RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

13. juli 2006 *

I sag T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, international sammenslutning), Bruxelles (Belgien), ved solicitors S. Crosby og J. Golding og avocat I. Wekstein-Steg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Whelan og K. Mojzesowicz, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

Bertelsmann AG, Gütersloh (Tyskland), ved solicitor J. Boyce samt avocats P. Chappatte og D. Loukas,

og af

Sony BMG Music Entertainment BV, Vianen (Nederlandene),

og

Sony Corporation of America, New York, New York (De Forenede Stater),

ved barrister N. Levy samt avocats R. Snelders og T. Graf,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2004) 2815 af 19. juli 2004, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag nr. COMP/M.3333 — Sony/BMG),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERSRET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne J. Azizi og E. Cremona,

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. september 2005,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) er en international sammenslutning undergivet belgisk ret, der repræsenterer 2 500 uafhængige musikproduktionsselskaber.

2 Den 9. januar 2004 modtog Kommissionen i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), som berigtiget (EFT 1990 L 257, s. 13), og som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1,

herefter »forordningen«), anmeldelse af en påtænkt fusion, hvorved Bertelsmann AG og Sony Corporation of America, der tilhører Sony-koncernen (herefter »Sony«), agtede at samle deres globale musikindspilningsaktiviteter.

3 Bertelsmann er et internationalt medieselskab, hvis aktiviteter på verdensplan omfatter produktion og udgivelse af musik, fjernsyn, radio, udgivelse af bøger, tidsskrifter og aviser, trykkerivirksomhed samt bog- og musikklubber. Bertelsmann driver virksomhed inden for musikindspilning gennem datterselskabet Bertelsmann Music Group (BMG), som Bertelsmann ejer fuldt ud. BMG's plademærker omfatter Arista Records, Jive Records, Zomba og Radio Corporation of America (RCA) Records.

4 Sony driver virksomhed inden for produktion og udgivelse af musik, industri- og forbrugerelektronik samt underholdning. Inden for indspillet musik driver Sony virksomhed gennem Sony Music Entertainment. Sonys plademærker omfatter Columbia Records Group, Epic Records Group og Sony Classical.

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

6 Ifølge aftalen skulle Sony BMG drive virksomhed inden for opdagelse og udvikling af kunstnere (kunstnerisk ledelse, såkaldt A&R (Artist and Repertoire)) og inden for den markedsføring og det salg af plader, der fulgte heraf. Sony BMG skulle ikke beskæftige sig med beslægtede aktiviteter såsom udgivelse, produktion og distribution af musik.

7 Den 7. januar 2004 fremsendte Kommissionen et spørgeskema til en række erhvervsdrivende på markedet. Sagsøgeren besvarede spørgeskemaet og indgav den 28. januar 2004 en separat udtalelse (bilag A.5), hvori sammenslutningen redegjorde for, hvorfor Kommissionen efter dens opfattelse burde erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet. I udtalelsen udtrykte sagsøgeren frygt for den øgede koncentration på markedet og for den virkning, denne ville have for adgangen dertil, samt for detailsektoren, internet og forbrugernes valgmuligheder.

8 Ved beslutning af 12. februar 2004 fastslog Kommissionen, at der var alvorlig tvivl om, hvorvidt den anmeldte fusion ville være forenelig med fællesmarkedet og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og indledte proceduren i forordningens artikel 6, stk. 1, litra c).

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

10 Fusionsdeltagerne besvarede meddelelsen af klagepunkter, og den 14. og 15. juni 2004 blev der for høringskonsulenten afholdt en høring, hvori bl.a. sagsøgeren deltog.

11 Ved beslutning af 19. juli 2004 erklærede Kommissionen fusionen for forenelig med fællesmarkedet i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2 (herefter »beslutningen«).

12 Efter at have indgivet begæring derom den 26. juli 2004 modtog sagsøgeren den 23. september 2004 en ikke-fortrolig kopi af beslutningen.

Retsforhandlinger og parternes påstande

13 Sagsøgeren anlagde den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. december 2004.

14 Ved et særskilt dokument indleveret samme dag fremsatte sagsøgeren begæring om, at Retten traf afgørelse i sagen efter en hasteprocedure i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement.

15 Ved skrivelse af 17. december 2004 udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt den foreliggende sag var egnet til behandling efter en hasteprocedure, idet den, ud over sagens komplicerede karakter, bl.a. fremhævede de vanskeligheder, det ville medføre, at den for at forklare grundene til beslutningen ville være nødt til at benytte meget omfattende og komplekse data, og at et sådant forsvar desuden ville kræve vanskelige forhandlinger med fusionsdeltagerne og tredjeparter om, i hvilket omfang Kommissionen kunne afsløre de fortrolige oplysninger, den kunne blive nødsaget til at fremlægge.

16 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 10., 11. og 19. januar 2005 fremsatte Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment og Sony Corporation of America begæring om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Begæringerne blev taget til følge ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Tredje Afdeling den 4. februar 2005.

17 I mellemtiden havde Retten ved beslutning af 13. januar 2005 — som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64, stk. 3, litra e) — indbudt parterne til et uformelt møde den 24. januar 2005 med henblik på at drøfte, om det, bl.a. i betragtning af det af Kommissionen rejste spørgsmål om fortroligheden af nogle af oplysningerne i sagens akter, ville være muligt at behandle sagen efter en hasteprocedure.

18 Ved skrivelse af 18. januar 2005 indgav Kommissionen efter aftale med sagsøgeren begæring om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som i det væsentlige bestod i at tillade Kommissionen at forelægge dokumenter og oplysninger, der var blevet meddelt den fortroligt, ved udelukkende at fremlægge dem for sagsøgerens advokater og ikke for sagsøgeren selv.

19 Ved beslutning af 24. januar 2005 tog Retten, bl.a. under hensyn til den aftale, der var indgået mellem sagsøgeren og intervenienterne, begæringen om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse til følge. Den tog ligeledes begæringen om behandling af sagen efter en hasteprocedure til følge, idet den dog tilføjede, at beslutningen herom kunne ændres når som helst på baggrund af udviklingen i sagen og retsforhandlingerne. Der blev ligeledes fastsat en tidsfrist for indgivelse af indlæg.

20 Ved skrivelse af 11. februar 2005 indgav sagsøgeren begæring om ændring af foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse. Ved skrivelse af 18. februar 2005 indgav sagsøgeren og intervenienterne deres bemærkninger til begæringen. Ved skrivelse af 22. februar 2005 trak sagsøgeren sin begæring om ændring af foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse tilbage.

21 I mellemtiden havde Kommissionen den 11. februar 2005 indgivet sit svarskrift. Den 25. februar 2005 indgav Bertelsmann, Sony BMG og Sony deres interventionsindlæg.

22 I den mellemliggende periode havde sagsøgeren ved skrivelse af 15. februar 2005 anmodet om tilladelse til at indgive bemærkninger vedrørende de nye oplysninger i Kommissionens svarskrift. Ved beslutning af 21. februar 2005 tog Retten begæringen til følge og gav Kommissionen mulighed for til og med den 4. marts 2005 at fremsætte begæring om at måtte indgive supplerende bemærkninger, hvilket Kommissionen gjorde. Ved skrivelse af 1. marts 2005 rejste sagsøgeren indsigelse imod begæringen. Den 14. marts 2005 indgav Kommissionen sine supplerende bemærkninger.

23 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet Kommissionen om at fremlægge en række dokumenter og skriftligt besvare en række skriftlige spørgsmål.

24 Ved skrivelse af 19. september 2005 fremsatte Kommissionen begæring om forlængelse af fristen for at afgive svar på Rettens spørgsmål, hvilket Retten tilstod den. Ved skrivelse af 21. september 2005 indgav Kommissionen sine svar på Rettens spørgsmål.

25 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 22. september 2005.

26 Ved skrivelse af 26. september 2005 fremlagde Kommissionen en række dokumenter i forlængelse af retsmødet og fremsatte begæring om skriftligt at måtte fremsætte bemærkninger til de bemærkninger, sagsøgeren måtte indgive til Kommissionens svar af 21. september 2005 på de skriftlige spørgsmål. Begæringen blev taget til følge.

27 Den 29. september 2005 indgav sagsøgeren et indlæg om Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål.

28 Den 11. oktober 2005 indgav Kommissionen sine endelige bemærkninger til sagsøgerens bemærkninger til Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål.

29 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— De dokumenter, Kommissionen har fremlagt som bilag til svarskriftet, udelukkes.

— Beslutningen annulleres.

— Subsidiært annulleres beslutningen, i den udstrækning den drejer sig om et eller flere af følgende punkter:

— den kollektive dominerende stilling på markedet for licenser til onlinemusik

— den individuelle dominerende stilling på markedet for distribution af onlinemusik

— koordineringen af fusionsdeltagernes respektive aktiviteter inden for musikudgivelse.

— Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger.

30 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

31 Sagsøgeren har til støtte for annullationssøgsmålet fremsat fem anbringender, som er opdelt i flere led. Ved sit første anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ved ikke at fastslå, at der forud for den påtænkte fusion består en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik, og at fusionen vil styrke denne stilling, har tilsidesat artikel 253 EF og gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl. Ved sit andet anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 253 EF og gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl ved at fastslå, at den påtænkte fusion ikke vil skabe en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik. Ifølge det tredje anbringende har Kommissionen tilsidesat forordningens artikel 2, idet den har fastslået, at der ikke vil blive skabt eller styrket en kollektiv dominerende stilling på verdensmarkedet for licenser til onlinemusik. Ved sit fjerde anbringende har sagsøgeren påstået, at Kommissionen har tilsidesat artikel 253 EF og gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at fastslå, at Sony vil opnå en individuel dominerende stilling på markedet for distribution af onlinemusik. Ved sit femte anbringende har sagsøgeren hævdet, at Kommissionen har gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn og tilsidesat artikel 81 EF, sammenholdt med forordningens artikel 2, stk. 4, ved at fastslå, at den påtænkte fusion ikke vil føre til en koordinering af fusionsdeltagernes respektive aktiviteter inden for musikudgivelse.

I — *Bevismateriale bilagt svarskriftet*

A — *Parternes argumenter*

32 Sagsøgeren har bemærket, at det fremgår af svarskriftet, at Kommissionen under den administrative procedure lagde dokumenter og oplysninger til grund, hvori sagsøgeren først har fået indsigt gennem svarskriftet, skønt de pågældende dokumenter og oplysninger har været af central betydning, idet Kommissionen anvendte dem som begrundelse for at fravige det standpunkt, den havde indtaget i meddelelsen af klagepunkter, hvorefter den påtænkte fusion ville skabe eller styrke en kollektiv dominerende stilling og være uforenelig med fællesmarkedet.

33 Hvis sagsøgeren under den administrative procedure havde fået indsigt i dokumenterne, som indeholder ufuldstændige oplysninger og er vildledende, ville sammenslutningen have kunnet påvise de grundlæggende fejl i dem, og beslutningen ville have været anderledes eller i det mindste have skullet indeholde en udtrykkelig begrundelse for, at sagsøgerens bemærkninger var blevet afvist. Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for at have været i besiddelse af dokumenterne og lagt dem til grund uden på noget tidspunkt at underkaste dem en alternativ vurdering eller tredjeparters synspunkter.

34 Sagsøgeren har anerkendt, at det påhviler Kommissionen at beskytte forretningshemmeligheder, og at Kommissionen under administrative procedurer i forbindelse med fusionskontrol ikke er forpligtet til at videregive samtlige oplysninger i sagsakterne til tredjeparter, men har samtidig gjort gældende, at dette ikke giver Kommissionen ret til at fratage sådanne tredjeparter muligheden for at fremsætte deres synspunkter om sagen ved f.eks. at udarbejde en ikke-fortrolig udgave med en sammenfatning af de pågældende oplysninger.

35 Sagsøgeren har præciseret, at sammenslutningen ikke har ønsket at fremsætte et anbringende om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, men at den finder, at

det nye bevismateriale, Kommissionen har fremlagt, er fremkommet for sent til at gøre det muligt at opretholde beslutningens indhold, og at materialet udgør et forsøg på at lovliggøre beslutningen, efter at den er vedtaget. Sagsøgeren har påstået de pågældende dokumenter udelukket under henvisning til, at der ikke under den retslige procedure kan rådes bod på, at dokumenter ikke er blevet fremlagt under den administrative procedure (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 78).

36 Kommissionen har påstået denne begæring forkastet.

B — *Rettens bemærkninger*

37 Det bemærkes indledningsvis, at det bevismateriale, sagsøgeren har anmodet Retten om at udelukke af sagens akter, er blevet fremlagt som bilag til svarskriftet, som Kommissionen har indgivet i overensstemmelse med artikel 46 i procesreglementet. Sagsøgeren har ikke angivet, hvorfor Kommissionens fremlæggelse af de pågældende dokumenter er i strid med procesreglementet.

38 Endvidere fremgår det ikke klart, af hvilke grunde sagsøgeren har påstået dokumenterne udelukket af sagens akter, endsige hvilket formål påstanden har.

39 For det første har sagsøgeren hævdet, at dokumenterne udgør et forsøg på at lovliggøre beslutningen, efter at den er blevet vedtaget, men ikke påstået, at dokumenterne er blevet indsamlet eller udarbejdet efter vedtagelsen, og tværtimod anført, at de spillede en central rolle under den administrative procedure, idet Kommissionen støttede sig på dem i begrundelsen for beslutningen. Selv hvis dette

er rigtigt, kan det under ingen omstændigheder give anledning til at udelukke dokumenterne. Endvidere har sagsøgeren beskyldt Kommissionen for at have forsøgt at lovliggøre beslutningen efter vedtagelsen, men ikke påberåbt sig — i hvert fald ikke til støtte for denne påstand — at der foreligger en tilsidesættelse af princippet om, at begrundelsen for en beslutning skal være indeholdt i selve beslutningen og ikke først kan fremgå af forklaringerne for Retten (Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 95). Under alle omstændigheder medfører en eventuel mangel på begrundelse, at den anfægtede retsakt annulleres, og ikke, at dokumenter udelukkes. I det foreliggende tilfælde behandles spørgsmålet om, hvorvidt beslutningen indeholder en tilstrækkelig begrundelse, i forbindelse med sagsøgerens forskellige anbringender.

40 For det andet har sagsøgeren ganske vist bemærket, at Kommissionen under administrative procedurer i forbindelse med fusionskontrol ikke er forpligtet til at videregive samtlige oplysninger i sagsakterne til tredjeparter, men har samtidig påpeget, at der ifølge retspraksis ikke under den retslige procedure kan rådes bod på, at dokumenter ikke er blevet fremlagt under den administrative procedure. Idet det er ufornødent at undersøge, hvor udstrakt retten til kontradiktion eller til aktindsigt er i administrative procedurer i forbindelse med fusionskontrol, er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren udtrykkeligt har tilkendegivet, at denne ikke har ønsket at fremsætte et nyt anbringende om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Påstanden kan derfor ikke tages til følge, for så vidt som den har denne begrundelse. Under alle omstændigheder kan en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter kun få følger, hvis det påvises, at den manglende fremlæggelse af dokumenter kan have påvirket indholdet af den pågældende beslutning til skade for en sagsøger, og dette kan ikke gøres uden en undersøgelse af de pågældende dokumenter.

41 For det tredje har sagsøgeren hævdet, at dokumenterne indeholder ufuldstændige oplysninger og er vildledende, og at sammenslutningen ville have kunnet påvise deres grundlæggende fejl, hvis den havde fået indsigt i dem under den administrative procedure, hvilket kunne have ført til en anderledes beslutning. Om end dette kan give anledning til at vurdere det af Kommissionen fremlagte bevismateriale med omtanke, giver det ikke mulighed for at tage sagsøgerens påstand om den nævnte foranstaltning til følge. Denne foranstaltning ville tværtimod fratage sagsøgeren

muligheden for at påvise dokumenternes angivelige mangel på troværdighed eller relevans i forbindelse med sine anbringender om, at der foreligger en åbenbar fejlvurdering.

42 Endelig må, af de samme grunde, sagsøgerens subsidiære påstand om, at Retten erklærer dokumenterne for ikke overbevisende eller irrelevante, ligeledes forkastes. Denne påstand udgør under alle omstændigheder et spørgsmål, som vedrører sagens realitet, og som vil blive behandlet i forbindelse med de anbringender og argumenter, der er fremsat i sagen.

43 Det følger af det ovenstående, at sagsøgerens påstand om, at de dokumenter, Kommissionen har fremlagt til støtte for svarskriftet, udelukkes ellers erklæres for irrelevante, må forkastes.

II — *Første anbringende: styrkelse af en eksisterende kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik*

44 Det første anbringende falder i to led, hvoraf det første går ud på, at Kommissionens fastslåelse af, at der ikke består en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik forud for den påtænkte fusion, er forkert, mens det andet går ud på, at det er en fejl, at den ikke har fastslået, at den allerede bestående kollektive dominerende stilling vil blive styrket af den påtænkte fusion.

A — *Sagsøgerens argumenter*

1. Første led

45 Sagsøgeren har indledningsvis bemærket, at såvel meddelelsen af klagepunkter som beslutningen indeholder adskillige beviser for, at markedet for indspillet musik før fusionen, i overensstemmelse med de kriterier, som er fastlagt i retspraksis (Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585), udviser alle kendetegnene for et marked, hvorpå der består en kollektiv dominerende stilling.

46 For det første beskrives de store selskaber som udvisende alle de træk, der kendetegner en gruppe, der indtager en dominerende stilling: store markedsandele, betydelig økonomisk styrke (betragtning 53 til beslutningen), opretholdelse af høje priser (betragtning 56 til beslutningen), oligopolstruktur (betragtning 148 til beslutningen) og dermed gensidig afhængighed.

47 For det andet fastslog Kommissionen, at markedet udviser alle de kendetegn, som er fremmende for stiltiende karteller, og som letter overvågningen af denne form for koordinering (punkt 93-116 i meddelelsen af klagepunkter), og undersøgte ti faktorer, der tydede på, at der består et stiltiende kartel (jf. bilag A.15); disse faktorer har ikke ændret sig siden fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter. Produktet er homogent med hensyn til format, og forbrugerne køber plader med flere forskellige kunstnere inden for flere forskellige genrer, hvorved der opstår et »område med substituerbarhed« (betragtning 110 til beslutningen). Markedet er meget fremmende for koordinering, og der er rent faktisk sket en sådan (betragtning 112 til beslutningen). Der er et stabilt kundeunderlag (betragtning 112 til beslutningen), og fusionsdeltagerne overvåger detailmarkedet (betragtning 113 til beslutningen).

48 For det tredje tyder priserne på, at der består en kollektiv dominerende stilling. De faktiske nettopriser er parallelle (punkt 76-80 i meddelelsen af klagepunkter og betragtning 75, 82, 89, 96 og 103 til beslutningen). De officielle salgspriser er kendt og antallet af referencepriser begrænset (betragtning 111 og 112 til beslutningen). Der er tæt sammenhæng mellem nettosalgspriserne og de officielle salgspriser (betragtning 77, 84, 91, 98 og 105 til beslutningen). De officielle salgspriser og de faktiske nettopriser er i høj grad tilpasset til hinanden og gennemsigtige, og gennemsigtigheden af de gennemsnitlige faktiske nettopriser påvirkes ikke af rabatter (punkt 88, 90 og 92 i meddelelsen af klagepunkter og fodnote 45, 49, 52, 55 og 57 til beslutningen).

49 For det fjerde fastslog Kommissionen, at der findes potentielt effektive disciplinære og afskrækkende foranstaltninger (punkt 128-132 i meddelelsen af klagepunkter og betragtning 118 til beslutningen), og at de store selskaber ikke er udsat for et effektivt konkurrencepres.

50 Sagsøgeren har gjort gældende, at de af Kommissionen anførte grunde, nemlig pladealbummernes forskelligartede indhold, utilstrækkelig prisgennemsigtighed på grund af salgsfremmende rabatter og mangel på nogen form for beviser for iværksættelse af gengældelsesforanstaltninger, ikke gør det muligt at afvise, at der består en kollektiv dominerende stilling, og at Kommissionens vurdering er behæftet med en mangelfuld begrundelse, et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl.

a) Tilsidesættelse af begrundelsespligten

51 Ifølge sagsøgeren er beslutningen i strid med artikel 253 EF, da den ikke indeholder nogen fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder, institutionen har lagt til grund, således at Domstolen kan udøve sin kontrolbeføjelse, og medlemsstaterne og de berørte borgere få kendskab til de betingelser, under hvilke fællesskabsinstitutionerne har anvendt traktaten (Domstolens dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493).

Produktets homogenitet

52 Hvad for det første angår produktets homogenitet har sagsøgeren beskyldt Kommissionen for ikke at have angivet, hvorfor indholdets homogenitet vejer tungere end tilstedeværelsen af et »område med substituerbarhed«, hvorefter størstedelen af forbrugerne køber musik med mange forskellige kunstnere inden for mange forskellige genrer, og formatets homogenitet med hensyn til priser og gennemsigtighed. Kommissionen har heller ikke angivet, hvorfor konstateringen af, at albummernes pris er meget standardiseret, ophæves af den generelle konstatering af, at et albums pris afhænger af »dets succes«. Konstateringerne hvad dette angår i betragtning 110 til beslutningen er indbyrdes modstridende.

Gennemsigtighed

53 Hvad for det andet angår gennemsigtighed har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens bemærkninger og argumenter om rabatterne, som har ført til forkastelse af hele bevismaterialet vedrørende gennemsigtighed, ikke er fyldestgørende begrundet.

54 Ifølge sagsøgeren hævder Kommissionen således, at den prisgennemsigtighed, de officielle salgspriser medfører, i de store lande ophæves af salgsfremmende rabatter, men forklarer ikke, hvorledes rabatterne fungerer, eller hvilken betydning de har for prissystemet.

55 Heller ikke for de små landes vedkommende angives det klart, hvorfor Kommissionen tillægger de salgsfremmende, men ikke de almindelige rabatter, så stor betydning, når den i punkt 150 i meddelelsen af klagepunkter bemærkede, at det »i samtlige små lande, på samme måde som i de store lande, er de almindelige rabatter,

der er de vigtigste«. Desuden beskrives det ikke nærmere, hvad almindelige rabatter er. I forbindelse med vurderingen af gennemsigtigheden i de små lande sammenligner Kommissionen skiftevis, uden en nærmere forklaring, almindelige rabatter og salgsfremmende rabatter, og det er derfor ikke let at vide, om undersøgelsen drejer sig om salgsfremmende eller almindelige rabatter.

56 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at der i beslutningen kun henvises til bevismaterialet vedrørende Sonys og BMG's rabatter, og at beslutningen ikke omhandler de andre store selskaber (betragtning 71 og fodnote 43 til beslutningen). Begrundelsen er derfor ufuldstændig.

Afskrækkende foranstaltninger

57 Hvad for det tredje angår disciplinære foranstaltninger forklarer Kommissionen ikke, hvorfor den omstændighed, at den ikke har kunnet bevise, at der nogensinde er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, selv om dette er korrekt, ophæver alle beviser for, at der findes effektive disciplinære foranstaltninger.

Modvægte

58 Endelig indeholder beslutningen, i modsætning til meddelelsen af klagepunkter, hverken nogen vurdering af, om der findes modvægte på markedet, eller nogen forklaring på denne mangel, hvilket er ensbetydende med, at der overhovedet ikke er foretaget noget ræsonnement.

b) Åbenbart urigtigt skøn

59 Sagsøgeren har henvist til den retspraksis, hvorefter Kommissionen gør sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn, hvis den, når den skal afveje modstridende argumenter, tillægger et af argumenterne for stor betydning (Rettens dom af 10.10.2001, sag T-111/00, British American Tobacco International (Investments) mod Kommissionen, Sml. II, s. 2997, præmis 58), eller hvis de grunde, der anføres for at motivere en beslutning, ikke underbygger denne. På samme måde skal en af Kommissionen foretaget vurdering, der ikke støttes af oplysninger eller faktiske omstændigheder, anses for ikke at være foretaget på en hensigtsmæssig eller ikke-urimelig måde (Domstolens dom af 22.10.1991, sag C-16/90, Nölle, Sml. I, s. 5163). Fastslåelsen af, at der ikke består en kollektiv dominerende stilling, støttes ikke af relevante faktiske omstændigheder, et ræsonnement eller beviser, og Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til at tage samtlige relevante faktorer i betragtning.

60 Sagsøgeren har gjort gældende, at beslutningen er behæftet med åbenbart urigtige skøn for så vidt angår undersøgelsen af produktets homogenitet og bestemmelsen af, om der foreligger gennemsigtighed, disciplinære foranstaltninger, modvægte og en fælles politik.

Produktets homogenitet

61 Ifølge sagsøgeren gjorde Kommissionen sig skyldig i en fejlvurdering, da den fandt, at indholdets homogenitet betyder mere end formatets, samtidig med at den anerkendte, at forbrugerne køber plader med mange forskellige kunstnere inden for mange forskellige genrer, og at der derfor består et »område med substituerbarhed«. Under alle omstændigheder ville produktets homogenitet kun være en relevant parameter, hvis priserne blev fastsat på grundlag af de enkelte titler og ikke, som i

det foreliggende tilfælde, på grundlag af et antal referencepriser (betragtning 110 og 111 til beslutningen). Følger man Kommissionens tankegang, kan der aldrig forekomme en kollektiv dominerende stilling inden for de erhvervssektorer, hvortil der knytter sig intellektuel ejendomsret, eftersom det aldrig kan forekomme, at indholdet er fuldstændig homogent.

Gennemsigtighed

— Generel argumentation

62 Sagsøgeren har gjort gældende, at det fremgår af det fremlagte bevismateriale, at det er givet, at de store selskabers priser er tilstrækkeligt gennemsigtige til, at de kan tilpasse deres priser til hinanden. Kommissionen har ikke fremlagt noget bevis, der afkræfter denne konklusion, men kun udledt af den angivelige variation i rabatterne, at den ophæver eller mindsker gennemsigtigheden i en sådan grad, at det ikke er muligt at tilpasse priserne til hinanden.

63 Fejlvurderingen fremgår af Kommissionens egne konklusioner, hvorefter:

— de store selskabers gennemsnitlige nettopriser udviser parallelitet og en forholdsvis ensartet udvikling (betragtning 75, 82, 89, 96 og 103 til beslutningen)

— de officielle salgspriser kan anvendes som udgangspunkt, når priserne skal tilpasses til hinanden (betragtning 76, 83, 90, 97 og 104 til beslutningen)

— de officielle salgspriser og de gennemsnitlige nettopriser har udviklet sig parallelt (betragtning 77, 84, 91, 98 og 105 til beslutningen).

64 Sagsøgeren har fremhævet, at de officielle salgspriser er gennemsigtige, at detailsalgspriserne er kendt, at de gennemsnitlige nettopriser udvikler sig parallelt med de officielle salgspriser, og at der er et ret nøje kendskab til forhandlernes avancer. Heraf følger, at nettopriserne over for detailhandlerne (dvs. de officielle salgspriser minus rabatter) er gennemsigtige på trods af rabatterne. Dette fremgår i øvrigt af meddelelsen af klagepunkter (punkt 81-92) og betragtning 77 til beslutningen, hvori det hedder: »Hvis de store selskaber mærkbart havde fraveget den aftalte prispolitik ved at yde rabatter, ville afvigelsen have vist sig i de gennemsnitlige nettopriser.«

65 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen gjorde sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn ved at tillægge rabatter, især salgsfremmende rabatter, for stor betydning, eftersom:

— den støttede sig på Sonys og BMG's rabatoplysninger i stedet for de oplysninger, hvorefter der var parallelitet mellem alle de store selskabers officielle salgspriser og nettopriser (fodnote 43 til beslutningen)

— detailhandlerne havde oplyst, at rabatterne er gennemsigtige; 20 af de 26 detailhandlere, Kommissionen hørte, anførte, at de store selskaber kender de øvrige selskabers rabatter; dette gælder navnlig de almindelige rabatter, som er de vigtigste, eftersom de er genstand for en årlig forhandling

— Sony og BMG har udarbejdet ugentlige overvågningsrapporter om detailmarkedet, som omfatter oplysninger om konkurrenterne (betragtning 113 til beslutningen)

— de store selskaber har for kompilationer indgået aftaler om fælles distribution og joint ventures, inden for hvis rammer de oplyser de almindelige rabatter

— de ledende medarbejdere skifter i vid udstrækning stilling mellem pladeselskaberne

— de ugentlige hitlister giver oplysninger om salget af de enkelte titler, hvilket gør det let at bestemme, hvilke titler der bliver »hits« og skaber størstedelen af salget (betragtning 73 til beslutningen)

— ifølge en rapport udarbejdet af Office of Fair Trading (den britiske konkurrencemyndighed) er det på markedet for indspillet musik lettere end på noget andet marked at skaffe sig oplysninger om konkurrenterne (bilag A.16 til stævningen).

66 Sagsøgeren har bemærket, at Kommissionen på grundlag af disse omstændigheder også drog den konklusion i punkt 81 i meddelelsen af klagepunkter, at »rabatterne i vid udstrækning er faste og ikke anvendes til reelle ændringer af prispolitikken«. De faktiske omstændigheder har ikke ændret sig siden.

67 Under alle omstændigheder anvendes salgsfremmende rabatter normalt ikke i forbindelse med plader på hitlisterne, hvorfra ca. 80% af indtægterne stammer, men kun til at tilskynde forbrugerne til at købe fra titelkatalogerne (back catalogues) (bilag A.17 til stævningen), og de har kun ringe indvirkning på det af Kommissionen undersøgte udsnit (betragtning 70 og 71 til beslutningen). Desuden er de oplysninger, Kommissionen undersøgte i forbindelse med de nævnte salgsfremmende foranstaltninger, så meget mindre relevante, som de kun omfatter Sony og BMG.

68 Således som det fremgår af den rapport, som er bilagt stævningen, og hvori der redegøres for pris- og rabatsystemet i Europa (bilag A.17), er det følgelig kun en meget begrænset del af de store selskabers prisstruktur, der kan påvirkes af manglende gennemsigtighed.

69 Sagsøgeren har hævdet, at Kommissionen rådede over tilstrækkelige dokumenter, mod hvilke den kunne prøve sine konklusioner, men at den undlod dette, navnlig hvad angår bevismaterialet vedrørende detailhandlerne. Ved ikke at vurdere de faktiske omstændigheder korrekt og tillægge rabatterne, især de salgsfremmende, for stor betydning gjorde Kommissionen sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn.

— Generelle bemærkninger angående det nye bevismateriale

70 Af de nye oplysninger, Kommissionen har fremlagt som bilag til svarskriftet, har sagsøgeren udledt, at Kommissionen tilsyneladende lagde kompleksiteten af de individuelle variationer i rabatterne fra kunde til kunde, fra titel til titel og fra tidspunkt til tidspunkt til grund for sin vurdering, hvorefter markedet ikke er gennemsigtigt. Men at der findes sådanne individuelle variationer, der undertiden er betydelige, udelukker ikke, at prisfastsættelsen kan være styret af et begrænset antal kendte strukturer og regler, som gør gennemsnitspriserne forudsigelige, og som får enhver væsentlig og systematisk afvigelse til at træde frem.

71 Sådanne regler gør det måske ikke muligt at forudsige prisen for enhver individuel udgivelse, der faktureres til hver enkelt individuel kunde på hvilket som helst tidspunkt, men de gør det dog muligt med tilstrækkeligt stor sikkerhed at kende de nettopriser, der følger af en række officielle salgspriser, og at fastslå, om konkurrenterne har overholdt de pågældende regler. De tilvejebringer således den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan foreligge kollektiv dominans. Frem for at bero på et grundigt og fuldstændigt kendskab til hver enkelt individuel prisbeslutning kan den koordinering af adfærd, der fremgår af paralleliteten af de officielle salgsprisers og gennemsnitlige nettoprisers bevægelser, således ganske enkelt skyldes alment kendte, velforståede strukturer eller regler, der kan overvåges.

72 Kommissionen undersøgte ikke, om den konstaterede parallelitet af de gennemsnitlige brutto- og nettopriser kunne være en følge af den adfærdskoordinering, sådanne regler fører til, men fastslog derimod, at dette ikke var tilfældet, fordi der var individuelle variationer, og den undersøgte ikke, om disse var statistisk signifikante og havde en reel indvirkning på gennemsnittene.

73 De omtalte regler gælder ikke for samtlige tilfælde, men for en væsentlig del af salget inden for alle de store pladeselskabers kategorier af plader (nyudgivelser, nye kunstnere, katalogerne »full price«, »mid price« og »budget« osv.); for hver af disse findes et begrænset antal generelle salgsstrategier, som langt størstedelen af salget er underlagt (udskiftning af en plade på hitlisten, deltagelse i salgsfremstød, køb af plads i udstillingsvinduer osv.). Salgsstrategierne kan ganske vist variere inden for det enkelte land og fra kundetype til kundetype (supermarkeder, specialiserede butikskæder, uafhængige butikker osv.), men er begrænsede i antal og kendes af de personer, som er ansvarlige for salget. Reglerne eller strukturerne er tilstrækkelige til, at priserne kan koordineres, uden at det kræver særligt kendskab til netto- og bruttoprisen for individuelle udgivelser, og tilvejebringer desuden i et miljø, hvor efterspørgslen efter individuelle udgivelser varierer, og hvor det ikke med sikkerhed kan forudsiges, om et album vil få succes, den fleksibilitet, som er nødvendig for, at der i enkeltstående tilfælde kan ske en tilpasning, uden at det undergraver prisstrukturen som helhed.

74 At der er individuelle forskelle, må ikke føre til, at det overses, at nettopriserne som helhed i høj grad er tilpasset bruttopriserne, og at det sandsynligvis forholder sig således, fordi alle selskaberne følger visse generelle regler, der gør priserne som helhed overordentligt forudsigelige og får systematiske afvigelser til at træde frem. Der hersker derfor gennemsigtighed.

75 De nye oplysninger, som er bilagt svarskriftet, viser, at Kommissionen fokuserede på individuelle forskelle uden at undersøge, om de var statistisk signifikante. Kommissionen analyserede ikke de tilgrundliggende data statistisk korrekt, den undersøgte ikke pris- og rabatspændenes betydning, og heller ikke, om forskellene inden for de normale prisspænd var relevante, og den hørte heller ikke detailhandlerne for at fastslå, om de individuelle variationer faldt inden for de generelle regler for prissystemet eller ej. Skønt langt størstedelen af salget sker til priser fastsat på grundlag af kendte og forudsigelige regler, drog Kommissionen den fejlagtige konklusion, at den blotte omstændighed, at der findes variationer, udelukker, at variationerne skyldes nogle få enkeltstående tilfælde.

76 Endvidere benyttede Kommissionen en fejlagtig metode til at undersøge bevismaterialet og underkastede det ikke de fornødne efterprøvelser.

77 Sagsøgeren har fremsat følgende generelle bemærkninger til det nye bevismateriale, Kommissionen har fremlagt:

— En stor del af tallene er ikke justeret i forhold til salgsmængden, således at pris- og rabatspændenes betydning kan fastslås. De steder, hvor tallene er opgjort korrekt — dvs. for samtlige erhvervsdrivende og justeret i forhold til salgsmængden — er afvigelserne langt mindre signifikante.

— De fleste af tallene er ikke blevet analyseret statistisk, hvorfor det ikke kan fastslås, om afvigelserne er signifikante i relation til de forskellige produktkategorier.

— Bortset fra nogle få data, der blev anvendt i meddelelsen af klagepunkter, sammenlignes der kun data om fusionsdeltagernes priser. Kommissionens argument, hvorefter en konstatering af, at to store selskaber har en uigennemsigtig praksis med hensyn til priser, er tilstrækkelig til at fastslå, at der hersker ringe gennemsigtighed, er fejlagtigt, da Sony og BMG havde opnået meget forskellige resultater på markedet, og da pris- og rabatspændene varierer selv inden for et ensartet prissystem, når en række udgivelser opnår forskellige grader af succes. Desuden har fusionsdeltagerne gennem tiden været de mest forskellige af de store selskaber, og fusionen vil derfor ikke kun begrænse antallet af erhvervsdrivende, men også gøre disse mere ensartede.

— Kommissionen har ikke undersøgt, om de store selskaber rådede over data, som var i direkte modstrid med påstanden om prisernes forskellighed og kompleksitet, såsom budgetter eller andre oplysninger, som indeholder præcise forudsigelser af netto- og bruttopriserne samt rabatterne, som er opbygget parallelt fra konkurrent til konkurrent, og som er tidsmæssigt konstante.

— Vidneforklaringerne af fusionsdeltagernes ledende medarbejdere omhandler ikke centrale spørgsmål — f.eks. om der findes generelle regler for priserne, og om disse overvåges — og er ikke blevet efterprøvet.

78 Kommissionens opfattelse, hvorefter de gennemsnitlige nettopriser er udtryk for et stort antal temmelig forskelligartede beslutninger, og hvorefter disse skal kunne observeres med tilstrækkelig stor sikkerhed for at muliggøre en reel koordinering af nettopriserne, er fejlagtig, idet det er tilstrækkeligt, at de enkelte selskaber kan

overvåge, om de prisbeslutninger, hvert af de øvrige selskaber træffer vedrørende deres forskellige udgivelser, overholder bestemte prisregler, således at prisernes bevægelser bliver kendt af alle, og således at den stiltiende samordning kan opretholdes.

79 De variationer, Kommissionen har iagttaget på grundlag af de data, fusionsdeltagerne har fremlagt, kan, ud over at de er mindre konkrete, end Kommissionen synes at mene, ikke anses for beviser for, at priserne er uigennemsigtige, idet enhver variation i rabat- og prisspændene — som i alle brancher, der vedrører intellektuel ejendomsret, hvor de enkelte titlers præstation varierer og afhænger af forskellige markedsføringsforanstaltninger, men hvor samlede rækker af sådanne titler overholder alment kendte regler — kan forklares fuldt ud ved at henvise til nogle få alment kendte principper.

80 Desuden er sagsøgeren forundret over, at Kommissionen kun modtog en meget begrænset del af det bevismateriale, der var blevet anvendt i meddelelsen af klagepunkter, og hvoraf noget var blevet afvejet og omfattede hele industrien, men i stedet fokuserede på oplysningerne fra Sony og BMG, som ikke udviser disse egenskaber. Dataene burde have været bragt i overensstemmelse med hinanden, før det oprindelige sæt oplysninger blev forkastet, og Kommissionen synes ikke at have foretaget en afbalanceret vurdering.

— Individuel behandling af de enkelte dele af bevismaterialet

81 Vidneforklaringerne af Sonys og BMG's ledende medarbejdere i bilag B.2 bekræfter kun, at der tilbydes forskellige kunder forskellige rabatter, men omhandler ikke, om de pågældende rabatter i vid udstrækning er bestemt af en række generelle regler. Skønt det fremhæves i forklaringerne, at prisfastsættelsesmekanismen er meget kompleks, modsiger bilag B.14, der skal vise, hvor komplekse de salgsfremmende rabatter er, i realiteten ved at beskrive deres funktion på én enkelt side, at denne kompleksitet foreligger. Det burde have været undersøgt, om der knyttede sig faste avancer til de forskellige priskategorier, og om størstedelen af rabatterne var

tilbøjelige til at knytte sig til smalle spænd. Spørgsmålene synes at være blevet udformet på en sådan måde, at det ikke ville komme frem, at avancerne eventuelt var kendt som generelle regler, således at det ikke var nødvendigt regelmæssigt at skaffe sig oplysning om dem udgivelse for udgivelse, og således at de store pladeselskaber ikke behøvede at foretage omvendte beregninger af de individuelle priser for at overvåge konkurrenternes priser. Spørgsmålene blev heller ikke stillet til detailhandlerne, skønt det havde muliggjort en sammenligning af svarene.

82 Med hensyn til bilag B.3, hvori angives den procentvise fordeling af fusionsdeltagernes engrossalg inden for deres ti højeste officielle salgspriser i perioden 1998-2003, og som ifølge Kommissionen viser, at det er uforudsigeligt, hvilke plader der får succes, og at alle de store selskaber derfor må overvåge de officielle salgspriser for over 80 af konkurrenternes albummer, har sagsøgeren påpeget en række uoverensstemmelser i tallene (såsom at perioderne varierer) og gjort gældende, at de kun viser, at fusionsdeltagerne sælger deres produkter til forskellige officielle salgspriser. Dette er irrelevant, eftersom det angives i beslutningen, at de officielle salgspriser i det store og hele er gennemsigtige. Desuden fremgår det, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, af betragtning 111 til beslutningen, at »de store selskaber [imidlertid kun behøver] at overvåge referencepriserne for et begrænset antal albummer af de mest solgte for at følge størstedelen af salget«. De pågældende oplysninger modsiger heller ikke de betragtninger, Kommissionen fremsatte under høringen, og hvorefter langt størstedelen af hvert enkelt stort selskabs salg kun omfatter meget få officielle salgspriser. Det er ikke nødvendigt at overvåge priserne for over 80 albummer for at kontrollere, at koordineringen generelt overholdes, eftersom det, når der findes alment kendte principper og regler, er tilstrækkeligt at fastslå for nogle få titlers vedkommende, om reglerne er blevet overholdt, og om afvigelserne er systematiske. Derfor er der ikke grundlag for den konklusion, Kommissionen har draget af variationen i den procentvise fordeling af fusionsdeltagernes bruttosalg.

83 Desuden synes tabellerne i bilaget at fremhæve en faktor — uforudsigeligheden af, om et album vil få succes — der står i modsætning til centrale konstateringer i beslutningen, nemlig for det første at de officielle salgspriser er gennemsigtige og kan fungere som udgangspunkt for prisernes tilpasning til hinanden (betragtning 76, 83, 90, 97 og 104 til beslutningen), for det andet at det er muligt at overvåge de andre store selskabers prislister (betragtning 76, 83, 90, 97 og 104 til beslutningen),

og for det tredje at de store selskaber for at følge størstedelen af salget kun behøver at overvåge referencepriserne for et begrænset antal af de mest solgte albummer (betragtning 111 til beslutningen). Endelig synes det, selv hvis det var nødvendigt, ikke at være forbundet med så stort et besvær, som Kommissionen hævder, at overvåge de officielle salgspriser for over 80 albummer.

84 Med hensyn til bilag B.4 og B.5, der vedrører de gennemsnitlige fakturarabatter, Sony og BMG har indrømmet deres ti største kunder i fire af de fem store medlemsstater, er sagsøgeren indledningsvis i tvivl om, i hvilken udstrækning forskellene mellem de gennemsnitlige fakturarabatter er udtryk for forskelle i behandlingen af de forskellige kunder snarere end forskelle i de resultater, fusionsdeltagernes porteføljer hver især har præsteret; det påvirker nemlig den gennemsnitlige rabat, som indrømmes kunderne, hvor mange udgivelser et stort pladeselskab foretager, og hvordan dets aktiviteter er sammensat (udgivelser på hitlisterne, aktiviteter i supermarkederne, aktiviteter vedrørende kataloget, særlige og salgsfremmende aktiviteter). Endvidere betyder eventuelle forskelle i den måde, hvorpå fusionsdeltagerne behandler kunderne, ikke, at deres prisbeslutninger er uigennemsigtige, idet disse forskelle kan være systematiske, forudsigelige og tidsmæssigt konstante.

85 Bilag B.5, der har til formål at vise eksempler på manglende korrelation eller parallelle bevægelser, er irrelevant, da sådanne mangler kan skyldes, at fusionsdeltagernes porteføljer har givet forskellige resultater, og da bilaget desuden viser væsentlige ligheder (lavere rabatter til den samme kunde, rabatter, der ændrer sig samtidig, og forskelle, der er tidsmæssigt konstante). Kun eksemplet vedrørende kunde nr. 1 i Tyskland stemmer overens med den opfattelse, at et af de store selskaber kan sænke sine faktiske priser, uden at konkurrenterne følger efter, men én bestemt variation i ét bestemt år i ét bestemt land i relation til én bestemt kunde er ikke overbevisende. Desuden omfatter tabellerne kun data for Sony og BMG, og da de ikke er afvejede, er variationerne overdrevet. Det gælder navnlig den analyse af den forventede situation, Kommissionen burde have foretaget, idet fusionen ved at forene virksomheder med meget forskellige præstationer kan føre til større symmetri og homogenitet og dermed til at øge sandsynligheden for en stiltiende samordning.

86 Hvad bilag B.6 og B.7 angår, hvori der fremlægges de angivelige beviser for variationer i de fakturarabatter, fusionsdeltagerne i en periode på fem år havde indrømmet deres ti største kunder for deres ti mest solgte compactdiske (herefter »cd'er«), har sagsøgeren bemærket, at tabellerne kun viser spænd, og at disse kan være misvisende, idet de angiver ydertilfælde i stedet for gennemsnit og statistisk signifikante forskelle, der knytter sig til gennemsnittene. Store rabatspænd kan bero på nogle få undtagelser, mens langt størstedelen befinder sig på samme niveau. Endvidere viser tabellerne, bortset fra de metodologiske mangler, interessante regelmæssigheder. Ifølge bilag B.6, f.eks., yder de to fusionsdeltagere i land A generelt større rabatter til grossister end til supermarkeder og ikke-specialiserede detailhandlere, og bilag B.7 til svarskriftet viser en forbløffende stor overensstemmelse mellem rabatspændene.

87 Med hensyn til bilag B.8 og B.9, som ifølge Kommissionen viser, at fusionsdeltagerne ikke havde fulgt den samme, ensartede rabatpraksis, at deres rabatpraksis havde udviklet sig gennem tiden, og at fordelingen af de respektive fusionsdeltageres rabatter ikke var særlig sammenlignelig i 2003, har sagsøgeren på ny fremhævet, at de forskelle i rabatspændene, der kan konstateres fra tidspunkt til tidspunkt og fra fusionsdeltager til fusionsdeltager, kan bero på forskelle i præstationerne, og at disse forskelle ikke er ensbetydende med, at rabatterne ikke følger af et kendt system af regler. Desuden peger de i bilag 8 fremlagte tal snarere i den modsatte retning end den af Kommissionen angivne (rabatstrukturer, som er forholdsvis konstante og sammenlignelige, eller som nærmer sig hinanden, og en høj korrelationsfaktor).

88 Efter sagsøgerens opfattelse varierer rabatstrukturerne ikke så meget fra tidspunkt til tidspunkt, som Kommissionens undersøgelse synes at vise. Tallene i bilag D.3 viser korrelationskoefficienten for de respektive fusionsdeltageres rabatstruktur i et givet år og rabatstrukturen det foregående år. Selv om sammensætningen af aktiviteter påvirker rabatterne, tyder de høje samlede korrelationskoefficienter på, at rabatstrukturerne tidsmæssigt er forholdsvis konstante og dermed fører til nettopriser, der er temmelig forudsigelige ud fra gennemsigtige officielle salgspriser.

89 Desuden kan det fremhæve forskellene, at tallene er opstillet i tre smalle spænd med bestemte grænser (hvis rabatten f.eks. ændres fra lidt under 15% til lidt over 15%, skiftes der kolonne, selv om der ikke er tale om en større ændring). Endelig har sagsøgeren peget på, at der, hvis resultaterne havde bygget på fusionsdeltagernes 20 mest solgte plader, ville have kunnet konstateres en ændring af priserne, hvis markedet havde været præget af stor konkurrence. Sagsøgeren har udledt af den omstændighed, at dette ikke er tilfældet, at rabatterne reelt ikke er nogen betydelig konkurrencefaktor eller en kilde til uigennemsigtighed.

90 Med hensyn til bilag B.10, der viser fordelingen af nettopriser på Sonys og BMG's fem største kunder i 2003, finder sagsøgeren, at det er meget diskutabelt, om den konklusion, Kommissionen har draget heraf, hvorefter forskellige kunder køber meget forskellige mængder hos et stort selskab inden for de forskellige nettoprisspænd, er relevant, eftersom det ikke er en forudsætning for, at priserne er gennemsigtige og forudsigelige, at de to pladeselskabers kunder udviser de samme eller sammenlignelige indkøbstilbøjeligheder. Da de faktorer, der afgør, hvilket rabatniveau der er nødvendigt for at nå salgsmålene, er produktsammensætningen og de resultater, de vigtigste nyudgivelser opnår hos kunderne, er det vanskeligt at forstå, hvordan Kommissionen kunne nå frem til, at der var forskel på den generelle fordeling af de to store selskabers nettopriser.

91 I øvrigt er de pågældende tal mere relevante, selv om de kun omfatter Sony og BMG, eftersom de er afvejet. En mere indgående undersøgelse af fordelingen land for land viser bemærkelsesværdige ligheder, som fremstilles i diagramform i bilag D.4.

92 Endvidere stemmer Kommissionens konklusion, hvorefter bilag B.10 viser, at der er forskelle mellem de to fusionsdeltagere, ikke overens med vurderingen i betragtning 74 og 75 til beslutningen, hvorefter Sonys og BMG's gennemsnitlige nettopriser var forholdsvis sammenlignelige, hvilket ud fra en sandsynlighedsvurdering tyder på, at der anvendes regler for prisfastsættelsen, der sikrer, at størstedelen af priserne fastsættes tæt på en række referencepriser. Snarere end at underbygge den

opfattelse, at prisfastsættelsens kompleksitet gør priserne uigennemsigtige, støtter denne del af bevismaterialet den modsatte opfattelse, hvorefter priserne på trods af de individuelle prisfastsættelsesbeslutningers tilsyneladende kompleksitet i realiteten er forudsigelige og ensartede.

93 Efter sagsøgerens opfattelse viser bilag B.11, hvori angives Sonys kvartalsvise gennemsnitlige nettopriser pr. album for de mest anvendte officielle salgspriser, intet om uigennemsigtighed, eftersom tabellen lider under problemet i forbindelse med spænd, dvs. at den kun viser ydertilfældene og ikke indeholder nogen analyse af de vejede gennemsnit og udsvingene i forhold til gennemsnittene. Desuden er tabellen irrelevant, eftersom den kun omfatter Sony og ikke er komparativ.

94 Også det følgende bilag (B.12) er irrelevant, da det ikke er komparativt og kun har til formål at vise, at BMG tilbyder detailhandlerne rabatter af forskellig størrelse.

95 Sagsøgeren har ligeledes kritiseret Kommissionen for ikke at have angivet, om de tilsyneladende variationer i de salgsfremmende rabatters niveau kunne bero på nogle få enkle principper. Dette finder sagsøgeren overraskende, eftersom de principper, Kommissionen har angivet i bilag B.14 til svarskriftet, tyder på, at der findes sådanne regler for salgsfremmende rabatter, og at de er enkle:

— De salgsfremmende rabatter varierer med bestillingens omfang (bortset fra specifikt Frankrig).

— De salgsfremmende rabatter varierer med typen af forbruger (f.eks. indrømmes grossister og musikklubber normalt større rabatter i Tyskland).

— De salgsfremmende rabatter varierer efter titlens eller udgivelsens art (f.eks. efter kunstnerens popularitet eller den publikumsgruppe, der sigtes mod).

— De salgsfremmende rabatter ydes navnlig til kunder, der på grundlag af detailhandlerens art og hans kundeunderlags demografiske karakteristika anses for at sælge plader inden for en bestemt genre.

— De salgsfremmende rabatter varierer med salgsfremstødets art (f.eks. kun én titel eller en række titler, normalt et katalog).

— De salgsfremmende rabatter varierer efter, hvor store markedsføringsudgifter detailhandleren er villig til at afholde til gengæld.

96 Hvis reglerne er alment kendt, burde det efter sagsøgerens opfattelse ikke være vanskeligt at forudsige rimeligt præcist, hvilket rabatniveau et stort selskab kan forventes at yde en bestemt kunde for en bestemt titel inden for rammerne af et bestemt salgsfremstød, og dermed at fastslå, om de faktiske rabatter stemmer overens med disse regler. Kommissionen synes ikke at have undersøgt dette punkt.

97 Endvidere angives i bilag B.13 kun data for et enkelt år, hvorfor bilaget ikke udgør noget bevis, da det ikke gør det muligt at vurdere, om rabatniveauerne er konstante og dermed forudsigelige.

98 Om bilag B.15, hvori der er samlet en række overvågningsrapporter (monitoring reports), som fusionsdeltagerne har fremlagt for Retten, har sagsøgeren bemærket, at det ikke kan udledes af denne del af bevismaterialet, at der ikke findes en prisfastsættelsesmekanisme, som består af en række generelle, vejledende regler for, hvordan priserne skal fastsættes. Kommissionen burde derfor ikke have fokuseret på, om de individuelle rabatter var genstand for en særlig overvågning, men på, om der var behov for en sådan overvågning, eftersom variationerne inden for prisfastsættelsessystemet udgør undtagelser fra de prisreferencer, der gælder for langt størstedelen af salget.

99 Hvad bilag B.17 angår, som indeholder det økonomiske rådgivningsselskab RBB Economics' rapport (herefter »RBB-rapporten«), hvorefter et pladeselskab ikke kan udlede engrospriserne af de observerede salgspriser, hvortil konkurrenternes produkter udbydes, har sagsøgeren gjort gældende, at rapporten hovedsageligt fokuserer på priserne for individuelle udgivelser og ikke på, om der for så vidt angår langt størstedelen af udgivelserne inden for et passende tidsrum er en systematisk forbindelse mellem de officielle salgspriser og nettoengrospriserne. Ganske vist kan forskellige detailhandlere følge forskellige strategier, når de fastsætter deres salgspriser, men det ville være overraskende, om der for så vidt angår en tilstrækkeligt lang række titler i en passende periode ikke var en klar og systematisk forbindelse mellem de gennemsnitlige nettopriser for de udgivelser inden for en bestemt kategori, der sælges til en bestemt detailhandler, og de faktiske engrospriser for udgivelserne. At der ikke findes én ensartet avance, som beregnes automatisk ud fra engrosprisen, betyder ikke, at detailsalgspriserne og engrospriserne er så forskellige, at det er umuligt at overvåge, om de generelle prisfastsættelsesprincipper efterleves. Inden for forskellige produktkategorier (top price, super top price, mid price, developping artists, budget osv.) følger avancerne et generelt niveau.

100 Sagsøgeren har bemærket, at rapporten ikke omfatter en undersøgelse af prisfastsættelsessystemets regler, og har udtrykt tvivl om, hvorvidt Kommissionen har forelagt den for detailhandlerne eller tredjeparter eller udbedt sig de samlede tal for priser og rabatter, som må være indeholdt i ethvert stort selskabs budget. Der drages heller ikke nogen sammenligning med de øvrige, tidligere indsamlede tal. I modsætning til rapportens vurderinger ville en sådan undersøgelse have vist følgende:

— Der er en systematisk sammenhæng mellem produktkategorierne, når de pågældende produkter defineres korrekt, således at de afspejler deres præstation, modenhed og betydning i relation til kundeunderlaget.

— Fastslåelsen af, detailhandlerne ikke beregner sig en fast avance ud fra engrospriserne, er misvisende, idet der i den forbindelse bevidst ses bort fra, at der findes forskellige kategorier af produkter og salgsfremstød, som er kendt og ensartede fra det ene store selskab til det andet. Det overses i rapporten, at der er behov for at undersøge, hvorfor de samlede rabatniveauer koncentrerer sig om et begrænset antal pris- og rabatniveauer. Variationerne i avancerne afspejler kun, at reglerne er blevet tilpasset efterspørgslen.

— Mere generelt undlod Kommissionen at tage hensyn til, at den undersøgte en branche, der vedrører intellektuel ejendomsret, på markedet for indspillet musik. At de enkelte udgivelser i løbet af deres levetid bevæger sig gennem forskellige kendte og velforståede pris- og rabatkategorier, indebærer ikke nødvendigvis, at der ikke kan herske gennemsigtighed eller endog forekomme koordinering.

Afskrækkende foranstaltninger

101 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke udførligt har undersøgt alle de mulige former for disciplinære foranstaltninger, men kun de former, der knytter sig til joint venture-aftalerne om kompilationer. Hvis et stort pladeselskab således indførte en politik, der gik ud på at sænke priserne over for detailhandlerne, ville de andre kunne straffe selskabet ved at tilskynde detailhandlerne til at forkaste politikken med lavere priser ved at tilbyde dem større rabatter og en udvidelse af reklamesamarbejdet. En anden disciplinær foranstaltning kunne bestå i at begrænse adgangen til at blive opført på hitlisterne for det »afvigende« pladeselskabs billigere produkter eller for produkter, der udgjorde en ensidig nyskabelse. Kriterierne for adgang til de nationale hitlister fastsættes normalt af udvalg, der generelt består af pladeselskaberne, undertiden i samarbejde med detailhandlerne, og drejer sig navnlig om formater og mindstepriser.

102 Kommissionen har efter sagsøgerens opfattelse gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn, idet den efter at have konstateret, at der findes troværdige disciplinære foranstaltninger, fastslog, at sådanne ikke findes, fordi den ikke havde fundet noget bevis for, at der var blevet iværksat nogen. Den mest effektive disciplinære foranstaltning er netop den, som ikke behøver at blive anvendt.

Modvægte

103 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens vurdering er ufuldstændig, da beslutningen ikke indeholder nogen undersøgelse af modvægtene på markedet. Endvidere har sagsøgeren påpeget, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter fastslog, at hverken de uafhængige pladeselskaber eller detailhandlerne øver noget effektivt konkurrencepres på de store selskaber.

Mangel på en reel undersøgelse af den fælles politik

104 Ifølge sagsøgeren fokuserede Kommissionen i sin undersøgelse på priskonkurrencen og så fuldstændig bort fra en række andre spørgsmål, skønt koordinering ifølge meddelelsen om horisontale fusioner (EUT 2004 C 31, s. 5) kan antage flere forskellige former.

105 Kommissionen burde således have undersøgt, om det er, eller ikke er, mere fordelagtigt for de store selskaber at konkurrere energisk om markedsandele i stedet for at følge en fælles politik. At de store selskabers markedsandele er relativt konstante, og at ændringer hovedsagelig skyldes overtagelse af uafhængige selskaber eller indbyrdes fusioner, vidner om, at der ikke finder nogen egentlig priskonkurrence sted eller føres en fælles politik, som bl.a. består i ikke at iværksætte konkurrencemæssige foranstaltninger, når markedet er oligopolistisk (Domstolens dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 43).

106 Kommissionen undersøgte heller ikke, om de store selskaber fører en parallel licenspolitik for onlinemusik eller for kontrakttilknytning af kunstnere. Den undersøgte ikke alle de kendetegn, der blev beskrevet i klagepunktsmeddelelsens punkt 96-116, og som viser, at markedet for indspillet musik »i særlig grad er fremmende for koordinering og letter overvågningen af en koordinering« (punkt 94 i meddelelsen). Kommissionen nævnte imidlertid ti faktorer, der tydede på et stiltiende kartel, herunder strukturelle forbindelser, licens- og distributionsaftaler samt joint ventures og kompilationer (jf. den liste, der er vedføjet stævningen som bilag A.15).

107 Kommissionen undlod ligeledes at undersøge, om fusionen kunne føre til, at deltagerne blev i stand til at mindske udbuddet for så vidt angår antallet af nye titler eller originaliteten af nyudgivelser, om fusionen ville svække kreativiteten, kvaliteten

og mangfoldigheden inden for udvalget af musik (jf. Kommissionens beslutning 2004/422/EF af 7.1.2004 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag nr. COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (EUT L 125, s. 54)), og om den ville påvirke forbrugernes valgmuligheder, således som Kommissionen gjorde i meddelelsen af klagepunkter i Time Warner/EMI-sagen (sag nr. COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (EFT 2000 C 136, s. 4) (jf. punkt 55 om marginaliseringen af uafhængige selskaber og fusionens indvirkning på udvalget og mangfoldigheden af den musik, der tilbydes offentligheden). Endelig undlod Kommissionen ved vurderingen at tage hensyn til artikel 151, stk. 4, EF og den kulturelle mangfoldighed.

c) Forkert anvendelse af reglerne om kollektive dominerende stillinger

108 Sagsøgeren har hævdet, at Kommissionen har begået tre retlige fejl.

109 For det første fastslog Kommissionen, at priserne ikke er gennemsigtige, fordi det ikke er sikkert, at der hersker fuldstændig gennemsigtighed, skønt kriteriet ifølge præmis 62 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, kun går ud på, at »gennemsigtigheden på markedet« er »tilstrækkelig til at give hvert medlem af det dominerende oligopol mulighed for på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde at få kendskab til udviklingen i alle de andre medlemmers adfærd på markedet«. I det foreliggende tilfælde hersker der tilstrækkelig gennemsigtighed.

110 For det andet fandt Kommissionen, at der på grund af rabatterne ikke føres en fælles politik, men den fandt ikke, at rabatterne havde ført til væsentlige prisnedsættelser, hvorfor der efter sagsøgerens opfattelse kun konkurreres marginalt på rabatter. Ifølge præmis 60 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, undergraver det ikke i sig selv fastslåelsen af, at der består en kollektiv dominerende stilling, at der findes en marginal konkurrence. Den erhvervsdrivende skal blot være klar over, at »et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes

side for at forøge markedsandelen (f.eks. en prisnedsættelse) vil udløse det samme tiltag fra de andre parter«. Navnlig skal Kommissionen ikke bevise, at enhver konkurrence er udelukket, men kun, at der ikke er nogen »effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende, der [...] er medlemmer af et dominerende oligopol« (jf. hvad dette angår Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 645).

111 For det tredje begik Kommissionen en retlig fejl ved at lægge til grund for sin vurdering, at der ikke tidligere er blevet fundet beviser for gengældelsesforanstaltninger, skønt den ifølge præmis 195 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, ikke nødvendigvis skal godtgøre, at der er fastsat en mere eller mindre streng egentlig »straffemekanisme«, men blot, at der findes tilstrækkelige afskrækkelsesfaktorer.

2. Andet led

112 Sagsøgeren har fremhævet, at Kommissionen for at fastslå, om en fusion styrker en dominerende stilling, på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkederne skal undersøge, hvordan fusionen vil påvirke disse markeder (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 58 og 59). Kommissionen foretog imidlertid ikke en analyse af den forventede situation og behandlede slet ikke spørgsmålet om, hvorvidt en dominerende stilling ville blive styrket, da den efter en retrospektiv undersøgelse fejlagtigt havde fastslået, at der ikke på forhånd bestod en dominerende stilling, der kunne styrkes.

113 Da spørgsmålet om, hvorvidt en dominerende stilling ville blive styrket, blev behandlet på grundlag af en retrospektiv undersøgelse, er beslutningen af de årsager, for hvilke der blev redegjort inden for rammerne af første led, behæftet med en mangelfuld begrundelse eller en åbenbar fejlvurdering, og manglen på en analyse af den forventede situation udgør en retlig fejl.

B — *Kommissionens argumenter*

114 Ifølge Kommissionen er de tre annullationsgrunde, sagsøgeren har påberåbt sig for så vidt angår markedet for indspillet musik, i vid udstrækning sammenfaldende, og Kommissionen har derfor fundet det hensigtsmæssigt først at give en fremstilling af begrundelsen for beslutningen og af det bevismateriale, som danner grundlag for dens konklusioner, derefter at kommentere en række fejlagtige fremstillinger i stævningen af beslutningens indhold og endelig at undersøge de specifikke argumenter, sagsøgeren har fremsat.

1. Kommissionens beslutning og det bevismateriale, der danner grundlag for den

a) Baggrunden

115 Kommissionen har om systemet for fastsættelse af priserne for indspillet musik forklaret, at alle de store og alle de uafhængige selskaber med regelmæssige mellemrum fastsætter en række katalogpriser for deres cd-albummer, som betegnes »officielle salgspriser« [Published Price to Dealers (PPD)]. Hvert stort pladeselskab råder normalt over flere end 50 sådanne officielle salgspriser, som er af forskellig størrelse, og som kan henføres til priskategorierne »fuld«, »mellem« eller »lav«, og fastsætter katalogprisen for hvert cd-album, det fremstiller, i forhold til en af disse officielle salgspriser. Den nettopris, en kunde (detailhandler eller grossist) reelt skal betale, er imidlertid lavere end katalogprisen som følge af fakturarabatter (almindelige eller salgsfremmende rabatter), der kan variere fra kunde til kunde, fra tidspunkt til tidspunkt og (når der er tale om en salgsfremmende rabat) fra album til album. Hvert pladeselskab forhandler med hver enkelt af sine kunder om en årlig almindelig rabat (hvis størrelse kan være forskellig, alt efter om der er tale om popmusik, klassisk musik eller albummer, for hvilke der reklameres i fjernsynet), som gælder for hele den pågældende kundes salg. Salgsfremmende rabatter fastsættes derimod fra tilfælde til tilfælde, for forskellige varigheder, for individuelle albummer eller grupper af albummer, som pladeselskabet ønsker at promovere; de indrømmes ikke nødvendigvis alle kunder og er ikke nødvendigvis lige store. Kommissionen har gjort opmærksom på, at der skal skelnes mellem nettoprisen for

et givet album over for en given kunde og den gennemsnitlige nettopris for alle de albummer, et stort pladeselskab sælger i løbet af et bestemt år, hvilken pris er lig med den kvotient, der fås ved at dividere samtlige nettopriser (som kan være meget forskellige) for individuelle albummer, der sælges til individuelle kunder, med det samlede antal albummer, der sælges af det pågældende pladeselskab.

116 Kommissionen har fastslået, at der siden 1999 er sket et betydeligt fald i efterspørgslen efter og i prisen for musik indspillet på cd (betragtning 55-59 til beslutningen).

b) De fem store markeder (Tyskland, Det Forenede Kongerige, Frankrig, Italien og Spanien)

117 Kommissionen undersøgte først, om det kunne påvises, at der bestod et stiltiende kartel mellem de store selskaber i de fem største medlemsstater (betragtning 69-108 til beslutningen). Ved at undersøge, hvordan de store selskabers faktiske gennemsnitlige nettopriser havde udviklet sig, klarlagde den, om priserne udviste parallelitet, og om den parallelitet, som eventuelt kunne konstateres, kunne bero på koordinering. I dette øjemed undersøgte Kommissionen først, om de officielle salgspriser kunne fungere som udgangspunkter, og derpå undersøgte den, om rabatterne var tilpasset til hinanden og tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en effektiv overvågning af den eventuelle koordinering af nettopriserne (betragtning 73 til beslutningen).

Indbyrdes tilpasning af de gennemsnitlige nettopriser og de officielle salgspriser

118 På de fem store markeder konstaterede Kommissionen kun en delvis sammenlignelig udvikling i de faktiske gennemsnitlige nettopriser. I alle landene havde hvert af de store selskabers faktiske gennemsnitlige nettopriser størstedelen af tiden svinget inden for et spænd på omkring 10% eller derover i forhold til hinanden.

Kommissionen fandt, af indlysende grunde, at en sådan grad af sammenlignelig udvikling ikke var afgørende (betragtning 75, 82, 89, 96 og 103 til beslutningen). For det første kunne der ikke konstateres parallelitet mellem de faktiske gennemsnitlige nettopriser. For det andet udgør parallel adfærd normalt ikke et tilstrækkeligt bevis for koordinering, hvis det ikke kan påvises, hvordan koordineringen foregår. For det tredje drog Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke den konklusion, at de store selskaber havde fået eller kunne have fået kendskab til, hvordan hvert enkelt stort selskabs gennemsnitlige nettopriser havde udviklet sig. De gennemsnitlige nettopriser afspejler mange forskellige individuelle prisfastsættelsesbeslutninger (jf. f.eks. bilag B.10), og sådanne beslutninger skal kunne fastslås med en tilstrækkelig grad af sikkerhed for at muliggøre en meningsfuld koordinering af nettopriserne.

119 Kommissionen bemærkede rent faktisk nogle faktorer, der tydede på, at katalogpriserne (dvs. de officielle salgspriser) kunne anvendes som grundlag for tilpasning. I hver af de fem store medlemsstater (bortset fra Spanien) blev der i forbindelse med størstedelen af hvert stort selskabs samlede salg (over 55% og i ét land endog 85%), for halvdelens vedkommende eller derover af de hundrede mest solgte cd'er, kun anvendt fem, og endog kun fra én til tre, officielle salgspriser i 2003. Desuden er de officielle salgspriser forholdsvis gennemsigtige, idet de er angivet i de store pladeselskabers kataloger (betragtning 76, 83, 90, 97 og 104 til beslutningen).

120 Kommissionen påviste imidlertid to former for hindringer for at benytte de officielle salgspriser som udgangspunkt for en stiltiende koordinering af nettopriserne og som middel til at overvåge, at koordineringen blev overholdt: for det første den grad af kompleksitet, der kendetegner de officielle salgspriser selv, for det andet kompleksiteten og uigennemsigtigheden af forbindelserne mellem katalogpriserne og nettopriserne.

Kompleksitet og officielle salgspriser

121 Hvad de officielle salgspriser angår udgør cd-albummer på grund af deres forskellige indhold ikke et fuldstændigt homogent produkt (betragtning 110 til beslutningen).

Om end et »kontinuum af substituerbarhed« gør det muligt at anse i det mindste albummer inden for samme genre for at tilhøre ét produktmarked (betragtning 9-13 og 110 til beslutningen), er cd-albummer ikke desto mindre forskellige, heterogene produkter. Selv om prissætningen og markedsføringen af cd-albummer er forholdsvis standardiseret på engroshandelsstadiet (de faktorer, der fremmer standardiseringen i forbindelse med fastsættelsen af engroshandelsprisen, er: de tre store priskategorier, det enkelte store pladeselskabs standardiserede system af officielle salgspriser og den omstændighed, at de almindelige rabatter, som fastsættes årligt for hver kunde, og de aftalte satser for tilbagesendelse af usolgte albummer normalt fastlægges på grundlag af et begrænset antal parametre), forventes de enkelte albummer derfor at opnå, og opnår da også, forskellige grader af succes, hvilket påvirker den oprindelige fastsættelse af den officielle salgspris, når albummet udgives, og den senere udvikling i denne pris.

122 Endvidere ville uforudsigeligheden af et albums grad af succes formentlig nødsage hvert stort pladeselskab, som ønskede at føre nøje kontrol med, at de andre store selskaber overholdt koordineringen af nettopriserne, til at overvåge den officielle salgspris for over 80 af konkurrenternes albummer i et givet land (eller over 60 sådanne albummer efter fusionen, idet hvert stort pladeselskabs 20 mest solgte albummer repræsenterer over 30% af dets samlede salg og i visse tilfælde over 50%) (betragtning 111 til beslutningen). Et selskab, der ønskede et mere fuldstændigt billede af markedet, ville skulle udvide overvågningen betydeligt, eftersom hvert stort selskabs hundrede mest solgte albummer på et år normalt udgør mellem 70 og 80% af selskabets samlede salg af musik (betragtning 71 til beslutningen), og en så omfattende overvågning forudsætter, at der følges næsten 400 albummer. Fusionsdeltagerne har fremlagt bevismateriale, hvoraf det fremgår, at der ofte er sket meget store ændringer fra kvartal til kvartal i den måde, hvorpå de officielle salgspriser for deres 20 mest solgte almindelige cd-albummer er sammensat (jf. bilag B.3). Skønt de ugentlige hitlister letter en sådan overvågning ved at vise, hvilke titler der bliver »hits« (betragtning 112 til beslutningen), løser de ikke problemet.

123 Med hensyn til bemærkningen i beslutningen om, at »visse oplysninger tydede på, at de officielle salgspriser kunne være blevet anvendt som grundlag for en indbyrdes tilpasning af de store pladeselskabers priser«, har Kommissionen fremhævet, at der ikke er tale om en endelig konklusion. Skønt den fandt, at det syntes muligt at

overvåge katalogpriserne, viser de variationer i anvendelsen af forskellige officielle salgspriser, der fremgår af bilag B.3 til svarskriftet, at en sådan overvågning, sammen med bestræbelserne for at fastslå praksis med hensyn til rabatter, i det mindste ville være meget ressourcekrævende.

Indbyrdes tilpasning af rabatterne og disses kompleksitet

124 Kommissionen konstaterede, at der i de fem store medlemsstater i en periode på seks år havde været en tæt sammenhæng mellem udviklingen i Sonys og BMG's gennemsnitlige bruttopriser og udviklingen i selskabernes faktiske gennemsnitlige nettopriser og for samtlige albummers vedkommende et fra tidspunkt til tidspunkt meget konstant forhold mellem nettoprisen og bruttoprisen (betragtning 77, 84, 91, 98 og 105 til beslutningen). Det konstante forhold mellem hver enkelt fusionsdeltagers gennemsnitlige brutto- og nettopriser (dvs. den gennemsnitlige rabat) for alle albummer under et i et givet land udjævner imidlertid uundgåeligt virkningerne af de forskellige former for fakturarabatter (almindelige og salgsfremmende), som indrømmes forskellige kunder, og forskellene mellem de fakturarabatter (hovedsagelig salgsfremmende), der indrømmes for individuelle albummer. Også konklusionen om, at forholdet mellem nettoprisen og bruttoprisen er forholdsvis konstant, kræver en nærmere præcisering på grund af undersøgelsens metodologiske begrænsninger. Hvad dette angår har Kommissionen peget på, dels at der kun er medtaget tal for Sony og BMG, idet de øvrige selskaber havde oplyst, at de kun fakturerede nettopriser, dels at fusionsdeltagerne for at løse det problem, at et givet album kan have flere forskellige officielle salgspriser i løbet af et år, havde tildelt hvert album én samlet bruttopris, der svarede til den officielle salgspris, hvortil albummet var solgt mest det pågældende år (bruttosalget pr. album er således blevet beregnet blot ved at multiplicere den officielle salgspris med antallet af solgte albummer). Den registrerede bruttopris for hvert album, som er blevet anvendt til at beregne hvert stort selskabs gennemsnitlige bruttopris, er derfor omtrentlig.

125 Desuden er et konstant forhold mellem de gennemsnitlige bruttopriser og de gennemsnitlige nettopriser ikke tilstrækkeligt til at påvise, at en koordinering allerede har fundet sted, eller at en sådan er sandsynlig i fremtiden, når der ikke kan

påvises nogen metode, som gør det muligt for de store selskaber at overvåge denne sammenhæng mellem brutto- og nettopriserne ud fra en lang række individuelle prisfastsættelsesbeslutninger. Kommissionen fandt ikke tilstrækkelige beviser for, at der findes en sådan metode.

126 Kommissionen konstaterede indledningsvis, at Sonys og BMG's fakturarabatter (almindelige og salgsfremmende) udgjorde langt de største rabatter i alle de store medlemsstater (undtagen i Frankrig for så vidt angår BMG). Det generelle niveau af de fakturarabatter, fusionsdeltagerne hver især ydede, varierede i en vis udstrækning, når det blev udtrykt som en andel af parternes respektive samlede bruttosalg til deres 20 største kunder i de nævnte medlemsstater (forskellen mellem niveauerne var på [*fortroligt*] procentpoint af fusionsdeltagernes respektive samlede bruttosalg i Italien, på [*fortroligt*] procentpoint i Det Forenede Kongerige og Spanien, på [*fortroligt*] procentpoint i Tyskland og på [*fortroligt*] procentpoint i Frankrig).

127 Endvidere fandt Kommissionen ikke noget bevis for, at fusionsdeltagernes fakturarabatter i tilstrækkelig grad var tilpasset til hinanden fra kunde til kunde til, at det kunne fastslås, at der forelå koordinering og gennemsigtighed. I betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 til beslutningen angives forskellene mellem de to fusionsdeltageres samlede fakturarabatter for individuelle kunder, udtrykt som en andel af bruttosalget til hver af de pågældende kunder. Kommissionen konstaterede, at de gennemsnitlige fakturarabatter, fusionsdeltagerne i perioden 2000-2003 hver især havde indrømmet deres ti største fælles kunder i de store medlemsstater, bortset fra Frankrig, varierede fra 2 til 5% (Det Forenede Kongerige, Tyskland, Spanien) eller fra 1 til 3% (Italien). I Det Forenede Kongerige, Tyskland og Spanien varierede fusionsdeltagernes gennemsnitlige årlige rabatter til nogle af deres vigtigste kunder i visse år med over 5% af deres respektive bruttosalg til de pågældende kunder. I Frankrig (betragtning 86 til beslutningen) udviste fusionsdeltagernes gennemsnitlige årlige rabatter til deres femten største fælles kunder mere markante forskelle, som kunne udgøre indtil 10%. På grund af omfanget af BMG's efterfølgende og »aftalemæssige« rabatter i Frankrig undersøgte Kommissionen ligeledes de samlede rabatter. Den konstaterede, at forskellene for de to fusionsdeltageres vedkommende inden for denne kundegruppe i 2003 kunne være

på indtil 3% og på indtil 5% for tre kunders vedkommende. I alle de store medlemsstater skyldtes svingningerne hovedsagelig salgsfremmende rabatter.

128 Kommissionen tog ligeledes hensyn til oplysninger fra alle de store medlemsstater (betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 til beslutningen), hvorefter de rabatter, de to fusionsdeltagere havde ydet, udviste tre former for variation (disse konklusioner bygger på dataene i bilag B.A til B.14):

— For en given kunde varierede rabatterne fra tidspunkt til tidspunkt.

— For en given kunde varierede rabatterne fra album til album.

— For et givet album varierede rabatterne fra kunde til kunde.

129 Skønt bilag B.4, der består af diagrammer, som var vedføjet meddelelsen af klagepunkter, og hvori angives fusionsdeltagernes gennemsnitlige fakturarabatter til hver af deres ti største fælles kunder (dvs. for hvert enkelt år de samlede fakturarabatter, som blev indrømmet en given kunde, divideret med det samlede bruttosalg til denne kunde) i Det Forenede Kongerige, Tyskland og Spanien i perioden 2000-2003, viser, at rabatterne ud fra en samlet betragtning er tidsmæssigt konstante (punkt 88 i meddelelsen af klagepunkter), har fusionsdeltagerne på grundlag af de samme diagrammer gjort gældende, at deres respektive behandling af en række kunder i Det Forenede Kongerige, Tyskland og Spanien udviste betydelige forskelle (jf. bilag B.5, svaret på meddelelsen af klagepunkter, punkt 4.21).

130 Med hensyn til sagsøgerens bemærkning om, at »det langtfra er klart, om forskellene mellem de rabatter, de ti største kunder har opnået, er udtryk for en forskellig behandling eller for, at de respektive fusionsdeltageres porteføljer har givet forskellige resultater«, har Kommissionen bemærket, at når dette langt fra er klart selv for en iagttager med adgang til samtlige data, er det vanskeligt at forestille sig, hvordan de store selskaber i en markedssituation med stiltiende koordinering og mangelfuld information skulle kunne udelukke de »forstyrrelser«, porteføljens sammensætning giver anledning til, med henblik på at danne sig et præcist billede af praksis med hensyn til rabatter eller af den politik, der danner grundlag derfor.

131 Bilag B.6 til svarskriftet, hvori der gengives bevismateriale fremlagt af fusionsdeltagerne, som omfatter en periode på fem år, viser for hver af de fem store medlemsstater og inden for et i visse tilfælde meget bredt spænd variationerne i de fakturarabatter, hver fusionsdeltager har indrømmet sine ti største kunder for sine 20 mest solgte almindelige cd-albummer i et givet år; disse repræsenterer en væsentlig del af de store selskabers omsætning, hvorfor en konstaterbar og ens behandling med hensyn til officielle salgspriser og rabatter ville være en væsentlig komponent i en eventuel koordinering af nettopriserne. Hver tabel viser for et givet pladeselskab i et givet land, såvel at nogle kunder er blevet indrømmet meget forskellige rabatter i et bestemt år eller antal år for de mest solgte af de pågældende albummer, som at der er markante forskelle mellem de største og/eller de mindste rabatter, der er blevet indrømmet forskellige kunder i et givet år, endog kunder, der tilhører samme kategori (f.eks. grossister, specialiserede detailhandlere, supermarkeder).

132 Desuden leder en sammenligning af tabellerne i bilaget for Sonys og BMG's vedkommende, uanset landet, til den konklusion, at der ofte har været stor forskel på de rabatter, hver enkelt selskab har indrømmet hvilken som helst kunde i hvilket som helst år; det gælder såvel de største og de mindste rabatter, der blev indrømmet i den pågældende periode, som forskellen mellem de to tal.

133 Kommissionen finder ikke, at sagsøgerens synspunkt, hvorefter tabellerne udviser »interessante regelmæssigheder«, er relevant, og har anført, at ingen sådan »regelmæssighed« mindsker betydningen af variationerne i rabatterne som beviser for nettoprisfastsættelsens kompleksitet og uigennemsigtighed.

134 Bilag B.8, der viser fordelingen pr. spænd af de rabatter, fusionsdeltagerne indrømmede for deres respektive 20 mest solgte albummer i perioden 1998-2003 i de fem store medlemsstater, gjorde det muligt for Kommissionen at fastslå, for hvor stor en del af hver fusionsdeltagers salg til samtlige kunder af selskabets 20 mest solgte almindelige cd-albummer der blev indrømmet en bestemt rabat (udtrykt i snævre spænd på 2,5%) i forhold til de pågældende albummers katalogpriser. Mere generelt viser den lodrette kolonne for hvert år i tabellen, at ingen af de to store selskaber, uanset hvilket år eller land der er tale om, fulgte en ensartet praksis med hensyn til rabatter, selv for så vidt angår dette begrænsede udvalg af deres mest solgte albummer. De vandrette linjer, som repræsenterer de forskellige snævre rabatspænd, viser ligeledes, at fusionsdeltageres respektive rabatpraksis har varieret fra tidspunkt til tidspunkt og fra år til år.

135 Desuden viser et af bilagene til svarskriftet (bilag B.9), at der var en markant forskel på fordelingen af de rabatter, henholdsvis Sony og BMG ydede for selskabets 20 mest solgte albummer i 2003.

136 Sagsøgerens bemærkning om, at den omstændighed, at rabatspændene er forskellige, ikke udelukker, at rabatterne bygger på en række kendte regler, beror på den fejlagtige antagelse, at det er tilstrækkeligt til, at alle de store selskaber kan være sikre på, at en række regler overholdes, at de pågældende regler er kendt.

137 Kommissionen har bemærket, at sagsøgerens undersøgelse af korrelationen i bilag D.3 kun omfatter én fusionsdeltagers rabatter gennem tiden og ikke spørgsmålet om en indbyrdes tilpasning mellem fusionsdeltagerne. Selv hvis, endvidere, undersøgelsen viste, at hver enkelt fusionsdeltagers rabatstruktur trods ændringer i aktivitetssammensætningen tidsmæssigt var forholdsvis konstant, ville det rent faktisk bekræfte Kommissionens argument om, at tallene for de gennemsnitlige nettopriser kan skjule betydelige svingninger fra album til album eller fra kunde til kunde. Endelig mindsker de snævre rabatspænd (på 2,5%) i diagrammerne, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, reelt undersøgelsens følsomhed over for små ændringer i rabatterne.

138 Endvidere er der efter Kommissionens opfattelse ikke grundlag for sagsøgerens bemærkninger til nogle af diagrammerne, hvorefter disse snarere viser, at rabatterne er konstante, eller at der er en høj grad af korrelation mellem fusionsdeltagerne.

139 Bilag B.10, som for de fem store medlemsstater angiver nettoprisernes fordeling på hver af de to fusionsdeltageres fem største kunder, viser, at:

— fordelingen af nettopriserne varierer meget fra det ene store selskab til det andet, såvel generelt som for specifikke kunders vedkommende

— det varierer meget, hvordan forskellige kunders indkøb hos et givet selskab fordeler sig på forskellige nettoprisspænd; det gælder også kunder, der tilhører den samme kategori (såsom grossister, specialiserede detailhandlere, supermarkeder), i den udstrækning der i tabellen optræder mere end én kunde i en given kategori.

140 Kommissionen er enig med sagsøgeren i, at variationerne i fordelingen af de nettopriser, vigtige kunder har betalt de forskellige store selskaber, kan henføres til forskellene i kundernes indkøbsvaner og til pladeselskabets produktsortiment. Variationerne er imidlertid langtfra irrelevante. Selv om et stort pladeselskab kunne skaffe sig kendskab til de forskellige nettopriser, en fælles kunde havde betalt for forskellige plader fra et andet stort selskab (hvilket ud fra det foreliggende bevismateriale forekommer usandsynligt), ville selskabet nemlig ikke uden i det mindste at råde over langt flere oplysninger om de albummer, priserne vedrørte, kunne vide, om de pågældende priser var udtryk for, at det andet selskab havde overholdt de af sagsøgeren påståede, nødvendigvis komplekse, regler, eller for, at det havde afveget fra dem.

141 Hvis, endvidere, det var produktsortimentet og den forskellige grad af succes, der var forklaringen på alle eller størstedelen af de vejede variationer i den prisfordeling, der fremgår af dette bilag, ville det ligeledes vise, at ethvert forsøg på en koordinering, der byggede på samtlige gennemsnitlige nettopriser, ville slå fejl, således som sagsøgeren har gjort gældende.

142 Kommissionen har bestridt, at de oplysninger, sagsøgeren har påberåbt sig for at vise, at de ved svarskriftet bilagte dokumenter ikke beviser, at der forekommer betydelige variationer i priserne, er relevante.

143 Desuden råder Kommissionen ligeledes over bevismateriale vedrørende de officielle salgspriser i fuldpriskategorien (jf. bilag 11), som viser, at nogle af den ene af de to fusionsdeltageres meget vigtige kunder i løbet af et år (2003) alle betalte det pågældende pladeselskab forskellige nettopriser (de var med andre ord blevet indrømmet forskellige rabatter) for albummer med den samme officielle salgspris. Der er ofte en betydelig forskel på den højeste og den laveste nettopris, der betales for albummer, som har den samme officielle salgspris.

144 Det fremgår af det af BMG fremlagte bevismateriale (jf. bilag B.12) vedrørende den del af den samlede gennemsnitlige rabat, som blev indrømmet selskabets ti største kunder, at de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter pr. kunde i ét land (land F) svingede mellem ca. 8,5% og 13%, hvilket for næsten samtlige kunders vedkommende langt overgik de gennemsnitlige almindelige rabatter (der varierede fra 3 til 10%), mens den gennemsnitlige salgsfremmende rabat (der svingede mellem 2 og 5%) i et andet land (land C) repræsenterede ca. halvdelen eller endog mere af den største generelt gældende rabat, dvs. ikke medregnet den specifikke engrosrabat. I de tre øvrige lande (land B, D og A) varierede de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter markant fra kunde til kunde, idet de svingede mellem henholdsvis 0,5 og 12,5%, 0,5 og 13%, samt ca. 2,5% og 14,5%. I de tre lande oversteg de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter for en af de største kunders vedkommende de gennemsnitlige almindelige rabatter, mens de for andres var langt mindre.

145 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, betyder den omstændighed, at alle de nævnte bilag kun viser forskelle i en af de anmeldende parters nettopriser eller rabatter, ikke, at forskellene er irrelevante. At et af de store pladeselskabers rabatter er forskellige fra kunde til kunde (herunder kunder af samme type, der kan forventes at interessere sig for sammenlignelige dele af selskabets produktsortiment), viser nemlig, at selv hvis en konkurrent fik kendskab til de rabatter, det pågældende store pladeselskab havde indrømmet en kunde, ville dette kendskab ikke kunne ekstrapoleres til at gælde selskabets generelle rabatpraksis. Desuden ville det kræve alt for komplicerede regler at gennemføre en koordinering, der omfattede såvel individuelle kunder som typer af kunder.

146 Kommissionen har ligeledes modtaget »vidneforklaringer«, hvoraf det fremgår, at det samme pladeselskab har ydet salgsfremmende rabatter for såvel præsentationsalbummer som titelkataloget (bilag B.2).

147 Dette bekræftes af bilag B.13, der består af diagrammer fremlagt af fusionsdeltagerne, som for hvert af de fem store lande viser, hvilke fakturarabatter hver enkelt deltager indrømmede selskabernes største fælles kunder for deres mest solgte

albummer i 2002, og hvoraf det fremgår, at de officielle salgspriser i fuldpriskategorien var meget sammenlignelige. Kommissionen har peget på, at den almindelige rabat i et givet år skulle være konstant, uanset hvilket album, hvilket pladeselskab og hvilken kunde der er tale om, og har udledt, at variationen i de fakturarabatter, et givet stort pladeselskab har indrømmet en given kunde for forskellige albummer med den samme officielle salgspris, må bero på de salgsfremmende rabatter, der på et tidspunkt er indrømmet for de pågældende præsentationsalbummer. Diagrammerne viser, at begge de anmeldende pladeselskabers faktureringspraksis i alle de pågældende lande udviste sådanne variationer, i hvert fald over for nogle kunder.

148 Kommissionen har fremhævet, at sagsøgeren har beskyldt den for ikke at have undersøgt »en række enkle principper, som ville gøre det muligt at sondre mellem albummer med samme referencepris, og som kunne forklare forskellene mellem de salgsfremmende rabatter«, men at sagsøgeren i sin beskrivelse af disse principper har henvist til seks kriterier, som, da de i princippet er forenelige med hinanden, ville føre til en betydelig forøgelse af antallet af kombinationer af potentielt gældende regler alene for salgsfremmende rabatter. Desuden har sagsøgeren ikke gjort noget forsøg på en kvantificering, skønt dette må være en væsentlig faktor, hvis reglerne for priskoordinering skal gøre det muligt at forudsige rimeligt nøjagtigt, hvor stor en rabat der vil blive indrømmet for en given titel inden for rammerne af en given reklamekampagne — og, naturligvis, at fastslå, om de faktiske rabatter er i overensstemmelse med de pågældende regler, eller om de ikke følger de fælles principper for prisfastsættelsen.

149 At de salgsfremmende rabatter varierer, fremgår af en række eksempler: Forskellige kundetyper er blevet indrømmet rabatter af forskellig størrelse for albummer inden for samme musikgenre, forskellige kunder er blevet indrømmet rabatter af forskellig størrelse for det samme album, den samme kunde er blevet indrømmet rabatter af forskellig størrelse for forskellige albummer, den samme kunde er blevet indrømmet tidsbegrænsede rabatter for et bestemt album.

150 Endelig underbygges Kommissionens generelle konklusion, hvorefter der på de store markeder er »en vis variation i størrelsen af de store selskabers rabatter« (betragtning 78, 85, 92, 99 og 106 til beslutningen), ligeledes af bevismateriale af

økonomisk art vedrørende de fem store selskabers rabatter. Fusionsdeltagernes økonomiske eksperter fastslog følgende i RBB-rapporten på grundlag af de oplysninger, Kommissionen havde indhentet hos de fem store selskaber om de fakturarabatter, de havde ydet i 2003:

»Vi sammenligner ligeledes fordelingen af de fakturarabatter, part A, B, C, D og E indrømmede i de fem vigtigste lande i 2003. Det fremgår af undersøgelsen, at der var betydelige forskelle i fordelingen af de rabatter, de fem store selskaber ydede af denne type. Det bekræfter, at deres prissætningspolitik ikke er koordineret på nuværende tidspunkt.«

Rabatternes gennemsigtighed

151 Det anføres i beslutningen, at de store selskaber ifølge flere kunder i de fem store medlemsstater havde »et vist kendskab« til de almindelige (mere konstante) rabatter, som deres konkurrenter indrømmede (jf. fodnote 45, 49, 52, 55 og 57 til beslutningen). Dette spørgsmål blev drøftet indgående under den af Kommissionen afholdte høring. Fusionsdeltagerne gjorde gældende, at der i nogle af de bekræftende svar enten kun blev henvist til de officielle salgspriser eller ikke blev sondret mellem officielle salgspriser og rabatter. Kun i fem svar (hidrørende fra Belgien, Frankrig og Italien) af i alt 36 tilgængelige fra samtlige lande blev det udtrykkeligt angivet, at rabatterne til en vis grad var gennemsigtige, mens der i 11 svar blev fremført den modsatte opfattelse. Kommissionen fastslog på grundlag af detailhandlernes svar, »vidneforklaringerne« fra Sonys og BMG's ledende medarbejdere på nationalt plan (jf. de relevante uddrag i bilag B.2) og manglen på rabatoplysninger i de overvågningsrapporter fra salgsrepræsentanter, der var blevet fremlagt for den (jf. bilag B.15), at de store selskaber efter nogle detailhandleres opfattelse ganske vist havde opnået et vist kendskab til de andre store selskabers prissætningspolitik, men at dette kendskab kunne gælde de forholdsvis gennemsigtige officielle salgspriser og i en vis udstrækning de almindelige rabatter, som var genstand for en årlig forhandling, men sandsynligvis ikke omfattede de salgsfremmende rabatter, hvorom der blev forhandlet fra tilfælde til tilfælde. De store selskabers forbindelser med en stabil kundekreds (betragtning 112 til beslutningen) kunne gøre det muligt for

selskaberne at komme i besiddelse af visse oplysninger om de årlige rabatter, men syntes ikke at fremme gennemsigtighed med hensyn til kortvarige salgsfremstød.

152 Kommissionen fastslog, at de salgsfremmende rabatter var mindre gennemsigtige end de almindelige, og at det ville kræve omhyggelig observation af salgsfremstødene på markedet at overvåge dem (betragtning 80, 87, 94, 101 og 108 til beslutningen). Det system med ugentlige rapporter (med iagttagelser om konkurrenterne), Sonys og BMG's salgsorganisationer havde indført, tilvejebragte dog ikke den nødvendige grad af gennemsigtighed med hensyn til salgsfremmende rabatter. Navnlig fandt Kommissionen ikke tilstrækkelige beviser for, at overvågningen af detailpriserne eller kontakterne til detailhandlerne havde gjort det muligt for de store selskaber at råde bod på rabatternes, navnlig de salgsfremmende rabatters, mangel på gennemsigtighed.

153 De af fusionsdeltagerne fremlagte markedsovervågningsrapporter i bilag B.15 indeholder ikke den form for detaljerede oplysninger om konkurrenternes rabatter, der ville gøre det muligt effektivt at overvåge, hvilke nettopriser de forskellige kunder skal betale for individuelle albummer. Desuden er rapporterne langt kortere i andre lande, hvis de overhovedet findes dér. Bl.a. fremlægger BMG's repræsentanter kun formelle overvågningsrapporter i Frankrig og Østrig.

154 Kommissionen har medgivet, at den ikke har let ved at bevise, at der ikke findes nogen prisfastsættelsesmekanisme, der består i en række generelle regler, men har bemærket, at sagsøgeren ikke har gjort sig den ulejlighed at fremlægge et positivt bevis, hverken for hvordan en sådan prisfastsættelsesmekanisme er opbygget, og hvordan den er blevet anvendt på utallige individuelle kontrakter, eller for hvordan det sikres, at den overholdes.

155 Endvidere har Kommissionen udtrykt forbavselse over, at sagsøgeren direkte har bestridt, at dannelsen af en kollektiv dominerende stilling forudsætter overvågning.

156 Kommissionens konklusion, hvorefter det er ineffektivt at overvåge detailsalget, bygger ligeledes på, at detailprisfastsættelsen er kompleks og uigennemsigtig. En undersøgelse fremlagt af fusionsdeltagerne (bilag B.17) viser, at der er store forskelle mellem de største detailhandleres detailpriser for sammenlignelige cd'er inden for hvert af de store prissegmenter (fuldpris, mellempris og lavpris), og at fastsættelsen af detailpriserne er lige så kompleks som fastsættelsen af engrospriserne. Desuden varierede detailprisen for et givet album i det samme udvalg af de fem mest solgte cd'er ofte både fra tidspunkt til tidspunkt for hvilken som helst detailhandlers vedkommende og, mere udtalt, fra detailhandler til detailhandler på et hvilket som helst tidspunkt.

157 Bevismaterialet (i bilag B.17, afsnit 2) viser, at en intensiv overvågning fra de store selskabers side af udviklingen i hver enkelt detailhandlers priser for hvert enkelt væsentligt album ikke gør det muligt for et stort pladeselskab at udlede, hvilken praksis selskabets vigtigste konkurrenter følger med hensyn til fastsættelse af nettoprisen (officiel salgspris minus fakturarabat) for et givet album. Detailhandlerne foretager nemlig hverken for samtlige albumkategoriers endsige for den mere begrænsede fuldpriskategoris vedkommende systematisk den samme forhøjelse af engrosprisen på et givet tidspunkt (tabel 2.1).

158 Endelig fandt Kommissionen ikke nogen påviselig sammenhæng mellem detailpriserne for albummer med den samme officielle salgspris og de fakturarabatter, som var blevet indrømmet for de pågældende albummer. Tværtimod synes den af fusionsdeltagerne fremlagte undersøgelse at vise, at der for hverken de af fuldpriskategorien omfattede albummers eller de øvrige albummers vedkommende var nogen klar sammenhæng mellem på den ene side variationerne i detailprisen for et givet album på et givet tidspunkt på forskellige detailsalgssteder og på den anden de fakturarabatter, som var blevet indrømmet detailhandlerne for det pågældende album (tabel 3.1).

159 Stillet over for en så varieret og uforudsigelig praksis med hensyn til fastsættelse af detailpriserne kan et stort pladeselskab ikke med sikkerhed udlede, at en given detailhandler vil anvende det samme avanceniveau eller -mønster, som han har anvendt på det pågældende selskabs egne albummer, på tilsvarende albummer fra de øvrige store selskaber, og selskabet kan heller ikke, hverken for et givet albums

vedkommende eller generelt, danne sig et pålideligt billede af konkurrenternes nettopriser på grundlag af det forhold mellem detailprisen og engrosprisen, som en given detailhandler har fastsat for selskabets egne albummer, hvad enten forholdet anskues i relation til det enkelte album eller generelt.

160 Kommissionen har fremhævet, at sagsøgerens påstand om, at »det ville være overraskende, om der for så vidt angår en tilstrækkeligt lang række titler i en passende periode ikke var en klar og systematisk sammenhæng mellem de gennemsnitlige nettopriser for de udgivelser inden for en bestemt kategori, der sælges til en bestemt detailhandler, og de faktiske engrospriser for udgivelserne«, ikke støttes af noget bevis. Et tilstrækkeligt stort samlet antal albummer og et tilstrækkeligt langt tidsrum vil være tilbøjelige til at sløre de forskelle mellem de enkelte titler, som en stiltiende koordinering nødvendigvis må fokusere på, og som ofte sælges i betydeligt antal. Et stort pladeselskab vil ikke ud fra forholdet mellem detailprisen og engrosprisen for sine egne albummer — der, således som sagsøgeren har påpeget i alle sine indlæg, til enhver tid udgør et sortiment af specifikke produkter — med sikkerhed kunne fastslå, om dette forhold også gælder for de øvrige store selskaber.

161 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgerens kritik af RBB-rapporten og af den omstændighed, at Kommissionen angiveligt ikke forelagde rapporten for de erhvervsdrivende på markedet, begrænser sig til en række uunderbyggede påstande.

Strukturelle forbindelser

162 For så vidt angår kompilationer påviste fusionsdeltagerne, at partnerne i et joint venture kun modtager en gennemsnitlig rabat (ikke fordelt på rabattype eller kunde) af salget af det pågældende kompilationsalbum. I betragtning af de konstaterede forskelle i praksis med hensyn til rabatter alt efter album, kunde og tidspunkt, de salgsfremmende rabatters størrelse og de sandsynlige forskelle mellem de salgsfremmende rabatter for henholdsvis kompilationer og almindelige albummer, kan kompilationer ikke sikre den nødvendige gennemsigtighed og er derfor ikke relevante for Kommissionens undersøgelse.

163 På samme måde omfatter distributions- og licensaftaler kun sjældent mere end to store selskaber og udgør derfor ikke en passende kilde til den multilaterale udveksling af meget komplekse oplysninger om fastsættelsen af alle de store selskabers nettopriser, som ville være nødvendig for en stiltiende koordinering på dette grundlag. Da, endelig, forhandlingerne om royalties i forbindelse med musikudgivelse er kollektive, finder sted mellem de nationale sammenslutninger af pladeselskaber (store selskaber og uafhængige selskaber) og de nationale selskaber til forvaltning af ophavsret (der repræsenterer udgivere og forfattere) og ikke omfatter fastsættelse af priserne for indspillet musik, har Kommissionen draget den konklusion, at de ikke er relevante for undersøgelsen af spørgsmålet om gennemsigtighed.

Gengældelsesforanstaltninger

164 Det fremgår af betragtning 114 og 118 til beslutningen, at Kommissionen ikke forsøgte at klarlægge, om der fandtes troværdige gengældelsesmekanismer (den konstaterede flere potentielt troværdige mekanismer), men at den snarere forsøgte at fastslå, om den parallelitet og stabilitet, den inden for rammerne af en række meget generelle dele af sin undersøgelse havde konstateret, at rabatterne udviste, på trods af kompleksiteten af de individuelle beslutninger om fastsættelse af nettopriserne, de individuelle nettoprisers spredning på flere forskellige plan og den tilsyneladende mangel på tilstrækkelig gennemsigtighed kunne skyldes en stiltiende koordinering. Klare beviser for gengældelsesforanstaltninger, som de andre store selskaber havde truffet som reaktion på en »afvigelse« i forhold til de gennemsnitlige nettoprisers eller rabatternes normale niveauer, kunne have udgjort en (om end, utvivlsomt, ikke afgørende) indikation for, at der forekom koordinering. Mangel på beviser for gengældelsesforanstaltninger i form af en generelt forøget konkurrence på priser eller kompilationer, onlinemusik eller musikudgivelse kunne betragtes som en »negativ« indikation for, at den grad af koordinering, der var konstateret på generelt plan, ikke var et resultat af en stiltiende koordinering.

165 Med hensyn til det mere generelle spørgsmål, om der findes gengældelsesmekanismer, som er tilstrækkeligt troværdige til at sikre en varig koordinering på markedet for indspillet musik, anså Kommissionen (bortset fra en tilbagevenden til

priskonkurrence) klart muligheden for, at den afvigende virksomhed blev udelukket fra kompilationsalbummer eller blev mødt med afslag på deltagelse i dens egne kompilationer, for at være den metode, der fortjente størst opmærksomhed. Kommissionens oplysninger i betragtning 116 og 117 til beslutningen er ikke overbevisende. For det første råder de store selskaber rent faktisk over et net af fælles kompilationsvirksomheder (betragtning 116 til beslutningen), og sådanne albummer repræsenterer en væsentlig del af markedet for indspillet musik (mellem 15 og 20%) og præsterer for størstedelens vedkommende et væsentligt salg (betragtning 115 til beslutningen). For det andet synes det at være af afgørende betydning for denne succes, at der er tale om en blanding af kunstnere fra forskellige pladeselskaber (betragtning 115 til beslutningen), eftersom der deltager to eller tre store selskaber i langt de fleste af de kompilationer, der sælges (betragtning 116 til beslutningen). Det er klart, at anvendelsen af denne gengældelsesmekanisme kan føre til tab af den yderligere fortjeneste, en kompilation medfører, hvori der deltager kunstnere fra den afvigende virksomhed. På grundlag af denne blanding af tilskyndende og afskrækkende faktorer og i mangel af beviser for, at der tidligere var blevet iværksat eller fremsat trusler om gengældelsesforanstaltninger af denne art, kunne Kommissionen ikke fastslå, at der fandtes eller havde fandtes foranstaltninger, »som generelt kunne udgøre troværdige gengældelsesforanstaltninger for de store selskaber«, der enten havde været eller ville være tilstrækkeligt troværdige til at sikre en koordinering.

c) Andre medlemsstater

166 I de øvrige, mindre, medlemsstater blev der i forbindelse med størstedelen af hvert stort selskabs samlede salg (fra 50 til 60% og fra 90 til 100%) anvendt fem officielle salgspriser (bortset fra i Østrig), og for alle de store selskabers vedkommende repræsenterede to officielle salgspriser fra 30 til 40% og fra 60 til 70% af det samlede salg af cd'er i 2003.

167 Endvidere udviste fakturarabatterne for begge fusionsdeltageres vedkommende store variationer fra kunde til kunde. Den mindste forskel mellem de største og de mindste gennemsnitlige rabatter, som den ene af fusionsdeltagerne havde indrømmet sine ti største kunder (i Irland de fem største), var på 5,7%, mens

forskellen mellem de største og de mindste gennemsnitlige rabatter, der var blevet indrømmet en kunde, som var en af de ti største, for begge de anmeldende parters vedkommende var ikke på under 10%.

168 Kommissionen konstaterede, at der var en række ligheder mellem de små landes markeder og de store markeder. Det var umuligt udelukkende på grundlag af bevismateriale for de små lande at påvise en egentlig stiltiende koordinering mellem de store selskaber på disse markeder.

2. Fejlagtig fremstilling af beslutningen i stævningen

169 Kommissionen har indledningsvis erindret om, at en meddelelse af klagepunkter kun er en foreløbig akt af forberedende karakter (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, International Business Machines mod Kommissionen, Sml. s. 2639), og at den ikke er særligt forpligtet til at angive, hvorfor den har fraveget sit foreløbige standpunkt. Det er ikke tilstrækkeligt, at sagsøgeren bemærker, at forholdene på markedet ikke har ændret sig i perioden mellem meddelelsen af klagepunkter og vedtagelsen af beslutningen. Skønt dette for en stor dels vedkommende kan være rigtigt ud fra en objektiv synsvinkel, er det givet ikke rigtigt, når det gælder udstrækningen af Kommissionens kendskab til og forståelse af markedet. Kommissionen tog med henblik på fastlæggelsen af sit endelige standpunkt behørigt hensyn til det nærmere indhold af de bemærkninger, fusionsdeltagerne havde fremsat som svar på meddelelsen af klagepunkter.

170 Kommissionen har bemærket, at sagsøgeren på flere punkter har givet en fordrejet fremstilling af beslutningen.

171 For det første angives det ikke i beslutningen, at de store selskaber udviser »alle de træk, der kendetegner en gruppe, som indtager en dominerende stilling«.

172 Endvidere fastslås det ikke i beslutningen, at de store selskaber har været i stand til at opretholde høje priser. Tværtimod angives det i betragtning 56 til beslutningen, at priserne er faldet, dog mindre end hævdet af fusionsdeltagerne, og betragtning 58 til beslutningen vedrører kun cd-prisernes niveau, der beskrives som højt.

173 Endelig fastslås det ikke i beslutningen, at markedet udviser alle de kendetegn, som er fremmende for en stiltiende koordinering. Det angives navnlig ikke i beslutningen, at en koordinering faktisk har fundet sted, men kun, at Kommissionen opdagede visse tegn på koordinering (betragtning 109 til beslutningen). Kommissionen peger ganske vist i betragtning 112 og 113 til beslutningen på, at kundeunderlaget udviser en vis stabilitet, og at der finder en form for overvågning sted, men finder ikke, at denne overvågning er tilstrækkelig til at råde bod på rabatternes, herunder navnlig de salgsfremmende rabatters, mangel på gennemsigtighed.

3. Første led

a) Tilsidesættelse af begrundelsespligten

174 Inden undersøgelsen af de konkrete argumenter, sagsøgeren har fremsat, har Kommissionen fundet det hensigtsmæssigt at give en fremstilling af de generelle krav, der er fastsat i artikel 253 EF.

175 For det første har Kommissionen understreget, at der skal skelnes mellem en angivelig mangel på en tilstrækkelig klar begrundelse for vedtagelsen af en retsakt og en angivelse af grunde, som bygger på faktuelle fejl, fejlagtige vurderinger eller retlige fejl, idet sidstnævnte tilfælde, da det vedrører beslutningens rigtighed og ikke angår spørgsmålet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, ikke udgør en tilsidesættelse af artikel 253 EF (Rettens dom af 7.11.1997, sag T-84/96, Cipeke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2081, præmis 46 og 47, og af 14.5.1998, sag T-295/94, Buchmann mod Kommissionen, Sml. II, s. 813, præmis 44 og 45).

176 For det andet har Kommissionen erindret om, at det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, der kræves efter artikel 253 EF, skal være tilpasset den pågældende retsakts karakter, og at det klart og utvetydigt skal fremgå af den, hvilke betragtninger institutionen har lagt til grund, og at Kommissionen ikke er forpligtet til at udtale sig om alle de faktiske og retlige spørgsmål, hver enkelt berørt part har rejst under den administrative procedure, men skal tage hensyn til sammenhængen og til alle de retsforskrifter, som gælder for det område, der er tale om.

177 En af de relevante faktorer i sammenhængen er den grad af forhåndskendskab, som de personer, der er berørt af en retsakt, har til relevante betragtninger eller faktiske omstændigheder, idet det kan forventes, at visse personer har kendskab til den pågældende branche, eller at personer, der er berørt af den procedure, som fører til vedtagelsen af retsakten, eller en dermed forbunden procedure, kan erhverve et sådant kendskab gennem deres direkte deltagelse i proceduren. Kravet om hurtige afgørelser i forbindelse med fusionskontrol er ligeledes blevet fundet at være en relevant faktor, når det har skullet fastslås, om en begrundelse var passende.

178 Når der foreligger relevante faktiske omstændigheder, der er omfattet af den i artikel 287 EF fastsatte forpligtelse til ikke at videregive tjenestehemmeligheder, skal vedkommende institution dog påse, at de berørte får meddelelse om det væsentligste af dens begrundelse.

179 Hvis betydningen af begrundelsen ikke fremgår umiddelbart, er artikel 253 EF ikke tilsidesat, når de uklarheder, den måtte indeholde, kan bortvejres gennem en normal fortolkningsindsats.

180 Det skal ligeledes bemærkes, at Domstolen har fastslået, at »Kommissionen ikke [er] forpligtet til at redegøre for eventuelle ændringer i forhold til meddelelsen af klagepunkter, hvilken alene er af foreløbig karakter og har til opgave at fastslå genstanden for den administrative procedure over for de virksomheder, som proceduren angår«.

181 Hvis, endelig, en fusion ikke ændrer konkurrencesituationen på et givet marked, eller kun ændrer den i meget begrænset omfang, kan det ikke kræves, at Kommissionen angiver en særlig begrundelse vedrørende dette spørgsmål. Kommissionen tilsidesætter heller ikke sin begrundelsespligt, hvis den ikke i beslutningen giver en nøje begrundelse for vurderingen af en række aspekter af fusionen, som den finder er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller af klart sekundær betydning for vurderingen af den.

Produktets homogenitet

182 Med hensyn til sagsøgerens indsigelse om, at det, der fastslås om produktets homogenitet, ikke er tilstrækkeligt begrundet, har Kommissionen anført, at den ikke har fastslået, at »der bør tillægges indholdets homogenitet større betydning end formatets«, men blot konkluderet, at begge aspekter burde tages i betragtning. På samme måde »svækker« bemærkningen om den rolle, individuelle albummers succes spiller for fastsættelsen af prisen for de pågældende albummer, ikke betydningen af fastslåelsen af, at mange aspekter af fastsættelsen af engrospriserne for cd'er er standardiseret (ved at der over for alle kunder anvendes de mest

almindelige officielle salgspriser og de almindelige rabatter), men relativiserer den. Almindelige cd-albummer kan, kort sagt, ikke sammenlignes med tønder af olie, og at det er muligt at betragte flere cd-albummer som tilhørende det samme marked (på grundlag af et »kontinuum af substituerbarhed«) betyder ikke, at albummerne er fuldstændig homogene hvad selve produktet eller prisfastsættelsesprocessen angår. Resultatet er ikke »en række indbyrdes modstridende konstateringer«, men en afspejling af en kompleks realitet.

Gennemsigtighed

183 Sagsøgeren kan ikke hævde, at sammenslutningen ikke har forstået den anfægtede beslutning, fordi Kommissionen ikke har defineret, hvad den forstår ved »salgsfremmende rabatter«, eftersom sagsøgeren er en branchesammenslutning, der deltog aktivt i drøftelserne under den høring, Kommissionen afholdt, og selv hævder at være fortrolig med, hvordan rabatterne fungerer. Under alle omstændigheder forklares det i fornødent omfang i beslutningen, hvori de forskellige former for rabatter består (betragtning 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 og 113).

184 På samme måde er det med urette, at sagsøgeren har påstået, at Kommissionens generelle undersøgelse af de små lande i betragtning 148 og de følgende betragtninger kun drejer sig om almindelige rabatter. Kommissionen bemærker blot i betragtning 150 til beslutningen, at de almindelige rabatter er de vigtigste i samtlige lande, men behandler derpå den meste udbredte kategori, nemlig fakturarabatter (som omfatter almindelige rabatter og salgsfremmende rabatter), således som den allerede gjorde land for land i betragtning 119-146. Der er hverken tale om uklarhed eller usikkerhed.

185 I beslutningen tillægger Kommissionen de salgsfremmende rabatter stor betydning, eftersom det er nettopriserne, der er væsentlige for en effektiv koordinering. Et »vist kendskab« til de almindelige rabatter er ikke tilstrækkeligt, hvis de salgsfremmende rabatter, fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album, fører til så store

svingninger som dem, hvortil der henvises i betragtning 79, 86, 100 og 107 til beslutningen.

186 Kommissionen undersøgte de øvrige store selskabers rabatter, men da de pågældende tal ikke kan afsløres over for de anmeldende parter, kunne de ikke medtages i beslutningen. Det er i øvrigt unødvendigt, idet uigennemsigtigheden af de to store selskabers rabatpraksis er tilstrækkelig til at forhindre, at alle de store selskaber effektivt kan overvåge nettopriserne. Desuden bygger sagsøgerens påstande om prisfastsættelsen i bilag A.17 på den opfattelse, at alle pladeselskaberne fastsætter deres nettopriser på samme måde.

Afskrækkende foranstaltninger

187 Det fremgår af beslutningen (navnlig betragtning 114), at Kommissionen som endnu en måde til at klarlægge, om en vis grad af generel tilpasning af priserne til hinanden kunne henføres til en stiltiende koordinering, undersøgte, om der tidligere var blevet fremsat trusler om eller rent faktisk iværksat gengældelsesforanstaltninger. Som følge af manglen på beviser for, at der rent faktisk var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, kunne Kommissionen ikke tage endelig stilling til, om de forskellige i beslutningen nævnte potentielle gengældelsesmekanismer var tilstrækkelige.

Modvægte

188 Da betingelserne for at fastslå, at der består eller vil komme til at bestå en kollektiv dominerende stilling, er kumulative, behøvede Kommissionen ikke at drage nogen konklusioner vedrørende konkurrenternes og forbrugernes styrke som modvægt og behøvede derfor heller ikke angive nogen begrundelse hvad dette angår.

b) Åbenbar fejlvurdering og retlig fejl

189 Da de annullationsgrunde, hvorefter der foreligger en åbenbar fejlvurdering og en retlig fejl, efter Kommissionens opfattelse er sammenfaldende, har den behandlet dem under et.

190 Indledningsvis har Kommissionen fremsat to bemærkninger.

191 Hvad for det første angår argumentet om, at Kommissionen, når den skal afveje modstridende argumenter, ikke må tillægge et af argumenterne for stor betydning, har den erindret om, at den råder over et skøn, når der skal foretages komplicerede økonomiske vurderinger, og har gjort gældende, at konklusionerne i beslutningen er yderst velovervejede, og at sagsøgeren på dette punkt ikke har henvist til noget i det bevismateriale, Kommissionen rådede over, som efter sagsøgerens opfattelse er blevet tillagt for stor betydning.

192 For det andet har Kommissionen med hensyn til påstanden om, at en beslutning, hvori der ikke anføres tilstrækkeligt detaljerede faktuelle beviser til underbygning af de konklusioner, som drages i den, er behæftet med en åbenbar fejlvurdering, anført, at dette reelt er et spørgsmål, som vedrører begrundelsen, og har gjort gældende, at den ikke i sine beslutninger er forpligtet til at redegøre for enkelthederne i det ofte omfangsrige (og fortrolige) bevismateriale, den har taget i betragtning. Det er tilstrækkeligt, at den klart har angivet det generelle indhold af det bevismateriale, den har undersøgt, og begrundelsen for de konklusioner, den har draget af det, således at de berørte parter — herunder sådanne, som har kendskab til branchen og allerede er direkte inddraget i den administrative procedure — kan danne sig deres egen opfattelse af, om konklusionerne er lovlige. I det foreliggende tilfælde er de forskellige vurderinger i beslutningen vedrørende den måde, hvorpå markederne for indspillet musik fungerer, underbygget af omfattende og detaljerede beviser.

Produktets homogenitet

193 Ifølge Kommissionen tager sagsøgeren fejl, når denne hævder, at indholdets homogenitet ikke er relevant, fordi priserne fastsættes på grundlag af et begrænset antal referencepriser. Referencepriserne vedrører nemlig kun albummernes katalogpriser, ikke fakturarabatterne. Navnlig varierer de salgsfremmende rabatter fra album til album.

194 Kommissionen har gjort gældende, at en kollektiv dominerende stilling kan være vanskeligere at påvise på markeder, der kendetegnes af produktdifferentiering, især når differentieringen »øger de vanskeligheder ved at tilvejebringe oplysninger, som gør sig gældende på uigennemsigtige markeder« (jf. Kommissionens retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004 C 31, s. 5)).

Gennemsigtighed

195 Kommissionen har fundet det nødvendigt forud for sin behandling af sagsøgerens forskellige påstande at kommentere fire grundlæggende fejl i stævningen, nærmere bestemt to fejl af retlig og begrebsmæssig art og to fejl i fortolkningen af beslutningen.

196 For det første begår sagsøgeren en grundlæggende begrebsmæssig fejl, når sammenslutningen lægger til grund, at konstateringen af en høj grad af parallelitet mellem de store selskabers gennemsnitlige nettopriser eller af, at et givet pladeselskabs gennemsnitlige rabatter udviser en høj grad af konstans, udgør et

tilstrækkeligt bevis for såvel en stiltiende koordinering, som at den gennemsigtighed foreligger, det kræver at sikre, at koordineringen kan opretholdes på de påviste betingelser. En vis grad af indbyrdes tilpasning eller generel konstans kan ikke træde i stedet for væsentlige og indbyrdes samstemmende beviser for, at der hersker tilstrækkelig gennemsigtighed til, at virksomheder, der tilsammen udgør et oligopol, indbyrdes kan overvåge deres adfærd på markedet, og det kan, når der ikke er beviser for, at der er tilstrækkelig gennemsigtighed, ikke antages, at hver enkelt af de virksomheder, der tilsammen udgør et oligopol, har besluttet, hvordan dens markedsadfærd skal være, på baggrund af et tilstrækkeligt detaljeret kendskab til konkurrenternes.

197 For det andet begår sagsøgeren en grundlæggende retlig fejl, når sammenslutningen beskylder Kommissionen for at have støttet sig til bevismateriale vedrørende rabatterne uden at have fastslået, at de indrømmede rabatter har ført til væsentlige prisnedsættelser, og når sagsøgeren hævder, at konkurrencen på rabatter reelt er helt marginal. Denne påstand savner faktisk grundlag, eftersom fusionsdeltagernes gennemsnitlige fakturarabatter tværtimod repræsenterer en meget væsentlig del af deres gennemsnitlige bruttosalg (betragtning 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 og 146 til beslutningen), og eftersom der til nogle kunder og for nogle albummer ydes endnu større rabatter (betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 til beslutningen). Rabatterne udgør derfor et yderst vigtigt led i prisdannelsesprocessen og er måske det mest sandsynlige og utvivlsomt det mindst gennemsigtige middel, hvormed et stort selskab kan iværksætte »et stærkt konkurrencepræget tiltag [...] for at forøge markedsandelen (f.eks. en prisnedsættelse)«. Når Kommissionen har interesseret sig for rabatternes gennemsigtighed, har det ikke umiddelbart været for at klarlægge, om de store selskaber eventuelt tidligere har anlagt en fælles adfærd, men om de virksomheder, der tilsammen udgør et oligopol, selv varigt kunne følge en sådan fælles adfærd (eller om de varigt ville kunne følge en sådan adfærd efter at have fusioneret) på grundlag af en tilstrækkelig gensidig overvågning. Ifølge Kommissionen var det derfor ikke nødvendigt at påvise, at et eller flere store selskaber rent faktisk havde nedsat sine priser i forhold til de øvriges ved hjælp af betydelige yderligere rabatter.

198 For det tredje begår sagsøgeren en grundlæggende fortolkningsfejl, når sammenslutningen beskylder Kommissionen for i beslutningen at sammenblande den »tilstrækkelige gennemsigtighed på markedet«, der førte til dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 45 ovenfor, med et krav om fuldstændig

gennemsigtighed. Der henvises således gentagne gange i beslutningen til en »tilstrækkelig grad af gennemsigtighed« (betragtning 73, 80, 87, 94, 108 og 120 til beslutningen). Desuden har sagsøgeren misfortolket karakteren af Kommissionens undersøgelse af prisfastsættelsessystemet. Kommissionen undersøgte, hvilke komponenter der indgår i nettoprisen for et individuelt album, der sælges til en individuel kunde (officiel salgspris, almindelig rabat, eventuel salgsfremmende rabat), og konkluderede, at det ville kræve en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed for samtlige komponenters vedkommende, hvis et stort pladeselskab skulle have en rimelig grad af sikkerhed for, at det kendte et andet pladeselskabs reelle praksis med hensyn til fastsættelse af nettopriserne, således som de kommer til udtryk på kunde- og albumniveau. Kommissionen har gjort gældende, at den ikke kunne fastslå, at der forelå en sådan grad af gennemsigtighed, på grundlag af beviser for, at de officielle salgspriser var forholdsvis gennemsigtige, nogle beviser for, at de almindelige rabatter udviste en vis gennemsigtighed, og klare beviser for, at de salgsfremmende rabatter var uigennemsigtige og komplekse.

199 For det fjerde har sagsøgeren begået endnu en grundlæggende fortolkningsfejl ved at hævde, at Kommissionen fastslog, at de officielle salgspriser og de gennemsnitlige nettopriser havde udviklet sig parallelt. Denne påstand er forkert. Kommissionen fastslog, at de gennemsnitlige faktiske bruttopriser og de anmeldende parters gennemsnitlige faktiske nettopriser havde udviklet sig parallelt på alle de store markeder (betragtning 77, 84, 91, 98 og 105 til beslutningen), men ikke, at de to fusionsdeltageres gennemsnitlige rabatter var identiske (betragtning 78, 85, 92 og 99 til beslutningen samt bemærkningerne vedrørende bilag B.6). Kommissionen har understreget, at rabatterne varierer fra kunde til kunde, fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt (betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 til beslutningen og bemærkningerne til det tilgrundliggende bevismateriale). Det pågældende bevismateriale viser ikke, at en given officiel salgspris nedsættes systematisk med en fast og forudsigelig rabat uafhængigt af de nævnte variabler (jf. navnlig bilag B.13).

200 Endvidere har Kommissionen fundet det nødvendigt at korrigere og klarlægge visse punkter i sagsøgerens påstande:

— Den forholdsvis sammenlignelige udvikling i de store selskabers priser havde fundet sted inden for et spænd, der generelt oversteg 10% (jf. f.eks. bilag B.10).

— Anvendelsen af en række primære officielle salgspriser som grundlag skal ses i relation til nødvendigheden af årligt at overvåge mindst over 80 succesalbummer med varierende officielle salgspriser.

— Detailpriserne er offentlige og derfor principielt konstaterbare, men det ville være vanskeligt for de store selskaber til stadighed at følge deres udvikling fra detailhandler til detailhandler og fra tidspunkt til tidspunkt.

— Der er ikke noget bevis for, at fusionsdeltagernes overvågningsrapporter for visse markeder indeholder anvendelige oplysninger om konkurrenternes nettopriser eller detailhandlernes avancer.

— Sagsøgeren har ikke fremlagt noget som helst bevis for sin påstand om, at detailhandlernes avancer er gennemsigtige og kendes med en høj grad af nøjagtighed; denne uunderbyggede påstand strider imod beviser i sagens akter (bilag B.17), som viser, at detailprisfastsættelsen er kompleks og uforudsigelig. Kommissionens vurdering, hvorefter en mærkbar afvigelse fra prispolitikken ved hjælp af rabatter ville have vist sig i et stort pladeselskabs gennemsnitlige nettopriser, har ikke nogen forbindelse med dette spørgsmål. Den er faktisk irrelevant på to måder: For det første vedrører den et forhold, som Kommissionen havde kunnet konstatere ved at udnytte sine undersøgelsesbeføjelser, hvis det var indtruffet, men som ingen af de store pladeselskaber havde kunnet iagttage individuelt, da hverken de store selskabers rabatters eller deres nettoprisers generelle niveau er gennemsigtigt, og for det andet siger samspillet mellem det generelle niveau af henholdsvis rabatterne og nettopriserne intet om, hvorvidt der er en fast og gennemsigtig sammenhæng mellem detailprisen og nettoengrosprisen.

— Der er kun få pålidelige beviser for, at de store selskaber har et detaljeret kendskab til størrelsen af de øvrige store selskabers almindelige og salgs-

fremmende rabatter, men omfattende beviser for det modsatte, herunder for kompleksiteten, ud fra en objektiv betragtning, af de salgsfremmende rabatter, der varierer fra kunde til kunde, fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt.

— Kommissionen fokuserede tilstrækkeligt på fusionsdeltagernes rabatter til at kunne fastslå, at den grad af gensidig gennemsigtighed mellem virksomhederne inden for et oligopol, der er nødvendig for, at en stiltiende koordinering kan fungere, ikke forelå.

— Samarbejdet mellem nogle store selskaber om kompilationer og distribution kan næppe føre til opdagelse af tilstrækkelige oplysninger om alle de store selskabers komplekse individuelle beslutninger vedrørende rabatter.

— Sagsøgeren har ikke fremlagt noget bevis for, at de ledende medarbejdere i vid udstrækning skifter stilling mellem pladeselskaberne, eller at det sker i højere grad end inden for andre brancher med en høj grad af koncentration, eller for, at det kendskab, en ledende medarbejder på det tidspunkt, hvor han forlader et stort pladeselskab, har til praksis med hensyn til rabatter, som er komplekse og varierer fra det ene individuelle album med begrænset »levetid« til det andet, vil være relevant særlig længe eller varigt muliggøre en koordinering mellem alle de store selskaber.

— Skønt hitlisterne gør det lettere at konstatere, hvilke albummer der sælges flest af, giver de kun sjældent oplysninger om de officielle salgspriser og aldrig om rabatterne.

— Beslutningen kan ikke kritiseres blot for at adskille sig fra meddelelsen af klagepunkter.

201 I modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, er det ikke »forholdsvis nemt« at fastslå rabatternes størrelse, og det er reelt umuligt for de salgsfremmende rabatters vedkommende. Sagsøgerens påstand om, at salgsfremmende rabatter repræsenterer mellem en fjerdedel og en tredjedel af samtlige rabatter, kan antages som et generelt diskussionsgrundlag, men kræver i flere forskellige henseender en nærmere præcisering.

202 For det første varierer sådanne rabatters generelle niveau formentlig fra det ene store pladeselskab til det andet på samme måde som rabatternes generelle niveau.

203 For det andet fremgår det af de gennemsnitstal, der findes i sagens akter, at salgsfremmende rabatter i flere lande repræsenterede en relativt større andel af fakturarabatterne i 1998; det er fakturarabatterne, der har størst umiddelbar betydning for kundernes beslutninger om køb af visse albummer.

204 For det tredje giver dette gennemsnitstal ikke et nøjagtigt billede af den usædvanlige kompleksitet og uigennemsigtighed, hvormed de salgsfremmende rabatter fordeler sig på albummer, kunder og tidspunkter. Selv om det er muligt, at de øvrige betingelser for at deltage i salgsfremstød er forholdsvis standardiserede og enkle, modsiger det bevismateriale, Kommissionen råder over, klart, at den ugentlige forhandling om, hvor stort et beløb sådanne salgsfremstød skal repræsentere, hvilken varighed de skal have, og hvilke individuelle albummer og kunder der skal kunne deltage i dem, på nogen måde er standardiseret og enkel.

205 For det fjerde betyder selve det forhold, at salgsfremmende rabatter retter sig mod bestemte albummer og bestemte salgsfremstød, og at beløbet tilpasses den enkelte detailhandler, formentlig, at sådanne rabatter har større indvirkning på salget af de pågældende albummer.

206 Endnu mere væsentligt er det, at sagsøgeren ikke har fremlagt sikre beviser for, at Kommissionen begik en fejl ved at finde, at salgsfremmende rabatter havde stor betydning for markeder, hvor de 100 mest solgte albummer for hvert stort pladeselskab repræsenterede størstedelen af dets samlede salg i et givet år og i et givet land, eftersom mange af de pågældende albummer ikke var på hitlisten.

207 Kommissionen rådede tværtimod over materiale (bilag B.13), der tydede på, at der var indrømmet salgsfremmende rabatter for selv for nogle af de mest succesrige af Sonys og BMG's albummer til fuldpris.

208 Kommissionen har tilføjet, at beviserne vedrørende den praksis med hensyn til salgsfremmende rabatter, der faktisk er blevet fulgt på et givet tidspunkt, kun er relevante for vurderingen af, i hvor høj grad nettopriserne rent faktisk er blevet tilpasset til hinanden (skønt den i beslutningen finder, at sådanne rabatter generelt ikke var tilstrækkeligt tilpasset til hinanden, til at det kunne udledes, at der var tale om en fælles adfærd). Om rabatter er gennemsigtige, har imidlertid betydning for, om prisfastsættelsessystemet udviser tilstrækkelig iboende gennemsigtighed til, at de store selskaber klart og på et tilstrækkeligt tidligt tidspunkt kan opdage, om et af dem afviger fra en fælles adfærd med hensyn til albummernes nettopriser ved at forhøje de salgsfremmende rabatter. Bortset fra sagsøgerens uunderbyggede bemærkninger om gennemsigtigheden af detailhandlernes avancer har sagsøgeren hverken fremsat argumenter eller konkrete beviser vedrørende det sidstnævnte punkt, hvorfor anbringendet under alle omstændigheder må forkastes.

209 Ifølge Kommissionen bygger vurderingen af nettoprisernes grad af gennemsigtighed på markedet for indspillet musik naturligvis ikke på »spekulation« eller »uunderbyggede og subjektive formodninger«, men tværtimod på konkrete beviser for, at komponenterne i den endelige nettopris for et givet album med et givet indhold over for en given kunde (officiel salgspris, almindelig og salgsfremmende rabat) fastsættes på en meget kompleks og utilstrækkeligt gennemsigtig måde. På den baggrund kunne det foreliggende bevismateriale ikke fortolkes således, at det godtgjorde, at der efter al sandsynlighed hersker tilstrækkelig gennemsigtighed til, at det muliggør en fyldestgørende og rettidig overvågning af, at en fælles prisadfærd bliver overholdt.

210 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at gennemsnitspriserne kan forudsiges, når der foreligger et endeligt antal regler og strukturer, som er kendt, eller hvortil der kan fås kendskab, har Kommissionen påpeget, at det ikke er tilstrækkeligt til at påvise, at der foregår en koordinering, at de gennemsnitlige nettopriser til en vis grad udvikler sig på en sammenlignelig måde, eftersom priserne kan udvise betydelig indbyrdes tilpasning såvel i en situation, der er præget af konkurrence, som i en situation, der er præget af samordning, idet virksomhederne både reagerer på sammenlignelige ydre faktorer (f.eks. priserne for fælles råmaterialer) og den markedsadfærd, de hver især udviser. Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgeren forveksler påvisning af henholdsvis koordineringsregler (»regler, som er kendt, eller hvortil der kan fås kendskab«) og midler til at sikre, at de pågældende regler overholdes (»den gennemsigtighed, der kræves«), og det så meget mere som intet stort pladeselskab normalt har adgang til alle de oplysninger om samtlige store pladeselskabers fastsættelse af priserne inden for samtlige omfattede kategorier af albummer og kunder, som er nødvendige for at fastslå de gennemsnitlige nettopriser, eller i det mindste til de vigtigste af disse oplysninger.

211 Desuden har sagsøgeren ikke blot medgivet, at de pågældende regler og salgsstrategier kan føre til priser og rabatter, der varierer betydeligt fra den ene plade- eller kundekategori til den anden, men også undladt at angive, hvori de pågældende regler består, eller hvordan de gennem en stiltiende koordinering kunne fastslås for så mange forskellige omstændigheder. De store selskaber ville ikke kunne fastslå, om forskellene i deres respektive gennemsnitlige nettopriser skyldtes afvigelser eller variationer i produktsortimentet eller i den succes, produkterne havde opnået, hvis de ikke i tilstrækkeligt god tid rådede over detaljerede oplysninger om sådanne ændringer i sammensætningen af deres respektive produktudbud og disses succes, og Kommissionen har ikke fundet tilstrækkelige beviser for, at de har haft adgang til så detaljerede oplysninger.

212 Sagsøgeren kan ikke indskrænke sig til at hævde, at koordineringen reelt ville finde sted i forbindelse med hvert enkelt stort pladeselskabs strategiske beslutninger om avancer og generelle rabatbudgetter, uden at angive, hvad en sådan beslutning kunne indeholde, hvordan de nævnte koordineringsregler kunne udledes, eller hvordan de store selskaber kunne overvåge, at de blev overholdt. Kommissionen er ikke forpligtet til at anstille undersøgelser ud fra så upræcise og uunderbyggede argumenter.

213 Med hensyn til sagsøgerens kritik af den metode, som indebar, at størstedelen af de af Kommissionen fremlagte oplysninger ikke var vejet efter mængde, har Kommissionen anført, at spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt metode er egnet, hænger uløseligt sammen med, hvilken hypotese metoden skal bekræfte eller afkræfte. At de indsamlede data er vejet, er ganske vist væsentligt, hvis det skal klarlægges, om der finder en skjult indbyrdes tilpasning sted mellem de store pladeselskaber, enten generelt eller for bestemte albumkategoriers vedkommende (eksempelvis de 20 mest solgte albummer), men en sådan afvejning af data er ikke relevant for undersøgelsen af graden af kompleksitet og dennes virkninger for gennemsigtigheden. For at forstå, hvor kompleks prisfastsættelsen er, og hvor stor gennemsigtighed der hersker på markedet, er det stadig nødvendigt at undersøge, i hvor høj grad priserne for individuelle titler kan variere.

214 Kommissionen har anført, at det er urealistisk at forestille sig koordineringsregler, der bygger på de gennemsnitlige nettopriser. Den har dog bemærket, at de tal for den konstaterbare grad af sammenlignelighed af de store pladeselskabers gennemsnitlige nettopriser (i mangel af parallelitet), som den har fremlagt i beslutningen, er vejet efter mængde, og at det samme gælder diagrammerne i bilag B.4, der bygger på de årlige gennemsnitlige fakturarabatter, som er indrømmet en række af fusionsdeltagernes fælles kunder. En lang række andre data i svarskriftet, herunder de i bilag B.8, B.9, B.10 og B.13 angivne, er ligeledes vejet efter mængde, hvilket i hvert enkelt tilfælde følger af den fremgangsmåde, der er fulgt.

215 Hele det ovenfor nævnte bevismateriale, der er vejet efter mængde, er potentielt relevant for bestemmelsen af, om de store pladeselskabers praksis udviser en høj grad af indbyrdes tilpasning, eller for spørgsmålet om, hvorvidt prisfastsættelsen er kompleks, hvilket spørgsmål er væsentligt for vurderingen af gennemsigtigheden. I sidstnævnte forbindelse har spørgsmålet om, hvorvidt tallene er vejet efter mængde, ikke stor betydning. Det er væsentligt, i hvor høj grad nettopriserne eller rabatterne kan variere fra titel til titel, fra kunde til kunde (endog af samme type) og fra tidspunkt til tidspunkt, uanset hvor store respektive mængder der sælges. Det fremgår således af bilag B.6 og B.7 til svarskriftet, at rabatterne udviser store variationer, selv inden for hver fusionsdeltagers 20 mest solgte albummer. Hvis de store selskaber ikke var rustet til en tilstrækkelig tæt overvågning af sådanne variationer, ville et af dem uopdaget kunne fravige enhver koordineringsregel for

nettopriserne ved at indrømme store rabatter, navnlig salgsfremmende rabatter. Det gælder så meget mere, hvis koordineringsreglerne antoges at være smidige, idet der i så fald ville skulle opdages en rabatpraksis, som var langt mere vidtgående end den norm, man stiltiende var enedes om, for at andre store pladeselskaber kunne være tilstrækkeligt sikre på, at det pågældende selskab havde fraveget normen.

216 Med hensyn til sagsøgerens undersøgelse af korrelationerne, navnlig i sagsøgerens bilag D.2 og D.3, og den implicitte kritik af Kommissionen for ikke at have underkastet oplysningerne en sådan efterprøvelse, har Kommissionen anført, at spørgsmålet om metoden ikke kan vurderes abstrakt, dvs. uden hensyn til undersøgelsens formål, som er at afklare, om der består en sådan grad af indbyrdes tilpasning, at det viser, at der er tale om koordinering, og om der hersker en sådan gennemsigtighed, at det muliggør overvågning af markedsadfærden.

217 Kommissionen har indledningsvis bemærket, at fusionsdeltagerne under den administrative procedure fremlagde en betydelig mængde korrelationsoplysninger, der viste, at der kun var tale om lave korrelationsfaktorer, men at den behandlede de pågældende bidrag med stor forsigtighed.

218 På samme måde er det ikke i sig selv et bevis for koordinering, at de rabatter, et givet stort pladeselskab har indrømmer, til en vis grad er tidsmæssigt konstante (jf. bilag 3. D), eftersom dette i vid udstrækning kan bero på konstante faktorer, såsom kundens størrelse, de indkøbte musiktyper osv. Selv en høj grad af statistisk forudsigelighed er, af flere grunde, ikke bevis for, at der foreligger koordinering: Rationelle individuelle beslutninger kan være højst forudsigelige; uden de oplysninger, der gør det muligt at vurdere sådanne grader af forudsigelighed, er der kun tale om en interessant intellektuel mulighed uden nogen praktiske konsekvenser, og uden adgang til oplysninger om den faktiske praksis er det, på samme måde, ikke muligt at kontrollere forudsigelsens pålidelighed (fortsættelse af gennemførelsen af et

formodet stiltiende kartel). Selv om de store selskaber kunne anvende sådanne statiske redskaber på deres tidligere indbyrdes prisfastsættelsespraksis, kunne dette ikke træde i stedet for en overvågning af markedet.

219 Kommissionen har bemærket, at den i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke »forkastede« de data, der var blevet anvendt i meddelelsen af klagepunkter, og som var afvejet efter mængde og omfattede hele branchen, til fordel for data fra fusionsdeltagerne, som hverken var det ene eller det andet. En stor del af disse data gengives i beslutningen (f.eks. oplysningerne om de gennemsnitlige nettoprisers grad af sammenlignelig udvikling), og nogle af dem er bilagt svarskriftet (bilag B.4). Derimod reviderede Kommissionen sine foreløbige konklusioner vedrørende det, der kunne bevises ved hjælp af de nævnte data, på baggrund af de supplerende oplysninger og argumenter, Sony og BMG var fremkommet med.

Afskrækkende foranstaltninger og modvægte

220 Kommissionen har gjort gældende, at den ikke begik en åbenbar fejlvurdering ved efter at have fastslået, at en af de tre kumulative betingelser (gennemsigtighed) ikke var opfyldt, undlod at tage stilling til de to andre.

Undersøgelsen af den fælles adfærd

221 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at sagsøgerens beskyldning bygger på en fejlagtig faktuel forudsætning, nemlig at konklusionen vedrørende gennemsigtighed udelukkende drejer sig om »én form for rabatter, nemlig

salgsfremmende rabatter«. Selv om salgsfremmende rabatter fylder meget i vurderingen, var denne mere generelt rettet mod den som helhed meget komplekse måde, hvorpå priserne fastsættes på album- og kundeplan og fra tidspunkt til tidspunkt, og derfor også mod de officielle salgspriser og de almindelige rabatter.

222 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at sagsøgeren har begået en åbenbar retlig fejl, idet sagsøgeren synes at have påstået, at der ikke ville have været så stor mangel på gennemsigtighed, hvis Kommissionen havde kunnet bevise, at det ville have lønnet sig for de store selskaber at følge en fælles adfærd. Denne påstand er ikke i overensstemmelse med retspraksis. Bortset fra tilstrækkelig gennemsigtighed til at muliggøre overvågning og disciplin er Kommissionen ikke bekendt med, at der findes andre måder — og sagsøgeren har ikke foreslået nogen — hvorpå det kan bevises, at en stiltiende fastlagt, fælles konkurrencebegrænsende adfærd ville lønne sig for en gruppe virksomheder, der tilsammen udgjorde et oligopol, og derfor være rationel.

223 Forholdsvis konstante markedsandele kan føre til en situation, som er fremmende for dannelsen af en kollektiv dominerende stilling, men udgør ikke et tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der faktisk eller sandsynligvis består en stiltiende koordinering, når der, i overensstemmelse med de kumulative økonomiske betingelser for, at der kan skabes en kollektiv dominerende stilling, som blev fastlagt i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, ikke er tilstrækkelige beviser for, at koordineringen er rationel. Sagsøgeren har ikke fremlagt yderligere beviser for, at der forekommer en fælles adfærd, som består i at undgå »stærkt konkurrenceprægede tiltag«. Der er derfor ikke grundlag for at hævde, at Kommissionen gjorde sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at konstatere, at de store selskaber fulgte en sådan fælles adfærd.

224 Med hensyn til forbrugernes valgmuligheder og den kulturelle mangfoldighed har Kommissionen indledningsvis bemærket, at den ikke er forpligtet til i en endelig beslutning at redegøre for grundene til, at den fraviger konklusionerne i en meddelelse af klagepunkter i en given sag, og at dette må gælde så meget mere, når

den fraviger konklusionerne i en meddelelse af klagepunkter, der er udsendt fire år tidligere i en anden sag. Endvidere har den anført, at sagsøgeren ikke har fremført nogen udtrykkelige argumenter eller fremlagt nogen beviser for, at der er sket en samtidig svækkelse af kreativiteten, kvaliteten eller mangfoldigheden inden for udvalget af musik.

4. Andet led

225 Kommissionen finder, at de tre søgsmålsgrunde vedrørende dens manglende fastslåelse af, at fusionen vil styrke en kollektiv dominerende stilling, ikke føjer noget til dem, hvorefter der på forhånd består en sådan kollektiv dominerende stilling. Hvis sagsøgeren får medhold i en af de sidstnævnte grunde, bliver beslutningen under alle omstændigheder annulleret, hvorimod Kommissionen, hvis sagsøgeren ikke får medhold, gjorde ret i ikke at undersøge fusionens påståede forstærkende virkninger.

C — *Intervenienternes argumenter*

1. Indledende bemærkninger

226 Intervenienterne har fundet det nødvendigt forud for behandlingen af sagsøgerens anbringender og argumenter at fremsætte fire bemærkninger om den sammenhæng, hvori beslutningen er blevet truffet, og hvori den bør anskues, og fire generelle bemærkninger om søgsmålet.

227 For det første gennemførte Kommissionen gennem over et halvt år en usædvanlig indgående undersøgelse. Lige fra begyndelsen fremkom fusionsdeltagerne med meget grundige oplysninger og forklaringer om musikbranchen i Europa og om fusionens indvirkning på konkurrencen, herunder på cd-priserne, den kulturelle mangfoldighed og forbrugernes valgmuligheder, de uafhængige pladeselskabers konkurrencemuligheder, udviklingen inden for onlinemusik og faren for koordinering af de aktiviteter, Sony og BMG fortsat skal udøve (jf. bilag C.1). Kommissionen har ved hjælp af en lang række spørgeskemaer med over 250 spørgsmål, som er blevet sendt til næsten 1240 erhvervsdrivende på de forskellige markeder (fusionsdeltagerne, andre store selskaber, uafhængige selskaber, detailhandlere, forfattere, udgivere, kunstnere og onlinedistributører), søgt efter og er kommet i besiddelse af meget omfattende beviser og oplysninger vedrørende alle relevante spørgsmål. Fusionsdeltagerne har fremlagt over 30 mio. prisreferencer, og økonomer har foretaget en detaljeret gennemgang af de fem store selskabers gennemsnitlige nettopriser i de fem store lande. Flere uafhængige selskaber deler ikke sagsøgerens bekymringer, men finder, at fusionen vil øge deres konkurrencemuligheder. På grundlag af alle disse oplysninger, udtalelser af to meget ansete brancheøkonomer, detaljerede undersøgelser af engros- og salgspriserne i RBB-rapporten samt udførlige forklaringer i svaret på meddelelsen af klagepunkter eller under høringen (jf. bilag C.3) måtte Kommissionen drage den konklusion, at dens oprindelige bekymringer, navnlig for at der kunne opstå kollektiv dominans, var grundløse.

228 For det andet har sagsøgeren misforstået formålet med meddelelsen af klagepunkter og dennes retlige status; meddelelsens væsentligste funktion er at gøre det muligt for fusionsdeltagerne at forstå Kommissionens foreløbige indvendinger, således at de kan fremlægge modargumenter og beviser (jf. forordningens artikel 18, stk. 1 og 3). Når Kommissionen forelægges beviser for fejl, skal den frafalde klagepunkter, der har vist sig ubegrundede (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123), således som den har gjort i 14 af 62 sager i de sidste fem år (jf. bilag C.5). Kommissionens administrative proces har været underkastet fuld intern kontrol, den administrative procedure har sikret, at alle berørte parter har kunnet fremlægge argumenter og beviser (jf. høringskonsulentens rapport, bilag C.6), og det rådgivende udvalg har stemt for ubetinget godkendelse (bilag C.7).

229 For det tredje er konkurrencemyndigheder verden over (USA, Australien, Canada, Tjekkiet, Ungarn, Polen, Rumænien, Rusland, Schweiz, Mexico, Sydafrika) alle nået frem til, at fusionen bør godkendes ubetinget, og ingen af de pågældende afgørelser er blevet anfægtet retsligt. På samme måde har ingen national konkurrencemyndighed, der tidligere har undersøgt musikbranchens marked i Europa, fundet, at markedet var genstand for en stiltiende koordinering (jf. bl.a. den af Office of Fair Trading dragne konklusion af september 2002, hvorefter der ikke var ført bevis for kollektiv dominans; bilag A.16, punkt 6.11).

230 For det fjerde repræsenterer fusionen en konkurrencefremmende reaktion på musikbranchens fortsatte tilbagegang (20% fald i salgsprisen for cd'er på tre år, ulovlig download af musik over internet, stigende konkurrence fra alternative underholdningsformer såsom film på dvd) og forandring. Efterspørgslens ustabilitet og usikkerheden med hensyn til de fremtidige forretningsmodeller gør det endnu vanskeligere at gennemføre eller opretholde en stiltiende samordning, og en sådan er allerede er usandsynlig på grund af markedets karakter (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 139, og punkt 45 i retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner). På samme måde er forholdene i branchen meget forskellige fra, hvad de var, da Kommissionen behandlede fusionen mellem EMI og Time Warner i 2000, hvorfor dens, i sagens natur foreløbige, konklusioner i den sag ikke er relevante.

231 For det femte er begrundelsen for beslutningen klar og overbevisende og støttes af meget vægtige underliggende beviser i betragtning af, at Kommissionen ikke er forpligtet til at begrunde sin vurdering af samtlige retlige eller faktiske omstændigheder (Rettens dom af 8.7.2003, sag T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2275, præmis 185-187). Det fremgår af stævningen, at sagsøgeren har forstået begrundelsen for godkendelsen.

232 For det sjette kræver beslutninger, hvori der nedlægges forbud mod en fusion, mere end en ren afvejning af mulighederne, eftersom de virksomheders interesser, som

ønsker at gennemføre fusionen, bør veje tungere, når det er usikkert, om en fusion vil være forenelig med bestemmelserne (generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, på s. 992, punkt 74-79).

233 For det syvende har intervenienterne peget på, at skønt Retten foretager en fuldstændig kontrol af de retlige og faktiske spørgsmål, kontrollerer den for så vidt angår komplekse økonomiske vurderinger som dem, der er tale om i forbindelse med vurderingen af, om der vil blive skabt eller styrket en kollektiv dominerende stilling, kun, om der foreligger en åbenbar fejl (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101). Sagsøgeren har gentagne gange anmodet Retten om at sætte sit skøn i stedet for Kommissionens, f.eks. ved at gøre gældende, at Kommissionen har lagt uberettiget stor vægt på produktheterogenitet og rabatter.

234 For det ottende drejer det sig i forbindelse med prøvelsen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, ikke om, hvorvidt selskaberne er tilskyndet til at handle kollusorisk, men om, hvorvidt de som følge af markedsforholdene har mulighed for at gennemføre og stiltiende opretholde betingelserne for koordineringen (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 62). Navnlig gælder det om at vurdere, om markedet er tilstrækkeligt gennemsigtigt.

2. Behandling af sagsøgerens argumenter

a) Salgsfremmende rabatter

235 Intervenienterne har gjort gældende, at fastslåelsen af, at salgsfremmende rabatter ikke er gennemsigtige, i sig selv er tilstrækkeligt grundlag for beslutningen, eftersom en priskoordinering ikke kan opnås eller opretholdes, hvis de gældende nettoengrospriser ikke er tilstrækkeligt gennemsigtige.

236 Det påvises korrekt i beslutningen, at der er en forbindelse mellem på den ene side heterogeniteten af albummernes indhold og på den anden de store variationer inden for de salgsfremmende rabatter og nettoengrosprisernes deraf følgende manglende gennemsigtighed (jf. også bilag C.4, s. 27). Det fremgår af de angivelige beviser, at de salgsfremmende rabatter for albummer både på hitlisterne og i titelkatalogerne er betydelige, at de varierer betydeligt fra kunde til kunde, fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt, og at de store selskabers salgsfremmende rabatter ikke har været tilpasset til hinanden (bilag B.2, B.4-B.14 og den fortrolige »data room«-rapport). Da rabatterne er variable, kan der ikke drages pålidelige konklusioner ved blot at iagttage de officielle salgspriser. På samme måde varierer detailhandlernes avancer særdeles meget fra udgivelse til udgivelse og fra tidspunkt til tidspunkt og gør det derfor ikke muligt at udlede nettopriserne af salgspriserne (jf. bilag B.17). Desuden har Sony og BMG ikke regelmæssigt overvåget konkurrenternes salgspriser eller systematisk indhentet pålidelige oplysninger fra detailhandlerne om de af konkurrenterne indrømmede rabatter. Endelig viser de angivelige beviser, at pladeselskaberne ikke har iværksat gengældelsesforanstaltninger, selv når de har været stillet over for meget store prisudsving, hvilket ville fratage enhver sanktionsmekanisme dens troværdighed (jf. bilag C.4, s. 5 og 10).

b) Mangel på indbyrdes tilpasning

237 Oplysningerne om de gennemsnitlige nettopriser, de officielle salgspriser og fakturarabatterne vidner ikke om en indbyrdes tilpasning, men højst om en delvis sammenlignelig udvikling og gør det ikke muligt at fastslå, at der er forekommet koordinering af priserne.

238 Oplysningerne om de gennemsnitlige nettopriser viser, at der for det første forekommer en høj grad af kompleksitet, for det andet stor spredning og store variationer, for det tredje stor ustabilitet i de store selskabers rangfølge, for det fjerde stor bredde i de store selskabers priser, og for det femte mangel på parallelitet.

239 En stor del af salget af de 100 mest solgte plader sker til andre priser end de officielle salgspriser, der angives i beslutningen (betragtning 76, 83, 90, 97 og 107 til beslutningen).

240 Det fremgår af bilagene til svarskriftet (B.4-B.14), at fakturarabatterne og nettopriserne har varieret stærkt fra det ene store selskab til det andet.

c) Mangel på gennemsigtighed

241 Selv for andre priskomponenters vedkommende end salgsfremmende rabatter fremlægges der ikke noget overbevisende bevis for gennemsigtighed i beslutningen. Det kommer ikke til fuldt udtryk i de forsigtige formuleringer i beslutningen, hvor vægtige beviserne for manglen på tilstrækkelig gennemsigtighed i realiteten er. Ud over at de officielle salgspriser i nogle lande hverken er kendt eller let tilgængelige, råder pladeselskaberne således ikke over nøjagtige oplysninger om, hvilke officielle salgspriser der på et givet tidspunkt anvendes for et bestemt album. De almindelige rabatter er ikke tilstrækkeligt gennemsigtige til at kunne koordineres stiltiende. Af de 161 detailhandlere, der blev spurgt, anførte kun fem, at konkurrenterne delvis havde kendskab til de øvriges rabatter, mens ti anførte det modsatte.

3. Aspekter, som ikke er omtalt i beslutningen

242 Intervenienterne har gjort gældende, at de fremførte synspunkter med hensyn til, hvad der kan påvirke konkurrencen, heller ikke står for en nærmere prøvelse for så vidt angår aspekter, der ikke omtales i beslutningen. For det første fokuserede Kommissionen fejlagtigt på de gennemsnitlige nettopriser, skønt en koordinering ikke kan finde sted på gennemsnitsprisernes niveau, da prisen for individuelle

albummer ikke fastsættes for at opnå en bestemt gennemsnitsnettopris, og da et sådant gennemsnit under alle omstændigheder ikke kan konstateres af de andre store selskaber. Gennemsnittene kan skjule store forskelle mellem de enkelte albumpriser (jf. bilag C.4, fodnote 12). For det andet fungerer de officielle salgspriser ikke som grundlag for koordinering. Selv for deres mest solgte albummer anvender alle de store pladeselskaber mange forskellige officielle salgspriser, som varierer gennem tiden for den samme plades vedkommende. For det tredje er markedsandelene ikke konstante, og et meget begrænset udsving kan være udtryk for meget store forskelle i lønsomhed.

D — *Rettens bemærkninger*

1. Generelle betragtninger

243 Sagsøgeren har gjort gældende, at de betragtninger om produktets homogenitet, markedets gennemsigtighed, disciplinære foranstaltninger og manglen på modvægte, der danner grundlag for fastslåelsen af, at de store selskaber ikke indtager en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik forud for den påtænkte fusion, er behæftet med en utilstrækkelig begrundelse, et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl.

244 Inden sagsøgerens forskellige indsigelser behandles, skal der indledningsvis fremsættes en række bemærkninger om begrebet kollektiv dominerende stilling, derpå kort redegøres for den metode, hvormed Kommissionen nåede frem til den omtvistede konklusion, hvilke faktorer og momenter der er relevante for anvendelsen af begrebet kollektiv dominerende stilling i det foreliggende tilfælde, således som de fremgår af beslutningen, og endelig angives, hvilke grunde den i beslutningen dragne konklusion bygger på, hvorefter der ikke på forhånd består en kollektiv dominerende stilling.

2. Begrebet kollektiv dominerende stilling

245 Det fremgår af Domstolens praksis, at Kommissionen ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet skal vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne (Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, France m.fl. mod Kommissionen, »Kali og Salz-dommen«, Sml. I, s. 1375, præmis 221).

246 Retten har fastslået, at en situation, hvori der består en kollektiv dominerende stilling, som i betydelig grad hæmmer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, nemlig kan opstå som følge af en fusion, når fusionen på grund af selve det pågældende markeds karakter og den ændring af dets struktur, gennemførelsen af fusionen vil medføre, fører til, at hvert medlem af det dominerende oligopol, der gør sig de fælles interesser klart, kunne finde det muligt, økonomisk hensigtsmæssigt og dermed ønskværdigt varigt at anlægge den samme adfærd på markedet med henblik på at sælge til højere priser end konkurrenterne uden at skulle indgå en aftale eller følge en samordnet praksis som omhandlet i artikel 81 EF, og uden at hverken aktuelle eller potentielle konkurrenter eller kunderne eller forbrugerne kan reagere effektivt (jf. i denne retning Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 276).

247 I dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, (præmis 62), fastslog Kommissionen, som anført i betragtning 68 til beslutningen, at følgende tre betingelser skal være opfyldt for, at der kan skabes en situation med kollektiv dominerende stilling i henhold til denne definition. For det første skal markedet være tilstrækkelig gennemsigtigt til, at de virksomheder, der samordner deres adfærd, i tilstrækkelig

grad kan overvåge, at reglerne for koordineringen overholdes. For det andet er det en forudsætning for, at der kan herske disciplin, at der findes en eller anden form for disciplinær foranstaltning, som kan iværksættes i tilfælde af afvigende adfærd. For det tredje må virksomheders reaktion, som ikke deltager i fusionen, såsom aktuelle eller potentielle konkurrenter, samt kundernes reaktion ikke kunne bringe de forventede resultater af koordineringen i fare.

248 Desuden fremgår det af Domstolens praksis (Kali & Salz-dommen, præmis 222) og Rettens praksis (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63), at den analyse af den fremtidige situation, Kommissionen skal foretage som led i kontrollen med fusioner for så vidt angår en kollektiv dominerende stilling, forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet, og at der påhviler Kommissionen en stor bevisbyrde.

249 Således som det fremgår af selve ordlyden af de ovenfor gengivne præmisser, er denne retspraksis blevet udviklet i forbindelse med bedømmelsen af faren for, at der skabes en kollektiv dominerende stilling, og ikke, således som der er tale om inden for rammerne af første led af det aktuelle anbringende, i forbindelse med bestemmelsen af, om der består en kollektiv dominerende stilling.

250 Hvis, hypotetisk set, Kommissionen ved vurderingen af, om der er fare for, at der skabes en sådan stilling, på grundlag af en analyse af den fremtidige situation må foretage et vanskeligt skøn med hensyn til, hvordan markedet og konkurrenceforholdene sandsynligvis vil udvikle sig — hvilket indebærer komplekse økonomiske vurderinger, i relation til hvilke Kommissionen råder over et bredt skøn — vil fastslåelsen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, for sit vedkommende bygge på en konkret undersøgelse af den situation, der består på det tidspunkt, hvor beslutningen træffes. Bestemmelsen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, skal baseres på en række fastslåede, tidligere eller aktuelle, faktiske omstændigheder, der viser, at der som følge af den evne, nogle virksomheder har

opnået til, uafhængigt af konkurrenter, kunder og forbrugerne, i mærkbar udstrækning at anlægge den samme adfærd på markedet, forligger en betydelig hindring for konkurrencen.

251 Heraf følger, at det i forbindelse med vurderingen af, om der består en kollektiv dominerende stilling, ganske vist er lige så påkrævet, at de tre betingelser, Retten ud fra en teoretisk gennemgang af begrebet kollektiv dominerende stilling fastslog i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, er opfyldt, men at dette i givet fald kan fastslås indirekte på grundlag af en flerhed af, eventuelt meget forskelligartede, indikationer og beviser, der vedrører de tegn, udtryk og omstændigheder, som er kendetegnende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling.

252 Således kan en tæt indbyrdes tilpasning af priserne gennem et længere tidsrum — navnlig hvis den går ud over, hvad konkurrencen betinger — sammen med andre faktorer, der er typiske for en kollektiv dominerende stilling, når den ikke har nogen anden rimelig forklaring, være tilstrækkelig til at påvise, at der består en sådan stilling, selv om der ikke er klare direkte beviser for, at der hersker stor gennemsigtighed på markedet, idet det under sådanne omstændigheder kan antages, at dette er tilfældet.

253 Heraf følger med hensyn til det foreliggende tilfælde, at den tilpasning til hinanden, såvel brutto- som nettopriserne i de seneste seks år har udvist, på trods af at der ikke er tale om identiske produkter (hver plade har et forskelligt indhold), og den omstændighed, at priserne på trods af et stort fald i efterspørgslen er forblevet på et temmelig konstant niveau, der anses for højt, sammen med andre faktorer, som Kommissionen fastslår i beslutningen (de virksomheders styrke, der tilsammen udgør et monopol, markedsandelenes konstante størrelse osv.), i mangel af en anden forklaring kunne tyde på, eller være et indicium for, at den indbyrdes tilpasning af priserne ikke er følgen af en effektiv konkurrence, således som en sådan normalt udspiller sig, og at markedet er tilstrækkeligt gennemsigtigt, eftersom det har muliggjort en stiltiende koordinering af priserne.

254 Da sagsøgeren imidlertid har baseret sin argumentation på, at betingelserne for, at der består en kollektiv dominerende stilling, således som de blev fastlagt i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, er blevet anvendt forkert, herunder navnlig betingelsen om gennemsigtighed på markedet, og ikke på den opfattelse, at en konstatering af, at der gennem et længere tidsrum er blevet ført en fælles politik, sammen med andre faktorer, der er kendetegnende for en kollektiv dominerende stilling, under visse omstændigheder og i mangel af en anden forklaring, kan være tilstrækkeligt bevis for, at der består en kollektiv dominerende stilling, i modsætning til at der kan skabes en sådan stilling, idet det er ufornødent positivt at bevise, at der hersker gennemsigtighed på markedet, vil Retten ved behandlingen af de fremsatte anbringender begrænse sig til at efterprøve, om de betingelser, der fremgår af retspraksis i Airtours-dommen, er blevet anvendt korrekt i beslutningen. Ifølge kontradiktionsprincippet må Retten nemlig følge denne fremgangsmåde, og det er unødvendigt at undersøge, om den modsatte holdning ville føre til, at Retten overskred tvistens grænser som fastlagt af parterne, eller om den blot ville udgøre en anvendelse af retsreglerne inden for rammerne af et af sagsøgeren fremsat anbringende, eftersom dette spørgsmål ikke blevet drøftet under forhandlingerne for Retten.

3. Kommissionens beslutning

255 De punkter i beslutningen, som er relevante for behandlingen af det første anbringende, kan sammenfattes som følger.

256 Parterne har ikke bestridt Kommissionens konstateringer vedrørende de forskellige produktmarkeder og geografiske markeder. Kommissionen finder i betragtning 12 til beslutningen, at det »ikke er nødvendigt at fastslå, om der findes særskilte produktmarkeder alt efter genre, og om der findes et særskilt produktmarked for kompilationer«. Kommissionen fastslår i betragtning 15 til beslutningen, at »de relevante geografiske markeder anses for at være de nationale markeder«.

257 På samme måde er det ikke blevet bestridt, at de forskellige nationale markeder har oligopolstruktur, idet der findes fem store selskaber, som, alt efter landet, råder over fra 72 til 93% af markedet, og mange væsentligt mindre pladeselskaber, som repræsenterer fra 15 til 20% af markedet (herefter »de uafhængige pladeselskaber«).

258 Desuden kendetegner det de fem store selskaber, for det første at de driver forretning på globalt plan, for det andet at de til dels er vertikalt integrerede, for det tredje at de har investeret opstrøms inden for musikudgivelse og i markederne for radiospredning og onlinemusik, for det fjerde at de besidder en betydelig økonomisk styrke, som gør det muligt for dem at tilbyde kunstnerne mere attraktive økonomiske fordele, og for det femte at de råder over en meget omfattende og forskelligartet portefølje af kontrakttilknyttede kunstnere, og et meget omfattende titelkatalog.

259 Endvidere har udviklingen i efterspørgslen været i tilbagegang siden 1999 (efterspørgslen faldt med 13% i EØS fra 1999 til 2002 og med over 7% fra 2002 til 2003). Dette til trods er priserne forblevet temmelig konstante. I forbindelse med Kommissionens markedsundersøgelse blev der også peget på andre forklaringer på nedgangen i salget end dem, parterne har fremført, nemlig: cd-prisernes niveau, der anses for højt, den almindelige økonomiske tilbagegang, pladeselskabernes manglende evne til at tilfredsstille forbrugernes smag, manglen på indhold af god kvalitet og på nyskabende kunstnere samt pladeselskabernes manglende evne til at tilpasse sig internettets teknologiske udfordring.

260 Med hensyn til den af Kommissionen anvendte metode angives det i betragtning 69 til beslutningen, at Kommissionen for at fastslå, om der bestod en kollektiv dominerende stilling, undersøgte, om de fem store selskaber i de foregående tre-fire år rent faktisk havde fulgt en politik, der gik ud på at koordinere deres priser.

261 Med henblik herpå undersøgte Kommissionen først den kvartalsvise udvikling i de gennemsnitlige nettopriser for hvert af de store pladeselskabers 100 mest solgte almindelige cd'er, der mindst repræsenterede fra 70 til 80% af deres samlede salg af musik, i de fem største medlemsstater, idet Kommissionen var af den opfattelse, at gennemsnitspriserne udgjorde et godt middel til bestemmelse af, om de store pladeselskaber havde udvist parallel adfærd hvad priser angår. Kommissionen undersøgte derfor udviklingen i de gennemsnitlige nettopriser og de officielle salgspriser, udviklingen i forholdet mellem brutto- og nettopriserne og udviklingen i fakturarabatterne og de efterfølgende rabatter (betragtning 72 til beslutningen).

262 For det andet undersøgte Kommissionen, om katalogpriserne, ud fra paralleliteten i gennemsnitspriserne, havde kunnet anvendes som udgangspunkter for priskoordinering.

263 For det tredje undersøgte Kommissionen, om de rabatter, de store pladeselskaber havde indrømmet, havde været tilpasset til hinanden og været tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en effektiv overvågning af en koordinering af priserne, herunder også på nettoprisniveau (betragtning 73 til beslutningen).

264 De konklusioner, som Kommissionen drog, og som er formuleret næsten enslydende for alle de fem store lande, kan sammenfattes således:

— Kommissionen anfører, at den »konstaterede en vis parallelitet mellem de faktiske gennemsnitlige nettopriser og en temmelig sammenlignelig udvikling i de store selskabers priser«, men at »disse iagttagelser i sig selv ikke var klare nok til at udgøre et tilstrækkeligt bevis for, at de store selskaber tidligere havde koordineret deres priser«; »derfor undersøgte Kommissionen videre, om der var andre elementer, nærmere bestemt katalogpriserne og rabatterne, som var tilpasset til hinanden og tilstrækkeligt gennemsigtige til, at de kunne udgøre tilstrækkelige beviser for, at der var tale om koordinering«.

— Kommissionen »kom i besiddelse af en række oplysninger, ifølge hvilke de officielle salgspriser kunne have været anvendt som grundlag for en indbyrdes tilpasning af de store selskabers priser«. Hvert stort pladeselskab havde i 2003, alt efter landet, opnået fra over 55 til over 80% af den samlede værdi af nettosalget af selskabets 100 mest solgte almindelige albummer med kun tre af dets vigtigste officielle salgspriser. Kommissionen fandt derfor: »På baggrund af disse iagttagelser synes katalogpriserne for de mest solgte albummer at være tilpasset til hinanden i ret høj grad« (i Det Forenede Kongerige, Frankrig og Italien og i en vis udstrækning tilpasset til hinanden i Tyskland og Spanien).

— Kommissionen fandt endvidere, at de officielle salgspriser er forholdsvis gennemsigtige, idet de er angivet i de store pladeselskabers kataloger. Det synes derfor muligt at overvåge de øvrige store selskabers katalogpriser.

— I betragtning af den parallelle udvikling i Sonys og BMG's faktiske gennemsnitlige brutto- og nettopriser i de seneste seks år og det til enhver tid meget konstante forhold mellem netto- og bruttoprisen for samtlige albummers vedkommende er der en tæt sammenhæng mellem nettosalgspriserne og bruttopriserne (de officielle salgspriser).

— Kommissionen konstaterede imidlertid en vis variation i størrelsen af de rabatter, de store selskaber havde indrømmet, og ligeledes forskelle på fra 2 til 5 procentpoint mellem de fakturarabatter, Sonys og BMG havde indrømmet størstedelen af deres ti største kunder, og på over 5 procentpoint for nogle kunders vedkommende i visse år (situationen er noget anderledes på det franske marked).

— Fusionsdeltagerne fremlagde oplysninger, hvoraf det fremgik, at fakturarabatterne for en given kundes vedkommende havde varieret fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album, og at de rabatter, der var blevet indrømmet for et givet album, havde svinget fra kunde til kunde. Kommissionens markedsundersøgelse viste, at svingningerne hovedsageligt skyldtes de salgsfremmende

rabatter, der anvendes mere smidigt end de almindelige rabatter, som i reglen fastsættes årligt. Det kan ikke påvises på baggrund af disse iagttagelser, at fusionsdeltagernes fakturarabatter i tilstrækkelig grad er tilpasset til hinanden (situationen er noget anderledes i Frankrig).

— Med hensyn til rabatternes gennemsigtighed fremgik det for størstedelens vedkommende af kundernes svar i forbindelse med Kommissionens markedsundersøgelse, at de store selskaber på grund af deres stadige interaktion med den samme kundekreds i en vis udstrækning havde kendskab til konkurrenternes almindelige rabatter. Imidlertid fremgår det, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, og at det for at overvåge dem ligeledes er nødvendigt nøje at observere, hvordan denne form for rabatter udvikler sig på detailmarkedet. Kommissionen konstaterede, at både Sony og BMG havde indført et system med ugentlige rapporter udarbejdet af selskabernes salgsorganisationer, men kunne ikke påvise, at rapporterne sikrede en tilstrækkelig høj grad af gennemsigtighed for så vidt angår konkurrenternes salgsfremmende rabatter.

265 Kommissionen anførte derpå i betragtning 109 til beslutningen, at »da den detaljerede undersøgelse af udviklingen i de fem store selskabers priser i de fem største medlemsstater viste, at der var visse tegn på koordinering, som ikke i sig selv var tilstrækkelige til at påvise, at der bestod en kollektiv dominerende stilling, foretog Kommissionen en videre undersøgelse med henblik på at fastslå, om forholdene på markederne for indspillet musik var egnede til at fremme denne form for dominerende stilling«.

266 I dette øjemed undersøgte Kommissionen produktets homogenitet (betragtning 110 til den anfægtede beslutning), markedets gennemsigtighed (betragtning 111-113 til beslutningen) og spørgsmålet om iværksættelse af gengældelsesforanstaltninger (betragtning 114-118 til beslutningen).

267 Hvad produktets homogenitet angår fastslog Kommissionen, at indholdets heterogenitet og dens indvirkning på priserne mindsker gennemsigtigheden på markedet og gør et stiltiende kartel vanskeligere, fordi et sådant kræver en vis overvågning på det individuelle produkts plan, dvs. på albumniveau.

268 Hvad markedets gennemsigtighed angår fandt Kommissionen, at de store selskaber for at følge størstedelen af salget kun behøver at overvåge referencepriserne for et begrænset antal albummer blandt de mest solgte. Kommissionen anførte dog, at overvågning på albumniveau også er nødvendig, navnlig for så vidt angår salgsfremmende rabatter, og at denne omstændighed kan vanskeliggøre stiltiende karteller (betragtning 111 til beslutningen).

269 Med hensyn til gengældelsesforanstaltninger hedder det i betragtning 118 til beslutningen, at Kommissionen ikke fandt beviser for, at sådanne tidligere var blevet iværksat, hvilket ville have udgjort et bevis for en kollektiv dominerende stilling.

270 Uden på dette trin i beslutningen at drage nogen konklusioner med hensyn til, om der bestod en kollektiv dominerende stilling i de fem store lande, gik Kommissionen derpå over til at undersøge markederne i de små lande, hvorom den foretog sammenlignelige konstateringer.

271 Den bemærkede bl.a., at de store selskabers officielle salgspriser udviser en høj grad af parallelitet. Den anførte, at de vigtigste af de rabatter, der indrømmes, på samme måde som i de store lande, er de almindelige rabatter. Fakturarabatter er ikke faste, offentliggøres ikke og fører til mindre gennemsigtighed. På grund af fakturarabatternes størrelse og forskellene mellem dem fandt Kommissionen ikke tilstrækkelige beviser for, at paralleliteten mellem de gennemsnitlige nettopriser kunne henføres til en stiltiende samordning mellem de store selskaber, skønt de officielle salgspriser i betydelig grad var tilpasset til hinanden og i princippet kunne tjene som grundlag for en stiltiende samordning (betragtning 150 til beslutningen).

272 Endvidere gælder de betragtninger om produktets homogenitet, markedets gennemsigtighed og gengældelsesforanstaltninger, der er fremsat vedrørende de store lande, også de små EØS-lande.

273 I betragtning 153 til beslutningen udledte Kommissionen af det ovenstående, at der »på den baggrund ikke er tilstrækkelige beviser til at fastslå, at [de store selskaber] indtager en kollektiv dominerende stilling på de nationale markeder for indspillet musik [i de små lande]«.

274 I betragtning 154 til beslutningen drog Kommissionen den konklusion på grundlag af de ovenstående betragtninger, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at den påtænkte fusion ville føre til styrkelse af en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik i nogen af EØS-landene.

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

276 Dette bekræftes i betragtning 157, hvori det hedder:

»[...] som beskrevet i afsnittet om styrkelse af en kollektiv dominerende stilling udviser markederne for indspillet musik en række kendetegn, som kunne give grund til at antage, at der foreligger betingelser, som er fremmende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen har imidlertid ikke fundet tilstrækkelige beviser for, at [de store selskaber] tidligere har indtaget en kollektiv

dominerende stilling; det skyldes navnlig de fastslåede mangler på reel gennemsigtighed, produktets delvis heterogene kendetegn og manglen på beviser for, at der tidligere er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger«.

277 Det er på baggrund af disse betragtninger, at sagsøgerens indsigelser skal undersøges.

4. Gennemsigtighed

a) Indsigelsen om utilstrækkelig begrundelse

278 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at det ikke i fornødent omfang forklares i beslutningen, hvorfor rabatterne, herunder navnlig de salgsfremmende rabatter, er til hinder for den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan dannes en kollektiv dominerende stilling.

279 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen (jf. Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

280 Spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, skal ikke blot vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (Domstolens dom af 29.2.1996, sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 723, præmis 86, og Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 150).

281 Når Kommissionen erklærer en fusion forenelig med fællesmarkedet på grundlag af artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89, er det en i relation til begrundelsespligten nødvendig, men også tilstrækkelig, forudsætning, at denne beslutning klart og utvetydigt angiver, hvorfor Kommissionen ikke finder, at den omtvistede fusion giver anledning til alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet. Det kan dog ikke udledes af denne forpligtelse, at Kommissionen i et sådant tilfælde er forpligtet til at begrunde sin vurdering af samtlige retlige eller faktiske omstændigheder, der eventuelt kan have en forbindelse med den anmeldte fusion, og/eller som er blevet rejst under den administrative procedure (jf. dommen i sagen Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, præmis 185 og den deri nævnte retspraksis).

282 Det skal først undersøges, hvilke virkninger den af sagsøgeren fremhævede omstændighed har, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter meget klart fastslog, at fusionen var uforenelig med fællesmarkedet, navnlig fordi der forud for den påtænkte fusion bestod en kollektiv dominerende stilling, og fordi markedet for indspillet musik var meget gennemsigtigt og i særlig grad fremmende for koordinering.

283 Det er klart, at denne fundamentale ændring af Kommissionens standpunkt kan virke overraskende, især i betragtning af dens sene indtræden. Således som det fremgår af sagens akter, og således som det er fremgået af forhandlingerne for Retten, havde Kommissionen nemlig under den hele administrative periode, på grundlag af alle de oplysninger, den under en fem måneder lang undersøgelse havde modtaget af såvel de forskellige erhvervsdrivende på markedet som fusions-

deltagerne, været af den opfattelse, at markedet var tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en stiltiende koordinering af priserne, og det var først, efter at fusionsdeltagerne, bistået af deres økonomiske konsulent, på høringen den 15. og 16. juni 2004 havde fremsat deres argumenter, at den, uden at foretage nye markedsundersøgelser, indtog det modsatte standpunkt og den 1. juli 2004 forelagde det rådgivende udvalg udkastet til beslutning.

284 Således som Kommissionen korrekt har gjort gældende, fremgår det imidlertid af retspraksis (dommen i sagen BAT og Reynolds mod Kommissionen), at når Kommissionen giver afslag på en begæring i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), er det tilstrækkeligt, at den angiver de omstændigheder, der har fået den til at konkludere, at et konkurrencestridigt forhold ikke er bevist, uden at den er forpligtet til at redegøre for eventuelle ændringer i forhold til meddelelsen af klagepunkter, hvilken alene er af foreløbig karakter og har til opgave at fastslå genstanden for den administrative procedure over for de virksomheder, som proceduren angår, eller at behandle alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure. I dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 228 ovenfor, gjorde Domstolen opmærksom på, at meddelelsen af klagepunkter er af foreløbig karakter, og at det påhviler Kommissionen at tage hensyn til de oplysninger, der er fremkommet under den administrative procedure, og bl.a. frafalde klagepunkter, der har vist sig ubegrundede.

285 Denne retspraksis er ganske vist blevet udviklet i forbindelse med procedurer i henhold til artikel 81 EF og 82 EF og ikke på det område, der særligt vedrører fusionskontrol, inden for hvilket de bindende tidsfrister for vedtagelsen af Kommissionens beslutninger ikke gør det muligt for denne at forlænge sin undersøgelse, hvilket gør en grundlæggende ændring af Kommissionens standpunkt stadig mindre sandsynlig, efterhånden som den administrative procedure skrider frem. Kommissionen anførte i øvrigt i sine afsluttende bemærkninger, at undersøgelsesforanstaltninger, der iværksættes efter høringen, som hovedregel består i henvendelser til de erhvervsdrivende på markedet vedrørende foreslåede tilsagn og ikke drejer sig om de klagepunkter, der er rejst mod den anmeldte fusion. Ikke desto mindre er meddelelsen af klagepunkter kun en forberedende akt, og den endelige beslutning skal kun begrundes under hensyn til den helhed af omstændigheder og oplysninger, som er relevante for vurderingen af, hvilken

indvirkning den påtænkte fusion vil have på konkurrencen på referencemarkederne. Heraf følger, at det forhold, at Kommissionen ikke forklarer ændringerne i sit standpunkt i forhold til det standpunkt, der blev angivet i meddelelsen af klagepunkter, i selve beslutningen, ikke i sig selv udgør en mangel på begrundelse eller en mangel ved begrundelsen.

286 Desuden har Kommissionen ligeledes påberåbt sig den retspraksis, hvorefter den, hvis en fusion kun ændrer konkurrencesituationen på et marked i meget begrænset omfang, ikke er forpligtet til at angive en særlig begrundelse vedrørende dette spørgsmål, ligesom den heller ikke tilsidesætter sin begrundelsespligt, hvis den ikke i beslutningen giver en nøje begrundelse for vurderingen af en række aspekter af fusionen, som den finder er åbenbart uvedkommende eller uden betydning. Disse bemærkninger er korrekte, men irrelevante for den aktuelle indsigelse. Dels drejer denne sig nemlig ikke om en begrænset ændring, som fusionen vil give anledning til, men om situationen forud for fusionen, dels kan det ikke bestrides, at mangel på tilstrækkelig gennemsigtighed på markedet udgør den væsentligste, for ikke at sige den eneste, begrundelse for den omtvistede vurdering, hvorefter der ikke på forhånd består en kollektiv dominerende stilling.

287 På baggrund af disse indledende bemærkninger skal det undersøges, om beslutningen indeholder en tilstrækkelig begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en koordinering af priserne.

288 Spørgsmålet om markedets gennemsigtighed behandles i et specifikt afsnit i betragtning 111-113 til beslutningen. Det behandles dog også i afsnittet om de store selskabers fælles prispolitik i de fem store medlemsstater, dvs. i betragtning 69-108 til beslutningen, hvortil der henvises i det specifikke afsnit, og i afsnittet om vurderingen af, om der består en kollektiv dominerende stilling på de små landes markeder, dvs. i betragtning 148-153, hvortil der ikke henvises i det specifikke afsnit. De begrundelser, der anføres i de nævnte tre afsnit, skal derfor undersøges en for en.

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

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

291 Det anføres således i betragtning 111, at antallet af referencepriser er begrænset, og at de store selskaber for at følge størstedelen af salget kun behøver at overvåge referencepriserne for et begrænset antal albummer blandt de mest solgte, eftersom de 20 mest solgte titler for alle lande under et repræsenterer mindst halvdelen af det årlige salg.

292 Ydermere hedder det i betragtning 112, at der »findes andre mekanismer på markedet, som øger gennemsigtigheden, og som kan gøre det lettere at kontrollere, at et kartel overholdes«. En af disse er, indledningsvis, offentliggørelsen af ugentlige hitlister, der giver oplysninger om salget af de enkelte titler og gør det muligt meget let at konstatere, hvilke titler der bliver »hits«, hvilket, anføres det, »i betydelig grad letter de store pladeselskabers overvågning«. Det hedder endvidere, at markedet for indspillet musik er således beskaffent, at »en detailhandler for at klare sig økonomisk må tilbyde produkter fra alle de store selskaber«, og at »branchen således er kendetegnet af stabile og varige forbindelser mellem detailhandlerne og de store pladeselskaber«. I betragtningen peger Kommissionen ligeledes på, at »en stor del af salget af de store selskabers indspillede musik desuden sker til et begrænset antal kunder«, og anfører afslutningsvis, at »denne situation, som kendetegnes af, at der kun er et begrænset antal erhvervsdrivende på markedet, fremmer, at der anlægges samarbejdsstrategier, som tjener de store pladeselskabers interesser, eftersom den letter overvågning og spredning af oplysninger«.

293 Denne opregning af mekanismer og faktorer, der øger gennemsigtigheden og letter kontrollen med, at karteller overholdes, fortsætter i sidste betragtning i det specifikke afsnit om markedets gennemsigtighed. Kommissionen peger således i betragtning 113 på, at »overvågningen af detailmarkedet er endnu en kilde til gennemsigtighed«. Den anfører nærmere herom, at »markedsundersøgelsen viste, at Sony og BMG har indført et system med ugentlige rapporter [...] med oplysninger om konkurrenterne«. Endelig oplyser Kommissionen, at undersøgelsen »ligeledes har bekræftet, at de store pladeselskabers salgsorganisationer opretholder regelmæssig og fast kontakt med detailhandlere og grossister, idet forhandlingerne om støtteforanstaltninger og salgsfremmende rabatter ofte finder sted på ugebasis«.

294 Det fremgår af det ovenstående, at Kommissionen i det specifikke afsnit i beslutningen, hvori den behandlede spørgsmålet om gennemsigtighed, ikke blot ikke fastslog, at markedet var uigennemsigtigt eller ikke tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, men også — kun med undtagelse af den temmelig begrænsede og uunderbyggede bemærkning om, at de salgsfremmende rabatter kunne mindske gennemsigtigheden og gøre et stiltiende kartel

vanskeligere — kun henviste til faktorer, der kan tilvejebringe stor gennemsigtighed på markedet og lette kontrollen med en samordning. Det står derfor klart, at dette afsnit ikke i sig selv kan anses for i fornødent omfang at give en begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt.

295 Videre skal det undersøges, om en sådan begrundelse findes i afsnittet om undersøgelsen af de store selskabers fælles prispolitik.

296 Det bemærkes indledningsvis, at der, med kun meget små forskelle, er fulgt den samme fremgangsmåde og foretaget de samme konstateringer for så vidt angår alle de fem store landes markeder, hvorfor de følgende bemærkninger, der vedrører Det Forenede Kongerige, mutatis mutandis gælder for alle de fem store markeder.

297 Efter at have konstateret, at de faktiske gennemsnitlige nettopriser havde udvist en delvis sammenlignelig udvikling, og at de store selskabers priser i Det Forenede Kongerige havde udviklet sig på sammenlignelig måde, anfører Kommissionen i betragtning 75 til beslutningen, at den derpå undersøgte, om to yderligere komponenter, nemlig katalogpriserne og rabatterne, var tilpasset til hinanden og gennemsigtige nok til at udgøre tilstrækkelige beviser for en koordinering.

298 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i dette afsnit tager sigte på at fastslå, om de store selskabers adfærd viser, at der sker en koordinering. Kommissionen har imidlertid i sine skriftlige indlæg for Retten flere gange fremhævet, at den omstændighed, at de erhvervsdrivende på markedet fører en fælles politik, ikke må opfattes som et bevis for, at der hersker gennemsigtighed på markedet, og har understreget, at selv en høj grad af indbyrdes tilpasning af de fastsatte betingelser ikke beviser, at markedet er gennemsigtigt. Heraf følger ifølge Kommissionens egen opfattelse, at konstateringerne vedrørende de store selskabers praksis med hensyn til priser og rabatter er irrelevante for vurderingen af, om markedet er gennemsigtigt. Iagttagelserne i dette afsnit gør det derfor ikke muligt at råde bod på den ovenfor

nævnte mangel på en tilstrækkelig begrundelse. Da Kommissionens opfattelse imidlertid ikke stemmer overens med beslutningen, finder Retten det nødvendigt at undersøge, om konstateringerne i afsnittet kan udgøre en tilstrækkelig begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er gennemsigtigt.

299 Hvad for det første angår de officielle salgspriser konstaterede Kommissionen, at hvert stort pladeselskab i 2003 havde opnået over 80% af den samlede værdi af nettosalget af selskabets 100 mest solgte albummer med kun dets tre vigtigste officielle salgspriser, og, derudover, at der i forbindelse med 47% af salget af de hundrede mest solgte albummer kun var blevet anvendt en eller to officielle salgspriser inden for et interval på 17 pence (fra 8,98 til 9,15 pund sterling) (tallene for de andre store lande er ret sammenlignelige hermed; f.eks. blev der i forbindelse med over 60% af salget af de 100 mest solgte albummer i Italien kun anvendt en eller to officielle salgspriser inden for et interval på 0,36 EUR — fra 12,55 til 12,91 EUR). Kommissionen drog den konklusion heraf, at »katalogpriserne for de 100 mest solgte albummer synes at være tilpasset til hinanden i ret høj grad«. Det må siges at være en mildt sagt forsigtig konklusion i betragtning af, at tilpasningen rent faktisk var meget udtalt.

300 Endvidere bemærkes hvad dette angår, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter ikke havde anført, at priserne blot var »tilpasset til hinanden i ret høj grad«, men at de var »tilpasset til hinanden i betydelig grad« (ifølge punkt 82 i meddelelsen »ligger de officielle salgspriser meget tæt på hinanden«, mens der ifølge punkt 87 er tale om »en betydelig grad af tilpasning«). For så vidt angår de 20 mest solgte plader havde Kommissionen endog fremhævet, at der var tale om en næsten fuldstændig tilpasning (jf. punkt 85 og 86 i meddelelsen af klagepunkter), men dette punkt i undersøgelsen gentages ikke i beslutningen, skønt Kommissionen efter at være blevet spurgt herom under retsmødet hverken gjorde gældende, at der var tale om en fejlvurdering, eller kunne forklare, hvorfor det var blevet udeladt. Desuden nævnes i betragtning 72 til beslutningen kun fire punkter som grundlaget for vurderingen af den fælles prispolitik, hvorimod der i punkt 75 i meddelelsen af klagepunkter også blev henvist til et femte punkt. Ganske vist er meddelelsen af klagepunkter, som påpeget ovenfor, kun et foreløbigt dokument, og Kommissionen har ikke alene fuld ret, men er endog forpligtet, til at ændre standpunkt som følge af

oplysninger, den er kommet i besiddelse af under sin undersøgelse, men den kan derimod ikke lade bestemte relevante punkter ude af betragtning, blot fordi de eventuelt ikke er forenelige med dens nye vurdering.

301 Under alle omstændigheder fastslog Kommissionen, at katalogpriserne var tilpasset til hinanden i ret høj grad, også selv om kun de iagttagelser, der findes i beslutningen, tages i betragtning.

302 På samme måde hedder det i betragtning 76 til beslutningen, at de officielle salgspriser er »forholdsvis gennemsigtige, idet de er angivet i de store pladeselskabers kataloger. Det synes derfor muligt at overvåge de øvrige store selskabers katalogpriser«. Skønt denne vurdering og er meget forsigtig og meget nedtonet i forhold til vurderingen i meddelelsen af klagepunkter (det anførtes således i punkt 81 heri, at »det efter Kommissionens opfattelse er særdeles let for de store selskaber at overvåge, til hvilke officielle salgspriser nye succesalbummer markedsføres, idet de officielle salgspriser er offentligt tilgængelige i de store selskabers kataloger«), henvises der imidlertid i vurderingen til yderligere en faktor, der fremmer gennemsigtighed på markedet. Der er ingen tvivl om, at det forhold, at bruttopriserne (katalogpriserne) er offentlige, er af væsentlig betydning for prisgennemsigtigheden.

303 Ifølge selve ordlyden af beslutningen udgør katalogpriserne set ud fra de to aspekter, Kommissionen har undersøgt — indbyrdes tilpasning og gennemsigtighed — en faktor, der bidrager til gennemsigtighed på markedet.

304 Hvad for det andet angår rabatterne hedder det i betragtning 78 til beslutningen, at Kommissionen konstaterede »en vis variation i størrelsen af de rabatter, de store selskaber indrømmer«, og at »fakturarabatter i forhold til de øvrige former for rabatter (aftaler om salgssamarbejde og efterfølgende rabatter) udgør langt de største af de prisnedsættelser, der foretages«. Derpå undersøger Kommissionen dels fakturarabatternes tilpasning til hinanden, dels deres gennemsigtighed.

305 Hvad fakturarabatternes tilpasning til hinanden angår anføres det i betragtning 79 til beslutningen, at »Kommissionen konstaterede en vis variation fra kunde til kunde og ligeledes forskelle på fra 2 til 5 procentpoint mellem de fakturarabatter, Sonys og BMG havde indrømmet størstedelen af deres [ti] største kunder, og på over 5 procentpoint for nogle kunders vedkommende i visse år«. Det anføres i videre i betragtningen, at »svingningerne hovedsageligt skyldtes de salgsfremmende rabatter, der anvendes mere smidigt end de almindelige rabatter, som i reglen fastsættes årligt«, og afslutningsvis, at »det ikke kan påvises på baggrund af disse iagttagelser, at [fusions]parternes fakturarabatter er tilpasset til hinanden i tilstrækkelig grad«.

306 Det bemærkes indledningsvis, at undersøgelsen, som anført ovenfor, således tager sigte på de store selskabers adfærd og ikke på markedets objektive kendetegn, og at den derfor højst er relativt relevant for vurderingen af, hvilken grad af gennemsigtighed der er på markedet. Kommissionen har i den forbindelse fremhævet, at konstateringen af en høj grad af parallelitet mellem de store selskabers gennemsnitlige nettopriser eller af, at et givet pladeselskabs gennemsnitlige rabatter udviser en høj grad af konstans, hverken udgør et bevis for stiltiende koordinering eller for den nødvendige gennemsigtighed, og at »graden af indbyrdes tilpasning eller generel konstans ikke kan træde i stedet for væsentlige og indbyrdes samstemmende beviser for, at der hersker tilstrækkelig gennemsigtighed til, at [virksomheder, der tilsammen udgør et oligopol], indbyrdes kan overvåge deres adfærd på markedet«. Det må udledes heraf, at en undersøgelse af rabatternes grad af indbyrdes tilpasning efter Kommissionens opfattelse ikke udgør en egnet prøve med henblik på at fastslå, om markedet er gennemsigtigt, eftersom selv en indbyrdes tilpasning af rabatterne ifølge Kommissionen ikke er et bevis for, at dette er tilfældet. Prøven kan nemlig kun være egnet, hvis den gør det muligt at fastslå, såvel at der hersker, som at der ikke hersker, gennemsigtighed. Da der imidlertid, som anført ovenfor, ikke er tilstrækkeligt belæg for Kommissionens opfattelse i beslutningen, skal Retten undersøge, om iagttagelserne i betragtning 78 og 79 i tilstrækkelig grad viser, at markedet ikke er gennemsigtigt.

307 Indledningsvis udviser, således som det fremgår af betragtning 78 til beslutningen, de af fusionsdeltagerne indrømmede fakturarabatters generelle niveau kun små variationer, nemlig på [*fortroligt*] fra 2 til 5% af deltagernes respektive samlede bruttosalg i Det Forenede Kongerige. I Italien er der endog med en variation på

[*fortroligt*] fra 0 til 5% næsten ingen variation (betragtning 99 til beslutningen). De i betragtning 79 til beslutningen angivne forskelle på fra 2 til 5% [*fortroligt*] mellem de fakturarabatter, fusionsdeltagerne havde indrømmet størstedelen af deres ti største kunder, er ligeledes meget små. Tallene i betragtning 78 og 79, og i de tilsvarende betragtninger for de øvrige store landes vedkommende, kan følgelig ikke begrunde den konklusion, at fakturarabatterne ikke er tilstrækkeligt tilpasset hinanden.

308 Endvidere synes denne meget begrænsede variation ifølge selve ordlyden af beslutningen ikke at have nogen betydning. Det hedder således i betragtning 77 til beslutningen, at »Kommissionens undersøgelse viser, at der i betragtning af den parallelle udvikling, Sonys og BMG's faktiske gennemsnitlige brutto- og nettopriser har gennemgået i de seneste seks år, og det meget konstante forhold, der for samtlige albummers vedkommende til enhver tid er mellem netto- og bruttoprisen, er en tæt sammenhæng mellem nettosalgspriserne og bruttopriserne (de officielle salgspriser)«. Desuden henvises der i betragtning 77 til beslutningen, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke kun til, at bruttopriserne og de gennemsnitlige nettopriser har gennemgået en parallel udvikling for samtlige albummers vedkommende (dvs. at den gennemsnitlige rabat har været konstant for samtlige solgte albummers vedkommende), hvilket således skjuler eventuelle forskelle mellem de rabatter, som er blevet indrømmet for individuelle albummer, men også til, at rabatterne har været konstante for det enkelte albums vedkommende og fra tidspunkt til tidspunkt. Hvis anden del af passagen i betragtning 77 henviser til forholdet mellem de gennemsnitlige brutto- og nettopriser, således som Kommissionen har gjort gældende, er den faktisk overflødig, idet et sådant forhold er identisk med forskellen mellem brutto- og nettopriserne, hvis konstans noteres i passagens første del. Dette fremgår desuden meget klart af den autentiske udgave af beslutningen, idet der heri anvendes udtrykket »ratios« i flertal (forholdet mellem brutto- og nettopriserne fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt). Det hedder ligeledes i punkt 90 i meddelelsen af klagepunkter, at Kommissionen fandt, at »forholdet mellem brutto- og nettoprisen for samtlige de individuelle udgivelsers vedkommende, Kommissionen undersøgte, havde været meget konstant fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt«. På samme måde angives det i punkt 75, afsnit iv), i meddelelsen af klagepunkter, at Kommissionen undersøgte udviklingen i brutto- og nettosalget af de enkelte albummer, og det anføres i fodnote 47, at »brutto- og nettopriserne for BMG's og Sonys ti mest solgte albummer i 2002 blev undersøgt hver for sig«.

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

310 Desuden har Kommissionen gjort gældende i sine indlæg, at oplysningerne om de gennemsnitlige nettopriser eller de gennemsnitlige rabatter ikke beviser, at der har fundet en indbyrdes tilpasning eller en koordinering sted, og at det kun er de individuelle prisfastsættelsesbeslutninger, der har betydning, men denne argumentation har ikke belæg i beslutningen. Det hedder således navnlig i betragtning 70 hertil, at »Kommissionen er af den opfattelse, at gennemsnitspriserne udgør et godt middel til bestemmelse af, om de store pladeselskaber udviser parallel adfærd«. Hvis, endvidere, bemærkningerne om prispolitikken ikke er relevante for vurderingen af, om markedet er gennemsigtigt, således som Kommissionen har gjort gældende for Retten, betyder det, at bemærkningerne om rabatterne i betragtning 78-80 til beslutningen (og i de tilsvarende betragtninger vedrørende de andre store lande) ikke kan indeholde begrundelsen for, at markedet ikke er gennemsigtigt, eftersom rabatterne er en priskomponent og behandles som led i undersøgelsen af, om der forekommer priskoordinering.

311 Det følger af det foregående, at bemærkningerne om indbyrdes tilpasning af fakturarabatterne i betragtning 78 og 79 til beslutningen (og i de tilsvarende betragtninger vedrørende de andre store lande) ikke kan begrunde fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt.

312 Hvad rabatternes gennemsigtighed angår hedder det i betragtning 80 til beslutningen, at »det for størstedelens vedkommende fremgik af de britiske kunders svar i forbindelse med Kommissionens markedsundersøgelse, at de store pladeselskaber på grund af deres stadige interaktion med den samme kundekreds i en vis udstrækning havde kendskab til konkurrenternes almindelige rabatter«. Denne

konstatering gentages ordret for alle de fem store landes vedkommende (betragtning 87, 94, 101 og 108 til beslutningen). Om end det er ufornødent at undersøge, om der er grundlag for konstateringen, inden for rammerne af indsigelsen om tilsidesættelse af begrundelsespligten, må den i betragtning af de oplysninger, den bygger på, siges at give en meget nedtonet fremstilling af graden af gennemsigtighed på markedet. Bl.a. er det for Italiens vedkommende vanskeligt at forstå, hvordan Kommissionen kunne finde, at det »for størstedelens vedkommende« fremgik af kundernes svar, at de store selskaber kun »i en vis udstrækning« havde kendskab til konkurrenternes almindelige rabatter, når det hedder i fodnote 55 til beslutningen, at »de fem detailhandlere i Italien, der besvarede spørgsmålet, angav, at de store pladeselskaber kendte konkurrenternes officielle salgspriser og rabatter«. På samme måde fremgår det for Frankrigs vedkommende af fodnote 49 til beslutningen, at tre af fire detailhandlere havde anført, at de store pladeselskaber kendte de officielle salgspriser og rabatter, konkurrenterne anvendte på markedet.

313 Endvidere skelnes der i de forklarende fodnoter ikke for nogen af landenes vedkommende på nogen måde mellem almindelige og salgsfremmende rabatter, og det fremgår derfor ikke, hvorfor Kommissionen udledte af kundernes svar, at de store selskaber kun havde et vist kendskab til de almindelige rabatter, men ikke til de salgsfremmende.

314 Under alle omstændigheder fandt Kommissionen ifølge beslutningen selv, at de almindelige rabatter til en vis grad var gennemsigtige.

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

316 Herom bemærkes indledningsvis, at det ikke angives, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, men kun, at de er »mindre gennemsigtige end de almindelige«, og at det kræver nøje observation at overvåge dem. Desuden anføres det, at Kommissionen konstaterede, at Sony og BMG havde indført et system med ugentlige rapporter udarbejdet af selskabernes salgsorganisationer, men at det ikke havde kunnet påvises, at rapporterne sikrede en tilstrækkelig høj grad af gennemsigtighed for så vidt angår de salgsfremmende rabatter.

317 Endvidere skal det nævnes, at de almindelige rabatter, således som det fremgår af andet punktum i betragtning 150 til beslutningen, er de vigtigste i samtlige lande. Heraf følger, at de salgsfremmende rabatter ifølge beslutningen selv kun har begrænset indvirkning på priserne. På samme måde fremgår det af betragtning 77, at rabatterne (både de almindelige og de salgsfremmende) ikke havde påvirket den aftalte prispolitik de foregående seks år.

318 Det bemærkes ligeledes, at det ikke angives i beslutningen, at markedet er uigennemsigtigt, og ikke engang, at det er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre priskoordinering; det angives kun, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige, men der gives overhovedet ikke nogen oplysninger om deres art, de omstændigheder, hvorunder de indrømmes, og deres konkrete betydning for nettopriserne eller deres betydning for prisgennemsigtigheden.

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

320 Heraf følger, at de få bemærkninger om de salgsfremmende rabatter i beslutningens afsnit om undersøgelsen af priskoordineringen i de store lande ikke beviser, at

markedet er uigennemsigtigt, endsige at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, da bemærkningerne er upræcise, uunderbyggede eller endog i strid med andre iagttagelser i beslutningen. Ydermere angives det kun i bemærkningerne, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, men det forklares ikke, på hvilken måde de er relevante for gennemsigtigheden på markedet, og bemærkningerne gør det ikke muligt at forstå, hvordan de salgsfremmende rabatter alene kan opveje alle de øvrige i beslutningen angivne faktorer, der bidrager til gennemsigtighed på markedet, og dermed medføre, at den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke er til stede.

321 Hvad endelig angår bemærkningerne i det afsnit i beslutningen, der drejer sig om situationen i de små lande, anfører Kommissionen indledningsvis i betragtning 149, at de officielle salgspriser anvendes på en temmelig sammenlignelig måde i de store lande. Kommissionen bemærker i den forbindelse, at hovedparten af salget sker til nogle få officielle salgspriser, og at de store selskaber anvender de officielle salgspriser på en parallel måde, idet den tilføjer, at »således som det fremgår af de angivne tal for hvert af de små lande, er Sonys og BMG's to vigtigste officielle salgspriser praktisk talt ens for Nederlandenes og Belgiens vedkommende«. Kommissionen anfører afslutningsvis, at de store pladeselskabers officielle salgspriser har udvist en udvikling, som i høj grad er sammenlignelig. Det fremgår således af betragtning 149, at Kommissionen i de små lande konstaterede en gennemsigtighed og en indbyrdes tilpasning af de officielle salgspriser, der var endnu mere udtalt end i de store lande.

322 Med hensyn til de rabatter, som indrømmes i de små lande, indeholder det pågældende afsnit ingen iagttagelser om de salgsfremmende rabatter, som ikke nævnes. Tværtimod anfører Kommissionen i betragtning 150 til beslutningen, at det i samtlige små lande er de almindelige rabatter, der er de vigtigste, på samme måde som i de fem store lande.

323 Desuden anfører Kommissionen, at de fakturarabatter, Sony og BMG yder, er meget store, at deres størrelse varierer fra kunde til kunde og er forskellig fra BMG til Sony, og at de ikke offentliggøres og fører til mindre gennemsigtighed, men giver ingen

talmæssige oplysninger om størrelsen eller om, hvor meget de varierer. Ydermere angives det ikke, om, og i bekræftende fald hvordan, markedets karakter ikke medfører, at i det mindste de almindelige rabatter er gennemsigtige som i de store lande. På samme måde angives det ikke, om rabatterne — de almindelige og/eller de salgsfremmende — fører til forskellige nettopriser, om end bemærkningen om, at »Kommissionen ikke fandt tilstrækkelige beviser for, at paralleliteten mellem de gennemsnitlige nettopriser kunne henføres til en stiltiende samordning«, nærmest synes at betyde, at det ikke er tilfældet.

324 Heraf følger, at afsnittet om de små lande heller ikke indeholder en begrundelse for fastslåelsen af, at markedet ikke er gennemsigtigt på grund af de salgsfremmende rabatter. Under alle omstændigheder kan situationen i de små lande ikke udgøre en gyldig begrundelse for fastslåelsen af, hvilken grad af gennemsigtighed der hersker på markederne i de store lande.

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

326 Retten behandler dog for fuldstændighedens skyld også de indsigelser og argumenter, sagsøgeren har fremført for at vise, at fastslåelsen af, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt, er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

b) Indsigelsen om et åbenbart urigtigt skøn

327 Indledningsvis bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår

økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (Kali & Salz-dommen, præmis 223 og 224, dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 38, i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 164 og 165, og i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 64, samt Rettens dom af 25.10.2002, sag T-80/02, Tetra Laval mod Kommissionen, Sml. II, s. 4519, præmis 119, og af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 60).

328 Domstolen har dog givet følgende præcisering:

»Selv om Domstolen har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Fællesskabets retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner« (dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 39).

329 Det er på baggrund af disse betragtninger, at det skal undersøges, om Kommissionens vurderinger vedrørende markedets gennemsigtighed er behæftet med en åbenbar fejl.

330 Sagsøgeren har indledningsvis peget på, at markederne for indspillet musik blev anset for tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, før beslutningen blev vedtaget.

331 Sagsøgeren har hvad dette angår anført, at Kommissionen i forbindelse med behandlingen af den påtænkte fusion mellem EMI og Time Warner fandt, at markedet for indspillet musik kendetegnes af produkter, for hvilke der gælder faste priser (standardised pricing products), og at det er »meget gennemsigtigt« (jf. punkt 37, 38 og 57 i meddelelsen af klagepunkter vedrørende den påtænkte fusion mellem EMI og Time Warner).

332 Sagsøgeren har tilføjet, at Office of Fair Trading i sin rapport af september 2002 om markedet for indspillet musik i Det Forenede Kongerige (»Wholesale supply of compact discs«) ligeledes fandt, at markedet udviste en høj grad af gennemsigtighed, og henviste til en række faktorer (bl.a. offentliggørelsen af ugentlige hitlister, fælles salg og regelmæssige besøg hos detailhandlerne for at kontrollere varebeholdningerne), der betyder, at flere oplysninger om konkurrenterne er tilgængelige end i mange andre brancher (jf. punkt 114 i meddelelsen af klagepunkter).

333 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde efter en første undersøgelse af den påtænkte fusion mellem Sony og Bertelsmann, der blev anmeldt den 9. januar 2004, og en foreløbig markedsundersøgelse, der navnlig fokuserede på detailhandlerne og de store selskaber, fastslog ved beslutning af 12. februar 2004, at der var alvorlig tvivl om, hvorvidt den anmeldte fusion ville være forenelig med fællesmarkedet, og indledte proceduren i forordningens artikel 6, stk. 1, litra c). Under denne procedure fortsatte Kommissionen sin undersøgelse og fremsendte en række begæringer om oplysninger til fusionsdeltagerne (den 19. februar, den 5. marts, den 17.3., den 23.3., den 1.4. og den 10.5.2004), de andre store selskaber (den 11.3. og den 10.5.2004) og de forskellige erhvervsdrivende på markedet (jf. bl.a. spørgeskemaet til detailhandlerne af 16.4.2004). Efter at have gennemgået alle de indhentede data og oplysninger og efter at have ført drøftelser med Sony og BMG fremsendte Kommissionen den 24. maj 2004 en meddelelse af klagepunkter, hvori den drog den foreløbige konklusion, at fusionen var uforenelig med fællesmarkedet, navnlig fordi den ville styrke en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik.

334 Sagsøgeren har peget på, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter dels fandt, at de store selskabers priser, både brutto- og nettopriserne, var parallelle, dels vurderede, at markedet var tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre udvikling af en kollektiv dominerende stilling og overvågning af en priskoordinering (jf. bl.a. punkt 93 i meddelelsen af klagepunkter). I punkt 94-115 i meddelelsen af klagepunkter redegjorde Kommissionen i den forbindelse for ti faktorer, der gør markedet for indspillet musik særligt fremmende for koordinering og letter overvågningen af en koordinering. Kommissionen pegede således på a) produktets homogenitet, b) det begrænsede antal officielle salgspriser, c) det begrænsede antal relevante albummer, d) offentliggørelsen af ugentlige hitlister, e) kundeunderlagets stabilitet, f) markedsandelenes relative konstans, g) det store antal kontakter som følge af de store selskabers vertikale integration, h) det store antal strukturelle forbindelser mellem de store selskaber såsom joint ventures i forbindelse med kompilationer og distribution samt licens- og distributionsaftaler, i) fælles deltagelse i branchesammenslutningerne og j) fælles forhandlinger om ophavsret.

335 Skønt både Kommissionen — i modsætning til hvad den fandt i beslutningen — og, for så vidt angår det britiske marked, Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndighed således anså det relevante marked for meget gennemsigtigt og under alle omstændigheder tilstrækkeligt gennemsigtigt til at gøre den overvågning mulig, som er nødvendig for en stiltiende priskoordinering, betyder dette ikke i sig selv, at det modsatte standpunkt, som Kommissionen indtager i beslutningen, er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn. Dels kan nationale konkurrencemyndigheders vurderinger nemlig på ingen måde binde Kommissionen i dennes vurdering, dels er meddelelsen af klagepunkter, som anført ovenfor, kun et forberedende dokument, hvis vurderinger er rent foreløbige, og det påhviler Kommissionen at tage hensyn til oplysninger fremkommet under den administrative procedure og argumenter fremført af de berørte virksomheder og frafalde klagepunkter, der i sidste instans viser sig ubegrundede. Det gælder naturligvis så meget mere, når der er tale om foreløbige vurderinger, der er foretaget flere år tidligere i forbindelse med behandlingen af en anden fusion, eller som er foretaget af en anden konkurrencemyndighed i en anden forbindelse. Det betyder imidlertid ikke, at meddelelsen af klagepunkter slet ikke har nogen værdi eller relevans. Medmindre hele den administrative undersøgelsesprocedure skal fratages enhver værdi, bør Kommissionen være i stand til at forklare, om ikke i beslutningen, så i det mindste under forhandlingerne for Retten, hvorfor den finder, at dens foreløbige vurderinger var forkerte, og navnlig bør beslutningens vurderinger være forenelige med de faktuelle

konstateringer i meddelelsen af klagepunkter, for så vidt det ikke er blevet påvist, at disse var ukorrekte.

336 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, principalt at samtlige de af Kommissionen indsamlede beviser, hvortil der henvises i såvel meddelelsen af klagepunkter som i beslutningen, viser, at de store selskabers priser er gennemsigtige eller i hvert fald tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en stiltiende koordinering. Kommissionen har ikke fremlagt noget bevis for, at markedet er uigennemsigtigt, men har indskrænket sig til at udlede af de påståede variationer i rabatterne, at disse kan mindske gennemsigtigheden. Sagsøgeren har fremsat en række indsigelser mod betragtningerne om rabatterne og hævdet, at Kommissionen har tillagt rabatterne, navnlig de salgsfremmende, for stor betydning uden så meget som at undersøge, i hvilken udstrækning de er relevante.

337 Retten behandler successivt først indsigelserne og argumenterne vedrørende de faktorer, som ifølge beslutningen bidrager til gennemsigtighed på markedet, og derpå de indsigelser og argumenter, der er fremsat for at rejse tvivl om de påståede uigennemsigtighedsfaktorer, idet den samtidig konfronterer dem med de argumenter og beviser, de sagsøgende parter og intervenienter er fremkommet med, selv om mange af oplysningerne og argumenterne er indbyrdes forbundne, og selv om fastslåelsen af, om der hersker gennemsigtighed på markedet, skal bygge på en samlet vurdering af alle relevante faktorer.

Gennemsigtighedsfaktorer, hvortil der henvises i beslutningen

338 For det første er de store selskabers bruttosalgspriser over for kunderne (detailhandlere, supermarkeder osv.) offentlige, idet de er angivet i selskabernes kataloger. Dette er ubestrideligt en meget vigtig kilde til gennemsigtighed hvad

priser angår. I betragtning 76 til beslutningen hedder det ganske vist kun, at de officielle salgspriser er »forholdsvis gennemsigtige, idet de er angivet i de store pladeselskabers kataloger«, og at det »derfor synes muligt at overvåge de øvrige store selskabers katalogpriser«. Denne nedtonede formulering kan imidlertid ikke svække konstateringen af, at bruttopriserne er gennemsigtige, eftersom Kommissionen hverken i beslutningen eller under forhandlingerne for Retten har henvist til nogen omstændighed for at forklare, at bruttopriserne kun er »forholdsvis gennemsigtige«. Desuden anførte Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter (punkt 81) følgende om dette spørgsmål:

»Efter Kommissionens opfattelse er det særdeles let for de store selskaber at overvåge, til hvilke officielle salgspriser nye succesalbummer markedsføres, idet de officielle salgspriser er offentligt tilgængelige i de store selskabers kataloger.«

339 For det andet angives det i beslutningen, at fusionsdeltagerne havde oplyst, at de anvendte over 100 officielle salgspriser, men at Kommissionen konstaterede, at hvert stort pladeselskab i 2003, alt efter landet, havde opnået fra over 55 til over 80% af den samlede værdi af salget af selskabets 100 mest solgte almindelige albummer med kun dets tre vigtigste officielle salgspriser. Denne koncentration af størstedelen af albumsalget på et meget begrænset antal referencepriser, som bekræftes af de store selskabers svar, gør det lettere at koordinere priserne, hvilket Kommissionen i øvrigt påpegede i punkt 96 i meddelelsen af klagepunkter: »Dette prissystem letter koordineringen, idet det giver let fortolkelige oplysninger om det niveau, hvorpå de store selskaber fastsætter salgsprisen for størstedelen af deres albummer.«

340 I svarskriftet har Kommissionen ganske vist brugt som argument, at fastsættelsen af engrospriserne er kompleks, fordi de individuelle albummer opnår forskellige grader af succes, hvilket påvirker den oprindelige fastsættelse af den officielle salgspris ved udgivelsen af albummet og den måde, hvorpå prisen efterfølgende udvikler sig, og at det derfor er vanskeligt at fastslå, om et albums officielle salgspris er blevet ændret for at understøtte en faldende succes, eller om den er blevet ændret som led i en »afvigelsesstrategi«. Imidlertid er der, indledningsvis, ikke noget belæg for denne argumentation i beslutningen, og den strider endog mod konstateringerne heri. Som nævnt ovenfor konstaterede Kommissionen således i betragtning 76 til beslutningen

(og i de tilsvarende betragtninger for de andre store landes vedkommende), at skønt de store selskaber havde oplyst, at de anvender over 100 officielle salgspriser, anvender de kun to eller tre officielle salgspriser i forbindelse med hovedparten af deres salg. Desuden hedder det i betragtning 110 til beslutningen, at »fremgangsmåden ved prissætning og markedsføring af albummerne på engrosmarkederne forekommer temmelig standardiseret på trods af indholdets forskelligartethed«. Endvidere bemærkes, at de store selskaber, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, let kan fastslå, om ændringen af den officielle salgspris for et album er i overensstemmelse med den aftalte prispolitik, eftersom et albums grad af succes til enhver tid er kendt som følge af hitlisterne.

341 For det tredje anføres følgende i betragtning 111 til beslutningen:

»[...] Selv om albumsalget sker til et begrænset antal referencepriser, kan mangfoldigheden af albummer, der udbydes til forskellige katalogpriser, gøre det vanskeligere at kontrollere, om et kartel overholdes. De store selskaber behøver imidlertid kun at overvåge referencepriserne for et begrænset antal albummer af de mest solgte for at følge størstedelen af salget. Det fremgår af de tal, fusionsdeltagerne har fremlagt, at de 20 mest solgte albummer hvert år mindst repræsenterer halvdelen af BMG's årlige salg i samtlige lande under et, bortset fra Tyskland« (jf. ligeledes punkt 85 i meddelelsen af klagepunkter).

342 Kommissionen har imidlertid gjort gældende i svarskriftet, at da det ikke kan forudses fuldstændig sikkert, hvor stor fremtidig succes et givet album vil få, før det udgives (lige så lidt som hvor langvarig dets succes vil være efter udgivelsen), vil en heldigt gennemført koordinering kræve konstant overvågning af de officielle salgspriser for et langt større antal individuelle albummer end det antal albummer, som ved en efterfølgende undersøgelse viser sig at have bidraget mest til hvert enkelt stort selskabs omsætning.

343 Der er ikke noget belæg for denne argumentation i beslutningen, hvorefter de store selskaber kun behøver at overvåge referencepriserne for et begrænset antal

albummer af de mest solgte for at følge størstedelen af salget. Denne overvågning lettes desuden i høj grad af hitlisterne, der til enhver tid giver et meget præcist fingerpeg om, hvordan de forskellige albummers succes udvikler sig.

344 Desuden hedder det ligeledes i beslutningen, således som sagsøgeren korrekt har anført, at »Kommissionen kom i besiddelse af en række oplysninger, ifølge hvilke de officielle salgspriser kunne have været anvendt som grundlag for en indbyrdes tilpasning af de store selskabers priser«. Det er klart, at Kommissionens påstand om, at denne konstatering ikke er endelig, ikke kan tiltrædes, da beslutningen pr. definition udgør det endelige trin i proceduren i forbindelse med undersøgelsen af fusionen, og da Kommissionen ikke har henvist til andet i beslutningen, der afkræfter eller modererer konstateringen. Kommissionen har kun påberåbt sig, at fusionsdeltagerne fremlagde bevismateriale, der viste, at de kombinationer af officielle salgspriser, der svarede til deres respektive 20 mest solgte albummer, ofte havde ændret sig meget fra kvartal til kvartal, og at alle de store selskaber er nødt til at overvåge de officielle salgspriser for over 80 af konkurrenternes albummer (eller 60 albummer efter fusionen), fordi det ikke kan forudsiges, hvor stor succes de vil få. Denne konstatering er netop ikke medtaget i beslutningen og strider tværtimod mod konstateringerne heri.

345 På samme måde er de tal, fusionsdeltagernes økonomer har opstillet, uklare og forekommer ikke pålidelige — bortset fra at det er vanskeligt at forstå, hvordan de kan lede til den konklusion, Kommissionen har draget af dem. Det er således mildt sagt overraskende, at de officielle salgspriser fra et kvartal til det næste kunne stige så meget som angivet [*fortroligt*].

346 Under alle omstændigheder forekommer det antal albummer, der ifølge Kommissionen skal overvåges, ikke at være så stort, at det umuliggør overvågningen, ligesom denne heller ikke forekommer særligt byrdefuld eller kostbar, navnlig fordi de ugentlige hitlister — således som Kommissionen har medgivet — i betydelig grad letter den.

347 Det følger af det foranstående, at tre faktorer, hvortil der henvises i beslutningen, nemlig bruttoprisernes (de officielle salgsprisers) offentlige karakter, det begrænsede antal referencepriser og det begrænsede antal albummer, der skal overvåges, kan skabe en høj grad af prisgennemsigtighed.

348 Endvidere hedder det i betragtning 112 til beslutningen, at der »findes andre mekanismer på markedet, som øger gennemsigtigheden, og som kan gøre det lettere at kontrollere, at et kartel overholdes«.

349 For det første anføres det i betragtning 112, at »de ugentlige hitlister giver oplysninger om salget af de enkelte titler, hvilket gør det meget let at fastslå, hvilke titler der bliver »hits« og skaber størstedelen af salget«. Hitlisterne udgør således en væsentlig kilde til gennemsigtighed, idet de ikke alene gør det muligt når som helst at konstatere, hvilke albummer der sælges flest af, men også at forvisse sig om, at albummerne sælges til en pris, der svarer til graden af deres succes, eftersom de officielle salgspriser er offentlige. Det hedder i øvrigt i beslutningen, at denne »ugentlige offentliggørelse af salget af enkelte titler i betydelig grad letter de store selskabers overvågning«.

350 For det andet er markedet »kendetegnet af stabile og varige forbindelser mellem detailhandlerne og de store pladeselskaber«, da enhver detailhandler er nødt til at tilbyde produkter fra alle de store selskaber (betragtning 112 til beslutningen).

351 For det tredje findes der ifølge beslutningen kun et begrænset antal erhvervsdrivende på markedet, idet en stor del af salget sker til et begrænset antal kunder. Som anført i betragtning 112 in fine, »fremmer [denne situation] at der anlægges samarbejdsstrategier, som tjener de store pladeselskabers interesser, eftersom den letter overvågning og spredning af oplysninger«.

352 For det fjerde konstaterede Kommissionen, at der finder en detaljeret overvågning sted af detailmarkedet. Ifølge betragtning 113 »[viste] markedsundersøgelsen [...] at Sony og BMG har indført et system med ugentlige rapporter [...] med oplysninger om konkurrenterne«.

353 I svarskriftet har Kommissionen ganske vist gjort gældende, at de rapporter, fusionsdeltagerne fremlagde for den, ikke indeholdt oplysninger om rabatterne, og at den ikke kunne påvise, at rapporterne sikrede en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed for så vidt angår de salgsfremmende rabatter, konkurrenterne indrømmede.

354 Herom bemærkes indledningsvis, at rapporterne, uanset graden af præcision af deres oplysninger om brutto-, netto- og detailsalgspriserne samt rabatterne, udgør yderligere en faktor, der bidrager til gennemsigtighed på markedet, således som det i øvrigt anføres i beslutningen. Det fremgår desuden af de ugentlige rapporter, Kommissionen har fremlagt, at rapporterne indeholder oplysninger om lagerbeholdningerne af konkurrenternes albummer og udviklingen i beholdningerne.

355 Endvidere er der kun tale om nogle få eksempler på ugentlige rapporter, som fusionsdeltagerne selv har fremlagt.

356 [*fortroligt*]

357 [*fortroligt*]

358 [*fortroligt*]

359 [*fortroligt*]

360 [*fortroligt*]

361 For det femte hedder det i betragtning 113 til beslutningen, at de store selskabers salgsorganisationer opretholder regelmæssig og fast kontakt med detailhandlere og grossister, idet forhandlingerne om støtteforanstaltninger og salgsfremmende rabatter ofte finder sted på ugebasis. Skønt der intet unormalt er ved, at der finder kontakter sted til detailhandlerne, giver kontakternes hyppighed dog salgsorganisationerne mulighed for at skaffe sig mere præcise oplysninger om konkurrenterne og deres vilkår og at følge, næsten samtidig med at den udvikler sig, hvilken succes deres forskellige albummer opnår. Det gælder så meget mere i det foreliggende tilfælde, som, således som det anføres i betragtning 112 til beslutningen, markedet er således beskaffent, at hver enkelt detailhandler må tilbyde produkter fra alle de store selskaber, hvorfor hvert enkelt stort selskab er i stadig kontakt med alle konkurrenternes kunder og derved kan skaffe sig præcise oplysninger om konkurrenternes vilkår. Det fastslås ligeledes, at størstedelen af salget sker til et begrænset antal kunder. Disse faktorer bidrager til at skabe stor gennemsigtighed på markedet. Kommissionen fastslog i øvrigt i betragtning 112 til beslutningen, at denne situation »fremmer, at der anlægges samarbejdsstrategier, som tjener de store pladeselskabers interesser, eftersom den letter overvågning og spredning af oplysninger«.

362 Det fremgår af disse fem yderligere faktorer, at de øger den allerede høje grad af gennemsigtighed, som de tre første af de ovennævnte faktorer (navnlig offentliggørelsen af salgspriserne) allerede fører til. Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen i punkt 116 i meddelelsen af klagepunkter ligeledes fastslog: »På grund af markedets struktur spredes oplysninger let, og de store selskaber kan rent rutinemæssigt overvåge hvert af de øvrige store selskabers politik.«

363 Det skal nu undersøges, om de faktorer, Kommissionen har påberåbt sig som kilder til uigennemsigtighed på markedet, er så betydningsfulde, at de gør det muligt at tilbagevise den konklusion, at markedet er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at gøre det muligt at overvåge, at den fastlagte fælles prispolitik overholdes.

Faktorer, der skaber uigennemsigtighed på markedet

364 På trods af de mange kilder til gennemsigtighed på markedet, der opregnes ovenfor, drog Kommissionen, således som det fremgår af betragtning 157 til beslutningen, alligevel den konklusion, at der på grund af de mangler på faktisk gennemsigtighed, den havde konstateret, ikke bestod en kollektiv dominerende stilling.

365 Det fremgår af det specifikke afsnit, hvori spørgsmålet om markedets gennemsigtighed behandles, at denne vurdering bygger på fastslåelsen i betragtning 111 til beslutningen af, at »en vis overvågning på det individuelle produkts plan, dvs. på albumniveau, navnlig med hensyn til salgsfremmende rabatter, også er nødvendig«. Det hedder desuden i denne betragtning, at »markedsundersøgelsen viser, at denne omstændighed kan mindske gennemsigtigheden på markedet og vanskeliggøre stiltiende karteller«, og at »Kommissionen ikke har fundet tilstrækkelige beviser til at fastslå, at de nævnte vanskeligheder tidligere har kunnet overvindes«. I betragtning 113 til beslutningen anføres det nærmere hvad dette angår, at »Kommissionen ikke har fundet tilstrækkelige beviser for, at de store pladeselskaber ved at overvåge detailpriserne eller ved at benytte sig af de omtalte kontakter med detailhandlerne tidligere har kunnet råde bod på [manglen] på gennemsigtighed for så vidt angår rabatter, navnlig salgsfremmende rabatter«. Heraf følger, at det er på grund af rabatterne, i det mindste de salgsfremmende rabatter, at Kommissionen har vurderet, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til, at der kan skabes en kollektiv dominerende stilling.

366 Herom bemærkes indledningsvis, at Kommissionen ikke fastslår i beslutningen, at markedet ikke er gennemsigtigt som følge af rabatterne, endsige at rabatterne påvirker den gennemsigtighed eller grad af gennemsigtighed, som er nødvendig for at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, men kun, at de kan »vanskeliggøre stiltiende karteller«. På denne baggrund og i betragtning dels af de officielle salgsprisers offentlige, og dermed gennemsigtige, karakter, dels alle de andre faktorer, som ifølge ordlyden af beslutningen selv øger gennemsigtigheden på markedet og gør det lettere at kontrollere, at et kartel overholdes, giver iagttagelserne og betragtningerne i det specifikke afsnit, hvori spørgsmålet om markedets gennemsigtighed undersøges, ikke grundlag for den konstatering, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt, således som det blev fastslået i forbindelse med indsigelsen vedrørende begrundelsen.

367 I det afsnit, hvori spørgsmålet om den fælles prispolitik behandles, konstaterer Kommissionen imidlertid, med den samme ordlyd for alle de fem store landes vedkommende, at rabatterne svinger, hovedsageligt på grund af de salgsfremmende rabatter, og anfører, at den ikke har kunnet påvise, at de salgsfremmende rabatter udviser en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed (betragtning 79 og 80 til beslutningen for så vidt angår Det Forenede Kongerige og henholdsvis betragtning 86 og 87, 93 og 94, 100 og 101 samt 107 og 108 for så vidt angår de øvrige lande).

368 Kommissionens vurdering bygger på den opfattelse — som er blevet fremført udtrykkeligt i dens skriftlige indlæg, og som ligger til grund for beslutningen — at en stiltiende priskoordinering kun kan være effektiv, hvis den vedrører nettosalgspriserne — hvilket i det foreliggende tilfælde vil sige de officielle salgspriser minus rabatterne. Det ville nemlig ikke tjene noget formål at følge en fælles politik på de officielle salgsprisers niveau og at kunne overvåge, at politikken blev overholdt, hvis virkningerne af koordineringen af katalogpriserne blev ophævet af hemmelige og uigennemsigtige rabatter.

369 Det fremgår af beslutningen (betragtning 73), at de store selskaber indrømmer flere former for rabat: fakturarabatter (almindelige eller salgsfremmende), efterfølgende rabatter og betalinger i henhold til aftaler om salgssamarbejde. Det er ubestridt, at Kommissionen kun har anset fakturarabatterne for relevante i forbindelse med

vurderingen af graden af gennemsigtighed. Dels fremgår det således af betragtning 73 (og ligeledes af betragtning 151), at undersøgelsen viste, at udgifter til aftaler om salgssamarbejde snarere dækker en form for vederlag for markedsføringsforanstaltninger end egentlige rabatter, dels forekommer der ifølge betragtning 78, 92, 99 og 106 til beslutningen ingen eller kun ubetydelige efterfølgende rabatter, og da denne form for rabatter ifølge betragtning 151 til beslutningen har »til formål at være en form for »loyalitetsrabat«, har den ikke nogen umiddelbar indvirkning på priskonkurrencen«. Desuden indeholder alle de betragtninger i beslutningen, der vedrører rabatternes gennemsigtighed (betragtning 111 og 113 i det specifikke afsnit om gennemsigtighed og betragtning 79 og 80 i afsnittet om den fælles prispolitik for så vidt angår Det Forenede Kongerige og de tilsvarende betragtninger for så vidt angår de andre store lande), kun bemærkninger vedrørende gennemsigtigheden af fakturarabatterne (almindelige og salgsfremmende rabatter). På samme måde har Kommissionen i sine skriftlige indlæg for Retten kun påberåbt sig manglende gennemsigtighed for fakturarabatternes vedkommende.

370 Indledningsvis indeholder betragtning 111 og 113 ikke nogen specifikke iagttagelser, men reelt kun henvisninger til iagttagelser fremsat i det afsnit, hvori spørgsmålet om den fælles prispolitik behandles (dvs. betragtning 79 og 80 for så vidt angår Det Forenede Kongerige og de tilsvarende betragtninger, der har samme ordlyd, for så vidt angår de øvrige lande).

371 Det skal dog fremhæves, at der, i det mindste udtrykkeligt, kun henvises til salgsfremmende og ikke til almindelige rabatter. Dels henvises der således i betragtning 111 til nødvendigheden af at foretage overvågning på albumniveau, »navnlig med hensyn til salgsfremmende rabatter«, dels henvises der i slutningen af betragtning 113 til den »mangel på gennemsigtighed for så vidt angår salgsfremmende rabatter, hvortil der er blevet henvist for de fem store medlemsstaters vedkommende«. Det fremgår således af bemærkningerne i det specifikke afsnit om gennemsigtighed, at uigennemsigtigheden ikke kun beror på de salgsfremmende rabatter. Denne vurdering bekræftes i øvrigt af betragtning 79 og 80. Det fastslås således i betragtning 79 til beslutningen, at svingningerne i rabatterne »hovedsageligt skyldtes de salgsfremmende rabatter, der anvendes mere smidigt end de almindelige rabatter, som i reglen fastsættes årligt«. På samme måde anføres det i

betragtning 80, at de store selskaber »på grund af deres stadige interaktion med den samme kundekreds i en vis udstrækning [har] kendskab til konkurrenternes almindelige rabatter«, og at »de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige«. Desuden hverken anføres eller påvises det noget sted i beslutningen, at de almindelige rabatter er uigennemsigtige eller ikke tilstrækkeligt gennemsigtige.

372 I sine skriftlige indlæg for Retten har Kommissionen ligeledes medgivet, at de almindelige rabatter er temmeligt gennemsigtige, navnlig fordi de fastsættes årligt og gælder for hele kundens salg (idet der eventuelt anvendes forskellige satser for henholdsvis popmusik, klassisk musik og albummer, der reklameres for i fjernsynet), og den har desuden kun fremsat argumenter for at påvise, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige. Endvidere har Kommissionen i svarskriftet forklaret, at den lagde så stor vægt på de salgsfremmende rabatter på grund af nødvendigheden af at overvåge alle nettoprisernes komponenter, idet de forholdsvis gennemsigtige officielle salgspriser og et vist kendskab til de almindelige rabatter ikke var tilstrækkeligt, hvis store uigennemsigtige salgsfremmende rabatter var årsag til svingninger i nettopriserne. På samme måde har den anført, at den ikke kunne drage den konklusion, at de store selskaber med sikkerhed kendte et andet stort selskabs faktiske praksis med hensyn til fastsættelse af nettopriserne, »når den kun rådede over beviser for, at de officielle salgspriser er forholdsvis gennemsigtige, nogle beviser for, at de almindelige rabatter udviser en vis gennemsigtighed, og klare beviser for, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige og komplekse«. Endelig har Kommissionen i sine afsluttende bemærkninger endog udtrykkeligt anført, at den har fastslået i beslutningen, at »såvel de salgsfremmende rabatter som de almindelige rabatter udviser en høj grad af gennemsigtighed«.

373 Det fremgår således både af selve beslutningen og Kommissionens argumentation for Retten, at den eneste uigennemsigtighedsfaktor på markedet, der er blevet gjort gældende, er den, der består i, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige.

374 Indledningsvis er det kun betragtning 80 til beslutningen (og for de andre store staters vedkommende betragtning 87, 94, 101 og 108, der har samme ordlyd), som

udtrykkeligt drejer sig om rabatternes gennemsigtighed. Der anføres følgende i betragtningen:

»Med hensyn til rabatternes gennemsigtighed fremgik det for størstedelens vedkommende af kundernes svar i forbindelse med Kommissionens markedsundersøgelse, at de store selskaber på grund af deres stadige interaktion med den samme kundekreds i en vis udstrækning havde kendskab til konkurrenternes almindelige rabatter. Imidlertid fremgår det, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, og at det for at overvåge dem ligeledes er nødvendigt nøje at observere, hvordan denne form for rabatter udvikler sig på detailmarkedet.«

375 Hvad dette angår bemærkes, at der i de svar, som omtales i de forklarende fodnoter, der er knyttet til betragtning 80, 87, 94, 101 og 108 til beslutningen, henvises til en højere grad af gennemsigtighed end den, hvortil der henvises i beslutningen. Det hedder således i fodnote 55, at »de fem detailhandlere i Italien, der besvarede spørgsmålet, angav, at de store pladeselskaber kendte konkurrenternes officielle salgspriser og rabatter«, og at forholdet var tre af fire detailhandleres for Frankrigs vedkommende, idet den fjerde havde erklæret sig ude af stand til at tage stilling (jf. fodnote 49). Bortset fra en enkelt britisk kunde angives det ikke for nogen af de øvrige landes vedkommende i den forklarende fodnote, at mindst én detailhandler havde svaret, at de store selskaber ikke havde kendskab til rabatterne. På samme måde anførte ingen af detailhandlerne ifølge de forklarende fodnoter, bortset fra en enkelt detailhandler af otte i Tyskland, at de store selskaber kun i en vis udstrækning havde kendskab til konkurrenternes rabatter.

376 Desuden angives det ikke i nogen af de forklarende fodnoter, at detailhandlerne svarede, at de store selskaber kun havde kendskab til de almindelige rabatter og ikke til de salgsfremmende, idet der i svarene blev henvist rabatterne uden forskel.

377 Bevismaterialet kan, således som der henvises til det i beslutningen, følgelig ikke underbygge de konklusioner, der drages af det.

378 Endvidere afviger de konklusioner, der drages af bevismaterialet i beslutningen, ligeledes meget klart fra konstateringerne i meddelelsen af klagepunkter.

379 Det hedder således i punkt 81 i meddelelsen af klagepunkter, at »Kommissionen finder, at der er tilstrækkelige beviser for, at de store selskaber kender de andre store selskabers forretningsbetingelser«. Ydermere fremgår det af meddelelsen, at dette ikke i så høj grad er Kommissionens vurdering, som kan ændres, men snarere en faktuel konstatering, der følger af dens undersøgelse. Det anføres nemlig i punkt 92 i meddelelsen af klagepunkter: »Oplysningerne fra detailhandlerne viser ikke kun, at de store selskaber har kendskab til deres respektive prislister, men også, at de har kendskab til deres respektive rabatter og forretningspraksis. Nogle af de største forhandlere i Frankrig, Det Forenede Kongerige og Tyskland har meddelt Kommissionen, at de store selskaber efter deres opfattelse har et godt kendskab til deres respektive forretningsbetingelser.« På samme måde angives det i forklarende fodnote nr. 54 i meddelelsen af klagepunkter, at detailhandlerne har oplyst: »De store selskaber er fuldt fortrolige med konkurrenternes rabatspænd. Det er almindelig kendt, at de store selskabers salgsafdelinger kender de rabatter, pladeselskaberne yder i forbindelse med salgstransaktioner. En kunde udtalte, at de store selskaber kendtes selskabernes respektive rabatter med en præcisionsgrad på fra 0,5 til 1%.« Kommissionen fortsatte i punkt 92 i meddelelsen af klagepunkter: »Desuden er mange forhandlere af den opfattelse, at det er almindelig praksis at anvende de betingelser, som er opnået af ét af de store selskaber, i forhandlingerne med de øvrige«, idet den i den forbindelse i forklarende fodnote nr. 55 gengav følgende svar fra en detailhandler: »Under handelsforhandlinger henvises der til de andre store selskabers betingelser og rabatter. Det begrænsede antal leverandører gør det let for de store selskaber at opnå et fuldstændigt billede af deres betingelser og følgelig at tilpasse sig dem.« Endelig anførte Kommissionen følgende i punkt 129 i meddelelsen af klagepunkter, om end der snarere er tale om en vurdering end en konstatering: »Markedsundersøgelsen har bekræftet, at de store pladeselskabers salgsorganisationer opretholder regelmæssig og fast kontakt med detailhandlere og

grossister [...] Da der desuden offentliggøres forskellige hitlister, er det let for de store selskaber at overvåge, om de andre store selskaber tilbyder yderligere rabatter for deres bedste albummer.«

380 Endvidere rejser svarskriftet yderligere spørgsmål. I fodnote 45, der er knyttet til punkt 51 i svarskriftet, anfører Kommissionen: »De anmeldende parter gjorde gældende, at et vist antal positive svar enten kun vedrørte de officielle salgspriser eller ikke udviste en sondring mellem officielle salgspriser og rabatter. Kun i fem svar af i alt 36 tilgængelige hidrørende fra samtlige lande var det udtrykkelig angivet, at rabatterne til en vis grad var gennemsigtige, mens der i 11 svar blev fremført det modsatte synspunkt.« Skønt det ganske vist fremgår af første punktum, at der kun er tale om et argument fremsat af fusionsdeltagerne, fremtræder andet punktum derimod som en faktuel konstatering fra Kommissionens side. Denne konstatering er i direkte modstrid med fremstillingen af detailhandlernes svar i beslutningen, idet det, som anført ovenfor, angives i fodnote 49, 52, 55 og 57 heri, at det store flertal af detailhandlere havde svaret, at de store selskaber kendte konkurrenternes rabatter — om end det ikke oplyses, om der var tale om et delvist eller et tilnærmelsesvist kendskab — mens ingen (med undtagelse af en enkelt britisk detailhandler) havde angivet, at rabatterne ikke var gennemsigtige. Kommissionens argument kan derfor ikke tiltrædes. Desuden henvises der i svarskriftet kun til svarene fra 36 detailhandlere, skønt der findes mindst 42, således som fusionsdeltagerne i øvrigt bemærkede i deres notat om gennemsigtighed af 17. juni 2004.

381 Endvidere fremgår det af Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål, at de konklusioner, den drog af undersøgelsen blandt detailhandlerne, delvis beror på, at den fulgte den argumentation, fusionsdeltagerne havde fremført i deres svar på meddelelsen af klagepunkter og i et notat om prisgennemsigtighed, der blev indgivet den 17. juni 2004 efter høringen for Kommissionen, og hvorefter der skulle ses bort

fra de af detailhandlernes positive svar, hvori det ikke var angivet, om der blev henvist til de officielle salgspriser og/eller rabatterne.

382 Inden det undersøges, om denne forklaring er velbegrundet, må det siges at være overraskende, at den er blevet givet så sent. Eftersom graden af gennemsigtighed udgør det afgørende spørgsmål i den foreliggende sag, er det vanskeligt at forstå, at denne forklaring vedrørende det vigtigste bevis hverken findes i beslutningen eller, navnlig, i svarskriftet, endsige i de supplerende skriftlige bemærkninger, men først er blevet fremført dagen før retsmødet som svar på et specifikt spørgsmål fra Retten.

383 Med hensyn til, om argumentet er velbegrundet, bemærkes, at der i det spørgeskema, Kommissionen sendte til detailhandlerne, blev stillet følgende spørgsmål: »Er det Deres indkøbsafdelings erfaring, at pladeselskaberne har kendskab til deres konkurrenters officielle salgspriser og rabatter?« Således som sagsøgeren har gjort gældende, er der ikke nogen gyldig grund til, at de bekræftende svar (som i øvrigt i nogle tilfælde var meget kategorisk formuleret, f.eks.: »naturligvis«, »absolut«, »afgjort«) fra de detailhandlere, som ikke angav, om de sigtede til priserne og/eller rabatterne, ikke kan tages betragtning. Et bekræftende eller benægtende svar på spørgsmålet, således som det var formuleret, må nemlig ud fra en logisk betragtning opfattes således, at det sigter til begge de punkter, det drejer sig om, medmindre det er forsynet med et forbehold eller en nærmere præcisering. Hvis Kommissionen havde fundet, at der alligevel var tvivl om, hvad svarene eksakt betød, påhvilede det den — navnlig i betragtning af hvor stor betydning dette spørgsmål havde for beslutningen — at klarlægge dette punkt ved at rette henvendelse til de pågældende detailhandlere, hvilket i øvrigt kunne være sket inden for et meget kort tidsrum.

384 Under alle omstændigheder er de anmeldende parters påstand, som Kommissionen anerkendte, og hvorefter det »kun i fem af i alt 36 svar udtrykkelig var angivet, at rabatterne til en vis grad var gennemsigtige, mens der i 11 svar blev fremført det modsatte synspunkt«, åbenlyst forkert.

385 Med hensyn til de angiveligt 11 svar, hvori det udtrykkeligt angives, at rabatterne ikke udviser nogen gennemsigtighed, fremgår det af Sonys og BMG's notat af 17. juni 2004 (bilag C.9 til interventionsindlægget) indledningsvis, at det angivelige antal svar er ti og ikke elleve (jf. s. 213), og at der i notatet reelt kun henvises til syv, hvoraf kun fire vedrører de store lande, som undersøgelsen i beslutningen først og fremmest drejer sig om. Desuden kan næsten ingen af disse fire svar fortolkes således, at de er udtrykkeligt benægtende. Det er klart, at [*fortroligt*] svar: »Efter vor opfattelse har de kendskab til konkurrenternes officielle salgspriser«, ikke kan fortolkes således, at det udtrykkeligt angiver, at de store selskaber ikke kender konkurrenternes rabatter. I det andet svar vedrørende det tyske marked anføres: »ikke i detaljer, men de kender konkurrenternes mindstepris«, hvilket heller ikke udgør et udtrykkeligt benægtende svar. Svaret på side 61 [*fortroligt*] vedrørende markedet i Det Forenede Kongerige er det eneste udtrykkeligt benægtende svar: »Officielle salgspriser — ja. Rabatter — nej«, men det tilføjes dog straks efter: »Hvis der indrømmes detailhandlerne en generel rabat for et album, er det klart for hele markedet, hvor meget den deraf følgende gennemsnitlige detailsalgspris er blevet nedsat.« Endelig findes det andet angiveligt benægtende svar [*fortroligt*], hvortil der henvises i notatet af 17. juni 2004 (»vi er ikke bekendt med, at pladeselskaberne kender konkurrenternes officielle salgspriser og rabatter«) ikke i sagens akter. I de øvrige fire svar vedrørende markedet i Det Forenede Kongerige (ifølge såvel beslutningen som de dokumenter, Kommissionen har fremlagt for Retten, indløb der svar fra fem britiske detailhandlere) anførtes således: »Officielle salgspriser — ja. Rabatter — inden for et spænd fra 0,5 til 1%« (s. 56), »Naturligvis« (s. 58), »Ja« (s. 63), »pladeselskaberne kender udmærket konkurrenternes officielle salgspriser [...] tror, at de ligeledes er temmelig fortrolige med konkurrenternes rabatspænd« (s. 65) (denne detailhandler oplyser desuden i svaret på det følgende spørgsmål, at der »under handelsforhandlinger henvises [...] til andre store selskabers vilkår og rabatter«, og at »det begrænsede antal leverandører gør det let for de store selskaber at opnå et fuldstændigt billede af deres vilkår og følgelig at tilpasse sig til dem«. Ingen af svarene fra de britiske kunder er udtrykkeligt benægtende; tværtimod angives det klart i dem, at både de officielle salgspriser og rabatterne er gennemsigtige i temmelig høj grad.

386 Desuden fremgår det af detailhandlernes svar, som Kommissionen fremlagde dagen før retsmødet, at de ikke underbygger de konklusioner, Kommissionen drog af dem. Ifølge en lang række svar er rabatterne således gennemsigtige eller kendt af de store selskaber.

387 Det følger af det foregående, at Kommissionens vurdering af detailhandlernes svar er behæftet med en åbenbar fejl.

388 Hvad endvidere angår sondringen i beslutningen mellem gennemsigtigheden af henholdsvis de almindelige og de salgsfremmende rabatter fremgår det af svarskriftet, at det var fusionsdeltagernes vurdering af detailhandlernes svar, forklaringerne af Sonys og BMG's ledende medarbejdere på nationalt plan (bilag B.2) samt salgsrepræsentanternes overvågningsrapporter, der dannede grundlag for Kommissionens konklusion, hvorefter de officielle salgspriser og i en vis udstrækning de almindelige rabatter eventuelt var gennemsigtige, men formentlig ikke også de salgsfremmende rabatter, hvorom der forhandles fra tilfælde til tilfælde.

389 Ingen af de nævnte tre kilder kan imidlertid underbygge Kommissionens konklusion. For det første er, som anført ovenfor, Kommissionens vurdering af detailhandlernes svar, som stemmer overens med fusionsdeltagernes vurdering, behæftet med en åbenbar fejl. Desuden skelnes der ikke i nogen af detailhandlernes svar, hvad enten de er bekræftende eller benægtende, mellem almindelige og salgsfremmende rabatter. For det andet kan forklaringer af repræsentanter for fusionsdeltagerne naturligvis ikke i sig selv kan udgøre et gyldigt bevis for, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige. For det tredje udgør salgsrepræsentanternes ugentlige overvågningsrapporter, således som det anføres i betragtning 113 til beslutningen, yderligere en kilde til gennemsigtighed på markedet. Selv hvis de ikke indeholder særligt præcise oplysninger om rabatterne, navnlig de salgsfremmende rabatter, kan de under alle omstændigheder ikke udgøre et bevis for, at rabatterne er uigennemsigtige. Desuden er, som fastslået ovenfor [*fortroligt*].

390 Det følger af det foregående, at den vurdering af markedets gennemsigtighed, der foretages i beslutningen, er behæftet med en åbenbar fejl, eftersom den bygger på materiale, der ikke underbygger de konklusioner, som drages af det.

391 Retten behandler dog for fuldstændighedens skyld også argumenterne om variationerne i de salgsfremmende rabatter og disses kompleksitet.

392 I betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 til beslutningen konstaterede Kommissionen visse svingninger i og ligeledes forskelle mellem de fakturarabatter, Sony og BMG havde indrømmet størstedelen af deres vigtigste kunder i de fem store lande (fra 2 til 5% i Det Forenede Kongerige, Tyskland og Spanien og fra 1 til 3% i Italien; i Frankrig var situationen noget anderledes, men størrelsesordenen var den samme, hvis samtlige rabatter blev taget i betragtning). Endvidere anføres det:

»Desuden har [fusions]deltagerne fremlagt oplysninger, hvoraf det fremgår, at de fakturarabatter, som er blevet indrømmet en given kunde, har varieret fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album, og at de rabatter, der er blevet indrømmet for et givet album, har svinget fra kunde til kunde. Markedsundersøgelsen har vist, at svingningerne hovedsageligt har skyldtes de salgsfremmende rabatter, der anvendes mere smidigt end de almindelige rabatter.«

393 Kommissionen har i svarskriftet fremlagt en lang række tabeller, der skal vise variationen i rabatterne og deres kompleksitet. Det fremgår af dem, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige end de almindelige, og at det kræver nøje observation af salgsfremstødene på detailmarkedet at overvåge dem, og Kommissionen fandt ikke tilstrækkelige beviser for, at de store selskaber havde gjort dette. I svarskriftet har Kommissionen forklaret, at den undersøgte komponenterne i nettoprisen for et individuelt album (officiel salgspris, almindelig rabat, eventuel salgsfremmende rabat) og fastslog, at alle komponenterne skulle udvise en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed, hvis et stort pladeselskab skulle have rimelig sikkerhed for, at det kendte et andet pladeselskabs faktiske praksis med hensyn til fastsættelse af nettopriserne, således som de kommer til udtryk på kunde- og albumniveau, og at den »ikke kunne drage den konklusion, at dette var tilfældet, når den kun rådede over beviser for, at de officielle salgspriser er forholdsvis gennemsigtige, nogle beviser for, at de almindelige rabatter udviser en vis gennemsigtighed, og klare beviser for, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige og komplekse«.

394 Denne argumentation fra Kommissionens side giver anledning til følgende bemærkninger.

395 For det første er det overraskende, at Kommissionen støtter sig på variationerne i rabatterne som bevis for, at der mangler gennemsigtighed. I sine indlæg for Retten har den nemlig gentagne gange fremhævet, at nettoprisernes eller rabatternes mangel på konstans eller deres parallelitet er irrelevante for vurderingen af markedets gennemsigtighed. Den har således bl.a. gjort gældende, at det ikke udgør et bevis for, at den nødvendige gennemsigtighed foreligger, at et pladeselskabs (gennemsnitlige) rabatter udviser en høj grad af konstans, at Kommissionens fokusering på rabatternes gennemsigtighed ikke skyldtes, at den ønskede at klarlægge, om de store selskaber havde anlagt en fælles adfærd, at beviserne vedrørende den faktiske praksis med hensyn til salgsfremmende rabatter på et givet tidspunkt kun er relevante for vurderingen af, i hvor høj grad nettopriserne rent faktisk er tilpasset til hinanden, at en tæt indbyrdes tilpasning, uanset på hvilket niveau, under alle omstændigheder ikke kan anses for et tilstrækkeligt bevis for, at der forekommer koordinering, at den omstændighed, at et stort pladeselskabs rabatter har været forholdsvis konstante fra tidspunkt til tidspunkt, ikke i sig selv udgør et bevis, og at selv en høj grad af statistisk forudsigelighed ikke er bevis for, at der forekommer koordinering.

396 På samme måde gjorde fusionsdeltagerne i deres notat af 17. juni 2004 om bevismaterialet vedrørende gennemsigtighed, der blev fremsendt efter høringen for Kommissionen, gældende, at spørgsmål 28 i det til kunderne fremsendte Etape II-spørgeskema (»Har De bemærket en indbyrdes tilpasning af [de store selskabers] officielle salgspriser, rabatter eller andre vilkår og bestemmelser?«) ikke havde nogen forbindelse med spørgsmålet om prisgennemsigtighed (»Det er klart, at dette spørgsmål i betragtning af selve sin ordlyd ikke vedrører spørgsmålet om prisgennemsigtighed«).

397 For det andet henvises der i de eneste bemærkninger om rabatterne i det specifikke afsnit i beslutningen, hvori spørgsmålet om markedets gennemsigtighed undersøges (betragtning 111-113), med hensyn til salgsfremmende rabatter kun til konstateringerne i det afsnit, hvori spørgsmålet om den fælles prispolitik i de fem store lande behandles (dvs. betragtning 77-80 for Det Forenede Kongeriges og de tilsvarende betragtninger for de øvrige landes vedkommende). I betragtning 70 til beslutningen pegede Kommissionen med henblik på at fastslå, om de store selskaber rent faktisk havde fulgt en politik for koordinering af deres priser, på, at »gennemsnitspriserne

udgør et godt middel til bestemmelse af, om de store pladeselskaber har udvist parallel adfærd hvad priser angår«. Heraf følger, at Kommissionen ifølge beslutningen selv var af den opfattelse, at den ved vurderingen af spørgsmålet om gennemsigtighed, herunder også med hensyn til de salgsfremmende rabatter, kunne lægge gennemsnitstallene, og ikke de punktuelle variationer, til grund.

398 Kommissionen synes i hvert fald ikke at have foretaget en grundig undersøgelse af de punktuelle variationer i de salgsfremmende rabatter og af disse variationers indvirkning på markedets eller prisernes gennemsigtighed. Desuden fremgår det af betragtning 72 til beslutningen, hvori angives de forskellige aspekter, Kommissionen gennemgik, at den kun undersøgte gennemsnitstallene for fakturarabatterne (jf. fodnote 43 til beslutningen). Såvel i meddelelsen af klagepunkter som under hele den administrative procedure var det Kommissionens opfattelse, at oplysningerne om brutto- og nettopriserne og de gennemsnitlige rabatter gjorde det muligt at vurdere, om der bestod en kollektiv dominerende stilling, og dermed også, om markedet var tilstrækkeligt gennemsigtigt. Det var først efter høringen den 14. og 15. juni 2004, at Kommissionen ændrede sin vurdering og indtog det af fusionsdeltagerne forfægtede standpunkt, hvorefter de salgsfremmende rabatters kompleksitet og variationerne i dem medfører, at der ikke foreligger den nødvendige gennemsigtighed, men undlod at foretage nye markedsundersøgelser for at efterprøve, om der var grundlag for de nye konklusioner.

399 For det tredje giver de argumenter og det bevismateriale vedrørende de angivelige variationer i de salgsfremmende rabatter, Kommissionen er fremkommet med i beslutningen og i de skriftlige indlæg for Retten, anledning til en række bemærkninger vedrørende dels deres grad af uigennemsigtighed, dels deres relevans.

— De salgsfremmende rabatters uigennemsigtighed

400 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen hverken i beslutningen eller i nogle af sine skriftlige indlæg for Retten nærmere har defineret, hvad salgsfremmende

rabatter er, under hvilke forhold de indrømmes og på hvilke betingelser, hvor hyppige og hvor store de er, samt hvilken type albummer de angiveligt vedrører. Det synes dog at fremgå af sagens akter, herunder bl.a. de få uddrag af svar fra konkurrenter, som Kommissionen har fremlagt, at der er tale om punktuelle, procentuelt temmelig store, rabatter, som indrømmes i særlige tilfælde for en given mængde specifikke albummer i et begrænset tidsrum, typisk for at sælge en større varebeholdning.

401 Ifølge betragtning 79 til beslutningen (og de tilsvarende betragtninger for de øvrige landes vedkommende) har fusionsdeltagerne »fremlagt oplysninger, hvoraf det fremgår, at de fakturarabatter, som er blevet indrømmet en given kunde, har varieret fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album, og at de rabatter, der er blevet indrømmet for et givet album, har svinget fra kunde til kunde«. Selv om der i det pågældende punkt i beslutningen henvises til den mere generelle kategori fakturarabatter, må man gå ud fra, at bemærkningen i realiteten kun vedrører salgsfremmende rabatter. Således som det fremgår af beslutningen og af Kommissionens skriftlige indlæg for Retten, forhandles der nemlig om de almindelige rabatter med hver enkelt kunde for et helt år, og sådanne rabatter omfatter hele den pågældende kundes salg. Desuden anfører Kommissionen videre i betragtning 79 til beslutningen, at de nævnte svingninger hovedsageligt skyldes salgsfremmende rabatter. Det er Kommissionens opfattelse, at sådanne variationer, hvoraf der er tre former (fra kunde til kunde, fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt), gør de salgsfremmende rabatter uigennemsigtige. Til underbygning heraf har Kommissionen i bilaget til svarskriftet fremlagt en række tabeller, der skal vise disse forskellige former for variationer (herefter »de nye beviser«).

402 Herom bemærkes indledningsvis, at en salgsfremmende rabat (campaign discount), således som sagsøgeren korrekt har anført, efter sin karakter synes at have et reklamemæssigt sigte. Ud fra en logisk betragtning indrømmer pladeselskabet kun en detailhandler en salgsfremmende rabat, som udgør en betydelig procentdel og lægges til den almindelige rabat, på betingelse af, at detailhandleren med henblik på at øge salget af det album, den vedrører, lader rabatten gå videre til den endelige forbruger (ved hjælp af en klar nedsættelse af prisen eller en bedre placering i vareudstillingen). Det gælder så meget mere, som, således som det fremgår af punkt 115 i meddelelsen af klagepunkter, »royalties« (forfatterhonorarer) beregnes af et albums officielle salgspris og ikke af nettoprisen, hvorfor det i høj grad er i de store selskabers interesse at begrænse indrømmelsen af rabatter mest muligt.

403 Endvidere bekræfter de tre eneste uddrag af konkurrenternes svar på begæringen om oplysninger i henhold til forordningens artikel 11, som Kommissionen har fremlagt for Retten, på ingen måde Kommissionens opfattelse, men vidner tværtimod om, at de salgsfremmende rabatter snarere er offentlige og gennemsigtige.

404 Det hedder således i et af de store selskabers svar:

»[De salgsfremmende rabatter] kan anvendes i forbindelse med nyudgivelser for at promovere en ny kunstner, for at støtte en ny butik, en særlig række salgsforanstaltninger eller et bestemt salgsfremstød (der er oftest tale om en hel kategori af plader) eller for at promovere en bestemt begivenhed. Denne form for rabat kan repræsentere en betydelig del af en officiel salgspris [*fortroligt*] og er af betydning, fordi den har til formål at fremme salget af bestemte produkter.«

405 De nærmere oplysninger om de betingelser, hvorpå sådanne rabatter indrømmes, er indeholdt i det eneste andet svar fra de store selskaber, som Kommissionen har fremlagt, og tyder ligeledes på, at rabatterne er knyttet til meget specifikke begivenheder, som konkurrenterne har let ved at konstatere. Det pågældende store selskab anfører således:

»[Salgsfremmende rabatter] er rabatter, der indrømmes i forbindelse med særlige salgsfremstød. De er knyttet til bestemte udgivelser eller grupper af udgivelser. Hvis, f.eks., en kunstner er på turné for at promovere et nyt album, kan der tilbydes en rabat for at maksimere de mængder, der sælges af albummet i den periode, kunstnerens turné varer. På samme måde kan visse sæsonbetonede varebeholdninger (julemusik) knyttes til et særligt salgsfremstød. Salgsfremmende rabatter omfatter undertiden ældre indspilninger, der ikke længere nyder så stor succes. Typisk forsøger [...] at sælge en stor mængde af en bestemt plade (eller række af plader), for hvilken der er ydet rabat til en detailhandler, som derpå videresælger pladerne i form af et særtilbud. Undertiden indrømmes der rabatter i forbindelse med forudbestillinger af nyudgivelser for at sikre, at de er til stede i stort omfang på

salgsstedet [...] Denne form for rabat ydes navnlig i forbindelse med nye eller opstigende kunstnere, når [...] ønsker at stimulere salget gennem et målrettet fremstød.«

406 Endelig fremgår det af den uafhængige producents svar dels, at de salgsfremmende rabatter kommer synligt til udtryk i en lavere salgspris over for forbrugeren og en bedre placering i butikken for de omfattede albummer, dels at detailhandlerne ofte iværksætter salgsfremstødene selv og indbyder de forskellige producenter til at deltage i dem (jf. ligeledes herom forklaringerne af Sonys og BMG's repræsentanter, bilag B.2), hvilket gør det muligt for disse at få kendskab til de nævnte rabatfremstød.

407 Følgelig bekræfter ingen af oplysningerne fra tredjeparterne, hverken oplysningerne i beslutningen eller i de nye beviser, Kommissionen har fremlagt, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige.

408 Det fremgår imidlertid af betragtning 79 til beslutningen og Kommissionens indlæg for Retten, at fusionsdeltagerne har fremlagt oplysninger, der viser, at de salgsfremmende rabatter ikke er tilpasset til hinanden i tilstrækkelig grad, idet de varierer fra tidspunkt til tidspunkt, fra kunde til kunde og fra album til album. Kommissionen og intervenienterne har i det væsentlige gjort gældende, at markedet på grund af variationerne i disse rabatter og deres kompleksitet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt.

409 Hvad dette angår bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i punkt 88-90 i meddelelsen af klagepunkter drog den konklusion på grundlag af samtlige oplysninger fra de store selskaber, at rabatterne varierede, men var konstante, at forskellene med nogle få undtagelser var ret begrænsede, at der absolut ikke var

noget bevis for, at de var blevet anvendt til grundlæggende at ændre prispolitikken eller, navnlig, til at ændre de gennemsnitlige nettopriser for succesrige udgivelser (new hit releases), eftersom forholdet mellem bruttopriser og nettopriser var meget konstant fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album.

410 Selv om Kommissionen ganske vist, som nævnt ovenfor, har ret til at ændre de vurderinger, den har foretaget under den administrative procedure, bl.a. for at tage hensyn til de berørte parters bemærkninger, og ikke er forpligtet til at give en begrundelse herfor i beslutningen, skal de konstateringer, der gøres heri, derimod kunne begrundes, i det mindste inden for rammerne af sagen for Retten, under henvisning til de tidligere foretagne faktuelle konstateringer, idet det i givet fald påvises, hvorfor disse var forkerte. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen imidlertid, således som sagsøgeren med rette har bemærket, ikke underkastet samtlige store selskabers oplysninger om rabatterne en fornyet vurdering, men kun begrundet sine konklusioner under henvisning til de af fusionsdeltagerne fremlagte oplysninger.

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

412 For det første fremgår det klart af beslutningen (jf. navnlig betragtning 79 og fodnote 43), andre punkter i Kommissionens skriftlige indlæg (jf. bl.a. den passage i svarskriftet, hvor Kommissionen udtrykkeligt angiver, at »der kun blev medtaget tal for Sony og BMG, idet de øvrige store pladeselskaber havde oplyst, at de kun fakturerede nettopriser«) samt de nye beviser, Kommissionen har fremlagt, at den konklusion, der i beslutningen drages af variationerne i rabatterne, kun bygger på fusionsdeltagernes oplysninger om disse. Desuden angives det ikke i nogen betragtning til beslutningen, at Kommissionen undersøgte de andre store selskabers

oplysninger om rabatterne, endsige at disse oplysninger viser de salgsfremmende rabatters kompleksitet variationerne i dem.

413 For det andet kan Kommissionen naturligvis ikke hævde, at den som led i sin behandling af en påtænkt fusion ikke kan tage de andre markedsdeltageres oplysninger i betragtning og eventuelt basere sine konklusioner på dem. Denne opfattelse ville i det fleste tilfælde gøre det umuligt at undersøge, om en påtænkt fusion ville være forenelig med fællesmarkedet. I øvrigt bygger størstedelen af de faktorer ud over rabatterne, som behandles i beslutningen (markedsandele, brutto- og nettopriser osv.), på oplysninger fra de forskellige erhvervsdrivende på markedet.

414 For det tredje fremhævede Kommissionen i sine afsluttende bemærkninger på retsmødet de begrænsninger, som de stramme tidsfrister medfører, der er fastsat for proceduren i forbindelse med undersøgelse af påtænkte fusioner, og nødvendigheden af at iagttage de anmeldende parters ret til kontradiktion og gjorde gældende, at en lang række af sagsøgerens påstande, hvorefter Kommissionen ikke behørigt har undersøgt en række væsentlige spørgsmål i forbindelse med de fremsatte indsigelser og ligeledes burde have undersøgt andre indsigelser, bygger på en fejlagtig opfattelse af proceduren i forbindelse med kontrol med fusioner, eftersom den undersøgelse, der foretages af de konkurrencespørgsmål, en fusion rejser, i alt væsentligt finder sted, før der fremsendes en meddelelse af klagepunkter. Skønt sagsøgeren ganske rigtigt ikke kan kritisere Kommissionen for ikke at have undersøgt spørgsmål, hvorpå den først er blevet gjort opmærksom under sagen for Retten, og hvoraf nogle desuden klart ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi de først er blevet rejst i replikken eller i bemærkninger indgivet efter retsmødet, ses der ved denne bemærkning fra Kommissionens side bort fra to aspekter. Dels er det ubestridt, at Kommissionen fra begyndelsen af proceduren har været opmærksom på spørgsmålet om gennemsigtighed og rabatter og hørt såvel fusionsdeltagerne som tredjemand derom. Dels indebærer de tidsmæssige begrænsninger ligeledes, at fusionsdeltagerne ikke kan vente til sidste øjeblik med at forelægge Kommissionen bevismateriale med henblik på at tilbagevise klagepunkter, som denne har fremsat rettidigt, eftersom den på dette tidspunkt ikke længere har mulighed for at foretage den nødvendige efterprøvelse. I denne situation må det pågældende bevismateriale for med føje at kunne føre til tilbagevisning af Kommissionens klagepunkter i det mindste være i særlig grad troværdigt, objektivt, relevant og overbevisende.

415 Hvad dette angår fremgår det indledningsvis ikke alene af såvel ordlyden af betragtning 79 til beslutningen (»[fusionsdeltagerne har] fremlagt oplysninger«) som de nye beviser (der er bilagt svarskriftet), at konstateringerne vedrørende de salgsfremmende rabatter kun bygger på tal for fusionsdeltagerne, men også, at de tabeller, hvori tallene er indeholdt, er blevet udarbejdet af fusionsdeltagerne (eller af deres økonomer) efter en metode og på grundlag af data, som de selv har udvalgt, og hvis rigtighed, relevans, objektivitet eller repræsentativitet Kommissionen ikke synes at have kontrolleret. Skønt proceduren i forbindelse med kontrol med fusioner nødvendigvis i vid udstrækning bygger på tillid, således som Kommissionen gjorde gældende under retsmødet, og denne ikke kan være forpligtet til på eget initiativ og i alle enkeltheder at kontrollere troværdigheden og rigtigheden af alle de oplysninger, der fremlægges, kan den omvendt ikke gå så vidt som til ukontrolleret at overlade det til fusionsdeltagerne at varetage bestemte aspekter af undersøgelsen, navnlig ikke når, som i det foreliggende tilfælde, de pågældende aspekter udgør det afgørende punkt, hvorpå beslutningen er baseret, og de af fusionsdeltagerne fremlagte vurderinger og oplysninger står i diametral modsætning til de oplysninger, Kommissionen har indsamlet under sin undersøgelse, og til de konklusioner, den har draget af dem.

416 For det fjerde har sagsøgeren, uimodsagt af Kommissionen, og således som det fremgår i punkt 146 i meddelelsen af klagepunkter, påpeget, at Sony og BMG havde opnå meget forskellige resultater i de undersøgte år. Da omfanget af udgivelser påvirker priser og rabatter, og da det kun er tal for de nævnte to parter, der undersøges i tabellerne, er disse tilbøjelige til at forstærke variationerne.

417 For det femte giver de nye beviser, Kommissionen har fremlagt, på baggrund af ovenstående betragtninger anledning til endnu en række bemærkninger.

418 Kommissionen har angivet i svarskriftet, at dens konklusion, hvorefter rabatterne varierer på tre måder (fra tidspunkt til tidspunkt, fra album til album og fra kunde til kunde, bygger på oplysninger, der er bilagt svarskriftet.

419 Herom bemærkes indledningsvis, at Kommissionen af hele dette angivelige bevismateriale selv kun har udarbejdet ét bilag (B.4), og at den heri ligeledes kun har lagt oplysninger om de af Sony og BMG indrømmede rabatter til grund. Det pågældende bilag består af diagrammer, der viser de gennemsnitlige fakturarabatter, fusionsdeltagerne i perioden 2000-2003 indrømmede deres ti største fælles kunder i de store lande, dog bortset fra Frankrig, eftersom Kommissionen havde konstateret, at oplysningerne vedrørende Frankrig udviste uoverensstemmelser. I meddelelsen af klagepunkter (punkt 88) støttede Kommissionen sig på diagrammerne, da den skulle vise, at rabatterne ud fra en samlet betragtning var konstante. Kommissionen har ikke for Retten bestridt rigtigheden af denne vurdering, men indskrænket sig til at anføre, at fusionsdeltagerne havde gjort gældende, at der var markant forskel på den måde, hvorpå de hver især behandlede visse kunder, og har vedføjet et uddrag af deres bemærkninger i bilag B.5. Bemærkningerne rejser imidlertid ikke tvivl om det generelle indtryk, diagrammerne efterlader. Hvad eksempelvis angår det italienske marked, der udviser klar konstans og parallelitet, blev, som påpeget af fusionsdeltagerne, to kunder ganske vist indrømmet klart mindre rabatter end de øvrige, men det er så meget mere bemærkelsesværdigt, at Sony og BMG indrømmede netop de samme to kunder disse mindre rabatter, at de to store selskabers rabatter var så godt som lige store, og at de varierede parallelt.

420 Med hensyn til tabellerne i bilag B.8 og B.9 til svarskriftet, som ifølge Kommissionen viser, at fordelingen af de fakturarabatter, henholdsvis Sony og BMG indrømmede for deres 20 mest solgte albummer i hver af de fem store medlemsstater, var mærkbart forskellig, bemærkes indledningsvis, at de vedrører den mere generelle kategori fakturarabatter og ikke udelukkende salgsfremmende rabatter, og at forskellene mellem rabatspændene fra tidspunkt til tidspunkt, således som sagsøgeren har påpeget, kan bero på forskelle mellem selskabernes præstationer og ikke udelukker, at rabatterne bygger på en række kendte regler.

421 Endvidere bemærkes, at skønt fordelingen af rabatspændene i perioden 1998-2003 rent faktisk varierede fra tidspunkt til tidspunkt og fra land til land, varierede den, såvel fra tidspunkt til tidspunkt som fra land til land, på sammenlignelig måde for de

to fusionsdeltagernes vedkommende. Dette fremgår endnu klarere af den tabel (bilag B.9), hvori de rabatter, der blev indrømmet i 2003 i hvert af de fem store lande, sammenlignes med hinanden, idet fordelingen af de to fusionsdeltagers rabatter ganske vist varierede fra land til land, men udviklede sig parallelt (jf. navnlig tallene for land A og C). Hvor Sonys og BMG's rabatter således i land A hovedsagelig lå inden for spændet [*fortroligt*], lå de i land B inden for spændet [*fortroligt*], i land C inden for spændet [*fortroligt*] og i land D og E inden for de højere spænd. Af de nævnte tabeller i bilagene fremgår det således ikke alene, at fordelingen af rabatter på de forskellige spænd inden for hvert enkelt land var sammenlignelig i ret høj grad, men også, at variationerne inden for det enkelte land var meget sammenlignelige.

422 Hvad nærmere angår de salgsfremmende rabatter har Kommissionen til underbygning af sin påstand om, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige på grund af deres meget store kompleksitet og deres størrelse, hovedsageligt henvist til to af sine bilag (B.13 og E.4.2). Tabellerne i de to bilag, der kun vedrører Sonys og BMG's rabatter i et enkelt år, og som er blevet udarbejdet fuldt ud af selskaberne selv, kan imidlertid ikke anses for tilstrækkeligt relevante og troværdige.

423 For så vidt angår tabellerne i bilag B.13, hvori der drages en sammenligning mellem de fakturarabatter, fusionsdeltagerne indrømmede deres seks største kunder for de af deres mest solgte albummer i 2003, som »er opført på listerne over officielle salgspriser med sammenlignelige priser« (listed at similar prices), har Kommissionen således navnlig anført i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål, at den officielle salgspris, der er valgt for hvert enkelt land, var en af de respektive parters vigtigste officielle salgspriser med hensyn til opnået salg, dog med den tilføjelse, at der for eksempelvis Tysklands vedkommende er tale om den tredje- og fjerdevigtigste officielle salgspris for BMG og den vigtigste og sjettevigtigste for Sony. Eftersom det angives i beslutningen, at fusionsdeltagerne kun anvender to eller højst tre officielle salgspriser i forbindelse med hovedparten af deres salg, rejser det spørgsmål sig, om de albummer, der er blevet taget i betragtning, rent faktisk repræsenterer selskabernes mest solgte albummer. Desuden fremgår det af en fodnote, der er knyttet til tabellerne, at den officielle salgspris for en lang række albummer blev

ændret i løbet af året, hvilket må anses for at kunne have påvirket de indrømmede rabatter og dermed forstærket de sammenlignede variationer. Ligeledes fremgår det af de omtalte tabeller, at tallene for BMG vedrører året 2002, mens tallene for Sony vedrører regnskabsåret 2002/2003.

424 Skønt, endelig, læsningen af tabellerne vanskeliggøres af den skiftevise sammenstilling af tallene for henholdsvis Sony og BMG — skønt det er de rabatter, hver fusionsdeltager indrømmede sine forskellige kunder, og ikke de rabatter, der blev indrømmet for den ene deltagers albummer, i forhold til de rabatter, der blev indrømmet for den anden deltagers albummer, der burde have været sammenlignet — fremgår det af en nærmere undersøgelse af tabellerne, at variationerne i sidste instans er temmelig begrænsede. Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af punkt 75 i meddelelsen af klagepunkter og den dertil knyttede fodnote 47, at Kommissionen undersøgte brutto- og nettoprisen for Sonys og BMG's ti mest solgte albummer album for album og drog den konklusion i punkt 90 i meddelelsen af klagepunkter, at »forholdet mellem brutto- og nettoprisen for samtlige de udgivelsers vedkommende, som Kommissionen undersøgte hver for sig, havde været meget konstant fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt«. Hverken Kommissionen eller intervenienterne har hævdet, endsige påvist, at denne konklusion er forkert.

425 Tabellerne i bilag E.4.2, der skal vise de største salgsfremmende rabatter, Sony og BMG har indrømmet for deres mest solgte albummer, indeholder særdeles mange fejl, der gør rabatterne større. Således er der, for begge parters vedkommende, foretaget en beregning pr. kunde af forskellen mellem de mindste og de største rabatter (som ifølge Kommissionen svarer til den salgsfremmende rabat), som i de fleste tilfælde er forkert, idet den er foretaget på grundlag af de rabatter, den anden part har indrømmet, skønt den, således som Kommissionen selv har anført, burde have været foretaget på grundlag af forskellen mellem de mindste og de største rabatter, som en og samme fusionsdeltager har indrømmet sine forskellige kunder.

426 Det fremgår af disse to eksempler, at der ud over den forsigtighed, hvormed de forskellige tabeller, fusionsdeltagerne har fremlagt, må anskues — idet de er udarbejdet på grundlag af parametre, som de selv har valgt, og som i øvrigt ikke fremgår klart i alle tilfælde — også skal regnes med den mulighed, at de er behæftet med materielle fejl, der, som i det foreliggende tilfælde, kan opdages selv ved en summarisk undersøgelse.

427 Selv hvis de forskellige tabeller, fusionsdeltagerne har udarbejdet, og som Kommissionen har fremlagt, rent faktisk beviser de angivelige større eller mindre variationer, er det ikke desto mindre tvivlsomt, om variationerne er relevante, således som sagsøgeren med rette har bemærket, dels fordi de kun viser spænd og ikke vejede gennemsnit og variationer i forhold til gennemsnittene, dels fordi det ikke kan udelukkes, at variationerne, i det mindste for en erhvervsudøver inden for branchen, kan forklares forholdsvis let ud fra en række generelle eller specifikke regler, som indrømmelsen af rabatter er underlagt, og som Kommissionen ikke har gjort til genstand for de nødvendige undersøgelser.

428 Skønt sagsøgeren ganske vist, som påpeget af Kommissionen, ikke nærmere har præciseret, hvilke regler der gælder for indrømmelse af salgsfremmende rabatter, eller, således som Kommissionen har bemærket, har nævnt et for stort antal, hvilket ville gøre anvendelsen af reglerne kompliceret og dermed lidet gennemsigtig, forholder det sig, som allerede fastslået, ikke desto mindre således, at Kommissionen ikke har foretaget nogen markedsundersøgelse hvad dette angår eller i det mindste ikke fremlagt noget bevis for, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige, bortset fra fusionsdeltagernes tabeller, som, ud over deres fejl og mangler, under alle omstændigheder kun har til formål at påvise, at rabatterne udviser en vis variation, men som ikke viser, at denne variation ikke for en erhvervsudøver inden for branchen mere eller mindre let lader sig forklare. Desuden kan sagsøgeren ikke kritiseres for ikke selv at have foretaget en sådan påvisning, da det ikke er angivet i tabellerne, for hvilke albummer eller til hvilke kunder, rabatterne blev indrømmet, hvor store de var, eller på hvilket tidspunkt de blev ydet, og da hverken sagsøgeren eller Retten derfor kan fastslå, om rabatterne blev indrømmet i overensstemmelse med de af sagsøgeren påståede generelle regler for branchen.

429 Med hensyn til Kommissionens argument om, at de kriterier, hvorefter de salgsfremmende rabatter generelt indrømmes, er så talrige, at det gør anvendelsen af dem uigennemsigtig, bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren har forklaret, at der for de forskellige pladekategorier (nyudgivelser, nye kunstnere, katalogerne »full price«, »mid price« og »budget«) findes et begrænset antal generelle salgsstrategier (udskiftning af en plade på hitlisten, deltagelse i salgsfremstød, køb af placeringer i butikkerne), som kan være forskellige til en vis grad, alt efter hvilken form for kunde der er tale om (supermarkeder, specialiserede butikskæder, uafhængige butikker). Om end kombinationen af variabler uundgåeligt øger antallet af muligheder, har Kommissionen ikke påvist, at dette gør det uforholdsmæssigt vanskeligt for en erhvervsudøver på markedet at gennemskue kriterierne. Endvidere bekræfter fusionsdeltagernes egen redegørelse i bilag B.14 for de få principper, der gælder for indrømmelsen af rabatter, ligeledes snarere, at de af sagsøgeren påståede generelle regler findes, og at de ikke er uforholdsmæssigt komplekse. Endelig er selv et forholdsvis stort antal tilsyneladende komplekse regler — som måske endda kan være vanskeligt at opregne udtømmende — ikke nødvendigvis til hinder for, at en erhvervsudøver forholdsvis let kan fastslå, om de som udgangspunkt eller som helhed er overholdt. F.eks. kræver det lange redegørelser at give en detaljeret fremstilling af reglerne for takt og tone og høflighedsformer, men en person, som har blot lidt kendskab til dem, vil let kunne fastslå, om en anden persons adfærd i det store og hele er i overensstemmelse med dem.

430 Under alle omstændigheder fremgår det, således som sagsøgeren har fremhævet, hverken af beslutningen eller det af Kommissionen fremlagte bevismateriale, om denne har undersøgt, om der findes alment kendte regler for indrømmelsen af salgsfremmende rabatter, eller om det er muligt for de store selskaber at fastslå, om de salgsfremmende rabatter, de andre store selskaber indrømmer, er i overensstemmelse med de pågældende regler, eller om de afviger fra de fælles principper.

431 Desuden har sagsøgeren hævdet, at nettopriserne over for detailhandlerne er gennemsigtige, fordi detailhandlernes avancer generelt er gennemsigtige og kendes med en høj grad af præcision.

432 Hvad dette angår har Kommissionen gjort gældende i svarskriftet, at dens konklusion, hvorefter det ikke er effektivt at overvåge detailsalget, ligeledes bygger på, at detailpriserne er komplekse og uigennemsigtige. Kommissionen har anført, at det fremgår af en undersøgelse, der er bilagt svarskriftet, at et stort selskab ikke ved at overvåge detailsalget intensivt kan udlede konkurrenternes praksis med hensyn til fastsættelse af nettoprisen (den officielle salgspris minus fakturarabatter) for et givet album, eftersom detailhandlerne ikke alle systematisk foretager den samme forhøjelse af engrosprisen på et givet tidspunkt, hverken for samtlige albumkategoriers vedkommende eller for samtlige albummers vedkommende i den mere begrænsede fuldpriskategori. Kommissionen fandt ikke nogen påviselig sammenhæng mellem detailpriserne og de fakturarabatter, der var blevet indrømmet for albummer med samme officielle salgspris.

433 Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at der ikke i nogen betragtning til beslutningen henvises til det angiveligt umulige i ved en omvendt beregning (reverse engineering) at fastslå nettosalgspriserne over for detailhandlerne ud fra detailsalgspriserne. Desuden fremgår det ikke af noget i sagens akter, at Kommissionen under den administrative procedure overhovedet undersøgte sammenhængen mellem detailsalgspriserne og engrossalgspriserne, endsige indsamlede oplysninger om detailsalgspriserne. Derfor kan hverken Kommissionens argumentation eller den svarskriftet bilagte undersøgelse tages i betragtning.

434 Endvidere bemærkes, således som sagsøgeren også har gjort gældende, at oplysningerne i den af fusionsdeltagernes økonomer udarbejdede undersøgelse ikke er pålidelige, relevante og sammenlignelige og ikke kan underbygge de konklusioner, Kommissionen har draget af den. Selv hvis det er korrekt, er det ikke relevant, at detailhandlerne ikke altid systematisk foretaget den samme forhøjelse af engrosprisen. Skønt det ganske vist er sandsynligt, at de forskellige former for detailhandlere (supermarkeder, uafhængige butikker, specialiserede butikskæder osv.) har en forskellig avancepolitik, og at der er forskelle inden for den enkelt kategori af erhvervsdrivende og endog forskelle på den enkelte erhvervsdrivendes plan, som afhænger af, hvilken type albummer der er tale om, eller hvor stor succes albummerne nyder, er det derimod meget usandsynligt — og undersøgelsen indeholder ikke nogen oplysninger derom — at en detailhandler følger en forskellig salgspolitik for den samme type album. Da samtlige detailhandlere er kunder hos samtlige store selskaber, kan hvert enkelt stort selskab derfor iagttage den avance, en

bestemt detailhandler beregner sig af selskabets egne albummer og dermed udlede, hvilken avance detailhandleren normalt beregner sig af de af konkurrenternes albummer, som udviser sammenlignelige karakteristika. Endelig fastsættes detailsalgsprisen ifølge den af Sonys og BMG's salgsdirektører for Frankrig afgivne forklaring (vedføjet som bilag B.2) normalt ved at lægge momsen til engrosprisen.

435 Det følger af det foregående, at de nye beviser, Kommissionen har fremlagt, ikke er tilstrækkeligt troværdige, relevante og overbevisende til at godtgøre, at de salgsfremmende rabatter er uigennemsigtige.

436 Endelig bemærkes for fuldstændighedens skyld, at Kommissionen i tilfælde af, at den salgsfremmende rabat ikke er gennemsigtig, fordi detailhandleren, forudsat at han har lov til det, ikke lader rabatten gå videre til den endelige forbruger, men beholder den med henblik på at forøge sin fortjeneste, ikke har forklaret, hvorfor rabatten kan være relevant i det foreliggende tilfælde. Skønt en hemmelig og uigennemsigtig rabat, som en producent indrømmer en detailhandler, kan være relevant for vurderingen af, om der foreligger den gennemsigtighed, en stiltiende koordinering kræver, når der er tale om fuldstændig homogene produkter, idet den pågældende rabat gør det muligt for producenten at øge sit salg på bekostning af oligopolets øvrige medlemmer, forholder det sig ikke nødvendigvis på samme måde, når der er tale om salg af forskellige produkter til mellemhandlere. I det foreliggende tilfælde, hvor hver enkelt plade er forskellig, køber en detailhandler, som kun køber plader af de store selskaber for at videresælge dem til den endelige forbruger, således i princippet kun færre plader af et givet stort selskab, hvis den endelig forbruger tilskyndes af den salgsfremmende rabats virkning til i stedet at købe pladen fra det konkurrerende store selskab, der har indrømmet detailhandleren den salgsfremmende rabat. Desuden har hverken Kommissionen eller intervenienterne gjort gældende, endsige påvist, at en salgsfremmende rabat er betinget af, at usolgte plader ikke tages tilbage, skønt dette er muligt, for ikke at sige sandsynligt. På den baggrund forekommer en salgsfremmende rabat, som et stort selskab har indrømmet en detailhandler, og som ikke er gennemsigtig, fordi den ikke er gået videre til den endelige forbruger, ikke at kunne indvirke på, hvor mange eksemplarer der sælges af det pågældende album, eller skade en fælles prispolitik, der beror på stiltiende koordinering. Kommissionen burde i det mindste have undersøgt og forklaret, hvordan en salgsfremmende rabat, som er uigennemsigtig, fordi

detailhandleren ikke har ladet den gå videre, kan udgøre en hindring for den nødvendige gennemsigtighed på markedet, eftersom den ikke skjuler adfærd, der kan skade en stiltiende koordinering.

— De salgsfremmende rabatters relevans

437 Sagsøgeren har fremsat en række indsigelser, hvorved sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at Kommissionen med urette lagde til grund, at det er nødvendigt, at markedet er fuldstændig gennemsigtigt, at den ikke undersøgte, om de salgsfremmende rabatter var relevante for vurderingen af gennemsigtigheden på markedet, og at det ikke er bevist, at de salgsfremmende rabatter betyder, at den nødvendige gennemsigtighed ikke er til stede, eller at de mindsker gennemsigtigheden, fordi de kun i marginalt omfang vedrører albummer på hitlisterne eller de mest solgte albummer og reelt ikke påvirker nettopriserne, navnlig fordi de kun repræsenterer mellem en fjerdedel og en tredjedel af samtlige rabatter.

438 Hvad for det første angår indsigelsen om, at Kommissionen forvekslede kravet om tilstrækkelig gennemsigtighed på markedet, således som det blev fastslået under den sag, der første til dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, med det krav om fuldstændig gennemsigtighed, der lægges til grund i beslutningen, bemærkes, således som Kommissionen med rette har anført, at det ikke angives i nogen betragtning til beslutningen, at der skal være fuldstændig gennemsigtighed.

439 Det skal dog undersøges, om Kommissionen ikke i praksis har krævet fuldstændig gennemsigtighed eller i hvert fald en højere grad af gennemsigtighed, end en kollektiv dominerende stilling kræver.

440 Således som det fremgår af præmis 62 i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, skal der ved den nødvendige gennemsigtighed forstås, at hvert medlem af det dominerende oligopol kan skaffe sig kendskab til de andre medlemmers adfærd med henblik på at kontrollere, om de følger den samme adfærd eller ikke; dvs. at medlemmet skal have et middel til at finde ud af, om de andre erhvervsdrivende følger den samme strategi, og om de opretholder den. Gennemsigtigheden på markedet skal således være tilstrækkelig til at give hvert medlem af det dominerende oligopol mulighed for på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde at få kendskab til udviklingen i alle de andre medlemmers adfærd på markedet. Den nødvendige gennemsigtighed indebærer ikke, at hvert enkelt medlem når som helst og i alle enkeltheder kan skaffe sig kendskab til, på nøjagtig hvilke vilkår hvert enkelt af de øvrige oligopolmedlemmers salg er blevet foretaget, men skal dels gøre det muligt at fastslå, hvilke regler der gælder for den stiltiende koordinering, dels medføre alvorlig risiko for, at de øvrige oligopolmedlemmer opdager afvigende adfærd, der kan bringe den stiltiende koordinering i fare.

441 Kommissionen har anført, at den »undersøgte, hvilke komponenter der indgår i nettoprisen for et individuelt album, der sælges til en individuel kunde (officiel salgspris, almindelig rabat, eventuel salgsfremmende rabat), og i det væsentlige konkluderede, at det ville kræve en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed for samtlige komponenters vedkommende, hvis et stort pladeselskab skulle have en rimelig grad af sikkerhed for, at det kendte et andet pladeselskabs reelle praksis med hensyn til fastsættelse af nettopriserne, således som de kommer til udtryk på kunde- og albumniveau«. Det fremgår af denne forklaring, at der i beslutningen ganske vist kun henvises til, at der skal være tilstrækkelig gennemsigtighed, uden at der anføres yderligere enkeltheder, men at Kommissionen synes at have krævet et særlig højt niveau af gennemsigtighed.

442 På samme måde har Kommissionen navnlig gjort gældende, at de salgsfremmende rabatters betydning beror på, at de store pladeselskaber »for at kunne koordinere nettopriserne må kunne overvåge alle deres komponenter, de forholdsvis gennemsigtige officielle salgspriser og de forskellige fakturarabatter«. Kommissionen tilføjede i den forbindelse, at »et vist kendskab til de almindelige rabatter ganske enkelt ikke er tilstrækkeligt, hvis de salgsfremmende rabatter for visse kunders vedkommende, fra tidspunkt til tidspunkt og fra album til album, er årsag til så stærke svingninger i nettopriserne (dvs. ustabile nettopriser) som dem, der nævnes i betragtning 79, 86, 93, 100 og 107 [til beslutningen], og viser sig at være mindre gennemsigtige«.

443 Herom bemærkes dels, at Kommissionen i beslutningen fandt, at der ikke kun gjorde sig de mange andre gennemsigtighedsfaktorer gældende, hvortil der henvises i betragtning 111-113 (navnlig de stadige kontakter med en stabil, begrænset kundekreds, som er fælles for alle de store selskaber, og offentliggørelsen af ugentlige hitlister), men at også bruttopriserne og de almindelige rabatter var gennemsigtige. Skønt Kommissionen i sine indlæg for Retten har modereret sin vurdering af gennemsigtigheden af disse to væsentlige komponenter i nettopriserne — i øvrigt i ret forskellig grad, alt efter hvilket argument Kommissionen har forholdt sig til — anførte den, endda udtrykkeligt, i sine afsluttende bemærkninger, at den havde fundet, at »såvel de salgsfremmende som de almindelige rabatter [udviste] en høj grad af gennemsigtighed«.

444 Dels kan de svingninger i rabatterne, som de salgsfremmende rabatter skal være ansvarlige for, vanskeligt betegnes som »så stærke«, når der i beslutningen for størstedelen af de vigtigste kunders vedkommende (eller for de vigtigste fælles kunders vedkommende) henvises til forskelle på fra 2 til 5 procentpoint i Det Forenede Kongerige, Tyskland og Spanien, fra 1 til 3 procentpoint i Italien og indtil 3 procentpoint i Frankrig. Desuden kan variationerne i rabatterne, som hævdet af sagsøgeren og medgivet af Kommissionen (bl.a. i punkt 13 i dens supplerende bemærkninger), forklares med forskellige produktsortimenter og forskellige grader af succes samt kundetypen, og det kan derfor ikke udledes, at de ret begrænsede variationer, der blev konstateret, rent faktisk kan tilskrives salgsfremmende rabatter.

445 Hvad for det andet angår de af sagsøgerens indsigelser, hvorved denne har bestridt, at rabatterne er relevante, bemærkes indledningsvis, at Kommissionen, således som sagsøgeren har påpeget, fastslog i betragtning 77, 84, 91, 98 og 105 til beslutningen, at der i betragtning af den parallelle udvikling, Sonys og BMG's faktiske gennemsnitlige brutto- og nettopriser havde gennemgået i de foregående seks år, var en tæt sammenhæng mellem nettosalgspriserne og bruttopriserne. Skønt Kommissionen har gjort gældende i sine indlæg for Retten, at oplysningerne om gennemsnitspriserne kunne skjule de individuelle forskelle, hedder det dels i betragtning 70 til beslutningen, at gennemsnitspriserne udgør et godt middel til bestemmelse af, om de store pladeselskaber udviser parallel adfærd hvad priser angår, dels fastslås det under alle omstændigheder i betragtning 77, at der fra album til album og fra tidspunkt til tidspunkt er et meget konstant forhold mellem netto-

og bruttoprisen. Da de almindelige rabatter fastsættes for en given kunde og for et givet år, er det vanskeligt at forstå, hvordan de variable salgsfremmende rabatter kan påvirke nettopriserne for de pågældende albummer.

446 At rabatterne generelt er relevante, synes i øvrigt Kommissionens egne vurderinger at så alvorlig tvivl om. Kommissionen anførte således i punkt 88 og 89 i meddelelsen af klagepunkter, at den »efter at have undersøgt dataene konstaterede, at rabatterne ikke ændrer de store selskabers relative priser«, og at »der absolut ikke er noget bevis for, at rabatterne er blevet anvendt til grundlæggende at ændre priserne«. Skønt Kommissionen, som anført ovenfor, naturligvis her ret til at ændre sine pr. definition foreløbige vurderinger i meddelelsen af klagepunkter, skal de i beslutningen indeholdte vurderinger og konklusioner dog være forenelige med de faktuelle konstateringer, som er foretaget under den administrative procedure, medmindre det påvises, i det mindste under en sag for Fællesskabets retsinstanser, at de var forkerte. Bemærkningen om, at der ikke var noget bevis for, at rabatterne havde påvirket priserne mærkbart, er snarere en faktuel konstatering end en vurdering. Under alle omstændigheder synes Kommissionen ikke have ændret opfattelse på dette punkt, eftersom det hedder i betragtning 77 til beslutningen, at »hvis de store pladeselskaber mærkbart havde fraveget den aftalte prispolitik ved at yde rabatter, ville afvigelsen have vist sig i de gennemsnitlige nettopriser«.

447 For det tredje er der ikke nogen som helst oplysninger i beslutningen, der kan vise, at de salgsfremmende rabatter rent faktisk har haft en indvirkning på nettopriserne for de albummer, der er tale om. Den eneste oplysning vedrørende dette punkt findes i betragtning 150 og synes tværtimod at benægte, at der forekommer en sådan indvirkning, eftersom det hedder i betragtningen, at det »i samtlige små lande, på samme måde som i de store lande, er de almindelige rabatter, der er de vigtigste«. Kommissionen anførte ganske vist under retsmødet, at der muligvis var tale om en trykfejl, men den har ikke desto mindre selv gentaget bemærkningen i svarskriftet. Desuden fandt Kommissionen det ikke engang nødvendigt at nævne de salgsfremmende rabatter i meddelelsen af klagepunkter, som blev udarbejdet efter en fem måneder lang undersøgelse, hvorunder den havde udspurgt såvel de store selskaber og de uafhængige producenter som detailhandlerne om bl.a. den respektive

betydning af de forskellige former for rabatter, herunder salgsfremmende rabatter (jf. bl.a. de i bilag E.4.1 nævnte spørgsmål 19 og 24 i de spørgeskemaer, der blev fremsendt til detailhandlerne og konkurrenterne den 20.1.2004).

448 Da Retten anmodede Kommissionen om at oplyse den samlede værdi af de salgsfremmende rabatter som en procentdel af det samlede salg af hver af de fem store selskabers 100 og 20 mest solgte albummer (dvs. den gennemsnitlige salgsfremmende rabat, som var blevet indrømmet for de pågældende albummer) og de salgsfremmende rabatters relative værdi i forhold til de almindelige rabatter, svarede den, at det var umuligt at beregne værdierne på grundlag af oplysningerne i Kommissionens sagsakter.

449 Det følger af det foregående, at Kommissionen fastslog, at markedet på trods af bruttoprisernes og de almindelige rabatters gennemsigtighed og de mange andre gennemsigtighedsfaktorer, hvortil der henvises i beslutningen, ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt, af den ene grund, at de salgsfremmende rabatter er mindre gennemsigtige, skønt den ikke havde undersøgt, om de salgsfremmende rabatter udgør en komponent af de pågældende albummers pris, som er tilstrækkeligt betydningsfuld til, at den har en reel indvirkning på disse albummers pris. Heraf følger, at der er grundlag for sagsøgerens indsigelse om, at beslutningen er behæftet med en åbenbar fejlvurdering som følge af, at Kommissionen ikke har undersøgt, om de salgsfremmende rabatter er relevante, eller i hvert fald ikke har godtgjort i fornødent omfang, at de er det.

450 Det kan ikke rejse tvivl om denne konklusion, at Kommissionen har gjort gældende, at andre oplysninger meddelt under den administrative procedure gjorde det muligt for den dels at fastslå, at de salgsfremmende rabatter er et væsentligt element i prisfastsættelsen, dels at beregne de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter, der var blevet indrømmet for samtlige albummer i 2002. De oplysninger, denne argumentation bygger på, kan nemlig ikke betragtes som tilstrækkeligt konsekvente, pålidelige og relevante til, at de kan berettige de konklusioner, der drages af dem.

451 For det første fremgår det ikke af tidsplanen for undersøgelsen, at Kommissionen undersøgte, om de salgsfremmende rabatter var relevante for vurderingen af graden af gennemsigtighed på markedet, endsige om en sådan undersøgelse kunne foretages på grundlag af alle relevante og pålidelige data. Det bemærkes i den forbindelse, at det indtil høringen den 14. og 15. juni 2004 var Kommissionens, ganske vist foreløbige, opfattelse på grundlag af alle de under undersøgelsen indsamlede oplysninger, at der forud for fusionen bestod en kollektiv dominerende stilling, og, navnlig, at markedet og rabatterne var gennemsigtige, samt at rabatterne ikke kunne modvirke koordineringen af priserne. Efter at have gennemgået såvel de store selskabers og konkurrenternes som detailhandlernes besvarelser af Kommissionens spørgeskemaer vedrørende den respektive betydning af de forskellige rabatter, herunder almindelige og salgsfremmende rabatter, fandt Kommissionen det unødvendigt at nævne de salgsfremmende rabatter i meddelelsen af klagepunkter (det fremgår i hvert fald af den fortrolige udgave, der er fremlagt for Retten). Det fremgår heller ikke af sagens akter — og Kommissionen har heller ikke hævdet — at den i det korte interval mellem høringen den 14. og 15. juni 2004, efter hvilken den ændrede sin vurdering, og fremsendelsen af udkastet til beslutningen til det rådgivende udvalg den 1. juli 2004 foretog en undersøgelse for at klarlægge, om de salgsfremmende rabatter var relevante, eller i hvor høj grad de var gennemsigtige. Den eneste undersøgelsesforanstaltning efter høringen, som Kommissionen har nævnt, består i en begæring til de anmeldende parter om oplysninger af 21. juni 2004, der ikke vedrører de salgsfremmende rabatters relevans, men de store selskabers markedsovervågningsaktiviteter. De fortrolige dokumenter, sagsøgeren har fremlagt (bilag B.16), sår imidlertid, som anført ovenfor, alvorlig tvivl om, hvor repræsentative de af Sonys og BMG's salgsrepræsentanter udarbejdede overvågningsrapporter er, der blev fremlagt (bilag B.15) som svar på begæringen. Endelig har Kommissionen selv fremhævet i sine afsluttende bemærkninger, at de anmeldende parters ret til at blive hørt begrænser mulighederne for supplerende undersøgelser efter høringen og udelukker en omfattende høring af de erhvervsdrivende på markedet vedrørende indsigelserne. Undersøgelsesforanstaltninger efter høringen består ifølge Kommissionen hovedsagelig i høring af de erhvervsdrivende på markedet vedrørende foreslåede tilsagn og vedrører ikke de klagepunkter, der er rejst mod den anmeldte fusion.

452 For det andet har Kommissionen i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål anført, at de oplysninger, de anmeldende parterne fremlagde under den administrative

procedure, havde gjort det muligt for den at beregne de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter, men under retsmødet medgav den, at den ikke selv havde foretaget beregningerne, og havde måttet overlade det til fusionsdeltagernes økonomer at forklare, hvorfor rabatterne havde kunnet beregnes for samtlige albummer, men ikke for de 20 eller 100 mest solgte, skønt undersøgelsen og de af Kommissionen indsamlede data kun vedrørte disse albummer.

453 For det tredje har Kommissionen oplyst, at beregningerne blev foretaget på grundlag af de tal, der danner grundlag for bilag B.12 til svarskriftet, men dette bilag indeholder kun data vedrørende BMG og ikke vedrørende Sony.

454 For det fjerde forekommer tallene ikke tilstrækkeligt konsekvente, pålidelige og relevante.

455 Indledningsvis vedrører de tabeller, Kommissionen har fremlagt som svar på Rettens spørgsmål, kun 2002, og der gives ikke nogen forklaring på, hvorfor de anmeldende parter valgte dette år, når beslutningen omhandler priser og rabatter i perioden 1998-2003. På samme måde er størrelsen af BMG's bruttosalg beregnet for de ti største kunders vedkommende, men vedrører kun de fem til ti største kunder (alt efter landet), uden at der gives nogen forklaring herpå. Endvidere svarer de spænd af salgsfremmende rabatter, der angives i tabellerne (som vedrører samtlige albummer i relation til hele kundeunderlaget), ikke til de spænd, der angives i tabellerne i andre bilag, nærmere bestemt bilag B.6/E.2 (der kun vedrører de 20 albummer, hvoraf der er solgt flest til de ti største kunder). Da det antal albummer og kunder, der er taget i betragtning i tabellerne, er langt større end det, de nævnte bilag omfatter, bør den maksimale salgsfremmende rabat i tabellerne [*fortroligt*] være lig med eller større end den salgsfremmende rabat i de pågældende bilag for det samme år [*fortroligt*]. Summen af de fakturarabatter, hver af de to anmeldende parter har indrømmet, og forskellen mellem de rabatter, de hver især har ydet, er ligeledes forskellige fra de i beslutningen angivne. Beslutningen vedrører ganske vist de mest solgte albummer i 2003 og ikke, som i tabellerne, samtlige solgte albummer i 2002, men det bekræfter kun, at resultatet kan variere, alt efter hvilke parametre der vælges, og at det derfor

er nødvendigt, at Kommissionen bevarer kontrollen med beregningerne eller i det mindste forvisser sig om, at de af fusionsdeltagerne fremlagte tal er relevante.

456 Endvidere gør det tabellerne mindre relevante, at de vedrører den gennemsnitlige salgsfremmende rabat for samtlige solgte albummer og ikke kun for de 100 eller 20 mest solgte, idet de netop har som forudsætning, hvad de skal påvise, nemlig at de salgsfremmende rabatter også spiller en vigtig rolle i relation til de mest solgte albummer og nyudgivelser på hitlisterne (new hit releases) og ikke først og fremmest vedrører albummer nederst i katalogerne, således som sagsøgeren har hævdet. Kommissionens argument om, at det i betragtning af den betydning, de 100 mest solgte albummer har for samtlige indtægter ved salget af musik, ville være overraskende, om størrelsen af de gennemsnitlige salgsfremmende rabatter, der var beregnet for samtlige solgte albummer, ikke afspejlede sig i prisen for de 100 mest solgte, eftersom det ville betyde, at gennemsnitlige salgsfremmende rabatter, der var et multiplum af det generelle gennemsnit, omfattede alle de øvrige albummer, kan ikke tiltrædes. Skønt der ikke er nogen oplysninger i beslutningen derom, og Kommissionen så godt som intet har angivet derom i sine skriftlige indlæg, tyder de eneste oplysninger i sagens akter på, at de salgsfremmende rabatter rent faktisk befinder sig på et højt, eller endog meget højt, niveau. Et stort selskab anførte således som svar på Kommissionens spørgeskema, at »denne form for rabat [kunne] repræsentere en væsentlig del af den officielle salgspris (f.eks. indtil [*fortroligt*])«. På samme måde angiver de af Kommissionen fremlagte tabeller i bilag E.2, der indeholder skøn over de maksimale salgsfremmende rabatter, satser for de rabatter, som de anmeldende parter har indrømmet deres ti største kunder, som i mange tilfælde er meget høje, indtil [*fortroligt*]. Desuden har Kommissionen betegnet de nævnte skøn som forsigtige, idet tallene er angivet på årsbasis, skønt en salgsfremmende rabat normalt er tidsbegrænset. Da de salgsfremmende rabatter, selv ifølge den af Kommissionen fremlagte tabel, kun repræsenterer en meget beskeden gennemsnitlig procentdel af salgsprisen [*fortroligt*] af samtlige solgte albummer, kan de kun omfatte et ret begrænset antal albummer. Endelig tyder, som anført ovenfor, kun de af Kommissionen fremlagte forklaringer af de store selskaber på, at salgsfremmende rabatter knytter sig til særlige tilfælde (en kunstner på turné, forskellige sæsonbetonede varebeholdninger, ældre albummer, hvoraf der ikke længere sælges så mange eksemplarer). På den baggrund kan gennemsnitssatserne for de salgsfremmende rabatter, der indrømmes for samtlige albummer, ikke antages

at være repræsentative for de salgsfremmende rabatter, der indrømmes for de 100 mest solgte albummer, endsige for nye »hit releases«. Endvidere bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen anførte i punkt 87 og 90 i meddelelsen af klagepunkter, at prislisterne for nyudgivelser efter dens opfattelse blev anvendt til at koordinere og overvåge prispolitikken, og at den ikke havde fundet noget bevis for, at rabatterne blev anvendt til at ændre de gennemsnitlige nettopriser for nye »hit releases« i væsentlig grad.

457 For det femte bemærkes, at de salgsfremmende rabatter, selv hvis tabellerne er korrekte og repræsentative, kun repræsenterer en meget beskeden del af bruttosalgsprisen for albummer i tre af de fem store lande for BMG's vedkommende, nemlig [*fortroligt*]% i land B, [*fortroligt*]% i land C og [*fortroligt*]% i land D og i to af de fem store lande for Sonys vedkommende, nemlig [*fortroligt*]% i land C og [*fortroligt*]% i land D. Endvidere kan, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, tabellerne ikke anses for at vise, at de to anmeldende parters gennemsnitlige salgsfremmende rabatter adskiller sig meget fra hinanden i størstedelen af landene, eftersom forskellen mellem de salgsfremmende rabatter, henholdsvis Sony og BMG har indrømmet i tre af fem lande, er mindre end [*fortroligt*]%. Ifølge beslutningen udgør hvert enkelt land et marked, og en fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling med det resultat, at en effektiv konkurrence hæmmes betydeligt på et enkelt af de pågældende markeder, må erklæres for uforenelig med fællesmarkedet. På den baggrund burde Kommissionen, selv hvis de salgsfremmende rabatter kunne anses for mindre gennemsigtige, og medmindre den ville lægge til grund, at der skal være fuldstændig gennemsigtighed, i det mindste have forklaret i beslutningen, hvordan de salgsfremmende rabatter, på trods af deres ubetydelige reelle indvirkning på priserne og de mange gennemsigtighedsfaktorer, hvortil der henvises i beslutningen, kunne medføre, at den gennemsigtighed, der kræves, for at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke var til stede.

458 Under alle omstændigheder kan hverken forklaringer givet under sagen for Retten eller efterprøvelser, der vedrører et væsentligt aspekt af beslutningen, råde bod på undersøgelser, der ikke er foretaget, når beslutningen vedtages, og ophæve den åbenbare vurderingsfejl, beslutningen er behæftet med som følge heraf, selv hvis

fejlen ikke har haft nogen indflydelse på resultatet af vurderingen (jf. analogt Domstolens dom af 22.1.2004, sag C-353/01 P, Mattila mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1073, præmis 31 og 37).

c) Konklusion vedrørende gennemsigtighed

459 Det følger af det foranstående, at konstateringerne i beslutningen vedrørende markedets gennemsigtighed ikke er begrundet i fornødent omfang, og at de er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn som følge af, at de ikke bygger på en undersøgelse af alle de relevante oplysninger, der må tages i betragtning, og ikke kan underbygge den konklusion, at markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling.

5. Homogenitet

460 For så vidt angår kriteriet om homogenitet bemærkes, at Kommissionen i betragtning 157 til beslutningen drog den konklusion, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling, idet den, ud over manglen på gennemsigtighed og på beviser for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, henviste til produktets delvis heterogene kendetegn. Imidlertid anførte Kommissionen i betragtning 110 til beslutningen, hvori produktets homogenitet behandles, først, at den indspillede musiks format var homogent, endvidere at fremgangsmåden ved prissætning og markedsføring af albummerne på engrosmarkederne forekom temmelig standardiseret på trods af indholdets forskelligartethed, og endelig at de store selskaber for så vidt angår rabatter og aftalte satser for tilbagesendelse af usolgte albummer normalt ikke skelnede mellem musikgenrer eller typer af albummer. I strid, i hvert fald tilsyneladende, med denne konstatering og uden yderligere forklaringer tilføjede Kommissionen, at prissætningen naturligvis også afhang af albummets succes, og at der for så vidt angår salgsfremmende rabatter var

forskel fra album til album. Kommissionen konkluderede af det foranstående, at indholdets forskelligartethed og de førnævnte virkninger heraf på priserne mindskede gennemsigtigheden.

461 Heraf følger, at Kommissionen fandt, at de angivne elementer af heterogenitet ikke havde nogen indvirkning på de salgsfremmende rabatter. Som tidligere anført er oplysningerne i beslutningen og de argumenter, Kommissionen har fremført i sine skriftlige indlæg, imidlertid ikke tilstrækkelige til at underbygge den vurdering, at markedet ikke udviser den grad af gennemsigtighed, som er nødvendig for, at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling. Konstateringerne, som i øvrigt er indbyrdes modstridende, vedrørende elementerne af produktheterogenitet kan derfor ikke i sig selv lede til den konklusion, at der ikke bestod en sådan kollektiv dominerende stilling på markedet.

462 Desuden giver det forhold, at produktet er heterogent, i hvert fald hvad indholdet angår, og at dets pris derfor, som man kan forvente, varierer fra album til album, den konstatering, Kommissionen selv foretager i betragtning 76 og 77 vedrørende markedet i Det Forenede Kongerige (og i de tilsvarende betragtninger for så vidt angår de øvrige markeder), og hvorefter katalogpriserne for de mest solgte albummer synes at være tilpasset til hinanden i ret høj grad, og der er en tæt sammenhæng mellem nettosalgspriserne og bruttopriserne, en ganske særlig betydning.

6. Gengældelsesforanstaltninger

463 I betragtning 114-118 til beslutningen undersøgte Kommissionen, om de store selskaber tidligere havde iværksat »gengældelsesforanstaltninger« over for et af dem og nåede frem til, at den ikke havde fundet »nogen indikationer for, at et stort selskabs vægring ved at følge en fælles praksis tidligere havde ført til, at andre store

selskaber havde udelukket det fra joint ventures vedrørende kompilationer, eller til (midlertidig) genoptagelse af normal konkurrenceadfærd«, endsige »tegn på, at der var blevet fremsat trusler om noget sådant«.

464 Sagsøgeren har gjort gældende, at denne konstatering er behæftet med mangel på begrundelse, et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl. De indsigelser, der er fremsat inden for rammerne af disse tre grene, er sammenfaldende og består i det væsentlige i den indvending, at Kommissionen baserede sin vurdering på, at der ikke er noget bevis for, at der tidligere er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, skønt den kun burde have undersøgt, om der findes effektive disciplinære foranstaltninger.

465 Det fremgår af retspraksis (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 62), at der, for at en situation med kollektiv dominerende stilling er bæredygtig, skal være tilstrækkeligt med afskrækkelsesfaktorer for at sikre, at der varigt er en tilskyndelse til ikke at fravige den fælles adfærd, hvilket vil sige, at hvert medlem af det dominerende oligopol skal vide, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side for at forøge markedsandelen vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling (jf. i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 276).

466 Alene tilstedeværelsen af effektive disciplinære foranstaltninger er nemlig i princippet tilstrækkeligt, da der ikke er nogen grund til at iværksætte en sanktion, hvis medlemmerne af oligopolet overholder den fælles politik. Desuden er, således som sagsøgeren har fremhævet, den mest effektive disciplinære foranstaltning den, som ikke behøver at blive anvendt.

467 Endvidere fastslog Kommissionen udtrykkeligt i punkt 128-132 i meddelelsen af klagepunkter, at udelukkelse fra joint ventures vedrørende kompilationer udgør en særligt effektiv gengældelsesmekanisme, og denne vurdering bekræftes — i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende i sine skriftlige indlæg —

i beslutningen, om end ikke lige så udtrykkeligt. Kommissionen anførte nemlig i betragtning 117 til beslutningen, efter i betragtning 115 og 116 at have fremhævet den økonomiske betydning af kompilationer med deltagelse af flere kunstnere eller plademærker, som repræsenterer omkring 15-20% af det samlede marked for indspillet musik, og understreget, at det synes at være af central betydning for en kompilations succes, at der på albummet optræder kunstnere fra mere end ét pladeselskab, at »de store pladeselskaber i tilfælde af, at et af dem gør sig skyldig i vedvarende »afvigelser«, derfor kan udelukke dette selskab fra nye joint ventures, nægte det ret til at anvende deres titler i kompilationer eller endog bringe eksisterende joint ventures til ophør«. Endelig angav Kommissionen i betragtning 118 til beslutningen, at den dog ikke havde fundet noget bevis for, at andre store pladeselskaber allerede var blevet udelukket fra et joint venture vedrørende en kompilation, eller tegn på, at der var blevet fremsat trusler om noget sådant, idet den dog tilføjede, at sådanne foranstaltninger »generelt kunne udgøre troværdige gengældelsesforanstaltninger [...] på markedet for indspillet musik«.

468 Da nærværende anbringende imidlertid drejer sig om fastslåelsen af, at der består en kollektiv dominerende stilling, og ikke om fastslåelsen af, om der kan skabes en sådan, kunne det lægges til grund, at betingelsen vedrørende gengældelsesforanstaltninger indebærer, at det skal undersøges, ikke om der, som i den sag, der førte til dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, blot findes gengældelsesmekanismer, men om der er forekommet overtrædelser af den fælles adfærd, uden at overtrædelserne har ført til iværksættelse af gengældelsesforanstaltninger. Selv om det ikke angives i beslutningen, og Kommissionen heller ikke har gjort gældende i sine skriftlige indlæg, at det er et andet kriterium, der skal anvendes, når det drejer sig om at fastslå, om der består en kollektiv dominerende stilling, skal Retten alligevel undersøge, om konstateringerne i beslutningen opfylder dette andet kriterium.

469 Der skal foreligge to kumulative beviser, for at manglende iværksættelse af gengældelsesforanstaltninger kan anses for at være ensbetydende med, at betingelsen om gengældelsesforanstaltninger ikke er opfyldt, nemlig et bevis for, at der er forekommet afvigelser fra den fælles adfærd — i mangel af hvilket det ikke er nødvendigt at undersøge, om der er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger

— og et konkret bevis for, at der ikke findes gengældelsesforanstaltninger. I beslutningen fremlægges der ikke det fornødne bevis i relation til nogen af de to nævnte aspekter.

470 For det første peger Kommissionen hverken i det specifikke afsnit om gengældelsesforanstaltninger eller i resten af beslutningen på noget tilfælde af overtrædelse af den fælles prispolitik. Den har ganske vist i svarskriftet henvist til to tilfælde, hvor der i beslutningen konstateres afvigelser fra den fælles adfærd (i Det Forenede Kongerige i 2000 og 2001, betragtning 74, og i Tyskland, hvor der var tale om en langsommere udvikling for et af de store selskabers vedkommende, betragtning 88). Det fremgår imidlertid ikke af beslutningen, at disse tilfælde blev anset for overtrædelser af den fælles politik, men kun, at de blev anset for udtryk for, at der på det pågældende tidspunkt ikke var opnået parallelitet i priserne på et hvilket som helst tidspunkt.

471 For det andet kunne Kommissionen på Rettens spørgsmål under retsmødet om, hvilke undersøgelsesmæssige foranstaltninger der havde bragt den til at fastslå, at den ikke havde fundet noget bevis for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, endsige fremsat trusler om noget sådant, ikke henvise til nogen form for foranstaltning, som den havde gennemført eller iværksat i dette øjemed. Da Kommissionens undersøgelse desuden på tidspunktet for udarbejdelsen af meddelelsen af klagepunkter tog sigte på at klarlægge, om der fandtes troværdige disciplinære foranstaltninger, og ikke på, om der rent faktisk var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, og da Kommissionen først ændrede sin vurdering af fusionen efter høringen for Kommissionen, er det vanskeligt at se, hvornår og hvordan den effektivt kan have forsøgt at finde beviser for, at der er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger. Desuden fremgår det af sagens akter, at Kommissionen ikke foretog yderligere markedsundersøgelser efter høringen. De undersøgelsesmæssige foranstaltninger kunne derfor kun have bestået i at rette et spørgsmål til fusionsdeltagerne, hvilket Kommissionen ikke har forelagt Retten nogen dokumentation for, og fusionsdeltagerne ville uvægerligt have været lidet tilbøjelige til at forelægge Kommissionen beviser for, at de havde iværksat gengældelsesforanstaltninger.

472 Endelig kan Kommissionens argument om, at »klare beviser for, at de andre store selskaber havde iværksat gengældelsesforanstaltninger som reaktion på en »afvigelse« i forhold til de gennemsnitlige nettoprisers eller fakturarabatters normale

niveauer, kunne have udgjort en (om end, utvivlsomt, ikke afgørende) indikation for, at der forekom koordinering, på trods af vanskeligheden ved at påvise tilstrækkeligt klare koordineringsregler og tilstrækkeligt effektive måder, hvorpå det kunne kontrolleres, at reglerne blev overholdt«, ikke tiltrædes. Dels er denne bemærkning nemlig i strid med beslutningen, hvorefter »tegn på, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, nemlig kunne anses for at tyde på en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik« (betragtning 114 til beslutningen), og hvorefter »Kommissionen i denne sag ikke har fundet noget, der indikerer, at der tidligere er blevet grebet til sådanne midler eller fremsat sådanne trusler, hvilket ville have udgjort et bevis for, at der bestod en kollektiv dominerende stilling«. Dels svarer Kommissionens argumentation til at gøre gældende, at den undersøgelse, den foretog vedrørende gengældelsesforanstaltninger, var ufyldestgørende, eftersom selv »klare beviser for gengældelsesforanstaltninger« kun kunne have udgjort en »utvivlsomt ikke afgørende« indikation.

473 Det fremgår af det foranstående, at der er grundlag for sagsøgerens indsigelse om, at de i beslutningen indeholdte vurderinger vedrørende gengældelsesforanstaltninger er behæftet med en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn.

474 Da disse vurderinger, således som det bl.a. fremgår af betragtning 157 til beslutningen, udgør en væsentlig del af den begrundelse, beslutningen bygger på, må denne annulleres.

7. Konklusion vedrørende det første anbringende

475 Det følger af det foregående, at konstateringen af, at markederne for indspillet musik ikke er tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre en kollektiv dominerende stilling, ikke er begrundet i fornødent omfang og er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, eftersom de oplysninger, hvorpå den bygger, er ufuldstændige og ikke omfatter alle de relevante data, Kommissionen burde have taget i betragtning, og

ikke kan underbygge de konklusioner, som er blevet draget af dem. Da konstateringen, således som det fremgår af beslutningen, navnlig betragtning 157 til denne, og således som det er fremgået af forhandlingerne for Retten, udgør en væsentlig del af begrundelsen for Kommissionens fastslåelse i beslutningen af, at der ikke består en kollektiv dominerende stilling, må beslutningen annulleres alene af denne grund.

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

477 Endelig bemærkes ydermere, for så vidt som det måtte være nødvendigt, at ingen af de af intervenienterne fremsatte argumenter — således som det, eksplicit eller implicit, følger af de ovenstående betragtninger som helhed — kan rejse tvivl om disse konklusioner, og at flere af dem endog strider imod beslutningen.

478 Hvad for det første angår intervenienternes indledende bemærkninger er de enten allerede blevet forkastet eller irrelevante. At Kommissionen foretog en usædvanlig indgående undersøgelse, godtgør ikke i sig selv, at den rent faktisk indsamlede, bearbejdede og vurderede alle relevante oplysninger. Endvidere har intervenienterne i den forbindelse fremhævet, at de fra straks efter anmeldelsen fremkom med meget grundige oplysninger og forklaringer om musikbranchen i Europa. Det fremgår imidlertid af sagens akter, at Kommissionen på grundlag af disse og andre oplysninger, som den havde indsamlet på markedet gennem fem måneders undersøgelser, fastslog i meddelelsen af klagepunkter, at fusionen ville være uforenelig med fællesmarkedet, og at det først var efter fremsættelsen af parternes og deres økonomers argumenter under høringen den 14. og 15. juni 2004, at den ændrede sin vurdering og to uger senere fremsendte et udkast til beslutning til det rådgivende udvalg, hvori den godkendte fusionen. Det er ligeledes irrelevant, at konkurrencemyndigheder verden over har godkendt fusionen. Endelig må

argumentet om, at fusionen repræsenterer en konkurrencefremmende reaktion på musikbranchens tilbagegang, herunder navnlig faldet i salgsprisen for cd'er, ligeledes forkastes. Ikke alene bygger beslutningen nemlig ikke på en angivelig afvejning af forskellige fordele og ulemper ved fusionen, men intervenienternes argumenter om udviklingen i efterspørgslen forkastes også udtrykkeligt i betragtning 55-59 til beslutningen.

479 Hvad for det andet angår de af intervenienternes argumenter, der har til formål at bestride, at der er grundlag for sagsøgerens indsigelser vedrørende de salgsfremmende rabatter, den indbyrdes tilpasning af priserne eller gennemsigtigheden, er det tilstrækkeligt at bemærke, at de er sammenfaldende med dem, Kommissionen har fremsat, og at de blev forkastet ovenfor eller ikke kan tages i betragtning, fordi de udtrykkeligt strider imod, hvad der fastslås i beslutningen. Således afvises argumentet om, at priserne angiveligt ikke er blevet tilpasset til hinanden, og påstanden om, at en stor del af salget af de hundrede mest solgte plader sker til andre priser end de i beslutningen angivne officielle salgspriser, udtrykkeligt i beslutningen. På samme måde er påstanden om, at det ikke kommer til fuldt udtryk i de forsigtige formuleringer i beslutningen, hvor vægtige beviserne for manglen på tilstrækkelig gennemsigtighed er, irrelevant. Det tilkommer nemlig ikke Domstolen at tage stilling til, om fusionen vil være forenelig med fællesmarkedet, men at efterprøve lovligheden af konstateringerne i beslutningen. Desuden må det gentages, at intervenienternes påstande om, at de officielle salgspriser hverken er kendt eller tilgængelige, og at de almindelige rabatter er ikke tilstrækkeligt gennemsigtige, direkte strider imod, hvad der fastslås i beslutningen.

480 Endelig er det med hensyn til argumenterne om de forskellige aspekter, der ikke nævnes i beslutningen, tilstrækkeligt at bemærke, at de er irrelevante, eftersom Rettens prøvelse kun omfatter beslutningens lovlighed.

481 Retten finder det dog nødvendigt for fuldstændighedens skyld at behandle det andet anbringende.

III — *Det andet anbringende: dannelse af en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik*

A — *Sagsøgerens argumenter*

482 Sagsøgeren har bemærket, at Kommissionens behandling af, om fusionen ville skabe en kollektiv dominerende stilling, fylder mindre end en side. Kommissionen anfører, at mindskelsen af antallet af erhvervsdrivende på nogle oligopolistiske markeder kunne føre til, at de tilbageværende virksomheder kom til at indtage en kollektiv dominerende stilling, og at det hovedsageligt ville afhænge af markedsforholdene, om dette skete; Kommissionen angiver imidlertid ikke, hvilke afgørende forhold der er tale om, men indskrænker sig til at henvise til vurderingen af, om der består en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen, og fastslår i betragtning 157 til beslutningen, at den, navnlig med hensyn til gennemsigtighed og gengældelsesforanstaltninger, ikke fandt »tilstrækkelige beviser for, at mindskelsen af antallet af pladeselskaber fra fem til fire ville udgøre en tilstrækkeligt stor ændring til at gøre det sandsynligt, at der opstod en kollektiv dominerende stilling«.

1. Retlig fejl

483 Ifølge sagsøgeren begik Kommissionen fire retlige fejl i forbindelse med anvendelsen af kriterierne vedrørende kollektiv dominerende stilling.

a) Manglende analyse af den forventede situation

484 Kommissionen begik en retlig fejl ved anvendelsen af forordningen om kollektive dominerende stillinger ved ikke at foretage en analyse af den forventede situation med henblik på at klarlægge, om fusionen ville føre til, at der blev skabt en kollektiv dominerende stilling. Kriterierne for, om en fusion skaber en sådan stilling eller ej, er grundlæggende forskellige fra kriterierne for, om der allerede består en kollektiv dominerende stilling, idet de sidstnævnte kræver en retrospektiv undersøgelse, mens de førstnævnte kræver en undersøgelse af den fremtidige situation, der skal foretages i forhold til det niveau af konkurrence, som hersker på markedet før fusionen.

485 Det fremgår af dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, at det ved analysen af den forventede situation ikke kun er situationen i relation til en kollektiv dominerende stilling på det tidspunkt, hvor fusionen finder sted, der skal tages i betragtning; situationen skal ligeledes bedømmes dynamisk, navnlig for så vidt angår »dens interne sammenhæng og stabilitet, ligesom det skal bedømmes, hvorvidt den konkurrencebegrænsende parallelle adfærd, som transaktionen kan medføre, kan opretholdes på længere sigt«. Det fremgår imidlertid af betragtning 157 til beslutningen, at Kommissionen i stedet for at foretage den krævede særskilte analyse af den forventede situation nåede frem til sin konklusion på grundlag af det samme — retrospektive — bevismateriale, som den anvendte, da den nåede frem til, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen.

486 Den retrospektive vurdering er imidlertid ikke overbevisende. Kommissionen fastslog ganske vist, at »markederne for indspillet musik [udviste] en række kendetegn, som [var] fremmende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling« (betragtning 157 til beslutningen), men indskrænkede sig til blot at anføre,

at den ikke havde fundet tilstrækkelige beviser for, at den kollektive dominerende stilling allerede bestod; den burde derfor meget omhyggeligt have undersøgt enhver ændring af de faktorer, der ville øge muligheden for stiltiende karteller. Det eneste bevismateriale, Kommissionen undersøgte, var en rapport om, hvad der tidligere var sket, hvilket udgør implicit indrømmelse fra dens side af, at den ikke foretog nogen analyse af den forventede situation.

b) Gennemsigtighed

487 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ved undersøgelsen af, om der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling, begik en retlig fejl af de samme grunde som anført i forbindelse med det første anbringende, idet den anvendte et kriterium, hvorefter der skal herske fuldstændig gennemsigtighed på markedet, skønt det ifølge dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, kun skal undersøges, om markedet er tilstrækkeligt gennemsigtigt til at muliggøre koordinering af adfærd.

c) Afskrækkende foranstaltninger

488 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for, at den ikke foretog en analyse af den forventede situation for at klarlægge, om der fandtes disciplinære foranstaltninger, men baserede sig på de konklusioner, den i forbindelse med undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en allerede eksisterende kollektiv dominerende stilling ville blive styrket, var nået frem til ved fejlagtigt at lægge til grund, at der ikke var bevis for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, og at den på dette grundlag afviste ethvert argument om, at mindskelsen fra fem til fire store selskaber ville gøre det lettere at iværksætte gengældelsesforanstaltninger på markedet.

489 Inden for rammerne af den analyse af den forventede situation, Kommissionen burde have foretaget, burde konstateringen af, at der fandtes foranstaltninger, som kunne udgøre troværdige gengældelsesmuligheder for de store selskaber (betragtning 118 til beslutningen), være blevet anset for at være et tilstrækkeligt bevis, navnlig efter at antallet af store selskaber var blevet mindsket til fire.

d) Modvægte

490 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen begik en retlig fejl ved slet ikke at foretage nogen undersøgelse i relation til den tredje betingelse, der fastlægges i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, med henblik på at klarlægge, om der bestod en kollektiv dominerende stilling, nemlig om kunderne eller konkurrenter ville være i stand til gennem deres handlinger at true resultaterne af en fælles politik, der måtte blive indført af de store selskaber.

2. Tilsidesættelse af begrundelsespligten

491 Sagsøgeren har gjort gældende, at den analyse af den forventede situation, Kommissionen burde have foretaget for at klarlægge, om der var fare for, at der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling, indebærer en grundig undersøgelse af de relevante omstændigheder med hensyn til fusionens indvirkning på markedet. Imidlertid undersøgte Kommissionen dels end ikke muligheden for, at der ville opstå en kollektiv dominerende stilling, i meddelelsen af klagepunkter, dels er Kommissionens analyse i beslutningen hverken fremadskuende eller grundig. Kommissionen udledte af den omstændighed, at den ikke havde bevist, at der bestod en kollektiv dominerende stilling, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at en sådan stilling ville opstå i fremtiden.

492 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen burde have undersøgt følgende spørgsmål, hvis den havde foretaget den krævede analyse af den forventede situation:

— I hvilken udstrækning mindskelsen af antallet af store selskaber ville betyde:

— at de store selskaber blev mere indbyrdes afhængige som følge af mindskelsen af deres antal fra fem til fire

— at markedet, der efter alle anerkendte normer præges af koncentration før fusionen, blev langt mere præget af koncentration som følge af fusionen

— at koordineringen mellem de store selskaber blev endnu lettere at overvåge og at opretholde på længere sigt, og at prisgennemsigtigheden ligeledes blev endnu mere udtalt som følge af symmetrien, der ville gøre overvågningen lettere, herunder på det meget vigtige hitlistemarked

— at det blev lettere at finde et udgangspunkt for tilpasningen og at opretholde en fælles forståelse af, hvad der var i de store selskabers fælles interesse, på grund af deres mindskede antal

— at balancen mellem de langsigtede gevinster ved at være tilsluttet kartellet og de kortsigtede gevinster ved at sælge til lavere priser end konkurrenterne blev forrykket, når der var færre selskaber på markedet.

— I hvilken udstrækning der ville blive større symmetri på markedet i betragtning af, at Sony BMG med hensyn til størrelse og markedsandele ville være sammenligneligt med Universal, tæt fulgt af de to andre store selskaber EMI og Time Warner, hvis markedsandele ligeledes er symmetriske. Dette punkt er betydningsfuldt, fordi symmetri med hensyn til størrelse og markedsandele ville gøre det lettere at opretholde det stiltiende kartel. Sony BMG og Universal ville have en samlet markedsandel på 50% af verdensmarkedet for indspillet musik, og denne markedsandel ville være tæt på 60-70% af det meget vigtige hitlistemarked, hvis betydning Kommissionen ikke har undersøgt. Dette markedssegment er vigtigt både for den aktuelle konkurrence og som indikator for styrken på markedet på længere sigt, eftersom nyudgivelser bliver til katalogtitler.

— I hvilken udstrækning der ville blive større symmetri og mindre konkurrence, fordi de to store selskaber, der har opnået meget forskellige resultater i de senere år, ville være blevet til kun ét selskab.

— I hvilken udstrækning de disciplinære foranstaltninger ville blive mere effektive.

— I hvilken udstrækning de uafhængige selskaber ville blive endnu mere afhængige af de store selskaber, navnlig fordi antallet af nødvendige handelspartnere, som er til rådighed for de uafhængige selskaber, ville blive 20% mindre.

— I hvilken udstrækning eventuelle konkurrencemæssige modvægte mod de store selskaber ville blive svækket.

493 Kommissionen foretog ikke en detaljeret undersøgelse af nogen af disse spørgsmål, og dens fastslåelse af, at der ikke ville opstå en kollektiv dominerende stilling (betragtning 158 til den anfægtede beslutning), underbygges derfor enten ikke af noget ræsonnement eller af et åbenbart ufyldestgørende ræsonnement.

3. Åbenbart urigtigt skøn

494 Manglen på en analyse af den forventede situation udgør ligeledes en fejlvurdering. Kommissionen baserede sig på retrospektivt bevismateriale vedrørende den kollektive dominerende stilling forud for fusionen uden i detaljer at undersøge virkningerne af de forandringer, fusionen ville medføre. Desuden var dette angivelige bevismateriale allerede i sig selv fejlbehæftet af de grunde, der blev anført inden for rammerne af det første anbringende.

495 Sagsøgeren har bemærket, at Kommissionen ganske vist kort har angivet, at gennemsigtigheden ville blive øget, men at den ikke har givet nogen detaljerede oplysninger om, hvilket niveau der ville blive nået, eller hvilken virkning dette ville få, men kun henvist til, at der ikke er tilstrækkelige beviser. Kommissionen burde også have undersøgt, i hvilken udstrækning mindskelsen af antallet af erhvervsdrivende på markedet ville lette stiltiende karteller og gøre sådanne mere tillokkende, eftersom fortjenesterne ville skulle deles af færre selskaber. Kommissionen har hverken angivet, hvilke beviser den indsamlede, på hvilken måde det pågældende materiale er utilstrækkeligt, eller hvilke beviser der ville kræves.

496 Med hensyn til gengældelsesforanstaltninger bygger Kommissionens vurdering på retrospektivt bevismateriale, der omfatter en periode, om hvilken Kommissionen har hævdet, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen undersøgte ikke spørgsmålet om potentielle gengældelsesforanstaltninger efter fusionen.

497 Sagsøgeren har peget på, at Kommissionen stod i begreb med at fastslå, at der bestod en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen, men at den med urette fandt beviserne utilstrækkelige. At der blev draget den samme konklusion med hensyn til markedet efter fusionen, er udtryk for en åbenbar fejlvurdering.

498 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens konklusion navnlig er overraskende i betragtning af, at den fire år før havde fastslået, at EMI/Time Warner-fusionen ville føre til en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik (punkt 57 i meddelelsen af klagepunkter i denne sag, der er vedføjet som bilag A.13).

B — *Kommissionens argumenter*

1. Retlig fejl

a) Manglende analyse af den forventede situation

499 Kommissionen har gjort gældende, at der ikke er grundlag for sagsøgerens indsigelser om, at Kommissionen ikke foretog en analyse af den forventede situation og baserede sig på de samme retrospektive beviser som i sin undersøgelse af, om der bestod en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen, skønt kriterierne er grundlæggende forskellige. Kommissionen har indledningsvis gjort to principielle bemærkninger.

500 For det første må beslutninger vedrørende fusionskontrol altid bygge på en analyse af den forventede situation, idet beslutningen om, hvorvidt en fusion er forenelig med fællesmarkedet eller ej, afhænger af, hvilke ændringer den endnu ikke gennemførte fusion kan tænkes at forårsage på markedet (Kali & Salz-dommen, præmis 109-111). Derfor må analysen af den forventede situation i alle tilfælde bygge på et klart billede af konkurrenceforholdene forud for fusionen. Allerede indsamlet og vurderet bevismateriale vedrørende den aktuelle situation på markedet (der næppe kan betegnes som retrospektivt bevismateriale) er relevant som udgangspunkt for analysen.

501 For det andet skal der ved vurderingen af, om der aktuelt består en kollektiv dominerende stilling, undersøges de samme fire betingelser som ved vurderingen af, om der kan opstå en sådan dominerende stilling, nemlig om der foreligger indikationer for stiltiende koordinering, tilstrækkelig gennemsigtighed, risiko for repressalier og modvægte i form af konkurrenternes og kundernes reaktion (Rettens dom af 26.1.2005, sag T-193/02, Piau mod Kommissionen, Sml. II, s. 209, præmis 111). Når, som i det foreliggende tilfælde, et eller flere af de nævnte spørgsmål allerede er blevet besvaret benægtende i relation til den aktuelle situation, vil analysen af den forventede situation nødvendigvis tage sigte på at fastslå, om eller hvordan fusionen kunne føre til, at spørgsmålene ville kunne besvares bekræftende inden for en overskuelig fremtid.

502 Da den konklusion, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at der bestod en kollektiv dominerende stilling, i det væsentlige byggede på, at betingelsen om tilstrækkelig gennemsigtighed ikke var opfyldt, fokuserede Kommissionen primært på den indvirkning, fusionen ville få på denne parameter. Fusionen ville automatisk føre til en mindskelse, fra ti til seks, af antallet af bilaterale forbindelser, hvilket i princippet ville gøre overvågning lettere, men denne grundlæggende matematiske iagttagelse var ikke afgørende, først og fremmest fordi hindringer for gennemsigtighed ikke havde noget at gøre med antallet af store selskaber, der skulle overvåges, men bestod i kompleksiteten af det enkelte store pladeselskabers individuelle beslutninger om fastsættelse af nettoprisen for individuelle albummer med forskelligartet indhold og varierende grader af kommerciel succes over for individuelle kunder ved hjælp af en kombination af officielle salgspriser, almindelige rabatter og salgsfremmende rabatter. Med hensyn til fakturarabatter er det under alle omstændigheder mere sandsynligt, at de få oplysninger, som er til rådighed (og som hovedsagelig vedrører de almindelige rabatter), vil blive indhentet hos kunder, end at de vil blive indhentet hos andre store selskaber, og fusionen vil ikke ændre de tilbageværende store selskabers forhold til kundekredsen, som fusionen ikke vil ændre. Det var derfor, at Kommissionen drog den — fremadskuende — konklusion, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at den ændring af markedets struktur, som

fusionen ville medføre, ville fremme gennemsigtigheden i en sådan grad, at det niveau af gennemsigtighed, der kræves, for at der kan skabes en kollektiv dominerende stilling, ville blive nået (betragtning 157 in fine til beslutningen).

503 Kommissionen har gjort gældende, at ovennævnte punkter udgør en tilstrækkelig undersøgelse af de kumulative betingelser for, at der kan skabes en kollektiv dominerende stilling.

b) Gennemsigtighed

504 Da sagsøgerens argument blot er en gentagelse af det, der blev fremført inden for rammerne af det første anbringende, er der heller ikke grundlag for det i denne forbindelse.

c) Afskrækkende foranstaltninger og modvægte

505 Selv om Kommissionen i betragtning 157 til beslutningen havde fundet, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at fusionen ville gøre det lettere at iværksætte gengældelsesforanstaltninger, tog den ikke endelig stilling til dette punkt som en del af grundlaget for sin vurdering. Da den nemlig havde draget den konklusion, at den ikke rådede over beviser for, at prisfastsættelsen ville være tilstrækkeligt gennemsigtig til at muliggøre effektiv overvågning, var der ikke længere nødvendigt at undersøge hverken spørgsmålet om gengældelsesforanstaltninger eller spørgsmålet om styrken af modvægte i forbindelse med undersøgelsen af, om der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling, i stedet for i forbindelse med undersøgelsen af, om en sådan stilling ville blive styrket.

2. Tilsidesættelse af begrundelsespligten

506 Kommissionen har gjort gældende, at størstedelen af den kritik, sagsøgeren har fremsat, ikke har noget at gøre med manglende begrundelse. At Kommissionen angiveligt ikke tog forskellige faktorer i betragtning, vedrører lovligheden af vurderingen og ikke begrundelsen. Når Kommissionen ikke var nået til en konklusion på visse punkter, var den heller ikke forpligtet til at angive en begrundelse for denne ikke-eksisterende konklusion.

507 Sagsøgerens forsøg på, på et fremskredent trin af sagen, at ændre sin søgsmålsgrund fra en, der vedrører formaliteten (mangel på begrundelse), til en, der vedrører realiteten (retlig fejl eller åbenbart urigtigt skøn), er ikke acceptabelt, og den åbenlyse irrelevans for gennemførelsen af artikel 253 EF af de argumenter, sagsøgeren har fremført i denne forbindelse, giver tilstrækkeligt grundlag for at afvise dette annullationsanbringende.

508 Kommissionen har derfor kun rent subsidiært forholdt sig til de pågældende argumenter.

509 Med hensyn til sagsøgerens påstand om, at analysen skal være detaljeret, har Kommissionen henvist til de bemærkninger, den har fremsat i forbindelse med det foregående anbringende.

510 At Kommissionen ikke i meddelelsen af klagepunkter beskæftigede sig med muligheden for, at der kunne skabes en kollektiv dominerende stilling, har ikke

noget at gøre med, om den i beslutningen angivne begrundelse er tilstrækkelig. Med hensyn til Kommissionens angivelige antagelse af, at den ikke rådede over tilstrækkelige beviser til at videreudvikle sine konklusioner, hvorefter der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling, har Kommissionen henvist til diskussionen om beskaffenheden af analysen af den forventede situation.

511 Forøgelsen af graden af koncentration på markederne for indspillet musik og af markedsandelenes grad af symmetri samt en eventuel større indbyrdes afhængighed vil ikke i større grad bidrage til at fjerne de hindringer for en koordinering, der blev opregnet i vurderingen af, om der aktuelt bestod en kollektiv dominerende stilling, nemlig kompleksiteten og manglen på beviser for, at processen i forbindelse med fastsættelse af priserne for individuelle albummer (officiel salgspris plus almindelig rabat plus salgsfremmende rabat), over for individuelle kunder og gennem tiden som helhed er tilstrækkeligt gennemsigtig.

512 Om end større koncentration på markedet teoretisk set kan ændre tilskyndelserne til at følge en fælles adfærd, vil en sådan i det foreliggende tilfælde ikke have nogen mærkbar indvirkning på den grundlæggende hindring, der består i, at de virksomheder, som tilsammen udgør et oligopol, ikke kan opdage, og følgelig straffe og tilskynde til at afstå fra, afvigelser. På grund af manglen på tilstrækkelig gennemsigtighed kan de store selskaber ikke være sikre på, at et af dem ikke vil forsøge at drage nytte af såvel de langsigtede fordele ved stiltiende koordinering som de kortsigtede fordele ved at tilbyde lavere priser end konkurrenternes, og denne usikkerhed gør en stiltiende koordinering ustabil og umulig at opretholde.

513 Sagsøgerens bemærkninger om symmetri bør ligeledes forkastes, da det ikke er klart, at der er en forbindelse mellem symmetri og gennemsigtighed.

514 Endelig vedrører sagsøgerens øvrige argumenter hovedsagelig den anden og den tredje kumulative betingelse for, at der kan bestå en varig kollektiv dominerende stilling. Det påhvilede ikke Kommissionen at tage stilling til, om de nævnte

betingelser var opfyldt, idet den havde fastslået, at der ikke var tilstrækkelige beviser for, at den første betingelse var det.

3. Åbenbart urigtigt skøn

515 Sagsøgerens påstande vedrørende den manglende vurdering af den fremtidige situation må forkastes af de grunde, der blev angivet i afsnittet om retlige fejl.

516 Sagsøgerens argumenter om de tilskyndelser, der ville få de virksomheder, som tilsammen udgør et oligopol, til at anlægge en fælles adfærd, må ligeledes forkastes, fordi der derved ses bort fra, at der ikke er tilstrækkelig gennemsigtighed.

517 Sagsøgeren ser ved sin opfattelse, hvorefter det forhold, at mindskelsen af antallet af store selskaber ud fra en generel betragtning ville øge sandsynligheden for stiltiende koordinering, burde have bragt Kommissionen til at fastslå, at der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling, medmindre fusionen udviste andre karakteristika, der gjorde en stiltiende koordinering mindre sandsynlig, fuldstændig bort fra, at de forskellige betingelser for, at der kan bestå en varig kollektiv dominerende stilling, er særskilte i forhold til hinanden. En forøgelse af graden af koncentration på de relevante markeder skal ikke medføre en tilsvarende sænkning af beviskravene for så vidt angår den særskilte betingelse om tilstrækkelig gennemsigtighed, medmindre det påvises, at den forøgede koncentration mærkbart vil ændre den vurdering, der skal foretages i relation til denne betingelse.

518 Endelig har Kommissionen bemærket, at beslutningens lovlighed ikke skal bedømmes på grundlag af de foreløbige konklusioner i de to meddelelser af klagepunkter, hvoraf den ene blev udfærdiget for fire år siden i en anden sag.

C — *Intervenienternes argumenter*

519 Intervenienterne har gjort gældende, at beslutningen om at indlede undersøgelsens anden fase viser, at Kommissionen fra første færd behandlede såvel muligheden for, at der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling, som muligheden for, at en sådan stilling ville blive styrket. Kommissionen fokuserede med rette på markedets iboende kendetegn, herunder navnlig på spørgsmålet om, hvorvidt priserne var tilstrækkeligt gennemsigtige til at muliggøre stiltiende koordinering (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 227). Da markedets kendetegn med hensyn til priser ikke underbyggede den konklusion, at der tidligere havde fundet en samordning sted, fastslog Kommissionen korrekt, at mindskelsen af antallet af store selskaber fra fem til fire ikke ville være tilstrækkelig til at overvinde de materielle hindringer for en stiltiende samordning (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 75 og 76).

520 Markedets kendetegn ville være uforenelige med stiltiende koordinering af såvel priserne som de øvrige faktorer (antal, originalitet, kreativitet, nyudgivelsernes kulturelle forskelligartethed, indgåelse af kontrakter med kunstnerne). Blandt disse faktorer har intervenienterne gjort gældende, at indspillet musik er et heterogent produkt, at de store selskaber har en stærk tilskyndelse til at maksimere salget af »hits«, at beslutninger om priser og rabatter tilpasses hver enkelt albumudgivelse, både når albummet sendes på markedet, gennem dets levetid og over for den enkelte detailhandler, at pladeselskaberne ved udgivelsen og gennem tiden underkaster de officielle salgspriser et skøn, som afspejler markedsføringspersonalets subjektive vurdering, at samtlige selskaber yder forskellige rabatter og godtgørelser, som ikke kendes af konkurrenterne, og som varierer fra tidspunkt til tidspunkt, fra album til album og fra detailhandler til detailhandler, og, endelig, at der, da rabatterne er uforudsigelige og usynlige, intet pålideligt kan udledes ved at iagttage de officielle

salgspriser, hvorfor en koordinering af de officielle salgspriser ikke ville have nogen indvirkning på de faktiske priser, selv hvis den fandt sted (jf. også bilag C.4, s. 6).

D — *Rettens bemærkninger*

521 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at fastslåelsen af, at fusionen ikke vil føre til, at der skabes en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik, ikke er tilstrækkeligt begrundet og behæftet med et åbenbart urigtigt skøn og en retlig fejl.

522 Det bemærkes, at Kommissionen ved undersøgelsen af, om der er fare for, at der opstår en kollektiv dominerende stilling, »på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet [skal] vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne« (Kali & Salz-dommen, præmis 221, dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 163, og i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 59). Den analyse af den forventede situation, Kommissionen skal foretage inden for rammerne af fusionskontrollen for så vidt angår spørgsmålet om en kollektiv dominerende stilling, »forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet« (Kali & Salz-dommen, præmis 222, og dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63).

523 Det gælder så meget mere, som »der ikke er tale om en vurdering af begivenheder, der har fundet sted i fortiden, hvorom man ofte har adgang til adskillige oplysninger, der bidrager til forståelsen af årsagerne, og heller ikke en vurdering af nutidige begivenheder, men derimod tale om at forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden, hvis der ikke vedtages en beslutning om forbud eller en præcisering af betingelserne for fusionen« (dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 42). Derfor »[forudsætter en] sådan analyse [...] at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder, med henblik på at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund« (dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 43).

524 Det er på baggrund af disse betragtninger, at det skal undersøges, om Kommissionen har vurderet risikoen for, at der opstår en kollektiv dominerende stilling, korrekt.

525 Det bemærkes indledningsvis, at dette spørgsmål behandles særdeles kortfattet i beslutningen.

526 Kommissionen anfører i betragtning 156, at »det hovedsageligt afhænger af markedets karakter, om fusionen i det foreliggende tilfælde vil føre til, at der opstår en kollektiv dominerende stilling«.

527 Kommissionens vurdering af spørgsmålet begrænser sig til følgende betragtninger i betragtning 157 til beslutningen, som er affattet således:

»Således som vurderingen af, om der vil blive styrket en kollektiv dominerende stilling, har vist, kan det ikke udledes af den grad af parallelitet, som det kan konstateres, at gennemsnitspriserne udviser, at de store pladeselskaber i øjeblikket indtager en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik. Mindskelsen af antallet af store pladeselskaber fra fem til fire vil øge gennem-

sigtigheden, fordi antallet af bilaterale konkurrencemæssige forbindelser falder fra ti til seks. Det vil i princippet gøre det lettere at overvåge det pågældende marked. Som beskrevet i afsnittet om styrkelse af en kollektiv dominerende stilling, udviser markederne for indspillet musik en række kendetegn, som kunne give grund til at antage, at der foreligger betingelser, som er fremmende for tilstedeværelsen af en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen har imidlertid ikke fundet tilstrækkelige beviser for, at de fem store pladeselskaber tidligere har indtaget en kollektiv dominerende stilling; det skyldes navnlig de fastslåede mangler på reel gennemsigtighed, produktets delvis heterogene kendetegn og manglen på beviser for, at der tidligere er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger. Med hensyn til, om de store pladeselskaber vil komme til at indtage en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik, har Kommissionen under hensyntagen til, at det som helhed vil blive lettere for de fire tilbageværende aktører at foretage en koordinering, ikke fundet tilstrækkelige beviser for, at mindskelsen af antallet af pladeselskaber fra fem til fire vil udgøre en tilstrækkeligt stor ændring til at gøre det sandsynligt, at der opstår en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen har bl.a. ikke fundet tilstrækkelige beviser for, at ændringen fra fem til fire store pladeselskaber vil øge gennemsigtigheden og lette iværksættelsen af gengældelsesforanstaltninger i en sådan grad, at det må forventes, at de tilbageværende fire store pladeselskaber kommer til at indtage en kollektiv dominerende stilling.«

528 Kommissionens forpligtelse til at foretage en analyse af den forventede situation og en omhyggelig undersøgelse af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet, opfyldes ikke ved disse få meget overfladiske, for ikke at sige rent formelle, betragtninger, navnlig når fusionen rejser alvorlige spørgsmål som i det foreliggende tilfælde. Uanset Rettens bedømmelse af det første anbringende følger det nemlig både af den omstændighed, at Kommissionen måtte foretage en omfattende udredning i beslutningen, inden den kunne fastslå, at der ikke bestod en kollektiv dominerende stilling forud for fusionen, og af det forhold, at den i meddelelsen af klagepunkter, efter fem måneders undersøgelse, havde fastslået, at der bestod en sådan stilling inden fusionen, at spørgsmålet om, hvorvidt fusionen af to af de fem store selskaber kan føre til dannelsen af en kollektiv dominerende stilling, så meget desto mere kræver en indgående undersøgelse. Da der ikke er blevet foretaget en sådan undersøgelse, er der alene derfor grundlag for det andet anbringende.

529 For fuldstændighedens skyld skal Retten dog også undersøge, om konstateringerne vedrørende gennemsigtighed og gengældelsesforanstaltninger tillige er behæftet med en retlig fejl eller en fejlvurdering.

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

531 Med hensyn til gennemsigtighed bemærkes indledningsvis, at det blev fastslået i forbindelse med det første anbringende, at Kommissionens konstatering, hvorefter de salgsfremmende rabatter mindsker gennemsigtigheden så meget, at det er til hinder for, at der kan bestå en kollektiv dominerende stilling, ikke er tilstrækkeligt begrundet og behæftet med åbenbart urigtige skøn.

532 Ved vurderingen af faren for, at der ville opstå en kollektiv dominerende stilling, kunne Kommissionen ikke udelukkende lægge den bestående situation til grund, men var forpligtet til at foretage en analyse af den forventede situation og tage hensyn til de ændringer, fusionen ville medføre. Endvidere nævnes i den forbindelse i betragtning 157 til beslutningen, om end mildt sagt lakonisk, at det som helhed vil blive lettere for de fire tilbageværende aktører at foretage en koordinering. Beslutningen indeholder imidlertid ikke nogen undersøgelse af, om fusionen, navnlig fordi den indebærer en mindskelse at antallet af albummer, der skal overvåges, ikke vil gøre markedet tilstrækkeligt gennemsigtigt til at gøre det muligt for en kollektiv dominerende stilling at udvikle sig. Desuden bemærkes hvad dette angår, at Kommissionen fastslog følgende i meddelelsen af klagepunkter:

»Den påtænkte fusion vil gøre det lettere at overvåge koordineringen af priserne, fordi hvert enkelt stort selskab kun vil skulle tage hensyn til tre andre store selskabers adfærd med hensyn til priser. Som følge heraf vil de officielle salgspriser for størstedelen af de mest solgte albummers vedkommende i endnu højere grad samle sig inden for et meget smalt prisspænd. Rabatterne vil også blive mere gennemsigtige, fordi de store selskaber under deres besøg i butikkerne og deres kontakter med detailhandlerne kun vil skulle overvåge de tre andre store selskaber.«

533 Bemærkningerne vedrørende gennemsigtigheden kan derfor ikke underbygge den vurdering, at der ikke er fare for, at fusionen fører til, at der opstår en kollektiv dominerende stilling.

534 Med hensyn til gengældelsesforanstaltninger bemærkes indledningsvis, at Kommissionens oplysning i svarskriftet om, at den ikke tog stilling til, om de forskellige mulige gengældelsesmekanismer ville være tilstrækkelige, og at dens vurdering ikke omfattede dette aspekt, ikke er i overensstemmelse med beslutningen, således som det fremgår af betragtning 157 til denne.

535 Kommissionens og intervenienternes argumentation om, at det ikke var nødvendigt at undersøge spørgsmålet om gengældelsesforanstaltninger, efter at Kommissionen havde fastslået, at den ikke rådede over beviser for, at prisfastsættelsen ville være tilstrækkeligt gennemsigtig til at muliggøre effektiv overvågning, må ligeledes forkastes, da mangel på gengældelsesforanstaltninger udtrykkeligt indgår i grundlaget for beslutningen, og da Retten ikke kan lade sin vurdering træde i stedet for Kommissionens og berigtige beslutningen. Under alle omstændigheder kan argumentationen ikke tiltrædes, da det er blevet fastslået, at konstateringen af, at

markedet ikke er tilstrækkeligt gennemsigtigt, og, så meget mere, konstateringen af, at det ikke vil blive tilstrækkeligt gennemsigtigt som følge af fusionen, ikke er begrundet i fornødent omfang og er behæftet med en åbenbar fejlvurdering.

536 Endvidere bemærkes, at Kommissionen i beslutningen indskrænkede sig til at henvise til den undersøgelse, den havde foretaget af, om der bestod en kollektiv dominerende stilling, og til at anføre, at den ikke havde fundet tilstrækkelige beviser for, at fusionen ville »gøre det lettere at iværksætte gengældelsesforanstaltninger i en sådan grad, at det [måtte] forventes, at de tilbageværende fire store pladeselskaber [ville komme] til at indtage en kollektiv dominerende stilling«.

537 Således som det er fremgået af det første anbringende, fokuserede Kommissionen imidlertid i forbindelse med denne undersøgelse ikke på at klarlægge, om der fandtes effektive disciplinære foranstaltninger, men på at søge efter beviser for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger. Denne fremgangsmåde beror under alle omstændigheder på en fejlfortolkning af den i dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, nævnt i præmis 45 ovenfor, angivne betingelse om, at det skal undersøges, om der vil blive skabt en kollektiv dominerende stilling, eftersom fastslåelsen heraf skal bygge på en analyse af den forventede situation. Det er nemlig klart, at det i den forbindelse ikke kan udgøre en gyldig prøve at søge efter beviser for, at der tidligere er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, eftersom betingelsen udmærket kan være opfyldt, selv om der ikke tidligere er blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger. Da vurderingen af faren for, at der opstår en kollektiv dominerende stilling som følge af en fusion pr. definition ikke kan baseres på, om der tidligere er forekommet en fælles politik, er kriteriet om manglende tidligere iværksættelse af gengældelsesforanstaltninger irrelevant. Beslutningen er følgelig behæftet med en fejl på dette punkt.

538 Endvidere fremgår det af beslutningen og sagens akter, at der i det foreliggende tilfælde rent faktisk synes at findes sådanne troværdige og effektive disciplinære

foranstaltninger, navnlig muligheden for at iværksætte sanktioner over for det afvigende pladeselskab ved at udelukke det fra kompilationer. I meddelelsen af klagepunkter fastslog Kommissionen således klart, at denne disciplinære foranstaltning var effektiv, og det forklares ikke i beslutningen, hvorfor det alligevel ikke forholder sig således. Tværtimod bekræfter vurderingerne i betragtning 115-118 til beslutningen, at denne disciplinære foranstaltning er effektiv. Kommissionen anførte således i betragtning 117 til beslutningen, efter i betragtning 115 og 116 at have fremhævet den økonomiske betydning af kompilationer med deltagelse af flere kunstnere eller plademærker, som repræsenterer omkring 15-20% af det samlede marked for indspillet musik, og understreget, at det synes at være af central betydning for en kompilations succes, at der på albummet optræder kunstnere fra mere end ét pladeselskab, at de store pladeselskaber »i tilfælde af, at et af dem gør sig skyldig i vedvarende »afvigelser«, derfor kan udelukke det pågældende selskab fra nye joint ventures, nægte det ret til at anvende deres titler i kompilationer eller endog bringe eksisterende joint ventures til ophør«. Endelig angav Kommissionen i betragtning 188 til beslutningen, at den dog ikke havde fundet noget bevis for, at andre store pladeselskaber allerede var blevet udelukket fra et joint venture vedrørende kompilation, eller tegn på, at der var blevet fremsat trusler om noget sådant, idet den dog tilføjede, at sådanne foranstaltninger »generelt kunne udgøre troværdige gengældelsesforanstaltninger [...] på markedet for indspillet musik«.

539 Kommissionen kunne derfor ikke uden at begå en fejl udlede af manglen på beviser for, at der tidligere var blevet iværksat gengældelsesforanstaltninger, at der ikke var fare for, at fusionen førte til, at der blev skabt en kollektiv dominerende stilling.

540 Desuden henvises der, som fastslået i forbindelse med det første anbringende, ikke i beslutningen til et eneste tilfælde, hvor et stort selskab har fraveget den fælles prispolitik, uden at dette har medført, at der er blevet iværksat en gengældelsesforanstaltning, og Kommissionen kunne, da Retten udspurgte den herom, ikke henvise til nogen form for undersøgelse, som den havde foretaget, og som den havde lagt til grund for sin fastslåelse af, at den intet havde fundet, der viste, at der tidligere var blevet iværksat eller fremsat trusler om gengældelsesforanstaltninger.

541 Det følger af det foranstående, at der ligeledes er grundlag for det andet annullationsanbringende.

IV — *Generel konklusion*

542 Det følger af de ovenstående betragtninger som helhed, at der er grundlag for det første og det andet anbringende, idet beslutningen er behæftet dels med en utilstrækkelig begrundelse, dels med et åbenbart urigtigt skøn, eftersom de oplysninger, den bygger på, ikke udgør alle de relevante data, der skal tages i betragtning, og ikke er tilstrækkelige til at underbygge de konklusioner, som er draget af dem.

543 Beslutningen må følgelig annulleres, idet det er ufornødent at behandle anbringendet om styrkelse eller skabelse af en kollektiv dominerende stilling på engrosmarkedet for licenser til onlinemusik og anbringendet om koordinering af fusionsdeltagernes respektive aktiviteter inden for musikudgivelse.

Sagens omkostninger

544 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Retten kan dog ifølge reglementets artikel 87, stk. 3, fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde. Endelig kan Retten ifølge reglementets artikel 87, stk. 4, bestemme, at intervenienter skal bære deres egne omkostninger.

545 I den foreliggende sag må beslutningen annulleres, og sagsøgeren har nedlagt påstand om, at Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger. Der skal dog også tages hensyn til følgende omstændigheder.

546 Hvad sagsøgeren angår har sammenslutningen ihærdigt krævet, at sagen på trods af dens kompleksitet, som Kommissionen med rette har fremhævet, blev behandlet efter en hasteprocedure, men ikke handlet i overensstemmelse hermed, skønt Retten i sin beslutning om at tage begæringen om en hasteprocedure til følge udtrykkeligt anførte, at beslutningen kunne ændres på baggrund af udviklingen i sagen. Skønt Retten derfor kunne have bragt hasteproceduren til ophør, måtte der tages hensyn til sagens presserende karakter ud fra en objektiv betragtning og de betydelige bestræbelser, de øvrige parter allerede havde udfoldet, hvilket gjorde det stadig mindre passende at benytte denne mulighed, efterhånden som sagen skred frem. Sagsøgeren udviklede imidlertid gennem de forskellige trin i sagen en holdning, der var lidet forenelig med hasteprocedurens ånd og bogstav.

547 For det første overskred stævningens omfang og antallet af anbringender og argumenter i stor udstrækning de anbefalede betingelser for behandling efter hasteproceduren, og sagsøgeren fremkom hverken med en forkortet udgave af stævningen eller frafaldt visse anbringender.

548 Skønt, for det andet, forhandlingerne om den foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der skulle give adgang til visse fortrolige dokumenter og oplysninger, netop var blevet afsluttet, og foranstaltningen var blevet endeligt udformet i samarbejde med Kommissionen, intervenienterne og Retten, såvel gennem udveksling af en række noter som under et uformelt møde for Retten, fremsatte sagsøgeren en begæring om ændring af foranstaltningen, hvilket medførte betydelige indvendinger fra de øvrige parter, indtil sagsøgeren til sidst trak begæringen tilbage.

549 Efter, for det tredje, at sagsøgeren havde indgivet begæring om at måtte indgive et indlæg, hvori sagsøgeren udtalte sig om det bevismateriale, Kommissionen havde fremlagt som bilag til svarskriftet, og fået tilladelse dertil — hvilket er usædvanligt inden for rammerne af en hasteprocedure — modsatte sagsøgeren sig med urette, at Kommissionen i overensstemmelse med princippet om iagttagelse af retten til kontradiktion indgav supplerende bemærkninger som svar på indlægget.

550 For det fjerde angav sagsøgeren efter at have krævet et hurtigt retsmøde, at sagsøgeren ikke kunne deltage på nogen af de fire tidspunkter, Retten havde foreslået, og forsinkede dermed afholdelsen af retsmødet med flere måneder.

551 Efter, for det femte, helt undtagelsesvis at have fået tilladelse til at indgive indlæg efter retsmødet på betingelse af, at indlæggene nøje begrænsede sig til kun at vedrøre Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål, indgav sagsøgeren, således som Kommissionen med rette har påpeget, et indlæg på over 50 sider, bilag ikke medregnet, hvori sagsøgeren fremkom dels med talrige argumenter og et stort bevismateriale, som ikke havde noget at gøre med de nævnte spørgsmål, dels med nye argumenter og nyt bevismateriale.

552 Skønt, endvidere, sagsøgeren har fået medhold med hensyn til spørgsmålet om en kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik, er sagsøgerens påstande om, at det bevismateriale, Kommissionen fremlagde som bilag til svarskriftet, blev udelukket af sagens akter, blevet forkastet. Desuden er der ikke grundlag for sagsøgerens påstande om Sonys angivelige individuelle dominerende stilling på markederne for distribution af onlinemusik, om så blot fordi

SonyConnect ikke havde nogen markedsandel, da beslutningen blev vedtaget, mens andre aktører, bl.a. Apple, allerede indtog en betydningsfuld stilling.

553 Hvad Kommissionen angår er det beklageligt, at dens bemærkninger på flere punkter her afveget, undertiden ret betydeligt, fra vurderingerne i beslutningen og derfor gentagne gange har nødsaget sagsøgeren og Retten til at efterprøve dem, hvilket ikke er normalt. F.eks. stemmer bemærkningerne om, at Kommissionen ikke kunne fastslå, at den gengældelsesmekanisme, der består i at udelukke et medlem, som afviger fra den fælles politik, fra deltagelse i kompilationer, var en troværdig mekanisme, fordi den kunne medføre tab af fortjenesten ved sådanne, eller om, at den ikke tog stilling til spørgsmålet om gengældelsesforanstaltninger, klart ikke overens med de omtalte konklusioner i betragtning 115-118 til beslutningen, hvori Kommissionen tværtimod fastslår, at denne gengældelsesmekanisme er effektiv (således som det i øvrigt udtrykkeligt blev fastslået i punkt 128-132 i meddelelsen af klagepunkter), men tilføjer, at den ikke har fundet beviser for, at den er blevet anvendt. På samme måde stemmer Kommissionens bemærkning om, at den fastslår i betragtning 169 til beslutningen, at der på grund af manglen på alment kendte engrospriser for licenser kun hersker begrænset gennemsigtighed på markedet for onlinemusik, ikke overens med den bemærkning, der ligeledes findes i beslutningen, om, at der »under alle omstændigheder er større gennemsigtighed på markedet for onlinemusik end på det traditionelle marked for indspillet musik«.

554 På baggrund af det foranstående finder Retten under hensyn til sagens omstændigheder, at Kommissionen bør bære sine egne omkostninger og betale tre fjerdedele af sagsøgerens omkostninger, og at intervenienterne bør bære deres egne omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 87, stk. 4.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

1) Kommissionens beslutning K(2004) 2815 af 19. juli 2004, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag nr. COMP/ M. 3333 — Sony/BMG), annulleres.

2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer sine egne omkostninger og betaler tre fjerdedele af sagsøgerens omkostninger.

3) Sagsøgeren bærer en fjerdedel af sine egne omkostninger.

4) Intervenienterne bærer deres egne omkostninger.

Jaeger Azizi Cremona

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. juli 2006.

E. Coulon M. Jaeger

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 2300

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 2303

Retlige bemærkninger ..... II - 2307

I — Bevismateriale bilagt svarskriftet ..... II - 2308

A — Parternes argumenter ..... II - 2308

B — Rettens bemærkninger ..... II - 2309

II — Første anbringende: styrkelse af en eksisterende kollektiv dominerende stilling på markedet for indspillet musik ..... II - 2311

A — Sagsøgerens argumenter ..... II - 2312

1. Første led ..... II - 2312

a) Tilsidesættelse af begrundelsespligten ..... II - 2313

Produktets homogenitet ..... II - 2314

Gennemsigtighed ..... II - 2314

Afskrækkende foranstaltninger ..... II - 2315

Modvægte ..... II - 2315

b) Åbenbart urigtigt skøn ..... II - 2316

Produktets homogenitet ..... II - 2316

Gennemsigtighed ..... II - 2317

— Generel argumentation ..... II - 2317

— Generelle bemærkninger angående det nye bevismateriale .... II - 2320

— Individuel behandling af de enkelte dele af bevismaterialet ... II - 2324

Afskrækkende foranstaltninger ..... II - 2333

Modvægte ..... II - 2333

Mangel på en reel undersøgelse af den fælles politik ..... II - 2334

c) Forkert anvendelse af reglerne om kollektive dominerende stillinger II - 2335

2 Andet led ..... II - 2336

B — Kommissionens argumenter ..... II - 2337

1. Kommissionens beslutning og det bevismateriale, der danner grundlag for den ..... II - 2337

a) Baggrunden ..... II - 2337

b) De fem store markeder (Tyskland, Det Forenede Kongerige, Frankrig, Italien og Spanien) ..... II - 2338

Indbyrdes tilpasning af de gennemsnitlige nettopriser og de officielle salgspriser ..... II - 2338

Kompleksitet og officielle salgspriser ..... II - 2339

Indbyrdes tilpasning af rabatterne og disses kompleksitet ..... II - 2341

Rabatternes gennemsigtighed ..... II - 2350

Strukturelle forbindelser ..... II - 2353

Gengældelsesforanstaltninger ..... II - 2354

c) Andre medlemsstater ..... II - 2355

2. Fejlagtig fremstilling af beslutningen i stævningen ..... II - 2356

3. Første led ..... II - 2357

a) Tilsidesættelse af begrundelsespligten ..... II - 2357

Produktets homogenitet ..... II - 2359

Gennemsigtighed ..... II - 2360

Afskrækkende foranstaltninger ..... II - 2361

Modvægte ..... II - 2361

b) Åbenbar fejlvurdering og retlig fejl ..... II - 2362

Produktets homogenitet ..... II - 2363

Gennemsigtighed ..... II - 2363

Afskrækkende foranstaltninger og modvægte ..... II - 2373

Undersøgelsen af den fælles adfærd ..... II - 2373

4. Andet led ..... II - 2375

C — Intervenienternes argumenter ..... II - 2375

1. Indledende bemærkninger ..... II - 2375

2. Behandling af sagsøgerens argumenter ..... II - 2378

a) Salgsfremmende rabatter ..... II - 2378

b) Mangel på indbyrdes tilpasning ..... II - 2379

c) Mangel på gennemsigtighed ..... II - 2380

3. Aspekter, som ikke er omtalt i beslutningen ..... II - 2380

D — Rettens bemærkninger ..... II - 2381

1. Generelle betragtninger ..... II - 2381

2. Begrebet kollektiv dominerende stilling ..... II - 2382

3. Kommissionens beslutning ..... II - 2385

4. Gennemsigtighed ..... II - 2392

a) Indsigelsen om utilstrækkelig begrundelse ..... II - 2392

b) Indsigelsen om et åbenbart urigtigt skøn ..... II - 2407

Gennemsigtighedsfaktorer, hvortil der henvises i beslutningen. II - 2411

Faktorer, der skaber uigennemsigtighed på markedet ..... II - 2418

— De salgsfremmende rabatters uigennemsigtighed ..... II - 2430

— De salgsfremmende rabatters relevans ..... II - 2444

c) Konklusion vedrørende gennemsigtighed ..... II - 2453

5. Homogenitet ..... II - 2453

6. Gengældelsesforanstaltninger ..... II - 2454

7. Konklusion vedrørende det første anbringende ..... II - 2458

III — Det andet anbringende: dannelse af en kollektiv dominerende stilling på markederne for indspillet musik ..... II - 2461

A — Sagsøgerens argumenter ..... II - 2461

1. Retlig fejl ..... II - 2461

a) Manglende analyse af den forventede situation ..... II - 2462

b) Gennemsigtighed ..... II - 2463

c) Afskrækkende foranstaltninger ..... II - 2463

d) Modvægte ..... II - 2464

2. Tilsidesættelse af begrundelsespligten ..... II - 2464

3. Åbenbart urigtigt skøn ..... II - 2467

B — Kommissionens argumenter ..... II - 2468

1. Retlig fejl ..... II - 2468

a) Manglende analyse af den forventede situation ..... II - 2468

b) Gennemsigtighed ..... II - 2470

c) Afskrækkende foranstaltninger og modvægte ..... II - 2470

2. Tilsidesættelse af begrundelsespligten ..... II - 2471

3. Åbenbart urigtigt skøn ..... II - 2473

C — Intervenienternes argumenter ..... II - 2474

D — Rettens bemærkninger ..... II - 2475

IV – Generel konklusion ..... II - 2482

Sagens omkostninger ..... II - 2482