellerede doms præmis 290, 294, 303, 347, 362, 407 og 435.

181 — Jf. bl.a. betragtning 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 og 158 til den første godkendelsesbeslutning.

liquet«. Den understregede derimod udtrykkeligt under den mundtlige forhandling for Domstolen, at diskussionen vedrørende grænsetilfælde, hvor bevisstillingen var uklar, var rent hypotetisk¹⁸².

— Foreløbig konklusion

225. Henset hertil skal appellanternes argumentation om, at fusionsforordningen bygger på en asymmetri for så vidt angår kravene til godkendelses- og forbudsbeslutninger, og at der gælder en almindelig formodning for fusioners forenelighed med fællesmarkedet, forkastes. Det kan heller ikke antages, at den foreliggende sag kan henføres under en af de to situationer, hvor der undtagelsesvis gælder en formodning for, at en fusion er forenelig med fællesmarkedet.

b) Rettens beviskrav i den foreliggende sag

226. Det skal herefter undersøges, om Retten i den foreliggende sag stillede korrekte beviskrav for så vidt angår Kommissionens konstateringer vedrørende gennemsigtheden på markedet.

227. Appellanterne har gjort gældende, at Retten ikke burde have krævet, at Kommissionen førte et positivt bevis for, at der *manglende gennemsigthed på markedet*; Retten skulle derimod have stillet sig tilfreds med at efterprøve, om Kommissionen på tidspunktet for den første godkendelsesbeslutning rådede over tilstrækkelige beviser for, at *markedet var gennemsigtigt*¹⁸³. Denne argumentation bygger klart på en forestilling om, at beviskravene til en godkendelse af en fusion er mindre end til et forbud.

228. Denne argumentation overbeviser mig ikke af to grunde.

229. For det første følger det af symmetrien med hensyn til beviskravene til godkendelses- og forbudsbeslutninger¹⁸⁴, at det ikke gør nogen forskel, om Kommissionen undersøger gennemsigtheden på et marked med henblik på en eventuel godkendelse eller med henblik på et eventuelt forbud mod en sammenslutning. Den negative konstatering af, at et marked *ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling*, fører til samme resultat og omfatter samme beviskrav som den positive konstatering af, at det pågældende marked er *så uigennemsigtigt, at det udelukker en kollektiv dominerende stilling*. Disse konstateringer er to sider af samme sag. Begge kan begrunde, at skabelse

182 — Kommissionen understregede også for førsteinstansen, at den fandt at kunne forsvare sin første godkendelsesbeslutning på grundlag af princippet om »balance of probabilities« (jf. punkt 7 i Kommissionens svarskift under sagen for Retten i Første Instans).

183 — Appellanterne har nærmere henvist til præmis 289, 366, 381-387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449-457 og 459 i den appellerede dom.

184 — Jf. ovenfor i punkt 212-218.

eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling anses for udelukket under forudsætning af, at de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund, er korrekte, fuldstændige og kan begrunde de konklusioner, der drages på grundlag heraf.

230. For det andet forekommer appellanternes kritik af Rettens beviskrav at bero på en urigtig fortolkning af den appellerede dom. En nærmere betragtning viser, at Retten nemlig overhovedet ikke kritiserede Kommissionen for ikke at have opfyldt beviskravene ved sin konkurrenceretlige vurdering af fusionen. Retten tager derimod selv ved sin efterprøvelse af den første godkendelsesbeslutning udgangspunkt i Kommissionens konstatering af, at »markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling«¹⁸⁵. Retten efterprøvede således, som appellanterne krævede, om der faktisk manglede tilstrækkelige beviser for gennemsigtheden på markedet.

231. Den åbenbare skønsfejl, som Retten konstaterede, bestod ikke i, at der ikke var ført et positivt bevis for manglende gennemsigtheden på markedet, men derimod i, at den første godkendelsesbeslutning ikke tog hensyn til alle relevante oplysninger, og at de omstændigheder, der blev lagt til grund, ikke kunne underbygge de konklusioner, som Kommissionen selv drog af dem¹⁸⁶.

c) Foreløbig konklusion

232. Anden del af tredje appelanbringendes andet led er følgelig ikke begrundet. Tilsvarende gælder med hensyn til betragtningerne i appelskriftets punkt 98-100 og 102, der indholdsmæssigt overlapper det tredje appelanbringendes andet led.

B — Grænser for Rettens frie vurdering af faktiske omstændigheder og beviser (fjerde appelanbringende)

233. Appellanterne kritiserer med deres fjerde appelanbringende, at Rettens retlige efterprøvelse af Kommissionens beslutning var for indgående, idet den ikke respekterede Kommissionens skønsmargin og flere gange satte sin egen vurdering af faktiske omstændigheder og beviser i stedet for Kommissionens, hvorved den begik åbenbare fejl og gengav beviserne urigtigt¹⁸⁷.

234. Mens Kommissionen støtter dette appelanbringende, forsvarer Impala den appellerede dom.

185 — Den appellerede doms præmis 289 og 459; jf. endvidere dommens præmis 287, 366 og 371.

186 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 377, 390, 459 og 542.

187 — De følgende betragtninger vedrører ligeledes det led af sjette appelanbringende, der findes i appelskriftets punkt 101 og 102.

1. Kommissionens skønsmargin og den retlige kontrol heraf — Retten fandt, at de salgsfremmende rabatter »kun har begrænset indvirkning på priserne«¹⁹⁰.

a) Den appellerede dom

235. For at underbygge deres kritik af, at Retten ikke respekterede Kommissionens skønsmargin og satte sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser i stedet for Kommissionens, har appellerterne henvist til følgende eksempler fra den appellerede dom:

— Retten anførte, at tilpasningen af katalogpriserne »rent faktisk var meget udtalt«, mens Kommissionen alene bemærkede, at katalogpriserne var »tilpasset til hinanden i ret høj grad«¹⁸⁸.

— Ifølge Retten havde de rabatter, som fusionsdeltagerne generelt indrømmede, »kun små variationer«¹⁸⁹.

188 — Den appellerede doms præmis 299.

189 — Den appellerede doms præmis 307; appellerterne henviser endvidere til den appellerede doms præmis 421, 419, 424, 444 og 457, hvor de påpeger tilsvarende bemærkninger fra Retten.

— Retten nævner henholdsvis »en høj grad af prisgennemsigtighed« og »stor gennemsigtighed på markedet«¹⁹¹, og finder, at salgsrepræsentanternes ugentlige rapporter »udgør yderligere en faktor, der bidrager til gennemsigtighed på markedet«¹⁹²; ifølge Retten har salgsfremmende rabatter »til formål at blive offentliggjort«¹⁹³ og »er offentlige og gennemsigtige«¹⁹⁴.

— Forskellene mellem rabatspændene kan ifølge Retten »bero på forskelle mellem selskabernes præstationer« og udelukker ikke, »at rabatterne bygger på en række kendte regler«¹⁹⁵.

— Det er med urette, at Retten ikke finder, at de fremlagte økonomiske oplysninger har relevans for spørgsmålet om, hvor-

190 — Den appellerede doms præmis 317.

191 — Den appellerede doms præmis 347 og 361.

192 — Den appellerede doms præmis 354.

193 — Den appellerede doms præmis 402. Det bemærkes, at denne kritik beror på den — autentiske — engelske sprogudgave af dommen (»destined to become public knowledge«, mens det i den franske sprogudgave hedder, at en salgsfremmende rabat »semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de publicité«, hvilket snarere synes at ligge det engelske udtryk »public knowledge« temmelig fjern (min fremhævelse).

194 — Den appellerede doms præmis 403, 405, 406 og 436.

195 — Den appellerede doms præmis 420.

vidt salgsfremmende rabatter også spiller en rolle for de mest solgte albummer¹⁹⁶.

dens beslutninger på området for fusionskontrol for så vidt angår *åbenbare skønsfejl*¹⁹⁹.

b) Stillingtagen

236. Som allerede nævnt andetsteds¹⁹⁷, råder Kommissionen på området for kontrol med fusioner over en ikke ubetydelig skønsmargin ved vurderingen af komplekse økonomiske sammenhænge. Efter fast retspraksis skal den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver, begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller er begået magtfordrejning¹⁹⁸.

238. Domstolen har for nylig i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval herom bemærket følgende:

»Selv om Domstolen har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Fællesskabets retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner«²⁰⁰.

237. Med kritikken af de passager af den appellerede dom, der er nævnt i punkt 235, rejser appellerterne endelig spørgsmål om, hvilke grænser Kommissionens skønsmargin sætter for retsinstansernes efterprøvelse af

239. På baggrund af dette kriterium ville det være forkert at antage, at Kommissionens

196 — Den appellerede doms præmis 456.

197 — Jf. navnlig bemærkningerne i den appellerede doms præmis 126 og 173 til første og sjette anbringende.

198 — Jf. dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolescence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101, dommen i sagen EDP mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 176, præmis 151, og af 4.7.2006, sag T-177/04, easyJet mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 44.

199 — Jeg skal her indskyde, at visse af de konstateringer, som appellerterne har kritiseret, nemlig den appellerede doms præmis 299, 307 og 317, systematisk hører til under den formelle prøvelse af begrundelsesmangler i den første godkendelsesbeslutning. Betragtningerne vedrørende sjette appellanbringendes tredje led (jf. navnlig ovenfor i punkt 114-131) gælder ligeledes disse. Da appellerterne imidlertid synes at antage, at den appellerede doms præmis 299, 307 og 317 endvidere indeholder elementer af en materiel prøvelse vedrørende åbenbare skønsfejl i den første godkendelsesbeslutning, gennemgår jeg dem i det følgende tillige ud fra denne betragtning.

200 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39; jf. nu også dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 56 og 57, og i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt i fodnote 96, præmis 63.

skønsmargin på forhånd afskærer Fællesskabets retsinstanser fra at foretage deres egen vurdering af faktiske omstændigheder og beviser. Fællesskabets retsinstansers egen vurdering er derimod uomgængeligt nødvendig, når det skal efterprøves, om de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for en kommissionsbeslutning, er nøjagtige, troværdige, kohærente og fuldstændige, og om disse faktiske omstændigheder taler til støtte for Kommissionens konklusioner. I modsat fald ville Fællesskabets retsinstanser overhovedet ikke have mulighed for at foretage en realistisk vurdering af, om Kommissionen har respekteret grænserne for sin skønsmargin, eller om den har begået en åbenbar skønsmarginfejl²⁰¹.

240. Retten overskrider først grænserne for den retlige kontrol med en beslutning, som Kommissionen har truffet som led i sin kontrol med fusioner, såfremt de faktiske omstændigheder og beviserne giver mulighed for forskellige vurderinger, og Kommissionen har valgt den ene, mens Retten desuagtet sætter sin egen, forskellige vurdering i stedet for Kommissionens.

241. Såfremt man betragter de eksempler, som appellanterne har henvist til i den appellerede dom, ud fra dette aspekt, fremgår det, at Retten ganske vist i de enkelte tilfælde selv har foretaget en vurdering af de faktiske omstændigheder og af bevisstillingen, men at den desuagtet klart har holdt sig inden for de grænser, der findes for retlig kontrol med beslutninger, som Kommissionen har truffet som led i sin kontrol med fusioner.

242. For det første kan det ikke ud fra en retlig betragtning kritiseres, at Retten har efterprøvet om, og i givet fald i hvilket omfang, de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har fremlagt, påviser eller modbeviser, at der er tale om gennemsigthed på markedet. De konstateringer, som appellanterne har kritiseret i den appellerede doms præmis 299, 307, 317, 347, 354 og 361, var således berettigede, f.eks. bemærkningen om, »at tre faktorer, hvortil der henvises i beslutningen [...], kan skabe en høj grad af prisgennemsigthed« (præmis 347).

243. For det andet står det ligeledes Retten frit for selv at danne sig et indtryk af, om og i hvilket omfang de faktiske oplysninger, som Kommissionen havde konstateret vedrørende rabatter, navnlig salgsfremmende rabatter, var tilstrækkelige til at udelukke, at der var tale om en sådan gennemsigthed på markedet, at en kollektiv dominerende stilling på markedet var udelukket. Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 og 457, f.eks. at salgsfremmende rabatter kun repræsenterer en meget beskedent del af bruttosalgsprisen for albummer (præmis 457), hvilket kritiseres af appellanterne, var således ligeledes retmæssige.

244. Retten har i de omtvistede præmisser af den appellerede dom således navnlig anvendt de kriterier, som Domstolen selv har udviklet²⁰², og særligt efterprøvet, om de faktiske omstændigheder, der blev lagt til

201 — Jf. som allerede nævnt — i anden forbindelse — ovenfor i punkt 179.

202 — Jf. på ny dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 96, præmis 39, og senest bekræftet i dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 97, præmis 57.

grund for den første godkendelsesbeslutning, taler til støtte for Kommissionens konklusioner om, at markedet ikke var så tilstrækkeligt gennemsigtigt, at det gav mulighed for en kollektiv dominerende stilling.

245. Retten satte ikke sin egen vurdering af markedets gennemsigttighed i stedet for Kommissionens, der er ligeså rimelig, og den søgte heller ikke selv at træffe afgørelse om, hvorvidt den omtvistede fusion var forenelig eller uforenelig med fællesmarkedet²⁰³. Retten konkluderede blot, at Kommissionens konstateringer i den foreliggende sag ikke underbyggedes af de faktiske omstændigheder i dens første godkendelsesbeslutning²⁰⁴. Rettens sidstnævnte betragtning udgør del af den førstestansens vurdering af sagens faktiske omstændigheder og beviser og kan som sådan ikke på ny efterprøves under en appelsag — med undtagelse af det endnu åbentstående spørgsmål om, hvorvidt de faktiske omstændigheder og beviser blev urigtigt gengivet.

246. I betragtning af samtlige disse omstændigheder finder jeg ikke, at Retten ved sin materielle prøvelse af den første godkendelsesbeslutning har tilsidesat Kommissionens skønsmargin.

203 — Jf. den appellerede doms præmis 479: »Det tilkommer nemlig ikke Domstolen at tage stilling til, om fusionen vil være forenelig med fællesmarkedet, men at efterprøve lovligheden af konstateringerne i beslutningen.«

204 — Den appellerede doms præmis 452.

2. Påstanden om urigtig gengivelse af beviser

247. Appellanterne har endvidere kritiseret, at Retten i den appellerede doms præmis 425, 427 og 434 gengav beviserne urigtigt. I de omtvistede passager af den appellerede dom behandler Retten Kommissionens betragtning om, at de salgsfremmende rabatter var uigennemsigtige.

248. Inden jeg påbegynder min nærmere behandling af de nævnte præmisser i den appellerede dom, tillader jeg mig at erindre om de strenge kriterier, som Domstolen ifølge fast praksis lægger til grund ved efterprøvelsen af påstande om, at beviser er gengivet urigtigt. Herefter foreligger der en *urigtig gengivelse* af beviserne, såfremt det *åbenbart* fremgår, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtige, *uden at det er nødvendigt at fremlægge nye beviser*²⁰⁵. Der er således ikke tale om at efterprøve, om Rettens bevisbedømmelse efter Domstolens opfattelse er *overbevisende*; i modsat fald ville Domstolen nemlig sætte sin egen bevisvurdering i stedet for Rettens, hvilket ikke er dens opgave under en appelsag. Så længe Rettens bevisvurdering i det mindste er *forsvarlig*, er der ikke tale om en urigtig gengivelse af beviser.

205 — Dom af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 445, præmis 37, af 18.7.2007, sag C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mod Kommissionen, Sml. I, s. 6557, præmis 60, og af 22.11.2007, sag C-260/05 P, Sniace mod Kommissionen, Sml. I, s. 10005, præmis 37.

249. Domstolen foretager udelukkende sin prøvelse på grundlag af akterne i sagen²⁰⁶.

en og samme kunde på hvert enkelt top-20 album. Dette følger af punkt 19-22 i Kommissionens skriftlige indlæg af 21. september 2005²⁰⁷ og fremgår entydigt af bilag E.2 til indlægget.

a) Ad den appellerede doms præmis 425

250. I den appellerede doms præmis 425 gennemgår Retten en række tabeller, som Kommissionen har fremlagt, og fastslår følgende:

»Således er der, for begge parters vedkommende, foretaget en beregning pr. kunde af forskellen mellem de mindste og de største rabatter [...], som i de fleste tilfælde er forkert, idet den er foretaget på grundlag af de rabatter, den anden part har indrømmet, skønt den [...] burde have været foretaget på grundlag af forskellen mellem de mindste og de største rabatter, som en og samme fusionsdeltager har indrømmet sine forskellige kunder.«

252. Med henblik på en hensigtsmæssig prøvelse af påstanden om, at gengivelsen er urigtig, skal det først fastslås, hvilke tabeller retten præcist henviser til i den appellerede doms præmis 425. Beklageligvis er den autentiske engelske sprogudgave af dommen særdeles upræcis på dette punkt. Det fremgår imidlertid umiddelbart af præmis 425 i den engelske sprogudgave, at Retten henviser til tabeller, »der skal vise de største salgsfremmende rabatter, Sony og BMG har indrømmet for deres mest solgte albummer«²⁰⁸, og hvori der foretages en beregning af forskellen mellem de mindste og de største rabatter for de enkelte kunder.

251. Appellanterne finder, at der herved er tale om en urigtig gengivelse af beviser. Kommissionen oplyste nemlig under sagens behandling i førsteinstansen, at den havde beregnet forskellen mellem de mindste og de største rabatter, på grundlag af de fakturarakatter, som en fusionsdeltager indrømmede

253. Den franske sprogudgave af den appellerede dom er i denne henseende mere præcis. Uanset at denne sprogudgave ikke er autentisk i den foreliggende sag, kan den, idet den blev anvendt under udarbejdelsen af og forhandlingerne vedrørende dommen, give yderligere indikationer af, hvad Retten i realiteten henviste til i præmis 425, nemlig »tabel-

206 — Dom af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 54, dommen i sagen JBC Service mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 127, præmis 108, og dommen i sagen Wunenburg mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 67.

207 — Kommissionens skriftlige indlæg af 21.9.2005 som svar på skriftlige spørgsmål fra Retten.

208 — »As regards the tables, which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums, [...]« (min fremhævelse).

lerne i bilag E.4.2»²⁰⁹. Der findes således også i sagens akter på forsiden til bilag E.4.2 en titel, der klart har lighed med de indledende ord i den appellerede doms præmis 425²¹⁰, og tabellen i bilag E.4.2 opregner den forskel, som er nævnt i præmis 425 mellem de mindste og de største rabatter pr. kunde.

254. Jeg lægger derfor til grund, at den appellerede doms præmis 425 henviser til tabellerne i bilag E.4.2. Det er imidlertid ikke muligt af dette bilag at udlede, hvilken *åbenbar urigtig gengivelse* Retten taler om i præmis 425. De tabeller, der er gengivet i dette bilag, indeholder — med undtagelse af titlen på bilagets forside — ingen oplysninger. Et hurtigt blik på tabel 1 og 2 i bilag E.4.2 viser imidlertid, at Rettens kritik er berettiget: Ved beregningen af forskellen mellem de mindste og de største rabatter pr. kunde er tallene for Bertelsmann og Sony undertiden blevet blandet sammen; klart udtrykt er der tale om en sammenligning mellem Rundetårn og et tordenskrald²¹¹.

209 — I den franske sprogudgave er indledningen til præmis 425 i den appellerede dom formuleret således: »S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, [...]« (min fremhævelse).

210 — Titlen på forsiden af bilag E.4.2 er: »Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums«.

211 — F.eks. sammenlignes i tredje spalte i bilag E.4.2's tabel 1 den mindste rabat, som Sony (SMEI) indrømmede, med den højeste rabat, som Bertelsmann (BMG) indrømmede; samme fremgangsmåde benyttes ligeledes i tredje spalte i bilag E.4.2's tabel 2.

255. Det følger heller ikke af Kommissionens bemærkninger i punkt 19-22 i dets skriftlige indlæg af 21. september 2005, at Retten skulle have fortolket tabellerne i bilag E.4.2 åbenbart urigtigt. Kommissionens bemærkninger henviser nemlig allerede efter sin ordlyd alene til bilag B.6, B.8 og E.2. I modsætning hertil indeholder den passage, som appellanterne har citeret fra Kommissionens skriftlige indlæg, ingen oplysninger vedrørende de her omtvistede tabeller i bilag E.4.2.

256. Henset hertil finder jeg, at anbringendet om, at der er tale om en urigtig gengivelse af beviser i relation til præmis 425 i den appellerede dom, er ubegrundet.

b) Ad den appellerede doms præmis 427

257. I den appellerede doms præmis 427 bemærker Retten følgende:

»Selv hvis de forskellige tabeller, fusionsdeltagernes har udarbejdet, og som Kommissionen har fremlagt, rent faktisk beviser de angivelige større eller mindre variationer, er det ikke desto mindre tvivlsomt, om variationerne er relevante [...], dels fordi de kun viser spænd og ikke vejede gennemsnit og variationer i forhold til gennemsnittene [...]«

258. Ifølge appellanterne har mange af oplysningerne i de tabeller og diagrammer, som Kommissionen under sagens behandling for førsteinstansen fremlagde for Retten i sit svarskrift af 11. februar 2005, derimod støtte i vejede gennemsnit. De henviser i denne forbindelse til bilag B.4, B.8, B.9, B.10 og B.13 samt til Kommissionens yderligere bemærkninger i dens skriftlige indlæg til førsteinstansen af 14. marts 2007.

259. Det bemærkes, at Retten i sin dom klart anlægger en sproglig sondring mellem *tabeller* og *diagrammer*²¹². I den appellerede doms præmis 427 henviser Retten udtrykkeligt til forskellige *tabeller*, som Kommissionen har fremlagt. Jeg ville derfor have forventet, at appellanterne til støtte for deres påstand om urigtig gengivelse af beviser ligeledes havde henvist til de sagsakter, der indeholder *tabeller*. Efter at have gennemgået bilag B.4, B.8, B.9, B.10 og B.13 må jeg imidlertid konstatere, at disse ganske vist indeholder en del *diagrammer*, men i ingen af bilagene findes der *tabeller*. De nævnte bilag er således lige så lidt i stand til at godtgøre den påståede urigtige gengivelse af beviser som Kommissionens eventuelle forklaringer vedrørende netop disse bilag.

260. Det forekommer langt mere sandsynligt, at Retten i den appellerede doms præmis

212 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 393, 401, 415, 416, 420-428 og 455-457, hvor der er tale om tabeller (engelsk »tables«), mens der f.eks. i dommens præmis 129 og 419 tales om diagrammer (engelsk: »charts«).

427 henviser til tabeller som f.eks. dem, der er gengivet i bilag B.6 og B.7, der vedrører fakturarabatter (»invoice discounts«), og som i øvrigt også indeholder de »spænd«, som Retten nævner. Appellanterne har intet bemærket med hensyn hertil.

261. Henset hertil finder jeg, at påstanden om urigtig gengivelse af beviser for så vidt angår den appellerede doms præmis 427 er ubegrundet.

c) Ad den appellerede doms præmis 434

262. I den appellerede doms præmis 431-434 behandler Retten spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt ved en »omvendt beregning« (»reverse engineering«) at fastslå netto-salgspriserne over for detailhandlerne ud fra detailsalgspriserne. Baggrunden for dette er Impalas argument under sagens behandling i førsteinstansen om, at »detailhandlernes avancer generelt er gennemsigtige og kendes med en høj grad af præcision«²¹³.

263. Den appellerede doms præmis 434 nævner bl.a., at:

213 — Denne sammenhæng fremgår af den appellerede doms præmis 431 og 433.

»[...] oplysningerne i den af fusionsdelta-gernes økonomer udarbejdede undersøgelse ikke er pålidelige, relevante og sammenlignelige [...] Skønt det ganske vist er sandsynligt, at de forskellige former for detailhandlere (supermarkeder, uafhængige butikker, specialiserede butikskæder osv.) har en forskellig avancepolitik, og at der er forskelle inden for den enkelte kategori af erhvervsdrivende og endog forskelle på den enkelte erhvervsdrivendes plan, som afhænger af, hvilken type album der er tale om, eller hvor stor succes albummerne nyder, er det derimod meget usandsynligt — og undersøgelsen indeholder ikke nogen oplysninger derom — at en detailhandler følger en forskellig salgspolitik for den samme type album [...]«

264. Appellanterne kritiserer, at Retten ser bort fra den undersøgelse, som dens økonomer har udarbejdet, og som Kommissionen har fremlagt som bilag B.17²¹⁴, navnlig bilagets andet kapitel. Det indeholder omfattende økonomiske oplysninger, som viser, at Rettens antagelse om, at detailhandlende fører samme avancepolitik, er forkert.

265. Jeg finder ikke dette argument overbevisende. Det fremgår allerede af en gennemlæsning af den omtvistede præmis 434 i Rettens dom, at Retten på ingen måde har undladt at tage hensyn til den nævnte undersøgelse, men at den derimod har foretaget en vurdering af den.

266. For så vidt angår undersøgelsens indhold er det ganske vist korrekt, at der i dens andet kapitel foretages en gennemgang af de detailhandlendes *avancepolitik*, navnlig af spørgsmålet om, hvorvidt de detailhandlende anvender standardavancer (»standard mark-ups«). Retten fandt imidlertid, at der i undersøgelsen savnedes oplysninger om, hvorvidt »en detailhandler følger en forskellig salgspolitik for den samme type album«²¹⁵. Efter en gennemgang af undersøgelsen i bilag B.17 kommer jeg i denne henseende til samme resultat som Retten.

267. Henset hertil finder jeg, at anbringendet om, at der er tale om en urigtig gengivelse af beviser i den appellerede doms præmis 434, er ubegrundet.

3. Foreløbig konklusion

268. Fjerde appelanbringende er herefter i det hele ubegrundet. Det samme er tilfældet for så vidt angår appelskriftets punkt 101 og 102, der indholdsmæssigt er sammenfaldende med fjerde appelanbringende.

214 — Der er herved tale om bilag B.17 til Kommissionens svarskrift under sagen for Retten.

215 — Den appellerede doms præmis 434 (min fremhævelse).

C — *Anvendelse af fortrolige oplysninger i den appellerede dom (syvende appellanbringende)*

269. Med syvende appellanbringende har appellanterne kritiseret Retten for med urette at have støttet dommen på beviser, som ikke er blevet meddelt dem, som de aldrig har haft lejlighed til at tage stilling til, og som Kommissionen heller ikke fremlagde, da den traf den første godkendelsesbeslutning. Da sådanne beviser ikke kan indgå i Kommissionens beslutningsgrundlag, kan annullationen af den første godkendelsesbeslutning heller ikke støttes herpå.

270. Hovedkritikpunktet i dette appellanbringende er Rettens bemærkninger om prisgennemsigtighed og navnlig de største koncerners — omstridte — mulighed for overvågning af detailmarkedet gennem ugentlige rapporter fra deres salgsrepræsentanter²¹⁶. I denne forbindelse fremhævede Retten Kommissionens konstatering af, at Sony og Bertelsmann har indført *et system med ugentlige rapporter* med oplysninger om konkurrenterne²¹⁷. Retten henviser imidlertid i sin dom endvidere ligeledes til visse dokumenter, som Impala har fremlagt, og som er angivet som værende fortrolige²¹⁸.

216 — Den appellerede doms præmis 352-361 og 451.

217 — Jf. den appellerede doms præmis 352, hvori betragtning 113 til den første godkendelsesbeslutning citeres.

218 — Den appellerede doms præmis 356-360, 389 og 451.

271. Da appellanterne bl.a. har kritiseret, at de ikke har kunnet tage stilling til sidstnævnte dokumenter *for Retten*, skal det for det første drøftes, om der eventuelt foreligger en krænkelse af princippet om kontradiktorsk procedure *for Retten*.

272. Det er hævet over al tvivl, at en retsafgørelse ikke kan baseres på faktiske omstændigheder og dokumenter, som *parterne* eller en af disse ikke har kunnet skaffe sig kendskab til, og som de således ikke har kunnet tage stilling til²¹⁹. I den foreliggende sag var appellanterne imidlertid slet ikke *parter* under sagen for førsteinstansen, men var alene indtrådt i sagen som *intervenienter* til støtte for Kommissionens påstande. De havde således en svagere stilling under sagen end sagsøgeren og sagsøgte.

273. Artikel 116, stk. 2, andet punktum, i procesreglementet for Retten i Første Instans bestemmer udtrykkeligt, at retsformanden efter anmodning fra en part kan undlade at tilstille intervenienten hemmelige eller fortrolige dokumenter, hvilket ikke sjældent forekommer netop i konkurrencesager²²⁰. I sager om de fællesskabsretlige konkurrenceregler er bevisførelsen nemlig navnlig

219 — Dom af 22.3.1961, forenede sager 42/59 og 49/59, Srupat mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247, org.ref.: Rec. s. 99, på s. 159, af 10.1.2002, saga C-480/99 P, Plant m.fl. mod Kommissionen og South Wales Small Mines, Sml. I, s. 265, præmis 24, og af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 11177, præmis 19. Jf. ligeledes Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 29.5.1986, Feldbrugge mod Nederlandene, serie A, nr. 99, s. 16, præmis 44, og af 31.10.2006, Aksoy (Eroğlu) mod Tyrkiet, nr. 59741/00, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis.

220 — Jf. bl.a. kendelse af 15.6.2006, sag T-271/03, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. II, s. 1747.

karakteriseret ved den omstændighed, at de undersøgte dokumenter ofte indeholder forretningshemmeligheder eller andre oplysninger, som ikke kan udleveres, eller som kun kan udleveres i meget begrænset omfang²²¹. Det følger således allerede af opbygningen af procesreglementet, at Retten i givet fald kan støtte sin dom på bevismidler, som interve-nienterne ikke har haft adgang til (jf. ligeledes artikel 67, stk. 3, første punktum, i procesreglementet for Retten i Første Instans og artikel 287 EF).

274. Fortrolig behandling af dokumenter, som Impala har fremlagt, er således ligeledes mindre — end det måtte synes ved en første betragtning — et problem om en kontra-diktorisk procedure for Retten, end det er et spørgsmål om respekt for fusionsdeltagernes ret til kontradiktion *under den administrative procedure*.

275. Appellanterne har med rette gjort gældende, at Retten ikke kunne begrunde annullationen af den første godkendelsesbe-slutning med henvisning til de omtvistede dokumenter, som Impala havde fremlagt, idet Kommissionen som følge af dokumen-ternes fortrolige karakter ikke kunne benytte dem. Såfremt Retten nemlig finder, at visse dokumenter er så fortrolige, at den i det hele forholder deres indhold for fusionsdelta-gerne²²², kan det heller ikke med rimelighed

forventes af Kommissionen, at den ville påberåbe sig disse under den administrative procedure som begrundelse for en eventuel forbudsbeslutning eller for at afkræfte visse af fusionsdeltagernes argumenter.

276. Henset hertil foreligger der en retlig fejl, idet Retten begrundede sin annullation af den første godkendelsesbeslutning på fortrolige dokumenter, som Impala havde fremlagt.

277. Denne retlige fejl kan imidlertid ikke føre til, at den appellerede dom ophæves. Der findes nemlig andre begrundelser for Rettens bemærkninger, som ikke vedrører de fortrolige dokumenter, som Impala havde fremlagt. Henvisningerne til disse doku-menter udgør således i sidste instans blot en af flere faktorer, hvoraf det ifølge Retten fulgte, af »at de øger den allerede høje grad af gennemsigtighed«²²³. Selv om Retten af hensyn til retten til kontradiktion således havde renonceret på de fortrolige doku-menter, som Impala havde fremlagt, ville dette på ingen måde have fjernet grundlaget for dens konklusioner i den appellerede dom²²⁴.

278. Følgelig er syvende appelanbringende ligeledes ubegrundet.

221 — Dom af 25.1.2007, sag C-411/04 P, Salzgitter Mannesmann mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 43.

222 — Uanset at jeg efter at have gennemset førsteinstanssagens akter nærer tvivl om, hvorvidt et sådant skridt var beret-tiget i den foreliggende sag, tilkommer det ikke Domstolen under en verserende appelsag at rejse spørgsmål om Rettens vurdering af de pågældende dokumenters fortrolighed.

223 — Den appellerede doms præmis 348-362, særligt præmis 362.

224 — I samme retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 121, præmis 72, dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 117, præmis 30, og dom af 29.6.1995, sag T-30/91, Solvay mod Kommis-sionen, Sml. II, s. 1775, præmis 58.

D — *Foreløbig konklusion*

279. Appellen skal således i det hele forkastes.

VI — **Ad den påståede kontraappel**

280. Kommissionens svarskrift indeholder i slutningen et særligt afsnit med »yderligere bemærkninger«²²⁵ til, hvad Retten betegnede som den »væsentlige del af begrundelsen« for den første godkendelsesbeslutning.

281. Kommissionen gør heri gældende, at Retten i sine konstateringer med hensyn til gengældelsesforanstaltningerne²²⁶ i den appellerede doms præmis 474 og 476 med urette havde betegnet dem som en væsentlig del af begrundelsen for den første godkendelsesbeslutning. Såfremt det nemlig under den foreliggende sag skulle vise sig, at Kommissionens konstateringer vedrørende manglende gennemsigtighed på markedet i modsætning til Rettens opfattelse ikke er behæftet med fejl, har det sit forblivende med den første godkendelsesbeslutning, uanset om den måtte være behæftet med retlige fejl for så vidt angår gengældelsesforanstaltningerne.

225 — Punkt 37-39 i Kommissionens svarskrift, der bærer overskriften »6. Additional observations: On the »essential grounds« of the Decision«.

226 — Punkt 114-118 i den første godkendelsesbeslutning.

282. Impala har forstået Kommissionens bemærkninger som en *kontraappel* og har under henvisning til procesreglementets artikel 117, stk. 2, fremsat sine bemærkninger hertil i et særskilt processkrift. Med tilladelse fra præsidenten for Domstolen er der blevet indgivet yderligere indlæg vedrørende dette spørgsmål.

283. Dette betyder imidlertid på ingen måde, at Domstolen bindende har fastslået, at der i den foreliggende sag foreligger en kontraappel. Et anbringende kan i henhold til procesreglementets artikel 117, stk. 2, alene anses for en kontraappel, såfremt påstanden i svarskriftet går ud på hel eller delvis ophævelse af Rettens afgørelse vedrørende et anbringende, som ikke er omfattet af appelskriftet. Hvorvidt dette er tilfældet i denne sag skal afgøres på grundlag af ordlyden af, formålet med og sammenhængen for så vidt angår den omtvistede passage i Kommissionens svarskrift.

284. Det bemærkes i denne forbindelse, at Kommissionen ingen steder i sit processkrift selv anvender begrebet »kontraappel«. Overskriften »yderligere bemærkninger« tyder snarere på, at der er tale om supplerende betragtninger, der alene har til formål at tilvejebringe en bedre forståelse af Kommissionens egentlige anbringender som svar på den af Bertelsmann og Sony iværksatte appel. Dens »yderligere bemærkninger« har navnlig til formål at klarlægge følgerne med hensyn til opretholdelsen af den første godkendelsesbeslutning, såfremt den appellerede dom i overensstemmelse med Bertelsmann og Sonys påstand (eventuelt delvist) ophæves²²⁷.

227 — Jf. navnlig Kommissionens svarskrift, punkt 39 in fine.

285. Kommissionen har selv under sagens behandling understreget, at den på ingen måde med sine »yderligere bemærkninger« havde til hensigt at iværksætte en kontra-appel, og har i øvrigt klart afvist at ville afholde eventuelle sagsomkostninger i denne forbindelse; den har endvidere påpeget, at dens »yderligere bemærkninger« ikke havde nogen selvstændig betydning, men alene ville være relevante, såfremt den af Bertelsmann og Sony iværksatte appel (eventuelt delvist) ville blive taget til følge²²⁸.

286. Jeg finder herefter, at det må lægges til grund, at Kommissionens »yderligere bemærkninger« ikke er en kontraappell, og at det er ufornødent, og sågar *ultra petita*, at Domstolen træffer særskilt afgørelse herom.

VII — Sagens omkostninger

287. Såfremt den iværksatte appel i overensstemmelse med mit forslag til afgørelse forkastes, skal Domstolen træffe afgørelse om sagens omkostninger (procesreglementets artikel 122, stk. 1) i overensstemmelse med de nærmere regler herom i procesreglementets artikel 69, jf. artikel 118.

228 — Kommissionens skrivelse af 15.5.2007 til Domstolens justitssekretær.

288. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom; er der flere tabende parter, træffer Domstolen afgørelse om omkostningernes fordeling. Som en undtagelse herfra kan Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit, fordele sagens omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter; dette gælder ligeledes, såfremt en appel ganske vist forkastes, men hvor appellanten har fået medhold i en del af sin argumentation²²⁹.

289. Da appellanterne Bertelsmann og Sony ikke har fået medhold under den af dem iværksatte appel, men en del af deres appellanbringender dog var begrundede, bør sagens omkostninger fordeles. Jeg foreslår derfor, at Bertelsmann og Sony tilpligtes at bære deres egne omkostninger og at betale tre fjerdedele af Impalas omkostninger; i det omfang Bertelsmann og Sony skal betale Impalas omkostninger, forekommer det endvidere rimeligt, at de hæfter solidarisk²³⁰. Impala bør derimod bære en fjerdedel af sine egne omkostninger.

290. Andre procesparter, der er indtrådt i en appelsag, kan ved analog anvendelse af artikel 69, stk. 4, pålægges at bære deres egne omkostninger. Da Kommissionen og

229 — Domme af 30.9.2003, sag C-93/02 P, Biret International mod Rådet, Sml. I, s. 10497, præmis 72, og sag C-94/02 P, Biret og Cie mod Rådet, Sml. I, s. 10565, præmis 75.

230 — Dom af 31.5.2001, forenede sager C-122/99 P og C-125/99 P, D og Sverige mod Rådet, Sml. I, s. 4319, præmis 65.

Sony BGM Music Entertainment er indtrådt i appelsagen til støtte for Bertelsmann og Sony, og følgelig ikke har fået medhold i deres påstande, forekommer det rimeligt, såfremt de pålægges at bære deres egne omkostninger²³¹.

VIII — Forslag til afgørelse

291. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»1) Appellen forkastes.

2) Bertelsmann AG og Sony Corporation of America bærer hver deres egne omkostninger samt betaler in solidum tre fjerdedele af Independent Music Publishers and Labels Associations omkostninger; Independent Music Publishers and Labels Association bærer en fjerdedel af deres egne omkostninger.

3) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Sony BMG Music Entertainment BV bærer hver deres egne omkostninger.«

231 — I denne retning bl.a. dom af 26.2.2002, sag C-23/00 P, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 56, og af 2.10.2003, forenede sager C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P og C-180/01 P, International Power m.fl. mod NALOO, Sml. I, s. 11421, præmis 187.