

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)
den 10 juli 2008*

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	I - 5032
Bakgrund till tvisten	I - 5035
Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen	I - 5037
Parternas yrkanden	I - 5040
Överklagandet	I - 5043
Upptagande till sakprövning	I - 5043
Den allmänna invändningen om rättegångshinder	I - 5043
Invändning om rättegångshinder med hänvisning till att klagandena har underlåtit att ifrågasätta ett avgörande avsnitt i den överklagade domen	I - 5044
Prövning i sak	I - 5045
Den tredje grundens andra del: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten tillämpade för höga beviskrav i fråga om beslut om godkännande av företagskoncentrationer	I - 5046
— Den överklagade domen	I - 5046
— Parternas argument	I - 5046
— Domstolens bedömning	I - 5048
Den första grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten grundade sig på meddelandet om invändningar för att bedöma innehållet i det omtvistade beslutet	I - 5051
— Den överklagade domen	I - 5051

* Rättegångsspråk: engelska.

— Parternas argument	I - 5053
— Domstolens bedömning	I - 5054
Den andra grunden och den tredje grundens första del: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten ansåg att kommissionen borde ha gjort nya kontroller till följd av svaret på meddelandet om invändningar och tillämpade för höga beviskrav i fråga om de uppgifter som lämnades som svar på meddelandet om invändningar	I - 5060
— Den överklagade domen	I - 5060
— Parternas argument	I - 5061
— Domstolens bedömning	I - 5062
Den sjunde grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten grundade sig på bevisning som inte lämnats ut till parterna i företagskoncentrationen	I - 5065
— Den överklagade domen	I - 5065
— Parternas argument	I - 5066
— Domstolens bedömning	I - 5066
Den femte grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte beaktade de relevanta rättsliga kriterier som är tillämpliga i fråga om skapande eller förstärkning av en kollektiv dominerande ställning	I - 5067
— Den överklagade domen	I - 5067
— Parternas argument	I - 5070
— Domstolens bedömning	I - 5073
Den fjärde grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten överskred gränserna för den domstolsprövning som den har rätt att företa	I - 5078
— Den överklagade domen	I - 5078
— Parternas argument	I - 5079
— Domstolens bedömning	I - 5080
	I - 5029

Den sjätte grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten tillämpade ett felaktigt krav avseende motiveringen av beslut om godkännande av företagskoncentrationer	I - 5082
— Den överklagade domen	I - 5082
— Parternas argument	I - 5086
— Domstolens bedömning	I - 5089
Det påstådda anslutningsöverklagandet	I - 5094
Återförvisning av målet till förstainstansrätten	I - 5095

I mål C-413/06 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 3 oktober 2006,

Bertelsmann AG, Gütersloh (Tyskland), företrätt av P. Chappatte och J. Boyce, solicitors,

Sony Corporation of America, New-York (Förenta staterna), företrätt av N. Levy, barrister, samt av R. Snelders, avocat, och T. Graf, Rechtsanwalt,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Bryssel (Belgien), företrädd av S. Crosby och J. Golding, solicitors, samt av I. Wekstein, advocate,

sökande i första instans,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Whelan och K. Mojzesowicz, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

Sony BMG Music Entertainment BV, Vianen (Nederländerna), företrädd av N. Levy, barrister, samt av R. Snelders, avocat, och T. Graf, Rechtsanwalt,

intervenient i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis och U. Lohmus samt domarna E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits och A. Ó Caoimh (referent),

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 november 2007,

och efter att den 13 december 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Bertelsmann AG (nedan kallat Bertelsmann) och Sony Corporation of America (nedan kallat Sony) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 13 juli 2006 i mål T-464/04, Impala mot kommissionen (REG 2006, s. II-2289) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogiltigförklarade förstainstansrätten kommissionens beslut 2005/188/EG av den 19 juli 2004 om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (Ärende nr COMP/M.3333 – Sony/BMG) (EUT L 62, 2005, s. 30) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga bestämmelser

- ² I artikel 2.2 och 2.3 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, rättelse EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1, rättelse EGT L 40, 1998, s. 17 (nedan kallad förordningen), föreskrivs följande:

”2. En koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

3. En koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

3 Artikel 6.1 i förordningen har följande lydelse:

”Kommissionen skall pröva anmälan så snart den har mottagits.

...

c) ... [kommissionen skall], om den finner att den anmälda koncentrationen omfattas av denna förordning och ger anledning till allvarliga tvivel när det gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden, besluta att inleda ett förfarande.”

4 Enligt artikel 8.2 respektive 8.3 i förordningen får kommissionen inom ramen för ett formellt förfarande för granskning av huruvida en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden som har inletts med tillämpning av artikel 6.1 c i förordningen (nedan kallat det formella förfarandet) besluta att, i förekommande fall sedan de berörda företagen vidtagit ändringar avseende den anmälda koncentrationen, förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden

eller förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 8.5 a i förordningen får kommissionen återkalla det beslut som den har fattat enligt punkt 2 i den artikeln, om förklaringen om förenlighet med den gemensamma marknaden grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om den har erhållits på ett bedrägligt sätt.

5 Enligt artikel 10.1 i förordningen har kommissionen en frist på en månad för att besluta huruvida ett formellt förfarande ska inledas, utom i vissa situationer som inte är relevanta i förevarande fall. Enligt artikel 10.3 ska beslut om att förklara en anmäld koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden fattas inom högst fyra månader från dagen när det formella förfarandet inleddes. Enligt artikel 10.6 i förordningen ska en anmäld koncentration anses vara förenlig med den gemensamma marknaden om kommissionen inte, inom de tidsfrister som anges i artikel 10.1 respektive 10.3, har fattat beslut vare sig om att inleda det formella förfarandet eller om huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

6 Artikel 11 i förordningen avser de upplysningar som kommissionen vid fullgörandet av de uppgifter som den har tilldelats genom förordningen får begära av bland annat de anmälade parterna och av andra företag eller företagssammanslutningar, vid behov genom beslut. I artiklarna 14 och 15 i förordningen föreskrivs att böter eller löpande vite kan åläggas om oriktiga eller vilseledande uppgifter har lämnats.

7 Artikel 18.3 i förordningen har följande lydelse:

”Kommissionen skall fatta sitt beslut endast på grundval av de anmärkningar beträffande vilka parterna har haft möjlighet att framföra sina synpunkter. Vid förfarandet skall parternas rätt att gå i svaromål respekteras till fullo. Åtminstone de direkt berörda parterna skall få ta del av akten, varvid hänsyn skall tas till företags berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.”

- 8 Artikel 19 i förordningen avser samverkan mellan kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter. Enligt artikel 19.3 ska samråd ske med en rådgivande kommitté för koncentrationer innan beslut fattas enligt artikel 8.2–8.5 i förordningen. Enligt artikel 19.6 ska den rådgivande kommittén avge ett yttrande över kommissionens utkast till beslut, efter omröstning om så behövs.
- 9 Enligt artikel 3.1 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) (nedan kallad tillämpningsförordningen) ska anmälan om en företagskoncentration innehålla den information och de handlingar som krävs enligt CO-formuläret i bilagan till den förordningen.
- 10 I artikel 13.2 i tillämpningsförordningen anges bland annat att kommissionen ska sända sina invändningar skriftligen till de anmälande parterna och därvid ange inom vilken tidsfrist dessa skriftligen får inkomma med synpunkter till kommissionen.

Bakgrund till tvisten

- 11 Förstainstansrätten har i punkterna 1–11 i den överklagade domen redogjort för bakgrunden till tvisten på följande sätt:

”1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) är en internationell sammanslutning, bildad enligt belgisk rätt, för 2 500 oberoende musikproduktionsbolag.

- 2 Den 9 januari 2004 mottog kommissionen en anmälan i enlighet med [förordningen] om en koncentration varigenom företagen Bertelsmann... och Sony... planerade att samla sin världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik.
- 3 Bertelsmann är ett internationellt mediaföretag... verksamt på musikinspelningsmarknaden genom sitt helägda dotterbolag Bertelsmann Music Group (BMG).....
- 4 ... Sony bedriver sin verksamhet för inspelad musik genom Sony Music Entertainment....
- 5 Den föreslagna koncentrationen innebär att parternas världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik (med undantag för Sonys verksamhet i Japan) skall koncentreras till tre eller flera nya företag, bildade enligt ett avtal om integrerad verksamhet, 'Business Contribution Agreement', av den 11 december 2003. Dessa gemensamma företag skall marknadsföras tillsammans under namnet Sony BMG.
- 6 Enligt avtalet skall Sony BMG arbeta med upptäckt och lansering av artister (en verksamhet som kallas A & R, Artist and Repertoire) och i förlängningen marknadsföring och skivförsäljning. Sony BMG kommer inte att bedriva någon verksamhet inom närliggande områden som utgivning av musik, produktion och distribution.
- 7 Den 20 januari 2004 sände kommissionen ett frågeformulär till ett antal marknadsaktörer. [Impala] besvarade detta frågeformulär och lämnade in en separat skrivelse den 28 januari 2004..., i vilken redovisades de skäl som enligt [Impala] skulle föranleda kommissionen att förklara att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden. I skrivelsen uttryckte [Impala] sina farhågor angående den ökade koncentrationen på marknaden och vilken inverkan denna

skulle få på tillträdet till marknaden, inklusive distributionssektorn, media, Internet samt konsumenternas valmöjligheter.

- 8 Genom beslut av den 12 februari 2004 fastställde kommissionen att den anmälda koncentrationen väckte allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), och inledde ett [formellt] förfarande

- 9 Den 24 maj 2004 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till parterna i koncentrationen, i vilket den preliminärt fastslagit att den anmälda koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion, eftersom den skulle stärka en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik och på grossistmarknaden för nätmusiklicenser och, eftersom den skulle samordna moderföretagens beteende på ett sätt som är oförenligt med artikel 81 EG.

- 10 Parterna i koncentrationen svarade på meddelandet om invändningar och en utfrågning ägde rum inför förhørsombudet den 14 och den 15 juni 2004 i närvaro av bland annat [Impala].

- 11 Genom [det omtvistade beslutet] fann kommissionen att koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 8.2 i förordningen....”

Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

- 12 Impala väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 december 2004, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Till stöd för sin talan åberopade Impala fem grunder, uppdelade i flera delgrunder.

- 13 När det gäller den första grunden, som avsåg en förstärkning av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning, prövade förstainstansrätten, efter att först ha lämnat några allmänna synpunkter på begreppet kollektiv dominerande ställning, argumentet att det i det omtvistade beslutet inte med tillräcklig rättslig säkerhet förklaras varför rabatterna, särskilt kampanjrabatterna, utgör ett hinder för den insyn som är nödvändig för att en kollektiv dominerande ställning ska kunna utvecklas.
- 14 Efter att ha kommit fram till den slutsats som anges i punkt 325 i den överklagade domen, det vill säga att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering, prövade förstainstansrätten, i punkterna 327–458 i domen, i fullständighetens intresse Impalas argument, att de omständigheter som kommissionen anfört för att visa att det inte fanns tillräcklig insyn på marknaden för inspelad musik innehöll uppenbart oriktiga bedömningar.
- 15 I detta sammanhang påpekade förstainstansrätten bland annat, i punkt 373 i den överklagade domen, att det både av det omtvistade beslutet och av kommissionens argumentation vid förstainstansrätten framgick att den enda faktor som det hänvisats till som grumlar insynen på marknaden var att kampanjrabatterna var mindre genomsynliga. Förstainstansrätten konstaterade i punkterna 377 och 378 i den överklagade domen dels att bevisningen, på det sätt som den tagits upp i det omtvistade beslutet, inte styrkte de slutsatser som kommissionen dragit av den, dels att dessa slutsatser också skiljde sig markant från konstaterandena i meddelandet om invändningar.
- 16 I punkterna 475 och 476 i den överklagade domen kom förstainstansrätten fram till följande slutsatser avseende den första av de anförda grunderna:

”475 ... påståendet att det inte finns tillräcklig insyn i marknaderna för inspelad musik för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning [är] inte ... tillräckligt motiverat och innehåller en uppenbart oriktig bedömning, genom att de uppger det grundar sig på är ofullständiga och inte inbegriper samtliga

relevanta fakta som borde ha beaktats av kommissionen, och inte är av sådant slag att de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits av dem. Eftersom påståendet utgör ett huvudsakligt motiv,... utifrån vilket kommissionen drog slutsatsen... att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning, skall [det omtvistade] beslutet ogiltigförklaras av denna anledning.

476 I analysen angående repressalier har kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, eller i varje fall en uppenbart oriktig bedömning, och eftersom denna analys utgör det andra huvudsakliga motivet utifrån vilket kommissionen dragit slutsatsen i [det omtvistade] beslutet att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning motiverar även denna felaktighet en ogiltigförklaring av [det omtvistade] beslutet.”

17 Som andra grund vid förstainstansrätten anförde Impala att kommissionen hade åsidosatt artikel 253 EG, gjort en uppenbart oriktig bedömning och gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte finna att den planerade sammanslagningen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik.

18 I punkt 527 i den överklagade domen återgav förstainstansrätten kommissionens analys i det omtvistade beslutet av vilka riskerna var för att det skulle skapas en kollektiv dominerande ställning och konstaterade därefter, i punkt 528 i domen, följande:

”... dessa få synpunkter, som är alldeles för ytliga, och faktiskt av rent formellt slag, [kan] inte ... anses vara tillräckliga för att uppfylla kommissionens skyldighet att göra en analys av den kommande utvecklingen..., särskilt som koncentrationen i förevarande fall vållar allvarliga problem. Oberoende av förstainstansrättens bedömning av den första grunden, framgår det både av den omständigheten att kommissionen har tvingats till utförliga redogörelser i [det omtvistade] beslutet för att kunna dra slutsatsen att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning före sammanslagningen och av det faktum att den i meddelandet om invändningar, efter fem månaders utredning, drog slutsatsen att det redan fanns en sådan ställning, att frågan huruvida det föreligger en risk för att sammanslagningen mellan två av de fem [stora skivbolagen, nedan kallade de stora företagen] skapar en kollektiv dominerande

ställning *a fortiori* vållar allvarliga problem som kräver en mer ingående undersökning. Eftersom en sådan undersökning inte har gjorts följer det redan av detta enda skäl att den andra grunden är berättigad.”

- 19 I fullständighetens intresse slog förstainstansrätten, i punkt 539 i den överklagade domen, fast att kommissionen inte, utan att göra något fel, kunde grunda sig på att det inte fanns några bevis på att det förekommit motåtgärder tidigare för att fastslå att den aktuella koncentrationen inte medförde en risk för att en kollektiv dominerande ställning skapades.
- 20 Förstainstansrätten konstaterade under dessa omständigheter att talan kunde vinna bifall på den första och den andra grunden, och ogiltigförklarade det omtvistade beslutet utan att pröva den tredje, den fjärde och den femte grunden.

Parternas yrkanden

- 21 Klagandena har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen,

- ogilla Impalas talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet eller i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten, och

- förplikta Impala att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande förfarande.

Genom de sju grunderna för överklagandet, varav vissa är uppdelade i flera delgrunder, har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten i den överklagade domen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning, när den

- grundade sig på meddelandet om invändningar för att bedöma innehållet i det omtvistade beslutet,

- ansåg att kommissionen borde ha gjort nya kontroller till följd av svaret på meddelandet om invändningar,

- tillämpade för höga och felaktiga beviskrav i fråga om beslut om godkännande av företagskoncentrationer,

- överskred gränserna för den domstolsprövning som den har rätt att företa,

- inte beaktade de relevanta rättsliga kriterier som är tillämpliga i fråga om skapande eller förstärkning av en kollektiv dominerande ställning,

- tillämpade ett felaktigt krav avseende motiveringen av beslut om godkännande av företagskoncentrationer, och

- grundade sig på bevisning som inte lämnats ut till parterna i företagskoncentrationen.

- 23 Sony BMG Music Entertainment BV har fullt ut anslutit sig till överklagandet och klagandenas yrkanden.
- 24 Kommissionens yrkanden sammanfaller i huvudsak med klagandenas yrkanden. Kommissionen stöder den första, den andra och den fjärde grunden samt den tredje grundens första del.
- 25 Impala har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna. Impala har inledningsvis gjort gällande att överklagandet, delvis eller i sin helhet, inte kan tas upp till sakprövning. Impala anser vidare att överklagandet under inga omständigheter kan medföra att den överklagade domen upphävs, eftersom klagandena inte har invänt mot punkt 528 i den överklagade domen, vilken i sig är tillräcklig för att motivera en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 26 Klagandena och kommissionen har yrkat att invändningen om rättegångshinder ska ogillas och att argumentationen ovan i punkt 25 beträffande punkt 528 i den överklagade domen ska underkännas.
- 27 I slutet av sin svarsskrivelse har kommissionen lagt fram ”kompletterande synpunkter” avseende de ”huvudsakliga motiven” till det omtvistade beslutet. Impala har invänt mot dessa synpunkter och har hänvisat till artikel 117.2 i domstolens rättegångsregler. Synpunkterna i fråga stöds av klagandena.

Överklagandet

Upptagande till sakprövning

Den allmänna invändningen om rättegångshinder

28 Impala har inledningsvis gjort gällande att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det utgör ett försök att på nytt få till stånd en prövning av faktiska omständigheter som rör den bristfälliga motiveringen av det omtvistade beslutet och en uppenbart oriktig bedömning i detta, vilka redan har prövats av förstainstansrätten. Överklagandet syftar i betydande utsträckning till att försöka få till stånd en ny prövning av de faktiska omständigheterna, vilket faller utanför domstolens behörighetsområde. I detta sammanhang har Impala vidare hävdats att frågan om huruvida ett beslut är tillräckligt motiverat utgör en faktisk omständighet. Impala har slutligen påpekat att sammanslutningens svar avseende de grunder som klagandena anfört endast är av subsidiär karaktär.

29 Domstolen erinrar härvid om att det framgår av artikel 225 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga att ett överklagande ska begränsas till rättsfrågor. Förstainstansrätten är således ensam behörig dels att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels att bedöma dessa faktiska omständigheter. När förstainstansrätten har fastställt eller bedömt de faktiska omständigheterna, är domstolen enligt artikel 225 EG behörig att pröva förstainstansrättens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav. Domstolen är således varken behörig att fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta eller, i princip, att bedöma den bevisning som förstainstansrätten har godtagit till stöd för dessa omständigheter. När bevisningen har förebringats på rätt sätt och när de allmänna rättsgrundsatser och processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits, är det endast förstainstansrätten som ska bedöma vilket värde som uppgifterna i målet ska tillmätas. Med förbehåll för det fall bevisningen har missuppfattats utgör denna bedömning således inte en rättsfråga som i sig är underställd domstolens prövning i mål om överklagande (se bland annat dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkterna 23 och 24, av den 6 april 2006 i mål

C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, REG 2006, s. I-3173, punkterna 51 och 52, samt av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2007, s. I-3921, punkt 41).

- 30 Det ska vidare erinras om att enligt domstolens rättspraxis utgör frågan om motiveringingsskyldighetens räckvidd en rättsfråga som ska prövas av domstolen i mål om överklagande. Den prövning av ett besluts lagenlighet som domstolen härvid utövar ska med nödvändighet omfatta de omständigheter som förstainstansrätten har lagt till grund för sin slutsats enligt vilken en motivering är tillräcklig eller otillräcklig (se dom av den 20 november 1997 i mål C-188/96 P, kommissionen mot V, REG 1997, s. I-6561, punkt 24, och av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 453).
- 31 I förevarande mål har klagandena, såsom framgår särskilt av punkt 22 ovan, och tvärtemot vad Impala har hävdat, inte avsett att genom sitt överklagande ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna i sig. De har däremot i huvudsak gjort gällande rättsfrågor som lagenligen kan vara föremål för ett överklagande. Impalas allmänna invändning om rättegångshinder ska således ogillas. I den mån Impala mer precist har gjort gällande att vissa särskilda delar i överklagandet inte kan tas upp till sakprövning, ska dessa påståenden behandlas inom ramen för prövningen av respektive grund.

Invändning om rättegångshinder med hänvisning till att klagandena har underlåtit att ifrågasätta ett avgörande avsnitt i den överklagade domen

- 32 Impala har påpekat att förstainstansrätten i punkt 528 i den överklagade domen konstaterade att kommissionen inte hade gjort någon analys av den kommande utvecklingen för att ta reda på om den aktuella koncentrationen kunde leda till en kollektiv dominerande ställning, och att förstainstansrätten ansåg att den andra av de av Impala anförda grunderna redan av detta skäl var berättigad, vilket i sig var tillräckligt för att ogiltigförklara det omtvistade beslutet. Enligt Impalas åsikt ska överklagandet således ogillas även om klagandena vinner framgång med en eller flera av

de åberopade grunderna, eftersom de inte har ifrågasatt konstaterandet att det inte hade gjorts någon analys av den kommande utvecklingen.

33 I detta hänseende räcker det att konstatera att det i de inledande anmärkningarna till överklagandet, vid uppräknningen av de avsnitt i den överklagade domen som särskilt kritiserats, uttryckligen hänvisas till punkt 528, liksom till punkterna 533, 539 och 541 i nämnda dom, vilka också avser frågan om skapandet av en kollektiv dominerande ställning.

34 Under dessa förhållanden kan det inte med framgång hävdas att överklagandet är begränsat till förstainstansrättens resonemang avseende frågan om förstärkning av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden och att det därför ska avvisas i sin helhet.

Prövning i sak

35 De sju grunder som har anförts av klagandena överlappar delvis varandra. Den första till den fjärde grunden samt den sjunde grunden avser förstainstansrättens prövning särskilt med avseende på bevisfrågor. Den femte grunden avser begreppet kollektiv dominerande ställning. Den sjätte grunden avser förstainstansrättens bedömning vad gäller den bristfälliga motiveringen av det omtvistade beslutet.

36 Prövningen i sak av överklagandet i förevarande mål ska inledningsvis avse de grunder som rör förstainstansrättens tillämpning av beviskraven, och allra först ska den tredje grundens andra del prövas.

Den tredje grundens andra del: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten tillämpade för höga beviskrav i fråga om beslut om godkännande av företagskoncentrationer

— Den överklagade domen

37 Av bland annat punkterna 289, 366 och 459 i den överklagade domen framgår att förstainstansrätten har undersökt om de uppgifter som det omtvistade beslutet grundade sig på var av sådant slag att de motiverade kommissionens bedömning i beslutet att det inte fanns tillräcklig insyn på de relevanta marknaderna för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

— Parternas argument

38 Klagandena har genom sin tredje grund gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa felaktiga och för höga beviskrav i fråga om beslut om godkännande av företagskoncentrationer. Genom denna grundens andra del har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en oriktig tolkning av de beviskrav som är tillämpliga på sådana beslut.

39 Klagandena anser att eftersom ett beslut av kommissionen om förbud mot en företagskoncentration ska vara välgrundat, ska kommissionen, särskilt när den stöder sig på ett antagande om kollektiv dominerande ställning, godkänna den anmälda företagskoncentrationen om den inte har kunnat samla in bevis som uppfyller de höga krav som gemenskapsdomstolarna ställer för att ett sådant förbud ska vara berättigat. Det framgår särskilt av artikel 10.6 i förordningen att det system som fastställs i förordningen innebär att kommissionen måste godkänna en koncentration, om den inte på grundval av övertygande bevisning kan visa att konkurrensen skadas.

40 Klagandena har i detta sammanhang dessutom gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte anse att kommissionen måste uppfylla högre beviskrav vid förbud mot en företagskoncentration än vid godkännande av en koncentration, eftersom ett förbud utgör en allvarlig begränsning av de anmälade parternas kommersiella frihet och det föreligger en presumtion om att företagskoncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden. De anser att det av rättspraxis framgår att kommissionen måste bevisa att ett förbud mot en företagskoncentration är välgrundat med tillämpning av ett strängare kriterium än enbart en sannolikhetsbedömning och att kommissionen, följaktligen, inte är underställd samma beviskrav vid ett beslut om godkännande av en företagskoncentration som vid ett beslut om förbud mot en sådan koncentration. För att uppfylla ett strängare krav än enbart en sannolikhetsbedömning behöver kommissionen egentligen endast bevisa att ett beslut om förbud mot en företagskoncentration är välgrundat. Underlåtenheten att erkänna ett sådant "asymmetriskt" beviskrav har enligt klaganden präglat förstainstansrättens bedömning av det omtvistade beslutet och den bevisning som kommissionen grundade sig på.

41 Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten följaktligen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att kräva att kommissionen skulle bevisa att det inte fanns någon insyn på marknaden för inspelad musik, när den i stället borde ha prövat om det vid tidpunkten för det omtvistade beslutet fanns tillräckliga bevis för att fastställa att sådan insyn förelåg. Denna felaktiga rättstillämpning medför att hela den överklagade domen blir felaktig och särskilt, i vissa avseenden som beskrivs närmare i de inledande anmärkningarna till överklagandet, punkterna 381–387, 389, 420, 428, 429 och 433 däri.

42 Att godta klagandenas argumentation till stöd för den tredje grundens andra del och erkänna att det föreligger en presumtion för att företagskoncentrationer ska godkännas kan enligt Impala få allvarliga återverkningar på systemet för kontroll av företagskoncentrationer, till exempel en risk för att systemet missbrukas. Klagandena bortser i sin argumentation från den känsliga balans som genom gemenskapslagstiftningen om kontroll av företagskoncentrationer har skapats mellan privata och offentliga intressen och kommissionens "symmetriska dubbla skyldighet" att förbjuda företagskoncentrationer som är oförenliga med den gemensamma marknaden och godkänna koncentrationer som är förenliga med den. De beviskrav som ställs i detta hänseende är att det görs en sannolikhetsbedömning, och det åligger kommissionen

att avgöra vad som är mest sannolikt. Impala har även påpekat att förstainstansrätten konstaterade att kommissionen hade samlat in övertygande bevisning för att det förelåg insyn på de berörda marknaderna, men ändå slutligen bedömde att insynen var otillräcklig, eftersom det förekom kampanjrabatter med ”sämre insyn”. Vidare konstaterade förstainstansrätten att den bevisning som ansågs visa att insynen var otillräcklig inte styrkte detta.

- 43 Impala anser dessutom att det förefaller som om klagandena genom de argument som angetts ovan i punkt 41 uppmanar domstolen att göra en annan bedömning av de faktiska omständigheterna än förstainstansrätten.

— Domstolens bedömning

- 44 Det ska inledningsvis påpekas att det av domstolens rättspraxis framgår att påståendet att tillämpliga bevisregler inte har iakttagits utgör en rättsfråga som kan prövas i ett mål om överklagande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287, punkt 65, och av den 25 januari 2007 i de förenade målen C-403/04 P och C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen, REG 2007, s. I-729, punkt 40). I den utsträckning Impala genom sin allmänna invändning om rättegångshinder specifikt har gjort gällande att den tredje grunden ska avvisas i sin helhet kan den argumentationen således inte godtas.
- 45 När det gäller prövningen i sak utgår klagandena i den tredje grundens andra del, såsom Impala har påpekat, ifrån att beviskraven är olika beroende på om det rör sig om ett beslut om godkännande av en företagskoncentration eller ett beslut om förbud mot en sådan koncentration. I detta sammanhang har parterna inte bestritt att förstainstansrätten i den överklagade domen tillämpade samma beviskrav avseende det omtvistade beslutet, vilket är ett beslut om godkännande av en företagskoncentration, som den skulle ha tillämpat avseende ett beslut om förbud mot en företagskoncentration.

- 46 I detta hänseende ska det inledningsvis påpekas att det inte finns något i ordalydelsen i artikel 2.2 och 2.3 i förordningen som anger att det ställs olika beviskrav vid beslut om godkännande av en företagskoncentration å ena sidan och beslut om förbud mot en sådan koncentration å andra sidan.
- 47 Som domstolen redan tidigare har konstaterat utgör en analys av den kommande utvecklingen, vilken är nödvändig vid kontroll av företagskoncentrationer, en prövning av hur en koncentration kan ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på en viss marknad, i syfte att kontrollera huruvida denna koncentration påtagligt skulle komma att hämma en effektiv konkurrens. En sådan analys innebär att det är nödvändigt att föreställa sig olika händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkt 43).
- 48 I motsats till vad klagandena har hävdats kan man således inte av förordningen dra slutsatsen att det föreligger en allmän presumtion om en anmäld företagskoncentrations förenlighet eller oförenlighet med den gemensamma marknaden.
- 49 Denna tolkning av förordningen påverkas inte av artikel 10.6 i förordningen, där det anges att en anmäld företagskoncentration ska anses förenlig med den gemensamma marknaden om kommissionen inte inom den fastställda fristen har fattat ett beslut om huruvida koncentrationen är förenlig. Denna bestämmelse är nämligen ett specifikt uttryck för det krav på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i förordningen och som innebär att kommissionen måste iaktta strikta tidsfrister för att fatta sitt slutliga beslut (se dom av den 18 december 2007 i mål C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mot kommissionen, REG 2007, s. I-12129, punkt 39). Den nämnda bestämmelsen utgör ett undantag från den allmänna systematiken i förordningen, vilken framgår särskilt av artiklarna 6.1 och 8.1 i förordningen och enligt vilken kommissionen uttryckligen ska fatta beslut avseende de företagskoncentrationer som anmäls till den.
- 50 Det är visserligen riktigt att det av domstolens rättspraxis framgår att kommissionens beslut om företagskoncentrationers förenlighet med den gemensamma marknaden

ska stödjas av tillräckligt betydelsefulla och samstämmiga uppgifter (se, för ett liknande resonemang dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, kallade Kali & Salz, REG 1998, s. I-1375, punkt 228) och att kvalitén på de bevis som kommissionen framställer för att visa att det krävs ett beslut om att den aktuella koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden är särskilt viktig vid bedömningen av en koncentration av konglomerattyp (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 44).

- 51 Av detta kan man emellertid inte dra slutsatsen att kommissionen, särskilt när denna stöder sig på ett antagande om kollektiv dominerande ställning, måste uppfylla högre beviskrav vid beslut om förbud mot en företagskoncentration än vid beslut om godkännande av en företagskoncentration. Denna rättspraxis speglar nämligen enbart bevisningens grundläggande uppgift, som är att visa att ett antagande är riktigt eller, som när det gäller kontroll av företagskoncentrationer, att styrka den bedömning som ligger till grund för kommissionens beslut (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkterna 41 och 44). Huruvida det är fråga om ett antagande om en kollektiv dominerande ställning ska inte i sig inverka på de tillämpliga beviskraven. Den inneboende komplexiteten i ett antagande om att en anmäld företagskoncentration kan hämma konkurrensen utgör förvisso en faktor som måste beaktas vid bedömningen av koncentrationens konsekvenser, i syfte att identifiera de konsekvenser som är troligast, men denna komplexitet påverkar inte i sig de krav som ställs på bevisningen.
- 52 Av det ovan anförda följer att när en företagskoncentration anmäls till kommissionen i enlighet med förordningen, är kommissionen i princip skyldig att antingen godkänna koncentrationen eller förbjuda den, beroende på vilken ekonomisk utveckling den bedömer vara den troligaste följden av koncentrationen.
- 53 Det är således med orätt som klagandena har hävdad att förstainstansrätten, eftersom det rör sig om ett beslut om godkännande av en företagskoncentration, endast borde ha prövat huruvida kommissionen, genom att tillämpa särskilt höga beviskrav, kunde ha förbjudit den omtvistade företagskoncentrationen. Utan att det är nödvändigt att

ta ställning till huruvida de särskilda påståendena avseende de punkter i den överklagade domen som angetts ovan i punkt 41 kan tas upp till sakprövning måste det konstateras att påståendena under alla omständigheter inte kan godtas, eftersom den underliggande premissen saknar grund.

- 54 Mot bakgrund av ovanstående överväganden kan överklagandet således inte vinna bifall såvitt avser den tredje grundens andra del.

Den första grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten grundade sig på meddelandet om invändningar för att bedöma innehållet i det omtvistade beslutet

— Den överklagade domen

- 55 På flera ställen i den överklagade domen, bland annat i punkterna 379, 424 och 446, hänvisade förstainstansrätten till meddelandet om invändningar till stöd för sitt resonemang, både när det gäller grunden om bristfällig motivering av det omtvistade beslutet och grunden om uppenbart oriktiga bedömningar i samband med beslutet.
- 56 Vid prövningen av grunden om bristfällig motivering av det omtvistade beslutet konstaterade förstainstansrätten bland annat följande:

”282 Först skall inverkan av den omständighet som [Impala] tagit upp prövas, det vill säga att kommissionen i meddelandet om invändningar eftertryckligen slagit fast att koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden, särskilt av det skälet att det redan förelåg en kollektiv dominerande ställning före den planerade koncentrationen och att det råde stor insyn på marknaden för inspelad musik och att den var särskilt lämpad för samordning.

- 283 Denna helomvändning i kommissionens ståndpunkt kan förvisso tyckas förvånande, inte minst med tanke på hur sent den gjordes. Som framgår av handlingarna i målet och av diskussionerna i förstainstansrätten ansåg kommissionen under hela det administrativa förfarandet, på grundval av all information den fått under fem månaders undersökning från såväl olika marknadsaktörer som från parterna i koncentrationen, att marknaden var tillräckligt öppen för att möjliggöra en tyst prissamverkan, och det var inte förrän den argumentation som lades fram av parterna i koncentrationen, vilka assisterades av sin ekonomiske rådgivare, vid utfrågningen den [14] och den [15] juni 2004, som kommissionen, utan att göra några nya marknadsundersökningar, intog motsatt ståndpunkt och den 1 juli 2004 sände förslaget till beslut till den rådgivande kommittén.
- 284 Kommissionen har med rätta gjort gällande att det framgår av rättspraxis ([dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, *British American Tobacco*] och *Reynolds [Industries]* mot kommissionen[, REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247]) att när kommissionen avslår en ansökan i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204[; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8]) räcker det att den utvecklar på vilka grunder den har ansett att det inte är möjligt att visa att det skett någon överträdelse av konkurrensreglerna. Den är alltså inte skyldig att redogöra för eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar, vilket utgör en förberedande handling med bedömningar av rent provisorisk karaktär som har till uppgift att precisera syftet med det administrativa förfarandet i förhållande till de företag som är föremål för detta förfarande och den är inte heller skyldig att diskutera alla faktiska och rättsliga spørsmål som behandlats under det administrativa förfarandets gång. I domen [av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P,] *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*[, REG 2004, s. I-123]), erinrar domstolen om att ett meddelande om invändningar är av provisorisk karaktär och att kommissionen har skyldighet att beakta de omständigheter som framkommer under det administrativa förfarandet för att bland annat kunna dra tillbaka de invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda.
- 285 Det skall visserligen noteras att denna rättspraxis utvecklades till följd av förfaranden för tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 EG och inte inom det särskilda området för kontroll av företagskoncentrationer, inom vilket iakttagandet av bindande tidsfrister som styr kommissionens antagande av beslut

inte tillåter den att förlänga sin undersökning, vilket gör en genomgripande ändring av en ståndpunkt allt mindre trolig allteftersom det administrativa förfarandet fortskrider. I sin avslutande kommentar har kommissionen för övrigt betonat att de utredningsåtgärder som vidtagits efter utfrågningen huvudsakligen bestått i att konsultera marknadsaktörerna angående de föreslagna åtagandena och inte gällt invändningarna mot den anmälda företagskoncentrationen. Faktum kvarstår dock att meddelandet om invändningar endast utgör en förberedande handling och att det slutliga beslutet inte kan grunda sig på annat än samtliga omständigheter och relevanta faktorer för en bedömning av den planerade sammanslagningens inverkan på konkurrensen på referensmarknaderna. Av detta följer att enbart den omständigheten att kommissionen inte i själva beslutet förklarat sin ändrade ståndpunkt i förhållande till den ståndpunkt som meddelandet om invändningar innehåller som sådan inte kan utgöra en avsaknad av eller en bristfällig motivering.”

— Parternas argument

57 Klagandena har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att använda meddelandet om invändningar som referenspunkt för utvärderingen av innehållet i det omtvistade beslutet, vilket innebar att rätten till försvar åsidosattes.

58 Klagandena anser att den jämförelse som förstainstansrätten gjorde mellan det omtvistade beslutet och kommissionens preliminära slutsatser i meddelandet om invändningar inte kan utgöra grund för slutsatserna i den överklagade domen avseende motiveringen av det omtvistade beslutet och kommissionens bedömning i detta. Vad gäller förstainstansrättens bedömning av motiveringen av det omtvistade beslutet har klagandena hänvisat till punkterna 300, 302 och 308 i den överklagade domen. Beträffande förstainstansrättens prövning av argumenten om uppenbart oriktiga bedömningar har klagandena ifrågasatt punkterna 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 och 538 i den överklagade domen.

59 Till stöd för klagandenas argument avseende denna grund har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten i en stor del av den överklagade domen, i strid med den rättspraxis som förstainstansrätten själv hänvisade till i punkt 284 i domen – men enbart genom en ”rent formell hänvisning” – inte granskade det omtvistade beslutet som sådant för att klargöra huruvida det var tillräckligt motiverat eller huruvida det, när det gäller grunden om ett materiellt fel, innehöll felaktigheter vad gäller de faktiska omständigheterna eller en uppenbart oriktig bedömning, utan i stället inriktade sig på att klargöra huruvida meddelandet om invändningar var ogrundat. Eftersom vissa omständigheter inte nämndes i meddelandet om invändningar drog förstainstansrätten således, enligt kommissionen, slutsatsen att de inte hade någon betydelse när det gällde att bedöma de konsekvenser i allmänhet som företagskoncentrationen kunde få. Trots att kommissionen i det omtvistade beslutet preciserade vissa slutsatser där den hade uttryckt sig med större säkerhet i meddelandet om invändningar, grundade sig förstainstansrätten på bedömningen i nämnda meddelande när den gjorde sin prövning.

60 Impala har gjort gällande att förstainstansrätten hänvisade till vissa utdrag ur meddelandet om invändningar enbart för att understryka inre motsägelser i det omtvistade beslutet självt och avsaknaden av stöd för de konstateranden som görs i det. Förstainstansrätten slog uttryckligen fast att meddelandet om invändningar utgör en förberedande handling, att konstaterandena i det endast är preliminära och att kommissionen inte behöver förklara skillnader mellan meddelandet och det omtvistade beslutet.

— Domstolens bedömning

61 Av domstolens rättspraxis framgår att principen om ett kontradiktoriskt förfarande, vilken utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip som särskilt ingår i rätten till försvar, förutsätter att det berörda företaget har getts tillfälle att under det administrativa förfarandet framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående att EG-fördraget har överträtts (se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, *Transocean Marine Paint Association mot kommissionen*, REG 1974, s. 1063, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 2, s. 367, och av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkt 10, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, samt domen i de

ovannämnda förenade målen Kali & Salz, punkt 174, och i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 66).

- 62 När det gäller de förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer som omfattas av förordningen, fastställs denna princip i artikel 18.3 andra meningen i förordningen och mer precist i artikel 13.2 i tillämpningsförordningen. I dessa bestämmelser anges bland annat att kommissionen ska underrätta de anmälade parterna om sina invändningar skriftligen och därvid ange en tidsfrist inom vilken de anmälade parterna skriftligen får inkomma med synpunkter.
- 63 Av en analog tillämpning av rättspraxis beträffande artiklarna 81 EG och 82 EG följer att meddelandet om invändningar är en förberedande administrativ handling som, i syfte att säkerställa att rätten till försvar verkligen iakttas, avgränsar föremålet för det administrativa förfarande som kommissionen inlett, så att kommissionen hindras från att i det slutliga beslutet stödja sig på andra invändningar (se särskilt beslut av den 18 juni 1986 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, REG 1986, s. 1899, punkterna 13 och 14). Det ligger således i sakens natur att meddelandet om invändningar är preliminärt och att kommissionen kan komma att ändra ståndpunkt när den senare fattar sitt beslut med hänsyn till parternas yttranden och andra konstateranden av de faktiska omständigheterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet SGL Carbon mot kommissionen, punkt 62). Kommissionen måste beakta alla uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet antingen för att kunna dra tillbaka invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda eller för att kunna sammanställa och komplettera sina faktiska och rättsliga argument till stöd för de invändningar som kvarstår. Ett meddelande om invändningar hindrar således inte på något sätt att kommissionen ändrar sin ståndpunkt till förmån för de berörda företagen (se beslutet i de ovannämnda förenade målen British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, punkt 13).
- 64 Av det ovanstående följer att kommissionen inte är bunden att hålla fast vid den bedömning av de faktiska och rättsliga omständigheterna som den gjort i meddelandet om invändningar. Kommissionen ska tvärtom grunda sitt slutliga beslut på en slutgiltig bedömning som grundar sig på resultaten av hela utredningen såsom de

föreligger vid tidpunkten när det formella förfarandet avslutas (se analogt beslutet i de ovannämnda förenade målen British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, punkt 15).

- 65 Kommissionen är inte heller skyldig att förklara eventuella avvikelser från den preliminära bedömningen i meddelandet om invändningar (se, för ett liknande resonemang, beslutet i de ovannämnda förenade målen British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, punkt 15, och domen i de ovannämnda förenade målen British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, punkt 70).
- 66 Den omständigheten att kommissionen vid kontroll av företagskoncentrationer, till skillnad från vad som är fallet inom ramen för tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG, är underkastad strikta tidsfrister för förfarandet ändrar inte den provisoriska karaktären på meddelandet om invändningar. Ett effektivt utövande av rätten till försvar förutsätter nämligen att de argument som parterna i en anmäld företagskoncentration framför inom ramen för ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer beaktas, i samma utsträckning som de argument som framförs av berörda parter i förfaranden som inleds genom tillämpning av artiklarna 81 EG eller 82 EG.
- 67 Det är riktigt att förstainstansrätten i den överklagade domen, bland annat i punkterna 284 och 285, uttryckligen slog fast att meddelandet om invändningar är av förberedande karaktär, även då det rör sig om kontroll av företagskoncentrationer. Förstainstansrätten slog även fast att kommissionen enligt den rättspraxis som rör artiklarna 81 EG och 82 EG inte är skyldig att förklara eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar.
- 68 Mot bakgrund av de argument som klagandena och kommissionen anfört och som återgetts ovan i punkterna 58 och 59 finns det anledning att pröva deras invändningar avseende en rad konkreta hänvisningar till meddelandet om invändningar som förstainstansrätten gjorde inom ramen för sin prövning av lagenligheten av det omtvistade beslutet.
- 69 I detta hänseende framgår det av rättspraxis att även om förstainstansrättens prövning när det gäller kontroll av företagskoncentrationer, som är ett område inom vilket kommissionen har ett utrymme för skönsässig bedömning avseende ekonomiska frågor, begränsas till en kontroll av att uppgifterna om de faktiska omständigheterna

är materiellt riktiga och att det inte skett en uppenbart oriktig bedömning, kan ändå en domstolsprövning göras av huruvida de uppgifter som ligger till grund för ett beslut är riktiga, fullständiga och tillförlitliga (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 39, och dom av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing, REG 2007, s. I-9947, punkterna 56 och 57). Det är nämligen bland annat på detta sätt som gemenskapsdomstolen kan kontrollera om de faktiska och rättsliga omständigheter som är av betydelse för den skönmässiga bedömningen föreligger (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, punkt 14; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453). Av det ovanstående följer att förstainstansrätten, trots att meddelandet om invändningar är av förberedande och provisorisk karaktär och trots att kommissionen inte är skyldig att förklara eventuella avvikelser från ett sådant meddelande, inte nödvändigtvis är förhindrad att använda sig av meddelandet om invändningar för att tolka ett beslut av kommissionen, särskilt när det gäller prövningen av de faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet.

70 De hänvisningar till meddelandet om invändningar som förstainstansrätten gjorde i punkterna 300, 302 och 308 i den överklagade domen inom ramen för sin bedömning av motiveringen av det omtvistade beslutet, är, såsom generaladvokaten Kokott påpekade huvudsakligen i punkterna 165 och 166 i sitt förslag till avgörande, av en rent illustrativ eller till och med överflödigt karaktär. Detsamma gäller vissa punkter i den överklagade domen som klagandena har hänvisat till och som rör förstainstansrättens bedömning av argumenten om uppenbart oriktiga bedömningar, det vill säga punkterna 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 och 538, som enbart tjänar till att illustrera och komplettera det som förstainstansrätten ändå redan hade slutit sig till direkt av det omtvistade beslutet.

71 Det måste emellertid konstateras att det av vissa av hänvisningarna till meddelandet om invändningar i den överklagade domen framgår att förstainstansrätten, trots sina egna förklaringar om meddelandets provisoriska karaktär, har ansett att det som den i punkt 410 i den överklagade domen benämner ”iakttagelser av de faktiska omständigheterna som gjorts tidigare” i meddelandet om invändningar är av mer tillförlitlig och avgörande karaktär än konstaterandena i själva det omtvistade beslutet.

72 Förstainstansrätten grundade sig i detta sammanhang i huvudsak på en distinktion mellan å ena sidan ”iakttagelser av de faktiska omständigheterna som gjorts tidigare”

och å andra sidan ”bedömningar”, vilka enligt förstainstansrätten i större utsträckning kan bli föremål för ändringar. Det kan särskilt påpekas att förstainstansrätten i punkt 379 i den överklagade domen ansåg att påståendet i meddelandet om invändningar att ”det finns tillräckliga bevis för att de stora företagen känner till varandras handelsvillkor” inte var en ”ändringsbar bedömning från kommissionens sida utan snarare... ett faktiskt konstaterande som ett resultat av dess undersökning”. Detta uttalande av förstainstansrätten ska ses mot bakgrund av andra uttalanden som gjorts tidigare i den överklagade domen. Således angav förstainstansrätten i punkt 335 i den överklagade domen bland annat att ”bedömningarna i [det omtvistade] beslutet [måste] överensstämma med bedömningarna av de faktiska konstaterandena i meddelandet om invändningar, i den mån det inte fastslagits att dessa var oriktiga”. I punkt 378 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten vidare att ”de slutsatser i [det omtvistade] beslutet som dragits av bevisningen [på det sätt som den tagits upp] också skiljer sig markant från konstaterandena i meddelandet om invändningar”.

73 Förstainstansrätten begränsade sig således inte till att använda meddelandet om invändningar som ett medel för att kontrollera huruvida de uppgifter som låg till grund för det omtvistade beslutet var riktiga, fullständiga och tillförlitliga. Förstainstansrätten behandlade nämligen en viss kategori av slutsatser i meddelandet om invändningar som fastställda, trots att de inte kunde anses vara annat än provisoriska.

74 Denna syn på meddelandet om invändningar framgår även av andra punkter i den överklagade domen. I punkterna 409 och 410 kritiserade förstainstansrätten således den omständigheten att kommissionen inte har dementerat ”iakttagelser av de faktiska omständigheterna som gjorts tidigare” i meddelandet om invändningar. I punkt 424 kritiseras dessutom klagandena och kommissionen för att inte ha bekräftat ”eller a fortiori bevisat” att ett ”konstaterande” i meddelandet om invändningar var oriktigt. I punkt 446 i den överklagade domen anges att ”[p]åpekandet att det inte fanns något bevis för att rabatterna hade en påtaglig inverkan på priserna utgör snarare ett faktiskt konstaterande än en bedömning”. I punkterna 398, 419, 447 och 451 kritiseras kommissionen i huvudsak för att i det omtvistade beslutet i betydande utsträckning ha stött sig på inverkan av ”kampanjrabatterna”, trots att kommissionen i meddelandet om invändningar, som förstainstansrätten konstaterade i punkt 447 i den överklagade domen, ”inte ens ansåg att det var nödvändigt att nämna [dessa rabatter]”.

- 75 Som kommissionen har påpekat kan det emellertid inträffa att de anmälade parterna i sitt svar på meddelandet om invändningar kompletterar eller förtydligar sin "ståndpunkt" avseende den eller de relevanta marknadernas funktion mot bakgrund av detta meddelande, så att nya uppgifter kanske tillkommer eller omständigheter som redan har granskats av kommissionen hamnar i ett helt annat ljus. Under sådana omständigheter kan kommissionen i detta förändrade sammanhang göra en helt annan bedömning av konstaterandena, även om det inte har visats att vissa av kommissionens enskilda preliminära konstateranden i meddelandet om invändningar var ogrundade. I den överklagade domen uteslöt förstainstansrätten tydligen denna möjlighet, genom att fokusera på avvikelserna mellan det omtvistade beslutet, som var föremål för talan vid förstainstansrätten, och "iakttagelserna av de faktiska omständigheterna som gjorts tidigare" i meddelandet om invändningar. Som kommissionen har gjort gällande förefaller nämligen förstainstansrättens synsätt, som framgår av vissa punkter i den överklagade domen, grunda sig på antagandet att kommissionens preliminära slutsatser i meddelandet om invändningar alltid grundade sig på otvetydiga bevis. Man kan emellertid inte, eventuellt med undantag för okontroversiella uppgifter som på grund av till exempel sin empiriska och verifierbara karaktär är till den grad uppenbara att de inte kan bestridas, utgå ifrån att påståendena i ett meddelande om invändningar inte kan komma att ändras till följd av svaren på meddelandet. Även om det antas att förstainstansrätten hade rätt att göra en åtskillnad mellan konstaterandena av de faktiska omständigheterna och bedömningarna i meddelandet om invändningar, är det dessutom så att förstainstansrätten, särskilt i punkterna 379 och 446 i den överklagade domen, betecknade komplexa bedömningar som faktiska konstateranden trots att de under inga omständigheter kunde anses utgöra icke-ändringsbara faktiska konstateranden.
- 76 Under dessa omständigheter ska det konstateras att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning, i den mån den i sin prövning av argumenten om uppenbart oriktiga bedömningar behandlade vissa uppgifter i meddelandet om invändningar som fastställda, utan att ange skälen till att dessa uppgifter, trots kommissionens slutliga ståndpunkt i det omtvistade beslutet, skulle betraktas som obestridligt fastställda.
- 77 Denna felaktiga rättstillämpning räcker dock inte i sig för att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning i punkt 377 i den överklagade domen, där det anges att "bevisningen, på det sätt som den tagits upp i [det omtvistade] beslutet, inte styrker de slutsatser som dragits av den". Den kan således inte i sig föranleda att den överklagade domen upphävs. Således ska även de övriga grunderna prövas.

Den andra grunden och den tredje grundens första del: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten ansåg att kommissionen borde ha gjort nya kontroller till följd av svaret på meddelandet om invändningar och tillämpade för höga beviskrav i fråga om de uppgifter som lämnades som svar på meddelandet om invändningar

— Den överklagade domen

- 78 Inom ramen för prövningen av grunden om uppenbart oriktiga bedömningar när det gäller insynen på marknaden angav förstainstansrätten i punkt 414 i den överklagade domen bland annat att ”parterna i koncentrationen inte kan vänta till sista minuten för att lämna bevis till kommissionen för att vederlägga de anmärkningar som kommissionen framfört, eftersom kommissionen då inte kan företa nödvändiga undersökningar. Under sådana hypotetiska omständigheter måste sådan bevisning vara minst sagt trovärdig, objektiv, relevant och övertygande för att skäligen kunna vederlägga kommissionens anmärkningar”.
- 79 Förstainstansrätten konstaterade vidare i punkt 415 i den överklagade domen att kommissionen inte kan ”gå så långt som att utan övervakning delegera ansvaret för att sköta vissa delar av utredningen till parterna i koncentrationen, särskilt inte om dessa delar, såsom i förevarande fall, utgör den avgörande faktorn på vilken [det omtvistade] beslutet grundats och de uppgifter och bedömningar som parterna i koncentrationen lämnat in går stick i stäv mot den information som kommissionen samlat in under sin utredning samt mot de slutsatser den dragit av denna”.
- 80 Förstainstansrätten påpekade dessutom på olika ställen i den överklagade domen, bland annat i punkterna 398, 428 och 451, att kommissionen efter att ha fått svar från parterna i företagskoncentrationen inte genomförde några nya marknadsundersökningar för att undersöka om omvärderingen av dess bedömning av den anmälda företagskoncentrationen var befogad.

— Parternas argument

- 81 Genom den andra grunden har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att slå fast att kommissionen är skyldig att företa nya marknadsundersökningar till följd av svaret på meddelandet om invändningar. Klagandena anser således att förstainstansrättens slutsats att kommissionen har gjort sig skyldig till oriktiga bedömningar och en bristfällig motivering, eftersom den inte företagit nya kontroller, är ogrundad.
- 82 Genom den tredje grundens första del, som bör behandlas tillsammans med den andra grunden, har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten i punkt 414 i den överklagade domen i realiteten angav att de friande bevis som de anmälande parterna lagt fram som svar på meddelandet om invändningar är underställda högre krav än dem som tillämpas på den bevisning som kommissionen anfört i meddelandet om invändningar till stöd för sina anmärkningar.
- 83 Kommissionen har till stöd för klagandena gjort gällande att den, med beaktande av de korta tidsfrister den måste iaktta enligt förordningen, måste kunna grunda sig på den bevisning som klagandena lagt fram i svaret på meddelandet om invändningar, eftersom detta svar är en del i det formella förfarandet. I likhet med klagandena har kommissionen erinrat om att det i förordningen föreskrivs att böter eller löpande vite kan åläggas om oriktiga eller vilseledande uppgifter har lämnats och att kommissionen enligt förordningen har befogenhet att återkalla ett beslut som grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller som har erhållits på ett bedrägligt sätt.
- 84 Kommissionen anser vidare att det av punkt 414 i den överklagade domen, där det redogörs för förstainstansrättens synsätt i punkterna 415–457 vad gäller olika bevis, framgår att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning på en rad sammanhängande punkter, bland annat när det gäller bevisvärdet hos de uppgifter som lagts fram som svar på meddelandet om invändningar.

85 Impala har hävdats att förstainstansrätten tog hänsyn till de strikta tidsfristerna i förordningen. Förstainstansrätten konstaterade helt enkelt det faktum att kommissionen inte hade företagit någon som helst kompletterande marknadsundersökning, utan att närmare precisera huruvida sådana undersökningar borde ha utförts efter utfrågningen. Enligt Impala borde kommissionen ha utrett problematiken kring insynen och rabatterna innan den sände ut meddelandet om invändningar.

86 När det gäller den tredje grundens första del har Impala hävdats att det av punkt 414 i den överklagade domen framgår att förstainstansrätten syftade på en hypotetisk situation där parterna i en företagskoncentration lämnar in bevisning i allra sista minuten och inte ger kommissionen någon möjlighet att vidta nödvändiga undersökningar. Samma punkt i den överklagade domen bör vidare enligt Impala förstås så att förstainstansrätten inte ansåg att kommissionen borde ha undersökt denna problematik efter utfrågningen, utan att den borde ha vidtagit sådana åtgärder i ett tidigare skede av det formella förfarandet.

— Domstolens bedömning

87 Impalas påstående ovan i punkt 86, att punkt 414 i den överklagade domen avsåg en hypotetisk situation, ska genast tillbakavisas. En sådan tolkning av punkt 414 vederläggs av själva ordalydelsen därav, av vilken det framgår att de av förstainstansrättens påpekanden som kritiserats inom ramen för tredje grundens första del avsåg det förfarande som resulterade i att det omtvistade beslutet antogs.

88 Det ska vidare erinras om att såsom det framgår ovan av punkterna 61 och 62 är iakttagandet av rätten till försvar före antagandet av ett beslut som kan påverka de berörda företagen negativt ett oeftergivligt krav inom ramen för förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer.

89 De anmälande parterna kan följaktligen i princip inte kritiseras för att de åberopat vissa möjligtvis avgörande argument, faktiska omständigheter eller bevis först inom

ramen för de argument som anförts som svar på meddelandet om invändningar. Det är nämligen först genom detta meddelande som parterna i en företagskoncentration kan erhålla närmare upplysningar om kommissionens invändningar mot deras planerade företagskoncentration och vilka argument och bevis kommissionen stöder invändningarna på. Som det framgår ovan av punkt 62 innebär de anmälade företagens rätt till försvar, som fastställs i artikel 18.3 andra meningen i förordningen och i artikel 13.2 i tillämpningsförordningen, att de har rätt att inom ramen för den skriftliga och muntliga utfrågningen efter det att de har erhållit meddelandet om invändningar göra gällande allt som de anser är ägnat att vederlägga kommissionens invändningar och förmå denna att godkänna den föreslagna företagskoncentrationen. Tvärtemot vad förstainstansrätten låtit förstå, bland annat i punkt 414 i den överklagade domen, är den argumentation som läggs fram som svar på ett meddelande om invändningar en del i den undersökning som ska göras inom ramen för det formella förfarandet. En sådan argumentation kommer inte för sent, utan sker vid den tidpunkt som är avsedd för denna i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer.

- 90 Det ska även erinras om att som det framgår ovan i punkt 49 innebär kravet på skyndsamhet, som präglar den allmänna systematiken i förordningen, att kommissionen måste iaktta strikta tidsfrister för att fatta sitt slutliga beslut.
- 91 Under dessa förhållanden, och särskilt med beaktande av det begränsade tidsutrymme som följer av de tidsfrister för förfarandet som föreskrivs i förordningen, kan kommissionen i princip inte vara skyldig att i varje enskilt fall, efter meddelandet om invändningar och utfrågningen med de berörda företagen, tillsända ett stort antal ekonomiska aktörer skrivelser med begäran om ytterligare upplysningar strax innan dess utkast till beslut skickas till den rådgivande kommittén för koncentrationer i enlighet med artikel 19 i förordningen.
- 92 Som kommissionen har påpekat kan det dessutom inträffa att de anmälade parterna i sitt svar på meddelandet om invändningar fäster särskild uppmärksamhet vid omständigheter som de anser är avgörande för utgången av det formella förfarandet. Dessa omständigheter behöver inte ha betraktats som avgörande i meddelandet om invändningar. Det förhållande att dessa omständigheter inte har beaktats kan ingå i den kritik som de anmälade företagen riktar mot kommissionens preliminära bedömning. Med beaktande av rätten till försvar får det inte ställas högre krav vad

gäller bevisvärde och trovärdighet på den argumentation som de anmälade parterna framfört som svar på meddelandet om invändningar än på den argumentation som framförts av konkurrenter, kunder och andra tredje män som utfrågas av kommissionen under det administrativa förfarandet eller på de uppgifter som de anmälade företagen lämnat i ett tidigare skede av kommissionens undersökning.

- 93 När kommissionen i sitt beslut granskar de argument som de anmälade företagen anfört som försvar och därvid tar tillfället i akt att se över de preliminära slutsatserna i meddelandet om invändningar för att eventuellt dra andra slutsatser, innebär inte detta att kommissionen "delegerar" undersökningen till de anmälade företagen. Det bör i detta hänseende erinras om att det i artiklarna 14 och 15 i förordningen föreskrivs att böter eller löpande vite kan åläggas om oriktiga eller vilseledande uppgifter har lämnats och att kommissionen enligt artikel 8.5 a i förordningen har befogenhet att återkalla ett beslut som grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller som har erhållits på ett bedrägligt sätt.
- 94 Kommissionen är visserligen skyldig att noggrant undersöka om den argumentation som lagts fram av parterna i en företagskoncentration är korrekt, fullständig och trovärdig, och där det finns starka tvivel underlåta att beakta den. Det är också riktigt att en anmälan om en företagskoncentration ska innehålla korrekt och fullständig information i enlighet med artikel 3.1 i tillämpningsförordningen, och att de anmälade parterna enligt artikel 11 i förordningen är skyldiga att vid en eventuell begäran om upplysningar från kommissionen inkomma med fullständiga och riktiga uppgifter inom föreskriven tidsfrist. I annat fall kan kommissionen, när upplysningarna i fråga har begärts genom beslut, ålägga böter och löpande vite i enlighet med artiklarna 14 och 15 i förordningen. Icke desto mindre ska kommissionen, för att inte åsidosätta de anmälade parternas rätt till försvar, när den erhåller svar på meddelandet om invändningar tillämpa samma kriterier som dem som används vid granskningen av argument från tredje män eller som använts i ett tidigare skede av undersökningen. Kommissionen ska emellertid ha möjlighet att dra lämpliga slutsatser, om det i ett mycket långt framskridet stadium av förfarandet visar sig att den aktuella anmälan inte uppfyller kraven i artikel 3.1 i tillämpningsförordningen.
- 95 Mot bakgrund av det ovan anförda följer att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning dels genom att kräva att kommissionen ska tillämpa

särskilt höga krav i fråga om bevisvärdet av den bevisning och de argument som de anmälande parterna lägger fram som svar på ett meddelande om invändningar, dels genom att dra slutsatsen att avsaknaden av kompletterande marknadsundersökningar efter meddelandet om invändningar och kommissionens godkännande av det som klagandena anfört som försvar var att jämställa med en otillåten delegering av undersökningen till parterna i koncentrationen.

- 96 Denna felaktiga rättstillämpning medför emellertid inte att hela den överklagade domen blir felaktig, särskilt inte den del som rör bristfällig motivering av det omtvistade beslutet samt förstainstansrättens bedömning, i punkt 377 i den överklagade domen, där det konstateras att ”bevisningen, på det sätt som den tagits upp i beslutet, inte styrker de slutsatser som dragits av den”. Således ska även de övriga grunderna prövas.

Den sjunde grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten grundade sig på bevisning som inte lämnats ut till parterna i företagskoncentrationen

— Den överklagade domen

- 97 Inom ramen för sin prövning avseende insynen i priserna och särskilt avseende möjligheten att de stora företagen övervakar detaljhandelsmarknaden med hjälp av sina handelsrepresentanters veckovisa uppföljningsrapporter hänvisade förstainstansrätten i punkt 352 i den överklagade domen till kommissionens konstaterande i det omtvistade beslutet att klagandena hade inrättat ett system med veckorapporter som också omfattade information om konkurrenterna. I detta avseende hänvisade förstainstansrätten i punkterna 356–360 i den överklagade domen dessutom till vissa handlingar som Impala lämnat in och som klassificerats som konfidentiella. I punkterna 356–360 i den version av den överklagade domen som offentliggjorts i rättsfallssamlingen står det således endast ”[konfidentiellt]”. Även i punkterna 389 och 451 i den överklagade domen hänvisas till de veckovisa uppföljningsrapporterna, och punkt 389 innehåller ett avsnitt där det anges ”[konfidentiellt]” i den version som har offentliggjorts i rättsfallssamlingen.

— Parternas argument

- 98 Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i punkterna 356–360 i den överklagade domen grunda sig på bevisning som inte var tillgänglig för kommissionen vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet och som aldrig har lämnats ut till klagandena. Det är svårt att förstå varför förstainstansrätten behandlade dessa handlingar i fem punkter i den överklagade domen och hänvisade till dem på två andra ställen, det vill säga i punkterna 389 och 451, om den inte ansåg dem vara relevanta för resultatet av prövningen.
- 99 Impala har hävdad att den aktuella bevisningen nämndes vid utfrågningen den 14 och den 15 juni 2004 i närvaro av parterna och överlämnades konfidentiellt till kommissionen efter utfrågningen. Enligt Impala har klagandena i samband med utfrågningen således informerats om att bevisningen rörde deras egna metoder för prisövervakning i Frankrike, och de har såväl under det administrativa förfarandet som under förfarandet vid förstainstansrätten ett flertal gånger uttalat sig om denna aspekt av prissättningssystemet. Även om den kritik som klagandena har framfört inom ramen för denna grund är berättigad, anser Impala att den under inga omständigheter kan beaktas, eftersom bevisningen i fråga inte har påverkat avgörandet i den överklagade domen.

— Domstolens bedömning

- 100 Impalas argument ovan i punkt 99 att klagandena i samband med utfrågningen vid kommissionen erhöll tillräcklig information om innehållet i de handlingar som avses i punkterna 356–360 i den överklagade domen kan inte godtas. Av Impalas svars-skrivelse till domstolen framgår nämligen att "[d]enna information nämndes under utfrågningen... och överlämnades sedan konfidentiellt till kommissionen efter utfrågningen". Under dessa förhållanden kan det inte anses att innehållet i handlingarna har framförts i god tid och med den precision och konsekvens som krävdes för att klagandena vid behov och på ett adekvat sätt skulle kunna bemöta de påståenden grundade på handlingarna som Impala framförde vid utfrågningen inför kommissionen.

- 101 I enlighet med artikel 18.3 i förordningen får kommissionen fatta sitt beslut endast på grundval av de anmärkningar beträffande vilka parterna har haft möjlighet att framföra sina synpunkter. Av detta följer att eftersom klagandena inte i god tid hade fått ta del av innehållet i de konfidentiella handlingarna, kunde kommissionen inte stödja sig på dem i det omtvistade beslutet.
- 102 Förstainstansrätten har således gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att vid ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet grunda sig på handlingar som överlämnats konfidentiellt av Impala, eftersom kommissionen själv, på grund av handlingarnas konfidentiella karaktär, vid antagandet av det omtvistade beslutet inte kunde ha grundat sig på desamma.
- 103 Utan att det är nödvändigt att uttala sig i frågan huruvida beaktandet av handlingarna i fråga kan ha påverkat resultatet av förstainstansrättens prövning av argumenten om uppenbart oriktiga bedömningar från kommissionens sida, konstaterar domstolen att den felaktiga rättstillämpning som har konstaterats inom ramen för den sjunde grunden inte innebär att förstainstansrättens slutsats i punkt 325 i den överklagade domen, i vilken det i huvudsak anges att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering, kan ifrågasättas. Således ska även de övriga grunderna prövas.

Den femte grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte beaktade de relevanta rättsliga kriterier som är tillämpliga i fråga om skapande eller förstärkning av en kollektiv dominerande ställning

— Den överklagade domen

- 104 I punkterna 250–254 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten följande beträffande begreppet kollektiv dominerande ställning:

- ”250 ... För att fastställa om en kollektiv dominerande ställning föreligger måste det finnas ett stöd i ett antal konstaterade fakta, tidigare eller aktuella, som vittnar om att konkurrensen på marknaden påtagligt hämmas på grund av vissa företags förvärvade möjligheter att gemensamt i en betydande omfattning anta en strategi på den marknaden, utan att behöva ta hänsyn till konkurrenter, kunder och konsumenter.
- 251 Av detta följer att, även om de tre villkor som förstainstansrätten fastställde i domen [av den 6 juni 2002 i mål T-342/99,] *Airtours mot kommissionen* [REG 2002, s. II-2585], och som härletts från en teoretisk analys av begreppet kollektiv dominerande ställning, visserligen också är nödvändiga vid bedömning av om det föreligger en kollektiv dominerande ställning, får de i förekommande fall fastställas indirekt utifrån ett antal indicier och bevis, som kan vara mycket oenhetliga, som står i samband med tecken, yttringar och företeelser som utmärker en kollektiv dominerande ställning.
- 252 En anpassning av priserna sinsemellan under en längre tid, särskilt om de ligger över den konkurrensutsatta nivån, kan således, i brist på annan förnuftig förklaring, tillsammans med andra typiska faktorer för en kollektiv dominerande ställning, räcka för att påvisa att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, även om det inte finns några direkta, hållbara bevis på att marknaden är mycket öppen, eftersom man kan förmoda att sådan öppenhet finns under sådana förhållanden.
- 253 Av detta följer, i förevarande fall, att anpassningen sinsemellan av såväl brutto- som nettopriserna under de sex senaste åren kan, i brist på annan förklaring, tyda på eller utgöra en indikation på att prissamordningen inte är ett resultat av en normal effektiv konkurrens och att det finns tillräcklig insyn i marknaden på så sätt att en tyst prissamordning medgetts, trots att produkterna inte är identiska (eftersom varje skiva har olika innehåll), samt att priserna upprätthållits på en ganska stabil nivå, som även uppfattas som hög, trots en betydande nedgång i efterfrågan, sammantaget med andra faktorer (styrka hos företagen i oligopolsituation, marknadsandelarnas stabilitet, och så vidare), på det sätt som de fastställts av kommissionen i [det omtvistade] beslutet.

254 Eftersom [Impala] grundat sin argumentation på en felaktig tillämpning av de olika villkor som är nödvändiga för en kollektiv dominerande ställning, såsom de fastställts i domen i det ovan ... nämnda målet Airtours mot kommissionen, särskilt villkoret om insyn i marknaden, och inte på att den konstaterat att det förekommit en gemensam policy under en längre tid, kan det, tillsammans med en rad andra karakteristiska faktorer för en kollektiv dominerande ställning, under vissa omständigheter och i brist på annan förklaring, räcka att bevisa att sådan ställning föreligger, och inte att en sådan skapats. Förstainstansrätten begränsar sig därför, utan att det är nödvändigt att fastställa förekomsten av insyn i marknaden, till att vid prövningen av de grunder som åberopats kontrollera att villkoren som anges i det ovannämnda målet Airtours har tillämpats korrekt i [det omtvistade] beslutet. Utan att det ens är nödvändigt att överväga huruvida ett motsatt förhållningssätt skulle leda till att förstainstansrätten går utanför tvistens ram, såsom den definierats av parterna, eller endast skulle utgöra en tillämpning av lagstiftningen i samband med en grund som [Impala] åberopat, måste förstainstansrätten följa ett sådant tillvägagångssätt, i enlighet med den kontradiktoriska principen, eftersom den frågan inte har tagits upp i förstainstansrätten.”

105 Punkt 309 i den överklagade domen har följande lydelse:

”Vidare framgår det av den sista meningen i skäl 77 i [det omtvistade] beslutet att rabatterna i praktiken inte kan påverka insynen [på] marknaden när det gäller priser, främst på grund av de offentliga listpriserna, eftersom det slagits fast att [']om de stora skivbolagen hade gjort tydliga avsteg från den överenskomna prispolitiken genom att lämna rabatter, skulle detta avsteg ha märkts i deras genomsnittliga nettopriser['].”

106 När det gäller den inverkan på insynen på marknaden som variationerna i rabatterna hade konstaterade förstainstansrätten bland annat, i punkt 420 i den överklagade domen, att ”skillnaderna i rabattkategorierna över tiden kan bero på skillnader i resultat, vilket [Impala] framhållit, och utesluter inte att rabatterna grundar sig på en känd samling regler”.

107 I punkt 427 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att vissa av de bevis som kommissionen har lagt fram ”inte utesluter att [variationerna i rabatterna per kund] kan, åtminstone för en branschkundig, förklaras ganska enkelt, utifrån ett visst antal allmänna eller särskilda regler för beviljandet av rabatter”.

108 Punkt 428 i den överklagade domen har följande lydelse:

”Även om [Impala], enligt kommissionen, visserligen inte har redogjort för vilka dessa olika bestämmelser som reglerar beviljandet av kampanjrabatter skulle vara, eller har angett för många sådana, vilket skulle göra en tillämpning av dessa komplicerad och således föga genomsynlig, är det ändå såsom redan konstaterats, så att kommissionen inte har gjort någon marknadsundersökning i detta avseende eller har lagt fram något bevis för bristande insyn i kampanjrabatterna, utöver tabellerna från parterna i koncentrationen, vilka förutom sina brister i vart fall inte har något annat syfte än att påvisa förekomsten av vissa variationer i dessa rabatter. De bevisar dock inte att en branschkundig inte mer eller mindre enkelt kan förklara dessa variationer...”

109 I punkt 429 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att ”[ä]ven om kombinationen av variabler oundvikligen leder till att de hypotetiska situationerna ökar, har kommissionen inte bevisat att uppgiften skulle bli extremt svår för en branschkundig på marknaden.”

— Parternas argument

110 Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten, när den konstaterade att kommissionen hade gjort uppenbart oriktiga bedömningar och tillhandahållit en bristfällig motivering i det omtvistade beslutet när det gäller insynen på marknaden, feltolkade gällande gemenskapsrätt rörande begreppet kollektiv dominerande ställning. Klagandena anser att kriteriet om insyn på marknaden som en faktor

som indikerar att det föreligger en kollektiv dominerande ställning på marknaden, såsom förstainstansrätten utformade det i domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, vilket förstainstansrätten har förklarat att den tillämpat i den överklagade domen, innebär att kommissionen måste fastställa för det första att de stora företagen hade tillgång till en sannolik mekanism för att övervaka varandras nettogrossistpriser och för det andra, eftersom det omtvistade beslutet främst rörde frågan om förekomsten av tyst samverkan, att de faktiskt hade tillämpat en sådan övervakningsmekanism.

- 111 Enligt klagandena tillämpade förstainstansrätten, såsom det framgår av bland annat punkt 251 i den överklagade domen, i praktiken ett urvattnat kriterium när det gällde att fastställa huruvida det förelåg insyn på marknaden, eftersom den slöt sig till att insyn förelåg på grundval av ett antal faktorer som, rättsligt sett, inte är tillräckliga för att fastställa nödvändig grad av insyn. Särskilt genom att bortse från rabatternas relevans vid bedömningen av insynen i nettogrossistpriserna gjorde sig förstainstansrätten skyldig till felaktig rättstillämpning i det att den inte identifierade en metod genom vilken de övriga stora företagens väsentliga ändringar av nettogrossistpriserna kunde övervakas tillräckligt precist och snabbt så att det var möjligt att med precision och i god tid identifiera eventuella avvikelser i de genom tyst samverkan överenskomna prisnivåerna.
- 112 Enligt klagandena innebär antagandet att det redan fanns en tyst samverkan att klagandena liksom de övriga stora företagen verkligen hade övervakat varandras nettogrossistpriser och förfogade över tillräckligt precis och snabb information om ändringarna av de övrigas nettogrossistpriser. Varken förstainstansrätten, Impala eller kommissionen har emellertid kunnat identifiera en mekanism hos de stora företagen för övervakning av nettogrossistpriserna eller kunnat bevisa att en sådan mekanism användes.
- 113 Enligt klagandenas åsikt tillämpade förstainstansrätten tvärtom ett felaktigt kriterium vid bedömningen av den grad av insyn som krävs för att det ska kunna anses att det föreligger en kollektiv dominerande ställning på de aktuella marknaderna för inspelad musik. Förstainstansrätten beaktade nämligen faktorer som inte är relevanta för kriteriet insyn på marknaden och underlät att ta hänsyn till andra faktorer som

emellertid är uppenbart relevanta i sammanhanget. Med avseende på det sistnämnda har klagandena hävdad att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning bland annat genom att

- i punkt 309 i den överklagade domen sluta sig till rabatternas genomsynlighet utifrån deras påverkan på de genomsnittliga nettopriserna,
- i punkt 429 i den överklagade domen inte anse att de komplexa prisstrukturerna var relevanta vid bedömningen av insynen, och
- i punkterna 298, 306, 310 och 395 i den överklagade domen inte anse att prisvariationerna var relevanta vid bedömningen av insynen.

114 Impala har inledningsvis anfört att klagandena genom den femte grunden har försökt ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna, utan att göra gällande felaktig rättstillämpning.

115 Impala har i andra hand hävdad att förstainstansrätten i den överklagade domen tillämpade ett korrekt kriterium för att fastställa att det förelåg insyn på marknaden, det vill säga det kriterium som anges i punkt 62 i förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet *Airtours* mot kommissionen. I detta hänseende har Impala gjort gällande bland annat att den enda faktor där kommissionen har konstaterat ”sämre” insyn var kampanjrabatterna. Trots att förstainstansrätten gjorde en uttömmande prövning av bevisen fann den ändå inte att detta konstaterande stöddes av de avgörande bevis som kommissionen grundat det på. Den femte grunden gäller egentligen inte det rättsliga kriteriet insyn på marknaden, utan snarare förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheter som skapar denna insyn. Enligt Impala har det kriterium som anges i punkt 62 i domen det ovannämnda målet *Airtours* mot kommissionen tillämpats felaktigt i den överklagade domen, eftersom förstainstansrätten varken har tillämpat ett urvattnat kriterium eller underlåtit att undersöka insynen i erforderlig omfattning.

116 Impala har även bestritt påståendena som sammanfattats ovan i punkt 113.

— Domstolens bedömning

- 117 Av domstolens rättspraxis framgår att frågan huruvida förstainstansrätten tillämpade korrekt rättsregel när den bedömde bevisningen är en rättsfråga, vilken som sådan kan åberopas i ett mål om överklagande (se domen i de ovannämnda förenade målen Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen, punkt 40). I förevarande fall kan således klagandenas argument, som återgetts ovan i punkterna 110–112, prövas i målet om överklagande.
- 118 När det gäller de tre anmärkningarna som sammanfattats ovan i punkt 113 kan endast den andra och den tredje tas upp till prövning. Den första anmärkningen avser inte relevansen hos en viss faktor som använts för att fastställa att det förelåg en kollektiv dominerande ställning, utan syftar egentligen till en ny bedömning av de faktiska omständigheterna, vilket enligt den fasta rättspraxis som det hänvisas till ovan i punkt 29 i princip inte omfattas av domstolens behörighet i ett mål om överklagande (se analogt, för ett liknande resonemang, dom av den 22 november 2007 i mål C-260/05 P, Sniace mot kommissionen, REG 2007, s. I-10005, punkterna 34 och 35). Genom den andra och den tredje anmärkningen åberopas däremot felaktig rättstillämpning.
- 119 När det gäller frågan huruvida det finns fog för denna grund ska det erinras om att domstolen redan i huvudsak har slagit fast att begreppet dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2 i förordningen även omfattar begreppet kollektiv dominerande ställning (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Kali & Salz, punkterna 166 och 178). Det är inte nödvändigt att det finns ett avtal eller andra juridiska band mellan de berörda företagen för att en kollektiv dominerande ställning ska kunna konstateras. Ett sådant konstaterande kan vara resultatet av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen (se dom av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 45).

120 När det gäller ett påstående om skapande eller förstärkning av en kollektiv dominerande ställning, är kommissionen skyldig att, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling, bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden (se domen i de ovannämnda förenade målen Kali & Salz, punkt 221) i syfte att dra nytta av en kollektiv ekonomisk maktställning, utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, på ett effektivt sätt skulle kunna reagera.

121 Med sådana band avses särskilt ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan deltagarna i ett begränsat oligopol inom vilket de på en marknad med lämpliga egenskaper – bland annat i fråga om marknadskoncentration och transparens samt produktens homogenitet – kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att maximera sin gemensamma vinst, genom att höja priserna, minska produktionen, minska utbudet eller kvaliteten på varor och tjänster, minska innovationen eller påverka konkurrensparametrar på något annat sätt. I ett sådant sammanhang vet varje aktör att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från hans sida skulle framkalla åtgärder från de andra aktörerna, så att han inte skulle få någon fördel av sitt initiativ.

122 En kollektiv dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den kan således uppkomma till följd av en företagskoncentration, om koncentrationen – med hänsyn till den relevanta marknads egenskaper och den ändring av dessa egenskaper som koncentrationen skulle medföra – skulle resultera i att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skulle anse att det var möjligt, ekonomiskt rationellt och således att föredra att varaktigt anta samma marknadsstrategi i syfte att sälja till priser som är högre än de konkurrensmässiga utan att behöva ingå ett avtal eller samordna ett förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG, och utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, på ett effektivt sätt skulle kunna reagera.

- 123 Sannolikheten för en sådan tyst samordning är större om konkurrenterna enkelt kan nå en gemensam syn på hur samordningen ska fungera, och särskilt på de parametrar som kan vara föremål för den planerade samordningen. Om ett tyst samförstånd om villkoren för samordningen inte kan uppnås, måste konkurrenterna nämligen eventuellt använda sig av metoder som är förbjudna enligt artikel 81 EG för att anta en gemensam strategi på marknaden. Med hänsyn till att varje part i en tyst samordning eventuellt kan frestas att göra avsteg från densamma, för att öka vinsten på kort sikt, bör det bedömas huruvida en sådan samordning kan vara varaktig. I detta hänseende måste de samordnande företagen i tillräcklig utsträckning kunna kontrollera om villkoren för samordning iakttas. Det måste således finnas tillräcklig insyn på marknaden bland annat för att varje berört företag ska kunna få tillräckligt exakt och omedelbar information om hur var och en av de övriga parternas beteende på marknaden utvecklas. Disciplinen kräver dessutom att det finns något slag av trovärdig avskräckningsmekanism som kan verkställas vid upptäckten av ett avvikande beteende. Slutligen bör reaktionerna hos utomstående, till exempel nuvarande och framtida konkurrenter som inte deltar i samordningen samt kunder, inte vara sådana att de motverkar den förväntade samordningens resultat.
- 124 De villkor som förstainstansrätten fastställde i punkt 62 i domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, och som förstainstansrätten i punkt 254 i den överklagade domen ansåg ska tillämpas i den förevarande tvisten, är inte oförenliga med de kriterier som anges ovan i punkt 123.
- 125 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste man emellertid undvika ett mekaniskt tillvägagångssätt som innebär att varje enskilt kriterium granskas separat, varvid den övergripande ekonomiska mekanismen för en sådan hypotetisk tyst samordning inte beaktas.
- 126 I detta sammanhang ska bedömningen av till exempel insynen på en viss marknad inte ske isolerat och abstrakt, utan med beaktande av en mekanism för en hypotetisk tyst samordning. Det är endast genom att ta hänsyn till denna mekanism som det är möjligt att kontrollera huruvida eventuella befintliga faktorer som främjar insynen på en marknad faktiskt kan underlätta en tyst överenskommelse om en gemensam strategi och/eller ge de berörda konkurrenterna möjlighet att i tillräcklig utsträckning övervaka att villkoren för en sådan strategi iakttas. När det gäller att analysera

varaktigheten hos en påstådd tyst samordning är det nödvändigt att ta hänsyn till de övervakningsmekanismer som parterna i den tysta samordningen eventuellt har tillgång till, för att kontrollera om de genom dessa mekanismer kan få tillräckligt exakt och omedelbar information om hur var och en av de övriga parternas beteende på marknaden utvecklas.

- 127 I förevarande mål har klagandena gjort gällande att även om förstainstansrätten i punkt 254 i den överklagade domen förklarade att den följt samma tillvägagångssätt som i domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, har den i praktiken gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att dra slutsatsen att insynen var tillräcklig på grundval av ett antal faktorer som emellertid inte var relevanta för fastställandet av huruvida det förelåg en kollektiv dominerande ställning. I detta sammanhang har klagandena bland annat kritiserat det förhållandet att förstainstansrätten i punkt 251 i den överklagade domen angav att de villkor som fastställts i punkt 62 i domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen ”i förekommande fall [får] fastställas indirekt utifrån ett antal indicier och bevis, som kan vara mycket oenhetliga, som står i samband med tecken, yttringar och företeelser som utmärker en kollektiv dominerande ställning”.
- 128 Det ska i detta sammanhang påpekas att, såsom kommissionen påpekade vid förhandlingen, punkt 251 i den överklagade domen inte kan kritiseras i sig, eftersom det rör sig om en allmän förklaring som speglar förstainstansrättens frihet att bedöma olika bevis. Enligt fast rättspraxis är det förstainstansrätten som ensam ska bedöma vilket värde som bevisningen i målet ska tillmätas (se bland annat dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl., REG 1994, s. I-1981, punkt 66, och av den 15 juni 2000 i mål C-237/98 P, Dorsch Consult mot rådet och kommissionen, REG 2000, s. I-4549, punkt 50).
- 129 Inte heller kan det faktum att en utredning av huruvida det redan föreligger en kollektiv dominerande ställning grundar sig på en rad förhållanden som vanligen anses vara tecken på att det föreligger eller är troligt att det föreligger tyst samordning mellan konkurrenter ifrågasättas i sig. Som det framgår ovan av punkt 125 är det dock nödvändigt att en sådan utredning görs med försiktighet och framför allt att man antar ett tillvägagångssätt som grundar sig på en analys av eventuella troliga samordningsstrategier.

- 130 I förevarande fall måste det emellertid konstateras att förstainstansrätten, vid vilken Impala särskilt anfört argument som rörde de delar av det omtvistade beslutet som gäller insynen på marknaden, inte genomförde sin analys av dessa delar mot bakgrund av en övervakningsmekanism som ingår i en sannolik teori om tyst samordning.
- 131 I punkt 420 i den överklagade domen hänvisade förstainstansrätten visserligen till möjligheten att det finns "en känd samling regler" som styr de stora företagens beviljande av rabatter. Men som klagandena med rätta har betonat inom ramen för det andra påståendet ovan i punkt 113 med avseende på frågan huruvida vissa variationer i rabatterna som konstaterats av kommissionen i det omtvistade beslutet gjorde det omöjligt att tillräckligt noggrant övervaka att villkoren för en eventuell tyst samordning ömsesidigt iakttogs, nöjde sig förstainstansrätten i punkterna 427–429 i den överklagade domen med icke underbyggda konstateranden om en hypotetisk branschkunig. I punkt 428 i den överklagade domen medgav förstainstansrätten också själv att Impala, som var sökande vid förstainstansrätten, "visserligen inte har redogjort för vilka dessa olika bestämmelser som reglerar beviljandet av kampanjrabatter skulle vara".
- 132 Det bör i detta sammanhang erinras om att Impala företräder företag som, även om de inte deltar i de stora företagens oligopol, är verksamma på samma marknader. Under dessa omständigheter måste det anses att förstainstansrätten inte beaktade att bevisbördan vilade på Impala vad gäller den hypotetiske "branschkunniges" påstådda förmåga.
- 133 Med beaktande av det ovan anförda, och utan att det är nödvändigt att ta ställning till huruvida det tredje påståendet ovan i punkt 113 är välgrundat, ska det slås fast att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att åsidosätta de principer som ska gälla för förstainstansrättens bedömning av de argument som framförs vid den, i fråga om insynen på marknaden med avseende på en påstådd kollektiv dominerande ställning.
- 134 Denna felaktiga rättstillämpning avser den del av den överklagade domen som rör förstainstansrättens prövning av argumenten om kommissionens uppenbart

oriktiga bedömningar, inbegripet förstainstansrättens konstaterande i punkt 377 i den överklagade domen. Den felaktiga rättstillämpningen är emellertid inte i sig av sådan karaktär att det finns anledning att ifrågasätta förstainstansrättens slutsats i punkt 325 i den överklagade domen, att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering. Således ska även de övriga grunderna prövas.

Den fjärde grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten överskred gränserna för den domstolsprövning som den har rätt att företa

— Den överklagade domen

¹³⁵ I en del punkter i den överklagade domen, till exempel punkterna 347 och 361, använder förstainstansrätten uttryck som ”hög grad av insyn i priserna” eller ”en större insyn i marknaden”. I punkt 299 i den överklagade domen betecknar förstainstansrätten slutsatsen i det omtvistade beslutet, att listpriserna ”verkar ha anpassats efter varandra”, som ”en minst sagt försiktig slutsats, eftersom anpassningen faktiskt var mycket tydlig”. I punkt 307 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att ”variationen hos Sonys och BMG:s allmänna fakturarabattnivåer, såsom de framgår av skäl 78 i [det omtvistade] beslutet, är ganska liten”. I punkt 317 i den överklagade domen drog förstainstansrätten av det omtvistade beslutet slutsatsen att ”kampanjrabatterna, ..., endast har en marginell inverkan på priserna”.

¹³⁶ I punkt 425 i den överklagade domen angav förstainstansrätten med avseende på det omtvistade beslutet att ”den beräkning som gjorts för varje part i koncentrationen av skillnaden mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter... har gjorts på fel sätt”. I punkt 427 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att det är ”tveksamt om [de uppgifter om rabatterna som lämnats av parterna i koncentrationen] är relevanta”.

137 I punkt 434 i den överklagade domen angavs bland annat följande:

”... den studie som sammanställts av Sonys och BMG:s ekonomer innehåller [inte] tillräckligt tillförlitliga, relevanta och jämförbara uppgifter... Det är visserligen tänkbart att de olika slagen av detaljhandlare (stormarknader, oberoende företag, fackhandelskedjor, och så vidare) har olika policy vad gäller marginaler, och att det finns skillnader inom varje kategori av aktörer, och även skillnader hos samma aktör beroende på typ av album eller graden av framgång, men det är däremot föga troligt att en detaljhandlare har olika försäljningsstrategier för samma slags album och studien innehåller inte någon uppgift om detta...”

— Parternas argument

138 Klagandena har, med stöd av kommissionen, gjort gällande att förstainstansrätten genom att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning, utan att visa att det gjorts uppenbart oriktiga bedömningar i det omtvistade beslutet eller begära utlåtanden av ekonomiska experter, har överskridit gränserna för den domstolsprövning som den enligt artikel 230 EG och fast rättspraxis har rätt att företa.

139 Vid granskningen av det omtvistade beslutet gjorde dessutom förstainstansrätten själv uppenbart oriktiga bedömningar och tolkade den bevisning som förebringats avseende viktiga aspekter i målet, särskilt beträffande rabatternas relevans och komplexitet och avsaknaden av insyn i dem, helt felaktigt.

140 Klagandena anser vidare att förstainstansrätten i punkterna 425, 427 och 434 i den överklagade domen har missuppfattat viss bevisning.

- 141 Impala anser att denna grund, åtminstone i betydande utsträckning, utgör ett försök att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna, utan att klagandena har visat att förstainstansrätten gjorde en felaktig tolkning av den bevisning den hade tillgång till.
- 142 Impala har i andra hand hävdad att förstainstansrätten beaktade relevant rättspraxis rörande omfattningen av dess prövning när den granskade det omtvistade beslutet, eftersom den i punkt 328 i den överklagade domen hänvisade till punkt 39 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tetra Laval. Enligt Impalas uppfattning har förstainstansrätten således inte överskridit gränserna för den prövning som den har rätt att företa.

— Domstolens bedömning

- 143 Impala kan inte vinna framgång med sitt argument att den fjärde grunden inte kan tas upp till prövning. I motsats till vad Impala har gjort gällande har klagandena genom denna grund inte begränsat sig till att ifrågasätta bedömningen av de faktiska omständigheterna i första instans, utan de har åberopat rättsfrågor som kan tas upp till prövning i ett mål om överklagande.
- 144 När det gäller prövningen i sak ska det för det första erinras om att kommissionen vid tillämpningen av förordningens materiella regler, särskilt artikel 2, har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor. Av detta följer att gemenskapsdomstolens prövning av ett beslut av kommissionen avseende företagskoncentrationer begränsas till en kontroll av att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga och att det inte skett en uppenbart oriktig bedömning (se domen i de ovannämnda förenade målen Kali & Salz, punkterna 223 och 224, och i det ovannämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 38).
- 145 Även om förstainstansrätten inte får ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen bedömning vid tillämpningen av förordningens materiella regler, innebär detta inte att gemenskapsdomstolen måste avstå från att pröva kommissionens rättsliga kvalificering av ekonomiska uppgifter. Gemenskapsdomstolen ska inte endast pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och

samstämmiga, utan även om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och om de styrker de slutsatser som dragits (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 39, och i det ovannämnda målet Spanien mot Lenzing, punkterna 56 och 57).

- 146 I förevarande mål ska det således konstateras att förstainstansrätten handlade i överensstämmelse med kraven i den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 144 och 145 när den inom ramen för de anförda argumenten vidtog en noggrann prövning av den bevisning som låg till grund för det omtvistade beslutet.
- 147 Denna slutsats är emellertid inte i sig tillräcklig för att det ska fastställas att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den fjärde grunden. Förutom frågan huruvida förstainstansrätten har överskridit gränserna för sin prövningsrätt när det gäller hur noggrant den har prövat de uppgifter som låg till grund för det omtvistade beslutet, har sökandena även, som det framgår ovan av punkt 139, gjort gällande att förstainstansrätten vid prövningen av de uppgifter som låg till grund för det omtvistade beslutet, själv gjorde sig skyldig till uppenbart oriktiga bedömningar och tolkade den förebringade bevisningen helt felaktigt.
- 148 Dessa sistnämnda påståenden sammanfaller delvis med andra grunder som anförts i detta mål om överklagande, nämligen dels den första, den andra och den sjunde grunden samt den tredje grundens första del vilka gäller förstainstansrättens behandling av vissa bevis som lagts fram för den, dels den femte grunden genom vilken det gjorts gällande att förstainstansrätten inte beaktade de rättsliga kriterier som är tillämpliga med avseende på en kollektiv dominerande ställning.
- 149 I detta hänseende är det tillräckligt att påpeka att förstainstansrätten, såsom det framgår av punkterna 95, 102 och 133 ovan, vid prövningen av argumenten rörande uppenbart oriktiga bedömningar har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning både avseende behandlingen av viss bevisning och avseende de rättsliga kriterier som

är tillämpliga i fråga om en kollektiv dominerande ställning som skapats genom tyst samordning.

150 Utan att det är nödvändigt att ta ställning till vare sig klagandenas påståenden att bevisningen har missuppfattats eller frågan huruvida förstainstansrätten i den överklagade domen faktiskt har ersatt kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen bedömning, ska det slås fast att det har skett en felaktig rättstillämpning åtminstone i den del av den överklagade domen som rör prövningen av argumenten rörande uppenbart oriktiga bedömningar. När det gäller den del av den överklagade domen som rör bristfällig motivering av det omtvistade beslutet ska fortfarande den sjätte grunden behandlas.

Den sjätte grunden: felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten tillämpade ett felaktigt krav avseende motiveringen av beslut om godkännande av företagskoncentrationer

— Den överklagade domen

151 I punkterna 255–276 i den överklagade domen sammanfattade förstainstansrätten de delar av det omtvistade beslutet som var relevanta för prövningen av den första av de grunder som åberopats vid den. Punkt 275 i den överklagade domen har följande lydelse:

”Av ovanstående framgår att kommissionen drog slutsatsen att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning på grund av produktens homogenitet, insynen på marknaden samt förekomsten av motåtgärder.”

152 Förstainstansrätten granskade i den överklagade domen olika avsnitt i det omtvistade beslutet för att fastställa om det innehöll en tillräcklig motivering av slutsatsen

att det saknades insyn på marknaden, men kom i samtliga fall fram till ett nekande svar.

153 Förstainstansrätten inledde med att granska det avsnitt i det omtvistade beslutet som särskilt behandlade insynen på marknaden. I detta sammanhang konstaterade förstainstansrätten bland annat följande i punkterna 289, 290 och 294 i den överklagade domen:

”289 När det gäller ad hoc-avsnittet noterar förstainstansrätten inledningsvis att det endast innehåller tre skäl, trots att insynen i förevarande fall, enligt [det omtvistade] beslutet och i ännu högre grad enligt den ståndpunkt som kommissionen intagit i sina skriftliga inlagor till förstainstansrätten, är det viktigaste skälet, om inte det enda, som ligger till grund för påståendet att det inte föreligger någon kollektiv dominerande ställning på marknaderna för inspelad musik. Förstainstansrätten erinrar även om att det i det avsnittet inte slagits fast att det saknas insyn i marknaden eller att det finns tillräcklig insyn för att möjliggöra en tyst samverkan. På sin höjd anges det, dels, i skäl 111, in fine, att behovet av en övervakning på albumnivå, särskilt vad gäller kampanjrabatterna, ’skulle kunna minska insynen på marknaden och försvåra tyst samverkan’, dels, i skäl 113, in fine, att ’kommissionen ... emellertid inte [har] funnit tillräckliga bevis på att de stora skivbolagen, genom att övervaka detaljpriserna eller genom att utnyttja kontakterna med detaljhandlarna, tidigare har kunnat kompensera bristande insyn i kampanjrabatterna, såsom gjorts gällande för de fem större medlemsstaterna’. Sådana vaga påståenden, som inte närmare preciserar kampanjrabatternas beskaffenhet, de omständigheter under vilka de kan tänkas tillämpas, hur pass genomsynliga de är, deras storlek eller deras inverkan på insynen i priserna, kan uppenbarligen inte utgöra en tillräcklig rättslig motivering för slutsatsen att marknaden inte är tillräckligt öppen för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

290 Det framgår vidare att samtliga de faktorer som tagits upp i skälen 111–113 i [det omtvistade] beslutet, utöver de båda ovannämnda utdragen, inte alls visar att det saknades insyn i marknaden utan, tvärtom, att den var öppen.

...

294 Av ovanstående framgår att kommissionen, under ad hoc-avsnittet i [det omtvistade] beslutet om undersökningen av insynen, inte enbart kom fram till att det saknades insyn i marknaden eller att det inte fanns tillräcklig insyn för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning utan att den, dessutom, endast nämnde faktorer som kan skapa en ökad insyn i marknaden och underlätta kontrollen av att den tysta samverkan respekteras, med det enda undantaget för det ganska begränsade och ogrundade påståendet att kampanjrabatterna skulle kunna minska insynen och försvåra tyst samverkan. Det kan konstateras att detta avsnitt i sig, uppenbarligen inte kan betraktas som att det med tillräcklig rättslig säkerhet kan motivera påståendet att det inte fanns tilläcklig insyn i marknaden.”

¹⁵⁴ Förstainstansrätten granskade därefter resonemanget i det omtvistade beslutet avseende en eventuell ”gemensam prispolitik” mellan de stora företagen och analyserade detta resonemang i punkterna 295–324 i den överklagade domen, för att försöka hitta något som kunde förklara påståendet att det inte fanns tillräcklig insyn i de relevanta marknaderna. I detta sammanhang konstaterade förstainstansrätten bland annat följande:

”315 Det framgår således att den enda insynshindrande faktorn i [det omtvistade] beslutet är påståendet, i skäl 80 (och i motsvarande skäl för de övriga stora länderna), att det ’[emellertid] framgår ... att insynen i kampanjrabatterna är sämre än i de fasta rabatterna och att övervakningen av dessa också kräver en noggrann iakttagelse av utvecklingen av denna typ av rabatter på detaljhandelsmarknaden’.

...

318 Det skall också noteras att det i [det omtvistade] beslutet inte har slagits fast att det saknas insyn i marknaden, och inte heller att det inte finns tillräcklig

insyn för att möjliggöra en prissamordning, utan på sin höjd att det finns mindre insyn i kampanjrabatterna, utan att det i [det omtvistade] beslutet ges någon som helst information om deras natur, under vilka omständigheter de lämnas eller deras faktiska betydelse för nettopriserna, och inte heller om deras inverkan på insynen i priserna.

319 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen, såsom framgår ovan, i [det omtvistade] beslutet har lyft fram flera omständigheter och faktorer som främjar insynen i marknaden och underlättar kontrollen av att samordningen följs.

320 Av detta följer att det genom de enstaka påståendena om kampanjrabatter under det avsnitt i [det omtvistade] beslutet som handlar om undersökningen av prissamordningen i de stora länderna, till den del de är vaga, ogrundade och kanske även motsägs av andra iakttagelser i [det omtvistade] beslutet, inte kan bevisas att det saknas insyn i marknaden och även i kampanjrabatterna. Enligt dessa påståenden är insynen dessutom sämre i kampanjrabatterna än i de fasta rabatterna men det förklaras inte på vilket sätt dessa är relevanta för insynen på marknaden och gör det inte möjligt att förstå hur de i sig skulle kunna kompensera alla de övriga faktorer som främjar insynen i marknaden, vilka har fastställts i [det omtvistade] beslutet, och på så sätt eliminera den insyn som krävs för att en kollektiv dominerande ställning skall föreligga.

...

324 Av detta följer att avsnittet om de mindre länderna inte heller innehåller någon motivering av att det saknas insyn i marknaden på grund av kampanjrabatterna. Situationen i de mindre länderna kan i vart fall inte anses utgöra en korrekt motivering av konstaterandet om graden av insyn i de stora marknaderna.

325 Av ovanstående framgår att invändningen om bristfällig motivering av konstaterandet om insyn i marknaden är grundad, vilket i sig motiverar en ogiltigförklaring av [det omtvistade] beslutet.”

155 Punkt 411 i den överklagade domen har följande lydelse:

”I sitt svaromål har kommissionen visserligen gjort gällande att den hade granskat de övriga stora företagens rabatter men att sifferuppgifterna inte kunde avslöjas för parterna i koncentrationen och att det därför var omöjligt att inkludera dem i [det omtvistade] beslutet. Detta argument kan inte godtas.”

156 Punkt 530 i den överklagade domen har följande lydelse:

”Det framgår av skäl 157 i [det omtvistade] beslutet, och särskilt av dess sista mening, att kommissionens slutsats att sammanslagningen inte innebär en tillräckligt stor förändring för att medföra att en kollektiv dominerande ställning troligtvis skapas uttryckligen grundar sig på villkoren för insyn i marknaden och för motåtgärder.”

— Parternas argument

157 Klagandena har i huvudsak hävdad att gemenskapssystemet för kontroll av företagskoncentrationer, och särskilt artikel 10.6 i förordningen, utgör hinder för att första instansrätten ogiltigförklarar ett beslut om godkännande av en företagskoncentration på grund av bristfällig motivering.

- 158 Klagandena har i andra hand gjort gällande att förstainstansrätten tillämpade ett alltför strängt krav på motiveringen, vilket är oförenligt med fast rättspraxis och innebär att förstainstansrätten inte tog hänsyn till det särskilda sammanhanget eller det slag av förfarande det rör sig om. Det var fel av förstainstansrätten att kräva att kommissionen skulle förklara avvikelserna i förhållande till meddelandet om invändningar.
- 159 Det var även fel av förstainstansrätten att vid prövningen av motiveringen av det omtvistade beslutet inte beakta det särskilda sammanhang i vilket ett beslut om godkännande av en företagskoncentration ingår. Klagandena har i detta sammanhang gjort flera påpekanden. För det första anser de att det bör ställas lägre krav på motiveringen av ett beslut om godkännande av en företagskoncentration än på ett beslut om förbud mot en sådan koncentration. För det andra underlät förstainstansrätten felaktigt att pröva motiveringen av det omtvistade beslutet med utgångspunkt i välinformerade branschknunigas synsätt. För det tredje borde den korta tid som gick mellan meddelandet om invändningar och beslutet om godkännande av en företagskoncentration ha föranlett en viss grad av återhållsamhet vid prövningen av motiveringen av beslutet. För det fjärde borde det förhållandet att klagandena fick tillåtelse att genomföra den anmälda företagskoncentrationen utgöra hinder för att beslutet om godkännande av företagskoncentrationen ogiltigförklaras på grundval av bristfällig motivering. För det femte gjorde sig förstainstansrätten i punkt 411 i den överklagade domen skyldig till felaktig rättstillämpning genom att kräva att kommissionen skulle offentliggöra detaljer om priser och rabatter, trots att uppgifterna var konfidentiella och känsliga.
- 160 Klagandena anser att det, tvärtemot förstainstansrättens bedömning, under alla omständigheter följer av fast rättspraxis att det omtvistade beslutet är tillräckligt motiverat, eftersom Impala har kunnat kontrollera de skäl som låg till grund för beslutet och förstainstansrätten har kunnat utöva sin rättsliga prövning. Klagandena har i detta hänseende bland annat gjort gällande att förstainstansrättens konstaterande att det omtvistade beslutet inte var tillräckligt motiverat svårigen är förenligt med dess bedömning att beslutet innehåller uppenbart oriktiga bedömningar.
- 161 Klagandena har slutligen hävdat att förstainstansrättens prövning av motiveringen av det omtvistade beslutet är behäftad med fel, eftersom förstainstansrätten använde ett

felaktigt beviskrav, underlät att beakta gränserna för domstolsprövningen och tillämpade ett felaktigt kriterium för insyn.

- 162 Impala anser för det första, utan att det påverkar dess allmänna invändning om rättgångshinder, att klagandena inte kan upphöja undantagsbestämmelsen i artikel 10.6 i förordningen till en allmän regel. För det andra anser Impala att klagandena felaktigt har gjort gällande att tillämpligheten av artikel 253 EG beror på om beslutet om en anmäld företagskoncentration är negativt eller positivt. Impala har för det tredje hävdade att den grad av motivering som ska krävas beror på sammanhanget och den rättsliga ram inom vilken en viss rättsakt antas. Det är fullständigt förenligt med denna princip att kraven på motiveringen anpassas efter vilket slag av ärende det rör sig om. I förevarande fall rör det sig om ett ärende där det formella förfarandet hade inletts och som föranledde allvarliga invändningar från tredje part samt ett meddelande om invändningar.
- 163 När det gäller det argument som klagandena har anfört i andra hand avseende förstainstansrättens krav på motiveringen, har Impala gjort gällande att förstainstansrätten hänvisade till utdrag ur meddelandet om invändningar endast för att betona den bristfälliga motiveringen av det omtvistade beslutet och motsägelserna däri, men att den grundade sitt konstaterande om den bristfälliga motiveringen på resonemanget i själva det omtvistade beslutet och inte på en jämförelse med resonemanget i meddelandet om invändningar. Impala anser vidare att förstainstansrätten inte har underlåtit att beakta det sammanhang i vilket förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer ingår.
- 164 Det förhållandet att förstainstansrätten kunde göra en fullständig prövning av det omtvistade beslutet innebär inte att motiveringen av det var tillräcklig. Enligt Impala är det fullständigt klart att förstainstansrätten inte kunde förstå bland annat varför kommissionen, trots att det av bevisningen framgick att insynen i marknaden var tillräcklig för att det skulle kunna konstateras att det förelåg en kollektiv dominerande ställning, drog slutsatsen att bevisningen om insyn var otillräcklig, därför att det fanns mindre insyn i kampanjrabatterna än i andra slag av rabatter. Enligt Impala är de verkliga skälen till det omtvistade beslutet fortfarande oklara.

165 När det gäller de av klagandenas argument som sammanfattats ovan i punkt 161 har Impala gjort gällande att förstainstansrättens påpekanden om vissa aspekter av motiveringen av det omtvistade beslutet grundade sig på en ingående granskning av den analys som gjorts av kommissionen, men framför allt på motsägelserna i själva det omtvistade beslutet.

— Domstolens bedömning

166 Som det framgår av fast rättspraxis ska den motivering som krävs enligt artikel 253 EG vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det fordras inte att motiveringen av en rättsakt anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart ska bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar det ifrågavarande området (se bland annat dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, av den 22 juni 2004 i mål C-42/01, Portugal mot kommissionen, REG 2004, s. I-6079, punkt 66, och av den 15 april 2008 i mål C-390/06, Nuova Agricast, REG 2008, s. I-2577, punkt 79).

167 Den institution som har antagit en sådan rättsakt är emellertid inte skyldig att ta ställning till omständigheter som uppenbart saknar direkt samband med saken eller föregripa möjliga invändningar (dom av den 25 oktober 2005 i de förenade målen C-465/02 och C-466/02, Tyskland och Danmark mot kommissionen, kallad domen i de förenade målen Feta, REG 2005, s. I-9115, punkt 106). Graden av precision i ett besluts motivering ska anpassas till de faktiska möjligheterna och de tekniska och tidsmässiga villkor under vilka rättsakten antas (se dom av den 1 december 1965 i mål 16/65, Schwarze, REG 1965, s. 1081, 1096 och 1097, svensk specialutgåva, volym 1, s. 227, och av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 16). Kommissionen åsidosätter således inte sin motiveringskyldighet om den, vid utövandet av sin befogenhet att kontrollera företagskoncentrationer, i sitt beslut utesluter en detaljerad motivering av

bedömningen av vissa aspekter av koncentrationen som är uppenbart irrelevanta, som saknar betydelse eller som den anser uppenbart saknar direkt samband med saken (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 64). Ett sådant krav skulle nämligen vara svårt att förena med kravet på skyndsamhet och de korta tidsfrister som kommissionen måste iakttä vid utövandet av befogenheten att kontrollera företagskoncentrationer och som är en del av de särskilda omständigheterna vid ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer.

168 Av detta följer att när kommissionen förklarar en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av artikel 8.2 i förordningen är kravet på motivering uppfyllt om kommissionen i beslutet tydligt anger skälen till att den anser att koncentrationen, i förekommande fall sedan de berörda företagen vidtagit ändringar, inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas.

169 Även om det i detta hänseende är riktigt att kommissionen inte är skyldig att, i motiveringen av ett beslut som antas genom tillämpning av förordningen, ta ställning till alla uppgifter och argument som lagts fram, inbegripet sådana som helt klart är av underordnad betydelse för den bedömning som ska avges, måste kommissionen icke desto mindre redogöra för de omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutet. Dessutom ska motiveringen vara logisk och inte innehålla motsägelser (se analogt, för ett liknande resonemang, dom av den 18 maj 1962 i mål 13/60, Geitling m.fl. mot Höga myndigheten, REG 1962, s. 165, på s. 221, av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 78, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, av den 7 juli 1981 i mål 158/80, Rewe-Handelsgesellschaft Nord och Rewe-Markt Steffen, REG 1981, s. 1805, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 6, s. 153, och av den 17 maj 1988 i mål 28/87, Arendt mot parlamentet, REG 1988, s. 2633, punkterna 7 och 8).

170 Det är mot bakgrund av dessa principer som klagandenas invändningar inom ramen för den sjätte grunden ska prövas.

171 Klagandena har i första hand hävdats att ett beslut av kommissionen om godkännande av en företagskoncentration inte kan ogiltigförklaras på grundval av en

bristfällig motivering. Till stöd för denna åsikt har de särskilt hänvisat till artikel 10.6 i förordningen.

172 Av punkt 49 ovan framgår att den nämnda bestämmelsen syftar till att garantera rättssäkerheten i det fall då kommissionen undantagsvis inte har fattat ett beslut inom den föreskrivna fristen. De berörda företagen får sålunda genomföra företagskoncentrationen så snart de fått ett tyst medgivande.

173 Som Impala har påpekat följer det av klagandenas argumentation på grundval av artikel 10.6 i förordningen att beslut om godkännande av företagskoncentrationer inte ens behöver motiveras, eftersom de inte kan överklagas med hänvisning till avsaknad av motivering.

174 Det ska emellertid erinras om att en bristfällig motivering varigenom artikel 253 EG inte beaktas innebär ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 EG och utgör en grund som gemenskapsdomstolarna kan och till och med måste pröva ex officio (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix, REG 1997, s. I-983, punkt 24). Enligt fast rättspraxis gäller vidare att en gemenskapsrättslig bestämmelse så långt som möjligt ska tolkas i överensstämmelse med bestämmelserna i fördraget och gemenskapsrättens allmänna principer (dom av den 4 oktober 2007 i mål C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, REG 2007, s. I-8075, punkt 22 och där angiven rättspraxis). Av detta följer att artikel 10.6 i förordningen ska tolkas och tillämpas mot bakgrund av artiklarna 230 EG och 253 EG.

175 Som det framgår ovan av punkt 49 utgör artikel 10.6 således ett undantag till den allmänna systematiken i förordningen, vilken framgår särskilt av artiklarna 6.1 och 8.1 i förordningen och enligt vilken kommissionen uttryckligen ska fatta beslut om de företagskoncentrationer som anmäls till den, och detta oavsett om beslutet är negativt eller positivt. Likväl som artikel 10.6 i förordningen inte kan utgöra grund för en allmän presumtion om att företagskoncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden, kan den inte heller utgöra grund för ett undantag från möjligheten att bestrida lagligheten av ett beslut om godkännande av en företagskoncentration på

grundval av åsidosättande av motiveringsskyldigheten. Det legitima behovet av rätts-säkerhet i undantagssituationer, som speglas i den bestämmelsen, kan inte utsträckas så långt att beslut om företagskoncentrationer helt eller delvis undantas från gemenskapsdomstolens prövning.

176 Klagandenas argument på grundval av artikel 10.6 i förordningen kan således inte godtas.

177 Klagandena har i andra hand gjort gällande bland annat att förstainstansrätten inte har iakttagit gemenskapsdomstolens fasta rättspraxis om kraven på motivering, eftersom det var möjligt för Impala att på grundval av det omtvistade beslutet kontrollera motiveringen av godkännandet och för förstainstansrätten att företa en domstolsprövning.

178 Som det framgår ovan i punkt 166 gäller enligt fast rättspraxis dels att den motivering som krävs enligt artikel 253 EG är avsedd att ge berörda parter möjlighet att få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och att ge den behöriga domstolen möjlighet att utöva sin prövningsrätt, dels att kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till rättsaktens beskaffenhet och det sammanhang i vilket den antagits (se även dom av den 7 april 1987 i mål 32/86, Sisma mot kommissionen, REG 1987, s. 1645, punkt 8, av den 4 juni 1992 i mål C-181/90, Consorgan mot kommissionen, REG 1992, s. I-3557, punkt 14, av den 15 april 1997 i mål C-22/94, Irish Farmers Association m.fl., REG 1997, s. I-1809, punkterna 39–41, av den 19 september 2002 i mål C-114/00, Spanien mot kommissionen, REG 2002, s. I-7657, punkterna 62 och 63, och av den 2 oktober 2003 i mål C-195/99 P, Krupp Hoesch mot kommissionen, REG 2003, s. I-10937, punkt 110, samt domen i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 372).

179 Det är riktigt att det i förevarande fall kan förefalla olyckligt att det i det omtvistade beslutet finns en viss obalans mellan redogörelsen av de förhållanden som talar för att insynen är tillräcklig och redogörelsen av kampanjrabatternas inverkan, som talar emot att det finns en sådan insyn. Med hänsyn till, för det första, det sammanhang i vilket det omtvistade beslutet antogs, vilket kännetecknades bland annat av en kort tidrymd mellan å ena sidan det skriftliga svaret på meddelandet om invändningar

och utfrågningen vid kommissionen och å andra sidan avslutandet av det formella förfarandet, och för det andra, kraven i den rättspraxis som anges ovan i punkterna 166–169, särskilt punkterna 166 och 167, kunde förstainstansrätten emellertid inte, utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning, anse att kommissionen i förevarande fall hade underlåtit att uppfylla sin skyldighet att tillhandahålla en tillräcklig motivering av det omtvistade beslutet (se analogt dom av den 28 oktober 1981 i de förenade målen 275/80 och 24/81, Krupp Stahl mot kommissionen, REG 1981, s. 2489, punkt 13, och av den 13 mars 1985 i de förenade målen 296/82 och 318/82, Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen, REG 1985, s. 809, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 8, s. 103).

180 För det första redogjorde nämligen kommissionen i det omtvistade beslutet för sitt resonemang, vilket gör det möjligt att senare vid behörig domstol bestrida att beslutet var välgrundat, vilket Impala har gjort. Det är orimligt att, såsom förstainstansrätten gjorde i punkt 289 i den överklagade domen, kräva en detaljerad beskrivning av varje aspekt som ligger till grund för det omtvistade beslutet, till exempel kampanjrabatternas beskaffenhet, de omständigheter under vilka de kan tänkas tillämpas, hur pass genomsynliga de är, deras storlek eller deras inverkan på insyner i priserna (se analogt, för ett liknande resonemang, dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925, punkterna 59–61, och av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., REG 2008, s. I-4777, punkt 108). Detta gäller i än högre grad eftersom Impala, såsom det framgår bland annat av punkterna 7 och 10 i den överklagade domen, medverkade vid det formella förfarandet (se analogt dom av den 25 oktober 2001 i mål C-120/99, Italien mot rådet, REG 2001, s. I-7997, punkt 29, och av den 9 september 2004 i mål C-304/01, Spanien mot kommissionen, REG 2004, s. I-7655, punkt 50) och dessutom var fullt i stånd att vid förstainstansrätten ifrågasätta giltigheten av den bedömning i sak som kommissionen gjort i det omtvistade beslutet.

181 För det andra hade förstainstansrätten, såsom det framgår av bland annat punkterna 275, 289 och 530 i den överklagade domen, kännedom om skälen till att kommissionen beslutade att godkänna företagskoncentrationen. Förstainstansrätten ägnade dessutom flera punkter i sin dom åt att analysera huruvida dessa skäl var välgrundade. Det bör dock i detta sammanhang erinras om att skyldigheten att motivera ett beslut utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 67, samt dom av den 7 mars 2002 i mål C-310/99, Italien mot kommissionen, REG 2002, s. I-2289, punkt 48). Motiveringen av ett beslut består i att man formellt anger vilka skäl beslutet grundar sig på.

Om dessa skäl innehåller felaktigheter, inverkar detta på beslutets lagenlighet i materiellt hänseende, men inte på motiveringen av beslutet, som kan vara tillräcklig trots att den innehåller felaktiga skäl. Det kan därför inte påstås att det var omöjligt för förstainstansrätten att utöva sin prövningsrätt (se analogt domen i de ovannämnda förenade målen Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., punkt 112).

182 Överklagandet ska således bifallas på den sjätte grunden, utan att det är nödvändigt att ta ställning till påståendena i punkterna 158, 159 och 161 ovan.

183 Av det ovan anförda följer att överklagandet i förevarande mål ska bifallas.

Det påstådda anslutningsöverklagandet

184 Kommissionens svarsskrivelse innehåller ett särskilt avsnitt med "kompletterande synpunkter" på de "huvudsakliga motiven" till det omtvistade beslutet. Kommissionen har i detta avsnitt gjort gällande att förstainstansrätten i punkterna 474 och 476 i den överklagade domen felaktigt betecknade kommissionens slutsatser vad gäller motåtgärderna som huvudsakligt motiv till det omtvistade beslutet. Kommissionen anser att om det i förevarande fall visar sig att slutsatserna i det omtvistade beslutet angående bristande insyn på marknaden inte utgör felaktig rättstillämpning, måste beslutet anses vara giltigt oavsett om det innehåller rättsliga fel med avseende på motåtgärderna eller inte.

185 Impala tolkade kommissionens synpunkter i svarsskrivelsen som ett anslutningsöverklagande och besvarade dem genom särskild inlägga av den 23 mars 2007 med åberopande av artikel 117.2 i domstolens rättegångsregler. Parterna erhöll därefter tillstånd att lämna in ytterligare handlingar angående detta ämne, varav den sista

inkom till domstolens kansli den 16 juli 2007. Frågan huruvida Impala hade rätt att åberopa artikel 117.2 i rättegångsreglerna lämnades däremot öppen.

186 För att ett argument ska klassificeras som anslutningsöverklagande krävs enligt artikel 117.2 i rättegångsreglerna att det har yrkats att den överklagade domen helt eller delvis ska upphävas, på en grund som inte omnämns i överklagandet. Om så är fallet i förevarande mål ska bedömas mot bakgrund av ordalydelsen, syftet och sammanhanget vad gäller det aktuella avsnittet i kommissionens svarsskrivelse.

187 I detta sammanhang ska det emellertid betonas att kommissionen inte någonstans i sin svarsskrivelse har använt uttrycket "anslutningsöverklagande". Dessutom har kommissionen själv under förfarandet, bland annat vid förhandlingen, tydligt angett att den genom sina "kompletterande synpunkter" absolut inte hade för avsikt att inkomma med ett anslutningsöverklagande.

188 Under dessa omständigheter ska de ovannämnda synpunkterna inte anses utgöra ett anslutningsöverklagande. I motsats till vad Impala har gjort gällande finns det således ingen anledning att ta ställning till dem.

Återförvisning av målet till förstainstansrätten

189 I enlighet med artikel 61 första stycket i domstolens stadga ska domstolen upphäva förstainstansrättens avgörande, om överklagandet är välgrundat. Domstolen kan då antingen själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till förstainstansrätten för avgörande.

190 Eftersom förstainstansrätten endast har prövat två av de fem grunder som Impala åberopat till stöd för sin talan, anser domstolen att förevarande mål inte är färdigt för avgörande. Det ska därför återförvisas till förstainstansrätten.

191 Målet återförvisas till förstainstansrätten. Beslut om rättegångskostnaderna i detta överklagande kommer att meddelas senare.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 13 juli 2006 i mål T-464/04, Impala mot kommissionen, upphävs.**

- 2) **Målet återförvisas till Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt.**

- 3) **Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.**

Underskrifter