

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

10. juli 2008*

Indhold

Retsforskrifter	I - 5032
Faktiske omstændigheder	I - 5035
Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom	I - 5037
Parternes påstande	I - 5040
Om appellen	I - 5043
Om formaliteten	I - 5043
Om den generelle formalitetsindsigelse	I - 5043
Om formalitetsindsigelsen vedrørende den omstændighed, at appellanterne har undladt at anfægte et afgørende element i den appellerede dom	I - 5044
Om realiteten	I - 5045
Om tredje anbringendes andet led vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har anvendt strenge bevisbestemmelser på beslutninger om godkendelse af fusioner	I - 5046
— Den appellerede dom	I - 5046
— Parternes argumenter	I - 5046
— Domstolens bemærkninger	I - 5048
Om det første anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har lagt klagepunktsmeddelelsen til grund ved vurderingen af den anfægtede beslutnings indhold	I - 5051
— Den appellerede dom	I - 5051

* Processprog: engelsk.

— Parternes argumenter	I - 5053
— Domstolens bemærkninger	I - 5054
Om det andet anbringende samt tredje anbringendes første led vedrørende retlige fejl, for så vidt som Retten har krævet af Kommissionen, at den skal foretage nye vurderinger som følge af besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen, og har anvendt strenge bevisbestemmelser på besvarelse af klagepunktsmeddelelsen ...	I - 5060
— Den appellerede dom	I - 5060
— Parternes argumenter	I - 5061
— Domstolens bemærkninger	I - 5062
Om det syvende anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har lagt beviser til grund, som ikke var blevet meddelt fusionens parter	I - 5065
— Den appellerede dom	I - 5065
— Parternes argumenter	I - 5066
— Domstolens bemærkninger	I - 5066
Om det femte anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har tilsidesat de relevante retlige kriterier vedrørende skabelse eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling	I - 5067
— Den appellerede dom	I - 5067
— Parternes argumenter	I - 5070
— Domstolens bemærkninger	I - 5073
Om det fjerde anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har overskredet rækkevidden af den retslige kontrol, der tilkommer den	I - 5078
— Den appellerede dom	I - 5078
— Parternes argumenter	I - 5079
— Domstolens bemærkninger	I - 5080
	I - 5029

Om sjette anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har anvendt en fejlagtig begrundelsesstandard på beslutninger om godkendelse af fusioner	I - 5082
— Den appellerede dom	I - 5082
— Parternes argumenter	I - 5086
— Domstolens bemærkninger	I - 5089
Om den påståede kontraappel	I - 5094
Om hjemvisningen af sagen til Retten	I - 5095

I sag C-413/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 3. oktober 2006,

Bertelsmann AG, Gütersloh (Tyskland), ved solicitors P. Chappatte og J. Boyce,

Sony Corporation of America, New York (Amerikas Forenede Stater), ved barrister N. Levy samt ved avocat R. Snelders og Rechtsanwalt T. Graf,

appellanter,

de andre parter i appelsagen:

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Bruxelles (Belgien), ved solicitors s. Crosby og J. Golding samt ved advocate I. Wekstein,

sagsøger i første instans,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Whelan og K. Mojzesowicz, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

Sony BMG Music Entertainment BV, Vianen (Nederlandene), ved barrister N. Levy samt ved avocat R. Snelders og Rechtsanwalt T. Graf,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis og U. Löhmus samt dommerne E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits og A. Ó Caoimh (refererende dommer),

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. november 2007,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. december 2007,

afsagt følgende

Dom

- I appelskriftet har Bertelsmann AG (herefter »Bertelsmann«) og Sony Corporation of America (herefter »Sony«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 13. juli 2006, Impala mod Kommissionen (sag T-464/04, Sml. II, s. 2289, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning 2005/188/EF af 19. juli 2004 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.3333 — SONY/BMG) (EUT 2005 L 62, s. 30, herefter »den anfægtede beslutning«).

Retsforskrifter

- Artikel 2, stk. 2 og 3, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, og berigtigelse EFT 1990 L 257, s. 13), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1, og berigtigelse EFT 1998 L 40, s. 17, herefter »forordningen«), har følgende ordlyd:

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

3 Forordningens artikel 6, stk. 1, bestemmer:

»Kommissionen behandler anmeldelsen straks ved modtagelsen.

[...]

c) Hvis Kommissionen derimod konstaterer, at den anmeldte fusion er omfattet af denne forordning og rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den at indlede proceduren [...]«

4 I forordningens artikel 8 bemyndiges Kommissionen i henholdsvis stk. 2 og stk. 3 til inden for rammerne af den formelle procedure til undersøgelse af, om en fusion er forenelig med fællesmarkedet, indledt i medfør af forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), (herefter »den formelle procedure«), at træffe enten en beslutning om, at fusionen er forenelig med fællesmarkedet — eventuelt efter at de berørte virksomheder har foretaget ændringer af deres anmeldte udkast til fusion — eller en beslutning om,

at fusionen er uforenelig med fællesmarkedet. I henhold til forordningens artikel 8, stk. 5, litra a), kan Kommissionen tilbagekalde den beslutning, den har truffet i henhold til artikel 8, stk. 2, hvis erklæringen om forenelighed bygger på urigtige oplysninger, som kan tilskrives en af de berørte virksomheder, eller der til grund for erklæringen foreligger en svigagtig adfærd.

- 5 Det følger af forordningens artikel 10, stk. 1, at bortset fra i visse tilfælde, der ikke er relevante i nærværende sag, skal Kommissionen træffe beslutning om indledning af den formelle procedure inden for en frist på en måned. I henhold til artikel 10, stk. 3, skal en beslutning om at erklære en anmeldt fusion uforenelig med fællesmarkedet træffes senest fire måneder efter datoen for den formelle procedures indledning. Ifølge forordningens artikel 10, stk. 6, anses den anmeldte fusion for at være forenelig med fællesmarkedet, hvis Kommissionen ikke inden for de frister, der er fastsat i henholdsvis artikel 10, stk. 1 og 3, har truffet beslutning enten om at indlede den formelle procedure eller om fusionens forenelighed med fællesmarkedet.
- 6 Forordningens artikel 11 vedrører de begæringer om oplysninger, som Kommissionen til udførelse af de opgaver, som er henlagt til den ved forordningen, kan fremsende bl.a. til de anmeldende parter og andre virksomheder og sammenslutninger af virksomheder. I henhold til forordningens artikel 14 og 15 kan der pålægges bøder eller tvangsbøder, hvis der meddeles fejlagtige eller svigagtige oplysninger.
- 7 Forordningens artikel 18, stk. 3, har følgende ordlyd:

»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. Aktindsigt har i det mindste de direkte berørte parter, dog under hensyntagen til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder.«

- 8 Forordningens artikel 19 vedrører forbindelsen mellem Kommissionen og medlemsstaternes myndigheder. I henhold til bestemmelsens stk. 3 skal et rådgivende udvalg for kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser høres, inden der træffes beslutning i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2 til 5. I henhold til bestemmelsens stk. 6 afgiver Det Rådgivende Udvalg udtalelse om Kommissionens udkast til beslutning, om fornødent ved afstemning.
- 9 Det følger af artikel 3, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen«), at den krævede anmeldelse af en fusion skal indeholde alle de oplysninger og dokumenter, der kræves i CO-formularen, som findes i et bilag til forordningen.
- 10 Gennemførelsesforordningens artikel 13, stk. 2, bestemmer bl.a., at Kommissionen skriftligt fremsender sine indsigelser til de anmeldende parter med angivelse af den frist, inden for hvilken de anmeldende parter kan fremsætte deres bemærkninger skriftligt til den.

Faktiske omstændigheder

- 11 Retten har redegjort for sagens faktiske omstændigheder på følgende måde i den appellerede doms præmis 1-11:
- »1. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) er en international sammenslutning undergivet belgisk ret, der repræsenterer 2 500 uafhængige musikproduktionselskaber.

2. Den 9. januar 2004 modtog Kommissionen i henhold til [forordningens] artikel 4 [...], anmeldelse af en påtænkt fusion, hvorved Bertelsmann [...] og Sony [...] agtede at samle deres globale musikindspilningsaktiviteter.
3. Bertelsmann er et internationalt medieselskab, [som] driver virksomhed inden for musikindspilning gennem datterselskabet Bertelsmann Music Group (BMG) [...].
4. [...] Inden for indspillet musik driver Sony virksomhed gennem Sony Music Entertainment. [...]
5. Fusionsdeltagerne planlagde ifølge en »Business Contribution Agreement« (aftale om samling af aktiviteter), der blev indgået den 11. december 2003, at samle deres globale aktiviteter inden for musikindspilning (bortset fra Sonys aktiviteter i Japan) i tre eller flere nystiftede selskaber. De fælles virksomheder skulle drives samlet under navnet Sony BMG.
6. Ifølge aftalen skulle Sony BMG drive virksomhed inden for opdagelse og udvikling af kunstnere (kunstnerisk ledelse, såkaldt A & R (Artist and Repertoire)) og inden for den markedsføring og det salg af plader, der fulgte heraf. Sony BMG skulle ikke beskæftige sig med beslægtede aktiviteter såsom udgivelse, produktion og distribution af musik.
7. Den 7. januar 2004 fremsendte Kommissionen et spørgeskema til en række erhvervsdrivende på markedet. [Impala] besvarede spørgeskemaet og indgav den 28. januar 2004 en separat udtalelse [...], hvori sammenslutningen redegjorde for, hvorfor Kommissionen efter dens opfattelse burde erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet. I udtalelsen udtrykte [Impala] frygt for den øgede

koncentration på markedet og for den virkning, denne ville have for adgangen dertil, samt for detailsektoren, internettet og forbrugernes valgmuligheder.

8. Ved beslutning af 12. februar 2004 fastslog Kommissionen, at der var alvorlig tvivl om, hvorvidt den anmeldte fusion ville være forenelig med fællesmarkedet og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og indledte [den formelle procedure].

9. 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.

10. Fusionsdeltagerne besvarede klagepunktsmeddelelsen, og den 14. og 15. juni 2004 blev der for høringskonsulenten afholdt en høring, hvori bl.a. [Impala] deltog.

11. Ved [den anfægtede beslutning] erklærede Kommissionen fusionen for forenelig med fællesmarkedet i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2 [...].«

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

- 12 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. december 2004 anlagde Impala sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Til støtte for påstanden anførte Impala fem anbringender opdelt i flere led.

- 13 Vedrørende det første anbringende om styrkelse af en eksisterende kollektiv dominerende stilling, foretog Retten, som indledningsvis fremsatte nogle bemærkninger vedrørende begrebet »kollektiv dominerende stilling«, en vurdering af argumentet om, at det ikke i fornødent omfang forklares i den anfægtede beslutning, hvorfor rabatterne, herunder navnlig de salgsfremmende rabatter, er til hinder for den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan dannes en sådan kollektiv dominerende stilling.
- 14 Efter at være kommet frem til den konklusion, der følger af den appellerede doms præmis 325, hvorefter den anfægtede beslutning skal annulleres på grund af manglende begrundelse, behandler Retten dog for fuldstændighedens skyld i dommens præmis 327-458 også Impalas argumenter om, at de af Kommissionen fremførte forhold til godtgørelse af den utilstrækkelige gennemsigtighed af det berørte marked for indspillet musik er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.
- 15 Retten bemærkede i denne forbindelse bl.a. i den appellerede doms præmis 373, at det både fremgår af den anfægtede beslutning og Kommissionens argumentation for Retten, at den eneste uigennemsigtighedsfaktor på markedet, der er blevet gjort gældende, er den, der består i, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige. Retten fastslog i den appellerede doms præmis 377 og 378, dels at bevismaterialet, således som der henvises til det i beslutningen, ikke kan underbygge de konklusioner, som Kommissionen har draget af det, dels at disse konklusioner meget klart afviger fra konstateringerne i klagepunktsmeddelelsen.
- 16 Retten redegjorde i den appellerede doms præmis 475 og 476 for sin konklusion på det første anbringende på følgende måde:
- »475 [...] konstateringen af, at markederne for indspillet musik ikke er tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, ikke er begrundet i fornødent omfang og er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, eftersom de oplysninger, hvorpå den bygger, er ufuldstændige og ikke

omfatter alle de relevante data, Kommissionen burde have taget i betragtning, og ikke kan underbygge de konklusioner, som er blevet draget af dem. Da konstateringen [...] udgør en væsentlig del af begrundelsen for Kommissionens fastslåelse [...] af, at der ikke består en kollektiv dominerende stilling, må [den anfægtede beslutning] annulleres alene af denne grund.

476 Da undersøgelsen vedrørende gengældelsesforanstaltninger ligeledes er behæftet med en retlig fejl eller i hvert fald med et åbenbart urigtigt skøn og udgør den anden væsentlige del af begrundelsen for Kommissionens fastslåelse i [den anfægtede beslutning] af, at der ikke består en kollektiv dominerende stilling, giver denne fejl ligeledes anledning til at annullere [den anfægtede beslutning].«

17 Ved det andet anbringende for Retten, har Impala gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 253 EF og anlagt et åbenbart urigtigt skøn og begået en retlig fejl ved at fastslå, at den påtænkte fusion ikke vil skabe en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik.

18 I den appellerede doms præmis 527 har Retten gentaget den vurdering af risikoen for skabelsen af en kollektiv dominerende stilling, som findes i den anfægtede beslutning, før den i dommens præmis 528 er fremkommet med følgende bemærkninger:

»Kommissionens forpligtelse til at foretage en analyse af den forventede situation [...] opfyldes ikke ved disse få meget overfladiske, for ikke at sige rent formelle, betragtninger, navnlig når fusionen rejser alvorlige spørgsmål som i det foreliggende tilfælde. Uanset Rettens bedømmelse af det første anbringende følger det nemlig både af den omstændighed, at Kommissionen måtte foretage en omfattende udredning i [den anfægtede beslutning], inden den kunne fastslå, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen, og af det forhold, at den i klagepunktsmeddelelsen, efter fem måneders undersøgelse, havde fastslået, at der bestod en sådan stilling inden fusionen, at spørgsmålet om, hvorvidt fusionen af to af de fem store [pladeselskaber, herefter »de store selskaber«] kan føre til dannelsen af en kollektiv

dominerende stilling, så meget desto mere kræver en indgående undersøgelse. Da der ikke er blevet foretaget en sådan undersøgelse, er der alene derfor grundlag for det andet anbringende.«

- 19 Retten har i den appellerede doms præmis 539 endvidere fastslået, at Kommissionen ikke uden at begå en fejl kunne udlede af manglen på beviser for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, at der ikke var fare for, at fusionen førte til, at der blev skabt en kollektiv dominerende stilling.
- 20 Herefter har Retten fastslået, at der er grundlag for det første og andet anbringende, og har annulleret den anfægtede beslutning uden at tage stilling til det tredje til femte anbringende.

Parternes påstande

- 21 Appellanterne har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Impalas påstand om annullation af den anfægtede beslutning afvises, eller subsidiært hjemvises sagen til Retten.

— Impala tilpligtes at betale appelsagens omkostninger.

Med de syv anbringender i appelskriftet, hvoraf visse er opdelt i flere led, har appelleranterne gjort gældende, at der er begået retlige fejl i den appellerede dom, for så vidt som Retten

- har lagt klagepunktsmeddelelsen til grund ved vurderingen af den anfægtede beslutnings indhold

- har krævet af Kommissionen, at den skal foretage nye vurderinger som følge af besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen

- har anvendt strenge og fejlagtige bevisbestemmelser på beslutninger om godkendelse af fusioner

- har overskredet rækkevidden af den retslige kontrol, der tilkommer den

- har tilsidesat de relevante retlige kriterier som skal anvendes i forbindelse med skabelse eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling

- har anvendt en fejlagtig begrundelsesstandard på beslutninger om godkendelse af fusioner

- har lagt bevisforhold til grund, som ikke var blevet meddelt fusionens parter.

- 23 Sony BMG Music Entertainment BV har i det hele tilsluttet sig appellen samt de af appellanterne nedlagte påstande.
- 24 Kommissionens påstande sammenfatter i det væsentlige appellanternes påstande. Kommissionen støtter første, andet og fjerde anbringende samt første led af tredje anbringende.
- 25 Impala har nedlagt påstand om, at appellen forkastes og appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger. Indledningsvis har Impala gjort gældende, at appellen skal afvises helt eller delvist. Impala er i øvrigt af den opfattelse, at appellen under alle omstændigheder ikke kan medføre en ophævelse af den appellerede dom, idet appellanterne har undladt at anfægte den appellerede doms præmis 528, som i sig selv er tilstrækkelig til at godtgøre annullationen af den anfægtede beslutning.
- 26 Såvel appellanterne som Kommissionen har nedlagt påstand om, at både formalitetsindsigelsen og argumentationen vedrørende den appellerede doms præmis 528, som gengivet ovenfor, forkastes.
- 27 Kommissionen har i slutningen af sit svarskrift anført visse »supplerende bemærkninger vedrørende [den anfægtede beslutnings] »væsentligste begrundelse««. Impala har anfægtet disse bemærkninger med henvisning til artikel 117, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Appellanterne har tilsluttet sig bemærkningerne.

Om appellen

Om formaliteten

Om den generelle formalitetsindsigelse

28 Impala har indledningsvis anført, at appellen skal afvises, idet den udgør et forsøg på en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder vedrørende den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse og det åbenbart urigtige skøn, som denne er behæftet med, som Retten har taget stilling til. Appelskriftet søger således i vid udtrækning at få foretaget en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder, hvilket ikke falder ind under Domstolens kompetenceområde. Impala har i øvrigt anført i denne forbindelse, at spørgsmålet, om en beslutning er tilstrækkeligt begrundet, er et spørgsmål om faktiske omstændigheder. Sammenslutningen har endelig tilføjet, at dens individuelle svar på appellanternes anbringender skal betragtes som subsidiære.

29 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statuttens for Domstolen, at en appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er således alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til artikel 225 EF kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige subsumption af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget. Domstolen har således ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Rettens vurdering heraf udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre oplysningerne er gengivet urigtigt (jf. bl.a. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417,

præmis 23 og 24, af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 51 og 52, og af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 41).

30 Det følger endvidere af Domstolens praksis, at spørgsmålet vedrørende begrundelsespligtens rækkevidde er et retsspørgsmål, som er undergivet Domstolens kontrol i forbindelse med en appel, idet kontrollen med en beslutnings lovlighed, der udøves i denne forbindelse, nødvendigvis må tage det faktum i betragtning, som Retten har lagt til grund for at nå sin konklusion om, at begrundelsen er tilstrækkelig eller utilstrækkelig (jf. dom af 20.11.1997, sag C-188/96 P, Kommissionen mod V, Sml. I, s. 6561, præmis 24, og 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 453).

31 For så vidt angår nærværende sag ønsker appellanterne — som det bl.a. fremgår af denne doms præmis 22 og i modsætning til hvad Impala har gjort gældende — ikke generelt at rejse tvivl ved Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder som sådan. De har derimod i det væsentlige gjort retsspørgsmål gældende, som lovligt kan gøres til genstand for en appel. Impalas generelle formalitetsindsigelse skal således forkastes. For så vidt som Impala gør mere præcise formalitetsindsigelser gældende ved visse specifikke dele af appellen, vil disse blive undersøgt i forbindelse med undersøgelsen af de pågældende anbringender.

Om formalitetsindsigelsen vedrørende den omstændighed, at appellanterne har undladt at anfægte et afgørende element i den appellerede dom

32 Impala har anført, at Retten under alle omstændigheder har fastslået i den appellerede doms præmis 528, at Kommissionen ikke har foretaget nogen analyse af den forventede situation, for så vidt angår spørgsmålet, om den omhandlede fusion skabte en kollektiv dominerende stilling, og har fastslået, at Impalas andet anbringende alene af denne grund skulle tages til følge, hvilket i sig selv var tilstrækkeligt til at annullere den anfægtede beslutning. Impala er følgelig af den opfattelse, at selv om appellanterne får medhold i et eller flere af deres anbringender, skal appellen under

alle omstændigheder forkastes, idet de ikke anfægter den omstændighed, at der ikke er foretaget nogen analyse af den forventede situation.

33 Det skal i denne forbindelse blot bemærkes, at der i appelskriftet i opregningen af de dele af dommen, der særligt kritiseres, henvises til præmis 528 samt til præmis 533, 539 og 541, der ligeledes vedrører spørgsmålet om skabelse af en kollektiv dominerende stilling på markedet.

34 Henset hertil kan det ikke med følge gøres gældende, at appellen alene angår Rettens bemærkninger vedrørende spørgsmålet om styrkelse af en bestående dominerende stilling på markedet, og anbringendet skal derfor i det hele afvises.

Om realiteten

35 De syv anbringender, som appellanterne har anført, dækker forskellige aspekter. Det første til fjerde anbringende samt det syvende anbringende vedrører i det væsentlige Rettens kontrolforanstaltninger navnlig med hensyn til bevisspørgsmålene. Femte anbringende vedrører begrebet kollektiv dominerende stilling. Sjette anbringende vedrører Rettens vurdering af den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse.

36 Det er hensigtsmæssigt at indlede realitetsbehandlingen af appellen med de anbringender, der vedrører Rettens behandling af bevisementerne og først tredje anbringendes andet led.

Om tredje anbringendes andet led vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har anvendt strenge bevisbestemmelser på beslutninger om godkendelse af fusioner

— Den appellerede dom

³⁷ Det fremgår bl.a. af den appellerede doms præmis 289, 366 og 459, at Retten har undersøgt, hvorvidt de forhold, der lå til grund for den anfægtede beslutning, kunne begrunde Kommissionens vurdering i beslutningen, hvorefter de omhandlede markeder ikke var tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling.

— Parternes argumenter

³⁸ Med det tredje anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at anvende fejlagtige og strenge bevisbestemmelser på beslutninger om godkendelse af fusioner. Inden for rammerne af dette anbringendes andet led har appellanterne anført, at Retten har fejlfortolket de bevisbestemmelser, der skal finde anvendelse på sådanne beslutninger.

³⁹ Appellanterne er af den opfattelse, at for så vidt som det tilkommer Kommissionen at underbygge en beslutning, som forbyder en fusion, skal den godkende en påtænkt fusion, hvis den ikke har kunnet indsamle beviser, som svarer til den høje norm fastlagt af Fællesskabets retsinstanser til godtgørelse af et sådant forbud, særligt når Kommissionen støtter sig på synspunktet om en kollektiv dominerende stilling. Det fremgår således navnlig af forordningens artikel 10, stk. 6, at hvis Kommissionen ikke er i stand til at godtgøre en konkurrencemæssig skadevirkning på grundlag af overbevisende beviser, pålægger forordningens ordning den at godkende fusionen.

40 Appellanterne har endvidere anført i denne forbindelse, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at fastslå, at Kommissionen er underlagt højere beviskrav i tilfælde af forbud mod en fusion end ved godkendelse af en fusion, idet forbuddet udgør en alvorlig indskrænkning i de anmeldende parters erhvervsmæssige frihed, og idet fusioner skal antages at være i overensstemmelse med fællesmarkedet. Det fremgår af retspraksis, at Kommissionen skal godtgøre, at en beslutning om at forbyde en fusion er grundet ud fra et strengere kriterium end blot en afvejning af sandsynlighederne, og at Kommissionen ikke er underlagt samme forpligtelse for så vidt angår beviset for en beslutning om godkendelse af en fusion, som ved en beslutning om at forbyde en sådan fusion. I henhold til et strengere kriterium end blot en afvejning af sandsynlighederne er Kommissionen således reelt forpligtet til alene at bevise grundlaget for en beslutning om forbud mod en fusion. Appellanterne er af den opfattelse, at undladelsen af at fastslå en sådan »asymmetrisk« bevisnorm kendetegner den vurdering, som Retten har foretaget af den anfægtede beslutning og de beviser, som Kommissionen har lagt til grund.

41 Appellanterne har endvidere anført, at Retten følgelig har begået en retlig fejl ved at anmode Kommissionen om at bevise den manglende gennemsigtighed på markedet for indspillet musik, idet Retten burde have undersøgt, hvorvidt der på tidspunktet for den anfægtede beslutning var tilstrækkelige beviser til at fastslå, at en sådan gennemsigtighed forelå. Den appellerede dom er behæftet med denne fejl i sin helhed og særligt visse forhold, som er detaljeret beskrevet i appelskriftets punkt 381-387, 389, 420, 428, 429 og 433.

42 At følge appellanternes argumentation til støtte for tredje anbringendes andet led og anerkende en antagelse om en fusions godkendelse ville ifølge Impala have alvorlige indvirkninger på ordningen med fusionskontrol, såsom risikoen for misbrug af systemet. Argumentationen tilsidesætter den hårfine balance, som er skabt ved Fællesskabets bestemmelse om fusionskontrol, mellem private og offentlige interesser og Kommissionens »dobbelte symmetriske forpligtelse« til at forbyde fusioner, der er uforenelige med fællesmarkedet og godkende dem, som er forenelige hermed. De krævede bevisbestemmelser svarer i denne forbindelse til en afvejning af sandsynlighederne, og det tilkommer Kommissionen at godtgøre, hvad der er mest sandsynligt. Impala har i øvrigt anført, at Retten for det første har fastslået, at Kommissionen

har samlet en række overbevisende bevisforhold for, at der var gennemsigthed på de pågældende markeder, men at Kommissionen imidlertid til slut fandt, at denne gennemsigthed var utilstrækkelig på grundlag af de »mindre gennemsigtige« salgsfremmende rabatter. Retten har for det andet fastslået, at de beviseløser, som skulle godtgøre denne utilstrækkelige gennemsigthed, ikke bekræftede den.

- 43 Impala har i øvrigt anført, at appellanterne med den argumentation, der er nævnt i denne doms præmis 41, tilsyneladende anmoder Domstolen om at tage stilling til de vurderinger af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget.

— Domstolens bemærkninger

- 44 Indledningsvis fremgår det af Domstolens praksis, at den hævdede tilsidesættelse af bevisbestemmelserne udgør et retsspørgsmål, som kan behandles under en appel (jf. i denne retning dom af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 65, og af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, Sml. I, s. 729, præmis 40). For så vidt som Impala inden for rammerne af sin generelle formalitetsindsigelse udtrykkeligt påberåber sig, at tredje anbringende skal forkastes i sin helhed, kan denne argumentation således ikke godtages.
- 45 Som Impala har anført, er tredje anbringendes andet led centreret omkring det synspunkt, at beviskravene er forskellige, efter om det drejer sig om en beslutning om godkendelse af en fusion eller en beslutning om forbud mod en sådan fusion. Det er i denne forbindelse ikke bestridt af parterne, at Retten i den appellerede dom har anvendt samme beviskrav på den anfægtede beslutning, som udgør en beslutning om godkendelse af en fusion, som den ville have anvendt på en beslutning om forbud mod en sådan fusion.

46 Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at det ikke fremgår af ordlyden af forordningens artikel 2, stk. 2 og 3, at forordningen stiller forskellige beviskrav til beslutninger om godkendelse af en fusion på den ene side og beslutninger om forbud mod en sådan fusion på den anden side.

47 Som Domstolen allerede har fastslået, forudsætter den nødvendige fremtidsanalyse på området for fusionskontrol, som består i at vurdere, på hvilken måde en fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på et givent marked, med henblik på at afgøre, om fusionen vil medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder, med henblik på at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 43).

48 I modsætning til hvad appellanterne har anført, kan der således ikke af forordningen udledes en generel formodning for en anmeldt fusions forenelighed eller uforenelighed med fællesmarkedet.

49 Denne fortolkning af forordningen svækkes ikke ved forordningens artikel 10, stk. 6, hvorefter en anmeldt fusion anses for at være forenelig med fællesmarkedet, hvis Kommissionen ikke inden for den gældende frist har truffet afgørelse om fusionens forenelighed. Bestemmelsen er således et specifikt udtryk for det bydende krav om hurtighed, som karakteriserer opbygningen af forordningen, og som indebærer, at Kommissionen har pligt til at overholde strenge tidsfrister for udstedelsen af den endelige beslutning (jf. i denne forbindelse dom af 18.12.2007, sag C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, Sml. I, s. 12129, præmis 39). Bestemmelsen udgør imidlertid en undtagelse fra forordningens generelle opbygning, som bl.a. fremgår af artikel 6, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, hvorefter Kommissionen tager udtrykkeligt stilling til de fusioner, der bliver anmeldt til den.

50 Det er i øvrigt korrekt, at det fremgår af Domstolens praksis, at Kommissionens beslutninger vedrørende fusioners forenelighed med fællesmarkedet skal være underbygget af tilstrækkeligt afgørende og samstemmende oplysninger (jf. i denne

retning dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, den såkaldte »Kali & Salz-dom«, Sml. I, s. 1375, præmis 228), og at inden for rammerne af en analyse af en fusion af »konglomerat«-typen er kvaliteten af de beviser, som Kommissionen fremlægger for at fastslå behovet for en beslutning, hvorved fusionen erklæres uforenelig med fællesmarkedet, af særlig betydning (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 44).

- 51 Det kan imidlertid ikke udledes heraf, at Kommissionen — særligt når den lægger et synspunkt om kollektiv dominerende stilling til grund — skal leve op til strengere beviskrav ved beslutninger om forbud mod fusioner end ved beslutninger om godkendelse af sådanne fusioner. Denne retspraksis afspejler således blot bevisets væsentligste funktion, som er at understøtte en hypotese, eller således som det er tilfældet ved fusionskontrol, at styrke de vurderinger, der ligger til grund for Kommissionens beslutninger (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 41 og 44). Hvorvidt det drejer sig om en hypotese om en kollektiv dominerende stilling eller ej har endvidere ikke i sig selv betydning for hvilke beviskrav, der skal stilles. Herved udgør den kompleksitet, som er forbundet med en opfattelse om, at konkurrencen begrænses, som er gjort gældende i forbindelse med en anmeldt fusion, et element, der skal tages hensyn til ved vurderingen af rimeligheden af fusionens forskellige konsekvenser, med henblik på at identificere, hvilke konsekvenser der er mest sandsynlige, men en sådan kompleksitet har ikke som sådan betydning for det krævede bevisniveau.
- 52 Det følger af ovenstående bemærkninger, at når Kommissionen skal tage stilling til en fusion i overensstemmelse med forordningen, er den i princippet forpligtet til at tage stilling enten i retning af godkendelse af fusionen eller i retning af forbud mod fusionen alt efter dens vurdering af, hvilke økonomiske konsekvenser det er mest sandsynligt, at den omhandlede fusion vil få.
- 53 Herefter bemærkes, at det er med urette, at appellanterne har anført, at idet det drejer sig om en beslutning om godkendelse af en fusion, burde Retten alene have taget stilling til, hvorvidt Kommissionen — under anvendelse af særligt strenge beviskrav — burde have forbudt den omhandlede fusion. Følgelig skal det fastslås — uden at det er nødvendigt at tage stilling til realitetsbehandlingen af de specifikke klagepunkter

vedrørende de præmisser i den appellerede dom, som er nævnt i denne doms præmis 41 — at idet det underliggende synspunkt i disse klagepunkter er ugrundet, kan de under alle omstændigheder ikke tages til følge.

54 Henset til de ovenstående bemærkninger skal tredje anbringendes andet led således forkastes.

Om det første anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har lagt klagepunktsmeddelelsen til grund ved vurderingen af den anfægtede beslutnings indhold

— Den appellerede dom

55 Retten har i en række præmisser i den appellerede dom, bl.a. præmis 379, 424 og 446, henvist til klagepunktsmeddelelsen til støtte for sin argumentation såvel i forbindelse med anbringendet vedrørende den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse og som i forbindelse med anbringendet vedrørende det åbenbart urigtige skøn, som denne beslutning er behæftet med.

56 Inden for rammerne af undersøgelsen af anbringendet vedrørende den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse, har Retten bl.a. bemærket følgende:

»282 Det skal først undersøges, hvilke virkninger den af [Impala] fremhævede omstændighed har, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen 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 fremmende for koordinering.

- 283 Det er klart, at denne fundamentale ændring af Kommissionens standpunkt kan virke overraskende, især i betragtning af dens sene indtræden. Således som det fremgår af sagens akter, og således som det er fremgået af forhandlingerne for Retten, havde Kommissionen nemlig under hele den administrative periode, på grundlag af alle de oplysninger, den under en fem måneder lang undersøgelse havde modtaget af såvel de forskellige erhvervsdrivende på markedet som fusionsdeltagerne, været af den opfattelse, at markedet var tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en stiltiende koordinering af priserne, og det var først, efter at fusionsdeltagerne, bistået af deres økonomiske konsulent, på høringen den [14.] og [15.] juni 2004 havde fremsat deres argumenter, at den, uden at foretage nye markedsundersøgelser, indtog det modsatte standpunkt og den 1. juli 2004 forelagde det rådgivende udvalg udkastet til beslutning.
- 284 Således som Kommissionen korrekt har gjort gældende, fremgår det imidlertid af retspraksis [dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, [British American Tobacco] og Reynolds [Industries] mod Kommissionen, Sml. s. 4487], at når Kommissionen giver afslag på en begæring i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), er det tilstrækkeligt, at den angiver de omstændigheder, der har fået den til at konkludere, at et konkurrencestridigt forhold ikke er bevist, uden at den er forpligtet til at redegøre for eventuelle ændringer i forhold til klagepunktsmeddelelsen, hvilken alene er af foreløbig karakter og har til opgave at fastslå genstanden for den administrative procedure over for de virksomheder, som proceduren angår, eller at behandle alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure. I [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] gjorde Domstolen opmærksom på, at klagepunktsmeddelelsen er af foreløbig karakter, og at det påhviler Kommissionen at tage hensyn til de oplysninger, der er fremkommet under den administrative procedure, og bl.a. fratage klagepunkter, der har vist sig ubegrundede.
- 285 Denne retspraksis er ganske vist blevet udviklet i forbindelse med procedurer i henhold til artikel 81 EF og 82 EF og ikke på det område, der særligt vedrører fusionskontrol, inden for hvilket de bindende tidsfrister for vedtagelsen af Kommissionens beslutninger 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. Kommissionen anførte i øvrigt i sine afsluttende bemærkninger, at undersøgelsesforanstaltninger, der iværksættes efter høringen, som hovedregel består i henvendelser til de erhvervsdrivende på markedet vedrørende foreslåede tilsagn og ikke drejer sig om de klagepunkter, der er rejst mod den anmeldte fusion. Ikke desto mindre er klagepunktsmeddelelsen kun en forberedende akt, og den endelige beslutning skal kun begrundes under hensyn til den helhed af omstændigheder og oplysninger, som er relevante for vurderingen af, hvilken indvirkning den påtænkte fusion vil have på konkurrencen på referencemarkederne. Heraf følger, at det forhold, at Kommissionen ikke forklarer ændringerne i sit standpunkt i forhold til det standpunkt, der blev angivet i klagepunktsmeddelelsen, i selve beslutningen, ikke i sig selv udgør en mangel på begrundelse eller en mangel ved begrundelsen.«

— Parternes argumenter

- ⁵⁷ Appellanterne er af den opfattelse, at Retten har begået en retlig fejl ved at anvende klagepunktsmeddelelsen som udgangspunkt for en grundlæggende undersøgelse af den anfægtede beslutning, idet retten til forsvar er blevet tilsidesat.
- ⁵⁸ Under sådanne betingelser er appellanterne af den opfattelse, at den sammenligning, som Retten har foretaget mellem den anfægtede beslutning og Kommissionens foreløbige konklusioner, som er indeholdt i klagepunktsmeddelelsen, ikke kan ligge til grund for de konklusioner, som findes i den appellerede dom, for så vidt angår den anfægtede beslutnings begrundelse og Kommissionens vurdering, som findes deri. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til den appellerede doms præmis 300, 302 og 308, for så vidt angår Rettens vurdering af den anfægtede beslutnings begrundelse. Hvad angår Rettens undersøgelse af argumenterne om de åbenbart urigtige skøn har appellanterne i appelskriftet kritiseret dommens præmis 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 og 538.

59 Kommissionen har til støtte for appellanternes anbringende anført, at Retten i en stor del af den appellerede dom i strid med den retspraksis, som Retten selv henviser til i dommens præmis 284, og hvortil den alene foretager en »rent formel henvisning«, ikke undersøger den anfægtede beslutning som sådan, for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt denne beslutning er tilstrækkeligt begrundet, og hvad angår anbringendet vedrørende en realitetsmæssig fejl, hvorvidt beslutningen er behæftet med faktuelle fejl eller åbenbart urigtige skøn, men koncentrerer sig i dommen snarere om, hvorvidt klagepunktsmeddelelsen har vist sig at være ugrundet. Kommissionen er således af den opfattelse, at idet visse faktiske omstændigheder ikke er nævnt i klagepunktsmeddelelsen, har Retten udledt, at de ikke kan have betydning for vurderingen af fusionens virkninger generelt. Idet Kommissionen har præciseret visse konklusioner i den anfægtede beslutning, som var formuleret mere bekræftende i klagepunktsmeddelelsen, har Retten i øvrigt lagt den vurdering, der findes i denne meddelelse, til grund for sin kontrol.

60 Impala har gjort gældende, at Retten blot har nævnt visse uddrag af klagepunktsmeddelelsen med henblik på at understrege væsentlige uoverensstemmelser mellem den anfægtede beslutning og denne meddelelse og det manglende grundlag for de deri formulerede konstateringer. Retten har udtrykkeligt fastslået, at klagepunktsmeddelelsen er et forberedende dokument, at de konstateringer det indeholder alene er midlertidige, og at Kommissionen ikke skal redegøre for forskelle mellem denne meddelelse og den anfægtede beslutning.

— Domstolens bemærkninger

61 Det fremgår af Domstolens praksis, at overholdelsen af kontradiktionsprincippet — som udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som bl.a. er en del af retten til forsvar — indebærer, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktaten (jf. bl.a. i denne retning dom af 23.10.1974, sag 17/74, *Transocean Marine Paint Association mod Kommissionen*, Sml. s. 1063, præmis 15, og af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mod*

Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 10, samt Kali & Salz-dommen, præmis 174, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 66).

62 For så vidt angår de fusionskontrolprocedurer, som er reguleret ved forordningen, fastslås dette princip ved forordningens artikel 18, stk. 3, andet punktum, og mere præcist ved gennemførelsesforordningens artikel 13, stk. 2. I henhold til disse bestemmelser stilles i det væsentlige krav om Kommissionens skriftlige meddelelse af dens synspunkter til de anmeldende parter med angivelse til disse af en frist, inden for hvilken de skriftligt kan gøre deres standpunkt gældende.

63 Det fremgår analogt af retspraksis vedrørende artikel 81 EF og 82 EF, at klagepunktsmeddelelsen er et led i sagsbehandlingen og en forberedende akt, som med henblik på at sikre den effektive udnyttelse af retten til forsvar fastsætter genstanden for den af Kommissionen iværksatte administrative procedure og således er til hinder for, at Kommissionen i den beslutning, som danner afslutningen på proceduren, tager andre klagepunkter i betragtning (jf. bl.a. kendelse af 18.6.1986, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 1899, præmis 13 og 14). Klagepunktsmeddelelsen er således efter sin natur midlertidig og kan ændres under den vurdering, som Kommissionen senere foretager på grundlag af de oplysninger, parterne har fremlagt, og andre faktiske oplysninger (jf. i denne retning dommen i sagen SGL Carbon Carbon mod Kommissionen, præmis 62). Kommissionen skal nemlig tage hensyn til resultatet af hele den administrative procedure, hvis det drejer sig om at fratage klagepunkter, der viser sig ikke at være tilstrækkeligt begrundede, eller hvis det drejer sig om, såvel faktisk som retligt, at tilrettelægge og supplere argumentationen til støtte for de klagepunkter, som den opretholder. Klagepunktsmeddelelsen er således på ingen måde til hinder for, at Kommissionen kan ændre sit standpunkt til fordel for de omhandlede virksomheder (jf. kendelsen i sagen British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, præmis 13).

64 Det følger heraf, at Kommissionen ikke er bundet til at opretholde en faktisk eller retlig bedømmelse udtrykt i dette dokument. Kommissionen skal derimod begrunde sin endelige beslutning i sin endelige bedømmelse med udgangspunkt i resultatet af hele undersøgelsen, således som forholdene forelå ved den formelle procedures

afslutning (jf. analogt kendelsen i sagen British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, præmis 15).

- 65 Kommissionen er i øvrigt ikke pligtig at give en redegørelse for de eventuelle forskelle i forhold til den foreløbige bedømmelse i klagepunktsmeddelelsen (jf. i denne retning kendelsen i sagen British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, præmis 15, og dommen i sagen British American Tobacco og Reynolds mod Kommissionen, præmis 70).
- 66 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 ikke, at klagepunktsmeddelelsen er af foreløbig karakter. En effektiv udnyttelse af retten til forsvar kræver, at der tages samme grad af hensyn til parternes argumentation vedrørende en planlagt fusion i fusionskontROLSager som til parternes argumentation i sager anlagt i henhold til artikel 81 EF eller 82 EF.
- 67 Det er korrekt, at Retten i den appellerede dom — særligt den appellerede doms præmis 284 og 285 — udtrykkeligt har fastslået, at klagepunktsmeddelelsen har foreløbig karakter, også i fusionskontROLSager. Retten har endvidere medgivet, 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 klagepunktsmeddelelsen.
- 68 Hvad angår appellanternes og Kommissionens argumentation, gengivet i denne doms præmis 58 og 59, skal deres kritik af en række henvisninger til klagepunktsmeddelelsen, som Retten anførte som led i sin prøvelse af lovligheden af den første godkendelsesbeslutning, undersøges.
- 69 Det fremgår i denne forbindelse af retspraksis, at selvom Rettens kontrol inden for rammerne af fusionskontrollen, et område inden for hvilket Kommissionen råder over et vist skøn, når den foretager økonomiske vurderinger, er begrænset til en undersøgelse af, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og af, om der

foreligger et åbenbart urigtigt skøn, gælder det ikke desto mindre, at den retslige prøvelse skal kunne omfatte de faktiske omstændigheders rigtighed, fuldstændighed og troværdighed (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 39, og dom af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 56 og 57). Det er navnlig således, at Fællesskabets retsinstanter kan undersøge, hvorvidt de faktiske og retlige forhold, som udøvelsen af skønsbeføjelsen afhænger af, er korrekte (jf. i denne retning dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14). Der følger heraf, at skønt klagepunktsmeddelelsen er midlertidig og på trods af den omstændighed, at Kommissionen ikke er forpligtet til at redegøre for eventuelle forskelle i forhold til klagepunktsmeddelelsen, er Retten ikke nødvendigvis forhindret i at anvende klagepunktsmeddelelsen ved fortolkningen af en kommissionsbeslutning, særligt for så vidt angår undersøgelsen af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund herfor.

70 Rettens henvisninger til klagepunktsmeddelelsen i den appellerede doms præmis 300, 302 og 308 inden for rammerne af Rettens vurdering af den anfægtede beslutnings begrundelse er — således som generaladvokaten ligeledes har anført særligt i punkt 165 og 166 i forslaget til afgørelse — alene illustrerende eller endog overflødige. Det samme gør sig gældende for visse af appellanterne citerede præmisser i dommen vedrørende Rettens vurdering af argumenterne om det åbenbart urigtige skøn, nemlig den appellerede doms præmis 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 og 538, som alene tjener som illustration for og supplement til det, som Retten under alle omstændigheder allerede havde udledt direkte af den anfægtede beslutning.

71 Det skal imidlertid fastslås, at visse af de henvisninger til klagepunktsmeddelelsen, som findes i den appellerede dom, viser, at Retten på trods af sine egne bemærkninger, for så vidt angår meddelelsens midlertidige karakter, har tillagt den en mere troværdig og afgørende karakter, for så vidt som den i den appellerede doms præmis 410 har kvalificeret »de tidligere foretagne faktuelle konstateringer« i den pågældende meddelelse frem for konstateringerne i selve den anfægtede beslutning.

72 Retten har i denne forbindelse i det væsentlige lagt en sondring til grund mellem sådanne »tidligere foretagne faktuelle konstateringer« og »vurderinger«, hvor

de sidstnævnte særligt vil kunne gøres til genstand for lovlige ændringer. Retten har særligt i den appellerede doms præmis 379 kvalificeret det synspunkt, som findes i klagepunktsmeddelelsen, hvorefter »der er tilstrækkelige beviser for, at de store selskaber kender de andre store selskabers forretningsbetingelser«, ikke som værende »Kommissionens vurdering, som kan ændres, men snarere en faktisk konstatering, der følger af dens undersøgelse«. Rettens synspunkt skal ses i lyset af andre synspunkter, som Retten er fremkommet med tidligere i den appellerede dom. Retten har således bl.a. anført i den appellerede doms præmis 335, at »[den anfægtede beslutnings] vurderinger [bør] være forenelige med de faktuelle konstateringer i klagepunktsmeddelelsen, for så vidt det ikke er blevet påvist, at disse var ukorrekte«. Retten har endvidere bemærket i den appellerede doms præmis 378, at »de konklusioner, der drages af bevismaterialet i [den anfægtede beslutning], [afviger] ligeledes meget klart fra konstateringerne i klagepunktsmeddelelsen«.

73 Retten har således ikke begrænset sig til at anvende klagepunktsmeddelelsen som et instrument til undersøgelse af rigtigheden, fuldstændigheden og troværdigheden af de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for den anfægtede beslutning. Retten har tillagt visse konklusioner i meddelelsen bevisværdi, skønt disse alene skal betragtes som midlertidige.

74 Denne forståelse af klagepunktsmeddelelsen fremgår endvidere ligeledes af andre præmisser i den appellerede dom. Retten har således i den appellerede doms præmis 409 og 410 kritiseret Kommissionen for ikke at have afkræftet »de tidligere foretagne faktuelle konstateringer« i klagepunktsmeddelelsen. Appellanterne og Kommissionen foreholdes endvidere i dommens præmis 424, at de hverken har hævdet, »endsige påvist«, at en »konklusion« i meddelelsen var forkert. I den appellerede doms præmis 446 anføres tilsvarende, at »bemærkningen om, at der ikke var noget bevis for, at rabatterne havde påvirket priserne mærkbart, er snarere en faktisk konstatering end en vurdering«. Kommissionen kritiseres i øvrigt i dommens præmis 398, 419, 447 og 451 i det væsentlige for i høj grad at have lagt »de salgsfremmende rabatter« til grund i den anfægtede beslutning, mens Kommissionen som anført af Retten i den appellerede doms præmis 447, »ikke engang [fandt det] nødvendigt at nævne [disse] rabatter« i klagepunktsmeddelelsen.

75 Som Kommissionen har anført, er det imidlertid muligt, at de anmeldende parter i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen i lyset af denne meddelelse supplerer eller afklarer deres »holdning« til det eller de pågældende markeders funktion, således at der tilføjes nye bevisforhold, eller således at de faktiske omstændigheder, som Kommissionen allerede har undersøgt, bliver erstattet i et helt nyt perspektiv. Under sådanne omstændigheder kan Kommissionens vurdering af visse midlertidige individuelle konstateringer, som den har anført i klagepunktsmeddelelsen, i en ændret sammenhæng være fuldstændig anderledes, selvom disse konstateringers manglende grundlag ikke er blevet påvist. Ved i den appellerede dom at fokusere på forskellene mellem den anfægtede beslutning, som er genstand for den anlagte sag, og »de tidligere foretagne faktuelle konstateringer« i klagepunktsmeddelelsen, synes Retten at tilsidesætte denne mulighed. Som Kommissionen har anført, forekommer Rettens synspunkt, som kan udledes af visse præmisser i den appellerede dom, at bygge på en antagelse om, at Kommissionens midlertidige konklusioner i den pågældende meddelelse er fast forankret i utvetydige bevisforhold. Det kan imidlertid — eventuelt bortset fra ukontroverser forhold, der f.eks. på grund af deres empiriske og verificerbare karakter, er åbenlyse i en sådan grad, at de ikke kan anfægtes — ikke hævdes, at synspunkter i en klagepunktsmeddelelse ikke kan ændres som følge af svarene på en sådan meddelelse. Selv hvis det antages, at Retten med rette kunne sondre mellem faktuelle konstateringer og vurderinger i klagepunktsmeddelelsen, skal det i øvrigt bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 379 og 446 har kvalificeret visse vurderinger som faktuelle konstateringer, skønt der er tale om komplekse vurderinger, som under alle omstændigheder ikke kan betragtes som faktuelle konstateringer, der ikke kan ændres.

76 Herefter skal det fastslås, at Retten har begået en retlig fejl, for så vidt som den i sin undersøgelse af argumenterne vedrørende åbenbart urigtige skøn har tillagt visse forhold i klagepunktsmeddelelsen bevisværdi uden at godtgøre grundene til, at disse forhold skulle betragtes som uanfægtelige, på trods af Kommissionens endelige standpunkt i den anfægtede beslutning.

77 Denne fejl kan imidlertid ikke i sig selv rejse tvivl ved Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 377, hvorefter »bevismaterialet, således som der henvises til det i [den anfægtede beslutning], følgelig ikke [kan] underbygge de konklusioner, der drages af det«. Følgelig kan fejlen ikke i sig selv føre til ophævelse af den appellerede dom. Der skal således tages stilling til de øvrige anbringender.

Om det andet anbringende samt tredje anbringendes første led vedrørende retlige fejl, for så vidt som Retten har krævet af Kommissionen, at den skal foretage nye vurderinger som følge af besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen, og har anvendt strenge bevisbestemmelser på besvarelse af klagepunktsmeddelelsen

— Den appellerede dom

- 78 Inden for rammerne af undersøgelsen af anbringendet om åbenbart urigtige skøn, for så vidt angår markedets gennemsigtighed, har Retten i den appellerede doms præmis 414 bl.a. bemærket, 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 være i særlig grad troværdigt, objektivt, relevant og overbevisende«.
- 79 Retten har endvidere bemærket i den appellerede doms præmis 415, 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 [den anfægtede beslutning] 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«.
- 80 Flere steder i den appellerede dom bl.a. i præmis 398, 428 og 451 har Retten endvidere bemærket, at Kommissionen efter fusionsdeltagernes svar på klagepunktsmeddelelsen undlod at foretage nye markedsundersøgelser for at efterprøve, om der var grundlag for dens ændrede vurdering af den påtænkte fusion.

— Parternes argumenter

- 81 Med det andet anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i det væsentlige at fastslå, at Kommissionen er forpligtet til at gennemføre nye markedsundersøgelser som følge af besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen. Rettens konklusion, hvorefter Kommissionen har begået skønsfejl og begrundelsesfejl, fordi den ikke har foretaget nye undersøgelser, er imidlertid uden grundlag.
- 82 Med tredje anbringendes første led, som skal behandles sammen med andet anbringende, har appellanterne gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 414 reelt har antydnet, at de beviser, som de anmeldende parter har fremlagt til besvarelse af klagepunktsmeddelelsen, er underlagt højere krav end dem, der finder anvendelse på de bevisforhold, som Kommissionen har anført i klagepunktsmeddelelsen til støtte for sine klagepunkter.
- 83 Kommissionen har til støtte for appellanternes anbringender for det første gjort gældende, at henset til de korte frister, den er underlagt i henhold til forordningen, skal den have mulighed for at støtte sig på beviselementer, som appellanterne har fremlagt som svar på klagepunktsmeddelelsen, idet denne besvarelse er en del af den formelle procedure. I lighed med appellanterne har Kommissionen anført, at forordningen foreskriver pålæggelse af bøder eller tvangsbøder, hvis der gives urigtige eller mangelfulde oplysninger, og giver Kommissionen mulighed for at ophæve en beslutning, som bygger på urigtige oplysninger, som en af virksomhederne er ansvarlig for, eller som er opnået svigagtigt.
- 84 Kommissionen er for det andet af den opfattelse, at den appellerede doms præmis 414, hvori der redegøres for Rettens synspunkt angivet i dommens præmis 415-457, og som bygger på en mængde beviselementer, viser en række retlige fejl vedrørende bl.a. bevisværdien af de forhold, som er angivet som svar på klagepunktsmeddelelsen.

85 Impala har anført, at Retten har taget hensyn til de strenge frister, som er fastsat i forordningen. Den fastslog blot den omstændighed, at Kommissionen har undladt at foretage nogen yderligere markedsundersøgelse, uden at præcisere hvorvidt sådanne markedsundersøgelser skulle have været foretaget efter høringen. Impala er af den opfattelse, at Kommissionen burde have undersøgt problematikken vedrørende gennemsigtheden og rabatterne, før den udsendte klagepunktsmeddelelsen.

86 Impala har for så vidt angår tredje anbringendes første led anført, at det fremgår af den appellerede doms præmis 414, at Retten hentydede til en teoretisk situation, hvorefter fusionsdeltagerne indsender beviselementer i sidste øjeblik, hvilket ikke giver Kommissionen nogen mulighed for at gennemføre de nødvendige undersøgelser. Det fremgår ligeledes ifølge Impala af samme præmis i den appellerede dom, at det skal antages, at Retten ikke var af den opfattelse, at Kommissionen burde have foretaget en undersøgelse af den pågældende problematik efter høringen, men at den burde have handlet i denne retning tidligere under den formelle procedure.

— Domstolens bemærkninger

87 Indledningsvis skal Impalas synspunkt, som der er redegjort for i denne doms præmis 86, og hvorefter den appellerede doms præmis 414 omhandler en hypotetisk situation, forkastes. En sådan fortolkning af præmis 414 afkræftes således af selve præmissens ordlyd, hvoraf det fremgår, at Rettens bemærkninger, som kritiseres inden for rammerne af tredje anbringendes første led, omhandler den procedure, der førte til vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

88 Herefter skal det bemærkes, at således som det fremgår af denne doms præmis 61 og 62, er retten til forsvar før vedtagelsen af enhver beslutning, som kan skade de berørte virksomheder, påkrævet i fusionskontROLSager.

89 De anmeldende virksomheder kan følgelig i princippet ikke kritiseres for først at have fremført visse — eventuelt for sagen afgørende — argumenter, faktiske

omstændigheder eller beviser som led i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen. Fusionsdeltagerne kan nemlig først af denne meddelelse mere præcist udlede, hvilke indsigelser Kommissionen har mod den påtænkte fusion, samt hvilke argumenter og beviser den nærmere støtter sig på. Som det fremgår af denne doms præmis 62, omfatter de anmeldende virksomheders ret til forsvar, som er fastslået ved forordningens artikel 18, stk. 3, andet led, samt gennemførelsesforordningens artikel 13, stk. 2, retten til under den skriftlige og mundtlige høring, efter at de har modtaget klagepunktsmeddelelsen, at fremføre samtlige de oplysninger, som de finder egnede til at afkræfte Kommissionens klagepunkter og foranledige denne til at godkende den anmeldte fusion. I modsætning til hvad Retten har bemærket særligt i den appellerede doms præmis 414, udgør en argumentation fremsendt som svar på klagepunktsmeddelelsen en del af den undersøgelse, der skal foretages inden for rammerne af den formelle procedure. En sådan argumentation fremsættes ikke for sent, men præcis på det tidspunkt, der er fastsat for den under fusionskontrolproceduren.

90 Det skal ligeledes bemærkes, at som det fremgår af denne doms præmis 49, indebærer det bydende krav om hurtighed, som karakteriserer opbygningen af forordningen, at Kommissionen har pligt til at overholde strenge tidsfrister for vedtagelsen af den endelige beslutning.

91 Herefter er Kommissionen henset til det tidspres, som følger af forordningens tidsfrister, i princippet ikke forpligtet til i hvert individuelt tilfælde efter klagepunktsmeddelelsen og efter høringen af de berørte virksomheder at sende anmodninger om omfattende oplysninger til talrige erhvervsdrivende kort før oversendelsen af sit beslutningsforslag til det rådgivende udvalg for fusionskontrol i overensstemmelse med forordningens artikel 19.

92 Som Kommissionen har anført, kan besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen i øvrigt sætte særlig fokus på visse forhold, som de anmeldende parter betragter som afgørende for udfaldet af den formelle procedure. Det kan være, at sådanne forhold ikke blev betragtet som afgørende i klagepunktsmeddelelsen. Manglende hensyntagen til disse forhold kan imidlertid være en del af de anmeldende parter kritik af Kommissionens indledende vurdering. Henset til kravet om retten til forsvar, bør der ikke stilles strengere krav til de berørte virksomheders argumentation som svar

på klagepunktsmeddelelsen, 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 den administrative procedure, eller i forhold til omstændigheder påpeget af de anmeldende virksomheder på et tidligere tidspunkt under Kommissionens undersøgelse.

- 93 Når Kommissionen i sin beslutning undersøger de anmeldende virksomheders argumentation til deres forsvar og finder anledning til at tage sine midlertidige konklusioner i klagepunktsmeddelelsen op til fornyet overvejelse for eventuelt at forkaste dem, foretager den ikke en »uddelegering« af undersøgelsen til disse virksomheder. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der i henhold til forordningens artikel 14 og 15 kan pålægges bøder eller tvangsbøder, hvis der meddeles fejlagtige eller svigagtige oplysninger, og at forordningens artikel 8, stk. 5, litra a), giver Kommissionen mulighed for at ophæve en beslutning, som bygger på urigtige oplysninger, som en af virksomhederne er ansvarlig for, eller som er opnået svigagtigt.
- 94 Kommissionen har ganske vist pligt til nøje at efterprøve fusionsdeltagernes argumentation, for så vidt angår dens rigtighed, fuldstændighed og sandsynlighed og undlade at tage hensyn til den, såfremt der hersker berettiget tvivl. Det er ligeledes korrekt, at i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 3, stk. 1, skal anmeldelsen af en påtænkt fusion indeholde korrekte og fuldstændige oplysninger, og at i henhold til forordningens artikel 11 skal de anmeldende parter besvare Kommissionens eventuelle anmodninger om oplysninger på en fuldstændig og korrekt måde inden for de gældende frister, og hvis dette ikke sker, kan Kommissionen — når anmodningen om oplysninger er sket ved beslutning — i henhold til forordningens artikel 14 og 15 pålægge bøder eller tvangsbøder. Det fremgår imidlertid ikke desto mindre heraf, at Kommissionen i anledning af besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen skal anvende samme kriterier som dem, der anvendes med henblik på vurderingen af tredjemænds argumenter eller som dem, der anvendes på et tidligere stadie i undersøgelsen, idet den samtidig kan drage de nødvendige konsekvenser i tilfælde, hvor den på et sent tidspunkt i proceduren bliver klar over, at den pågældende meddelelse ikke overholder kravene i gennemførelsesforordningens artikel 3, stk. 1, idet de anmeldende parters ret til forsvar ellers ville blive tilsidesat.
- 95 Det følger heraf, at Retten har begået en retlig fejl dels ved i det væsentlige at kræve af Kommissionen, at den stillede særligt høje krav, for så vidt angår bevisværdien af

de forhold og argumenter, som de anmeldende parter fremsatte som svar på klagepunktsmeddelelsen, dels ved at drage den konklusion heraf, at der ikke blev foretaget yderligere markedsundersøgelser efter klagepunktsmeddelelsen, og ved at sidestille Kommissionens accept af appellanternes argumentation med en retsstridig delegation af undersøgelsen til fusionsdeltagerne.

- 96 Hele den appellerede dom er imidlertid ikke behæftet med denne retlige fejl, særligt den del, der vedrører den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse og Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 377, hvorefter »bevismaterialet kan, således som der henvises til det i [den pågældende beslutning], følgelig ikke underbygge de konklusioner, der drages af det«. Der skal derfor foretages en gennemgang af de øvrige anbringender.

Om det syvende anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har lagt beviser til grund, som ikke var blevet meddelt fusionens parter

— Den appellerede dom

- 97 I den appellerede doms præmis 352 har Retten inden for rammerne af sin undersøgelse af prisgennemsigtigheden og navnlig de største koncerners mulighed for overvågning af detailmarkedet gennem ugentlige rapporter fra deres salgsrepræsentanter fremhævet Kommissionens konstatering i den anfægtede beslutning af, at appellanterne har indført et system med ugentlige rapporter, som bl.a. indeholder oplysninger om konkurrenterne. I den appellerede doms præmis 356-360 har Retten ligeledes henvist til visse dokumenter, som Impala har fremlagt, og som er angivet som værende fortrolige. Præmis 356-360 i den udgave af den appellerede dom, som er trykt i Samling af Afgørelser, er blot markeret som »[fortroligt]«. Der henvises ligeledes til de ugentlige rapporter i dommens præmis 389 og 451, hvor der i præmis 389 findes en del, som er markeret »[fortroligt]« i den udgave, der er trykt i Samling af Afgørelser.

— Parternes argumenter

- 98 Appellanterne har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 356-360 at lægge beviser til grund, som ikke var til rådighed for Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og som aldrig var blevet udleveret til dem. I denne forbindelse er det vanskeligt at forestille sig, hvorfor Retten har omtalt disse dokumenter i fem præmisser i sin dom og henvist til dem i yderligere to tilfælde i den appellerede doms præmis 389 og 451, når den ikke fandt dem relevante for så vidt angår resultatet af prøvelsen.
- 99 Impala har anført, at de omhandlede forhold er blevet nævnt under høringen den 14. og 15. juni 2004 under tilstedeværelsen af parterne og er blevet meddelt fortroligt til Kommissionen efter disse møder. Impala er af den opfattelse, at appellanterne således er blevet underrettet under disse møder om, at det drejer sig om deres egen praksis med prisovervågning i Frankrig, og at de er blevet præsenteret for en række bemærkninger om denne del af prisfastsættelsesordningen i løbet af såvel den administrative procedure som proceduren ved Retten. Impala er under alle omstændigheder af den opfattelse, at selv hvis der er grundlag for appellanternes indsigelser i forbindelse med dette anbringende, kan der ikke tages hensyn hertil, idet disse forhold ikke har haft indflydelse på resultatet af den appellerede dom.

— Domstolens bemærkninger

- 100 For det første skal Impalas argumentation, som der er redegjort for i denne doms præmis 99, og hvorefter appellanterne er blevet tilstrækkeligt informeret om indholdet af de dokumenter, der er genstand for den appellerede doms præmis 356-360, under høringen ved Kommissionen, forkastes. Det fremgår således af Impalas svarskrift for Domstolen, at »disse oplysninger er blevet nævnt under høringen [...] og er efterfølgende blevet fremsendt fortroligt til Kommissionen efter høringen«. Under disse omstændigheder kan det ikke med rette gøres gældende, at indholdet af disse dokumenter rettidigt er blevet fremsat med den præcision og sammenhæng, som er fornøden, for at appellanterne i givet fald har mulighed for at tilrettelægge deres besvarelse af de konklusioner, som Impala drog af dokumenterne for Kommissionen.

- 101 I overensstemmelse med forordningens artikel 18, stk. 3, må Kommissionen alene bygge beslutninger truffet i henhold til forordningen på punkter, med hensyn til hvilke, de berørte parter har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger. Det følger heraf, at eftersom appellanterne ikke i tide har kunnet få kendskab til indholdet af de omhandlede fortrolige dokumenter, kunne Kommissionen ikke lægge disse dokumenter til grund for den anfægtede beslutning.
- 102 Retten har således begået en retlig fejl ved at lægge dokumenter til grund for annullationen af den anfægtede beslutning, som var blevet fremsendt fortroligt af Impala, idet Kommissionen ikke selv havde måttet anvende disse ved vedtagelsen af den pågældende beslutning på grund af deres fortrolige karakter.
- 103 Uden at det er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at disse dokumenter er blevet lagt til grund, har kunnet have betydning for resultatet af Rettens undersøgelse af argumenterne vedrørende Kommissionens åbenbare urigtige skøn, skal det blot bemærkes, at den retlige fejl, der er konstateret inden for rammerne af syvende anbringende, under alle omstændigheder ikke kan rejse tvivl ved Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 352, hvorefter den anfægtede beslutning i det væsentlige skal annulleres som følge af en utilstrækkelig begrundelse. De øvrige anbringender skal således undersøges.

Om det femte anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har tilsidesat de relevante retlige kriterier vedrørende skabelse eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling

— Den appellerede dom

- 104 Retten har i den appellerede doms præmis 250-254 redegjort på følgende måde for begrebet kollektiv dominerende stilling:

- »250 [...] Bestemmelsen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, skal baseres på en række fastslåede, tidligere eller aktuelle, faktiske omstændigheder, der viser, at der som følge af den evne, nogle virksomheder har opnået til, uafhængigt af konkurrenter, kunder og forbrugerne, i mærkbar udstrækning at anlægge den samme adfærd på markedet, foreligger en betydelig hindring for konkurrencen.
- 251 Heraf følger, at det i forbindelse med vurderingen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, ganske vist er lige så påkrævet, at de tre betingelser, Retten ud fra en teoretisk gennemgang af begrebet kollektiv dominerende stilling fastslog i [dom af 6.6.2002, sag T-342/99] *Airtours* mod Kommissionen [Sml. II, s. 2585] er opfyldt, men at dette 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 kendetegnende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling.
- 252 Således kan en tæt indbyrdes tilpasning af priserne gennem et længere tidsrum — navnlig hvis den går ud over, hvad konkurrencen betinger — sammen med andre faktorer, der er typiske for en kollektiv dominerende stilling, når den ikke har nogen anden rimelig forklaring, være tilstrækkelig til at påvise, at der består en sådan stilling, selv om der ikke er klare direkte beviser for, at der hersker stor gennemsigtighed på markedet, idet det under sådanne omstændigheder kan antages, at dette er tilfældet.
- 253 Heraf følger med hensyn til det foreliggende tilfælde, at den tilpasning til hinanden, såvel brutto- som nettopriserne i de seneste seks år har udvist, på trods af at der ikke er tale om identiske produkter (hver plade har et forskelligt indhold), og den omstændighed, at priserne på trods af et stort fald i efterspørgslen er forblevet på et temmelig konstant niveau, der anses for højt, sammen med andre faktorer, som Kommissionen fastslår i [den anfægtede beslutning] (de virksomheders styrke, der tilsammen udgør et monopol, markedsandelens konstante størrelse osv.), i mangel af en anden forklaring kunne tyde på, eller være et indicium for, at den indbyrdes tilpasning af priserne ikke er følgen af en effektiv konkurrence, således som en sådan normalt udspiller sig, og at markedet er tilstrækkeligt gennemsigtigt, eftersom det har muliggjort en stiltiende koordinering af priserne.

254 Da [Impala] imidlertid har baseret sin argumentation på, at betingelserne for, at der består en kollektiv dominerende stilling, således som de blev fastlagt i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen [...] er blevet anvendt forkert, herunder navnlig betingelsen om gennemsigtighed på markedet, og ikke på den opfattelse, at en konstatering af, at der gennem et længere tidsrum er blevet ført en fælles politik, sammen med andre faktorer, der er kendetegnende for en kollektiv dominerende stilling, under visse omstændigheder og i mangel af en anden forklaring, kan være tilstrækkeligt bevis for, at der består en kollektiv dominerende stilling, i modsætning til at der kan skabes en sådan stilling, idet det er uforholdsmæssigt positivt at bevise, at der hersker gennemsigtighed på markedet, vil Retten 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 [den anfægtede beslutning]. Ifølge kontradiktionsprincippet må Retten nemlig følge denne fremgangsmåde, og det er unødvendigt at undersøge, om den modsatte holdning ville føre til, at Retten overskred tvistens grænser som fastlagt af parterne, eller om den blot ville udgøre en anvendelse af retsreglerne inden for rammerne af et af [Impala] fremsat anbringende, eftersom dette spørgsmål ikke blevet drøftet under forhandlingerne for Retten.«

105 Den appellerede doms præmis 309 har følgende ordlyd:

»Endvidere fremgår det af sidste punktum i betragtning 77 til [den anfægtede beslutning], at rabatterne ikke reelt kan påvirke den gennemsigtighed på markedet med hensyn til priser, som navnlig følger af de offentlige katalogpriser, da det er blevet fastslået, at »hvis de store pladeselskaber mærkbart havde fraveget den aftalte prispolitik ved at yde rabatter, ville afvigelsen have vist sig i de gennemsnitlige nettopriser.«

106 Hvad angår spørgsmålet om de forskellige rabatters indflydelse på markedets gennemsigtighed har Retten bl.a. bemærket i den appellerede doms præmis 420, at »forskellene mellem rabatspændene fra tidspunkt til tidspunkt, således som [Impala] har påpeget, kan bero på forskelle mellem selskabernes præstationer og ikke udelukker, at rabatterne bygger på en række kendte regler«.

107 Retten har i den appellerede doms præmis 427 bemærket, at det ved visse af de beviser, som Kommissionen har lagt til grund »ikke kan udelukkes, at [variationerne i kunderabatterne], i det mindste for en erhvervsudøver inden for branchen, kan forklares forholdsvis let ud fra en række generelle eller specifikke regler, som indrømmelsen af rabatter er underlagt«.

108 Den appellerede doms præmis 428 har følgende ordlyd:

»Skønt [Impala] ganske vist, som påpeget af Kommissionen, ikke nærmere har præciseret, hvilke regler der gælder for indrømmelse af salgsfremmende rabatter, eller, således som Kommissionen har bemærket, har nævnt et for stort antal, hvilket ville gøre anvendelsen af reglerne kompliceret og dermed lidet gennemsigtig, forholder det sig, som allerede fastslået, ikke desto mindre således, at Kommissionen ikke har foretaget nogen markedsundersøgelse hvad dette angår eller i det mindste ikke fremlagt noget bevis for, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, bortset fra fusionsdeltagernes tabeller, som, ud over deres fejl og mangler, under alle omstændigheder kun har til formål at påvise, at rabatterne udviser en vis variation, men som ikke viser, at denne variation ikke for en erhvervsudøver inden for branchen mere eller mindre let lader sig forklare. [...]«

109 Retten har i den appellerede doms præmis 429 anført, at »om end kombinationen af variabler uundgåeligt øger antallet af muligheder, har Kommissionen ikke påvist, at dette gør det uforholdsmæssigt vanskeligt for en erhvervsudøver på markedet at gennemskue kriterierne«.

— Parternes argumenter

110 Appellanterne har gjort gældende, at ved at fastslå, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, og at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet, for så vidt angår markedets gennemsigtighed, har Retten tilsidesat fællesskabsretten vedrørende begrebet kollektiv dominerende stilling. Appellanterne er af den opfattelse, at i henhold til kriteriet om markedets gennemsigtighed som et element, der

indikerer, at der er en kollektiv dominerende stilling på markedet, således som Retten har fastslået i dommen i sagen *Airtours* mod Kommissionen, og som Retten har bemærket, at den lægger til grund i den appellerede dom, skal Kommissionen godtgøre, dels at de store selskaber rådede over en troværdig mekanisme til overvågning af henholdsvis deres netto- og bruttopriser, dels at de store selskaber reelt havde anvendt en sådan overvågningsmekanisme, idet den anfægtede beslutning i det væsentlige vedrører spørgsmålet om en stiltiende aftale.

- 111 Ifølge appellanterne har Retten i praksis anvendt et mildt kriterium for at fastslå markedets gennemsnitlighed, hvilket særligt fremgår af den appellerede doms præmis 251, for så vidt som den har udledt denne gennemsnitlighed af en række forhold, som ikke er retligt tilstrækkelige for at fastslå den krævede grad af gennemsnitlighed. Ved særligt at se bort fra relevansen af rabatterne ved vurderingen af gennemsnitligheden, for så vidt angår brutto- og bruttopriserne, har Retten begået en retlig fejl ved at undlade at fastlægge en metode, som gjorde det muligt at overvåge de øvrige store selskabers væsentlige ændringer i netto- og bruttopriserne på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde for præcist og i tide at fastslå enhver afvigelse i de stiltiende aftalte prisniveauer.
- 112 Appellanterne er af den opfattelse, at synspunktet om, at der fandtes en sådan stiltiende aftale, indebærer, at appellanterne såvel som de andre store selskaber reelt havde overvåget deres netto- og bruttopriser og rådede over tilstrækkeligt præcise og egnede oplysninger vedrørende ændringer i henholdsvis deres netto- og bruttopriser. Hverken Retten, Impala eller Kommissionen har imidlertid kunnet identificere en mekanisme for de store selskaber til overvågning af netto- og bruttopriserne eller godtgøre, at en sådan mekanisme blev anvendt.
- 113 Retten har tværtimod anvendt et kriterium, som ifølge appellanterne er fejlagtigt, i sin vurdering af den krævede grad af gennemsnitlighed for at kunne konkludere, at der fandtes en kollektiv dominerende stilling på de omhandlede markeder for indspillet musik. Den har således lagt forhold til grund, som ikke er relevante i forhold til kriteriet om markedets gennemsnitlighed og forkastet andre forhold, som

åbenbart er relevante i denne sammenhæng. I denne forbindelse har appellanterne anført, at Retten bl.a. har begået retlige fejl:

- ved at udlede gennemsigtigheden af rabatterne og deres betydning på gennemsnitsnettopriserne, jf. den appellerede doms præmis 309

- ved at afvise relevansen af de komplekse prisstrukturer i dens vurdering af gennemsigtigheden, jf. den appellerede doms præmis 429

- ved at afvise relevansen af prisvariationerne ved vurderingen af gennemsigtigheden, jf. den appellerede doms præmis 298, 306, 310 og 395.

114 Impala har indledningsvis anført, at det femte anbringende udgør et forsøg fra appellanternes side på at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder uden at gøre retlige fejl gældende.

115 Impala har subsidiært anført, at Retten i den appellerede dom har anvendt et korrekt kriterium til fastlæggelsen af markedets gennemsigtighed, nemlig det kriterium, der er anført i præmis 62 i Rettens dom i sagen Airtours mod Kommissionen. Impala har i denne forbindelse bl.a. anført, at det eneste forhold, som Kommissionen har konstateret var »mindre« gennemsigtigt, var de salgsfremmende rabatter. Retten fastslog ikke desto mindre, at de beviser, som Kommissionen havde bygget sin beslutning på, ikke støtter denne, skønt den havde gennemført en omfattende undersøgelse af disse beviser. Femte anbringende omfatter i realiteten ikke det retlige kriterium vedrørende markedets gennemsigtighed, men snarere Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, som udgør denne gennemsigtighed. Impala er af den opfattelse, at anvendelsen i den appellerede dom af det i præmis 62 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen anførte kriterium ikke er fejlagtig, idet Retten hverken har anvendt et mildt kriterium eller undladt at undersøge det krævede gennemsigtighedsniveau.

116 Impala har i øvrigt anfægtet de synspunkter, der er anført i denne doms præmis 113.

— Domstolens bemærkninger

117 Det følger af Domstolens praksis, at spørgsmålet, om Retten har anvendt den rette juridiske standard ved bedømmelsen af beviserne, er et retsspørgsmål, der som sådan kan gøres gældende inden for rammerne af en appel (jf. dommen i sagen Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, præmis 40). Hvad angår nærværende sag kan appellanternes argumenter, som er gengivet i denne doms præmis 110-112, således realitetsbehandles under appelsagen.

118 Hvad angår de tre kritikpunkter, som er gengivet i denne doms præmis 113, kan alene det andet og tredje antages til realitetsbehandling. Det første kritikpunkt vedrører således ikke relevansen af et særligt forhold, som er lagt til grund ved afgørelsen af, om der foreligger en kollektiv dominerende stilling, men sigter reelt mod en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder, hvilket i henhold til den faste retspraksis, som der er redegjort for i denne doms præmis 29, i princippet falder uden for Domstolens kompetenceområde i en appelsag (jf. ligeledes i denne retning analogt dom af 22.11.2007, sag C-260/05 P, Sniace mod Kommissionen, Sml. I, s. 10005, præmis 34 og 35). Andet og tredje kritikpunkt består derimod i at påpege retlige fejl.

119 Hvad angår grundlaget for dette anbringende skal det indledningsvis bemærkes, at Domstolen allerede i det væsentlige har fastslået, at begrebet kollektiv dominerende stilling er indeholdt i begrebet »dominerende stilling« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 2 (jf. i denne retning dommen i sagen Kali & Salz, præmis 166 og 178). Det er i denne forbindelse ikke en nødvendig forudsætning for at fastslå en kollektiv dominerende stilling, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser. En sådan konstatering vil kunne fastslås på grundlag af andre relationer mellem virksomheder og forudsætter en økonomisk vurdering og særligt en vurdering af strukturen på det relevante marked (jf. 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).

- 120 Hvad angår påstanden om skabelsen eller styrkelsen af en kollektiv dominerende stilling skal Kommissionen på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi (jf. Kali & Salz-dommen, præmis 221) med henblik på at drage fordel af en fælles økonomisk styrke, og dette uden at de aktuelle eller potentielle konkurrenter, eller kunderne og forbrugerne kan reagere effektivt.
- 121 Sådanne forbindelsesforhold omfatter særligt indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol, inden for hvilket de på et marked med passende kendetegn, bl.a. med hensyn til koncentrationsgraden på markedet og produktets gennemsigtighed og homogenitet, er i stand til at forudse hinandens adfærd og derfor i høj grad er tilskyndet til at samordne deres adfærd på markedet for bl.a. at maksimere deres fælles fortjeneste ved at hæve priserne, ved at begrænse produktionen, udvalget eller kvaliteten af varerne eller tjenesteydelserne, ved at nedsætte produktudviklingen eller ved på anden måde at udøve indflydelse på konkurrenceforholdene. I en sådan sammenhæng ved enhver erhvervsdrivende, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling.
- 122 En situation, hvori der består en kollektiv dominerende stilling, som i betydelig grad hæmmer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, kan således opstå som følge af en fusion, når fusionen på grund af selve det pågældende markeds karakter og den ændring af dets struktur, gennemførelsen af fusionen vil medføre, fører til, at hvert medlem af det dominerende oligopol, der gør sig de fælles interesser klart, kunne finde det muligt, økonomisk hensigtsmæssigt og dermed ønskværdigt varigt at anlægge den samme adfærd på markedet med henblik på at sælge til højere priser end konkurrenterne uden at skulle indgå en aftale eller følge en samordnet praksis som omhandlet i artikel 81 EF, og uden at hverken aktuelle eller potentielle konkurrenter eller kunderne eller forbrugerne kan reagere effektivt.

123 Sandsynligheden for en sådan stiltiende koordinering er stærkere, hvis konkurrenterne med lethed kan opnå en fælles forståelse af, hvordan koordineringen skal fungere, bl.a. hvilke parametre der skal være genstand for den påtænkte koordinering. Hvis det ikke er muligt at opnå en stiltiende fælles forståelse af fremgangsmåden for koordineringen, ville konkurrenterne eventuelt anvende den praksis, som er forbudt i henhold til artikel 81 EF, for at vedtage en fælles strategi på markedet. Henset bl.a. til den eventuelle fristelse, som kan findes for hver deltager i en stiltiende koordinering, til at afvige herfra med henblik på at forhøje virksomhedens overskud på kort sigt, skal det undersøges, hvorvidt en sådan koordinering kan være varig. I denne forbindelse skal de virksomheder, der samordner deres adfærd, i tilstrækkelig grad være i stand til at overvåge, at reglerne for koordineringen overholdes. Gennemsigtigheden på markedet skal således være tilstrækkelig til at give hver af de pågældende virksomheder mulighed for på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde at få kendskab til udviklingen i den adfærd på markedet, som udvises af alle de andre deltagere i koordineringen. Det er endvidere en forudsætning for, at der kan herske disciplin, at der findes en eller anden form for troværdig afskrækkelsesmekanisme, som kan iværksættes i tilfælde af afvigende adfærd. Endelig 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.

124 De betingelser, som Retten har opstillet i præmis 62 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, og som den i den appellerede doms præmis 254 har bemærket skal finde anvendelse i den sag, den skal pådømme, indebærer ikke en tilsidesættelse af de kriterier, der er opstillet i foregående præmis.

125 I forbindelse med anvendelsen af sådanne kriterier skal man undgå en mekanisk fremgangsmåde, hvor hvert enkelt af kriterierne undersøges separat, hvorved den overordnede økonomiske mekanisme ved en sådan hypotetisk stiltiende koordinering overses.

126 I denne forbindelse skal vurderingen af f.eks. gennemsigtigheden på et givent marked ikke foretages isoleret og abstrakt, men gennemføres i forhold til en mekanisme med hypotetisk stiltiende koordinering. Det er således alene ved at tage hensyn til en sådan hypotese, at det er muligt at undersøge, om eventuelle forhold, der viser gennemsigtigheden på et marked, reelt kan lette definitionen af en stiltiende fælles adfærd og/eller gøre det muligt for de pågældende konkurrenter på en tilstrækkelig måde at overvåge, hvorvidt en sådan adfærd overholdes. I denne forbindelse er det med

henblik på undersøgelsen af den påståede stiltiende koordinerings varighed nødvendigt at tage hensyn til de overvågningsmekanismer, som deltagerne i den hævdede stiltiende koordinering eventuelt har til rådighed for at undersøge, hvorvidt det på grund af sådanne mekanismer er muligt for dem på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde at få kendskab til udviklingen i den adfærd på markedet, som udøves af alle de andre deltagere i koordineringen.

- 127 Hvad angår det foreliggende tilfælde har appellanterne gjort gældende, at selv om Retten i den appellerede doms præmis 254 bemærkede, at den i praksis fulgte den fremgangsmåde, den havde fastslået i dommen i sagen *Airtours* mod Kommissionen, har den begået en retlig fejl ved at drage den slutning, at der fandtes en tilstrækkelig gennemsigtighed, ud fra en række faktorer, som imidlertid ikke var relevante med henblik på konstateringen af, at der forelå en kollektiv dominerende stilling. I denne sammenhæng har appellanterne særligt kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 251 at have bemærket, at de betingelser, som Retten fastslog i præmis 62 i dommen i sagen *Airtours* mod Kommissionen, »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 kendetegnende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling«.
- 128 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at som Kommissionen har anført under retsmødet, er den pågældende præmis 251 ikke i sig selv kritisabel, for så vidt som det drejer sig om en generel bemærkning, der afspejler Rettens frie bedømmelse af de forskellige beviser. Det følger således af fast praksis, at det i princippet alene er Retten, der har kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt (jf. bl.a. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod *Brazzelli Lualdi m.fl.*, Sml. I, s. 1981, præmis 66, og af 15.6.2000, sag C-237/98 P, *Dorsch Consult* mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4549, præmis 50).
- 129 Den omstændighed, at der søges efter en kollektiv dominerende stilling på grundlag af en række sædvanlige forhold, der betragtes som indicier for, at der findes eller sandsynligvis findes en stiltiende koordinering mellem konkurrenterne, kan der således ikke i sig selv rejses tvivl ved. Som det imidlertid fremgår af denne doms præmis 125, skal denne undersøgelse foretages med forsigtighed og særligt inden for rammerne af en fremgangsmåde, som bygger på undersøgelsen af eventuelle plausible koordineringsstrategier.

- 130 Det skal imidlertid bemærkes, at Retten, som efter påstand fra Impala skulle tage stilling til argumenter vedrørende særligt de dele af den anfægtede beslutning, som vedrører markedets gennemsigtighed, ikke har gennemført sin undersøgelse af disse dele af beslutningen i lyset af en hævdet overvågningsmekanisme, som indgår i en plausibel teori om stiltiende koordinering.
- 131 Retten henviser ganske vist i den appellerede doms præmis 420 til muligheden for, at »en række kendte regler« regulerer de store selskabers tildeling af rabatter. Som appellanterne imidlertid med rette har gjort gældende inden for rammerne af andet kritikpunkt nævnt i denne doms præmis 113, er Retten, for så vidt angår spørgsmålet, om visse variationer i rabatterne, som Kommissionen havde konstateret i den anfægtede beslutning, kunne rejse tvivl ved muligheden for på en hensigtsmæssig måde at overvåge den gensidige overholdelse af en eventuel stiltiende koordinering, blot i den appellerede doms præmis 427-429 fremkommet med nogle — ikke underbyggede — bemærkninger vedrørende en hypotetisk erhvervsudøver inden for branchen. Retten har imidlertid selv i den pågældende doms præmis 428 bemærket, at Impala, som var sagsøger i sagen, »ikke nærmere har præciseret, hvilke regler der gælder for indrømmelse af salgsfremmende rabatter«.
- 132 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Impala repræsenterer virksomheder, der, skønt de ikke er medlemmer af de store selskabers oligopol, er aktive på samme marked. Herefter skal det fastslås, at Retten har set bort fra den omstændighed, at Impala skulle bære bevisbyrden for de hævdede evner for denne hypotetiske »erhvervsudøver inden for branchen«.
- 133 Henset til de ovenstående bemærkninger skal det fastslås — uden at det er nødvendigt at tage stilling til grundlaget for det tredje kritikpunkt nævnt i denne doms præmis 113 — at Retten har begået en retlig fejl ved at tilsidesætte de principper, der gælder for dens undersøgelse af de argumenter, der er fremført for den, vedrørende markedets gennemsigtighed i forbindelse med den hævdede kollektive dominerende stilling.
- 134 Denne fejl vedrører den del af den appellerede dom, som omhandler Rettens undersøgelse af argumenterne vedrørende Kommissionens åbenbart urigtige skøn, herunder

Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 377. Den retlige fejl kan imidlertid ikke i sig selv rejse tvivl ved Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 352, hvorefter den anfægtede beslutning i det væsentlige skal annulleres som følge af en utilstrækkelig begrundelse. De øvrige anbringender skal således undersøges.

Om det fjerde anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har overskredet rækkevidden af den retslige kontrol, der tilkommer den

— Den appellerede dom

¹³⁵ Visse steder i den appellerede dom, såsom præmis 347 og 361, anvender Retten udtryk som »en høj grad af prisgennemsigtighed« eller »stor gennemsigtighed på markedet«. Retten har i øvrigt i den appellerede doms præmis 299 beskrevet den anfægtede beslutnings konklusion, hvorefter katalogpriserne var »tilpasset til hinanden i ret høj grad«, som værende »en mildt sagt forsigtig konklusion i betragtning af, at tilpasningen rent faktisk var meget udtalt«. I dommens præmis 307 har Retten bemærket, at »[de af fusionsdeltagerne indrømmede fakturarabatters generelle niveau] udviser, således som det fremgår af betragtning 78 til [den anfægtede beslutning], kun små variationer«. Retten har i den appellerede doms præmis 317 udledt af den anfægtede beslutning, at »de salgsfremmende rabatter [...] kun har begrænset indvirkning på priserne«.

¹³⁶ I den appellerede doms præmis 425 har Retten vedrørende den anfægtede beslutning bemærket, at »der, for begge parter vedkommende, [er] foretaget en beregning pr. kunde af forskellen mellem de mindste og de største rabatter [...], som i de fleste tilfælde er forkert«. Retten har i den appellerede doms præmis 427 bemærket, at det er »tvivlsomt, om [fusionsdeltagerernes oplysninger vedrørende rabatterne] er relevante«.

137 Retten har i den appellerede doms præmis 434 bemærket følgende:

»[...] oplysningerne i den af fusionsdeltagernes økonomer udarbejdede undersøgelse [er] ikke 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 albummer 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. [...]«

— Parternes argumenter

138 Appellanterne, som i denne forbindelse støttes af Kommissionen, har anført, at Retten i henhold til artikel 230 EF og fast restpraksis har overskredet rækkevidden af den retslige kontrol ved at lade sit eget skøn træde i stedet for Kommissionens uden at godtgøre, at der foreligger åbenlyse urigtige skøn i den anfægtede beslutning, og uden at høre de økonomiske eksperter.

139 Retten har endvidere ved sin undersøgelse af den anfægtede beslutning selv begået åbenlyse fejl og fortolket de beviser, der er fremlagt for den, vedrørende de væsentlige aspekter i sagen, herunder særligt rabatternes relevans, kompleksitet og uigenkendskab, på en grundlæggende fejlagtig måde.

140 Appellanterne har endvidere anført, at Retten i den appellerede doms præmis 425, 427 og 434 ligeledes har foretaget en urigtig gengivelse af visse af beviserne.

- 141 Impala er af den opfattelse, at dette anbringende — i det mindste i væsentlig grad — udgør et forsøg på at rejse tvivl ved Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, uden at appellanterne godtgør, at Retten har fortolket de beviser, som den havde til rådighed, på en fejlagtig måde.
- 142 Impala har subsidiært anført, at Retten havde den relevante retspraksis vedrørende rækkevidden af sin kontrol i tankerne, da den undersøgte den anfægtede beslutning ved i den appellerede doms præmis 328 at henvise til præmis 39 i dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, og at den således ikke har overskredet rækkevidden af den retslige kontrols anvendelsesområde.

— Domstolens bemærkninger

- 143 Indledningsvis skal Impalas argumentation vedrørende formalitetsindsigelsen over for femte anbringende forkastes. I modsætning til hvad Impala har gjort gældende, begrænser appellanterne sig ikke med dette anbringende til at rejse tvivl ved Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, men rejser retsspørgsmål, som kan realitetsbehandles under en appelsag.
- 144 Det skal vedrørende realiteten først bemærkes, at Kommissionen råder over et vist skøn, når den foretager økonomiske vurderinger med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordningen, særligt dennes artikel 2. Det følger heraf, at Rettens kontrol med en kommissionsbeslutning inden for rammerne af fusionskontrollen, er begrænset til en undersøgelse af, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn (jf. Kali & Salz-dommen, præmis 223 og 224, og dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 38).
- 145 Selv om det ikke tilkommer Retten at lade sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens med henblik på anvendelsen af forordningens bestemmelser, indebærer det ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Fællesskabets retsinstanser skal således 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 de heraf dragne konklusioner (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 39, og dommen i sagen Spanien mod Lenzing, præmis 56 og 57).

146 Hvad angår det foreliggende tilfælde skal det således bemærkes, at for så vidt som Retten inden for rammerne af den argumentation, der er fremført for den, har gennemført en grundig undersøgelse af de beviser, der ligger til grund for den anfægtede beslutning, har den handlet i overensstemmelse med de krav, som følger af retspraksis, og som er omtalt i denne doms præmis 144 og 145.

147 Denne konklusion er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelig til at forkaste det fjerde anbringende. Ud over spørgsmålet, om Retten har overskredet grænserne for sin kontrol, for så vidt angår graden af kontrol med den anfægtede beslutnings faktuelle grundlag, har appellanterne — som det fremgår af denne doms præmis 139 — endvidere anført, at Retten i sin undersøgelse af de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for den anfægtede beslutning, selv har begået åbenlyse skønsfejl og fortolket beviserne på en grundlæggende fejlagtig måde.

148 Disse betragtninger falder delvist sammen med andre anbringender i nærværende appel, nemlig dels første, andet og syvende anbringende samt tredje anbringendes første led vedrørende Rettens behandling af visse beviser, dels femte anbringende vedrørende Rettens tilsidesættelse af de relevante retlige kriterier vedrørende kollektiv dominerende stilling.

149 Det skal i denne forbindelse blot bemærkes, at som det fremgår af denne doms præmis 95, 102 og 133, har Retten i forbindelse med sin undersøgelse af argumenterne vedrørende åbenbart urigtige skøn begået retlige fejl for så vidt angår såvel

behandlingen af visse beviser som de relevante retlige kriterier vedrørende kollektiv dominerende stilling som følge af en stiltiende koordinering.

150 Følgelig skal det konkluderes — uden at det er fornødent at træffe afgørelse om hverken appellanternes betragtninger vedrørende urigtig gengivelse af beviserne eller spørgsmålet, om Retten i den appellerede dom faktisk har ladet sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens — at henset til Rettens overskridelse af grænserne for den retslige kontrol, er i det mindste den del af den appellerede dom, som omfatter undersøgelsen af argumenterne vedrørende åbenbart urigtige skøn, behæftet med retlige fejl. Hvad angår den del af den appellerede dom, som omhandler den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse, skal sjette anbringende undersøges.

Om sjette anbringende vedrørende en retlig fejl, for så vidt som Retten har anvendt en fejlagtig begrundelsesstandard på beslutninger om godkendelse af fusioner

— Den appellerede dom

151 I den appellerede doms præmis 255-276 har Retten gengivet de relevante dele af den anfægtede beslutning med henblik på behandlingen af det første anbringende i sagen ved Retten. Dommens præmis 275 har følgende ordlyd:

»Det fremgår af det foranstående, at det var på grundlag af produktets homogenitet, markedets gennemsigtighed og iværksættelsen af gengældelsesforanstaltninger, at Kommissionen fastslog, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling.«

152 I den appellerede dom undersøgte Retten forskellige afsnit i den anfægtede beslutning for at undersøge, om den indeholdt en tilstrækkelig begrundelse for konstateringen

af, at der ikke var gennemsigthed på det omhandlede marked, hvilket den i hvert tilfælde benægtede.

153 Retten undersøgte først det afsnit i den anfægtede beslutning, som særligt drejede sig om markedets gennemsigthed. I denne forbindelse bemærkede Retten bl.a. følgende i den appellerede doms præmis 289, 290 og 294:

»289 Hvad det specifikke afsnit angår bemærkes indledningsvis, at det kun indeholder tre betragtninger, på trods af at gennemsigtheden i det foreliggende tilfælde ikke blot ifølge [den anfægtede beslutning], men også ifølge det standpunkt, Kommissionen har gjort gældende i sine indlæg for Retten, 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. Det bemærkes ligeledes, at det ikke fastslås i afsnittet, at markedet ikke er gennemsigtigt, endsiage at det ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en stiltiende samordning. Det angives kun, dels i betragtning 111 in fine, at nødvendigheden af at foretage overvågning på albumniveau, navnlig af de salgsfremmende rabatter, »kan mindske gennemsigtheden på markedet og gøre et stiltiende kartel vanskeligere«, dels i betragtning 113 in fine, at »Kommissionen imidlertid ikke har fundet tilstrækkelige beviser for, at de store pladeselskaber ved at overvåge detailpriserne eller ved at benytte sig af de omtalte kontakter med detailhandlerne tidligere har kunnet råde bod på den mangel på gennemsigthed for så vidt angår salgsfremmende rabatter, hvortil der er blevet henvist for de fem store medlemsstater vedkommende«. Sådanne upræcise bemærkninger, der ikke ledsages af nogen form for nærmere oplysninger om f.eks. de salgsfremmende rabatters art, de omstændigheder, hvorunder de kan indrømmes, deres grad af uigennemsigthed, deres størrelse eller deres indvirkning på prisgennemsigtheden, kan ikke i fornødent omfang begrunde fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling.

290 Endvidere viser ingen af de faktorer, hvortil der henvises i betragtning 111-113 til [den anfægtede beslutning], bortset fra de ovenstående to uddrag, at markedet er uigennemsigtigt, men fremhæver tværtimod den gennemsigthed, der hersker på det.

[...]

294 Det fremgår af det ovenstående, at Kommissionen i det specifikke afsnit i [den anfægtede beslutning], hvori den behandlede spørgsmålet om gennemsigthed, ikke blot ikke fastslog, at markedet var uigennemsigtigt eller ikke tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, men også — kun med undtagelse af den temmeligt 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 afsnit ikke i sig selv kan anses for i fornødent omfang at give en begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt.«

¹⁵⁴ Retten undersøgte dernæst de betragtninger i den anfægtede beslutning, som vedrørte en eventuel »fælles prispolitik« mellem de store selskaber og vurderede dem i den appellerede doms præmis 295-324 i et forsøg på at finde indicier til forklaring af den hævdede manglende gennemsigthed på de omhandlede markeder. Retten har i denne forbindelse særligt bemærket følgende:

»315 Den eneste uigennemsigthedsfaktor, hvortil der henvises i [den anfægtede beslutning], er således den, der fremgår af bemærkningen i betragtning 80 (og i de tilsvarende betragtninger for de andre store landes vedkommende) om, at det »imidlertid fremgår [...] at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, og at det for at overvåge dem ligeledes er nødvendigt nøje at observere, hvordan denne form for rabatter udvikler sig på detailmarkedet.«

[...]

318 Det bemærkes ligeledes, at det ikke angives i [den anfægtede beslutning], at markedet er uigennemsigtigt, og ikke engang, at det er tilstrækkeligt

gennemsigtigt til at muliggøre priskoordinering; det angives kun, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige, men der gives overhovedet ikke nogen oplysninger om deres art, de omstændigheder, hvorunder de indrømmes, og deres konkrete betydning for nettopriserne eller deres betydning for prisgennemsigtigheden.

319 Desuden peger Kommissionen, som nævnt ovenfor, på talrige forhold og faktorer, der fremmer gennemsigtighed på markedet og gør det lettere at kontrollere, at et kartel overholdes.

320 Heraf følger, at de få bemærkninger om de salgsfremmende rabatter i [den anfægtede beslutnings] afsnit om undersøgelsen af priskoordineringen i de store lande ikke beviser, at markedet er uigennemsigtigt, endside at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, da bemærkningerne er upræcise, uunderbyggede eller endog i strid med andre iagttagelser i [den anfægtede beslutning]. Ydermere angives det kun i bemærkningerne, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, men det forklares ikke, på hvilken måde de er relevante for gennemsigtigheden på markedet, og bemærkningerne gør det ikke muligt at forstå, hvordan de salgsfremmende rabatter alene kan opveje alle de øvrige i [den anfægtede beslutning] angivne faktorer, der bidrager til gennemsigtighed på markedet, og dermed medføre, at den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke er til stede.

[...]

324 Heraf følger, 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. Under alle omstændigheder kan situationen i de små lande ikke udgøre en gyldig begrundelse for fastslåelsen af, hvilken grad af gennemsigtighed der hersker på markederne i de store lande.

325 Det følger af det foranstående som helhed, at der er grundlag for indsigelsen om, at fastslåelsen af markedets grad af gennemsigtighed er utilstrækkeligt begrundet; dette giver i sig selv grund til at annullere [den anfægtede beslutning].«

155 Den appellerede doms præmis 411 har følgende ordlyd:

»Kommissionen har ganske vist gjort gældende i svarskriftet, at den undersøgte de andre store selskabers rabatter, men at de ikke kunne medtages i [den anfægtede beslutning], da de ikke kan afsløres over for fusionsdeltagerne. Denne argumentation kan imidlertid ikke tiltrædes.«

156 Den appellerede doms præmis 530 har følgende ordlyd:

»Det fremgår af betragtning 157 til [den anfægtede beslutning], navnlig sidste punktum, at Kommissionens konklusion, hvorefter fusionen ikke repræsenterer en tilstrækkeligt stor ændring til, at det er sandsynligt, at den fører til dannelse af en kollektiv dominerende stilling, udtrykkeligt bygger på betingelserne om gennemsigtighed på markedet og gengældelsesforanstaltninger.«

— Parternes argumenter

157 Appellanterne har principalt anført, at den fællesskabsretlige ordning med fusionskontrol og særligt forordningens artikel 10, stk. 6, er til hinder for, at Retten annullerer en beslutning, som godkender en sådan fusion, på grundlag af manglende begrundelse.

158 Appellanterne har subsidiært anført, at Retten har anvendt en uforholdsmæssig høj begrundelsesstandard, som er i strid med fast retspraksis, og som ikke tager hensyn til fusionskontrolprocedurens særlige sammenhæng og karakter. Retten har dels med urette pålagt Kommissionen at forklare forskellene i forhold til klagepunktsmeddelelsen.

159 Endvidere har Retten med urette undladt ved sin undersøgelse af den anfægtede beslutnings begrundelse at tage den særlige sammenhæng, som en beslutning om at godkende en fusion indgår i, i betragtning. Appellanterne har i denne forbindelse anført flere argumenter. For det første er appellanterne af den opfattelse, at der skal stilles mindre strenge krav til begrundelsen af en beslutning om godkendelse af en fusion end til en beslutning om forbud mod en sådan fusion. For det andet har Retten med urette undladt at undersøge den anfægtede beslutnings begrundelse ud fra en velinformeret erhvervsudøver inden for branchens synspunkt. For det tredje indbyder den korte frist mellem klagepunktsmeddelelsen og beslutningen om godkendelse af en fusion til en vis grad af tilbageholdenhed i kontrollen med en sådan beslutnings begrundelse. For det fjerde burde den omstændighed, at appellanterne fik tilladelse til at gennemføre den anmeldte fusion, vanskeliggøre annullationen af beslutningerne om godkendelse af fusioner på grund af utilstrækkelig begrundelse. For det femte har Retten i den appellerede doms præmis 411 begået en retlig fejl ved at forpligte Kommissionen til at offentliggøre detaljer om priser og rabatter, henset til disse oplysningers fortrolige og følsomme karakter.

160 I modsætning til Rettens vurdering følger det under alle omstændigheder af fast retspraksis ifølge appellanterne, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet, idet den satte Impala i stand til at verificere de betragtninger, der lå til grund for beslutningen, og Retten til at udøve sin retslige prøvelse. Appellanterne har i denne forbindelse bl.a. gjort gældende, at Rettens konstatering af, at den anfægtede beslutning var utilstrækkeligt begrundet, ikke hænger sammen med dens vurdering af, at beslutningen var behæftet med åbenbart urigtige skøn.

161 Appellanterne har endelig anført, at Rettens undersøgelse af den anfægtede beslutnings begrundelse er fejlagtig på grund af anvendelsen af en fejlagtig bevisstandard,

tilsidesættelse af den korrekte rækkevidde af den retslige kontrol og anvendelse af et fejlagtigt kriterium vedrørende gennemsigtheden.

- 162 Med forbehold af sin generelle formalitetsindsigelse har Impala for det første anført, at appellanterne ikke kan gøre den undtagelse, som forordningens artikel 10, stk. 6, udgør, til et alment princip. For det andet har appellanterne ifølge Impala med urette anført, at det afhænger af, om en beslutning vedrørende en påtænkt fusion er positiv eller negativ, om artikel 253 EF skal finde anvendelse. For det tredje har Impala anført, at den krævede grad af begrundelse afhænger af den sammenhæng og retlige ramme, som en retsakt indgår i. Det er fuldt ud i overensstemmelse med dette princip, at begrundelseskravene tilpasses den omhandlede sagstype. I det foreliggende tilfælde drejer det sig imidlertid om en sag, i hvilken den formelle procedure var indledt og som gav anledning til en væsentlig indsigelse fra en tredjepart og en klagepunktsmeddelelse.
- 163 Hvad angår appellanternes subsidiære argumentation vedrørende den af Retten anvendte begrundelsesstandard har Impala gjort gældende, dels at Retten alene har omtalt nogle uddrag af klagepunktsmeddelelsen med henblik på at understrege den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse og væsentlige uoverensstemmelser med denne og bygget sin konstatering af denne utilstrækkelige begrundelse på den argumentation, som fremgår af selve den anfægtede beslutning, og ikke på en sammenligning med den, der er anført i klagepunktsmeddelelsen. Impala har dels anført, at Retten ikke har tilsidesat den sammenhæng, som fusionskontrolproceduren indgår i.
- 164 Det fremgår endvidere ikke af den omstændighed, at Retten var i stand til at gennemføre en omfattende undersøgelse af den anfægtede beslutning, at dennes begrundelse var tilstrækkelig. Impala er af den opfattelse, at det er klart, at Retten ikke var i stand til at forstå, navnlig hvorfor Kommissionen — på trods af at beviserne godtgjorde tilstedeværelsen af en tilstrækkelig gennemsigthed til støtte for, at der forelå en kollektiv dominerende stilling — kunne konkludere, at beviserne for gennemsigtheden ikke var tilstrækkelige, fordi de salgsfremmende rabatter var mindre gennemsigtige end andre rabattyper. Ifølge Impala er den anfægtede beslutnings sande begrundelse ukendt.

165 Hvad angår appellanternes argumentation som gengivet i denne doms præmis 161, har Impala anført, at Rettens bemærkninger vedrørende visse forhold i den anfægtede beslutnings begrundelse bygger på en omfattende undersøgelse foretaget af Kommissionen, men særligt på interne uoverensstemmelser i selve den anfægtede beslutning.

— Domstolens bemærkninger

166 Det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal 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 prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, arten 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, 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 område (jf. bl.a. dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, af 22.6.2004, sag C-42/01, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 6079, præmis 66, og af 15.4.2008, sag C-390/06, Nuova Agricast, Sml. I, s. 2577, præmis 79).

167 Udstederen af en sådan retsakt er imidlertid ikke forpligtet til at tage stilling til forhold, der er af klart underordnet relevans, eller at foregribe potentielle indsigelser (dom af 25.10.2005, forenede sager C-465/02 og C-466/02, Tyskland og Danmark mod Kommissionen, den såkaldte »Fetasag«, Sml. I, s. 9115, præmis 106). Desuden må kravene til en retsakts begrundelse afpasses efter de faktiske muligheder og de tekniske eller tidsmæssige betingelser, hvorunder retsakten bliver til (jf. dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131, org.ref.: Rec. s. 1081, på s. 1096 og 1097, og af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 16). Ved udøvelsen af sin fusionskontrolbeføjelse tilsidesætter Kommissionen heller ikke sin begrundelsespligt, hvis den ikke i sin beslutning giver en nøje begrundelse for vurderingen af en række aspekter af fusionen, som den finder

er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller af klart sekundær betydning for vurderingen af den (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 64). Et sådant krav ville således være vanskeligt at forene med kravet om hurtighed og de korte frister under proceduren, som Kommissionen er underlagt, når den udøver sin fusionskontrolbeføjelse, og som udgør en del af de særlige omstændigheder ved en fusionskontrolprocedure.

- 168 Det følger heraf, at når Kommissionen erklærer en fusion forenelig med fællesmarkedet i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2, er begrundelseskravet opfyldt, hvis der i beslutningen klart redegøres for grundene til, at Kommissionen fandt, at den omhandlede fusion — eventuelt efter de berørte virksomheders ændringer — ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.
- 169 Skønt det i denne forbindelse er korrekt, at Kommissionen ikke er forpligtet til i begrundelsen for beslutninger, den har vedtaget i henhold til forordningen, at tage stilling til alle forhold og argumenter, som er fremlagt for den, herunder forhold, som klart er af underordnet betydning for den krævede vurdering, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen skal redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende for beslutningen. Begrundelsen skal endvidere være logisk, og må særligt ikke indeholde selvmodsigelser (jf. i denne retning analogt dom af 18.5.1962, sag 13/60, Geitling m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 317, org.ref.: Rec. s. 165, på s. 221, af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 78, af 7.7.1981, sag 158/80, Rewe-Handelsgesellschaft Nord og Rewe-Markt Steffen, Sml. s. 1805, præmis 26, og af 17.5.1988, sag 28/87, Arendt mod Parlamentet, Sml. s. 2633, præmis 7 og 8).
- 170 Det er i lyset af disse principper, at appellanternes kritikpunkter inden for rammerne af sjette anbringende skal undersøges.
- 171 Appellanterne har principalt gjort gældende, at en kommissionsbeslutning om godkendelse af en fusion ikke kan annulleres på grund af utilstrækkelig begrundelse. De støtter sig i denne forbindelse særligt til forordningens artikel 10, stk. 6.

- 172 Det fremgår af denne doms præmis 49, at sidstnævnte bestemmelse skal sikre retssikkerheden i tilfælde af, at Kommissionen undtagelsesvist ikke har vedtaget en beslutning inden for den fastsatte frist. Det står således fusionsdeltagerne frit for at gennemføre fusionen, så snart der foreligger en stiltiende godkendelse.
- 173 Som Impala har anført, følger det af appellanternes argumentation på grundlag af forordningens artikel 10, stk. 6, at beslutninger om godkendelse af fusioner ikke behøver nogen begrundelse, idet de ikke kan anfægtes på grundlag af manglende begrundelse.
- 174 Det skal imidlertid bemærkes, at en utilstrækkelig begrundelse i strid med artikel 253 EF falder ind under begrebet væsentlige formelle mangler i artikel 230 EF og udgør i øvrigt et anbringende, som Fællesskabets retsinstanser kan — eller skal — tage stilling til *ex officio* (jf. i denne retning dom af 20.2.1997, sag C-166/95 P, Kommissionen mod Daffix, Sml. I, s. 983, præmis 24). Det følger endvidere af fast retspraksis, at en bestemmelse i den afledte fællesskabsret i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med traktatens bestemmelser og de almindelige fællesskabsretlige principper (dom af 4.10.2007, sag C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, Sml. I, s. 8075, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis). Det følger heraf, at forordningens artikel 10, stk. 6, skal fortolkes og anvendes i lyset af artikel 230 EF og 253 EF.
- 175 Som det fremgår af denne doms præmis 49, udgør artikel 10, stk. 6, en undtagelse fra forordningens generelle opbygning, som bl.a. fremgår af artikel 6, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, hvorefter Kommissionen tager udtrykkeligt stilling til de fusioner, der bliver anmeldt til den, hvad enten beslutningen bliver negativ eller positiv. Lige så vel som forordningens artikel 10, stk. 6, ikke er hjemmel for en generel antagelse om fusioners forenelighed med fællesmarkedet, kan bestemmelsen heller ikke udgøre en undtagelse til muligheden for at anfægte lovligheden af en beslutning om godkendelse af en sådan fusion på grund af tilsidesættelse af begrundelseskravet. Det legitime behov

for retssikkerhed i undtagelsessituationer, som denne bestemmelse er udtryk for, kan således ikke føre så vidt, at beslutninger vedrørende fusioner helt eller delvist unddrages domstolsprøvelse.

- 176 Appellanternes argumentation vedrørende forordningens artikel 10, stk. 6, skal således forkastes.
- 177 Appellanterne har subsidiært gjort gældende, at idet den anfægtede beslutning har gjort det muligt for Impala at få kendskab til begrundelsen for den omhandlede fusions godkendelse og for Retten at udøve sin prøvelsesret, har Retten ikke efterkommet fast retspraksis vedrørende begrundelseskravet.
- 178 Som det fremgår af denne doms præmis 166, følger det i denne forbindelse af fast retspraksis, dels at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, tilsigter at give de berørte parter mulighed for at få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og give den kompetente ret mulighed for at udøve sin prøvelsesret, dels at dette begrundelseskrav skal vurderes i forhold til den omhandlede retsakts karakter og den sammenhæng, hvori den er blevet vedtaget (jf. ligeledes dom af 7.4.1987, sag 32/86, SISMA mod Kommissionen, Sml. s. 1645, præmis 8, af 4.6.1992, sag C-181/90, Consorgan mod Kommissionen, Sml. I, s. 3557, præmis 14, af 15.4.1997, sag C-22/94, Irish Farmers Association m.fl., Sml. I, s. 1809, præmis 39-41, af 19.9.2002, sag C-114/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7657, præmis 62 og 63, og af 2.10.2003, sag C-195/99 P, Krupp Hoesch mod Kommissionen, Sml. I, s. 10937, præmis 110, samt dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 372).
- 179 Det er i det foreliggende tilfælde korrekt, at det kan forekomme beklageligt, at der er et vist misforhold i den anfægtede beslutning mellem redegørelsen for de forhold, der taler for en tilstrækkelig gennemsigtighed, og for forholdene vedrørende de salgsfremmende rabatters betydning, som taler imod en sådan gennemsigtighed. Henset for det første til den sammenhæng, hvori den anfægtede beslutning er blevet vedtaget, som bl.a. er karakteriseret ved tidsrummet mellem den skriftlige besvarelse

af klagepunktsmeddelelsen og høringen ved Kommissionen på den ene side, og afslutningen på den formelle procedure på den anden side, og for det andet til de krav, der følger af den retspraksis, der er anført i denne doms præmis 166-169, særligt præmis 166 og 167, kunne Retten ikke uden at begå en retlig fejl fastslå, at Kommissionen ikke i det foreliggende tilfælde havde tilsidesat forpligtelsen til på en tilstrækkelig måde at begrunde den anfægtede beslutning (jf. analogt dom af 28.10.1981, forenede sager 275/80 og 24/81, Krupp Stahl mod Kommissionen, Sml. s. 2489, præmis 13, og af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabrik mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 21).

180 Den anfægtede beslutning indeholder for det første en redegørelse for Kommissionens argumentation, hvilket gør det muligt efterfølgende at anfægte dens grundlag ved den kompetente ret, hvilket Impala har gjort. Det ville i denne forbindelse være for vidtgående at kræve — som Retten har gjort det i den appellerede doms præmis 289 — en detaljeret beskrivelse af hvert af de forhold, der ligger til grund for den anfægtede beslutning, såsom de salgsfremmende rabatters art, de omstændigheder, hvorunder de kan indrømmes, deres grad af uigennemsigtighed, deres størrelse eller deres indvirkning på prisgennemsigtigheden (jf. i denne retning analogt dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 59-61, og af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl., Sml. I, s. 4777, præmis 108). Det samme gør sig så meget desto mere gældende, for så vidt som Impala — som det bl.a. fremgår af den appellerede doms præmis 7 og 10 — var nøje involveret i den formelle procedure (jf. analogt dom af 25.10.2001, sag C-120/99, Italien mod Rådet, Sml. I, s. 7997, præmis 29, og af 9.9.2004, sag C-304/01, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7655, præmis 50), og for så vidt som sammenslutningen fuldt ud var i stand til at anlægge sag ved Retten til prøvelse af Kommissionens realitetsvurdering i den anfægtede beslutning.

181 Det fremgår for det andet særligt af den appellerede doms præmis 275, 289 og 530, at Retten havde kendskab til grundene til, at Kommissionen havde valgt at godkende den pågældende fusion. Retten anvendte en række præmisser i dommen til at undersøge disse grundenes berettigelse. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at begrundelsespligten udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra begrundelsens materielle indhold, der henhører under spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede retsakt (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 67, og af 7.3.2002, sag C-310/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2289, præmis 48). En beslutnings begrundelse består i formelt at udtrykke de grunde, som beslutningen er baseret på. Hvis disse grunde er behæftet med fejl, vil beslutningens grundlags lovlighed være behæftet med fejl, men det vil dennes begrundelse ikke, idet

denne kan være tilstrækkelig, selv om den er udtryk for fejlagtige grunde. Det kan således ikke gøres gældende, at det ikke var muligt for Retten at udøve sin prøvelsesret (jf. analogt dommen i sagen Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl., præmis 112).

182 Appellanternes sjette anbringende skal således tages til følge, uden at det er nødvendigt at tage stilling til de kritikpunkter, der følger af denne doms præmis 158, 159 og 161.

183 Henset til de foregående bemærkninger skal appellanterne gives medhold i appellen.

Om den påståede kontraappel

184 Kommissionens svarskrift indeholder et særligt afsnit med »supplerende bemærkninger« vedrørende den anfægtede beslutnings »væsentligste begrundelse«. Kommissionen gør heri gældende, at Retten i sine konstateringer med hensyn til gengældelsesforanstaltningerne i den appellerede doms præmis 474 og 476 med urette havde betegnet dem som en væsentlig del af begrundelsen for den pågældende beslutning. Kommissionen er af den opfattelse, at såfremt det under den foreliggende sag skulle vise sig, at konstateringerne i den anfægtede beslutning vedrørende manglende gennemsigtighed på markedet ikke er behæftet med fejl, skal den pågældende beslutning erklæres lovlig, uanset om den måtte være behæftet med retlige fejl, for så vidt angår gengældelsesforanstaltningerne.

185 Impala har forstået disse bemærkninger i Kommissionens svarskrift som en kontraappel og har under henvisning til artikel 117, stk. 2, i Domstolens procesreglement fremsat sine bemærkninger hertil i et særskilt processkrift af 23. marts 2007. Efterfølgende har parterne fået tilladelse til at indgive yderligere indlæg vedrørende dette spørgsmål, hvoraf det sidste er indgået til Domstolens Justitskontor den 16. juli 2007,

uden at spørgsmålet om, hvorvidt Impala havde ret til at påberåbe sig artikel 117, stk. 2, var blevet besvaret.

186 Et anbringende kan i henhold til procesreglementets artikel 117, stk. 2, alene anses for en kontraappel, såfremt påstanden går ud på hel eller delvis ophævelse af den appellerede dom 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.

187 Det skal imidlertid understreges i denne forbindelse, at Kommissionen intetsteds i sit svarskrift har anvendt udtrykket »kontraappel«. Kommissionen har endvidere klart anført under proceduren, bl.a. under retsmødet, at den ikke med sine »supplerende bemærkninger« havde til hensigt at indgive en kontraappel.

188 Herefter skal det fastslås, at de pågældende bemærkninger ikke udgør en kontraappel. I modsætning til hvad Impala har anført, skal der således ikke tages stilling til dette.

Om hjemvisningen af sagen til Retten

189 I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen kan Domstolen, når den giver appellanten medhold, ophæve den af Retten truffene afgørelse. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

190 Da Retten alene har taget stilling til to ud af de fem anbringender, som Impala har gjort gældende til støtte for sine påstande, mener Domstolen ikke, at sagen er moden til påkendelse. Sagen skal derfor hjemvises til Retten, som i givet fald skal træffe afgørelse om Impalas søgsmålsinteresse.

191 Da sagen hjemvises til Retten, skal spørgsmålet om appelsagens omkostninger udsættes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) **Dommen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 13. juli 2006 i sagen Impala mod Kommissionen (sag T-464/04) ophæves.**

- 2) **Sagen hjemvises til De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans.**

- 3) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Underskrifter