

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

föredraget den 13 december 2007¹

Innehållsförteckning

I	— Inledning	I - 4963
II	— Tillämpliga bestämmelser	I - 4963
III	— Bakgrunden till tvisten och förfarandet	I - 4966
	A — Koncentrationen	I - 4966
	B — Problemet med en kollektiv dominerande ställning	I - 4967
	C — Det administrativa förfarandet och kommissionens första beslut om godkännande av koncentrationen	I - 4969
	D — Förfarandet vid förstainstansrätten	I - 4970
	E — Överklagandet	I - 4970
	F — Nytt administrativt förfarande och kommissionens andra beslut om godkännande	I - 4971
IV	— Inledande frågor före prövningen av överklagandet	I - 4972
	A — Huruvida de enskilda grunderna kan upptas till sakprövning	I - 4972
	1. Huruvida den femte grunden för överklagandet kan upptas till sakprövning	I - 4973
	2. Huruvida de övriga grunderna kan upptas till sakprövning	I - 4974
	3. Slutsats i denna del	I - 4974
	B — Huruvida överklagandet är ägnat att uppnå det mål som eftersträvas	I - 4975
	1. Påståendet att klagandena underlätit att ifrågasätta ett relevant avsnitt i den överklagade domen	I - 4975
	2. Skälen i den överklagade domen som inte anges i domslutet	I - 4976

1 — Originalspråk: tyska.

3. Slutsats i denna del	I - 4977
C — Fortsatt berättigat intresse av att få saken prövad	I - 4977
V — Huruvida överklagandet är välgrundat	I - 4981
A — Krav på utredning och motivering vad gäller kommissionens beslut om godkännande (den första, den andra, den tredje och den sjätte grunden)	I - 4982
1. Motivering av beslut om godkännande inom ramen för en kontroll av företagskoncentrationer (den sjätte grundens första och tredje delar)	I - 4982
a) Huruvida beslut om godkännande kan angripas på grund av bristande motivering	I - 4983
b) Omfattningen av motiveringsskyldigheten	I - 4985
— Den överklagade domen	I - 4986
— Bedömning	I - 4987
c) Övrigt	I - 4991
d) Slutsats i denna del	I - 4993
2. Förstainstansrättens hänvisning till meddelandet om invändningar (den första grunden och den sjätte grundens andra del).	I - 4993
a) Förstainstansrättens allmänna tolkning av förhållandet mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar	I - 4994
— Den överklagade domen	I - 4994
— Bedömning	I - 4994
b) Förstainstansrättens konkreta hänvisningar till meddelandet om invändningar	I - 4997
c) Slutsats i denna del	I - 5002
3. Bevisvärdet av de faktiska omständigheter som åberopats i svaret på meddelandet om invändningar (den andra grunden, den tredje grundens första del).	I - 5002
a) Den överklagade domen	I - 5002
b) Bedömning	I - 5003
4. Beviskrav för att godkänna företagskoncentrationer (den tredje grundens andra del)	I - 5006
	I - 4961

a) Påståendet om asymmetri mellan kraven för beslut om godkännande och beslut om förbud enligt koncentrationsförordningen.	I - 5007
— Beslut avseende företagskoncentrationer är baserade på prognoser	I - 5007
— Symmetri mellan kraven för godkännande och förbud	I - 5009
— Ingen allmän presumtion för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden	I - 5011
— Slutsats i denna del	I - 5013
b) De beviskrav som förstainstansrätten ställt i förevarande fall	I - 5013
c) Slutsats i denna del	I - 5014
B — Begränsningen av förstainstansrättens fria bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen (den fjärde grunden)	I - 5014
1. Kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och domstolsprövningen av detta	I - 5015
a) Den överklagade domen	I - 5015
b) Bedömning	I - 5016
2. Anmärkningen om att bevisningen missuppfattats	I - 5018
a) Punkt 425 i den överklagade domen	I - 5019
b) Punkt 427 i den överklagade domen	I - 5020
c) Punkt 434 i den överklagade domen	I - 5021
3. Slutsats i denna del	I - 5022
C — Användning av konfidentiella uppgifter i den överklagade domen (sjunde grunden)	I - 5023
D — Slutsats i denna del	I - 5025
VI — Det påstådda anslutningsöverklagandet	I - 5025
VII — Rättegångskostnader	I - 5026
VIII — Förslag till avgörande	I - 5027
I - 4962	

I — Inledning

1. Det aktuella målet ger anledning att utveckla domstolens rättspraxis inom ramen för EG:s kontroll av företagskoncentrationer. Det rör sig därvid huvudsakligen om den praktiskt utomordentligt viktiga frågan vad som kan krävas av kommissionen när det gäller utredning och motivering när den *godkänner* en företagskoncentration.

2. Bakgrunden i det här målet är ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer avseende marknaden för inspelad musik, musik på nätet och marknaden för musikförlag. Företagen Bertelsmann och Sony avtalade i slutet av 2003 att slå samman sin världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik. Trots ursprungliga tvivel godkände kommissionen koncentrationen genom beslut av den 19 juli 2004² (nedan kallat det första beslutet om godkännande).

3. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), som är en internationell sammanslutning, bildad enligt belgisk rätt, för 2 500 oberoende musikproduktionsbolag, motsatte sig sammanslagningen. Efter det att Impala hade väckt talan

ogiltigförklarade förstainstansrätten genom dom av den 13 juli 2006³ (nedan kallad den överklagade domen) det första beslutet om godkännande.

4. Bertelsmann och Sony har överklagat förstainstansrättens dom till domstolen och domstolen skall nu avgöra överklagandet. Klagandena har huvudsakligen gjort gällande att förstainstansrätten har tillämpat för höga rättsliga krav för kommissionens beslut om godkännande och domstolsprövningen av detta.

5. Först måste det emellertid undersökas om klagandena fortfarande har ett berättigat intresse av att få saken prövad, eftersom deras koncentration på nytt godkändes av kommissionen den 3 oktober 2007.

II — Tillämpliga bestämmelser

6. Den rättsliga ramen i detta mål utgörs av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (nedan kallad

2 — Kommissionens beslut 2005/188/EG av den 19 juli 2004 om att en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr COMP/M.3333 – Sony/BMG), delgivet med nr K(2004) 2815 (EGT L 62, 2005, s. 1, rättelse i EGT L 285, 2003, s. 52).

3 — Förstainstansrättens dom av den 13 juli 2006 i mål T-464/04, Impala mot kommissionen (REG 2006, s. II-2289).

koncentrationsförordningen),⁴ i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 1310/97.⁵

7. Sådana koncentrationer med en gemenskapsdimension som avses i koncentrationsförordningen får inte genomföras och skall anmälas till kommissionen (artiklarna 4 och 7 i koncentrationsförordningen). Kommissionen bedömer dem i syfte att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden (artikel 2.1 i koncentrationsförordningen).

8. Huruvida en koncentration är tillåten eller förbjuden är beroende av om koncentrationen skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som skulle kunna medföra att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmades. I detta avseende föreskrivs följande i artikel 2.2 och 2.3 i koncentrationsförordningen:

”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.”

9. *Förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer* består av två faser. I den första fasen genomförs endast en preliminär prövning av den anmälda koncentrationen. Om den preliminära prövningen ger upphov till allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, skall kommissionen i den andra fasen inleda ett formellt prövningsförfarande enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen.⁶

10. Kommissionens har följande *beslutsbefogenheter* i det formella prövningsförfarandet enligt artikel 8 i koncentrationsförordningen:

”1. ... varje förfarande som inleds med stöd av artikel 6.1 c [skall] avslutas genom beslut enligt punkterna 2–5.

4 — EGT L 395, 1989, s. 1, opublicerad, efter rättelser, i EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16.

5 — Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 180, s. 1, med rättelser i EGT L 3, 1998, s. 16, och EGT L 40, 1998, s. 17).

6 — Om en koncentration inte ger någon anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, något som ofta förekommer i praktiken, följer ett godkännande av koncentrationen *utan* att det för den skall inleds ett formellt förfarande för kontroll av företagskoncentrationer redan på grundval av det inledande skedet av förfarandet. Enligt artikel 6.1 b i koncentrationsförordningen skall kommissionen i sådana förfaranden *besluta att inte göra invändning* mot koncentrationen och förklara att den är förenlig med den gemensamma marknaden.

2. Om kommissionen finner att en koncentration som har anmälts uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.2, eventuellt sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

företagssammanslutningarna tillfälle att i varje skede av förfarandet fram till samrådet med den rådgivande kommittén yttra sig över de anmärkningar som framförs mot dem.

...

3 Om kommissionen finner att en koncentration uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.3, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

3. 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 ...”

...”

11. Innan ett eventuellt beslut om förbud enligt artikel 8.3 i koncentrationsförordningen fattas skall de företag som deltar i företagskoncentrationen höras. I detta syfte sänder kommissionen ett *skriftligt meddelande om invändningar* till företagen. Företagen kan uttala sig skriftligen eller i förekommande fall även muntligen om detta. I detta avseende föreskrivs följande i artikel 18 i koncentrationsförordningen:⁷

12. Hela förfarandet för kontroll av koncentrationer är präglad av *kravet på skyndsamhet*, vilket genomförs med hjälp av välbalanserade, förhållandevis stränga fristbestämmelser och vilket har som syfte att begränsa längden på förfarandet för kontroll av koncentrationer.⁸ Om kommissionen inte fattar beslut om huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden inom föreskriven frist *godkänns koncentrationen* enligt artikel 10.6 i koncentrationsförordningen, i vilken följande föreskrivs:

”1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna ... 8.3–8.5 ... skall den lämna de berörda personerna, företagen och

8 — Dom av den 25 september 2003 i mål C-170/02 P, Schlusserlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. I-9889), punkt 33, och av den 22 juni 2004 i mål C-42/01, Portugal mot kommissionen (REG 2004, s. I-6079), punkt 51. Se även förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen (REG 1997, s. II-2137), punkt 113, och av den 20 november 2002 i mål T-251/00, Lagardère och Canal+ mot kommissionen (REG 2002, s. II-4825), punkt 108, samt mitt förslag till avgörande av den 26 april 2007 i mål C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 18 december 2007, målet anhängigt vid domstolen, punkt 41.

7 — Se därutöver artiklarna 11–15 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 61, s. 1).

”Om kommissionen inte har fattat något beslut enligt artikel 6.1 b eller c eller artikel 8.2 eller 8.3 inom de tidsfrister som anges ..., skall koncentrationen anses ha förklarats förenlig med den gemensamma marknaden...”

13. Med avseende på följderna av domstolens ogiltigförklaring av ett kommissionsbeslut föreskrivs följande i artikel 10.5 i koncentrationsförordningen:

”Om domstolen meddelar en dom som helt eller delvis upphäver ett beslut av kommissionen enligt denna förordning, skall de tidsfrister som anges i förordningen börja löpa på nytt från dagen när domen meddelades.”

14. I de flesta förfaranden för kontroll av koncentrationer agerar kommissionen även som myndighet för kontroll av företagskoncentrationer i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet⁹ och avgör om koncentrationer är förenliga med EES-avtalet.

15. År 2004 ändrades koncentrationsförordningen i väsentliga delar. *EG:s koncen-*

*trationsförordning i dess nya lydelse*¹⁰ är dock enligt artikel 26.1 tillämplig först från och med den 1 maj 2004 och följaktligen inte relevant i det här målet. De tidigare bestämmelserna skall enligt artikel 26.2 i den nya koncentrationsförordningen fortsätta äga tillämpning i ett förfarande som det förevarande.

III — Bakgrunden till tvisten och förfarandet

A — Koncentrationen

16. Bertelsmann AG¹¹ är ett internationellt medieföretag med en världsomspännande verksamhet inom musikproduktion, musikutgivning, teve, radio, bok-, tidskrifts- och tidningsutgivning, tryck- och medietjänster, bok- och musikklubbar. Bertelsmann är verksam på musikinspelningsmarknaden genom sitt helägda dotterbolag Bertelsmann Music Group (BMG).¹²

9 — Artikel 57.1 och 57.2 a i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet, EGT L 1, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 11, s. 37).

10 — Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, s. 1) (nedan även kallad förordning nr 139/2004).

11 — Nedan kallat Bertelsmann.

12 — Beträffande detta och det följande, jämför punkterna 3–6 i den överklagade domen.

17. Sony Corporation of America¹³ hör till Sonykoncernen och är globalt verksam inom musikproduktion, musikutgivning, industri- och konsumentelektronik samt underhållning. På musikområdet bedriver Sony sin verksamhet genom Sony Music Entertainment.

18. I ett Business Contribution Agreement (avtal om deltagande i verksamhet) kom Bertelsmann och Sony överens om att slå samman sin världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik (med undantag för Sonys verksamhet i Japan) och koncentrera denna till minst tre nya företag. Dessa samriskföretag skulle marknadsföras tillsammans under namnet Sony BMG.

19. Enligt avtalet skulle Sony BMG arbeta med upptäckt och utveckling av artister¹⁴ samt marknadsföring och försäljning av inspelad musik. Sony BMG skulle däremot inte bedriva någon verksamhet inom närliggande områden som utgivning av musik, produktion och distribution.

20. Såsom Bertelsmann och Sony har bekräftat under förfarandet vid domstolen genomfördes koncentrationen fullständigt år 2004.

B — Problemet med en kollektiv dominerande ställning

21. Såsom alla koncentrationer med en gemenskapsdimension skulle koncentrationen mellan Bertelsmann och Sony bedömas enligt artikel 2 i koncentrationsförordningen i syfte att fastställa om den kunde skapa eller förstärka en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas.

22. Konkret var det därvid inte fråga om Sony BMG:s eventuella dominans på marknaden, utan om risken för att en *kollektiv dominerande ställning* skapas eller förstärks mellan fem globalt verksamma producenter av inspelad musik,¹⁵ de så kallade stora företagen för den världsomspännande musikverksamheten vars antal minskade från fem till fyra genom koncentrationen.

23. Domstolen har redan i domen i målet "Kali & Salz"¹⁶ fastställt att begreppet dominerande ställning i den mening som avses i koncentrationsförordningen inte endast avser en individuell, utan även en kollektiv dominerande ställning. Två företag (duopol)

13 — Nedan kallat Sony.

14 — En verksamhet som kallas A & R, Artist and Repertoire.

15 — Därmed förstås i det första beslutet om godkännande och i den överklagade domen följande producenter: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) och EMI Group (ursprungligen: Electric and Musical Industries).

16 — Dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, kallad Kali & Salz (REG 1998, s. I-1375), punkterna 164–178. Se dessutom förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen (REG 1999, s. II-753), punkterna 123–156.

eller flera företag (oligopol) kan ha en kollektiv dominerande ställning.¹⁷

fastställa en kollektiv dominerande ställning på marknaden och som har sammanfattats på följande sätt i den här överklagade domen:

24. En kollektiv dominerande ställning betyder inte nödvändigtvis att deltagare i ett oligopol måste ha samverkat i *hemlighet* genom att till exempel ingå konkurrensbegränsande avtal i den mening som avses i artikel 81 EG.¹⁸ En kollektiv dominerande ställning kan i stället grunda sig på en *tyst samordning av konkurrensbeteendet*¹⁹ mellan alla deltagare i ett oligopol. Oligopolföretagen nöjer sig i det fallet med de uppnådda marknadsandelarna och det uppkommer inte längre någon effektiv inhemsk konkurrens mellan dem.²⁰

”För det första måste det finnas tillräcklig insyn i marknaden för att de samordnande företagen i tillräcklig utsträckning skall kunna kontrollera om villkoren för samordning uppfylls. För det andra kräver disciplinen att det finns något slag av trovärdig avskräckningsmekanism i händelse av avvikande beteende. För det tredje bör reaktionerna hos utomstående, till exempel nuvarande och framtida konkurrenter som inte deltar i samordningen samt kunder, inte få motverka den förväntade samordningens resultat.”²²

25. En förutsättning för att en kollektiv dominerande ställning skall fastställas är i så fall att den berörda marknaden över huvud taget varaktigt tillåter en tyst samordning av konkurrensbeteendet mellan deltagarna i oligopolet. Mot den bakgrunden skall de tre kriterier beaktas som förstainstansrätten utvecklat i domen i målet Airtours²¹ för att

26. I förevarande fall står det första av de tre så kallade Airtourskriterierna i centrum, det vill säga frågan huruvida det finns tillräcklig insyn i marknaden för inspelad musik för att möjliggöra en tyst samordning mellan de stora företagen. Parterna är huvudsakligen oense om vad förstainstansrätten kan kräva av kommissionen när det gäller utredning och motivering.

17 — Domen i målet Gencor mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkterna 276 och 277, och dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen (REG 2002, s. II-2585), punkterna 59–61.

18 — 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, avseende artikel 82 EG.

19 — Normalt sett sker detta genom ett *parallellt beteende som begränsar konkurrensen*. I ärendet nr COMP/M.2201 – MAN/Auwärter bedömde kommissionen emellertid en koncentration i syfte att fastställa om den möjliggjorde en varaktigt tyst samordning av två duopolisters konkurrensbeteende vid sidan av de klassiska formerna av parallellt beteende som begränsar konkurrensen (beslut 2002/335/EG, EGT 2002, EGT L 116, 2002 s. 35, se särskilt skälen 33–35).

20 — Jämför även domen i målet Gencor mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkt 276.

21 — Domen i målet Airtours mot kommissionen (ovan fotnot 17), punkt 62.

22 — Punkt 247 i den överklagade domen. Se, för ett liknande resonemang, även dom av den 8 juli 2003 i mål T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-2275), punkt 186, och – med avseende på artikel 82 EG – dom av den 26 januari 2005 i mål T-193/02, Piau mot kommissionen (REG 2005, s. II-209), punkt 111.

C — Det administrativa förfarandet och kommissionens första beslut om godkännande av koncentrationen

27. Den 9 januari 2004 mottog kommissionen en anmälan om koncentrationen i enlighet med artikel 4 i koncentrationsförordningen.²³

28. I den preliminära prövningsfasen (fas I i förfarandet för kontroll av koncentrationer) sände kommissionen den 20 januari 2004 ett frågeformulär till ett antal marknadsaktörer.

29. Impala besvarade detta frågeformulär och lämnade dessutom in en separat skrivelse den 28 januari 2004, i vilken den redovisade 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.

30. Kommissionen inledde den 12 februari 2004 det formella prövningsförfarandet i enlighet med artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen (fas II i förfarandet för

kontroll av koncentrationer), eftersom den anmälda koncentrationen väckte allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden och EES-avtalet.

31. Den 7 april–5maj 2004 var förfarandet vilande i enlighet med artikel 11.5 i koncentrationsförordningen på grund av att parterna i koncentrationen hade svarat ofullständigt på kommissionens begäran om upplysningar.²⁴

32. 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-avtalet, eftersom den skulle förstärka 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.

33. Parterna i koncentrationen svarade på meddelandet om invändningar, och ett förhör av parterna, i vilket även Impala deltog, ägde rum inför kommissionens förhørsombud den 14 och den 15 juni 2004.

23 — Beträffande detta och det följande, jämför punkterna 2 och 7–11 i den överklagade domen.

24 — Se i detta avseende förhørsombudets slutrapport (EGT C 59, 2005, s. 2).

34. Genom det första beslutet om godkännande av den 19 juli 2004 fann kommissionen slutligen att koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 8.2 i koncentrationsförordningen och EES-avtalet. Detta godkännande förenades varken med villkor eller med ålägganden.

Intervenienterna förpliktades att bära sina rättegångskostnader.

E — Överklagandet

D — Förfarandet vid förstainstansrätten

35. Impala överklagade det första beslutet om godkännande till förstainstansrätten den 3 december 2004 och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras²⁵ och att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen å sin sida yrkade att talan skulle ogillas och att Impala skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Bertelsmann och Sony samt Sony BMG Music Entertainment intervenerade till stöd för kommissionen. Rätten hade tillåtit dem att intervensera genom beslut meddelat av ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning den 4 februari 2005.

37. I sitt överklagande, vilket ingetts gemensamt och vilket inkom till domstolens kansli den 13 juli 2006, har Bertelsmann och Sony (nedan även kallade klagandena) yrkat att domstolen skall

- upphäva den överklagade domen,
- ogilla Impalas talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut eller i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten för ny prövning, och
- förplikta Impala att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande förfarande.

36. I den överklagade domen ogiltigförklarade förstainstansrätten det första beslutet om godkännande och förpliktade kommissionen att bära sin rättegångskostnad och ersätta tre fjärdedelar av Impalas rättegångskostnader. Impala förpliktades att bära en fjärdedel av sin rättegångskostnad.

²⁵ — Impala yrkade i andra hand att det första beslutet om godkännande skulle ogiltigförklaras i vissa delar. Se i detta avseende punkt 29 tredje strecksatsen i den överklagade domen.

38. Sony BMG Music Entertainment har fullt ut anslutit sig till Bertelsmanns och Sonys överklagande och yrkanden.

39. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen,

— ogilla talan om ogiltigförklaring av det första beslutet om godkännande eller i andra hand återförvisa målet till första instansrätten för ny prövning, och

— förplikta Impala att ersätta kommissionens rättegångskostnader i förevarande förfarande.

40. Impala har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet och/eller avvisa överklagandet delvis eller i dess helhet,

— fastställa den överklagade domen, och

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna i detta förfarande.

41. Förfarandet vid domstolen avseende överklagandet har varit såväl skriftligt som muntligt. Den muntliga förhandlingen ägde rum den 6 november 2007.

F — Nytt administrativt förfarande och kommissionens andra beslut om godkännande

42. Till följd av att det första beslutet om godkännande ogiltigförklarades i den överklagade domen genomförde kommissionen på nytt ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer i frågan²⁶ (se i detta avseende även artikel 10.5 i koncentrationsförordningen) som nödvändigtvis ägde rum *parallellt med förevarande överklagande*, eftersom ett överklagande inte skall hindra verkställighet (artikel 60 första stycket i domstolens stadga).

43. För att en ny konkurrensbedömning skulle kunna göras anmäldes koncentrationen den 31 januari 2007 till kommissionen, och den 1 mars 2007 inledde kommissionen ett formellt prövningsförfarande enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen (fas II).

44. Förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer avslutades genom beslut av den

²⁶ — Beträffande detta och det följande, jämför kommissionens pressmeddelanden av den 1 mars 2007 (IP/07/272) och av den 3 oktober 2007 (IP/07/1437).

3 oktober 2007, i vilket kommissionen på nytt fastställde att koncentrationen enligt artikel 8.2 i koncentrationsförordningen var förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (nedan kallat det andra beslutet om godkännande). Detta godkännande förenades varken med villkor eller med ålägganden.

IV — Inledande frågor före prövningen av överklagandet

45. Innan överklagandet prövas i sak skall det undersökas om de enskilda grunder som åberopas till stöd för överklagandet kan upptas till sakprövning (se i detta avseende avsnitt A), om det syfte som klagandena eftersträvar över huvud taget kan uppnås med dem (se nedan avsnitt B) och om klagandena saknar ett berättigat intresse av att fullfölja överklagandet till följd av att kommissionen antagit det andra beslutet om godkännande (se nedan avsnitt C).

A — Huruvida de enskilda grunderna kan upptas till sakprövning

46. Impala har bestritt att överklagandet kan upptas till sakprövning, eftersom det endast har yrkats att domstolen skall pröva förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

47. Vad gäller denna invändning anser jag att det är lämpligt att erinra om det prövningskriterium som följer av artikel 225.1 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga och som domstolen har tillämpat i fast rättspraxis,²⁷ nämligen att ett överklagande är begränsat till rättsfrågor. Förstainstansrätten är därför ensam behörig att fastställa och bedöma vilka faktiska omständigheter som är relevanta samt värdera bevisningen. Bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen är därför inte – utom i det fall då uppgifter som underställts förstainstansrätten har missuppfattats – en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett överklagande.

48. Huruvida förstainstansrätten har tillämpat för höga krav på motiveringen i kommissionens beslut och om den tillämpat riktiga kriterier vid bedömningen av de faktiska omständigheterna och av bevisningen och helt allmänt har gjort en korrekt tillämpning av rättsreglerna i sin dom är däremot en rättsfråga som kan vara föremål för ett överklagande.²⁸ Huruvida förstainstansrätten har gjort en korrekt rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna

27 — Se, till exempel, dom av den 22 juni 2006 i mål C-24/05 P, Storck mot HABM (REG 2006, s. I-5677), punkt 36, och av den 22 juni 2006 i mål C-25/05 P, Storck mot HABM (REG 2006, s. I-5719), punkt 40. Se även dom av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (REG 2006, s. I-8725), punkterna 69 och 70, av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2007, s. I-3921), punkt 41, och av den 25 oktober 2007 i mål C-167/06 P, Komninou m.fl. mot kommissionen, punkt 40.

28 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 januari 2007 i målen C-403/04 P och C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries mot kommissionen (REG 2007, s. I-729), punkt 40. Se även mitt förslag till avgörande av den 23 februari 2006 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 15 mars 2007 (REG 2007, s. I-2331), punkt 113. Vad gäller krav på motiveringsskyldigheten, 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 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix (REG 1997, s. I-983), punkt 35.

och av bevisningen och av dessa dragit slutsatser som rättsligt sett är tillåtna,²⁹ och om den har iakttagit processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen³⁰ är också rättsfrågor som kan provas av domstolen.

49. Om man tillämpar detta prövningskriterium, så kan det, till skillnad från vad Impala har anfört, inte anses att överklagandet i sin helhet inte kan upptas till sakprövning. I detta avseende måste en åtskillnad göras mellan den femte grunden, å ena sidan, och de övriga grunderna, å andra sidan.

1. Huruvida den femte grunden för överklagandet kan upptas till sakprövning

50. Vad gäller den femte grunden som avser villkoren för att kunna fastställa en kollektiv dominerande ställning kan konstateras att denna består av en inledning³¹ och flera detaljerade kritikpunkter.³²

29 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 23, domen i målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 69, domen i målet Sumitomo Metal Industries mot kommissionen (ovan fotnot 28), punkt 39, och domen i målet Carbon mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 41.

30 — Domen i målet Baustahlgewebe mot kommissionen (ovan fotnot 29), punkt 24, domen i målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 70, domen i målet Sumitomo Metal Industries mot kommissionen (ovan fotnot 28), punkterna 38 och 39, domen i målet SGL Carbon mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 41, och domen i målet Komninou m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 40.

31 — Punkterna 65–69 i överklagandet.

32 — Punkterna 70–80 i överklagandet.

51. Den huvudsakliga frågeställningen i *inledningen* är huruvida de kriterier som förstainstansrätten utvecklat i domen i målet Airtours,³³ som skall användas för att fastställa huruvida det föreligger en kollektiv dominerande ställning, skall användas mer eller mindre strängt beroende på om det skall påvisas att det redan föreligger en kollektiv dominerande ställning eller om det skall avges en prognos över risken för att en kollektiv dominerande ställning på marknaden kan skapas till följd av en koncentration. Inledningen till den femte grunden avser följaktligen tolkningen av Airtourskriterierna. Detta är en rättsfråga som kan vara föremål för ett överklagande.

52. Det är inte fallet när det gäller de återstående *detaljerade kritikpunkterna* som har gjorts gällande inom ramen för den femte grunden som kan sammanfattas på följande sätt. Förstainstansrätten har underlåtit att beakta nettogrossistpriserna och betydelsen av rabatter, som är avgörande för insynen i marknaden, och i stället nöjt sig med att beakta listpriserna och detaljpriserna. Förstainstansrätten har dessutom av den inverkan som rabatterna har på de genomsnittliga nettopriserna felaktigt dragit slutsatsen att det finns insyn i rabatter. Förstainstansrätten har därutöver vid bedömningen av insyn felaktigt fastställt att komplicerade prisstrukturer saknar relevans. Förstainstansrätten anser slutligen felaktigt att prisändringar och prisvariationer saknar relevans för frågan om insyn.

33 — Se, i detta avseende, punkt 25 i detta förslag till avgörande samt domen i målet Airtours mot kommissionen (ovan fotnot 17), punkt 62.

53. Denna detaljerade kritik avser i själva verket inte en förnyad prövning av rättsfrågor, utan avser att ifrågasätta förstainstansrättens konkreta bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen i förevarande fall. Frågan vilken betydelse listpriser, detaljpriser, nettogrossistpriser, genomsnittliga nettopriser, rabatter, den komplicerade prisstrukturen samt vissa prisskillnader och prisvariationer har vid bedömningen av insynen i en viss marknad kan inte besvaras allmänt, utan beror på en konkret bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, nämligen på den särskilda situationen på den berörda marknaden.

54. Syftet är med andra ord att få domstolen att ersätta den bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen som förstainstansrätten gjort i det konkreta fallet med sin egen bedömning. Detta är emellertid inte tillåtet i ett överklagande. Vid domstolen kan på sin höjd åberopas att förstainstansrätten har missuppfattat de faktiska omständigheterna eller bevisningen eller att den inom ramen för sin bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen har gjort ett logiskt tankefel. *Inget* av de båda alternativen har emellertid gjorts gällande här och bortsett från dessa undantag kan det inte ankomma på domstolen att, inom ramen för ett överklagande, bedöma vilken betydelse som skall tillmätas faktorer som listpriser, detaljpriser, nettogrossistpriser, genomsnittliga nettopriser, rabatter, den komplicerade prisstrukturen samt vissa prisskillnader och prisvariationer vid bedömningen av insynen i en marknad i ett fall av denna typ.

55. Av detta följer att överklagandet kan upptas till sakprövning på den femte grunden endast vad gäller inledningen men inte vad gäller den detaljerade kritiken.

2. Huruvida de övriga grunderna kan upptas till sakprövning

56. De övriga grunderna kan enligt min mening däremot tas upp till sakprövning i sin helhet, eftersom de inte avser förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna eller av bevisningen i sig. Dessa grunder hänför sig i stället till de *kriterier* som förstainstansrätten har använt vid sin prövning av huruvida det första beslutet om godkännande är lagenligt. Dessutom rör det sig om vilka *beviskrav* kommissionen måste uppfylla vid godkännandet av koncentrationer. Dessa frågor är rättsfrågor som kan vara föremål för ett överklagande.

3. Slutsats i denna del

57. Medan den femte grunden alltså endast kan upptas till sakprövning vad gäller inledningen kan de övriga grunderna tas upp till sakprövning i sin helhet.

B — Huruvida överklagandet är ägnat att uppnå det mål som eftersträvas

58. Utöver den i det ovan diskuterade frågan huruvida de enskilda grunderna för överklagandet kan upptas till sakprövning uppkommer i förevarande fall dessutom frågan huruvida överklagandet över huvud taget är ägnat att uppnå det mål som eftersträvas av klagandena, det vill säga att få den överklagade domen upphävd. Klagandena har å ena sidan möjligen underlåtit att ifrågasätta ett relevant avsnitt i den överklagade domen (se nedan punkt 1), å andra sidan avser överklagandet möjligen delar i domskälen som inte innehåller några avgörande skäl för domslutet i den överklagade domen (se nedan punkt 2).

1. Påståendet att klagandena underlåtit att ifrågasätta ett relevant avsnitt i den överklagade domen

59. Impala har inledningsvis anfört att överklagandet sammantaget inte kan leda till att den överklagade domen upphävs, eftersom klagandena i sitt överklagande har underlåtit att ifrågasätta ett relevant avsnitt i domen.

60. Enligt Impalas uppfattning är överklagandet nämligen begränsat till kritik mot förstainstansrättens bedömning vad gäller frågan om *förstärkning* av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden. Detta avser emellertid inte förstainstansrättens slutsats i punkt 528 i den

överklagade domen att en kollektiv dominerande ställning på marknaden eventuellt skulle kunna *skapas*. Även om överklagandet alltså bifölls i dess helhet, skulle det enligt Impalas uppfattning inte kunna medföra att den överklagade domen upphävdes, eftersom förstainstansrättens konstateranden i punkt 528 angående ytterligare felaktigheter i det första beslutet om godkännande skulle fortsätta att gälla.

61. Jag anser inte att dessa argument är övertygande.

62. Klagandena skall visserligen klart ange på vilka punkter den dom som det yrkas upphävande av ifrågasätts samt de rättsliga grunder som särskilt åberopas till stöd för detta yrkande.³⁴ Detta betyder emellertid inte att de vid avfattandet av överklagandet i detalj måste rikta sin uppmärksamhet på strukturen i den överklagade domen och ifrågasätta varje avsnitt i denna dom med en separat grund.

63. Klagandena har i förevarande fall inte begränsat sitt överklagande till att endast omfatta det första av de här ifrågasatta avsnitten i domen, det vill säga till förstainstansrättens slutsatser vad gäller förstärkningen av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik.³⁵ En sådan begränsning skulle inte heller vara ägnad att uppnå det uttalade syftet att den överklagade domen i dess

34 — Fast rättspraxis, se, bland annat, dom av den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P, Sison mot rådet (REG 2007, s. I-1233) punkt 23, och av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet (REG 2007, s. I-6767), punkt 45.

35 — Punkterna 44–481 i den överklagade domen.

helhet skall upphävas genom deras överklagande. Detta syfte kan nämligen endast uppnås om överklagandet uppfattas som om båda de ifrågasatta avsnitten i den överklagade domen angrips,³⁶ det vill säga såväl avsnittet avseende förstärkning av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden som avsnittet om skapandet av en sådan ställning.

64. Klagandenas inledande anmärkningar i början av överklagandet talar också för att överklagandet inte endast avser ett avsnitt i domen. I en uppräknings av de särskilt kritiska avsnitten i den överklagade domen hänvisas uttryckligen till den här omtvistade punkten 528, samt till punkterna 533, 539 och 541, som också avser frågan om *skapandet* av en kollektiv dominerande ställning.³⁷ Klagandena har dessutom, på flera ställen i sitt överklagande, uttryckligen låtit förstainstansrättens slutsatser i punkterna 542 och 543 i den överklagade domen ingå som en del av deras överväganden.³⁸

65. Under dessa förhållanden kan det inte med framgång hävdas att överklagandet endast är begränsat till förstainstansrättens slutsatser avseende frågan om *förstärkning* av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden och att det därför skall ogillas i sin helhet då det är verkningslöst (franska: inopérant).

2. Skälen i den överklagade domen som inte anges i domslutet

66. Vad gäller inledningen i den femte grunden som, såsom redan nämnts,³⁹ är den enda delen i denna grund som kan tas upp till sakprövning, förhåller det sig däremot annorlunda.

67. Huvudfrågan i denna del är om de kriterier som förstainstansrätten utvecklat i domen i målet Airtours,⁴⁰ som skall användas för att fastställa huruvida det föreligger en kollektiv dominerande ställning på marknaden, skall användas mer eller mindre strängt beroende på om det skall påvisas att det redan föreligger en kollektiv dominerande ställning eller om det skall avgas en prognos över risken för att en kollektiv dominerande ställning på marknaden kan skapas till följd av en koncentration. Förstainstansrätten har i det första fallet uttalat sig för en mindre sträng användning av Airtourskriterierna än i det senare fallet.⁴¹

68. Klagandena har därvid huvudsakligen ifrågasatt punkt 251 i den överklagade domen. Förstainstansrätten har i denna punkt anfört att förekomsten av en (redan befintlig) kollektiv dominerande ställning på marknaden, ”i förekommande fall [kan] fastställas indirekt utifrån ett antal indicier och bevis, som kan vara mycket oenhetliga, som står i samband med tecken, yttringar och

36 — Såväl punkterna 44–481 som punkterna 482–541 i den överklagade domen.

37 — Punkt 17 i överklagandet. Motsvarande hänvisningar görs även i punkterna 26, 94 och i fotnot 6 i överklagandet.

38 — Punkterna 17, 59 och 81 i överklagandet.

39 — Se ovan punkterna 50–55 i detta förslag till avgörande.

40 — Se i detta sammanhang punkt 25 i detta förslag till avgörandet samt domen i målet Airtours mot kommissionen (ovan fotnot 1), punkt 62.

41 — Se, för ett liknande resonemang, punkterna 249–253 i den överklagade domen.

företeelser som utmärker en kollektiv dominerande ställning”.

69. Såsom emellertid klagandena själva med rätta har framhållit⁴² utgör avsnittet i fråga, och den rättsliga bedömning som förstainstansrätten gjort i detta sammanhang, ett *obiter dictum*. Förstainstansrätten har i hela avsnittet i punkterna 245–253 i den överklagade domen nämligen inte prövat en grund för ogiltigförklaring som Impala åberopat i första instans, utan uttalat sig *obiter dictum* om hur kriterierna för att fastställa huruvida det föreligger kollektiv dominerande ställning på marknaden skall användas.

70. Detta framgår särskilt klart om det ifrågasatta avsnittet i domen läses tillsammans med punkt 254 i den överklagade domen, i vilket förstainstansrätten uttryckligen har begränsat sin undersökning av det första beslutet om godkännande till att omfatta frågan huruvida Airtourskriterierna har uppfyllts. ”Förstainstansrätten begränsar sig ... till att vid prövningen av de grunder som åberopats kontrollera att villkoren som anges i det ovannämnda målet Airtours har tillämpats korrekt i beslutet.” Förstainstansrätten har i sin dom däremot uttryckligen underlåtit att ta ställning till frågan huruvida en dominerande ställning på marknaden även kan antas föreligga, ”utan att det är nödvändigt att fastställa förekomsten av insyn i marknaden”. Denna fråga har ”inte diskuterats” i förfarandet vid förstainstansrätten.

42 — Punkt 67 i överklagandet.

71. Eftersom inledningen till den femte grunden inte hänför sig till avgörande domskäl, utan enbart till förstainstansrättens kompletterande domskäl kan den inte medföra att den överklagade domen upphävs. Enligt fast rättspraxis skall denna grund för överklagande ogillas då den är verkningslös (inopérant).⁴³

3. Slutsats i denna del

72. Därmed skall endast den femte grunden, i den mån den över huvud taget kan tas upp till sakprövning, ogillas då den är verkningslös. Alla andra grunder till stöd för överklagandet är däremot ägnade att uppnå det mål som eftersträvas av klagandena.

C — Fortsatt berättigat intresse av att få saken prövad

73. Avseende de grunder som kan tas upp till sakprövning och som inte är verkningslösa kvarstår att undersöka om klagandenas berättigade intresse av att fullfölja överklagandet har bortfallit.

43 — Dom av den 18 mars 1993 i mål C-35/92 P, parlamentet mot Frederiksen (REG 1993, s. I-991), punkt 31, av den 8 maj 2003 i mål C-122/01 P, T. Port mot kommissionen (REG 2003, s. I-4261), punkt 17, 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 148, och av den 13 september 2007 i mål C-443/05 P, Common Market Fertilizers mot kommissionen (REG 2007, s. I-7209), punkt 137.

74. Med kravet på ett berättigat intresse av att få saken prövad säkerställs på processrättslig nivå att domstolarna inte används för att lämna sakkunnigutlåtanden genom att klargöra rent hypotetiska rättsfrågor. Kravet på ett berättigat intresse av att få saken prövad är därför ett nödvändigt villkor för upptagande till sakprövning som skall prövas ex officio och som kan vara relevant på olika stadier av förfarandet. Detta berättigade intresse måste utan tvekan redan föreligga när en talan väcks eller när ett överklagande lämnas in. Ett sådant intresse måste emellertid även finnas efter denna tidpunkt och kvarstå fram till dess att domstolen dömt i saken.⁴⁴

75. Ett berättigat intresse av att överklaga föreligger så länge som utgången av överklagandet kan medföra en fördel för klaganden.⁴⁵

76. Det är ostridigt att klagandena hade ett berättigat intresse av att få saken prövad när överklagandet lämnades in. Sedan förstainstansrätten hade ogiltigförklarat det första beslutet om godkännande saknade Bertelsmann och Sony nämligen retroaktivt det godkännande som krävdes för koncentrationen enligt koncentrationsförordningen. Genom att i överklagandet yrka att den överklagade domen skulle upphävas, hade detta godkännande kunnat återupplivas. Överklagandet hade alltså kunnat medföra denna fördel för klagandena.

77. Sedan det andra beslutet om godkännande antogs har de berörda företagen emellertid återigen ett godkännande för sin koncentration enligt koncentrationsförordningen. Vad gäller den bindande delen i beslutet försätter det andra godkännandet inte klagandena i en sämre situation än det första, eftersom det i de båda besluten fastställdes att koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet och eftersom inget av besluten förenades med vare sig villkor eller ålägganden. Det *osäkra tillstånd* som rådde sedan ogiltigförklaringen av det första beslutet om godkännande där inget av de berörda företagen eller marknaden kunde vara säkra på om koncentrationen hade genomförts rättsenligt upphörde först i samband med det nya godkännandet av koncentrationen. Enligt den rättsliga tankegång som kommer till uttryck i artikel 7.5 i koncentrationsförordningen⁴⁶ har nämligen det andra beslutet om godkännande retroaktivt verkan från det datum när de transaktioner genom vilka koncentrationen genomfördes företogs (verkan *ex tunc*).

78. Det sagda betyder visserligen inte nödvändigtvis att överklagandet *saknar föremål*. Överklagandet avser nämligen inte direkt kommissionens första beslut om att godkänna koncentrationen, utan förstainstansrättens överklagade dom som fortfarande är giltig. Det finns följaktligen ingen möjlighet att fastställa att det saknas anledning att döma i saken (artikel 92.2

44 — Avseende kravet på ett berättigat intresse av att få saken prövad i ett överklagande, se dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93 P, Rendo m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. I-3319), punkt 13. Se, för ett liknande resonemang med avseende på ett rättsligt intresse i första instans, dom av den 7 juni 2007 i mål C-362/05 P, Wunenburger mot kommissionen (REG 2007, s. I-4333), punkt 42, och beslut av den 17 oktober 2005 i mål T-28/02, First Data m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. II-4119), punkterna 35–37.

45 — Domen i det ovan i fotnot 44 nämnda målet Rendo m.fl. mot kommissionen, punkt 13, dom av den 13 juli 2000 i mål C-174/99 P, parlamentet mot Richard (REG 2000, s. I-6189), punkt 33, och av den 3 april 2003 i mål C-277/01 P, parlamentet mot Samper (REG 2003, s. I-3019), punkt 28.

46 — Eftersom den omtvistade koncentrationen genomfördes vid en tidpunkt då det första beslutet om godkännande fortfarande gällde, är artikel 7.5 i koncentrationsförordningen inte tillämplig på de faktiska omständigheterna i förevarande fall. Den tanke som ligger bakom denna bestämmelse, nämligen tillfällig ogiltighet och att det är möjligt att göra detta tillstånd retroaktivt giltigt genom ett beslut om godkännande av en koncentration kan emellertid även tillämpas i förevarande fall.

i rättegångsreglerna) i överklagandet (artikel 118 i rättegångsreglerna).⁴⁷

79. Förekomsten av det andra beslutet om godkännande ger emellertid upphov till frågan huruvida överklagandet kan medföra någon fördel för klagandena, det vill säga om klagandena fortfarande har ett berättigat intresse av att fullfölja överklagandet.

80. Enbart den omständigheten att klagandena i den överklagade domen har förpliktats att bära sina rättegångskostnader i förstainstansrätten innebär inte att klagandena har ett berättigat intresse av att få saken prövad. Enligt artikel 58 andra stycket i domstolens stadga är det nämligen inte möjligt att överklaga endast beslutet om rättegångskostnader. Av samma skäl har domstolen fastställt att en grund som avser rättegångskostnaderna i förstainstansrätten inte skall tas upp till prövning, om denna är den enda återstående grunden av flera grunder och det redan har konstaterats att överklagandet inte kan vinna bifall på någon av de andra grun-

derna.⁴⁸ Enligt syftet med artikel 58 andra stycket i domstolens stadga kan inte heller endast intresset av att undanröja beslutet om rättegångskostnader i förstainstansrätten motivera fullföljandet av ett överklagande. För att överklagandet skall kunna fullföljas krävs därför att klagandena har ett berättigat intresse av att få saken prövad som går utöver rättegångskostnaderna i första instans.

81. I förevarande fall har klagandena emellertid ett uppenbart berättigat intresse av att inom kort inte endast erhålla ett godkännande, utan även ett *slutgiltigt* godkännande för deras koncentration. Först då har de berörda företagen och marknaden i allmänhet nämligen rättssäkerhet i frågan huruvida koncentrationen har genomförts rättsenligt.

82. Det andra beslutet om godkännande kan inte ge denna rättssäkerhet, eftersom det inte kan förväntas bli slutgiltigt inom en mer eller mindre snar framtid. Beslutet skall nämligen, utöver att delges dem som det riktar sig till (artikel 254.3 EG), offentliggöras i *Europeiska*

47 — Domstolen har dock i några fall förklarat att det inte längre finns anledning att pröva överklagandet när det har kunnat konstateras att klaganden redan har uppnått sitt mål (beslut av den 23 oktober 2001 i mål C-281/00 P, *Una Film "City Revue"* mot parlamentet och rådet, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 4 och 5, och i mål C-313/00 P, *Davidoff* mot parlamentet och rådet, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 4 och 5) eller när det har kunnat konstateras att klaganden inte längre kan uppnå sitt mål (dom av den 15 februari 2005 i mål C-13/03 P, kommissionen mot *Tetra Laval*, REG 2005, s. I-1113, punkterna 21–23). Beslut av den 27 februari 2002 i mål C-477/01 P [R], *Reisebank* mot kommissionen (REG 2002, s. I-2117, punkterna 24–28, och dom i mål C-480/01 P [R], *Commerzbank* mot kommissionen, REG 2002, s. I-2129, punkterna 23–27). Såsom jag kommer att visa i det följande förhåller det sig emellertid varken på det ena eller det andra sättet här.

48 — Se exempelvis dom av den 14 september 1995 i mål C-396/93 P, *Henrichs* mot kommissionen (REG 1995, s. I-2611), punkt 66, av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P, kommissionen och Frankrike mot *TF1* (REG 2001, s. I-5603), punkt 31, av den 30 september 2003 i de förenade målen C-57/00 P och C-61/00 P, *Freistaat Sachsen m.fl.* mot kommissionen (REG 2003, s. I-9975), punkt 124, och av den 26 maj 2005 i mål C-301/02 P, *Tralli* mot *EZB* (REG 2005, s. I-4071), punkt 88.

unionens officiella tidning (artikel 20.1 i koncentrationsförordningen). Först efter ett sådant offentliggörande,⁴⁹ vilket ännu inte har skett i förevarande fall, börjar fristen för att väcka talan att löpa för utomstående.⁵⁰ Fristen för att väcka talan för utomstående kan endast börja löpa tidigare om det andra beslutet om godkännande redan har gjorts tillgängligt för allmänheten i dess helhet vid en tidigare tidpunkt, till exempel i Internet och detta har angetts i *Europeiska unionens officiella tidning*.⁵¹ Enbart den omständigheten att enskilda utomstående, nämligen Impala, fått kännedom om ordalydelsen i beslutet, eventuellt i förväg i form av en icke-konfidentiell version, har däremot inget inflytande på när fristen för att väcka

talan börjar löpa⁵² och därmed inte heller på den tidpunkt när beslutet eventuellt blir slutgiltigt.⁵³

83. Skulle förstainstansrätten till följd av en talan som väcks av tredje man även ogiltigförklara det andra beslutet om godkännande så skulle återigen ett osäkert tillstånd inträda, i vilket de berörda företagen inte skulle ha något godkännande för deras koncentration enligt koncentrationsförordningen. Ett sådant osäkert tillstånd som sträcker sig över flera månader eller till och med år skulle kunna påverka de berörda företagen och marknaderna i allmänhet negativt.

84. För att så långt som möjligt undvika ett nytt osäkert tillstånd och dess negativa inverkningar är det särskilt viktigt för klagandena att fullfölja överklagandet och så snabbt som möjligt erhålla ett slutgiltigt beslut från gemensapsdomstolen avseende lagenligheten av det *första beslutet om godkännande*. Även om domstolen, för det fall överklagandet skulle vinna bifall, inte själv skulle avgöra tvisten slutgiltigt på grund av att den

49 — Närmare bestämt börjar fristen för att väcka talan som avses i artikel 230.5 EG enligt artikel 102 första stycket i förstainstansrättens rättegångsregler löpa i slutet av den fjortonde dagen efter den dag då rättsakten offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*. Detta förutsätter att den icke-konfidentiella versionen av domskälen har offentliggjorts i den officiella tidningen i dess helhet eller i vart fall samtidigt gjorts tillgänglig för allmänheten på Internet. Om detta inte är fallet börjar fristen för att väcka talan först löpa när potentiella klagande, om detta inte redan har skett, har delgetts en sådan fullständig version (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juli 1988 i mål 236/86, Dillinger Hüttenwerke mot kommissionen (REG 1988, s. 3761), punkt 14.

50 — Dom av den 6 oktober 1999 i mål T-110/97, Kneissl Dachstein mot kommissionen (REG 1999, s. II-2881), punkterna 41 och 42, och i mål T-123/97, Salomon mot kommissionen (REG 1999, s. II-2925), punkterna 42 och 43, samt beslut av den 25 maj 2004 i mål T-264/03, Schmoltdt m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. II-1515), punkterna 51–53 och 56.

51 — Dom av den 15 juni 2005 i mål T-17/02, Olsen mot kommissionen (REG 2005, s. II-2031), punkt 80, bekräftad genom beslut av den 4 oktober 2007 i mål C-320/05 P, Olsen mot kommissionen (ej publicerat i rättsfallsamlingen), och beslut av den 19 september 2005 i mål T-321/04, Air Bourbon mot kommissionen (REG 2005, s. II-3469), punkterna 34 och 37.

52 — Domen i det ovan i fotnot 51 nämnda målet Olsen mot kommissionen, punkt 81. När det gäller den subsidiära karaktären hos tidpunkten då klaganden fick kännedom om ett beslut som offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning*, se även dom av den 10 mars 1998 i mål C-122/95, Tyskland mot rådet (REG 1998, s. I-973), punkt 35, och av den 12 december 2000 i mål T-296/97, Alitalia mot kommissionen (REG 2000, s. II-3871), punkt 61, samt beslut av den 11 december 2006 i mål T-392/05, MMT mot kommissionen, punkt 25.

53 — Det är endast för fullständighetens skull som det skall nämnas att en *formell delgivning* (meddelande) av beslutet till tredje man, genom vilken den för personen i fråga gällande fristen för att väcka talan skulle kunna börja löpa, inte är relevant. Enligt artikel 254.3 EG skall beslut nämligen endast delges "dem som de riktar sig till". Vid kontrollen av företagskoncentrationer rör det sig om de berörda företagen och medlemsstaternas behöriga myndigheter. Se, för ett liknande resonemang, för framtida fall, artikel 8.8 i förordning nr 139/2004.

inte var mogen för avgörande, utan återför-visa den till förstainstansrätten (artikel 61 första stycket i domstolens stadga) skulle det vara mycket troligt att den slutliga domen avseende lagenligheten av det *första* beslutet om godkännande skulle meddelas tidigare än den slutliga domen avseende lagenligheten av det *andra* beslutet.

85. Under dessa omständigheter talar även *kravet på skyndsamhet* som präglar kontroller av företagskoncentrationer på gemenskapsnivå⁵⁴ för att överklagandet skall fullföljas. På så sätt kan det dessutom förhindras att talan om ogiltigförklaring som väcks av tredje man längre än nödvändigt fördröjer den tidpunkt då rättssäkerhet skapas för de företag som deltar i koncentrationen.

86. Sammanfattningsvis anser jag därför att domstolens dom i nuläget mycket väl kan medföra en fördel för klagandena och att de följaktligen har ett tillräckligt berättigat intresse av att få saken prövad för att fullfölja överklagandet.

87. Skulle däremot det andra beslutet om godkännande bli slutgiltigt efter det att det muntliga förfarandet avslutats men innan domstolen meddelat dom i förevarande mål, så måste detta enligt de uppgifter som jag erhållit innebära att klagandena inte längre har något berättigat intresse av att få saken prövad. I det fallet skulle jag emellertid anse det nödvändigt att parterna hörs på nytt i

frågan huruvida det föreligger ett berättigat intresse av att få saken prövad.

88. Enligt min mening är den tanke som diskuterats på ett summariskt sätt i förhandlingen att förevarande förfarande endast skall fullföljas av det skälet att kommissionen stöder vissa grunder som Bertelsmann och Sony har åberopat till stöd för överklagandet inte övertygande. Gemenskapsinstitutionerna är visserligen privilegierade när det gäller överklaganden som de själva ingett (artikel 56 andra och tredje styckena i domstolens stadga). Framför allt behöver de inte visa att de har ett berättigat intresse av att överklaga domen.⁵⁵ Om en institution däremot inte själv är klagande, utan endast en annan part i målet, så kan inte enbart dess intresse av utgången av överklagandet och av att vissa rättsfrågor klargörs av domstolen kompensera att klaganden inte har något berättigat intresse av att få saken prövad.

V — Huruvida överklagandet är välgrundat

89. Klagandena har totalt anfört sju grunder mot den överklagade domen. Dessa grunder avser rättsfrågor som är av grundläggande betydelse för systemet för koncentrationskontroll på gemenskapsnivå. Dessa rättsfrågor har visserligen ställts med avseende

54 — Se i detta avseende punkt 12 i detta förslag till avgörande.

55 — Dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Participazioni, REG 1999, s. I-4125), punkt 171, och av den 22 februari 2005 i mål C-141/02 P, kommissionen mot max.mobil (REG 2005, s. I-1283), punkt 48.

på den ”gamla” koncentrationsförordningen, men svaret på dessa frågor är även avgörande för EG:s koncentrationsförordning i dess nya lydelse (förordning nr 139/2004), eftersom de båda förordningarna inte skiljer sig väsentligt från varandra på de här omtvistade punkterna.

90. Eftersom de enskilda grunderna delvis överlappar varandra, är det lämpligt att gruppera dem efter deras innehåll och följaktligen pröva dem i en annan ordningsföljd. Enbart den femte grunden behöver inte diskuteras i det följande, eftersom den, såsom angetts ovan, delvis inte kan tas upp till sakprövning och delvis är verkningslös (inopérant).⁵⁶

A — Krav på utredning och motivering vad gäller kommissionens beslut om godkännande (den första, den andra, den tredje och den sjätte grunden)

91. Den första, den andra, den tredje och den sjätte grunden avser konkret de krav som kan ställas på kommissionen när det gäller utredning och motivering när den godkänner en företagskoncentration.

⁵⁶ — Se ovan punkterna 50–55 och 66–71 i detta förslag till avgörande.

92. Klagandena anser i huvudsak att förstainstansrätten har tillämpat för höga rättsliga krav på ett beslut av kommissionen om godkännande och domstolsprövningen av detta. De stöds därvid delvis av kommissionen.⁵⁷ Impala har däremot försvarat förstainstansrättens överklagade dom fullt ut.

1. Motivering av beslut om godkännande inom ramen för en kontroll av företagskoncentrationer (den sjätte grundens första och tredje delar)

93. Inledningsvis kommer jag att pröva den sjätte grundens första och tredje delar.⁵⁸ Klagandena har med dessa gjort gällande att förstainstansrätten har tillämpat felaktiga och för höga krav vad gäller motiveringen av kommissionens beslut om godkännande inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer.

94. Det skall inledningsvis prövas huruvida kommissionens beslut om godkännande över

⁵⁷ — Kommissionen har enligt sitt svaromål intervenerat till stöd för klagandena såvitt avser den första och den andra grunden samt den tredje grundens första del.

⁵⁸ — I den mån som förstainstansrätten enligt den sjätte grunden anses ha gjort en felaktig rättstillämpning när den hänvisade till meddelandet om invändningar (den sjätte grundens andra del) kommer jag att pröva den senare i samband med den första grunden (se punkterna 145–183 i detta förslag till avgörande). I den mån som de materiella kraven på ett beslut om godkännande påtalas i den sjätte grunden (den sjätte grundens fjärde del) överlappar denna grund den tredje grundens andra del och den fjärde grunden och kommer att prövas i samband med dessa (punkterna 201–232 och 233–268 i detta förslag till avgörande).

huvud taget kan ogiltigförklaras på grund av en bristfällig motivering. Om svaret på den frågan är jakande skall det undersökas vilken omfattning som motiveringsskyldigheten har och om förstainstansrätten i detta avseende har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i förevarande fall.

a) Huruvida beslut om godkännande kan angripas på grund av bristande motivering

95. Klagandena anser att ett beslut om godkännande som fattas av kommissionen vid kontrollen av företagskoncentrationer över huvud taget inte kan ogiltigförklaras på grund av en bristande motivering.

96. Enligt min mening är inte denna uppfattning övertygande.

97. Enligt artikel 253 EG skall kommissionens beslut vara motiverade. Motiveringsskyldigheten följer av rättsstatsprincipen och har i samband med rätten till god förvaltning också fått sitt nedslag i artikel 41.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.⁵⁹ Syftet med motiveringsskyldigheten är inte endast att möjliggöra

en extern kontroll av institutionernas handlande av gemenskapsdomstolarna, utan även att uppmuntra institutionerna till självkontroll och skydda mot åtgärder som är ogenomtänkta eller inte tillräckligt genomtänkta. Motiveringen av beslut bidrar dessutom till en ökad insyn i det administrativa förfarandet.⁶⁰

98. Motiveringsskyldigheten begränsas inte till beslut som går emot dem till vilka de är riktade. Enligt rättsstatsprincipen och principen om god förvaltningssed krävs även att beslut som gynnar dem till vilka de är riktade motiveras. Detta gäller än mer eftersom sådana beslut kan ha en negativ inverkan på tredje personers rättigheter och intressen, inte minst på det konkurrensrättsliga området. I enlighet med detta skiljer varken artikel 253 EG eller artikel 41.2 tredje strecksatsen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna mellan beslut som gynnar dem till vilka de är riktade och sådana beslut som har en negativ inverkan på dem. Särskilt med avseende på koncentrationskontroll betyder detta att kommissionens beslut om godkännande skall motiveras liksom deras förbudsbeslut.

99. Ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten kan bland annat inom ramen för en talan om ogiltigförklaring, under de förutsättningar som anges i artikel 230 EG, göras gällande i gemenskapsdomstolen såsom ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift.

59 — EGT C 364, 2000, s. 1. Visserligen får stadgan om de grundläggande rättigheterna i sig inte några med primär-rätten jämförbara bindande rättsverkningar, men som rättskunskapskälla ger den upplysning om de gemenskapsrättsligt garanterade grundläggande rättigheterna. Se även dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet, "familjaterförening" (REG 2006, s. I-5769), punkt 38, och punkt 108 i mitt förslag till avgörande av den 8 september 2005 i detta mål, och vidare dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 37.

60 — Avseende principen om ökad insyn, se även artikel 1.2 EU, enligt vilken "besluten [inom den Europeiska unionen] skall fattas så öppet ... som möjligt".

100. Artikel 10.6 i koncentrationsförordningen, vilken klagandena har åberopat i förevarande fall, innehåller inte något undantag från möjligheten att angripa ett beslut på grund av att motiveringsskyldigheten åsidosatts. Det följer redan av normhierarkin att sekundärrättsliga bestämmelser inte kan begränsa räckvidden av primär-rätten, till vilken även artikel 230 EG och artikel 253 EG hör. Artikel 10.6 i koncentrationsförordningen skall tvärtom tolkas och tillämpas mot bakgrund av rätten av högre rang, framför allt mot bakgrund av artikel 230 EG och artikel 253 EG.⁶¹

101. Det är emellertid varken förenligt med ordalydelsen i eller syftet med artikel 10.6 i koncentrationsförordningen eller det sammanhang i vilket artikel 10.6 i koncentrationsförordningen ingår att införa ett undantag från motiveringsskyldigheten eller till och med att ge kommissionens beslut om godkännande ”immunitet” mot kritik för bristande motivering.

102. Enligt artikel 10.6 i koncentrationsförordningen skall en *koncentration anses ha godkänts* om kommissionen inte har fattat något beslut i tid om huruvida den till kommissionen anmälda koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.⁶² Bestämmelsen befriar alltså inte

kommissionen från dess rättsliga skyldighet⁶³ att genom ett motiverat beslut uttryckligen bedöma alla koncentrationer som anmälts till den.⁶⁴ Tvärtom fastställs att bestämmelsen skall avhjälpa de fall då kommissionen inte uppfyllt skyldigheten i tid.

103. Dessutom ger artikel 10.6 i koncentrationsförordningen säkerligen även uttryck för *kravet på skyndsamhet*, som präglar hela förfarandet för kontroll av koncentrationer. Tillsammans med de strikta tidsfrister för förfarandet som fastställs i samma artikel bidrar denna bestämmelse till att så snabbt som möjligt skapa rättssäkerhet, vilket inte endast gynnar de företag som deltar i koncentrationen, utan även marknaden i allmänhet.

104. Det legitima behovet av rättssäkerhet kan emellertid inte gå så långt att beslutet om en koncentration helt eller delvis undantas från domstolsprövning. Först när fristen för att väcka talan enligt artikel 230.5 EG löpt ut eller en eventuell talan om ogiltigförklaring ogillats blir godkännandet av koncentrationen slutgiltigt och skapar slutlig rättssäkerhet för alla berörda parter.

61 — I detta sammanhang skall det erinras om domstolens praxis, enligt vilken en bestämmelse i sekundär-rätten i möjligaste mån skall tolkas på så sätt att den överensstämmer med bestämmelserna i fördraget och gemenskapsrättens allmänna principer (se dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch m.fl., REG 1986, s. 3477; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkt 21, av den 27 januari 1994 i mål C-98/91, Herbrink, REG 1994, s. I-223, punkt 9, av den 1 april 2004 i mål C-1/02, Borgmann, REG 2004, s. I-3219, punkt 30, och av den 4 oktober 2007 i mål C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, REG 2007, s. I-8075, punkt 22).

62 — I det fallet *antas* koncentrationen vara förenlig med den gemensamma marknaden (avseende begreppet antagande, se även artikel 7.1 och 7.5 i koncentrationsförordningen).

63 — Denna skyldighet framgår av artikel 6.1 i koncentrationsförordningen vad gäller den preliminära prövningsfasen och av artikel 8.1 i koncentrationsförordningen vad gäller det formella prövningsförfarandet.

64 — Kommissionen är endast befriad från denna skyldighet i den mån som den hänskjuter koncentrationen enligt artikel 9 i koncentrationsförordningen till en nationell konkurrensmyndighet och dessutom om anmälan tas tillbaka på grund av att koncentrationen inte avses att genomföras.

105. I motsats till vad klagandena har anfört, förlorar inte artikel 10.6 i koncentrationsförordningen sin ändamålsenliga verkan (effet utile), endast av det skälet att det uttryckliga eller fiktiva godkännandet av koncentrationer kan prövas i domstol. Risken för att en koncentration skall anses ha godkänts i händelse av att tidsfristerna överskrids ("giljotineffekten") innebär tvärtom i varje förfarande för kontroll av företagskoncentrationer ett visst tryck på kommissionen i egenskap av myndighet för kontroll av företagskoncentrationer som inte skall underskattas.⁶⁵ De samordnande företagen kan dessutom genomföra koncentrationen när denna har godkänts av kommissionen eller när den anses ha godkänts av kommissionen.⁶⁶ Den möjligheten utnyttjades även av klagandena enligt deras egna uppgifter.

b) Omfattningen av motiveringsskyldigheten

107. Klagandena anser dessutom att förstainstansrätten i förevarande fall felaktigt utgått från att det första beslutet om godkännande är bristfälligt motiverat. Förstainstansrätten har därmed åsidosatt gemenskapsdomstolarnas fasta rättspraxis.

108. Tvisten avser huvudsakligen frågan hur detaljerat kommissionen måste motivera sin slutsats i det första beslutet om godkännande att marknaden inte var tillräckligt öppen för att möjliggöra en prissamordning.⁶⁷

106. Jag anser därför att godkännandet av en koncentration kan ogiltigförklaras på grund av åsidosättande av motiveringsskyldigheten, oberoende av om godkännandet skett uttryckligen eller implicit.

109. Denna slutsats var av betydelse för kommissionens bedömning att det inte finns tillräcklig bevisning för att sluta sig till att de fem stora företagen har en kollektiv dominerande ställning på de nationella marknaderna för inspelad musik och att koncentrationen troligen inte heller skulle kunna leda till att det skapades en sådan kollektiv dominerande ställning.⁶⁸ Godkännandet av koncentrationen grundar sig på denna bedömning.

65 — Enligt vad som har framkommit har det endast en enda gång i den europeiska koncentrationskontrollens långa historia inträffat att kommissionen på grund av en felberäkning inte iakttagit en frist för förfarandet (ärende IV/M.330 – McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann). Se, i detta avseende, Von Koppenfels, U., i: Drauz/Jones (utgivare), *EU Competition Law*, volym II – *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, punkt 6.27.

66 — Eventuell talan om ogiltigförklaring som väckts av tredje man skall, enligt artikel 242 första meningen EG, inte hindra verkställighet.

67 — Se, i detta avseende, punkterna 278–325, framför allt punkterna 287 och 325 i den överklagade domen.

68 — Skälen 153, 158 och 183 i det första beslutet om godkännande.

— Den överklagade domen

110. Förstainstansrätten har i den överklagade domen gjort en prövning av olika avsnitt i det första beslutet om godkännande för att fastställa om det innehöll en tillräcklig motivering av slutsatsen att det råder bristande insyn i marknaden, vilket den har förnekat.

111. Förstainstansrätten har inledningsvis undersökt det avsnitt i det första beslutet om godkännande⁶⁹ i vilket marknads öppenhet särskilt behandlas och fastställt att kommissionen under detta avsnitt "inte ... kom fram till att det saknades insyn i marknaden eller att det inte fanns tillräcklig insyn för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning". Under detta avsnitt nämnde kommissionen dessutom "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". Detta särskilda avsnitt i det första beslutet om godkännande kan i sig, "uppenbarligen inte ... betraktas som att det med tillräcklig rättslig säkerhet kan motivera påståendet att det inte fanns tilläcklig insyn i marknaden".⁷⁰

112. Förstainstansrätten har därefter behandlat kommissionens yttranden avse-

ende en eventuell "gemensam prispolitik"⁷¹ mellan de fem stora företagen⁷² och undersökt om de innehåller uppgifter som skulle kunna förklara påståendet om den bristande insynen i marknaden.⁷³ Förstainstansrätten har därvid såväl undersökt kommissionens uppgifter avseende listpriser och avseende rabatter (fasta rabatter och kampanjrabatter). Förstainstansrätten har i detta avseende fastställt "att listpriserna, enligt själva ordalydelsen i beslutet ... utgör en insynsfaktor på marknaden".⁷⁴ Dessutom kan "de enstaka påståendena om kampanjrabatter ..., till den del de är vaga, ogrundade och kanske även motsägs av andra iakttagelser i beslutet, inte ... [bevisa] att det saknas insyn i marknaden och även i kampanjrabatterna".⁷⁵ Slutligen innehåller inte heller "avsnittet om de mindre länderna ... någon motivering av att det saknas insyn i marknaden på grund av kampanjrabatterna".⁷⁶

113. Framför allt när det gäller de kampanjrabatter som kommissionen har åberopat har förstainstansrätten kritiserat bristen på precision i det första beslutet om godkännande,

71 — Den tyska översättningen av skäl 69 i det första beslutet om godkännande är inte exakt, eftersom ordet "Preisab-sprachen" tillämpas för "common price policy".

72 — Kommissionens yttranden återfinns huvudsakligen i skälen 74–80 i det första beslutet om godkännande. Förstainstansrätten har prövat de uppgifter som lämnats där avseende situationen i Förenade kungariket i stället för att motivera beslutet i dess helhet.

73 — Punkterna 295–324 i den överklagade domen.

74 — Punkt 303 i den överklagade domen.

75 — Punkt 320 i den överklagade domen.

76 — Punkt 324 i den överklagade domen.

69 — Skälen 111–113 i det första beslutet om godkännande.

70 — Punkt 294 i den överklagade domen.

nämligen avseende ”kampanjrabatternas beskaffenhet, de omständigheter under vilka de kan tänkas tillämpas, hur pass genomsynliga de är, deras storlek eller deras inverkan på insynen i priserna”.⁷⁷ Såsom förstainstansrätten vidare har anmärkt ”är insynen [enligt kommissionens påståenden avseende kampanjrabatter i de stora länderna] 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 beslutet, och på så sätt eliminera den insyn som krävs för att en kollektiv dominerande ställning skall föreligga”.⁷⁸

— Bedömning

114. Det ankommer inte på domstolen, i ett mål om överklagande, att ersätta förstainstansrättens bedömning av det första beslutet om godkännande med sin egen. Domstolen skall inte själv pröva beslutet om godkännande och bedöma om dess motivering var bristfällig eller tillräcklig. Domstolen skall fastställa om förstainstansrätten i den överklagade domen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid prövningen av motiveringen av det första beslutet om godkännande, och särskilt om förstainstansrätten har tillämpat korrekta eller för stränga kriterier vid sin prövning.

77 — Punkt 289, sista meningen, i den överklagade domen.

78 — Punkt 320, sista meningen, i den överklagade domen.

115. Enligt fast rättspraxis skall den motivering som krävs enligt artikel 253 EG vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen skall 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.⁷⁹

116. Kravet på motivering skall 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 faktiska och rättsliga omständigheter som är relevanta, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart skall bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar det ifrågasvarande området.⁸⁰

117. Till de särskilda omständigheterna i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer hör tidspress som kommissionen

79 — Se 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, och av den 24 november 2005 i de förenade målen C-138/03, C-324/03 och C-431/03, Italien mot kommissionen (REG 2005, s. I-10043), punkt 54, samt domen i målet Sison mot rådet (ovan fotnot 34), punkt 80.

80 — Domen i målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France (ovan fotnot 79), punkt 63, domen i målet Italien mot kommissionen (ovan fotnot 79), punkt 55, och domen i målet Sison mot rådet (ovan fotnot 34), punkt 80.

är utsatt för på grund av det där gällande kravet på skyndsamhet och de strikta tidsfristerna för förfarandet.⁸¹ Kommissionen får vid motiveringen av sina konkurrensrättsliga beslut även rätta sig efter hur komplicerat fallet är och därvid utgå från den kännedom som medvetna aktörer, som är förtrogna med villkoren på marknaden, har.⁸² Detta gäller än mer om marknadsaktörernas rättigheter eller intressen berörs och dessa aktörer, såsom Impala i förevarande fall, själva har deltagit i förfarandet.⁸³ Klaganden har med rätta uppmärksammat de båda aspekterna.

118. Det kan därför säkerligen inte krävas att kommissionen i sitt beslut om huruvida en koncentration som anmälts till kommissionen skall ta ställning till omständigheter som uppenbarligen är irrelevanta, som saknar betydelse eller som uppenbart saknar direkt samband med saken.⁸⁴ Sådant som är uppenbart behöver inte nämnas särskilt i beslutet. Kommissionen måste inte heller motivera sitt beslut på ett mer detaljerat sätt än vad som är lämpligt med hänsyn till fallets

komplexitet och nödvändigt för en medveten marknadsaktör som är förtrogen med villkoren på marknaden.

119. I vart fall skall de huvudsakliga övervägandena avseende faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för ett beslut kunna härledas ur dess motivering.⁸⁵ Motiveringen får därför inte vara så kortfattad att dess klarhet och tydlighet påverkas.⁸⁶ Den skall vidare vara sammanhängande⁸⁷ och får inte vara motsägelsefull.⁸⁸

120. Enligt förstainstansrätten saknas emellertid en tydlig, förståelig och motsägelsefri motivering i förevarande fall.

121. Förstainstansrätten har huvudsakligen kritiserat det förhållande att det föreligger en bristande proportionalitet i motiveringen till det första beslutet om godkännande. Det innehåller ett antal uppgifter som talar *för* insyn i marknaden och dessa har även klartgjorts i detalj.⁸⁹ När det däremot gäller kampanjrabatter som påstås tala *mot*

81 — Avseende inflytandet av tidsmässiga villkor, under vilka ett beslut antas, på motiveringsskyldigheten, se dom av den 1 december 1965 i mål 16/65, Schwarze (REG 1965, s. 910; svensk specialutgåva, volym 1, s. 227), sidorna 1152 och 1167, av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen (REG 1990, s. I-395), punkt 16, och domen i målet Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 22), punkt 186.

82 — Se, för ett liknande resonemang, 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 – för området för massmediapolitik – dom av den 19 februari 1998 i de förenade målen T-369/94 och T-85/95, DIR International Film m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. II-357), punkterna 119–121.

83 — Dom av den 7 april 1987 i mål 32/86, SISMA mot kommissionen (REG 1987, s. 1645), punkt 9, och av den 22 oktober 1996 i mål T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-1399), punkt 239.

84 — Domen i målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France (ovan fotnot 79), punkt 64 sista meningen. Se även dom av den 25 oktober 2005 i de förenade målen C-465/02 och C-466/02, Tyskland och Danmark mot kommissionen, "Feta" (REG 2005, s. I-9115), punkt 106, och domen i målet Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 22), punkt 186 sista meningen.

85 — Dom av den 21 mars 1955 i mål 6/54, Nederländerna mot Höga myndigheten (REG 1955, s. 215, s. 232), av den 4 juli 1963 i mål 24/62, Tyskland mot kommissionen (REG 1963, s. 143, s. 155), av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457), punkt 78, och av den 21 mars 2001 i mål T-206/99, Métropole télévision mot kommissionen (REG 2001, s. II-1057), punkt 44 sista meningen.

86 — Domen i målet Tyskland mot kommissionen (ovan fotnot 85), s. 155.

87 — Domen i målet ACF Chemiefarma mot kommissionen (ovan fotnot 85), punkt 78.

88 — Domen i målet Tyskland mot kommissionen (ovan fotnot 85), s. 156, och dom av den 7 juli 1981 i mål 158/80, Rewe-Markt Steffen, "smörkryssningar" (REG 1981, s. 1805; svensk specialutgåva, volym 6, s. 153), punkt 26.

89 — Se exempelvis punkterna 294, 303, 319, 320, andra meningen, och punkt 321, sista meningen, i den överklagade domen.

tillräcklig insyn i marknaden har endast vaga påståenden gjorts.⁹⁰ Det förklaras därvid inte på vilket sätt kampanjrabatterna är relevanta för insynen på marknaden och det är inte möjligt att förstå hur de i sig skulle kunna kompensera alla de övriga faktorer som främjar insynen i marknaden, vilka har fastställts i beslutet, och på så sätt eliminera den insyn som krävs för att en kollektiv dominerande ställning skall föreligga.⁹¹ Förstainstansrätten har därutöver påpekat att det finns motsägelser i motiveringen till beslutet.⁹²

122. Jag anser att förstainstansrätten har rätt i att kommissionen i ett beslut, i vilket den inledningsvis lämnat ett antal detaljerade uppgifter som talar *för* insyn i marknaden, inte utan närmare motivering får utgå från att det föreligger bristande insyn på marknaden. Om det endast finns en enda nämnvärd faktor, i förevarande fall kampanjrabatterna, som talar *mot* att det finns tillräcklig insyn på marknaden, och därmed mot antagandet att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, finns desto större anledning att på ett mer fullständigt sätt motivera hur denna faktor påverkar marknaden och i vilken mån denna faktor kan kompensera alla de övriga faktorer som främjar insynen i marknaden.

123. Det räcker inte att ange att en viss faktor medför eller *skulle kunna medföra sämre* insyn i marknaden. Det måste åtminstone förklaras varför just denna faktor gör insynen i marknaden så dålig att det inte kan antas att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. I annat fall kan inte motiveringen till beslutet anses vara tydlig och förståelig. Förstainstansrätten har i den överklagade domen⁹³ med rätta påpekat detta.

124. Förenklat uttryckt är en tillräckligt detaljerad redogörelse för de överväganden som slutligen är avgörande i ett kontrollbeslut avseende företagskoncentrationer, som till övervägande del läses som ett förbudsbeslut, även av grundläggande betydelse för medvetna läsare som har kännedom om situationen på marknaden.

125. De brister i motiveringen som förstainstansrätten fastställt är desto allvarligare med tanke på att den mellan parterna omtvistade frågan vad gäller insyn i marknaden inte var av marginell betydelse, utan av väsentlig betydelse för utgången i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer.⁹⁴ Kommissionens slutsats att det inte finns tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra en samordning av priserna utgjorde nämligen den centrala delen i dess överväganden i dess första beslut

90 — Punkt 289, sista meningen, i den överklagade domen.

91 — Punkt 320, andra meningen, i den överklagade domen. Se, för ett liknande resonemang, punkt 289, sista meningen, i den överklagade domen.

92 — Punkt 320, första meningen, i den överklagade domen.

93 — Se även här särskilt sista meningen i punkterna 289, 294 och 320 i den överklagade domen.

94 — Detta skiljer förevarande mål från domen i målet Kaysersberg mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkterna 159 och 160, där den påstådda bristen i motiveringen enligt förstainstansrättens uppfattning inte hänförde sig till en grundläggande del av kommissionens beslut.

om godkännande.⁹⁵ Förstainstansrätten har därför med rätta på denna punkt ställt höga krav vad gäller motiveringen av det första beslutet om godkännande och underkastat motiveringen en intensiv granskning.

126. Höga krav var även motiverade av det skälet att det krävdes att kommissionen i fråga om insynen på marknaden skulle genomföra en bedömning av komplicerade ekonomiska sammanhang, varvid kommissionen – vilket är det vanliga vid kontroll av företagskoncentrationer – åtnjuter ett icke obetydligt utrymme för skönsmässig bedömning.⁹⁶ När kommissionen emellertid förfogar över ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning har iakttagandet av de garantier som ges av gemenskapens rättsordning i de administrativa förfarandena en betydelse som är än mer grundläggande. Bland dessa garantier förekommer inte minst skyldigheten att i tillräcklig mån motivera ett beslut.⁹⁷

127. Om kommissionen inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning

beaktar faktorer som har inflytande på marknads funktion, så skall den inte endast nämna dessa faktorer i sitt beslut, utan även anges deras verkningar.⁹⁸

128. Detta resonemang kan utan vidare tillämpas på konkurrensrätten och kontrollen av företagskoncentrationer. Om kommissionen inom ramen för sin konkurrensrättsliga bedömning av en koncentration tillmäter vissa marknadsrelevanta faktorer en särskild betydelse, så skall den inte endast nämna dessa faktorer i sitt beslut, utan även tillräckligt noggrant beskriva vilka verkningar de får för den aktuella marknads funktion.

129. I ett fall där alla övriga faktorer tyder på att det finns insyn i marknaden får den enligt kommissionen avgörande faktor som talar *mot* tillräcklig insyn i marknaden inte endast nämnas utan vidare förklaring. Såsom förstainstansrätten med rätta har anfört måste kommissionen i sitt beslut närmare precisera verkningarna av denna faktor.⁹⁹ Den får inte endast stödja sig på det tveksamma antagandet "att denna faktor *skulle kunna* minska insynen på marknaden och försvåra tyst samverkan",¹⁰⁰ och inte heller på enkla

95 — Se punkterna 286 och 289 i den överklagade domen, enligt vilka även enligt den uppfattning som kommissionen gett uttryck för under förfarandet vid förstainstansrätten, insynen ..., 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" (punkt 289).

96 — Domen i målet "Kali & Salz" (ovan fotnot 16), punkt 223, och dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987), punkt 38. Se dessutom förstainstansrättens dom i målet Gencor mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkt 246, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen (REG 2005, s. II-5575), punkt 60.

97 — Dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München (REG 1991, s. I-5469), punkt 14, av den 7 maj 1992 i de förenade målen C-258/90 och C-259/90, Pesqueras De Bermeo och Naviera Laida mot kommissionen (REG 1992, s. I-2901), punkt 26, och av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing (REG 2007, s. I-9947), punkt 58. Se dessutom redan dom av den 15 juli 1960 i de förenade målen 36/59–38/59 och 40/59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft m.fl. mot Höga myndigheten (REG 1960, s. 887, s. 921 och s. 922).

98 — Se, för ett liknande resonemang, mot bakgrund av ett fall från jordbrukspolitiken, dom av den 7 april 1992 i mål C-358/90, Compagnia italiana alcool mot kommissionen (REG 1992, s. I-2457), punkt 42.

99 — Punkt 289, sista meningen, i den överklagade domen.

100 — Se skäl 111 i det första beslutet om godkännande, som citeras i punkt 289 i den överklagade domen (min kursivering).

antaganden som "att insynen i kampanjrabatterna är sämre än i de fasta rabatterna".¹⁰¹

130. Förstainstansrätten har därför med rätta fastställt att kommissionen inte endast får anföra "vaga påståenden",¹⁰² vad beträffar de faktorer som var avgörande för dess beslut, som är "ogrundade", "ganska begränsade"¹⁰³ och dessutom motsägelsefulla.¹⁰⁴

131. Mot bakgrund av vad som anförts anser jag att förstainstansrätten inte gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning genom att utgå från att motiveringen till det första beslutet om godkännande är bristfällig vad gäller kommissionens slutsatser avseende (bristande) insyn i marknaden.¹⁰⁵

c) Övrigt

132. Det är endast för fullständighetens skull som jag i det följande kommer att kommentera ett antal andra argument som klagandena har framfört inom ramen för den sjätte grunden.

133. Klagandena har för det första gjort gällande att lägre krav skall ställas på motiveringen av ett beslut om godkännande än på ett förbudsbeslut, eftersom tredje man på grund av sin svagare ställning i förfarandet inte kan förvänta sig samma grad av exakthet i motiveringen som parterna i koncentrationen om koncentrationen förbjuds.

134. Detta argument är irrelevant. Varken artikel 253 EG eller den tredje strecksatsen i artikel 41.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna skiljer i fråga om kraven på motivering mellan beslut som gynnar dem till vilka de är riktade och sådana beslut som har en negativ inverkan på dem till vilka de är riktade.

135. Motiveringsskyldigheten har också till syfte att skydda tredje mans rättigheter och intressen i vart fall när han deltar i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer och formellt förhörs av kommissionen, såsom var fallet i förevarande mål vad gäller Impala. En tredje man kan i det fallet åtminstone förvänta sig en tydlig, förståelig och motsägelsefri motivering vad gäller de huvudsakliga överväganden avseende faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för kommissionens beslut om godkännande. I förevarande fall rör det sig just om dessa minimikrav.¹⁰⁶

101 — Se skäl 80 i det första beslutet om godkännande, som citeras i punkterna 315 och 316 i den överklagade domen (min kursivering).

102 — Punkt 289, sista meningen, i den överklagade domen.

103 — Punkt 294 i den överklagade domen.

104 — Punkt 320 i den överklagade domen.

105 — Punkt 325 i den överklagade domen.

106 — Se ovan punkt 119 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

136. Det stämmer visserligen att tredje mans processuella ställning i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer är mindre framträdande *vad gäller hans rätt till förhör* än koncentrationsparternas.¹⁰⁷ Därav kan emellertid inte slutsatsen dras att tredje man också är underkastad begränsningar när han *åberopar bristande motivering* av ett beslut. En person som i egenskap av tredje man på grund av den omständigheten att han direkt och personligen berörs kan övervinna hindret för rätten att väcka talan får nämligen på samma villkor väcka talan som alla andra som är klagande i målet (artikel 230 fjärde stycket EG). Han får åberopa samma grunder till stöd för talan om ogiltighetsförklaring som en klagande inklusive bristande motivering.

137. Klagandena har för det andra gjort gällande att såväl Impala som förstainstansrätten i förevarande fall utan svårighet borde ha förstått skälen för det första beslutet om godkännande. De har därav dragit slutsatsen att ovannämnda beslut innehöll en tillräcklig motivering.

138. Detta argument är inte heller relevant. Den omständigheten att klagandena i tillräcklig mån kunnat göra sina övriga anmärkningar gällande vid förstainstansrätten kan visserligen utgöra ett första tecken på en tillräcklig motivering.¹⁰⁸ Detta kan emellertid inte anses utgöra mer än en presumtion som kan motbevisas.

107 — Domen i målet Kaysersberg mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkt 105.

108 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 2005 i mål C-342/03, Spanien mot rådet (REG 2005, s. I-1975), punkt 59, och domen i målet Kaysersberg mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkt 160.

139. Huruvida en motivering uppfyller de rättsliga kraven i artikel 253 EG beror slutligen på objektiva kriterier, till vilka särskilt hör tydlighet, förståelighet och motsägelsefrihet hos de huvudsakliga övervägandena avseende faktiska och rättsliga omständigheter.¹⁰⁹ Om en motivering, såsom i förevarande fall, inte är tydlig, förståelig eller motsägelsefri på en avgörande punkt, så skall det berörda beslutet ogiltigförklaras även om klagandens rättsliga skydd inte har lidit någon skada vad gäller klagandens övriga anmärkningar. Det skulle annars vara praktiskt taget omöjligt för en klagande att vid sidan av andra grunder för ogiltigförklaring med framgång åberopa en bristfällig motivering genom att väcka en talan om ogiltigförklaring.

140. Tvärtemot vad klagandena har anfört är det för övrigt inte motsägelsefullt att förstainstansrätten i förevarande fall fastställt att kommissionen gjort sig skyldig till en bristfällig motivering och en uppenbart oriktig bedömning. Ett beslut som antagits av kommissionen kan vara behäftat med såväl formfel som materiellrättsliga fel. Den omständigheten att motiveringen i ett beslut är bristfällig, till exempel på grund av att den är otydlig, utesluter inte att innehållet i beslutet dessutom är felaktigt.

141. Klaganden har för det tredje gjort gällande att det vid fastställandet av krav vad gäller motiveringen av ett kontrollbeslut avseende företagskoncentrationer skall beaktas att kommersiellt känsliga uppgifter kan vara konfidentiella. Förstainstansrätten gjorde sig därför skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 411 i den överklagade domen begärde att kommissionen

109 — Se ovan punkt 119 i detta förslag till avgörande.

skulle publicera närmare uppgifter om de andra stora företagens prissättnings- och rabattpolitik.

d) Slutsats i denna del

142. Denna argumentation är inte heller övertygande. Den grundar sig uppenbarligen på en felaktig tolkning av punkt 411 i den överklagade domen. Förstainstansrätten har i denna punkt nämligen ingalunda begärt att kommissionen skall avslöja enskilda marknadsaktörers affärshemligheter. Den har endast med rätta underkänt kommissionens argument att vissa sifferuppgifter över huvud taget inte kunde upptas i det första beslutet om godkännande på grund av deras konfidentiella karaktär. Förpliktelsen att iaktta tystnadsplikt (artikel 287 EG) kan nämligen inte tolkas så extensivt att kravet på motive-¹¹⁰ring av beslut urholkas.

143. I den mån som sifferuppgifter innehåller affärshemligheter skall dessa uppgifter enligt kommissionens praxis på konkurrensrättsområdet i deras beslut ersättas med värdeintervaller eller sammanfattas på annat sätt eller omskrivas. Förstainstansrätten har med rätta påpekat¹¹¹ att kommissionen på andra ställen i det första beslutet om godkännande har lämnat sifferuppgifter avseende enskilda markandsaktörers prispolitik.¹¹²

144. Förstainstansrätten har följaktligen inte gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att i punkterna 325 och 542 i den överklagade domen fastställa att det första beslutet om godkännande är bristfälligt motiverat och av det skälet måste ogiltigförklaras. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den sjätte grundens första och tredje delar.

2. Förstainstansrättens hänvisning till meddelandet om invändningar (den första grunden och den sjätte grundens andra del).

145. Klagandena har genom den första grunden och den sjätte grundens andra del gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt har använt meddelandet om invändningar som utgångspunkt för domstolsprövningen av det första beslutet om godkännande och felaktigt begärt att kommissionen skulle motivera eventuella avvikelser från invändningarna i sitt beslut.

146. Det är ostridigt att den överklagade domen innehåller många hänvisningar till meddelandet om invändningar. I det följande kommer jag först allmänt att behandla förstainstansrättens tolkning av förhållandet mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar innan jag närmare undersöker förstainstansrättens

110 — Dom av den 13 mars 1985 i de förenade målen 296/82 och 318/82, Nederländerna m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 809; svensk specialutgåva, volym 8, s. 103), punkt 27.

111 — Punkt 413 i den överklagade domen.

112 — Jämför bland annat skälen 74, 81, 88, 95 och 102 i det första beslutet om godkännande.

konkreta hänvisningar till enskilda avsnitt i meddelandet om invändningar.

a) Förstainstansrättens allmänna tolkning av förhållandet mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar

147. Klagandena, som stöds av kommissionen, har helt allmänt kritiserat förstainstansrättens slutsatser avseende förhållandet mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar. Enligt klagandenas uppfattning har förstainstansrätten missuppfattat beskaffenheten och funktionen hos ett meddelande om invändningar, vilket har "färgat av" sig på resten av domen.

— Den överklagade domen

148. Vad gäller förstainstansrättens prövning av anmärkningen avseende bristande motivering har den inledningsvis erinrat om 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 rådde stor insyn i marknaden för inspelad musik och att den var särskilt lämpad för samordning".¹¹³

113 — Punkt 282 i den överklagade domen.

149. Förstainstansrätten har betecknat det slutliga godkännandet av koncentrationen som "helomvändning i kommissionens ståndpunkt" som "kan ... tyckas förvånande, inte minst med tanke på hur sent den gjordes".¹¹⁴ Dessutom hänvisas till kravet att iaktta bindande tidsfrister i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer, vilket enligt förstainstansrättens uppfattning "inte tillåter [kommissionen] ... att förlänga sin undersökning, vilket gör en genomgripande ändring av en ståndpunkt allt mindre trolig allteftersom det administrativa förfarandet fortskrider".¹¹⁵

— Bedömning

150. Såsom i kartellrättsliga förfaranden så skall även i förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer rätten till försvar iakttagas innan det fattas ett beslut som går de berörda företagen emot.¹¹⁶

151. Till rätten till försvar hör framför allt principen om rätten att yttra sig, som utgör en grundläggande princip i gemen-

114 — Punkterna 282 och 283 i den överklagade domen.

115 — Punkt 285 i den överklagade domen.

116 — Dom av den 4 mars 1999 i mål T-87/96, Assicurazioni Generali och Unicredit mot kommissionen (REG 1999, s. II-203), punkt 88.

skapsrätten¹¹⁷ och som numera även har kodifierats i artikel 41.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. Vad gäller förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer har denna princip dessutom slagits fast i artikel 18.3 andra meningen i koncentrationsförordningen.

152. Den omständigheten att de berörda företagen i kartellrättsliga förfaranden och i förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer delges ett så kallat meddelande om invändningar¹¹⁸ följer av deras rätt att yttra sig. Genom detta meddelande om invändningar har de möjlighet att ta del av kommissionens bevisning och att utöva rätten till försvar på ett effektivt sätt.¹¹⁹ De bereds möjlighet att skriftligen och på motiverad begäran muntligen ta ställning till invändningarna.¹²⁰ I artikel 18.3 första meningen i koncentrationsförordningen fastställs dessutom att kommissionen får fatta sina beslut endast på grundval av de anmärkningar beträffande vilka parterna har haft möjlighet att framföra synpunkter.

153. Av dess funktion i administrativa förfaranden följer att ett meddelande om anmärkningar utgör ett förberedande dokument vars bedömningar av faktiska och

rättsliga förhållanden är av rent provisorisk karaktär. Kommissionen kan, och skall, av denna anledning beakta de omständigheter som framkommer under det administrativa förfarandet för att bland annat kunna dra tillbaka de anmärkningar som visar sig vara dåligt underbyggda.¹²¹

154. Den omständigheten att kommissionen i en kontroll av företagskoncentrationer, till skillnad från vad som gäller inom tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG, är underkastad strikta tidsfrister för förfarandet ändrar inte den provisoriska karaktären av meddelandet om invändningar. Kravet på skyndsamhet i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer innebär naturligtvis att även de berörda företagen är underkastade särskilt korta frister, inom vilka de kan utöva sin rätt till försvar. En fullständig respekt för rätten till försvar kräver emellertid att de invändningar som framförs som försvar av de berörda parterna i förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer inte beaktas i mindre omfattning än i kartellrättsliga förfaranden. Av detta följer att sådana invändningar i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer lika väl som i kartellrättsliga förfaranden kan medföra en ändring av kommissionens ståndpunkt, även strax innan fristen för ett beslut om godkännande eller för ett förbudsbeslut löper ut.

155. Det var mot denna bakgrund säkerligen olyckligt att förstainstansrätten i den överklagade domen fastställde att den "helomvändning i kommissionens ståndpunkt" som gjordes innan det första beslutet om

117 — Fast rättspraxis sedan dom av den 13 februari 1979, i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkterna 9 och 11, 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; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 10.

118 — Enligt artikel 13.2 i förordning nr 447/98 skall kommissionen i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer sända sina invändningar skriftligen till de anmälade parterna och andra berörda parter och ange en tidsfrist inom vilken dessa får underrätta kommissionen om sina synpunkter skriftligen.

119 — Domen i målet SGL Carbon mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 55.

120 — Se artikel 13.2 och artikel 14 i förordning nr 447/98.

121 — Dom 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), punkt 67. För ett liknande resonemang, se redan domen i målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 117), punkt 14, och dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 70.

godkännande antogs var "förvånande" "med tanke på hur sent den gjordes"¹²² och allmänt betecknade en genomgripande ändring av kommissionens ståndpunkt som "allt mindre trolig allteftersom det administrativa förfarandet fortskr[ed]".¹²³

156. Om kommissionen ändrar sin bedömning av en koncentration som anmälts till kommissionen till följd av de invändningar som framförts som försvar av de berörda parterna för att bemöta meddelandet om invändningar, så sker denna omvärdering av fallet inte "för sent" utan vid en tidpunkt som är bruklig i förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer. Ett sådant tillvägagångssätt är inte heller "förvånande" eller "mindre troligt",¹²⁴ utan ett uttryck för att rätten till försvar iakttagits och visar att utfrågningen av de berörda parterna inte är en fars.

157. Till skillnad från klagandena och kommissionen anser jag emellertid inte att den överklagade domen är behäftad med ett rättsligt fel på grund av förstainstansrättens något olyckliga formuleringar där en rättsligt felaktig grunduppfattning vad gäller beskaffenheten och funktionen hos meddelandet om invändningar kommer till uttryck.

158. Förstainstansrätten har nämligen i samband med sina yttranden vad gäller den "förvånande" och "försenade" karaktären av "helomvändningen i kommissionens ståndpunkt" uttryckligen betonat den förberedande karaktären av meddelandet om invändningar, även då det rör sig om kontroll av företagskoncentrationer. Den har dessutom fastställt att kommissionen enligt den rättspraxis som hänför sig till artiklarna 81 EG och 82 EG inte är skyldig att förklara eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar.¹²⁵

159. Följaktligen anser jag att förstainstansrätten i sina allmänna slutsatser vad gäller förhållandet mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar inte har missuppfattat beskaffenheten och funktionen hos meddelandet om invändningar.

160. Även om det skulle antas att ett sådant rättsligt fel föreligger, så skulle detta inte motivera att den överklagade domen upphävs, eftersom det, såsom jag kommer att visa i det följande,¹²⁶ inte resulterade i en rättsligt felaktig bedömning av det första beslutet om godkännande och följaktligen inte kunde ha någon inverkan på domslutet i den överklagade domen.¹²⁷

122 — Punkt 283 i den överklagade domen.

123 — Punkt 285 i den överklagade domen.

124 — I den europeiska koncentrationskontrollshistorien finns ett flertal exempel på beslut om godkännande som föregicks av ett meddelande om invändningar. Klagandena har med rätta i detta sammanhang som exempel uppmärksammat följande fall: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Parengo/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals och COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Punkterna 284 och 285 i den överklagade domen. Se, för ett liknande resonemang, punkterna 300, 335, 410 och 446 i den överklagade domen.

126 — Punkterna 161–182 i detta förslag till avgörande.

127 — Enligt fast rättspraxis skall ett överklagande ogillas om en dom från förstainstansrätten innehåller domskäl som strider mot gemenskapsrätten, men domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder (se, till exempel, dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen, REG 2006, s. I-8935, punkt 186. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 89).

b) Förstainstansrättens konkreta hänvisningar till meddelandet om invändningar

161. Det återstår att pröva klagandenas och kommissionens invändningar med avseende på ett antal konkreta hänvisningar till meddelandet om invändningar som förstainstansrätten gjort inom ramen för sin bedömning av lagenligheten av det första beslutet om godkännande. Förstainstansrätten har kritiserats för att dess antagande att det första beslutet om godkännande är felaktigt grundar sig på en jämförelse mellan beslutet och meddelandet om invändningar, i stället för att endast rätta sig efter beslutet.

162. Denna argumentation är inte heller hållbar.

163. Det stämmer visserligen att det i den överklagade domen vid upprepade tillfällen har hänvisats till meddelandet om invändningar. Förstainstansrätten har framför allt flera gånger framhållit att kommissionen i det första beslutet om godkännande nedtonat¹²⁸ eller ändrat¹²⁹ sin redogörelse och bedömning av vissa faktiska omständigheter i förhållande till meddelandet om invändningar.

164. Det är emellertid endast vid den första anblicken som förstainstansrätten förefaller ha grundat den felaktiga rättstillämpning

som förstainstansrätten konstaterat i det första beslutet om godkännande på enbart sådana skillnader i förhållande till meddelandet om invändningar. Vid en närmare betraktelse framgår nämligen att såväl den bristfälliga motivering som förstainstansrätten konstaterat som den uppenbart oriktiga bedömning som fastställts har härletts ur själva beslutet om godkännande.

165. Vad gäller den *bristfälliga motiveringen* kan konstateras att förstainstansrättens synpunkter avseende det särskilda avsnitt i det första beslutet om godkännande som handlar om insyn i marknaden¹³⁰ inte innehåller någon hänvisning till meddelandet om invändningar.¹³¹ I förstainstansrättens övriga synpunkter angående bristfällig motivering¹³² är hänvisningar till meddelandet om invändningar också sällan förekommande. De återfinns endast i punkterna 300, 302 och 308 i den överklagade domen och ingen av dem är avgörande för förstainstansrättens antagande att det första beslutet om godkännande är bristfälligt motiverat vad gäller den där påstådda bristen på insyn i marknaden.

— I punkt 308 i den överklagade domen som avser utvecklingen av brutto- och nettolistpriser för företag, har förstainstansrätten grundat sig på innehållet i det första beslutet om godkännande. Den har inte gjort någon jämförelse mellan detta beslut och meddelandet om invändningar och har följaktligen inte heller fastställt någon skillnad mellan dem. Det förefaller i stället som om förstainstansrätten har velat dra samma slutsats av de båda handlingarna.

128 — Se, till exempel, punkterna 300, 302 och 338 i den överklagade domen.

129 — Se, till exempel, punkterna 378, 379, 398 och 447 i den överklagade domen.

130 — Skälen 111–113 i det första beslutet om godkännande.

131 — Punkterna 289–294 i den överklagade domen.

132 — Punkterna 295–324 i den överklagade domen.

Meddelandet om invändningar används av förstainstansrätten såtillvida alltså endast som ytterligare illustration av de uppgifter som den inhämtat från själva beslutet.

betydelse. Tvärtemot vad klagandena och kommissionen har hävdat var alltså inte meddelandet om invändningar avgörande för förstainstansrätten i förevarande fall vid prövningen av det första beslutet om godkännande.

- I punkt 302 i den överklagade domen har hänvisningen till meddelandet om invändningar också en rent illustrativ karaktär, eftersom förstainstansrätten anser att till och med den nedtonade bedömningen av listpriserna i det första beslutet om godkännande utgör ”ytterligare ett argument som främjar insynen i marknaden”.

167. Vad gäller den *uppenbart oriktiga bedömning* som förstainstansrätten konstaterat stämmer det visserligen att det finns fler hänvisningar till meddelandet om invändningar, de återfinns i punkterna 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 och 538 i den överklagade domen.¹³⁵

- Den omständigheten att hänvisningen till meddelandet om invändningar i punkt 300 i den överklagade domen inte var avgörande för förstainstansrättens argumentation har förstainstansrätten slutligen till och med själv fastställt uttryckligen i den efterföljande punkten, där följande anges: ”Det förhåller sig i vart fall så, att *även om man endast tar hänsyn till iakttagelserna i beslutet* har kommissionen funnit att listpriserna hade anpassats till varandra.”¹³³

166. För förstainstansrättens antagande att motiveringen är bristfällig, som redan i sig lett till en ogiltigförklaring av det första beslutet om godkännande,¹³⁴ saknade följaktligen eventuella skillnader mellan beslutet i fråga och meddelandet om invändningar

168. Hänvisningarna i punkterna 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 och 538 i den överklagade domen till meddelandet om invändningar syftar i sin tur utan tvekan endast till att illustrera och komplettera det som förstainstansrätten redan direkt har härlett ur det första beslutet om godkännande. Den rent kompletterande karaktären av dessa hänvisningar till meddelandet om invändningar förtydligas i de ovannämnda punkterna i domen även genom språkliga tillägg såsom ”för övrigt”, ”vidare” och ”[d]etta gäller i än högre grad då”. Det har inte vid något tillfälle framförts kritik mot någon typ av motsägelse mellan beslutet om godkännande och meddelandet om invändningar. Meddelandet om invändningar var

¹³³ — Punkt 301 i den överklagade domen (min kursivering).

¹³⁴ — Punkt 325 i den överklagade domen.

¹³⁵ — Det är ostridigt att även punkt 491 i den överklagade domen, som kritiserats av klagandena och kommissionen, visserligen också innehåller en hänvisning till meddelandet om invändningar. Den kan emellertid inte anses utgöra en felaktig rättstillämpning, eftersom den endast innehåller en sammanfattning av Impalas argumentation. Av det skälet kommer inte denna punkt i den överklagade domen att undersökas närmare i det följande.

inte avgörande vid förstainstansrättens prövning av beslutet om godkännande.

169. Detsamma gäller punkterna 378 och 379 i den överklagade domen. Om dessa läses tillsammans med den omedelbart föregående punkten 377 i den överklagade domen framgår att även de endast avser att illustrera och komplettera det som förstainstansrätten redan tidigare härlett ur beslutet om godkännande, med avseende på insynen i rabatterna, och sammanfattat på följande sätt: "Förstainstansrätten konstaterar därför att bevisningen, på det sätt som den tagits upp i beslutet, inte styrker de slutsatser som dragits av den."¹³⁶

170. Däremot förefaller hänvisningarna till meddelandet om invändningar i punkterna 335, 398, 408–410, 419, 424, 446, 447, 451 och 528 i den överklagade domen vara mer problematiska. Vid första anblicken förefaller det som om förstainstansrätten avsett att klandra kommissionen för att ha frångått meddelandet om invändningar, utan att ge tillräckliga förklaringar i det första beslutet om godkännande.¹³⁷

171. Enligt en rättspraxis som klagandena och kommissionen åberopat i förevarande förfarande är kommissionen *inte skyldig* att förklara eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar, eftersom detta

meddelande utgör ett förberedande dokument vars bedömningar är av rent provisorisk karaktär.¹³⁸ Ett beslut som antagits av kommissionen i ett kartellrättsligt förfarande eller i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer får följaktligen inte anses innehålla en felaktig rättstillämpning och ogiltigförklaras enbart på grund av att det utan närmare förklaringar innehållsmässigt avviker från meddelandet om invändningar.

172. Detta utesluter emellertid inte att ett beslut som avviker från meddelandet om invändningar *av andra skäl* som hänför sig till själva beslutet är rättsstridigt och följaktligen skall ogiltigförklaras till följd av en talan.

173. Det skall härvid särskilt erinras om att det krävs att kommissionen vid kontrollen av företagskoncentrationer genomför en bedömning av komplicerade ekonomiska sammanhang. Därvid förfogar kommissionen visserligen, såsom redan nämnts, över ett icke obetydligt utrymme för skönsmässig bedömning,¹³⁹ men är alltid underkastad gemenskapsdomstolens kontroll. Denna skall inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad

136 — Punkt 377 i den överklagade domen.

137 — Jag kommer i det följande att fästa särskild uppmärksamhet vid punkt 335 i den överklagade domen, eftersom denna särskilt har kritiserats av klagandena. Mina synpunkter är emellertid tillämpliga på de andra punkterna i den överklagade domen som har ifrågasatts här.

138 — Domen i målet BAT och Reynolds mot kommissionen (ovan fotnot 121), punkt 70.

139 — Se i detta avseende angiven rättspraxis i fotnot 96.

situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.¹⁴⁰

kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (*relevansen av de faktiska omständigheterna*).¹⁴¹

174. Även om kommissionen i sitt beslut i frågan huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden följaktligen inte behöver förklara varför den i sak har frångått sitt meddelande om invändningar, måste emellertid tre förhållanden kunna härledas ur dess beslut:

— för det första, att de faktiska omständigheter som låg till grund för beslutet var materiellt riktiga, och framför allt att de grundade sig på tillförlitlig och samstämmig bevisning (*riktigheten av de faktiska omständigheterna*),

— för det andra, att det i beslutet inte har bortsetts från någon relevant uppgift som skall beaktas vid bedömningen av en företagskoncentration (*fullständigheten av de faktiska omständigheterna*), och

— för det tredje, att de faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet

175. Indicier på om kommissionen fullt ut har beaktat samtliga relevanta uppgifter i ett konkret fall kan framgå av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, särskilt av alla dokument som utgjorde en del av handlingarna i akten i det administrativa förfarandet. Till dessa dokument hör inte minst meddelandet om invändningar. Detta ger nämligen en sammanfattning av samtliga faktiska omständigheter och all den bevisning som kommissionen på det stadiet i förfarandet ansåg vara avgörande för dess beslut.

176. Mot bakgrund av det ovan anförda var det möjligt för förstainstansrätten att i den överklagade domen fastställa att meddelandet om invändningar trots dess preliminära karaktär inte "helt och hållet saknar värde eller relevans",¹⁴² utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning.

177. Det kan under det fortsatta förfarandet mycket väl, särskilt på grund av de berörda företagens försvarsargument, visa sig att de

140 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39. Se även domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 57.

141 — Se avseende dessa tre punkter domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39, och domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 57. Se, särskilt vad gäller fullständigheten av de faktiska omständigheterna, domen i målet Technische Universität München (ovan fotnot 97), punkt 14, domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 58, och domen i målet Komninou m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 51, i vilka skyldigheten för den behöriga institutionen att noggrant och opartiskt undersöka samtliga omständigheter i det aktuella fallet betonas.

142 — Punkt 335 näst sista meningen i den överklagade domen. Se även punkterna 410, 419 och 446 i denna dom.

faktiska omständigheter och de bevis som ligger till grund för meddelandet om invändningar var ofullständiga och oriktiga och att de inte kunde ge stöd för de slutsatser som dragits. Detta har även korrekt slagits fast av förstainstansrätten när den i den överklagade domen fastställde att kommissionen är skyldig att "ta hänsyn till de uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet samt till de argument som framförts av de berörda företagen för att kunna dra tillbaka de invändningar som slutligen visar sig vara dåligt underbyggda".¹⁴³

178. Gemenskapsdomstolen kan och skall emellertid förvissa sig om huruvida kommissionen under det fortsatta förfarandet med rätta klassificerat de faktiska omständigheter som den fastställt, på vilka den grundat sig i meddelandet om invändningar, som oriktiga eller otillförlitliga och underlåtit att åberopa dem. Gemenskapsdomstolen kan och skall också pröva om eventuella nya faktiska omständigheter på vilka kommissionen numera stöder sig är materiellt riktiga, om de faktiska omständigheter som fastställts är fullständiga och om de kan ligga till grund för de slutsatser som kommissionen dragit.

179. Riktigheten, fullständigheten och relevansen av de faktiska omständigheter som ligger till grund för ett beslut måste kunna bli föremål för en domstolsprövning.¹⁴⁴ Utan en sådan prövning av de faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet

skulle det över huvud taget inte vara möjligt att göra en ändamålsenlig bedömning av om kommissionen hållit sig inom de gränser för det utrymme för skönsmässig bedömning som den tilldelats eller om den har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning.

180. Förstainstansrätten har i den överklagade domen därför med rätta företagit denna prövning och därvid fastställt att kommissionen, "åtminstone inom ramen för förfarandet vid förstainstansrätten, [måste kunna förklara] varför den anser att dess preliminära bedömningar var felaktiga, men framför allt måste bedömningarna i beslutet överensstämma med bedömningarna av de faktiska konstaterandena i meddelandet om invändningar, i den mån det inte fastslagits att dessa var oriktiga".¹⁴⁵

181. Tvärtemot klagandenas och kommissionens uppfattning är myndigheten för kontroll av företagskoncentrationer därmed inte utsatt för en dubbel belastning vid förstainstansrätten. Det krävs inte att den försvarar sitt beslut och inte heller att den vederlägger meddelandet om invändningar som eventuellt avviker från detta. Den måste endast, till följd av en klagandes motiverade redogörelse, kunna visa att de faktiska omständigheter som ligger till grund för *dess beslut* var riktiga och fullständiga och att de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits i beslutet. Eventuella förklaringar till varför vissa faktiska omständigheter kompletterats, inte längre gjorts gällande eller prövats på nytt under det administrativa förfarandet är ouppslösligt förbundna med frågan avseende riktigheten, fullständigheten och relevansen

143 — Punkt 335 andra meningen i den överklagade domen.

144 — Se i detta avseende domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39, och domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 56. Se, för ett liknande resonemang domen i målet Technische Universität München (ovan fotnot 97), punkt 14, domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 58, och domen i målet Kominou m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 27), punkt 51.

145 — Punkt 335 sista meningen i den överklagade domen. Se, för ett liknande resonemang, punkterna 410, 419 och 446 i denna dom.

av de faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet.

3. Bevisvärdet av de faktiska omständigheter som åberopats i svaret på meddelandet om invändningar (den andra grunden, den tredje grundens första del).

182. Sammanfattningsvis kan det konstateras att förstainstansrätten följaktligen med rätta har *grundat sig på* meddelandet om invändningar vid bedömningen av om det första beslutet om godkännande hade antagits på grundval av riktiga och fullständiga faktiska omständigheter som kunde ligga till grund för de slutsatser som dragits av kommissionen. Förstainstansrätten *ogiltigförklarade* inte det första beslutet om godkännande på grund av eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar, utan på grund av dess bristfälliga motivering och på grund av en uppenbart oriktig bedömning. Förstainstansrätten konstaterade att bedömningen var oriktig, eftersom de faktiska omständigheter som låg till grund för beslutet inte var fullständiga och inte kunde ligga till grund för de slutsatser som kommissionen hade dragit avseende bristande insyn på marknaden.¹⁴⁶

184. Den andra grunden har nära samband med den tredje grundens första del. Jag föreslår därför att de prövas tillsammans. Klagandena har här huvudsakligen gjort gällande att förstainstansrätten har ställt för höga krav vad gäller bevisvärdet av den argumentation som framförts som svar på meddelandet om invändningar. Förstainstansrätten har vidare felaktigt utgått från att kommissionen har en skyldighet att genomföra en ny marknadsundersökning efter att ha skickat meddelandet om invändningar.

a) Den överklagade domen

c) Slutsats i denna del

183. Det kan alltså sammanfattningsvis konstateras att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grunden och den sjätte grundens andra del.

185. Förstainstansrätten har inom ramen för sin bedömning av om det första beslutet om godkännande innehåller en uppenbart oriktig bedömning vad gäller insynen i marknaden bland annat förklarat "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

¹⁴⁶ — Punkterna 459 och 475 i den överklagade domen.

för att skäligen kunna vederlägga kommissionens anmärkningar.”¹⁴⁷

b) Bedömning

186. Förstainstansrätten finner 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 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.”¹⁴⁸

187. Förstainstansrätten har vid flera tillfällen i den överklagade domen dessutom klandrat kommissionen för att i anslutning till koncentrationsparternas svar på meddelandet om invändningar inte ha genomfört någon ny marknadsundersökning för att undersöka om omvärderingen av dess bedömning av företagskoncentrationen var befogad.¹⁴⁹

188. Såsom redan nämnts i samband med den första grunden skall i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer rätten till försvar iakttas innan det fattas ett beslut som går de berörda företagen emot¹⁵⁰ (se även artikel 18.3 andra meningen i koncentrationsförordningen).

189. Av det skälet kan de berörda företagen inte klandras för att de inte återopat vissa möjligtvis avgörande argument, faktiska omständigheter eller bevis redan vid anmälan av företagskoncentrationen eller under kommissionens marknadsundersökning, utan först inom ramen för vad de anfört som försvar med anledning av meddelandet om invändningar.¹⁵¹ Det är nämligen först genom detta meddelande om invändningar som koncentrationsparterna kan erhålla närmare upplysningar om vilka invändningar kommissionen framfört mot deras företags-

147 — Punkt 414 i den överklagade domen.

148 — Punkt 415 i den överklagade domen. Se, för ett liknande resonemang, punkt 452 i den överklagade domen.

149 — Se, till exempel, punkterna 398, 428 och 451 i den överklagade domen.

150 — Se härom särskilt punkterna 150–152 i detta förslag till avgörande.

151 — Därvid berörs inte de berörda företagens skyldighet att lämna in en korrekt och fullständig anmälan avseende deras företagskoncentration (se i detta avseende artikel 3.1 i förordning nr 447/98). Koncentrationsparterna är dessutom skyldiga att besvara en eventuell begäran om upplysningar från kommissionen på ett fullständigt och korrekt sätt och inom utsatt tid (artikel 11.1 jämförd med artikel 11.4 och 11.5 i koncentrationsförordningen).

koncentration och vilka argument och bevis den stöder invändningarna på.¹⁵²

190. Endast den omständigheten att koncentrationsparterna åberopat vissa argument, faktiska omständigheter eller bevis först som svar på meddelandet om invändningar utgör följaktligen inte i sig grund för att fastställa att de innehållit denna information "till sista minuten".¹⁵³ De berörda företagens rätt till försvar innebär att de har rätt att inom ramen för sin skriftliga och muntliga utfrågning, det vill säga efter att ha erhållit meddelandet om invändningar, göra gällande allt som de anser är ägnat att vederlägga invändningarna och förmå kommissionen att godkänna deras koncentration. En sådan argumentation kommer inte för sent, utan sker vid den tidpunkt som är avsedd för denna i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer.

191. Det får inte heller ställas högre krav på den argumentation som de berörda företagen framfört som svar på meddelandet

152 — Före meddelandet om invändningar underrättas koncentrationsparterna visserligen även om förfarandets utveckling (samtal äger rum, vidare underrättas anmälarna vid inledningen av det formella prövningsförfarandet enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen på vilka områden kommissionen hyser *allvarliga tvivel* beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden), denna information är emellertid mycket mindre detaljerad än ett meddelande om invändningar och kan också ständigt ändras beroende på hur marknadsundersökningen fortlöper.

153 — Om det skulle visa sig att de berörda företagen inom ramen för sin anmälan av koncentrationen eller som svar på de av kommissionen begärda upplysningarna lämnat oriktiga eller ofullständiga uppgifter så skulle detta för det första utgöra ett åsidosättande av deras skyldighet att samarbeta med kommissionen i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer och för det andra kunna medföra de rättsföljder som anges i artikel 8.5 a i koncentrationsförordningen och i artikel 14.1 b och c i koncentrationsförordningen (återkallelse av beslutet om godkännande och påförande av böter).

om invändningar vad gäller dess bevisvärde och trovärdighet än på den argumentation som framförts av konkurrenter, kunder och andra tredje män som utfrågas av kommissionen under förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer. Kommissionen är visserligen skyldig att noggrant undersöka om koncentrationsparternas argumentation är korrekt, fullständig och trovärdig och där det finns starka tvivel underlåta att beakta den. Kommissionen skall därvid emellertid använda samma kriterier som vid prövningen av de argument som framförts av tredje man.

192. De berörda företagens rätt till försvar skulle bli värdelös om den inte tillämpades med avseende på vad de anfört som försvar för att bemöta kommissionens invändningar eller om de uppgifter som de anfört som försvar redan från början ansågs ha lägre bevisvärde och vara mindre trovärdiga än de uppgifter som lämnats av tredje man inom ramen för marknadsundersökningen.

193. Om kommissionen i sitt beslut tar ställning till vad de berörda företagen anfört som försvar och på grundval härav omprövar sitt utredningsresultat och sina preliminära slutsatser i meddelandet om invändningar och eventuellt avviker därifrån innebär detta inte att utredningen "delegerats" till de berörda företagen.

194. Slutligen kan det inte åligga kommissionen att i det enskilda fallet, efter meddelandet om invändningar och efter utfrågningen av de berörda företagen, genomföra

ytterligare marknadsundersökningar. Det begränsade tidsutrymme som följer av de förhållandevis strikta tidsfristerna räcker för att göra det omöjligt för kommissionen att skicka skrivelser med begäran om upplysningar om komplicerade ekonomiska frågor till ett antal marknadsaktörer kort innan dess utkast till beslut skickas till den rådgivande kommittén för koncentrationer.¹⁵⁴

Inom den korta tid som återstår kan man endast sällan förvänta sig att erhålla användbara utredningsresultat. Dessutom skall de berörda företagen höras på nytt beträffande utredningsresultaten om man till exempel skulle vilja åberopa dessa resultat till stöd för ett förbudsbeslut. Klaganden har därför med rätta påpekat att den rättsliga följden av ett oklart bevisläge *efter* det att de berörda företagen hörts inte kan vara att en ny marknadsundersökning inleds, utan att ett beslut antas på grundval av de uppgifter som innehåses. För detta talar även artikel 10.6 i koncentrationsförordningen, enligt vilken en koncentration skall anses ha godkänts om kommissionen inte har fattat något beslut inom den fastställda tidsfristen.

195. Mot bakgrund av vad som anförts anser jag att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att fastställa att parterna i koncentrationen inte kunde "vänta till sista minuten för att lämna bevis till kommissionen för att vederlägga de anmärkningar som kommissionen framfört" och att sådan bevisning måste vara "*minst sagt* trovärdig, objektiv, relevant och övertygande" för att skäligen kunna vederlägga kommissionens anmärkningar. Förstainstansrätten har även felaktigt kritiserat

avsaknaden av ytterligare marknadsundersökningar efter meddelandet om invändningar och jämställt kommissionens godkännande av det som klagandena anförde som försvar med en otillåten delegering av undersökningen till parterna i koncentrationen.¹⁵⁵

196. Överklagandet kan följaktligen vinna bifall på den andra grunden och den tredje grundens första del.

197. Därav följer emellertid ännu inte att den överklagade domen skall upphävas.¹⁵⁶ Förstainstansrätten har nämligen inte endast ifrågasatt den omständigheten att kommissionen vid sin bedömning av insynen i marknaden har åberopat det som Bertelsmann och Sony anförde som försvar och att kommissionen har underlåtit att göra nya marknadsundersökningar. Den har i stället även prövat om kommissionens redogörelse innehåller en uppenbart oriktig bedömning vad gäller insynen i marknaden.

198. Det skall i detta sammanhang understrykas att förstainstansrätten inte först i det här omtvistade avsnittet i den överklagade domen, utan redan tidigare i punkt 377 har fastslagit att det föreligger en uppenbart oriktig bedömning. "Förstainstansrätten konstaterar därför att bevisningen, på det sätt som den tagits upp i beslutet, inte styrker de

155 — Se i detta avseende punkterna 414 och 415 i den överklagade domen (min kursivering).

156 — Se i detta avseende rättspraxis i den ovan i fotnot 127 nämnda domen.

154 — Artikel 19.3–19.7 i koncentrationsförordningen.

slutsatser som dragits av den.” Detta konstaterande har inte något sammanhang med de här ifrågasatta uppgifterna, som framförts av koncentrationsparterna som försvar avseende kampanjrabatterna och deras beaktande av kommissionen.

199. Förstainstansrätten har även i punkterna 384–387 i den överklagade domen fastställt att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning som inte grundade sig på det som koncentrationsparterna anfört som försvar avseende kampanjrabatterna, utan på en materiellt felaktig analys av resultaten av marknadsundersökningen, särskilt av svaren från detaljhandlarna.

200. Båda dessa uppenbart oriktiga bedömningar motiverar redan var för sig förstainstansrättens ogiltigförklaring av det första beslutet om godkännande. Bortsett från detta motiverar, såsom redan nämnts, även den bristfälliga motiveringen, som förstainstansrätten har kunnat fastställa utan att göra sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning, ogiltigförklaringen av det första beslutet om godkännande.¹⁵⁷

4. Beviskrav för att godkänna företagskoncentrationer (den tredje grundens andra del)

201. Klagandena har genom den tredje grundens andra del gjort gällande att förstainstansrätten har ställt felaktiga och för höga krav vad gäller kommissionens godkännande av företagskoncentrationer.¹⁵⁸

202. Klagandena har motiverat sin kritik avseende den överklagade domen på följande sätt: Allmänt har förstainstansrätten inte förstått att kommissionen inte underställs samma beviskrav vid beslut om godkännande som vid förbudsbeslut. De har påstått att det föreligger en asymmetri vad gäller beviskraven och en allmän presumtion för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden. Förstainstansrätten har konkret i förevarande fall oriktigt krävt att kommissionen skulle förebringa bevisning om att det *inte finns någon insyn i marknaden*. Enligt klagandenas uppfattning borde förstainstansrätten endast ha kontrollerat om kommissionen vid tidpunkten för det första beslutet om godkännande förfogade över tillräcklig bevisning för att det *förelåg insyn på marknaden*.

¹⁵⁷ — Se ovan punkterna 93–144 i detta förslag till avgörande.

¹⁵⁸ — Den följande redogörelsen gäller även för den del av den sjätte grunden som behandlas i punkterna 98–100 och 102 i överklagandet.

a) Påståendet om asymmetri mellan kraven för beslut om godkännande och beslut om förbud enligt koncentrationsförordningen.

203. Jag kommer inledningsvis att behandla klagandenas argument att beviskraven i koncentrationsförordningen är asymmetriska och att det föreligger en allmän presumtion för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden.

— Beslut avseende företagskoncentrationer är baserade på prognoser

204. Det skall inledningsvis konstateras att kommissionens beslut avseende företagskoncentrationer skiljer sig på en avgörande punkt från sådana beslut som antas i förfaranden om konkurrensbegränsande samverkan enligt artikel 81 EG och i förfaranden som är avsedda för att beivra missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82 EG. Vid kontrollen av företagskoncentrationer krävs inte att kommissionen bedömer och i förekommande fall vidtar åtgärder mot ett företags påstått rättsstridiga agerande i det förflutna, utan i stället att den lämnar en *prognos* avseende den framtida utvecklingen på marknaden. Den skall bedöma om en koncentration kan skapa eller förstärka en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna påtagligt hämmas (artikel 2.2 och 2.3 och artikel 8.2 och 8.3 i koncentrationsförordningen).

205. Kommissionens beslut att godkänna eller förbjuda en viss koncentration grundar sig följaktligen nödvändigtvis på en sannolikhetsbedömning som görs *ex ante*. Detta har även slagits fast av domstolen i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval då den fastslog att det är fråga om att "förutse framtida händelser, vilka kan inträffa, med större eller mindre sannolikhet."¹⁵⁹

206. Vid domstolsprövningen av en sådan sannolikhetsbedömning är det inte så mycket fråga om huruvida kommissionens prognos avseende en koncentrations positiva eller negativa inverkan på konkurrensen *kan bevisas*, utan om den är *sannolik*. Kommissionen skall endast lämna bevis för de faktiska omständigheter som den baserat prognosen på, till exempel för de marknadsstrukturer som den fastställt (i förevarande fall till exempel de olika faktorer som talar för eller mot antagandet om insyn i marknaden). Domstolen har i detta avseende i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval fastställt att "bevis skall ... styrka kommissionens bedömningar, enligt vilka den ekonomiska utveckling som denna institution grundar sig på är *trolig*, ..." ¹⁶⁰

207. Den standard enligt vilken en prognos som lämnas av kommissionen avseende den förväntade marknadsutvecklingen skall

159 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 42, och domen i målet General Electric mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 64.

160 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 44 (min kursivering).

anses som *sannolik* eller *osannolik* skall definieras med beaktande av särdragen i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer. Kommissionen ålägger enligt artikel 8 i koncentrationsförordningen inte några sanktioner i sina beslut avseende företagskoncentrationer och den gör inte heller intrång i fysiska personers rörelsefrihet eller fysiska integritet. Kommissionen lämnar eller vägrar enbart godkännanden av administrativ art för ekonomisk verksamhet, nämligen företagskoncentrationer. Detta sker dessutom i ett förfarande som präglas av kravet på skyndsamhet, vilket kännetecknas av välbalanserade, förhållandevis stränga fristbestämmelser.¹⁶¹

208. Med beaktande av dessa egenskaper hos förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer anser jag att det är lämpligt att kommissionen utgår från den marknadsutveckling som den anser vara den mest sannolika i slutet av en fördjupad undersökning av en koncentration som varat flera månader (engelska: "balance of probabilities"). Första instansrätten har för inte så länge sedan sammanfattat detta riktigt i domen i målet General Electric mot kommissionen på följande sätt: "En prognos ..., 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.*"¹⁶²

209. Är det således mer sannolikt att en dominerande ställning på marknaden skapas

eller förstärks än att den uteblir så skall koncentrationen förbjudas. Om det däremot är mindre sannolikt att en sådan ställning skapas eller förstärks än att den uteblir så skall koncentrationen godkännas. Gemenskapsdomstolen skall pröva om kommissionens ifrågasatta prognos innehåller en uppenbart oriktig bedömning, det vill säga om de faktiska omständigheter på vilka kommissionen stöder sig är riktiga och fullständiga och om de faktiska omständigheterna kan ligga till grund för prognosen.¹⁶³

210. Jag anser inte att det är lämpligt att lägga ribban högre vad gäller företagskoncentrationer och till exempel kräva att den marknadsutveckling som kommissionen prognostiserat måste vara "mycket sannolik" eller "särskilt sannolik" för att kunna godtas av domstolen.¹⁶⁴ För det första skulle en sådan ökad sannolikhetsstandard väsentligt försvaga kommissionen vid utövandet av dess funktion inom ramen för konkurrenspolitiken. Kommissionen skulle nämligen, med full vetskap, vara tvungen att godkänna koncentrationer, trots att dessa sannolikt skulle medföra att en dominerande ställning skapades eller förstärktes och därmed skulle ha en negativ inverkan på konkurrensen. Kommissionen skulle endast kunna vidta åtgärder i de fall där en koncentration "mycket sannolikt" eller "särskilt sannolikt" skulle ha en sådan negativ inverkan på konkurrensen. För det andra skulle det vara

¹⁶¹ — Se punkt 12 i detta förslag till avgörande.

¹⁶² — Domen i målet General Electric mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 64 sista meningen, min kursivering.

¹⁶³ — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39, domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 57, och domen i målet General Electric mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 63. Se vidare punkterna 173 och 174 i detta förslag till avgörande.

¹⁶⁴ — Generaladvokaten Tizzano ansåg däremot i sitt förslag till avgörande av den 25 maj 2004 i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 74, att det för att hindra en koncentration krävs att den anmälda koncentrationen *högst sannolikt* kommer att medföra att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

svårt att förena en sådan ökad sannolikhetsstandard med det utrymme för skönmässig bedömning som kommissionen har vid bedömningen av komplicerade ekonomiska sammanhang¹⁶⁵ och till vars kärnområde deras prognoser avseende den förväntade marknadsutvecklingen till följd av en företagskoncentration hör.

i koncentrationsförordningen).¹⁶⁷ Efter en sådan fördjupad undersökning skall koncentrationen emellertid godkännas, trots att det fortfarande föreligger eventuella tvivel, under förutsättning att det enligt kommissionens prognos är mindre sannolikt att en dominerande ställning skapas eller förstärks än att den uteblir. I motsatt fall skall en koncentration hindras, trots att det fortfarande föreligger eventuella tvivel, om kommissionen efter en fördjupad undersökning anser att det är mer sannolikt att en dominerande ställning skapas eller förstärks än att den uteblir.

211. Det kan inte heller vara avgörande huruvida kommissionen i slutet av dess fördjupade undersökning av en koncentration, en undersökning som varat flera månader, *utan rimliga tvivel* kan fastställa eller utesluta att denna skapar eller förstärker en dominerande ställning.¹⁶⁶ Denna särskilt höga standard påträffas framför allt inom ramen för straffrättsliga eller straffrättsliknande förfaranden. I förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer är den endast tillämplig i den preliminära prövningsfasen (fas I) för att kompensera att en koncentration endast kan undersökas summariskt i det skedet av förfarandet. "Allvarliga tvivel" beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden hindrar endast att koncentrationen *godkänns för snabbt* och tvingar kommissionen att först göra en fördjupad undersökning i det formella prövningsförfarandet (fas II) (artikel 6.1 b och c

— Symmetri mellan kraven för godkännande och förbud

212. Vad gäller de rättsliga kraven för beslut om godkännande, å ena sidan, och för beslut om förbud, å andra sidan, så kan jag inte se någon skillnad mellan dessa. Tvärtemot vad klagandena har hävdade föreligger en sådan skillnad varken vad gäller sannolikhetsgraden av den prognos som kommissionen skall göra eller vad gäller soliditeten av de faktiska omständigheter som stöder denna.

213. Såväl artikel 2 i koncentrationsförordningen, i vilken det allmänna granskningsförfarandet för kommissionens kontroll av

165 — Se i detta avseende punkterna 126 och 173 i den överklagade domen.

166 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 25 maj 2004 i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 74: "Det kan således inte krävas att kommissionen, för att hindra en koncentration, *utan minsta tvivel* skall fastställa att denna 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." (min kursivering).

167 — För ett exempel från miljörätten, se dom av den 7 september 2004 i mål C-127/02, Waddenvereniging och Vogelbeschermingsvereniging (REG 2004, s. I-7405), punkterna 44 och 55–59.

en anmäld koncentration föreskrivs, som artikel 8 i koncentrationsförordningen, i vilken kommissionens behörighet att fatta beslut anges, är helt symmetrisk vad gäller andra och tredje styckena.

214. Denna symmetri återspeglar att det åligger kommissionen att i varje enskilt fall hitta en jämvikt mellan likvärdiga intressen som garanteras genom primärrätten,¹⁶⁸ det vill säga, å ena sidan, koncentrationsparternas rättigheter och intressen och, å andra sidan, allmänintresset av att skydda konkurrensen mot snedvridningar (artikel 3.1 g EG).¹⁶⁹ De berörda företagens näringsfrihet liksom rätten till egendom som deras aktieägare har (artiklarna 16 och 17 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) omfattar visserligen utan tvekan rätten att förverkliga företagskoncentrationer. Detta gäller emellertid endast i den mån som inte vissa villkor eller ålägganden eller till och med ett förbud av den ifrågasatta koncentrationen är motiverat för att skydda konkurrensen mot snedvridningar.

215. Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval, som klagandena har åberopat,

tar inte mot denna symmetri mellan kraven för beslut om godkännande och beslut om förbud. Genom det där angivna kravet på övertygande bevis (engelska: "convincing evidence")¹⁷⁰ krävs nämligen endast att kommissionen stöder sin sannolikhetsbedömning på tillförlitliga faktiska omständigheter. Detta framgår dessutom av en annan del av domen i målet kommissionen mot Tetra Laval, där domstolen har betecknat "kvalitén" på de bevis som kommissionen framställer som "särskilt viktig". "Dessa bevis skall nämligen styrka kommissionens bedömningar, enligt vilka den ekonomiska utveckling som denna institution grundar sig på är trolig, ..." ¹⁷¹

216. Kravet på "övertygande" bevis får inte förstås på så sätt att det innebär att ribban för beslut om förbud läggs högre än för beslut om godkännande. Såsom domstolen nämligen fastställt i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval har det genom kravet på "övertygande" bevis "på intet sätt lagt[s] till ett villkor avseende hur stark bevisning som krävs, utan endast erinrat[s] om bevisningens grundläggande uppgift, nämligen att *visa* att en uppfattning är riktig eller ... att ett beslut ... är riktigt." ¹⁷²

168 — Se i detta avseende skälen 3 och 4 i koncentrationsförordningen, å ena sidan, och skäl 5, å andra sidan.

169 — Se vidare skälen 1, 2 och 5 i koncentrationsförordningen. Det ligger i alla marknadsaktörers inklusive konsumenternas intresse att skydda konkurrensen mot snedvridningar. Se, i detta avseende, dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), punkt 25, av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 125, och av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen (REG 2007, s. I-2331), punkt 106.

170 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 41. Se dessutom domen i målet "Kali & Salz" (ovan fotnot 16), punkt 228, där det talas om "betydelsefulla och samstämmiga uppgifter" (engelska: "cogent and consistent evidence"). Enligt min mening återger inte den tyska översättningen av domen i målet kommissionen mot Tetra Laval, i vilken det talas om "övertygande" ("eindeutigen") bevis, det engelska begreppet "convincing evidence" på ett korrekt sätt. Jag kommer därför att här och i det följande alltid använda adjektivet "convincing" i stället för "überzeugend".

171 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 44.

172 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 41, min kursivering.

217. Av det citerade avsnittet i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval kan lika lite som av förstainstansrättens påminnelse om att kommissionen skall agera "med försiktighet" vid upprättandet av sin prognos¹⁷³ slutsatsen dras att strängare krav gäller för att *förbjuda* en koncentration än för att godkänna denna. Kommissionen får nämligen inte vid *godkännandet* av en koncentration agera "utan försiktighet" och grunda sig på mindre "övertygande" bevis än vid ett förbud. I annat fall skulle den inte uppfylla sin huvudsakliga uppgift, som är att skydda konkurrensen inom den inre marknaden mot snedvridningar.

218. Om det således är mer sannolikt att en dominerande ställning skapas eller förstärks än att den uteblir så skall koncentrationen förbjudas. Om der däremot är mindre sannolikt att en sådan ställning skapas eller förstärks än att den uteblir så skall koncentrationen godkännas. Dessa båda sannolikhetsbedömningar är två sidor av samma mynt. Var och en av dem skall göras med försiktighet och grunda sig på faktiska omständigheter, som inte endast är korrekta och fullständiga, för detta krävs "övertygande" bevis, utan som även kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.¹⁷⁴

— Ingen allmän presumtion för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden

219. Av den ovan beskrivna symmetrin och av de berörda intressenas¹⁷⁵ likvärdighet följer även att en *allmän presumtion* för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden är främmande för koncentrationsförordningen. Kommissionen skall i varje enskilt fall uttryckligen avgöra om den ifrågasatta koncentrationen är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden,¹⁷⁶ och innan ett sådant beslut antagits är det uttryckligen förbjudet för de berörda företagen att genomföra sin koncentration (artikel 7.1 och 7.5 i koncentrationsförordningen).

220. Domen i målet EDP mot kommissionen,¹⁷⁷ som klagandena har åberopat, föranleder inte någon annan bedömning. Domstolen har i denna dom visserligen preciserat att endast den omständigheten att kommissionen uttalat tvivel inte kan rättfärdiga att en koncentration förbjuds. Därav kan emellertid inte *e contrario* slutsatsen dras att det föreligger en allmän presumtion för att koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden. Detta framgår även av skäl 15 i koncentrationsförordningen, enligt vilken det när det gäller koncentrationer med en obetydlig

173 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 42.

174 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39, och domen i målet General Electric mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 63. Se vidare punkterna 173 och 174 i detta förslag till avgörande.

175 — Dessa intressen är, å ena sidan, koncentrationsparternas rättigheter och intressen och, å andra sidan, allmänintresset av att konkurrensen inte snedvrids. Se punkt 214 i detta förslag till avgörande.

176 — Så även i domen i målet General Electric mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 61.

177 — Dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen (REG 2005, s. II-3745), punkt 64.

marknadsandel på sin höjd kan antas att de är förenliga med den gemensamma marknaden.

221. Det är enligt min mening endast i rena undantagsfall som det i de följande två fallen föreligger en presumtion för att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden.

222. Det första fallet avser anmälda koncentrationer avseende vilka kommissionen, i strid med sin lagliga skyldighet, har underlåtit att uttala sig om inom den föreskrivna fristen. Enligt artikel 10.6 i koncentrationsförordningen antas redan enligt lag att sådana koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden (se även artikel 7.1 och 7.5 i koncentrationsförordningen). En mer omfattande *allmän* presumtion för att koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden kan emellertid inte härledas ur bestämmelsen i artikel 10.6 i koncentrationsförordningen på grund av dess undantagskaraktär och dess systematik i förening med bestämmelserna om frister för förfarandet.¹⁷⁸

223. Det andra fallet avser koncentrationer vars undersökning av kommissionen ger så oklar bevisning att en tillförlitlig prognos om huruvida de kommer att skapa eller förstärka en dominerande ställning eller inte är möjlig. Generaladvokaten Tizzano har för dessa

fall använt begreppet "gråzon".¹⁷⁹ Enligt min mening får begreppet emellertid inte förstås på så sätt att det skulle omfatta ett större antal fall. Jag anser att det endast kan röra sig om några få och sällsynta gränsfall, i vilka det även efter resurskrävande marknadsundersökningar inte är klart åt vilken sida vågskålen lutar. Endast sådana oklara fall (*non liquet*) skall enligt principen *in dubio pro libertate* förklaras vara förenliga med den gemensamma marknaden och godkännas. Det är emellertid inte möjligt att ur denna typ av fall härleda en mer omfattande *allmän* presumtion för att koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden.

224. Oberoende av den exakta räckvidden av de sistnämnda båda fallen är det emellertid utrett att förevarande mål inte omfattas av något av dem. Kommissionen har inte åsidosatt sin skyldighet och låtit fristen för att fatta beslut om koncentrationen löpa ut och bevisningen var inte heller oklar enligt första instansrättens konstateranden.¹⁸⁰ Kommissionen har visserligen själv på flera ställen i sitt första beslut om att godkänna koncentrationen åberopat bristen på bevis vad gäller vissa faktiska omständigheter,¹⁸¹ den har emellertid, enligt vad som har framkommit, aldrig klassificerat förevarande fall som ett

178 — Se avseende artikel 10.6 i koncentrationsförordningen även vad som anförts ovan i punkt 102 i detta förslag till avgörande.

179 — Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 25 maj 2004 i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkterna 76–81, särskilt punkt 76.

180 — Se, till exempel, punkterna 290, 294, 303, 347, 362, 407 och 435 i den överklagade domen.

181 — Se, till exempel, skälen 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 och 158 i det första beslutet om godkännande.

gränsfall som är oklart (*non liquet*). Den har tvärtom vid förhandlingen vid domstolen uttryckligen betonat att diskussionen avseende gränsfall, i vilka bevisningen visar sig vara oklar, är rent hypotetisk.¹⁸²

— Slutsats i denna del

225. Klagandena kan följaktligen inte vinna framgång med sitt argument att koncentrationsförordningen grundar sig på asymmetriska krav mellan beslut om godkännande och beslut om förbud och på en allmän presumtion för att koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden. Det kan inte heller antas att förevarande fall kan omfattas av de två fall i vilka det undantagsvis föreligger en presumtion för att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

b) De beviskrav som förstainstansrätten ställt i förevarande fall

226. Det kvarstår att pröva om förstainstansrätten i förevarande fall har ställt riktiga beviskrav på kommissionens slutsatser avseende insyn på marknaden.

227. Klagandena har argumenterat att förstainstansrätten inte hade rätt att kräva att kommissionen skulle förebära positiv bevisning på att det *inte finns någon insyn i marknaden*. Förstainstansrätten borde i stället ha nöjt sig med att kontrollera om kommissionen vid tidpunkten för det första beslutet om godkännande förfogade över tillräcklig bevisning för att det *förelåg insyn på marknaden*.¹⁸³ Tanken bakom denna argumentation är uppenbarligen att beviskraven för att godkänna en koncentration måste vara lägre än för att förbjuda denna.

228. Jag finner inte detta resonemang övertygande av två skäl.

229. För det första följer av symmetrin mellan beviskraven för beslut om godkännande och beslut om förbud¹⁸⁴ att det inte kan göra någon skillnad om kommissionen undersöker insynen i marknaden för att eventuellt godkänna eller eventuellt förbjuda en koncentration. Det negativa fastställandet att en marknad *inte är tillräckligt öppen för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning* leder till samma resultat och kräver samma bevisning som det positiva fastställandet att *insynen* i den ovannämnda marknaden *är så otillräcklig att den utesluter en kollektiv dominerande ställning*. Dessa två fastställanden är två sidor av samma mynt. Båda gör det möjligt att utesluta risken

182 — Kommissionen har även i förfarandet vid förstainstansrätten betonat att den ansåg sig kunna försvara sitt första beslut om godkännande enligt principen balance of probabilities (se punkt 7 i dess svarsinläga i första instans).

183 — Klagandena har särskilt hänvisat till punkterna 289, 366, 381–387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449–457 och 459 i den överklagade domen.

184 — Se ovan punkterna 212–218 i detta förslag till avgörande.

för att en kollektiv dominerande ställning skapas eller stärks, under förutsättning att de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa är riktiga och fullständiga och kan ligga till grund för de slutsatser som dragits av dessa.

230. För det andra förefaller klagandenas kritik vad gäller förstainstansrättens beviskrav grunda sig på en felaktig tolkning av den överklagade domen. Vid närmare betraktande har förstainstansrätten nämligen inte kritiserat kommissionen för att ha underlåtit att uppfylla beviskraven vid sin bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen. Förstainstansrätten har i stället, vid sin prövning av det första beslutet om godkännande, själv fokuserat på kommissionens slutsats att marknaden "inte är tillräckligt öppen för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning".¹⁸⁵ Förstainstansrätten har alltså till och med, såsom klagandena har krävt, provat om den påstådda bristen på tillräcklig bevisning för att det fanns insyn i marknaden verkligen förelåg.

231. Den uppenbart oriktiga bedömning som förstainstansrätten har fastställt bestod inte i att det inte hade förebringats någon positiv bevisning för bristande insyn i marknaden, utan i stället i att alla relevanta uppgifter inte hade beaktats i det första beslutet om godkännande och att de faktiska omständigheter som beaktats inte kunde ligga till grund för de slutsatser som kommissionen hade dragit.¹⁸⁶

c) Slutsats i denna del

232. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den tredje grundens andra del. Någon framgång kan inte heller nås med den argumentation som görs i punkterna 98–100 och 102 i överklagandet, som till sitt innehåll överlappar den tredje grundens andra del.

B – Begränsningen av förstainstansrättens fria bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen (den fjärde grunden)

233. Klagandena har genom den fjärde grunden kritiserat förstainstansrätten för att ha överskridit utrymmet för sin rättsliga prövning av kommissionens beslut genom att inte iaktta kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och genom att vid upprepade tillfällen ersätta kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen med sin egen varvid den begick uppenbara fel och missuppfattade bevisningen.¹⁸⁷

234. Medan kommissionen har intervenerat till stöd för denna grund har Impala försvarat den överklagade domen

185 — Punkterna 289 och 459 i den överklagade domen. Se dessutom punkterna 287, 366 och 371 i denna dom.

186 — Se särskilt punkterna 377, 390, 459 och 542 i den överklagade domen.

187 — Följande anmärkningar gäller även för den del av den sjätte grunden som återfinns i punkterna 101 och 102 i överklagandet.

1. Kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och domstolsprövningen av detta — Förstainstansrätten fastställde att kampanjrabbatterna ”endast har en marginell inverkan på priserna”.¹⁹⁰

a) Den överklagade domen

235. Klagandena har till stöd för sin anmärkning att förstainstansrätten inte har iakttagit kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och vid upprepade tillfällen ersatt dess bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen med sin egen hänvisat till följande exempel i den överklagade domen:

- Förstainstansrätten har beskrivit anpassningen av listpriserna som ”mycket tydlig”, kommissionen har däremot endast talat om ”mer eller mindre likvärdiga listpriser”.¹⁸⁸

- Förstainstansrätten har beskrivit variationen hos koncentrationsparternas allmänna rabattnivåer som ”ganska liten”.¹⁸⁹

188 — Punkt 299 i den överklagade domen.

189 — Punkt 307 i den överklagade domen. Klagandena har dessutom hänvisat till punkterna 421, 419, 424, 444 och 457 i den överklagade domen, i vilka de har identifierat liknande uttalanden av förstainstansrätten.

- Förstainstansrätten har talat om ”en hög grad av insyn i priserna” och om ”en större insyn i marknaden”¹⁹¹ och betraktade handelsrepresentanternas veckorapporter som ”ytterligare en faktor för insyn i marknaden”.¹⁹² Förstainstansrätten anser att kampanjrabbatter ”skall offentliggöras”¹⁹³ och att de är ”allmänt kända och genomsynliga”.¹⁹⁴

- Skillnaderna i rabattkategorierna kan enligt förstainstansrätten ”bero på skillnader i resultat” och det kan inte uteslutas ”att rabatterna grundar sig på en känd samling regler”.¹⁹⁵

- Förstainstansrätten har felaktigt ansett att de ekonomiska uppgifter som framlagts inte är relevanta för frågan huruvida

190 — Punkt 317 i den överklagade domen.

191 — Punkterna 347 och 361 i den överklagade domen.

192 — Punkt 354 i den överklagade domen.

193 — Punkt 402 i den överklagade domen. Det skall betonas att denna invändning grundar sig på den bindande engelska språkversionen av domen (”destined to become *public knowledge*”), medan följande anges i den franska språkversionen: en kampanjrabbatt ”semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de *publicité*”, vilket inte har särskilt mycket att göra med det engelska uttrycket ”*public knowledge*”. Min kursivering.

194 — Punkterna 403, 405, 406 och 436 i den överklagade domen.

195 — Punkt 420 i den överklagade domen.

kampanjrabatter även är av betydelse för de bäst sålda albumen.¹⁹⁶

trationer innehåller en *uppenbart oriktig bedömning*.¹⁹⁹

b) Bedömning

236. Såsom redan nämnts under en annan punkt¹⁹⁷ har kommissionen vid kontrollen av företagskoncentrationer ett icke obetydligt utrymme för skönsmässig bedömning vid bedömningen av komplicerade ekonomiska sammanhang. Enligt fast rättspraxis skall den prövning som gemenskapsdomstolen företar i detta avseende endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk.¹⁹⁸

237. Genom sin kritik vad gäller de avsnitt i den överklagade domen som citerats i punkt 235 har klagandena slutligen ställt frågan vilka begränsningar som kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning innebär för den rättsliga prövningen av om dess beslut avseende företagskoncen-

238. Förstainstansrätten har i detta sammanhang nyligen i domen i målet kommissionen mot Tetra Laval fastställt följande:

”Domstolen har visserligen fastställt att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor. Detta innebär emellertid inte att gemenskapsdomstolen inte skall pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Gemenskapsdomstolen skall nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.”²⁰⁰

239. Vad gäller bedömningskriteriet vore det ett misstag att anta att kommissionens

196 — Punkt 456 i den överklagade domen.

197 — Se särskilt argumentationen avseende den första och den sjätte grunden i punkterna 126 och 173 i den överklagade domen.

198 — Dom av den 3 april 2003 i mål T-342/00, *Petrolensence* och *SG2R* mot kommissionen (REG 2003, s. II-1161), punkt 101, domen i målet *EDP* mot kommissionen (ovan fotnot 177), punkt 151, och dom av den 4 juli 2006 i mål T-177/04, *easyJet* mot kommissionen (REG 2006, s. II-1931), punkt 44.

199 — Endast i förbigående skall nämnas att det sammanhang i vilket vissa av de slutsatser som klagandena ifrågasatt, nämligen de i punkterna 299, 307 och 317 i den överklagade domen, visar att de hör till den *formella prövningen* av om det första beslutet om godkännande innehåller en *bristfällig motivering*. För denna kritik gäller i första hand vad som anförts ovan avseende den sjätte grundens tredje del (se särskilt punkterna 114–131 i detta förslag till avgörande). Eftersom klagandena emellertid förefaller anse att punkterna 299, 307 och 317 i den överklagade domen därutöver innehåller element av en materiell prövning av om det första beslutet om godkännande innehåller en uppenbart oriktig bedömning, kommer jag i det följande även att pröva dessa mot denna bakgrund.

200 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39. Se även domen i målet *Spanien* mot *Lenzing* (ovan fotnot 97), punkterna 56 och 57, och domen i målet *General Electric* mot kommissionen (ovan fotnot 96), punkt 63.

utrymme för skönsmässig bedömning på förhand skulle hindra gemenskapsdomstolen från att göra en egen bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen. Tvärtom är det nödvändigt att gemenskapsdomstolen gör en sådan egen bedömning när den skall fastställa om det faktamaterial som låg till grund för kommissionens beslut var riktigt, tillförlitligt, samstämmigt och fullständigt och om detta faktamaterial kan ligga till grund för de slutsatser som kommissionen dragit. I annat fall skulle gemenskapsdomstolen över huvud taget inte kunna göra någon ändamålsenlig bedömning av om kommissionen har hållit sig inom gränserna för det utrymme för skönsmässig bedömning som den har eller om den har gjort en uppenbart oriktig bedömning.²⁰¹

240. Förstainstansrätten överskrider de gränser som gäller för domstolsprövningen av ett beslut som antagits av kommissionen vid kontrollen av företagskoncentrationer endast när de faktiska omständigheterna och bevisningen tillåter olika bedömningar, kommissionen har valt en av dem och domstolen har ersatt kommissionens bedömning med sin egen bedömning, som skiljer sig från kommissionens.

241. Om man betraktar de exempel i den överklagade domen som klagandena har hänvisat till ur detta perspektiv visar det sig att förstainstansrätten visserligen har gjort en egen bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen, men att den hållit sig inom gränserna för domstolsprövningen av ett beslut som kommissionen antagit inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer.

242. Det finns ur rättslig synvinkel inget att invända mot att förstainstansrätten kontrollerat de faktiska omständigheter som kommissionen fastställt för att få klarhet i om och i vilken utsträckning de innehöll bevisning för eller mot insyn i marknaden. De slutsatser som finns i punkterna 299, 307, 317 347, 354 och 361 i den överklagade domen och som klagandena kritiserat, såsom till exempel uttalandet att "det finns tre faktorer i beslutet ... som är sådana att de kan ge upphov till en hög grad av insyn i priserna", var följaktligen riktiga (punkt 347).

243. Dessutom får förstainstansrätten även bilda sig en egen uppfattning vad gäller frågan om och i vilken utsträckning de faktiska omständigheter som kommissionen fastställt avseende rabatter, särskilt avseende kampanjrabatter, räckte för att utesluta att det fanns tillräcklig insyn i marknaden för att kunna fastställa en kollektiv dominerande ställning. Förstainstansrättens slutsatser som finns i punkterna 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 och 457 i den överklagade domen och som klagandena kritiserat, såsom uttalandet att kampanjrabatterna endast utgör en mycket liten andel av bruttoförsäljningspriset för album, var följaktligen också riktiga (punkt 457).

244. Förstainstansrätten har i de ifrågasatta punkterna i den överklagade domen nämligen använt de kriterier som domstolen utvecklat²⁰² och särskilt undersökt om de faktiska omständigheter som låg till grund

201 — Se i detta avseende i ett annat sammanhang punkt 179 i detta förslag till avgörande.

202 — Se domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 96), punkt 39, som nyligen bekräftades i domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 97), punkt 57.

för det första beslutet om godkännande kan ligga till grund för de slutsatser som kommissionen dragit att det inte finns tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

245. Förstainstansrätten har till exempel inte ersatt kommissionens bedömning som också är rimlig med sin egen bedömning av insynen i marknaden, och den har inte heller tillskansat sig rätten att själv uttala sig om huruvida den omtvistade koncentrationen är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden.²⁰³ Den har endast fastställt att de faktiska omständigheterna i det första beslutet om godkännande inte kan ligga till grund för de slutsatser som kommissionen dragit i förevarande fall.²⁰⁴ Förstainstansrättens bedömning i detta avseende är en del av dess bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen i förfarandet vid förstainstansrätten och kan, med förbehåll för frågan huruvida de faktiska omständigheterna och bevisningen missuppfattats, som skall behandlas i det följande, som sådan inte prövas i överklagandet.

246. Jag kommer alltså till slutsatsen att förstainstansrätten vid den materiella prövningen av det första beslutet om godkännande inte har bortsett från kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

2. Anmärkningen om att bevisningen missuppfattats

247. Klagandena har vidare kritiserat förstainstansrätten för att i punkterna 425, 427 och 434 i den överklagade domen ha missuppfattat bevisning. Förstainstansrätten har i de omtvistade delarna av den överklagade domen behandlat kommissionens ståndpunkt att det saknas insyn i kampanjrabatterna.

248. Innan jag närmare behandlar de ovan nämnda punkterna i den överklagade domen vill jag erinra om de stränga kriterier som domstolen uppställt i fast rättspraxis vid prövningen av en anmärkning om att bevisningen missuppfattats. Enligt denna föreligger en missuppfattning av bevisningen när bedömningen av den befintliga bevisningen *framstår som uppenbart oriktig utan att någon ny bevisning har beaktats*.²⁰⁵ Det rör sig alltså inte om att pröva om den bedömning av bevisningen som förstainstansrätten gjort är *övertygande* ur domstolens perspektiv. I annat fall skulle domstolen nämligen ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen bedömning av bevisningen, vilket inte är domstolens uppgift i överklagandet. Så länge som förstainstansrättens bedömning av bevisningen åtminstone är *rimlig* föreligger inte någon missuppfattning av bevisningen.

203 — Se punkt 479 i den överklagade domen: "Det är inte förstainstansrättens uppgift att avgöra om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden, utan den skall kontrollera om slutsatserna i beslutet är rättsenliga."

204 — Punkt 452 i den överklagade domen.

205 — Dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 37, av den 18 juli 2007 i mål C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mot kommissionen (REG 2007, s. I-6557), punkt 60, och av den 22 november 2007 i mål C-260/05 P, Snicea mot kommissionen (REG 2007, s. I-10005), punkt 37.

249. Domstolen företar sin prövning uteslutande mot bakgrund av handlingarna i målet.²⁰⁶

i koncentrationen lämnat till en och samma kund för de 20 bäst sålda albumen. Detta framgår av punkterna 19–22 i kommissionens skrivelse av den 21 september 2005²⁰⁷ och följer tydligt av bilaga E.2 till denna skrivelse.

a) Punkt 425 i den överklagade domen

250. Förstainstansrätten har i punkt 425 i den överklagade domen befattat sig med vissa tabeller som kommissionen lagt fram och fastställt följande:

”... Det skall påpekas att den beräkning som gjorts ... av skillnaden mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter ... i de flesta fall har gjorts på fel sätt med hänsyn till de rabatter som den andra parten lämnat, trots att den egentligen ... bör ske utifrån skillnaden mellan de lägsta och högsta rabatter som en och samma part lämnat till sina olika kunder.”

251. Enligt klagandenas uppfattning föreligger en missuppfattning av bevisningen. Kommissionen har nämligen i förfarandet vid förstainstansrätten för förstainstansrätten förklarat att den har beräknat skillnaden mellan lägsta och högsta rabatter med hänsyn till fakturarabatter som en part

252. För att kunna pröva invändningen om att bevisningen missuppfattats på ett meningsfullt sätt skall det först utredas vilka tabeller förstainstansrätten exakt har hänfört sig till i punkt 425 i den överklagade domen. Den bindande engelska språkversionen av domen är tyvärr mycket vag på denna punkt. Det framgår emellertid redan av denna engelska språkversion av punkt 425 att förstainstansrätten hänför sig till tabeller ”vars syfte är att visa de största kampanjrabatterna som Sony och BMG lämnat för sina bäst sålda album”²⁰⁸ och i vilka en skillnad mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter beräknas.

253. Den franska språkversionen av den överklagade domen är mer precis i detta avseende. Även om den inte är bindande i förevarande fall kan denna språkversion, på vilken utkastet till den överklagade domen upprättades och den överklagade domen diskuterades, ge ytterligare ledning till vad förstainstansrätten i själva verket avsåg att hänföra sig till i punkt 425, nämligen till ”tabellerna

206 — Dom av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, (REG 2006, s. I-3173), punkt 54, och domen i det ovan i fotnot 127 nämnda målet JCB Service mot kommissionen, punkt 108, och domen i målet Wunnenburger mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkt 67.

207 — Kommissionens skrivelse av den 21 september 2005 för att besvara förstainstansrättens skriftliga frågor.

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

i bilaga E.4.2”²⁰⁹. I handlingarna i målet återfinns på försättsbladet till bilaga E.4.2 en rubrik som tydligt liknar de inledande orden i punkt 425 i den överklagade domen²¹⁰ och i tabellerna i bilaga E.4.2 nämns den skillnad mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter som anges i punkt 425.

254. Jag utgår därför från att punkt 425 i den överklagade domen hänför sig till tabellerna i bilaga E.4.2. Av denna bilaga framgår emellertid inte att förstainstansrättens redogörelse i punkt 425 är *uppenbart oriktig*. De tabeller som återfinns i denna bilaga innehåller med undantag för rubriken på försättsbladet till bilaga E.4.2 visserligen inte några ytterligare förklaringar. En flyktig blick på den första och den andra tabellen i bilaga E.4.2 visar emellertid att förstainstansrättens kritik är berättigad. Vid beräkningen av skillnaden mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter har man ibland blandat samman Bertelsmanns och Sonys värden. I dagligt tal skulle man kunna säga att man jämfört äpplen med päron.²¹¹

209 — I den franska språkversionen börjar punkt 425 i den överklagade domen på följande sätt: "S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, ..." (min kursivering).

210 — Försättsbladet till bilaga E.4.2 har följande rubrik: "Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums".

211 — I den tredje kolumnen i den första tabellen till bilaga E.4.2 jämförs till exempel den lägsta rabatt som lämnats av Sony (SMEI) med den högsta rabatt som lämnats av Bertelsmann (BMG). Man har gått till väga på samma sätt i tredje kolumnen i den andra tabellen i bilaga E.4.2.

255. Det framgår inte heller av kommissionens redogörelser i punkterna 19–22 i dess skrivelse av den 21 september 2005 att förstainstansrätten gjort en uppenbart oriktig tolkning av tabellerna i bilaga E.4.2. Kommissionens slutsatser hänför sig nämligen redan enligt deras ordalydelse endast till bilagorna B.6, B.8 och E.2. Den del av kommissionens skrivelse som klagandena citerat innehåller emellertid inga förklaringar avseende den här ifrågasatta tabellen till bilaga E.4.2.

256. Mot bakgrund av vad som anförts anser jag att klagandena inte kan vinna framgång med anmärkningen om att bevisningen missuppfattats vad gäller punkt 425 i den överklagade domen.

b) Punkt 427 i den överklagade domen

257. Förstainstansrätten fastslog följande i punkt 427 i den överklagade domen:

"Det förhåller sig i vart fall så att även om man utgår ifrån att de olika tabellerna som utarbetats av parterna i koncentrationen och som kommissionen lagt fram faktiskt bekräftar de mer eller mindre betydelsefulla påstådda variationerna, är det ändå tveksamt om variationerna är relevanta ... eftersom de ... endast visar variationsbredden utan analys av de viktade genomsnitten och variationerna i förhållande till genomsnitten ..."

258. Enligt klagandena grundade sig flera av uppgifterna i de tabeller och diagram som kommissionen lagt fram i sitt svaromål av den 11 februari 2005 i första instans till förstainstansrätten däremot på viktade genomsnitt. De har i detta sammanhang hänvisat till bilagorna B.4, B.8, B.9, B.10 och B.13 samt till kommissionens kompletterande förklaringar i dess skrivelse av den 14 mars 2007 i första instans.

259. I detta avseende skall det betonas att förstainstansrätten i sin dom uttryckligen skiljer mellan *tabeller* och *diagram*.²¹² Förstainstansrätten har i punkt 427 i den överklagade domen uttryckligen hänfört sig till olika *tabeller* som kommissionen lagt fram. Jag hade därför förväntat mig att klagandena till stöd för sin anmärkning om att bevisningen missuppfattats även åberopar de delar av handlingarna i målet som innehåller *tabeller*. Efter att ha undersökt bilagorna B.4, B.8, B.9, B.10 och B.13 kan konstateras att flera *diagram* återfinns i dessa, men att ingen av de ovannämnda bilagorna innehåller någon *tabell*. Under dessa omständigheter kan de ovannämnda bilagorna lika lite som de eventuella förklaringar som kommissionen lämnat angående dessa bilagor utgöra stöd för påståendet om att bevisning missuppfattats.

260. Det är mycket troligare att förstainstansrätten i punkt 427 hänförde sig till

tabeller som till exempel de som anges i bilagorna B.6 och B.7 som avser fakturarabatter ("invoice discounts") och i vilka för övrigt de "variationsbredder" som förstainstansrätten nämnt återfinns. Klagandena har emellertid inte yttrat sig i detta avseende.

261. Mot bakgrund av vad som anförts anser jag att anmärkningen om att bevisningen missuppfattats vad gäller punkt 427 i den överklagade domen inte kan godtas.

c) Punkt 434 i den överklagade domen

262. Förstainstansrätten har i punkterna 431–434 i den överklagade domen undersökt frågan huruvida det är möjligt att fastställa nettoförsäljningspriset till detaljhandlarna utifrån detaljhandelspriset genom ett "baklängesresonemang" (så kallat "reverse engineering"). Bakgrunden är Impalas påstående i första instans att det i allmänhet finns insyn i detaljhandlarnas marginaler och att de är tillräckligt väl kända.²¹³

263. Punkt 434 i den överklagade domen har i utdrag följande lydelse:

212 — Se, till exempel, punkterna 393, 401, 415, 416, 420–428 och 455–457 i den överklagade domen, i vilka det talas om tabeller (engelska: "tables"), medan det till exempel i punkterna 129 och 419 i denna dom talas om diagram (engelska: "charts").

213 — Detta sammanhang framgår av punkterna 431 och 433 i den överklagade domen.

”Det skall dessutom noteras ... att den studie som sammanställts av Sonys och BMG:s ekonomer inte innehåller 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. ...”

264. Klagandena har kritiserat förstainstansrätten för att ha underlåtit att beakta den studie som sammanställts av deras ekonomer och lämnats in av kommissionen som bilaga B.17,²¹⁴ särskilt avsnitt 2 i studien. Denna innehåller omfattande ekonomiska uppgifter av vilka det framgår att förstainstansrättens slutsats att detaljhandlare har lika policy vad gäller marginaler var felaktig.

265. Jag anser inte att dessa argument är övertygande. Det räcker att läsa den här omtvistade punkten 434 i den överklagade domen för att konstatera att förstainstansrätten inte underlåtit att beakta den där nämnda studien, utan har befattat sig med denna.

266. Vad gäller innehållet i studien stämmer det visserligen att avsnitt 2 i denna studie befattar sig med detaljhandlarnas *policy vad gäller marginaler* och särskilt med frågan huruvida detaljhandlare använder standardiserade marginaler (”standard mark-ups”). Förstainstansrätten anser emellertid att studien saknar uppgifter om huruvida ”en detaljhandlare har olika *försäljningsstrategier* för samma slags album”.²¹⁵ Efter att ha undersökt studien i bilaga B.17 kommer jag till samma resultat som förstainstansrätten i detta avseende.

267. Mot bakgrund av vad som anförts anser jag att klagandena inte kan vinna framgång med anmärkningen om att bevisningen missuppfattats vad gäller punkt 434 i den överklagade domen.

3. Slutsats i denna del

268. Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall på den fjärde grunden. Samma sak gäller för den argumentering som görs i punkterna 101 och 102 i överklagandet, som överlappar den fjärde grunden.

²¹⁴ — Det rör sig om bilaga B.17 i kommissionens svaromål i första instans.

²¹⁵ — Punkt 434 i den överklagade domen (min kursivering).

C — *Användning av konfidentiella uppgifter i den överklagade domen (sjunde grunden)*

269. Klagandena har genom den sjunde grunden kritiserat förstainstansrätten för att ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att grunda sin dom på bevisning som inte lämnats ut till den och som den aldrig hade kunnat ta ställning till och som inte heller hade lämnats till kommissionen vid antagandet av det första beslutet om godkännande. Eftersom sådana bevis inte kunde utgöra grunden för kommissionens beslut kunde inte heller ogiltigförklaringen av det första beslutet om godkännande grunda sig på dessa bevis.

270. Klagandena har genom denna grund huvudsakligen ifrågasatt förstainstansrättens påståenden om insynen i priserna och särskilt om den omtvistade möjligheten till övervakning av detaljhandelsmarknaden genom de stora företagen med hjälp av deras handelsrepresentanters veckovisa uppföljningsrapporter.²¹⁶ Förstainstansrätten har i detta sammanhang inledningsvis betonat kommissionens slutsats att Sony och BMG har ett *system med veckorapporter* som även innehåller information om konkurrenterna.²¹⁷ Förstainstansrätten har i sin dom dessutom hänfört sig till vissa handlingar som Impala lämnat in och som klassificerats som konfidentiella handlingar.²¹⁸

216 — Punkterna 352–361 och 451 i den överklagade domen.

217 — Se punkt 352 i den överklagade domen, i vilken skäl 113 i det första beslutet om godkännande citeras.

218 — Punkterna 356–360, 389 och 451 i den överklagade domen.

271. Eftersom klagandena bland annat har gjort gällande att de inte har kunnat ta ställning till de sistnämnda handlingarna *vid förstainstansrätten*, skall det inledningsvis undersökas om principen om kontradiktoriskt förfarande *vid förstainstansrätten* eventuellt har åsidosatts.

272. Det finns ingen tvekan om att ett rättsligt beslut inte får grundas på omständigheter och handlingar som *parterna*, eller någon av parterna, inte har tagit del och beträffande vilka parterna eller parten inte har kunnat tillkännage sin ståndpunkt.²¹⁹ I förevarande fall hade klagandena i förfarandet i första instans emellertid inte ställning som *parter i målet*, utan var endast *intervenienter* i målet till stöd för kommissionens yrkanden. Som sådana har de en svagare ställning än klaganden och motparten.

273. Särskilt i artikel 116.2 andra meningen i förstainstansrättens rättegångsregler föreskrivs uttryckligen att avdelningsordföranden på yrkande av part kan besluta att hemliga eller konfidentiella handlingar inte skall tillställas intervenienten, vilket inte är ovanligt i konkurrensrättsliga förfaranden.²²⁰ Särskilt i gemenskapsrättsliga konkurrensmål kännetecknas nämligen bevisvärderingen av

219 — Dom av den 22 mars 1961 i de förenade målen 42/59 och 49/59, Snuapat mot Högsta myndigheten (REG 1961, s. 111, s. 169), av den 10 januari 2002 i mål C-480/99 P, Plant m.fl. mot kommissionen och South Wales Small Mines (REG 2002, s. I-265), punkt 24, av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen (REG 2003, s. I-11177), punkt 19. Se även Europadomstolens dom av den 29 maj 1986, Feldbrugge mot Nederländerna (serie A, nr 99, s. 16, 44 §), och av den 31 oktober 2006, Aksoy (Eroğlu) mot Turkiet (nr 59741/00, 21 § och där angiven rättspraxis).

220 — Se, till exempel, beslut av den 15 juni 2006 i mål T-271/03, Deutsche Telekom mot kommissionen (REG 2006, s. II-1747).

att de handlingar som undersöks ofta innehåller affärshemligheter eller andra upplysningar som inte får röjas eller som endast får röjas med betydande restriktioner.²²¹ Det följer således naturligt redan av systematiken i rättegångsreglerna att förstainstansrätten eventuellt kan grunda sin dom på bevis som intervenienterna inte hade tillgång till (se i detta avseende även artikel 67.3 första stycket i förstainstansrättens rättegångsregler, samt artikel 287 EG).

274. Den konfidentiella behandlingen av de handlingar som Impala lämnat in utgör till skillnad från vad man först kan tro mindre ett problem i det kontradiktoriska förfarandet *vid förstainstansrätten*, utan är snarare en fråga om iakttagandet av koncentrationsparternas rätt till försvar i det *administrativa förfarandet*.

275. Klagandena har med rätta gjort gällande att förstainstansrätten inte hade rätt att åberopa de omtvistade handlingar som Impala lämnat in för att ogiltigförklara det första beslutet om godkännande, eftersom kommissionen i sin tur inte hade rätt att använda dessa handlingar på grund av deras konfidentiella karaktär. Om förstainstansrätten nämligen anser att vissa handlingar är så konfidentiella att de helt och hållet underlåter att delge de berörda företagen deras innehåll,²²² så kan det inte heller rimligen

förväntas att kommissionen åberopar dem i det administrativa förfarandet för att motivera ett eventuellt beslut om att förbjuda en koncentration eller för att endast vederlägga vissa av koncentrationsparternas argument.

276. Mot bakgrund av vad som anförts gjorde sig förstainstansrätten skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att grunda sig på de konfidentiella handlingar som Impala lämnat in för att ogiltigförklara det första beslutet om godkännande.

277. Denna felaktiga rättstillämpning innebär emellertid inte att den överklagade domen skall upphävas. Det fanns nämligen andra skäl för de slutsatser som förstainstansrätten dragit som inte hade något att göra med de konfidentiella handlingar som Impala lämnat in. De hänvisningar som gjordes till dessa handlingar utgjorde slutligen endast en av flera faktorer av vilka det enligt förstainstansrättens uppfattning följer "att den redan stora insynen ... ökat ännu mer".²²³ Även om förstainstansrätten med hänsyn till rätten till försvar alltså inte hade beaktat de konfidentiella handlingar som Impala lämnat in skulle detta på intet sätt ha påverkat de slutsatser som den kom fram till i den överklagade domen.²²⁴

278. Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall på den sjunde grunden.

221 — Dom av den 25 januari 2007 i mål C-411/04 P, Salzgitter Mannesmann mot kommissionen (REG 2007, s. I-959), punkt 43.

222 — Även om jag efter att ha undersökt handlingarna i målet från första instans anser att det är tveksamt om ett sådant tillvägagångssätt var motiverat i förevarande fall, ankommer det inte på domstolen i förevarande överklagande att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av konfidentialiteten av dessa handlingar.

223 — Punkterna 348–362, särskilt punkt 362, i den överklagade domen.

224 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 121), punkt 72, och domen i målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 117), punkt 30, samt dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen (REG 1995, s. II-1775), punkt 58.

D — *Slutsats i denna del*

279. Överklagandet skall följaktligen ogillas i sin helhet.

VI — Det påstådda anslutningsöverklagandet

280. I slutet av kommissionens svarsskrivelse återfinns ett särskilt avsnitt med ”kompletterande synpunkter”²²⁵ avseende de av förstainstansrätten så kallade ”avgörande skälen” till det första beslutet om godkännande.

281. Kommissionen har där gjort gällande att förstainstansrätten i punkterna 474 och 476 i den överklagade domen felaktigt klassificerat kommissionens slutsatser vad gäller motåtgärderna²²⁶ som avgörande skäl till det första beslutet om godkännande. Skulle det i förevarande fall nämligen visa sig att kommissionens slutsatser angående bristande insyn på marknaden, till skillnad från vad förstainstansrätten fastställt, var riktiga, så måste det första beslutet om godkännande vara giltigt oberoende av om det innehåller ett rättsligt fel med avseende på motåtgärderna.

282. Impala har betraktat kommissionens anmärkningar som ett *anslutningsöverklagande* och med åberopande av artikel 117.2 i rättegångsreglerna besvarat dessa genom särskild handling. Med tillstånd från domstolens ordförande inlämnades ytterligare handlingar angående detta ämne.

283. Detta innebär emellertid inte i sig att domstolen i förevarande fall med bindande verkan redan har slagit fast att det föreligger ett anslutningsöverklagande. Klassificeringen av en argumentation som anslutningsöverklagande förutsätter enligt artikel 117.2 i rättegångsreglerna att det har yrkats att den överklagade domen helt eller delvis skall upphävas på en grund som inte omnämns i överklagandet. Om så är fallet i förevarande mål skall bedömas mot bakgrund av ordalydelsen, syftet och det sammanhang i vilket det ifrågasatta avsnittet i kommissionens svaromål står.

284. Det skall härvid understrykas att begreppet ”anslutningsöverklagande” inte används av kommissionen någonstans i dess skrivelse. Rubriken ”kompletterande synpunkter” tyder i stället på att det rör sig om ”kompletterande anmärkningar” som enbart syftar till att förbättra förståelsen av de argument som kommissionen framfört som svar på Bertelsmann och Sonys överklagande. Dess ”kompletterande synpunkter” syftar framför allt till att förtydliga vilka följder det skulle ha för giltigheten av det första beslutet om godkännande om den överklagade domen upphävdes (eventuellt delvis) på yrkande av Bertelsmann och Sony.²²⁷

225 — Punkterna 37–39 i kommissionens svaromål med rubriken ”6. Additional observations: On the ‘essential grounds’ of the Decision”.

226 — Punkterna 114–118 i det första beslutet om godkännande.

227 — Se särskilt punkt 39 sista meningen i kommissionens svaromål.

285. Kommissionen har själv under det fortsatta förfarandet klargjort att den med sina ”kompletterande synpunkter” inte avsåg att inge ett anslutningsöverklagande och har för övrigt uttryckligen vägrat att åta sig något ansvar för kostnader i detta avseende. Den har vidare betonat att dess ”kompletterande synpunkter” inte hade någon självständig betydelse, utan att de endast var relevanta för det fall Bertelsmann och Sony skulle ha framgång (eventuellt delvis framgång) med sitt överklagande.²²⁸

286. Mot denna bakgrund kan man utgå från att kommissionens ”kompletterande synpunkter” inte innehöll något anslutningsöverklagande och att det inte krävs att domstolen fattar ett separat beslut. Ett sådant beslut skulle till och med gå utöver vad som har yrkats (*ultra petita*).

287. När överklagandet avvisas, såsom jag föreslår i förevarande fall, skall domstolen besluta om rättegångskostnaderna (artikel 122.1 i rättegångsreglerna) enligt artikel 69 jämförd med artikel 118 i rättegångsreglerna.

228 — Kommissionens skrivelse av den 15 maj 2007 till domstens justitiesekreterare.

288. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Finns det flera tappande parter, skall domstolen besluta om fördelningen av rättegångskostnaderna. Som ett undantag föreskrivs i artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna att domstolen kan besluta att kostnaderna skall delas om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Detta gäller även när ett överklagande visserligen avvisas, men klaganden delvis har vunnit framgång med sin argumentering.²²⁹

289. Eftersom klagandena Bertelsmann och Sony har tappat målet, medan de delvis har vunnit framgång med sina grunder, skall kostnaderna delas. Jag föreslår därför att Bertelsmann och Sony skall bära sina rättegångskostnader och ersätta tre fjärdedelar av Impalas rättegångskostnader. I den mån som de skall bära Impalas kostnader förefaller det dessutom lämpligt att låta Bertelsmann och Sony ansvara solidariskt.²³⁰ Impala skall däremot bära en fjärdedel av sina rättegångskostnader.

VII — Rättegångskostnader

290. Andra parter i målet som intervenerat till stöd för ett överklagande med yrkanden till domstolen kan genom en analog tillämpning av artikel 68.4 förpliktas att bära sina rättegångskostnader. Eftersom kommissionen och Sony BMG Music Entertainment

229 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-93/02 P, Biret International mot rådet (REG 2003, s. I-10497), punkt 72, och i mål C-94/02 P Biret och Cie mot rådet (REG 2003, s. I-10565), punkt 75.

230 — Dom av den 31 maj 2001 i de förenade målen C-122/99 P och C-125/99 P, D och Sverige mot rådet (REG 2001, s. I-4319), punkt 65.

har intervenerat till stöd för Bertelsmanns och Sonys överklagande med deras yrkanden och därvid inte har vunnit någon framgång, förefaller det lämpligt att förplikta dem att bära sina rättegångskostnader²³¹.

VIII — Förslag till avgörande

291. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar som följer:

- 1) Överklagandet ogillas.
- 2) Bertelsmann AG och Sony Corporation of America skall bära sina rättegångskostnader och solidariskt ersätta tre fjärdedelar av Independent Music Publishers and Labels Associations rättegångskostnader. Independent Music Publishers and Labels Association skall bära en fjärdedel av sina rättegångskostnader.
- 3) Europeiska gemenskapernas kommission och Sony BMG Music Entertainment BV skall bära sina rättegångskostnader.

231 — Se, för ett liknande resonemang, till exempel dom av den 26 februari 2002 i mål C-23/00 P, rådet mot Boehringer (REG 2002, s. I-1873), punkt 56, och av den 2 oktober 2003 i de förenade målen C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P och C-180/01 P, International Power m.fl. mot NALOO (REG 2003, s. I-11421), punkt 187.