CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 13 december 2007 [1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 4963

II — Rechtskader ..... I - 4963

III — Achtergrond van het geding en procesverloop ..... I - 4966

A — De concentratie ..... I - 4966

B — Het vraagstuk van de collectieve machtspositie ..... I - 4967

C — Administratieve procedure en eerste goedkeuringsbeschikking van de Commissie ..... I - 4969

D — Procesverloop voor het Gerecht ..... I - 4970

E — Hogere voorziening ..... I - 4970

F — Nieuwe administratieve procedure en tweede goedkeuringsbeschikking van de Commissie ..... I - 4971

IV — Prealabele vragen voor het onderzoek van de hogere voorziening ..... I - 4972

A — Ontvankelijkheid van de afzonderlijke middelen ..... I - 4972

1. Ontvankelijkheid van het vijfde middel ..... I - 4973

2. Ontvankelijkheid van de overige middelen ..... I - 4974

3. Voorlopige conclusie ..... I - 4974

B — Geschiktheid van de hogere voorziening om het nagestreefde doel te bereiken .. I - 4975

1. Gesteld verzuim van rekwirantes om een beslissende passage van het bestreden arrest aan te vechten ..... I - 4975

2. Motivering van het bestreden arrest, die niet de gronden bevat waarop het dictum daarvan is gebaseerd ..... I - 4976

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3. Voorlopige conclusie ..... I - 4977

C — Voortbestaan van het procesbelang ..... I - 4977

V — Gegrondheid van de hogere voorziening ..... I - 4981

A — Onderzoeks- en motiveringsinspanning bij goedkeuringsbeschikkingen van de Commissie (eerste, tweede, derde en zesde middel) ..... I - 4982

1. Motivering van goedkeuringsbeschikkingen bij de controle op concentraties van ondernemingen (eerste en derde onderdeel van het zesde middel) ..... I - 4982

a) Aanvechtbaarheid van goedkeuringsbeschikkingen wegens ontoereikende motivering ..... I - 4983

b) Omvang van de motiveringsverplichting ..... I - 4985

— Bestreden arrest ..... I - 4986

— Beoordeling ..... I - 4987

c) Diversen ..... I - 4991

d) Voorlopige conclusie ..... I - 4993

2. Verwijzingen van het Gerecht naar de mededeling van de punten van bezwaar (eerste middel en tweede onderdeel van het zesde middel) ..... I - 4993

a) Algemene opvatting van het Gerecht inzake de verhouding tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar ..... I - 4994

— Bestreden arrest ..... I - 4994

— Beoordeling ..... I - 4994

b) Concrete verwijzingen van het Gerecht naar de mededeling van de punten van bezwaar ..... I - 4997

c) Voorlopige conclusie ..... I - 5002

3. Bewijskracht van de in antwoord op de punten van bezwaar aangevoerde feiten (tweede middel; eerste onderdeel van het derde middel) ..... I - 5002

a) Het bestreden arrest ..... I - 5002

b) Beoordeling ..... I - 5003

4. Eisen aan de bewijsvoering bij de goedkeuring van concentraties (tweede onderdeel van het derde middel) ..... I - 5006

a) Gestelde asymmetrie in eisen aan goedkeurings- en verbodsbeschikkingen in de concentratieverordening ..... I - 5007

— Concentratiebeschikkingen zijn gebaseerd op prognoses ..... I - 5007

— Symmetrie van de aan goedkeuringen en verboden gestelde eisen .. I - 5009

— Geen algemeen vermoeden van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt ..... I - 5011

— Voorlopige conclusie ..... I - 5013

b) In het onderhavige geval door het Gerecht aan de bewijsvoering gestelde eisen ..... I - 5013

c) Voorlopige conclusie ..... I - 5014

B — Grenzen van de vrijheid van het Gerecht om de feiten en bewijzen te beoordelen (vierde middel) ..... I - 5014

1. Beoordelingsvrijheid van de Commissie en de rechterlijke controle daarop .. I - 5015

a) Bestreden arrest ..... I - 5015

b) Beoordeling ..... I - 5016

2. Grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen ..... I - 5018

a) Punt 425 van het bestreden arrest ..... I - 5019

b) Punt 427 van het bestreden arrest ..... I - 5020

c) Punt 434 van het bestreden arrest ..... I - 5021

3. Voorlopige conclusie ..... I - 5022

C — Gebruik van vertrouwelijke informatie in het bestreden arrest (zevende middel) ..... I - 5023

D — Voorlopige conclusie ..... I - 5025

VI — Vermeende incidentele hogere voorziening ..... I - 5025

VII — Kosten ..... I - 5026

VIII — Conclusie ..... I - 5027

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak biedt de gelegenheid, de rechtspraak van het Hof betreffende de controle op concentraties van ondernemingen binnen de Gemeenschap, verder te ontwikkelen. In wezen gaat het daarbij om de — in de praktijk uiterst belangrijke — vraag welke onderzoeks- en motiveringsinspanning van de Commissie kan worden verlangd, wanneer zij een concentratie van ondernemingen *goedkeurt*.

2. De achtergrond van deze zaak is een procedure ter controle van concentraties van ondernemingen op de markten voor muziekopnames, onlinemuziek en muziekuitgeverijen. Het Bertelsmann- en het Sony-concern zijn eind 2003 overeengekomen om hun wereldwijde activiteiten inzake muziekopnames samen te voegen. Na oorspronkelijk te hebben getwijfeld, heeft de Commissie dit voornemen tot concentratie goedgekeurd bij beschikking van 19 juli 2004 [2] (hierna: „eerste goedkeuringsbeschikking").

3. De Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), een internationale vereniging naar Belgisch recht, waarbij 2 500 onafhankelijke muziekproducenten zijn aangesloten, heeft zich verzet tegen de concentratie. Op haar verzoek heeft het Gerecht van eerste aanleg (hierna ook: „Gerecht") de eerste goedkeuringsbeschikking bij arrest van 13 juli 2006 [3] (hierna: „bestreden arrest") nietig verklaard.

4. Bertelsmann en Sony hebben thans bij het Hof hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest. In wezen zijn rekwirantes van mening dat het Gerecht buitensporige juridische eisen heeft gesteld aan een goedkeuringsbeschikking van de Commissie, en de grenzen van de rechterlijke toetsing daarvan heeft overschreden.

5. Om te beginnen moet ik echter de vraag bespreken of rekwirantes hoe dan ook nog een procesbelang hebben, nu hun concentratie intussen — op 3 oktober 2007 — wederom door de Commissie is goedgekeurd.

II — Rechtskader

6. Het rechtskader van deze zaak wordt gevormd door verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „con-

2 — Beschikking 2005/188/EG van de Commissie van 19 juli 2004 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (Zaak nr. COMP/M.3333 — SONY/BMG, kennisgeving geschied onder nummer C(2004) 2815 (PB 2005, L 62, blz. 30).

3 — Arrest van het Gerecht van 13 juli 2006, Impala/Commissie (T-464/04, Jurispr. blz. II-2289).

centratieverordening") [4], zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97. [5]

7. Concentraties van communautaire dimensie in de zin van de concentratieverordening mogen niet tot stand worden gebracht en moeten bij de Commissie worden aangemeld (artikelen 4 en 7 van de concentratieverordening). Zij worden door de Commissie getoetst op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt (artikel 2, lid 1, van de concentratieverordening).

8. De goedkeuring of het verbod van een concentratie is afhankelijk van de vraag of zij een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd. Daartoe bepaalt artikel 2, leden 2 en 3, van de concentratieverordening het volgende:

„2. Concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, worden verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.

3. Concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, worden onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt."

9. De *procedure ter controle van concentraties van ondernemingen* bestaat uit twee fasen: in de eerste fase wordt enkel een voorlopig onderzoek verricht. Wanneer dit voorlopig onderzoek aanleiding geeft tot grote twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, dan volgt in de tweede fase een door de Commissie overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening in te leiden formele onderzoeksprocedure. [6]

10. De *beslissingsbevoegdheid* van de Commissie in de formele onderzoeksprocedure is in artikel 8 van de concentratieverordening als volgt vastgesteld:

„1. Elke procedure die is ingeleid overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, wordt overeenkomstig de leden 2 tot en met 5 van dit artikel bij beschikking afgesloten […].

4 — PB L 395, blz. 1; na rectificatie opnieuw gepubliceerd in PB 1990, L 257, blz. 13.

5 — Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 180, blz. 1, met rectificaties in PB 1998, L 3, blz. 16, en PB 1998, L 40, blz. 17).

6 — Wanneer een concentratie, zoals dat in de praktijk dikwijls het geval is, helemaal geen aanleiding geeft tot ernstige twijfel over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, dan wordt zij reeds op grond van het voorlopig onderzoek goedgekeurd, *zonder* dat er een formele procedure betreffende de controle op concentraties van ondernemingen wordt ingeleid. Overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van de concentratieverordening geeft de Commissie in dergelijke gevallen de *beschikking dat zij zich er niet tegen verzet* en verklaart zij de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

2. Indien de Commissie vaststelt dat een aangemelde concentratie, eventueel na door de betrokken ondernemingen gewijzigd te zijn, voldoet aan het in artikel 2, lid 2, gedefinieerde criterium, […] geeft zij een beschikking waarbij zij verklaart dat de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. […]

3. Als de Commissie vaststelt dat een concentratie aan het in artikel 2, lid 3, gedefinieerde criterium voldoet […], geeft zij een beschikking waarbij verklaard wordt dat de concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

[…]"

11. Voorafgaand aan een mogelijke verbodsbeschikking krachtens artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening worden de bij de concentratie betrokken ondernemingen gehoord. Te dien einde doet de Commissie hun schriftelijk *mededeling van haar punten van bezwaar*, waarover zij schriftelijk en eventueel ook mondeling hun standpunt kenbaar kunnen maken. Daartoe bepaalt artikel 18 van de concentratieverordening het volgende [7]:

„1. Alvorens de in […] artikel 8, […] leden 3, 4 en 5, […] bedoelde beschikkingen vast te stellen, stelt de Commissie de betrokken personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aanvoerde bezwaren in alle fasen van de procedure tot aan de raadpleging van het Raadgevend Comité kenbaar te maken.

[…]

3. De Commissie baseert haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. De rechten inzake de verdediging van de betrokkenen worden bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd. […]"

12. De gehele procedure ter controle van concentraties van ondernemingen wordt gekenmerkt door een *vereiste van snelheid*, dat met name wordt verwezenlijkt door een uitgekiend en relatief strikt regime van termijnen, ter beperking van de duur van de verificatieprocedures voor concentraties. [8] Wanneer de Commissie niet binnen de gestelde termijn beslist over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, dan geldt een *fictie van goedkeuring,* die in artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening als volgt is geformuleerd:

7 — Zie ter aanvulling artikelen 11-15 van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 61, blz. 1).

8 — Arresten Hof van 25 september 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (C-170/02 P, Jurispr. blz. I-9889, punt 33), en 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, Jurispr. blz. I-6079, punt 51); zie eveneens arresten Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie (T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 113), en 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie (T-251/00, Jurispr. blz. II-4825, punt 108), evenals mijn conclusie van 26 april 2007 in de zaak Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (arrest van 18 december 2007, C-202/06 P, aanhangig bij het Hof, punt 41).

„Indien de Commissie noch uit hoofde van artikel 6, lid 1, sub b of c, noch uit hoofde van artikel 8, lid 2 of 3, binnen de […] vastgestelde termijnen een beschikking heeft gegeven, wordt de concentratie geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard […].”

13. Omtrent de gevolgen van de vernietiging van een beschikking van de Commissie is in artikel 10, lid 5, van de concentratieverordening het volgende bepaald:

„Wanneer het Hof van Justitie een arrest wijst waarbij een beschikking van de Commissie uit hoofde van deze verordening geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, zijn de in deze verordening gestelde termijnen opnieuw van toepassing vanaf de dag waarop het arrest is gewezen.”

14. In de meeste procedures ter controle van concentraties van ondernemingen treedt de Commissie ook op als toezichthoudende autoriteit van de Europese Economische Ruimte [9] en beslist zij over de verenigbaarheid van concentraties met de EER-Overeenkomst.

15. In 2004 is de concentratieverordening op essentiële punten gewijzigd. De *gewijzigde EG-concentratieverordening* [10] is volgens artikel 26, lid 1, daarvan echter pas van toepassing sedert 1 mei 2004 en is bijgevolg voor de onderhavige zaak niet relevant; op zaken als de onderhavige blijft krachtens lid 2 van deze bepaling het oude rechtskader van toepassing.

III — Achtergrond van het geding en procesverloop

A — *De concentratie*

16. Bertelsmann AG [11] is een internationaal mediabedrijf dat wereldwijd actief is op het gebied van muziekopnames en -uitgeverij, televisie, radio, het uitgeven van boeken en tijdschriften, druk- en mediadiensten, boeken- en muziekclubs. De activiteiten van Bertelsmann op het gebied van muziekopnames zijn gebundeld in haar volle dochteronderneming Bertelsmann Music Group (BMG). [12]

9 — Artikel 57, lid 1, en lid 2, sub a, van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst”; PB 1994, L 1, blz. 3).

10 — Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”); PB L 24, blz. 1 (hierna ook: „verordening nr. 139/2004”).

11 — Hierna: „Bertelsmann”.

12 — Zie daartoe en wat het hierna volgende betreft, de punten 3-6 van het bestreden arrest.

17. Sony Corporation of America [13] behoort tot het Sony-concern en is wereldwijd actief op het gebied van muziekopnames en -uitgeverij, industriële en consumentenelektronica en de amusementssector. Op het gebied van muziekopnames ontplooit de onderneming haar activiteiten via Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann en Sony zijn volgens een „Business Contribution Agreement" (overeenkomst inzake integratie van de activiteiten) van 11 december 2003 overeengekomen om hun wereldwijde activiteiten inzake muziekopnames (met uitzondering van Sony's activiteiten in Japan) samen te voegen en onder te brengen in drie of meer ondernemingen. Het is de bedoelding dat deze joint ventures tezamen worden geëxploiteerd onder de naam „Sony BMG".

19. Volgens de overeenkomst zal Sony BMG actief zijn op het gebied van het scouten van talent en de ontwikkeling van artiesten [14] en de daaruit voortvloeiende promotie en verkoop van muziekopnames. Zij zal zich daarentegen niet bezighouden met aanverwante activiteiten als muziekuitgeverij, productie en distributie.

20. Zoals Bertelsmann en Sony in de procedure voor het Hof hebben bevestigd, is de concentratie in 2004 volledig tot stand gebracht.

13 — Hierna: „Sony".

14 — Zogenaamde „A & R" („Artists and Repertoire").

B — *Het vraagstuk van de collectieve machtspositie*

21. Zoals alle concentraties van communautaire dimensie diende het voornemen van Bertelsmann en Sony overeenkomstig artikel 2 van de concentratieverordening te worden getoetst op de vraag of het een machtspositie in het leven kon roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan aanzienlijk wordt belemmerd.

22. Concreet ging het daarbij niet om een mogelijke individuele machtspositie van Sony BMG op de markt, maar om het risico dat er een *collectieve machtspositie* in het leven zou worden geroepen of zou worden versterkt van vijf wereldwijd actieve producenten van muziekopnames [15], de zogenaamde „topondernemingen" („Majors") van de wereldwijde muziekbranche, waarvan het aantal door de concentratie is teruggebracht van vijf naar vier.

23. Het Hof heeft reeds in het arrest „Kali & Salz" [16] duidelijk gemaakt dat met het begrip „machtspositie" in de zin van de concentratieverordening niet enkel de individuele, maar eveneens de collectieve

15 — Daartoe worden in de goedkeuringsbeschikking, zoals ook in het bestreden arrest, de volgende producenten gerekend: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) en EMI Group (oorspronkelijk: Electric and Musical Industries).

16 — Arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, „Kali & Salz" (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 164-178); zie bovendien arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 123-156).

machtspositie wordt bedoeld. Een collectieve machtspositie kan bestaan uit twee (duopolie) of meer ondernemingen (oligopolie). [17]

24. Een collectieve machtspositie houdt niet noodzakelijkerwijs in dat er bij de samenwerking tussen de leden van een oligopolie sprake zou moeten zijn van *heimelijke afspraken*, doordat zij bijvoorbeeld onderling concurrentiebeperkende afspraken als bedoeld in artikel 81 EG maken. [18] De collectieve machtspositie kan ook op de *stilzwijgende coördinatie van het concurrentiegedrag* [19] van alle leden van een oligopolie berusten. De leden van het oligopolie nemen dan elk genoegen met het door hen behaalde marktaandeel en er is geen sprake meer van daadwerkelijke interne concurrentie tussen hen. [20]

25. Voorwaarde om te kunnen spreken van een collectieve machtspositie is dan evenwel, dat op de betrokken markt een stilzwijgende coördinatie van het concurrentiegedrag van de leden van het oligopolie hoe dan ook duurzaam mogelijk is. Tegen deze achtergrond moeten de drie criteria worden gezien die het Gerecht in zijn arrest Airtours [21] voor het vaststellen van een collectieve machtspositie heeft ontwikkeld en in het bestreden arrest als volgt heeft samengevat:

„Ten eerste moet de markt voldoende transparant zijn om de ondernemingen die hun gedrag coördineren in staat te stellen voldoende nauwkeurig na te gaan of de regels van de coördinatie in acht worden genomen. Ten tweede is voor de goede orde vereist dat er een soort afschrikkende maatregel wordt toegepast in geval van afwijkend gedrag. Ten derde mogen de reacties van de ondernemingen die niet aan de coördinatie deelnemen, zoals de huidige of toekomstige concurrenten, en de reacties van de klanten geen afbreuk kunnen doen aan de van de coördinatie verwachte resultaten." [22]

26. In het onderhavige geval staat het eerste van deze drie zogenaamde „Airtours-criteria" in het middelpunt van de belangstelling, dus de vraag of de markten voor muziekopnames voldoende transparant zijn om een stilzwijgende coördinatie tussen de topondernemingen mogelijk te maken. In wezen twisten partijen over de vraag welke onderzoeks- en motiveringsinspanning het Gerecht hieromtrent van de Commissie mocht verlangen.

17 — Arrest Gencor/Commissie (aangehaald in voetnoot 16, punten 276 en 277) en arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punten 59-61).

18 — Arrest van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 45), met betrekking tot artikel 82 EG.

19 — Normaliter gebeurt dit door een *concurrentiebeperkende parallelle gedraging*. In de zaak COMP/M.2201 — MAN/Auwärter is de Commissie bij de toetsing van een concentratie echter nagegaan of deze een duurzame stilzwijgende coördinatie van het concurrentiegedrag van twee leden van een duopolie mogelijk maakte, afgezien van de klassieke vormen van concurrentiebeperkende parallelle gedragingen (beschikking 2002/335/EG, PB L 116, blz. 35; zie aldaar met name overwegingen 33-35 van de considerans).

20 — Zie voor het geheel eveneens het arrest Gencor/Commissie (aangehaald in voetnoot 16, punt 276).

21 — Arrest Airtours/Commissie (aangehaald in voetnoot 17, punt 62).

22 — Punt 247 van het bestreden arrest. In dezelfde zin arrest van 8 juli 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie (T-374/00, Jurispr. blz. II-2275, punt 186), en — met betrekking tot artikel 82 EG — arrest van 26 januari 2005, Piau/Commissie (T-193/02, Jurispr. blz. II-209, punt 111).

C — *Administratieve procedure en eerste goedkeuringsbeschikking van de Commissie*

27. Op 9 januari 2004 is de voorgenomen concentratie bij de Commissie aangemeld overeenkomstig artikel 4 van de concentratieverordening. [23]

28. In de voorlopige onderzoeksfase („fase I" van de procedure ter controle van concentraties van ondernemingen) heeft de Commissie op 20 januari 2004 een aantal marktdeelnemers een vragenlijst toegezonden.

29. Impala heeft op deze vragenlijst geantwoord en heeft op 28 januari 2004 bovendien afzonderlijke opmerkingen ingediend, waarin zij uiteenzette waarom de Commissie volgens haar de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt diende te verklaren. Impala drukte daarin haar bezorgdheid uit over de toegenomen concentratie op de markt en de weerslag die dit zou hebben voor de toegang tot de markt, ook in de distributiesector en de media en op het internet, alsook voor de consumentenkeuze.

30. Vervolgens heeft de Commissie op 12 februari 2004 overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening de formele onderzoeksprocedure ingeleid („fase II" van de procedure ter controle van concentraties van ondernemingen), omdat er ernstige twijfels bestonden over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst.

31. Van 7 april tot 5 mei 2004 werd de procedure overeenkomstig artikel 11, lid 5, van de concentratieverordening opgeschort omdat de partijen bij de concentratie de door de Commissie gevraagde inlichtingen onvolledig hadden verstrekt. [24]

32. Op 24 mei 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan de partijen bij de concentratie gezonden, waarin zij voorlopig concludeerde dat de aangemelde concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst aangezien zij een collectieve machtspositie op de markt van de muziekopnames en op de groothandelsmarkt voor licenties voor onlinemuziek zou versterken en op een met artikel 81 EG onverenigbare wijze zou leiden tot een coördinatie van het gedrag van de moedermaatschappijen.

33. De partijen bij de concentratie hebben op de mededeling van punten van bezwaar geantwoord en op 14 en 15 juni 2004 heeft een hoorzitting onder leiding van de raadadviseur-auditeur van de Commissie plaatsgevonden, waarbij Impala eveneens aanwezig was.

23 — Zie daartoe en wat het hierna volgende betreft, punten 2 en 7-11 van het bestreden arrest.

24 — Zie daartoe het eindverslag van de raadadviseur-auditeur (PB 2005, C 59, blz. 2).

34. Bij haar eerste goedkeuringsbeschikking van 19 juli 2004 heeft de Commissie de voorgenomen concentratie uiteindelijk op grond van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst. De goedkeuring is zonder voorwaarden of verplichtingen verleend.

D — *Procesverloop voor het Gerecht*

35. Impala heeft op 3 december 2004 bij het Gerecht tegen de eerste goedkeuringsbeschikking beroep ingesteld en heeft geconcludeerd tot nietigverklaring van die beschikking [25] en tot verwijzing van de Commissie in de kosten van de procedure. De Commissie heeft op haar beurt geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep en tot verwijzing van Impala in de kosten. Zij werd daarbij ondersteund door Bertelsmann en Sony, alsmede door Sony BMG Music Entertainment, die het Gerecht bij beschikking van de president van de Derde kamer van 4 februari 2005 heeft toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

36. Het Gerecht heeft bij het bestreden arrest de eerste goedkeuringsbeschikking nietig verklaard en de Commissie veroordeeld tot het dragen van haar eigen kosten en drie vierde van de kosten van Impala. Impala is veroordeeld tot het dragen van een vierde van haar eigen kosten, en de interveniënten tot het dragen hun eigen kosten.

E — *Hogere voorziening*

37. In hun gezamenlijk ingestelde hogere voorziening, ter griffie van het Hof ingekomen op 13 juli 2006, concluderen Bertelsmann en Sony (hierna ook: „rekwirantes") dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen,

— Impala's verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie af te wijzen of, subsidiair, de zaak voor afdoening te verwijzen naar het Gerecht van eerste aanleg, en

— Impala te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure.

38. Sony BMG Music Entertainment sluit zich volledig aan bij de hogere voorziening en de conclusies van Bertelsmann en Sony.

25 — Subsidiair heeft Impala geconcludeerd tot nietigverklaring van de goedkeuringsbeschikking voor zover zij betrekking heeft op bepaalde punten; zie daartoe punt 29, derde gedachtenstreepje, van het bestreden arrest.

39. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen,

— het beroep tot nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking te verwerpen of, subsidiair, de zaak voor afdoening te verwijzen naar het Gerecht van eerste aanleg, en

— Impala te verwijzen in de kosten van de Commissie in de onderhavige procedure.

40. Impala concludeert op haar beurt dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening ongegrond en/of gedeeltelijk of geheel niet-ontvankelijk te verklaren,

— het bestreden arrest te handhaven, en

— rekwirantes te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure.

41. Bij het Hof zijn over de hogere voorziening eerst schriftelijke opmerkingen ingediend, en vervolgens heeft er op 6 november 2007 een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

F — *Nieuwe administratieve procedure en tweede goedkeuringsbeschikking van de Commissie*

42. Ten gevolge van de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking bij het bestreden arrest, heeft de Commissie in deze zaak opnieuw een procedure ter controle van concentraties van ondernemingen ingeleid [26] (zie daartoe artikel 10, lid 5, van de concentratieverordening), die noodzakelijkerwijs *parallel aan de onderhavige hogere voorziening* heeft plaatsgevonden, aangezien de hogere voorziening geen opschortende werking heeft (artikel 60, eerste alinea, van het Statuut van het Hof).

43. Met het oog op het nieuwe mededingingsrechtelijke onderzoek is de concentratie derhalve op 31 januari 2007 bij de Commissie aangemeld, en op 1 maart 2007 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening de formele onderzoeksprocedure („fase II") ingeleid.

44. De procedure ter controle van concentraties van ondernemingen is afgesloten bij

26 — Zie hiertoe en wat het hierna volgende betreft, de persberichten van de Commissie van 1 maart 2007 (IP/07/272) en 3 oktober 2007 (IP/07/1437).

beschikking van 3 oktober 2007, waarbij de Commissie de concentratie wederom op grond van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening verenigbaar heeft verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (hierna: „tweede goedkeuringsbeschikking"). De goedkeuring is zonder voorwaarden of verplichtingen verleend.

IV — Prealabele vragen voor het onderzoek van de hogere voorziening

45. Vóór het onderzoek van de hogere voorziening in de zaak moet ik nagaan of de afzonderlijke aangevoerde middelen ontvankelijk zijn (zie daartoe dadelijk onder A), of daarmee wel het door rekwirantes nagestreefde doel kan worden bereikt (zie onder B) en of het belang van rekwirantes bij de voortzetting van de hogere voorziening niet is komen te vervallen ten gevolge van de inmiddels vastgestelde tweede goedkeuringsbeschikking van de Commissie (zie onder C).

A — *Ontvankelijkheid van de afzonderlijke middelen*

46. Impala betwist de ontvankelijkheid van de hogere voorziening in haar geheel, omdat daarmee enkel een toetsing van de door het Gerecht gegeven beoordeling van de feiten wordt verlangd.

47. Gelet op deze grief lijkt het mij zinvol te herinneren aan het toetsingscriterium dat voortvloeit uit artikel 225, lid 1, EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof, en dat het Hof in vaste rechtspraak in hogere voorziening hanteert [27]: de hogere voorziening is beperkt tot rechtsvragen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof.

48. Of het Gerecht daarentegen buitensporige eisen aan de motivering van een beschikking van de Commissie heeft gesteld, of het bij de beoordeling van de feiten en de bewijselementen de juiste criteria heeft gehanteerd en of het geheel algemeen in zijn arrest het recht juist heeft toegepast, is een rechtsvraag die in hogere voorziening kan worden getoetst. [28] Of het Gerecht de feiten en bewijselementen juridisch juist heeft gekwalificeerd en daaraan toelaatbare rechts-

27 — Zie onder andere arresten van 22 juni 2006, Storck/BHIM (C-24/05 P, Jurispr. blz. I-5677, punt 36), en 22 juni 2006, Storck/BHIM (C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punt 40); zie eveneens arresten van 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punten 69 en 70); 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 41), en 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie (C-167/06 P, punt 40).

28 — In deze zin, arrest van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries/Commissie (C-403/04 P, Jurispr. blz. I-735, punt 40); zie ook mijn conclusie van 23 februari 2006 in de zaak British Airways/Commissie (C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 113). Met name met betrekking tot de aan de motiveringsplicht gestelde eisen, zie arresten van 20 november 1997, Commissie/V (C-188/96 P, Jurispr. blz. I-6561, punt 24), en 20 februari 1997, Commissie/Daffix (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punt 35).

gevolgen heeft verbonden [29], vormt eveneens een rechtsvraag die vatbaar is voor toetsing door het Hof, evenals de vraag of het Gerecht de rechtsregels inzake de bewijslast en de procedureregels inzake de bewijsvoering in acht heeft genomen. [30]

49. Wanneer men dit toetsingscriterium als uitgangspunt neemt, dan kan de onderhavige hogere voorziening, anders dan Impala meent, niet in haar geheel niet-ontvankelijk worden geacht. Veeleer moet onderscheid worden gemaakt tussen het vijfde middel, enerzijds, en de overige middelen, anderzijds.

1. Ontvankelijkheid van het vijfde middel

50. Om te beginnen bestaat het vijfde middel, dat betrekking heeft op de voorwaarden voor de vaststelling van een collectieve machtspositie, uit een inleidend deel [31] en verschillende gedetailleerde punten van kritiek. [32]

51. Met het *inleidende deel* wordt in wezen de vraag opgeworpen of de door het Gerecht zelf in zijn arrest Airtours ontwikkelde criteria [33] voor het vaststellen van een collectieve machtspositie, meer of minder strikt moeten worden toegepast, naargelang het erom gaat het bewijs te leveren van een reeds bestaande collectieve machtspositie, dan wel voor de toekomst het risico te prognosticeren dat een collectieve machtspositie zal ontstaan ten gevolge van een concentratie. Het inleidende deel van het vijfde middel heeft derhalve betrekking op de uitlegging van de Airtours-criteria. Dit is een rechtsvraag, die vatbaar is voor toetsing in hogere voorziening.

52. Het is anders gesteld met de overblijvende *gedetailleerde punten van kritiek*, die in het vijfde middel zijn aangevoerd en die zich als volgt laten samenvatten: het Gerecht heeft de voor de transparantie van de markt doorslaggevende nettogroothandelsprijzen, alsmede het belang van de kortingen veronachtzaamd en in plaats daarvan alleen naar de catalogusprijzen en de detailhandelsprijzen gekeken. De transparantie van de kortingen heeft het Gerecht bovendien ten onrechte afgeleid uit de effecten van deze kortingen op de gemiddelde nettoprijzen. Daarenboven heeft het Gerecht bij de beoordeling van de transparantie prijsverschillen en -schommelingen ten onrechte niet relevant geacht.

29 — Arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 23), en arresten Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 69), Sumitomo Metal Industries/Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punt 39) en SGL Carbon/Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 41).

30 — Arresten Baustahlgewebe/Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 24), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 70), Sumitomo Metal Industries/Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punten 38 en 39), SGL Carbon/Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 41) en Komninou e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 40).

31 — Punten 65-69 van het verzoekschrift.

32 — Punten 70-80 van het verzoekschrift.

33 — Zie daartoe punt 25 van deze conclusie, evenals het arrest Airtours/Commissie (aangehaald in voetnoot 17, punt 62).

53. Deze gedetailleerde punten van kritiek hebben in werkelijkheid niet een toetsing van rechtsvragen tot doel, maar veeleer het ter discussie stellen van de concrete beoordeling van de feiten en de bewijselementen door het Gerecht in het onderhavige geval. Want de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan catalogusprijzen, detailhandelsprijzen, nettogroothandelsprijzen, gemiddelde nettoprijzen, kortingen, de ingewikkeldheid van prijsstructuren alsmede bepaalde prijsverschillen en -schommelingen bij de beoordeling van de transparantie van een bepaalde markt, kan niet algemeen worden beantwoord, maar hangt af van de concrete beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval, en met name van de bijzondere kenmerken van de betrokken markt.

54. Het Hof zou, met andere woorden, zijn eigen beoordeling van de feiten en de bewijselementen in het concrete geval in de plaats moeten stellen van de beoordeling door het Gerecht. Dit is echter in hogere voorziening niet toegestaan. Voor het Hof zou hoogstens kunnen worden geklaagd dat het Gerecht de feiten of de bewijselementen verkeerd heeft opgevat of dat het bij zijn beoordeling van de feiten en de bewijselementen denkfouten heeft gemaakt. Geen van beide is in het onderhavige geval echter aangevoerd, en afgezien van deze uitzonderingen kan het niet tot de taak van het Hof behoren om als rechter in hogere voorziening zelf te beoordelen welke betekenis voor de transparantie van de markt in een geval als het onderhavige moet worden toegekend aan factoren als catalogusprijzen, detailhandelsprijzen, nettogroothandelsprijzen, gemiddelde nettoprijzen, kortingen, de ingewikkeldheid van prijsstructuren alsmede bepaalde prijsverschillen en -schommelingen.

55. Alles bijeen genomen, is enkel het inleidende deel van het vijfde middel ontvankelijk, maar niet de gedetailleerde punten van kritiek.

2. Ontvankelijkheid van de overige middelen

56. De overige middelen acht ik daarentegen volledig ontvankelijk omdat zij geen betrekking hebben op de beoordeling van de feiten en de bewijselementen door het Gerecht als zodanig. Deze middelen hebben veeleer betrekking op de *criteria* die het Gerecht heeft toegepast bij zijn toetsing van de rechtmatigheid van de eerste goedkeuringsbeschikking. Bovendien gaat het om de *bewijsvoorschriften* waaraan de Commissie bij de goedkeuring van concentraties is onderworpen. Dit zijn allemaal rechtsvragen die in hogere voorziening kunnen worden getoetst.

3. Voorlopige conclusie

57. Terwijl dus enkel het inleidende deel van het vijfde middel ontvankelijk is, zijn de overige middelen volledig ontvankelijk.

B — *Geschiktheid van de hogere voorziening om het nagestreefde doel te bereiken*

58. Afgezien van de zojuist besproken vraag inzake de ontvankelijkheid van de afzonderlijke middelen, werpt het onderhavige geval de aanvullende vraag op of de hogere voorziening hoe dan ook geschikt is om het door rekwirantes nagestreefde doel, dat wil zeggen de vernietiging van het bestreden arrest, te bereiken. Enerzijds hebben rekwirantes mogelijk nagelaten om een beslissende passage van het bestreden arrest aan te vechten (zie daartoe dadelijk onder 1.), anderzijds richt de hogere voorziening zich mogelijk tegen delen van de motivering van het arrest, die niet de gronden bevatten waarop het dictum van het bestreden arrest is gebaseerd (zie daartoe onder 2.).

1. Gesteld verzuim van rekwirantes om een beslissende passage van het bestreden arrest aan te vechten

59. Impala voert om te beginnen aan dat de hogere voorziening in haar geheel ongeschikt is om tot vernietiging van het bestreden arrest te leiden, omdat rekwirantes hebben nagelaten om een beslissende passage van het arrest in hogere voorziening aan te vechten.

60. Volgens Impala beperkt de hogere voorziening zich namelijk tot het aanvechten van de uiteenzetting van het Gerecht met betrekking tot de vraag van de *versterking* van een reeds bestaande collectieve machtspositie, terwijl zij zich niet richt tegen de uiteenzetting van het Gerecht in punt 528 van het bestreden arrest betreffende de mogelijke *totstandkoming* van een collectieve machtspositie. Zelfs wanneer de hogere voorziening dus in volle omvang zou slagen, zou zij — aldus Impala — niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden, omdat dan immers nog de in punt 528 opgenomen vaststellingen van het Gerecht betreffende de verdere onjuiste rechtsopvattingen in de eerste goedkeuringsbeschikking overeind blijven.

61. Deze stelling overtuigt mij niet.

62. De rekwiranten moeten weliswaar duidelijk aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij zich richten, en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven. [34] Dat betekent echter niet dat zij bij de redactie van hun hogere voorziening de indeling van het bestreden arrest zouden moeten volgen en elk onderdeel van dit arrest met een afzonderlijk middel zouden moeten bestrijden.

63. In het onderhavige geval hebben rekwirantes hun hogere voorziening nergens expliciet tot de eerste van de hier ter discussie staande onderdelen van het bestreden arrest beperkt, dat wil zeggen tot de uiteenzetting van het Gerecht met betrekking tot de versterking van een reeds bestaande collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames. [35] Een dergelijke beperking zou ook niet overeenstemmen met hun

34 — Vaste rechtspraak; zie enkel arresten van 1 februari 2007, Sison/Raad (C-266/05 P, Jurispr. blz. I-1233, punt 23), en 11 september 2007, Lindorfer/Raad (C-227/04 P, Jurispr. blz. I-6767, punt 45).

35 — Punten 44-481 van het bestreden arrest.

uitgesproken doel om met de hogere voorziening het bestreden arrest in zijn geheel onderuit te halen. Dit doel is namelijk enkel haalbaar wanneer de hogere voorziening kan worden beschouwd als een betwisting van beide ter discussie staande onderdelen van het bestreden arrest [36], derhalve zowel het onderdeel betreffende de versterking van een reeds bestaande collectieve machtspositie als het onderdeel betreffende de totstandkoming van een dergelijke machtspositie.

64. Ook de inleidende opmerkingen van rekwirantes aan het begin van het verzoekschrift pleiten ervoor dat de hogere voorziening niet enkel betrekking heeft op een onderdeel van het arrest. In een opsomming van de met name bekritiseerde passages van het bestreden arrest wordt daar uitdrukkelijk verwezen naar het in casu litigieuze punt 528, en verder naar de punten 533, 539 en 541, die eveneens aan het vraagstuk van de *totstandkoming* van een collectieve machtspositie zijn gewijd. [37] Bovendien betrekken rekwirantes in hun hogere voorziening meerdere malen uitdrukkelijk de door het Gerecht van eerste aanleg in de punten 542 en 543 van het bestreden arrest geformuleerde algemene conclusie bij hun overwegingen. [38]

65. In deze omstandigheden kan niet worden gesteld dat de hogere voorziening enkel is beperkt tot de uiteenzetting van het Gerecht met betrekking tot de vraag van de *versterking* van een reeds bestaande collectieve machtspositie en derhalve in haar geheel als niet-doeltreffend (in het Frans: „inopérant") zou moeten worden verworpen.

2. Motivering van het bestreden arrest, die niet de gronden bevat waarop het dictum daarvan is gebaseerd

66. Daarentegen is het anders gesteld met het inleidende deel van het vijfde middel, dat, zoals ik reeds heb opgemerkt [39], het enige ontvankelijke deel van dat middel vormt.

67. In wezen wordt daar de vraag opgeworpen of de door het Gerecht zelf in het arrest Airtours ontwikkelde criteria [40] voor het vaststellen van een collectieve machtspositie meer of minder strikt moeten worden toegepast, naargelang het erom gaat het bewijs is te leveren van een reeds bestaande collectieve machtspositie, dan wel voor de toekomst het risico te prognosticeren dat een collectieve machtspositie zal ontstaan ten gevolge van een concentratie. In het eerste geval spreekt het Gerecht zich uit voor een minder strikte handhaving van de Airtours-criteria, dan in het laatste geval. [41]

68. Het belangrijkste strijdpunt van rekwirantes vormt daarbij punt 251 van het bestreden arrest. Aldaar zet het Gerecht uiteen dat de aanwezigheid van een (reeds bestaande) collectieve machtspositie „in voorkomend geval indirect kan worden vastgesteld op basis van een reeks — eventueel zelfs zeer verschillende — aanwijzingen en bewijzen betreffende de tekenen, uitingen

36 — Zowel punten 44-481 als punten 482-541 van het bestreden arrest.

37 — Punt 17 van het verzoekschrift. Overeenkomstige verwijzingen bevinden zich eveneens met name in de punten 26 en 94 en in voetnoot 6 van het verzoekschrift.

38 — Punten 17, 59 en 81 van het verzoekschrift.

39 — Zie hierboven punten 50-55 van deze conclusie.

40 — Zie daartoe punt 25 van deze conclusie, evenals arrest Airtours/Commissie (aangehaald in voetnoot 17, punt 62).

41 — In deze zin punten 249-253 van het bestreden arrest.

en verschijnselen die typisch zijn voor een collectieve machtspositie".

69. Zoals rekwirantes echter zelf terecht hebben opgemerkt [42], gaat het bij de litigieuze passage, net zoals bij de daarmee samenhangende juridische uiteenzetting van het Gerecht, om obiter dicta. In de gehele passage van punt 245 tot punt 253 van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht namelijk bijvoorbeeld niet een door Impala in eerste aanleg aangevoerde vernietigingsgrond, maar neemt het in de vorm van obiter dicta een standpunt in met betrekking tot de handhaving van de criteria voor het vaststellen van een collectieve machtspositie.

70. Dat wordt met name duidelijk wanneer men de litigieuze passage van het bestreden arrest leest in samenhang met punt 254 daarvan, waar het Gerecht zijn onderzoek van de eerste goedkeuringsbeschikking uitdrukkelijk beperkt tot de vraag of is voldaan aan de criteria van het arrest Airtours: „[H]et Gerecht [zal] zich er in het kader van het onderzoek van de aangevoerde middelen toe beperken na te gaan of de in het arrest Airtours/Commissie gestelde voorwaarden in de beschikking correct zijn toegepast." Het Gerecht onderzoekt in zijn arrest daarentegen uitdrukkelijk niet de vraag of ook kan worden uitgegaan van het bestaan van een machtspositie „zonder dat het positieve bewijs dient te worden geleverd dat de markt transparant is". Deze vraag is in de procedure in eerste aanleg „niet […] besproken".

42 — Punt 67 van het verzoekschrift.

71. Aangezien het inleidende deel van het vijfde middel dus geen betrekking heeft op gronden waarop het dictum van het bestreden arrest is gebaseerd, maar enkel op ten overvloede aangevoerde overwegingen van het Gerecht, kan het niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden. Overeenkomstig vaste rechtspraak dient dit deel van het middel als niet-doeltreffend („inopérant") te worden verworpen. [43]

3. Voorlopige conclusie

72. Derhalve moet enkel het vijfde middel, voor zover het al ontvankelijk is, als niet-doeltreffend worden verworpen. Alle andere middelen zijn daarentegen geschikt om het door rekwirantes nagestreefde doel te bereiken.

C — *Voortbestaan van het procesbelang*

73. Met betrekking tot de ontvankelijke en doeltreffende middelen moet ik nog bespreken of het belang van rekwirantes bij de voortzetting van de hogere voorziening inmiddels niet is vervallen.

43 — Arresten van 18 maart 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Jurispr. blz. I-991, punt 31); 8 mei 2003, T. Port/Commissie (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 17); 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 148), en 13 september 2007, Common Market Fertilizers/Commissie (C-443/05 P, Jurispr. blz. I-7209, punt 137).

74. Met het vereiste van het bestaan van een procesbelang wordt op processueel niveau gewaarborgd dat de rechterlijke instanties niet worden belast met een deskundige uitlegging van zuiver theoretische rechtsvragen. Het procesbelang is derhalve een dwingende voorwaarde voor de ontvankelijkheid, die ambtshalve dient te worden onderzocht en in verschillende fasen van de procedure relevant kan zijn. Aldus dient het procesbelang zonder twijfel reeds te bestaan op het moment van het instellen van een beroep of een hogere voorziening; het moet echter ook na dat tijdstip, tot de uitspraak van de rechter ten gronde, blijven voortbestaan. [44]

75. Een procesbelang bestaat zolang de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn. [45]

76. Het staat vast dat rekwirantes op het moment van het instellen van hogere voorziening een procesbelang hadden. Sedert de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking door het Gerecht beschikten Bertelsmann en Sony immers met terugwerkende kracht niet langer over de vereiste goedkeuring van hun concentratie krachtens de concentratieverordening. Met de in hogere voorziening gevorderde vernietiging van het bestreden arrest zou deze goedkeuring kunnen herleven. Dit voordeel had de hogere voorziening hun bijgevolg kunnen verschaffen.

77. Sedert de vaststelling van de tweede goedkeuringsbeschikking beschikken de betrokken ondernemingen voor hun concentratie echter weer over een goedkeuring krachtens de concentratieverordening. In het dispositief ervan doet deze tweede goedkeuring in niets onder voor de eerste, omdat beide telkens zonder voorwaarden of verplichtingen de concentratie verenigbaar hebben verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst. Ook is de sedert de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking bestaande *onzekere toestand*, waarin de betrokken ondernemingen en markten er niet zeker van konden zijn of de concentratie rechtmatig tot stand was gekomen, met de nieuwe goedkeuring van de concentratie vooralsnog beëindigd. Ingevolge de in artikel 7, lid 5, van de concentratieverordening vervatte rechtsgedachte [46] heeft de tweede goedkeuringsbeschikking namelijk terugwerkende kracht tot het tijdstip van het verrichten van de rechtshandelingen die voor de totstandkoming van deze concentratie zijn benut („werking ex tunc").

78. Dit alles betekent weliswaar niet noodzakelijkerwijs dat de onderhavige hogere voorziening *zonder voorwerp* zou zijn geraakt. Deze hogere voorziening richt zich immers niet rechtstreeks tegen de eerste goedkeuringsbeschikking van de Commissie, maar tegen het bestreden arrest van het Gerecht, dat nog steeds bestaat. Dienovereenkomstig is ook de mogelijkheid om vast te stellen dat niet meer op de zaak behoeft te worden beslist (artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering), in hogere

44 — Zie omtrent het vereiste van een procesbelang in hogere voorziening, arrest van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie (C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 13); in dezelfde zin, met betrekking tot het procesbelang in eerste aanleg, arrest van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 42), en beschikking van 17 oktober 2005, First Data e.a./Commissie (T-28/02, Jurispr. blz. II-4119, punten 35-37).

45 — Arrest Rendo e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 44, punt 13), arrest van 13 juli 2000, Parlement/Richard (C-174/99 P, Jurispr. blz. I-6189, punt 33), en arrest van 3 april 2003, Parlement/Samper (C-277/01 P, Jurispr. blz. I-3019, punt 28).

46 — Aangezien de litigieuze concentratie tot stand is gekomen op een tijdstip waarop de eerste goedkeuringsbeschikking nog geldig was, is artikel 7, lid 5, van de concentratieverordening materieel niet toepasselijk op het onderhavige geval. De aan deze bepaling ten grondslag liggende gedachte van de onzekerheid over de geldigheid en de beëindiging van de onzekere toestand met terugwerkende kracht door een goedkeuringsbeschikking, kan echter ook voor het onderhavige geval resultaat opleveren.

voorziening niet toepasselijk (zie artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering). [47]

79. Niettemin roept het bestaan van de tweede goedkeuringsbeschikking de vraag op of de hogere voorziening rekwirantes nog een voordeel kan verschaffen, en of zij derhalve nog een belang hebben bij de voortzetting van de hogere voorziening.

80. De enkele omstandigheid dat rekwirantes in het bestreden arrest zijn veroordeeld tot het dragen van hun eigen kosten in de procedure in eerste aanleg, betekent in elk geval niet dat zij een procesbelang hebben. Een enkel tegen de veroordeling in de proceskosten gerichte hogere voorziening is immers krachtens artikel 58, tweede alinea, van het Statuut van het Hof niet-ontvankelijk. Om dezelfde reden verklaart het Hof een middel met betrekking tot de veroordeling in de proceskosten in eerste aanleg, niet-ontvankelijk, wanneer dit het enige middel is dat overblijft en reeds vaststaat dat alle andere middelen falen. [48] Net zo min kan, gelet op de strekking en het doel van artikel 58, tweede alinea, van het Statuut, het enkele belang bij de vernietiging van de veroordeling in de proceskosten in eerste aanleg, de voortzetting van een hogere voorziening rechtvaardigen. Voor de voortzetting van de hogere voorziening moeten rekwirantes derhalve een procesbelang hebben dat uitgaat boven de kosten in eerste aanleg.

81. In het onderhavige geval hebben rekwirantes echter een kennelijk belang bij het zo snel mogelijk verkrijgen, niet alleen van een goedkeuring, maar ook van een *definitieve* goedkeuring van hun concentratie. Pas dan bestaat immers voor de betrokken ondernemingen, evenals voor de markten in het algemeen, definitieve rechtszekerheid over de vraag of de concentratie rechtmatig tot stand is gekomen.

82. De tweede goedkeuringsbeschikking kan deze rechtszekerheid thans niet bieden, omdat zij waarschijnlijk niet binnen een afzienbare termijn definitief zal worden. De beschikking moet namelijk — naast de kennisgeving aan de adressaten ervan

47 — Niettemin stelt het Hof incidenteel vast dat op de hogere voorziening niet meer behoeft te worden beslist, wanneer vaststaat dat de rekwirant zijn doel reeds heeft bereikt (beschikkingen van 23 oktober 2001, Una Film „City Revue"/Parlement en Raad, C-281/00 P, punten 4 en 5, en Davidoff/Parlement en Raad, C-313/00 P, punten 4 en 5), ofwel wanneer vaststaat dat hij zijn doel niet meer kan bereiken (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-13/03 P, Jurispr. blz. I-1113, punten 21-23; beschikkingen van 27 februari 2002, Reisebank/Commissie, C-477/01 P [R], Jurispr. blz. I-2117, punten 24-28, en Commerzbank/Commissie, C-480/01 P [R], Jurispr. blz. I-2129, punten 23-27). Zoals ik hierna zal aantonen, is in casu echter noch het een, noch het andere het geval.

48 — Zie bijvoorbeeld arresten van 14 september 1995, Henrichs/Commissie (C-396/93 P, Jurispr. blz. I-2611, punt 66); 12 juli 2001, Commissie en Frankrijk/TF1 (C-302/99 P en C-308/99 P, Jurispr. blz. I-5603, punt 31); 30 september 2003, Freistaat Sachsen e.a./Commissie (C-57/00 P en C-61/00 P, Jurispr. blz. I-9975, punt 124), en 26 mei 2005, Tralli/EZB (C-301/02 P, Jurispr. blz. I-4071, punt 88).

(artikel 254, lid 3, EG) — in het *Publicatieblad van de Europese Unie* worden bekendgemaakt (artikel 20, lid 1, van de concentratieverordening). Pas na een dergelijke bekendmaking [49], die tot nu toe niet heeft plaatsgevonden, gaat de beroepstermijn voor derden in. [50] Het algemeen naar voren halen van het begin van de beroepstermijn voor derden zou enkel in aanmerking komen wanneer de tweede goedkeuringsbeschikking elders, bijvoorbeeld via het internet, reeds op een eerder tijdstip volledig openbaar werd gemaakt en daar in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op adequate wijze op werd gewezen. [51] Daarentegen heeft de enkele omstandigheid dat de tekst van de beschikking aan bepaalde derden, met name Impala, eventueel vooraf in de vorm van een niet-vertrouwelijke versie ter kennis wordt gebracht, geen invloed op het begin van de beroepstermijn [52] en daarmee op het tijdstip waarop de beschikking eventueel onherroepelijk wordt. [53]

83. Wanneer het Gerecht ook de tweede goedkeuringsbeschikking op verzoek van een derde nietig zou verklaren, dan zou verder opnieuw een onzekere toestand ontstaan, waarin de betrokken ondernemingen voor hun concentratie over geen enkele goedkeuring krachtens de concentratieverordening zouden beschikken. Een dergelijke toestand van onzekerheid gedurende meerdere maanden of zelfs jaren, zou negatieve gevolgen kunnen hebben voor zowel de betrokken ondernemingen als voor de markten in hun geheel.

84. Teneinde een nieuwe onzekere toestand met de negatieve gevolgen daarvan zo mogelijk te vermijden, is het voor rekwirantes bijzonder belangrijk de onderhavige hogere voorziening voort te zetten en zo snel mogelijk een definitief oordeel van de gemeenschapsrechter omtrent de rechtmatigheid van de *eerste goedkeuringsbeschikking* te verkrijgen. Zelfs wanneer het Hof in geval van gegrondheid van de hogere voorziening

49 — Preciezer gezegd, gaat de beroepstermijn van artikel 230, vijfde alinea, EG overeenkomstig artikel 102, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg in vanaf het einde van de veertiende dag volgend op die waarop de beschikking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt. Dit veronderstelt evenwel dat de niet-vertrouwelijke versie van de overwegingen van de beschikking volledig en woordelijk in het Publicatieblad wordt bekendgemaakt of in elk geval tegelijkertijd via het internet openbaar wordt gemaakt. Wanneer dit niet het geval is, gaat de beroepstermijn pas in op de dag waarop de potentiële verzoeker kennis krijgt — voor zover dat al niet is geschied — van een dergelijke volledige versie (in deze zin, arrest van 6 juli 1988, Dillinger Hüttenwerke/Commissie, 236/86, Jurispr. blz. 3761, punt 14).

50 — Arresten van 6 oktober 1999, Kneissl Dachstein/Commissie (T-110/97, Jurispr. blz. II-2881, punten 41 en 42), en Salomon/Commissie (T-123/97, Jurispr. blz. II-2925, punten 42 en 43), evenals beschikking van 25 mei 2004, Schmoldt e.a./Commissie (T-264/03, Jurispr. blz. II-1515, punten 51-53 en 56).

51 — Arrest van 15 juni 2005, Olsen/Commissie (T-17/02, Jurispr. blz. II-2031, punt 80), bevestigd bij beschikking van 4 oktober 2007, Olsen/Commissie (C-320/05 P), en beschikking van 19 september 2005, Air Bourbon/Commissie (T-321/04, Jurispr. blz. II-3469, punten 34 en 37).

52 — Arrest Olsen/Commissie (aangehaald in voetnoot 51, punt 81). Met betrekking tot de subsidiariteit van het tijdstip waarop de verzoeker van een in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend te maken beschikking kennis verkrijgt, zie eveneens arresten van 10 maart 1998, Duitsland/Raad (C-122/95, Jurispr. blz. I-973, punt 35), en 12 december 2000, Alitalia/Commissie (T-296/97, Jurispr. blz. II-3871, punt 61), alsmede beschikking van 11 december 2006, MMT/Commissie (T-392/05, punt 25).

53 — Enkel voor de volledigheid vermeld ik nog dat een *formele bekendmaking* (mededeling) van de beschikking aan een derde, waarmee de voor hem geldende beroepstermijn zou kunnen ingaan, niet in aanmerking komt. Overeenkomstig artikel 254, lid 3, EG wordt van de beschikkingen namelijk enkel kennis gegeven „aan hen tot wie zij zijn gericht". Dit zijn in de concentratieverordening de bij de concentratie betrokken ondernemingen en de bevoegde instanties van de lidstaten; in dezelfde zin — voor toekomstige gevallen — voortaan artikel 8, lid 8, van verordening nr. 139/2004.

de onderhavige zaak niet zelf definitief zou afdoen, omdat deze niet in staat van wijzen is, maar haar zou verwijzen naar het Gerecht (artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof), zou het heel waarschijnlijk zijn dat het definitieve rechterlijke oordeel over de rechtmatigheid van de *eerste* goedkeuringsbeschikking eerder wordt geveld dan dat over de rechtmatigheid van de *tweede*.

85. In deze omstandigheden pleit ook het vereiste van snelheid, dat op gemeenschapsniveau kenmerkend is voor de controle op concentraties van ondernemingen [54], voor de voortzetting van de onderhavige hogere voorziening. Op deze wijze kan bovendien worden voorkomen dat beroepen tot nietigverklaring van derden het ontstaan van rechtszekerheid voor de bij de concentratie betrokken ondernemingen langer dan nodig vertragen.

86. Alles bijeen ben ik derhalve van mening dat op dit moment de beslissing van het Hof rekwirantes beslist nog een voordeel kan verschaffen en dat zij bijgevolg een toereikend procesbelang hebben bij de voortzetting van de onderhavige hogere voorziening.

87. Wanneer daarentegen de tweede goedkeuringsbeschikking na de sluiting van de mondelinge behandeling, maar vóór een beslissing van het Hof in de onderhavige zaak, onherroepelijk zou worden, dan zou dit volgens de mij op dit moment beschikbare informatie leiden tot het vervallen van het procesbelang van rekwirantes. Ik zou het dan noodzakelijk achten partijen opnieuw te horen over de vraag van het procesbelang.

88. Ik vind in elk geval de tijdens de mondelinge behandeling vluchtig besproken gedachte om de onderhavige procedure enkel voort te zetten omdat de Commissie in casu sommige door Bertelsmann en Sony aangevoerde middelen ondersteunt, niet overtuigend. Weliswaar zijn instellingen van de Gemeenschappen met betrekking tot door henzelf ingestelde hogere voorzieningen bevoorrecht (artikel 56, tweede en derde alinea, van het Statuut van het Hof), en behoeven zij met name voor dergelijke hogere voorzieningen geen procesbelang aan te tonen. [55] Is een instelling daarentegen niet zelf rekwirante, maar enkel andere partij in de procedure, dan kan haar belang bij de uitkomst van de hogere voorziening en bij de opheldering door het Hof van bepaalde rechtsvragen, het mogelijk ontbrekende procesbelang van de rekwirant niet compenseren.

V — Gegrondheid van de hogere voorziening

89. Rekwirantes voeren tegen het bestreden arrest in totaal zeven middelen aan. Daarin worden rechtsvragen opgeworpen die van fundamentele betekenis zijn voor het systeem van controle op concentraties van ondernemingen op het niveau van de Gemeenschap.

54 — Zie daartoe punt 12 van deze conclusie.

55 — Arresten van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 171), en 22 februari 2005, Commissie/max.mobil (C-141/02 P, Jurispr. blz. I-1283, punt 48).

Hoewel deze rechtsvragen worden gesteld met het oog op de „oude" concentratieverordening, is de oplossing ervan niettemin ook voor de nieuw vastgestelde EG-concentratieverordening (verordening nr. 139/2004) bepalend, omdat beide verordeningen, wat de in casu litigieuze punten betreft, niet wezenlijk verschillen.

90. Aangezien de afzonderlijke middelen elkaar gedeeltelijk overlappen, is het zinvol om ze met het oog op hun inhoudelijke raakvlakken te groeperen en ze dienovereenkomstig in een gewijzigde volgorde te onderzoeken. Enkel het vijfde middel behoeft hierna niet meer te worden besproken, omdat het, zoals gezegd, deels niet-ontvankelijk en deels niet-doeltreffend („inopérant") is. [56]

A — *Onderzoeks- en motiveringsinspanning bij goedkeuringsbeschikkingen van de Commissie (eerste, tweede, derde en zesde middel)*

91. Het eerste, het tweede, het derde en het zesde middel hebben concreet betrekking op de onderzoeks- en motiveringsinspanning die de Commissie moet leveren wanneer zij een concentratie van ondernemingen goedkeurt.

92. Rekwirantes zijn in wezen van mening dat het Gerecht buitensporige juridische eisen heeft gesteld aan een goedkeuringsbeschikking van de Commissie en de grenzen van de rechterlijke toetsing daarvan heeft overschreden. Zij worden daarbij door de Commissie voor een deel ondersteund. [57] Impala verdedigt daarentegen het bestreden arrest van het Gerecht volledig.

1. Motivering van goedkeuringsbeschikkingen bij de controle op concentraties van ondernemingen (eerste en derde onderdeel van het zesde middel)

93. Ik begin mijn bespreking met het eerste en het derde onderdeel van het zesde middel. [58] Daarin voeren rekwirantes aan dat het Gerecht onjuiste en overtrokken eisen heeft gesteld aan de motivering van goedkeuringsbeschikkingen van de Commissie bij de controle op concentraties van ondernemingen.

94. Om te beginnen dient te worden onderzocht of goedkeuringsbeschikkingen van de

56 — Zie hierboven, punten 50-55 en punten 66-71 van deze conclusie.

57 — De Commissie ondersteunt blijkens haar memorie van antwoord het eerste en het tweede middel, evenals het eerste onderdeel van het derde middel.

58 — Voor zover met het zesde middel wordt geklaagd dat het Gerecht met zijn verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (tweede onderdeel van het zesde middel), zal ik het hierna tezamen met het eerste middel (zie punten 145-183 van deze conclusie) onderzoeken. Voor zover met het zesde middel de inhoudelijke vereisten voor een goedkeuringsbeschikking aan de orde worden gesteld (vierde onderdeel van het zesde middel), valt het gedeeltelijk samen met het tweede onderdeel van het derde middel en met het vierde middel en zal het daarmee tezamen worden onderzocht (punten 201-232 respectievelijk 233-268 van deze conclusie).

Commissie wel wegens ontoereikende motivering nietig kunnen worden verklaard. Zo ja, moet worden nagegaan hoe omvangrijk de motiveringsverplichting is en of het Gerecht hieromtrent blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

a) Aanvechtbaarheid van goedkeuringsbeschikkingen wegens ontoereikende motivering

95. Rekwirantes zijn van mening dat een goedkeuringsbeschikking van de Commissie bij de controle op concentraties van ondernemingen hoegenaamd niet wegens ontoereikende motivering nietig zou kunnen worden verklaard.

96. Deze stelling overtuigt mij niet.

97. Krachtens artikel 253 EG moeten beschikkingen van de Commissie met redenen worden omkleed. Deze motiveringsverplichting is een uitvloeisel van het rechtsstaatbeginsel en is samen met het recht op behoorlijk bestuur eveneens in artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [59] vastgelegd. Zij dient niet enkel een externe toetsing van het handelen van de instellingen door de gemeenschapsrechter mogelijk te maken, maar dient de instellingen eveneens tot zelfcontrole aan te sporen en te behoeden voor onbezonnen of onvoldoende doordachte maatregelen. De motivering van beschikkingen draagt bovendien bij aan de transparantie van het handelen van het bestuur. [60]

98. De motiveringsverplichting is geenszins beperkt tot beschikkingen die de adressaten ervan belasten. De beginselen van rechtsstatelijkheid en goed bestuur vereisen integendeel ook een motivering van beschikkingen die de adressaten ervan bevoordelen. Dit geldt des te meer wanneer dergelijke beschikkingen nadelige gevolgen kunnen hebben voor de rechten en belangen van derden, niet in de laatste plaats op het gebied van het mededingingsrecht. Dienovereenkomstig maken noch artikel 253 EG, noch het derde gedachtestreepje van artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten onderscheid tussen beschikkingen die hun adressaten bevoordelen en beschikkingen die nadelige gevolgen voor hen hebben. Dit betekent met name voor de controle op concentraties van ondernemingen, dat de goedkeuringsbeschikkingen van de Commissie evenzeer moeten worden gemotiveerd als haar verbodsbeschikkingen.

99. Een schending van de motiveringsverplichting kan, als een schending van wezenlijke vormvoorschriften, onder meer onder de in artikel 230 EG gestelde voorwaarden voor de gemeenschapsrechter worden aangevoerd in een beroep tot nietigverklaring.

59 — PB 2000, C 364, blz. 1. Hoewel het Handvest van de grondrechten als zodanig nog geen met het primaire recht vergelijkbare dwingende werking heeft, verschaft het als juridisch referentiepunt echter uitsluitsel met betrekking tot de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde grondrechten; zie daartoe eveneens arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad, „Gezinshereniging" (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 38), en punt 108 van mijn conclusie van 8 september 2005 in deze zaak; verder arrest van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37).

60 — Zie omtrent het transparantiebeginsel eveneens artikel 1, tweede alinea, EU, volgens hetwelk in de Europese Unie „de besluiten in zo groot mogelijke openheid [...] worden genomen".

100. Artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening, waarop rekwirantes zich in het onderhavige geval baseren, bevat geen uitzondering op de aanvechtbaarheid van beschikkingen wegens schending van de motiveringsverplichting. Uit de normenhiërarchie volgt reeds dat bepalingen van secundair recht de draagwijdte van het primaire recht, waartoe ook artikel 230 EG en artikel 253 EG behoren, niet kunnen beperken. Veeleer moet artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening in het licht van het recht van hogere rang, met name in het licht van artikel 230 EG en artikel 253 EG, worden uitgelegd en toegepast. [61]

101. Afgezien daarvan, strookt het echter noch met de bewoordingen, noch met de doelstelling en de regelgevende context van artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening om een uitzondering op de motiveringsverplichting in te voeren of zelfs goedkeuringsbeschikkingen van de Commissie te „immuniseren" tegen de grief dat de motivering ontoereikend is.

102. Artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening voert enkel een *fictieve goedkeuring* in voor het geval dat de Commissie niet tijdig beslist over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van een bij haar aangemelde concentratie. [62] De bepaling ontslaat de Commissie dus bijvoorbeeld niet van haar wettelijke verplichting [63] om over alle bij haar aangemelde concentraties door middel van een gemotiveerde beschikking uitdrukkelijk te oordelen. [64] De bepaling voorziet integendeel in een oplossing voor het geval dat de Commissie deze verplichting in een bepaald geval niet binnen de gestelde termijn zou nakomen.

103. Artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening is daarnaast zeker ook een uitdrukking van het vereiste van snelheid, dat kenmerkend is voor de gehele procedure ter controle van concentraties van ondernemingen. Samen met de in hetzelfde artikel vastgestelde strikte termijnen, levert deze bepaling een bijdrage aan het zo snel mogelijk verschaffen van rechtszekerheid, hetgeen niet enkel de bij de concentratie betrokken ondernemingen, maar ook de markten in het algemeen ten goede komt.

104. De gerechtvaardigde behoefte aan rechtszekerheid kan evenwel niet zo ver gaan dat de beschikking betreffende een concentratie geheel of gedeeltelijk wordt onttrokken aan de controle door de rechter. Pas wanneer de beroepstermijn krachtens artikel 230, vijfde alinea, EG is verstreken of bijvoorbeeld een ingesteld beroep tot nietigverklaring is verworpen, wordt de goedkeuring van de concentratie onherroepelijk en wordt aan alle betrokkenen definitief rechtszekerheid verschaft.

61 — Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht zo veel als mogelijk de voorkeur worden gegeven aan een uitlegging die de bepaling in overeenstemming brengt met de bepalingen van het Verdrag en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht; zie arresten van 25 november 1986, Klensch e.a. (201/85 en 202/85, Jurispr. blz. 3477, punt 21); 27 januari 1994, Herbrink (C-98/91, Jurispr. blz. I-223, punt 9); 1 april 2004, Borgmann (C-1/02, Jurispr. blz. I-3219, punt 30), en 4 oktober 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Jurispr. blz. I-8075, punt 22).

62 — Er geldt dan het *vermoeden* dat de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (zie omtrent het begrip vermoeden, eveneens artikel 7, leden 1 en 5, van de concentratieverordening).

63 — Deze verplichting vloeit, voor de fase van het voorlopig onderzoek, voort uit artikel 6, lid 1, van de concentratieverordening en, voor de formele onderzoeksprocedure, uit artikel 8, lid 1, van de concentratieverordening.

64 — Van deze verplichting is de Commissie enkel ontslagen voor zover zij de concentratie overeenkomstig artikel 9 van de concentratieverordening naar een nationale mededingingsautoriteit verwijst, en ook bij intrekking van de aanmelding omdat het voornemen tot concentratie wordt opgegeven.

105. Anders dan rekwirantes menen, verliest artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening ook geenszins zijn nuttig effect („effet utile"), enkel omdat de — uitdrukkelijke of fictieve — goedkeuring van concentraties nog door de rechter kan worden getoetst. Van een dreigende totstandkoming van een fictieve goedkeuring in het geval dat de termijnen worden overschreden („guillotine-effect") gaat veeleer in elke procedure ter controle van concentraties van ondernemingen een niet te onderschatten disciplinerende werking uit op de Commissie als autoriteit ter controle van concentraties van ondernemingen. [65] Bovendien staat het de betrokken ondernemingen vrij om hun concentratie tot stand te brengen, zodra deze door de Commissie is goedgekeurd of zodra een fictieve goedkeuring tot stand is gekomen [66]; rekwirantes hebben naar eigen zeggen ook van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

106. Alles bijeen kom ik derhalve tot de conclusie dat de goedkeuring van een concentratie — ongeacht of deze uitdrukkelijk of impliciet heeft plaatsgevonden — wegens schending van de motiveringsverplichting nietig kan worden verklaard.

65 — Voor zover valt na te gaan, is het in de langdurige geschiedenis van de Europese controle op concentraties van ondernemingen slechts éénmaal voorgekomen dat de Commissie — door een rekenfout — een termijn heeft overschreden (zaak IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); zie daartoe Von Koppenfels, U., in: Drauz/Jones (ed.), *EU Competition Law*, Deel II — *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, punt 6.27.

66 — Mogelijke beroepen tot nietigverklaring van derden hebben krachtens artikel 242, eerste zin, EG geen schorsende werking.

b) Omvang van de motiveringsverplichting

107. Rekwirantes zijn bovendien van mening dat het Gerecht in het onderhavige geval ten onrechte is uitgegaan van een ontoereikende motivering van de eerste goedkeuringsbeschikking. Het Gerecht is daarmee in conflict gekomen met de vaste communautaire rechtspraak.

108. In wezen draait het geschil om de vraag hoe gedetailleerd de Commissie in de eerste goedkeuringsbeschikking haar vaststelling dient te motiveren dat de markt niet zo transparant is dat prijscoördinatie mogelijk zou zijn. [67]

109. Deze vaststelling was van belang voor de inschatting van de Commissie, dat er onvoldoende aanknopingspunten bestonden voor een collectieve machtspositie van de vijf toponderneming op de verschillende nationale markten voor muziekopnames en dat de concentratie vermoedelijk ook niet tot het ontstaan van een dergelijke collectieve machtspositie zou kunnen leiden. [68] De goedkeuring van de concentratie is niet in de laatste plaats gebaseerd op deze inschatting.

67 — Zie daartoe punten 278-325, en met name punten 287 en 325, van het bestreden arrest.

68 — Overwegingen 153, 158 en 183 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking.

— Bestreden arrest

110. In het bestreden arrest heeft het Gerecht verschillende punten van de eerste goedkeuringsbeschikking onderzocht op de vraag of zij een toereikende motivering bevatten voor de vaststelling dat de markt niet transparant was, en heeft het deze vraag telkens ontkennend beantwoord.

111. Om te beginnen heeft het Gerecht de punten van de eerste goedkeuringsbeschikking [69] onderzocht die specifiek gewijd zijn aan het onderzoek van de transparantie van de markt en heeft het vastgesteld dat de Commissie aldaar „niet geconcludeerd heeft dat de markt ondoorzichtig was of onvoldoende transparant was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken". Bovendien vermeldt de Commissie in die punten „slechts factoren […] die kunnen leiden tot een grotere markttransparantie en de controle van de inachtneming van afspraken kunnen vergemakkelijken, met uitzondering van de weinig vergaande en niet onderbouwde verklaring dat de promotionele kortingen de transparantie zouden kunnen verminderen en stilzwijgende afspraken zouden kunnen bemoeilijken". Deze specifieke punten van de eerste goedkeuringsbeschikking vormen dus „duidelijk geen rechtens toereikende motivering voor de stelling dat de markt onvoldoende transparant is". [70]

112. Vervolgens heeft het Gerecht zich gebogen over de uiteenzetting van de Commissie met betrekking tot een mogelijk „gemeenschappelijk prijsbeleid" [71] van de vijf toponderneming [72] en ze ook onderzocht op aanknopingspunten die het gestelde ontbreken van markttransparantie duidelijk zouden kunnen maken. [73] Daarbij heeft het zowel de informatie van de Commissie met betrekking tot de catalogusprijzen, als die met betrekking tot de kortingen (gewone kortingen en promotionele kortingen) onderzocht. Daaromtrent heeft het Gerecht in de eerste plaats vastgesteld „dat de catalogusprijzen volgens de bewoordingen van de beschikking zelf […] de markttransparantie bevorderen". [74] In de tweede plaats konden „de enkele opmerkingen over promotionele kortingen […], voor zover zij onnauwkeurig en niet onderbouwd zijn en zelfs worden tegengesproken door andere vaststellingen in de beschikking, niet de ondoorzichtigheid van de markt of zelfs maar van de proportionele kortingen […] aantonen". [75] Ten slotte bevatten „de punten van de beschikking die betrekking hebben op de kleine landen, evenmin een motivering […] voor de vaststelling dat de promotionele kortingen de markt ondoorzichtig maken". [76]

113. Met name met betrekking tot de door de Commissie aangevoerde promotionele kortingen heeft het Gerecht in de eerste goedkeuringsbeschikking een concrete uitleg

69 — Overwegingen 111-113 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking.

70 — Punt 294 van het bestreden arrest.

71 — De Duitse vertaling van overweging 69 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking is in zoverre onnauwkeurig, dat voor „common price policy" (gemeenschappelijk prijsbeleid) het woord „Preisabsprachen" (prijsafspraken) wordt gebruikt.

72 — Deze uiteenzetting van de Commissie bevindt zich in wezen in de overwegingen 74-80 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking; het Gerecht onderzoekt de aldaar verstrekte informatie omtrent de situatie in het Verenigd Koninkrijk als één voorbeeld voor de motivering van de rest van de goedkeuringsbeschikking.

73 — Punten 295-324 van het bestreden arrest.

74 — Punt 303 van het bestreden arrest.

75 — Punt 320 van het bestreden arrest.

76 — Punt 324 van het bestreden arrest.

gemist, in het bijzonder omtrent „de aard van de promotionele kortingen, de omstandigheden waaronder zij kunnen worden toegepast, de mate van ondoorzichtigheid of de omvang ervan of de invloed ervan op de transparantie van de prijzen”. [77] Zoals het Gerecht verder kritiseert, „wordt [in de uiteenzetting van de Commissie omtrent de promotionele kortingen in de grote landen bovendien] enkel aangegeven dat de promotionele kortingen minder transparant zijn dan de gewone kortingen, maar er wordt niet uitgelegd in welke zin zij relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie van de markt. Evenmin valt op basis van bovengenoemde opmerkingen in te zien hoe de promotionele kortingen op zich alle andere in de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken, kunnen compenseren en aldus de transparantie die nodig is voor het bestaan van een collectieve machtspositie, kunnen tenietdoen.” [78]

— Beoordeling

114. Het behoort niet tot de taak van het Hof om in hogere voorziening de door het Gerecht verrichte beoordeling van de eerste goedkeuringsbeschikking door zijn eigen beoordeling te vervangen. Het Hof dient dus bijvoorbeeld niet zelf te onderzoeken of te beoordelen of de motivering van de goedkeuringsbeschikking gebrekkig of toereikend was. Veeleer dient het Hof te beslissen of het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn beoordeling van de motivering van de goedkeuringsbeschikking, en met name of het Gerecht aan zijn beoordeling de juiste dan wel overdreven strikte criteria ten grondslag heeft gelegd.

115. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG geëiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling, en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. [79]

116. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk, dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de eisen van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen. [80]

117. Tot de bijzondere omstandigheden van een procedure ter controle van concentraties van ondernemingen behoort de tijds-

77 — Punt 289, laatste zin, van het bestreden arrest.

78 — Punt 320, laatste zin, van het bestreden arrest.

79 — Zie enkel arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63), en 24 november 2005, Italië/Commissie (C-138/03, C-324/03 en C-431/03, Jurispr. blz. I-10043, punt 54), en arrest Sison/Raad (aangehaald in voetnoot 34, punt 80).

80 — Arresten Commissie/Sytraval en Brink's France (aangehaald in voetnoot 79, punt 63), Italië/Commissie (aangehaald in voetnoot 79, punt 55) en Sison/Raad (aangehaald in voetnoot 34, punt 80).

druk waaronder de Commissie, wegens het daar geldende vereiste van snelheid en de te hanteren strikte termijnen, staat.[81] Ook mag de Commissie de motivering van haar beschikkingen op het gebied van het mededingingsrecht afstemmen op de moeilijkheidsgraad van het betrokken geval en daarbij uitgaan van het kennisniveau van verstandige marktdeelnemers die bekend zijn met de marktverhoudingen[82]; dit geldt des te meer wanneer rechten of belangen zijn geraakt van marktdeelnemers die — zoals Impala in het onderhavige geval — zelf bij de procedure betrokken waren.[83] Rekwirantes hebben terecht op beide gezichtspunten gewezen.

118. Derhalve kan van de Commissie zeker niet worden verlangd dat zij in haar beschikking inzake een bij haar aangemelde concentratie van ondernemingen ook een standpunt inneemt over gegevens die kennelijk niet ter zake doende, zonder betekenis of duidelijk bijkomstig zijn.[84] Algemeen bekende zaken behoeven in de beschikking geen speciale vermelding. Bovendien behoeft de Commissie haar beschikking niet uitvoeriger te motiveren dan past bij de moeilijkheidsgraad van het betrokken geval en, gezien uit het oogpunt van een verstandige, met de marktverhoudingen bekende marktdeelnemer, beslist noodzakelijk lijkt.

119. Uit de motivering van een beschikking moeten echter altijd ten minste de feitelijke en juridische overwegingen die van wezenlijk belang zijn, kunnen worden afgeleid.[85] Derhalve mag de motivering niet zo beknopt zijn dat afbreuk wordt gedaan aan de duidelijkheid en de logica ervan.[86] Zij dient verder consistent te zijn[87] en geen interne tegenstrijdigheden te bevatten.[88]

120. Juist een dergelijke logische, begrijpelijke en niet-tegenstrijdige motivering mist het Gerecht echter in het onderhavige geval.

121. In wezen kritiseert het Gerecht hier een onevenwichtigheid in de motivering van de eerste goedkeuringsbeschikking: zij bevat een reeks aanknopingspunten *voor* het bestaan van markttransparantie en licht deze ook uitvoerig toe[89], terwijl met betrekking tot de promotionele kortingen, die *tegen* het

81 — Zie omtrent de invloed van de termijnen waarbinnen een beschikking tot stand moet komen, op de motiveringsverplichting, arresten van 1 december 1965, Schwarze (16/65, Jurispr. blz. 1104), en 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie (C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 16), en arrest Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 186).

82 — In deze zin arrest Hof van 28 oktober 1981, Krupp Stahl/Commissie (275/80 en 24/81, Jurispr. blz. 2489, punt 13), en — voor het gebied van het mediabeleid — arrest Gerecht van 19 februari 1998, DIR International Film e.a./Commissie (T-369/94 en T-85/95, Jurispr. blz. II-357, punten 119-121).

83 — Arrest Hof van 7 april 1987, SISMA/Commissie (32/86, Jurispr. blz. 1645, punt 9), en arrest Gerecht van 22 oktober 1996, Skibsværftsforeningen e.a./Commissie (T-266/94, Jurispr. blz. II-1399, punt 239).

84 — Arrest Commissie/Sytraval en Brink's France (aangehaald in voetnoot 79, punt 64, laatste zin); zie eveneens arrest van 25 oktober 2005, Duitsland en Denemarken/Commissie, „Feta", (C-465/02 en C-466/02, Jurispr. blz. I-9115, punt 106), en arrest Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 186, laatste zin).

85 — Arresten Hof van 21 maart 1955, Nederland/Hoge Autoriteit (6/54, Jurispr. blz. 217), 4 juli 1963, Duitsland/Commissie (24/62, Jurispr. blz. 137), en 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 78), en arrest Gerecht van 21 maart 2001, Métropole télévision/Commissie (T-206/99, Jurispr. blz. II-1057, punt 44, laatste zin).

86 — Arrest Duitsland/Commissie (aangehaald in voetnoot 85, blz. 137).

87 — Arrest ACF Chemiefarma/Commissie (aangehaald in voetnoot 85, punt 78).

88 — Arrest Duitsland/Commissie (aangehaald in voetnoot 85, blz. 137) en arrest van 7 juli 1981, Rewe-Markt Steffen, „Butterfahrten" (158/80, Jurispr. blz. 1805, punt 26).

89 — Zie bijvoorbeeld punten 294, 303, 319, 320, tweede zin, en 321, laatste zin, van het bestreden arrest.

bestaan van voldoende markttransparantie zouden pleiten, enkel vage verklaringen worden gegeven. [90] Bovendien zou niet worden uitgelegd in welke zin zij relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie van de markt. Evenmin zou zijn in te zien hoe de promotionele kortingen op zich alle andere in de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken, kunnen compenseren en aldus de transparantie die nodig is voor het bestaan van een collectieve machtspositie, kunnen tenietdoen. [91] Afgezien daarvan wijst het Gerecht op tegenstrijdigheden in de motivering van de beschikking. [92]

122. Ik ben het eens met het Gerecht, dat de Commissie in een beschikking, waarin zij om te beginnen uitvoerig een reeks aanknopingspunten *voor* het bestaan van markttransparantie heeft beschreven, niet zonder nadere motivering van een gebrek aan markttransparantie mag uitgaan. Wanneer slechts één enkele noemenswaardige factor — in casu: de promotionele kortingen — *tegen* het bestaan van voldoende markttransparantie pleit en daarmee tegen de veronderstelling dat er sprake is van een collectieve machtspositie, dient des te uitvoeriger te worden gemotiveerd welke effecten deze factor heeft op de markt en in hoeverre juist deze factor kan opwegen tegen alle andere factoren, die voor markttransparantie pleiten.

123. Het is met name onvoldoende om te stellen dat een bepaalde factor tot een *minder* transparante markt leidt of *zou kunnen leiden*; veeleer dient ten minste te worden verduidelijkt waarom juist deze factor de markt zo ondoorzichtig maakt, dat niet kan worden uitgaan van een collectieve machtspositie. Anders ontbeert de motivering van de beschikking logica en begrijpelijkheid. Juist daarop heeft het Gerecht in zijn bestreden arrest [93] terecht gewezen.

124. Het is, eenvoudig gezegd, ook voor de verstandige, met de marktverhoudingen bekende, lezer beslist nodig dat in een beschikking inzake de controle op concentraties van ondernemingen, die grotendeels als een verbodsbeschikking kan worden gelezen, de overwegingen op grond waarvan uiteindelijk voor de ene en niet voor de andere oplossing wordt gekozen voldoende precies worden verwoord.

125. De door het Gerecht vastgestelde gebreken in de motivering wegen des te zwaarder omdat de tussen de betrokkenen bij de procedure omstreden vraag van de markttransparantie geen pure bijkomstigheid was, maar van aanmerkelijk belang voor de uitkomst van de procedure ter controle van concentraties van ondernemingen. [94] De vaststelling van de Commissie dat de markt niet zo transparant was dat de prijzen konden worden gecoördineerd, vormde immers de kern van haar overwegingen voor de eerste

90 — Punt 289, laatste zin, van het bestreden arrest.

91 — Punt 320, tweede zin, van het bestreden arrest; in dezelfde zin punt 289, laatste zin, van het bestreden arrest.

92 — Punt 320, eerste zin, van het bestreden arrest.

93 — Zie nogmaals met name punten 289, 294 en 320, telkens laatste zin, van het bestreden arrest.

94 — Dit onderscheidt het onderhavige geval van de zaak Kaysersberg/Commissie (arrest aangehaald in voetnoot 8, punten 159 en 160), waar het gewraakte motiveringsgebrek naar het oordeel van het Gerecht geen betrekking had op een fundamenteel onderdeel van de beschikking van de Commissie.

goedkeuringsbeschikking. [95] Het Gerecht heeft derhalve terecht in dit punt hoge eisen aan de motivering van de eerste goedkeuringsbeschikking gesteld en deze motivering aan een intensief onderzoek onderworpen.

126. Hoge eisen waren hier ook deswege gerechtvaardigd, omdat van de Commissie met het oog op de markttransparantie de beoordeling van ingewikkelde economische verbanden werd verlangd, waarvoor haar — zoals zo vaak in de controle op concentraties van ondernemingen — een niet onaanzienlijke beoordelingsvrijheid toekomt. [96] Wanneer de Commissie echter over een dergelijke beoordelingsvrijheid beschikt, is de naleving van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter belang. Tot die waarborgen behoort niet in de laatste plaats de verplichting om een beschikking toereikend te motiveren. [97]

127. Neemt de Commissie in het kader van haar beoordelingsvrijheid factoren in aanmerking die invloed hebben op het functioneren van de markt, dan dient zij deze factoren in haar beschikking niet enkel te benoemen, maar ook de effecten daarvan aan te geven. [98]

128. Deze overweging kan zonder meer ook op het mededingingsrecht en de controle op concentraties van ondernemingen worden toegepast: wanneer de Commissie in het kader van haar mededingingsrechtelijke beoordeling van een concentratie bepaalde voor de markt relevante factoren een bijzonder belang toekent, dan dient zij deze factoren in haar beschikking niet enkel te benoemen, maar ook de effecten ervan op het functioneren van de betrokken markten voldoende precies te beschrijven.

129. In een geval waarin alle andere factoren wijzen op de transparantie van de markt, mag de naar de mening van de Commissie bepalende, *tegen* voldoende markttransparantie pleitende factor niet enkel in bijkomende orde worden genoemd. Zoals het Gerecht terecht onderstreept, moet de Commissie veeleer de effecten van deze factor in haar beschikking met concrete uiteenzettingen onderbouwen [99]; zij mag zich niet enkel op de voorzichtig geuite veronderstelling baseren dat deze factor „de markttransparantie *zou kunnen* verminderen en stilzwijgende afspraken *zou kunnen* bemoeilijken" [100], net zo min als op het pure vermoeden dat „de promotionele kortingen […] minder

95 — Zie daartoe punten 286 en 289 van het bestreden arrest, volgens welke — ook volgens het door de Commissie voor het Gerecht verdedigde standpunt — „de transparantie […] de voornaamste, en zelfs de enige grond is voor de vaststelling dat er op de markten voor muziekopnames geen collectieve machtspositie bestaat" (punt 289).

96 — Arrest „Kali & Salz" (aangehaald in voetnoot 16, punt 223) en arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 38); zie bovendien arrest Gencor/Commissie (aangehaald in voetnoot 16, punt 246) en arrest Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie (T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 60).

97 — Arresten van 21 november 1991, Technische Universität München (C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14); 7 mei 1992, Pesquerias De Bermeo en Naviera Laida/Commissie (C-258/90 en C-259/90, Jurispr. blz. I-2901, punt 26), en 22 november 2007, Spanje/Lenzing (C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punt 58). Zie bovendien reeds arrest van 15 juli 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a./Hoge Autoriteit (36/59–40/59, Jurispr. blz. 887).

98 — In deze zin, in een zaak betreffende het landbouwbeleid, arrest van 7 april 1992, Compagnia italiana alcool/Commissie (C-358/90, Jurispr. blz. I-2457, punt 42).

99 — Punt 289, laatste zin, van het bestreden arrest.

100 — Zie overweging 111 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking, aangehaald in punt 289 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

transparant [*blijken*] te zijn dan de gewone kortingen". [101]

130. Alles bijeen heeft het Gerecht derhalve terecht geoordeeld dat de Commissie zich met betrekking tot de voor haar beschikking doorslaggevende factoren niet enkel tot „vage verklaringen" [102] mocht beperken, die „niet onderbouwd", „weinig vergaand" [103] en bovendien tegenstrijdig [104] zijn.

131. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat het Gerecht er terecht van is uitgegaan dat de eerste goedkeuringsbeschikking, met betrekking tot de vaststelling van de Commissie dat de markt ondoorzichtig is, ontoereikend is gemotiveerd. [105]

c) Diversen

132. Enkel voor de volledigheid richt ik mij hierna nog op enige verdere argumenten die rekwirantes in het kader van hun zesde middel hebben aangevoerd.

133. In de eerste plaats voeren rekwirantes aan, dat aan de motivering van een goedkeuringsbeschikking minder strenge eisen zouden moeten worden gesteld dan aan die van een verbodsbeschikking, omdat derden, op grond van hun zwakkere positie in de procedure, in de motivering niet dezelfde mate van nauwkeurigheid zouden mogen verwachten dan de bij de concentratie betrokkenen in het geval van een verbod.

134. Dit argument is niet steekhoudend. Noch artikel 253 EG, noch het derde gedachtestreepje van artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten maken, wat de aan de motivering te stellen eisen betreft, onderscheid tussen beschikkingen die hun adressaten bevoordelen en beschikkingen die nadelige gevolgen voor hen hebben.

135. Wanneer een derde bij de procedure ter controle van concentraties van ondernemingen is betrokken en formeel door de Commissie wordt gehoord — zoals dat in casu bij Impala het geval was —, dient de motiveringsplicht in elk geval ook ter bescherming van zijn rechten en belangen. De derde mag dan ten minste een logische, begrijpelijke en niet-tegenstrijdige motivering verwachten met betrekking tot de feitelijke en juridische overwegingen die van wezenlijk belang zijn voor de goedkeuringsbeschikking van de Commissie. In het onderhavige geval gaat het juist om deze minimumeisen. [106]

101 — Zie overweging 80 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking, aangehaald in punten 315 en 316 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

102 — Punt 289, laatste zin, van het bestreden arrest.

103 — Punt 294 van het bestreden arrest.

104 — Punt 320 van het bestreden arrest.

105 — Punt 325 van het bestreden arrest.

106 — Zie punten 119 e.v. van deze conclusie.

136. Weliswaar is het juist dat de procedurele positie van derden bij de controle op concentraties van ondernemingen *met betrekking tot hun recht om te worden gehoord* minder duidelijk tot uitdrukking komt dan dat van de betrokkenen bij de concentratie. [107] Daaruit kan echter niet worden geconcludeerd dat een derde *met betrekking tot het aanvoeren van gebreken in de motivering* eveneens aan beperkingen zou zijn onderworpen. Wie als derde, op grond van het feit dat hij rechtstreeks en individueel wordt geraakt, de horde van het beroepsrecht kan nemen, mag immers beroep instellen onder dezelfde voorwaarden als de adressaten van de beschikking (artikel 230, lid 4, EG); hij mag dezelfde nietigheidsgronden aanvoeren als zij, met inbegrip van een gebrekkige motivering.

137. In de tweede plaats voeren rekwirantes aan dat zowel Impala als het Gerecht in het onderhavige geval zonder problemen de gronden voor de eerste goedkeuringsbeschikking hebben begrepen. Daaruit concluderen zij dat genoemde beschikking toereikend was gemotiveerd.

138. Dit argument is eveneens niet doeltreffend. Weliswaar kan het inderdaad een eerste aanwijzing zijn dat er sprake is van een toereikende motivering, wanneer de verzoeker zijn diverse middelen voor het Gerecht voldoende kan doen gelden. [108] Het kan echter slechts worden beschouwd als een weerlegbaar vermoeden.

139. Of namelijk een motivering uiteindelijk aan de wettelijke eisen van artikel 253 EG voldoet, hangt af van objectieve criteria, waartoe met name behoort de logica, de begrijpelijkheid en de niet-tegenstrijdigheid van de feitelijke en juridische overwegingen die van wezenlijk belang zijn. [109] Ontbreekt het in een motivering, zoals hier, in een wezenlijk punt aan logica of begrijpelijkheid of is het punt tegenstrijdig, dan moet de betrokken beschikking zelfs nietig worden verklaard wanneer de rechtsbescherming van de verzoeker met betrekking tot zijn overige middelen niet is geschaad. Anders zou het voor een verzoeker praktisch onmogelijk zijn om een gebrekkige motivering in het kader van een beroep tot nietigverklaring naast andere nietigheidsgronden met succes te doen gelden.

140. Anders dan rekwirantes menen, is het overigens geenszins tegenstrijdig dat het Gerecht in het onderhavige geval tegelijkertijd een gebrekkige motivering en een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie heeft vastgesteld. Een beschikking van de Commissie kan zowel formele als materieelrechtelijke gebreken bevatten. Dat de motivering van een beschikking — bijvoorbeeld wegens een gebrek aan logica — niet voldoet, sluit niet uit dat dezelfde beschikking bovendien inhoudelijk fout was.

141. In de derde plaats voeren rekwirantes aan dat bij de vaststelling van de aan de motivering van een beschikking betreffende de controle op concentraties van ondernemingen te stellen eisen, rekening moet worden gehouden met de vertrouwelijkheid van gevoelige bedrijfsinformatie. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 411 van het bestreden arrest van de Commissie te eisen dat zij details met

107 — Arrest Kaysersberg/Commissie (aangehaald in voetnoot 8, punt 105).

108 — In deze zin bijvoorbeeld arrest van 10 maart 2005, Spanje/Raad (C-342/03, Jurispr. blz. I-1975, punt 59), en arrest Kaysersberg/Commissie (aangehaald in voetnoot 8, punt 160).

109 — Zie punten 119 e.v. van deze conclusie.

betrekking tot het prijs- en kortingenbeleid van de andere topondernemingen openbaar zou maken.

142. Ook deze stelling overtuigt mij niet. Zij berust kennelijk op een onjuiste uitlegging van punt 411 van het bestreden arrest. Het Gerecht heeft daar namelijk geenszins van de Commissie geëist om bedrijfsgeheimen van individuele marktdeelnemers prijs te geven. Het heeft enkel — en terecht — het betoog van de Commissie afgewezen, dat bepaalde cijfers op grond van hun vertrouwelijke karakter helemaal niet in de eerste goedkeuringsbeschikking konden worden opgenomen. De verplichting om de geheimhoudingsplicht na te komen (artikel 287 EG) kan immers niet dermate ruim worden uitgelegd dat daardoor het vereiste om beschikkingen te motiveren zou worden uitgehold. [110]

143. Voor zover cijfermateriaal bedrijfsgeheimen bevat, strookt het met de gangbare praktijk van de Commissie in het mededingingsrecht, om deze cijfers in haar beschikking door marges te vervangen of op een andere wijze samen te vatten of te omschrijven. Het Gerecht wijst er terecht op [111], dat de Commissie op andere plaatsen in haar eerste goedkeuringsbeschikking zeer zeker becijferde gegevens met betrekking tot het prijsbeleid van individuele marktdeelnemers heeft verstrekt. [112]

110 — Arrest van 13 maart 1985, Nederland e.a./Commissie (296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809, punt 27).

111 — Punt 413 van het bestreden arrest.

112 — Zie bijvoorbeeld de overwegingen 74, 81, 88, 95 en 102 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking.

d) Voorlopige conclusie

144. Alles bijeen heeft het Gerecht bijgevolg terecht in de punten 325 en 542 van het bestreden arrest geoordeeld dat de eerste goedkeuringsbeschikking ontoereikend was gemotiveerd en daarom nietig diende te worden verklaard. Het eerste en het derde onderdeel van het zesde middel zijn derhalve ongegrond.

2. Verwijzingen van het Gerecht naar de mededeling van de punten van bezwaar (eerste middel en tweede onderdeel van het zesde middel)

145. Met hun eerste middel en het tweede onderdeel van hun zesde middel voeren rekwirantes aan dat het Gerecht ten onrechte de mededeling van de punten van bezwaar als maatstaf voor de rechterlijke toetsing van de eerste goedkeuringsbeschikking heeft gekozen en ten onrechte van de Commissie heeft verlangd, eventuele afwijkingen van de punten van bezwaar in haar beschikking te motiveren.

146. Het bestreden arrest bevat ontegenzeggelijk talrijke verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar. Hieronder richt ik mij in eerste instantie algemeen op de opvatting van het Gerecht inzake de verhouding tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar, voordat ik in tweede instantie de concrete verwijzingen van het Gerecht naar

afzonderlijke passages van de mededeling van de punten van bezwaar nader onderzoek.

a) Algemene opvatting van het Gerecht inzake de verhouding tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar

147. Geheel algemeen klagen rekwirantes, ondersteund door de Commissie, over de uiteenzetting van het Gerecht met betrekking tot de verhouding tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar. Naar hun mening heeft het Gerecht de aard en de functie van een mededeling van punten van bezwaar miskend, wat de rest van het arrest heeft beïnvloed.

— Bestreden arrest

148. Naar aanleiding van zijn onderzoek van de grief omtrent de gebrekkige motivering, roept het Gerecht ter inleiding in herinnering dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar „uitdrukkelijk had geconcludeerd dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, met name omdat er reeds vóór de geplande concentratie een collectieve machtspositie bestond en dat de markt voor muziekopnames zeer transparant was en coördinatie sterk in de hand werkte”. [113]

113 — Punt 282 van het bestreden arrest.

149. De uiteindelijk verleende goedkeuring van de concentratie wordt door het Gerecht aldus gekenmerkt, dat „de Commissie haar standpunt fundamenteel heeft gewijzigd”, hetgeen „zeker verbazing [kan] wekken, in het bijzonder omdat dit zo laat is gebeurd” [114]; bovendien wordt verwezen naar de verplichting om in de procedure ter controle van concentraties dwingende termijnen aan te houden, zodat de Commissie naar de mening van het Gerecht „haar onderzoek niet kan verlengen, waardoor de kans dat zij haar standpunt fundamenteel zal wijzigen kleiner wordt naarmate de administratieve procedure vordert”. [115]

— Beoordeling

150. Net als in een mededingingsrechtelijke procedure, dienen ook in de procedure ter controle van concentraties de rechten van de verdediging bij de totstandkoming van elke, voor de betrokken ondernemingen mogelijk bezwarende beschikking in acht te worden genomen. [116]

151. Tot deze rechten van de verdediging behoort met name het recht om te worden gehoord, dat een grondbeginsel van gemeen-

114 — Punten 282 en 283 van het bestreden arrest.

115 — Punt 285 van het bestreden arrest.

116 — Arrest van 4 maart 1999, Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie (T-87/96, Jurispr. blz. II-203, punt 88).

schapsrecht vormt [117] en thans eveneens in artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is opgenomen. Voor de procedure ter controle van concentraties is dit beginsel bovendien bij gewone wet, in artikel 18, lid 3, tweede zin, van de concentratieverordening, vastgelegd.

152. Dat aan de betrokken ondernemingen in een mededingingsrechtelijke procedure en in een procedure ter controle van concentraties schriftelijk een zogenaamde mededeling van de punten van bezwaar wordt bezorgd [118], vormt een uitvloeisel van hun recht om te worden gehoord. Door deze mededeling van de punten van bezwaar zijn zij in staat om kennis te nemen van de bewijsmiddelen waarover de Commissie beschikt en hun rechten van verdediging doeltreffend uit te oefenen. [119] Zij krijgen gelegenheid schriftelijk en, na een gemotiveerd verzoek daartoe, mondeling hun opmerkingen met betrekking tot de punten van bezwaar kenbaar te maken. [120] Artikel 18, lid 3, eerste zin, van de concentratieverordening maakt bovendien duidelijk dat de Commissie haar beschikkingen uitsluitend mag baseren op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken.

153. Uit haar functie in de administratieve procedure volgt dat een mededeling van de punten van bezwaar een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens. Om die reden kan en moet de Commissie rekening houden met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen om onder meer ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen. [121]

154. De omstandigheid dat de Commissie bij de controle op concentraties, anders dan in het toepassingsgebied van de artikelen 81 EG en 82 EG, aan strikte termijnen is onderworpen, verandert evenmin iets aan het voorlopige karakter van de mededeling van de punten van bezwaar. Ook voor de betrokken ondernemingen leidt het vereiste van snelheid bij een procedure ter controle van concentraties vanzelfsprekend tot bijzonder korte termijnen waarbinnen zij hun rechten van verdediging kunnen uitoefenen. De volledige inachtneming van de rechten van de verdediging vereist echter dat de tegenargumenten van betrokkenen in de procedure ter controle van concentraties niet minder in aanmerking worden genomen dan in een mededingingsrechtelijke procedure. Dienovereenkomstig kan een dergelijk argument bij de controle op concentraties net zo goed als bij de mededingingsrechtelijke procedure tot een wijziging van het standpunt van de Commissie leiden, zelfs kort voor het aflopen van de termijn voor een goedkeurings- of verbodsbeschikking.

155. Tegen deze achtergrond was het zeker ongelukkig dat het Gerecht in het bestreden arrest het feit dat „de Commissie haar standpunt fundamenteel heeft gewijzigd" in de periode voor de goedkeuringsbeschikking,

117 — Vaste rechtspraak sedert de arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punten 9 en 11), en 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 10).

118 — Overeenkomstig artikel 13, lid 2, van verordening nr. 447/98 doet de Commissie in de procedure ter controle van concentraties de aanmeldende partijen en andere betrokkenen schriftelijk mededeling van haar bezwaren en stelt zij een termijn vast, waarbinnen zij hun standpunt schriftelijk kenbaar kunnen maken.

119 — Arrest SGL Carbon/Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 55).

120 — Zie artikel 13, lid 2, en artikel 14 van verordening nr. 447/98.

121 — Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 67); in dezelfde zin reeds arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 117, punt 14) en arrest van 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70).

omdat dit zo „laat" is gebeurd, heeft beschouwd als een omstandigheid die „verbazing [kan] wekken" [122], en algemeen de kans op een fundamentele wijziging van het standpunt van de Commissie als des te „kleiner" heeft gekenmerkt „naarmate de administratieve procedure vordert". [123]

156. Wanneer de Commissie haar beoordeling van een bij haar aangemelde concentratie wijzigt als gevolg van de tegenargumenten van betrokkenen omtrent de punten van bezwaar, dan gebeurt deze heroriëntering van het geval geenszins „laat", maar op een in de procedure ter controle van concentraties gebruikelijk tijdstip. Evenmin kan men zeggen dat een dergelijke gebeurtenis „verbazing wekt" of dat de kans erop „kleiner" is [124]: zij drukt uit dat de rechten van de verdediging in acht zijn genomen en toont aan dat het horen van betrokkenen geen farce is.

157. Anders dan rekwirantes en de Commissie, ben ik echter niet van mening dat het bestreden arrest op grond van deze ietwat ongelukkige bewoordingen van het Gerecht blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, waarin een juridisch onjuiste grondgedachte over de aard en de functie van een mededeling van de punten van bezwaar tot uitdrukking komt.

158. In een adem met zijn uitspraken omtrent het „verbazing wekkende" karakter ervan en het „late" tijdstip waarop „de Commissie haar standpunt fundamenteel heeft gewijzigd", benadrukt het Gerecht namelijk het voorbereidende karakter van de mededeling van de punten van bezwaar, ook bij de controle van concentraties; het erkent bovendien dat de Commissie overeenkomstig de rechtspraak inzake de artikelen 81 EG en 82 EG niet verplicht is om eventuele afwijkingen van de mededeling van de punten van bezwaar te verklaren. [125]

159. Derhalve ben ik van mening dat het Gerecht in zijn algemene uiteenzetting met betrekking tot de verhouding tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar, de aard en de functie van deze mededeling uiteindelijk niet heeft miskend.

160. Zelfs wanneer men echter zou uitgaan van een dergelijke onjuiste rechtsopvatting, dan zou dat niet de vernietiging van het bestreden arrest rechtvaardigen, omdat het, zoals ik hierna zal aantonen [126], niet tot een rechtens onjuiste beoordeling van de eerste goedkeuringsbeschikking heeft geleid en daarmee a priori geen gevolgen voor het dictum van het bestreden arrest kon hebben. [127]

122 — Punt 283 van het bestreden arrest.

123 — Punt 285 van het bestreden arrest.

124 — In de geschiedenis van de Europese controle op concentraties zijn er talrijke voorbeelden van goedkeuringsbeschikkingen waaraan een mededeling van de punten van bezwaar voorafging. Terecht wijzen rekwirantes in dit verband bij wijze van voorbeeld op de volgende zaken: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals en COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Punten 284 en 285 van het bestreden arrest; in dezelfde zin punten 300, 335, 410 en 446 van het bestreden arrest.

126 — Punten 161-182 van deze conclusie.

127 — Krachtens vaste rechtspraak dient een hogere voorziening te worden afgewezen wanneer in de motivering van een arrest van het Gerecht blijkt van een schending van het gemeenschapsrecht, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt (zie onder andere arrest van 21 september 2006, JCB Service/Commissie, C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 186; evenzo het arrest Commissie/Tetra Laval, aangehaald in voetnoot 96, punt 89).

b) Concrete verwijzingen van het Gerecht naar de mededeling van de punten van bezwaar

161. Nog te onderzoeken blijft de kritiek van rekwirantes en de Commissie op een reeks concrete verwijzingen van het Gerecht naar de mededeling van de punten van bezwaar, die het heeft gemaakt in het kader van zijn beoordeling van de rechtmatigheid van de eerste goedkeuringsbeschikking. Aan het Gerecht wordt verweten dat het zijn oordeel dat de eerste goedkeuringsbeschikking onwettig is, ten onrechte heeft gebaseerd op een vergelijking tussen de beschikking en de mededeling van de punten van bezwaar, in plaats van zich alleen op de beschikking te richten.

162. Ook deze stelling is niet steekhoudend.

163. Het is weliswaar juist dat in het bestreden arrest vaak naar de mededeling van de punten van bezwaar wordt verwezen. Het Gerecht benadrukt met name veelvuldig dat de Commissie in de eerste goedkeuringsbeschikking haar beschrijving en beoordeling van bepaalde feiten in vergelijking met de mededeling van de punten van bezwaar, heeft afgezwakt [128] of gewijzigd [129].

164. Het Gerecht heeft zich echter enkel bij oppervlakkige beschouwing met betrekking tot de door hem vastgestelde onjuiste rechtsopvattingen in de eerste goedkeuringsbeschikking op zulke loutere verschillen met de mededeling van de punten van bezwaar gebaseerd. Bij een nadere beschouwing blijkt namelijk dat zowel de door het Gerecht vastgestelde gebrekkige motivering als de door hem vastgestelde kennelijke beoordelingsfout uit de goedkeuringsbeschikking zelf zijn afgeleid.

165. Wat de *gebrekkige motivering* betreft, bevat de uiteenzetting van het Gerecht over het specifieke hoofdstuk van de eerste goedkeuringsbeschikking dat zich met de transparantie van de markt bezighoudt [130], geen verwijzing naar de mededeling van de punten van bezwaar. [131] Ook de verdere uiteenzetting van het Gerecht over de gebrekkige motivering [132] bevat weinig verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar; zij bevinden zich enkel in de punten 300, 302 en 308 van het bestreden arrest, en geen van hen is doorslaggevend voor het oordeel van het Gerecht, dat de eerste goedkeuringsbeschikking met betrekking tot de daarin gestelde ontbrekende markttransparantie ontoereikend is gemotiveerd:

— In punt 308 van het bestreden arrest, dat is gewijd aan de ontwikkeling van de brutoprijzen en de nettoverkoopprijzen voor handelaren, baseert het Gerecht zich op de inhoud van de eerste goedkeuringsbeschikking. Het vergelijkt deze beschikking niet met de mededeling van de punten van bezwaar en stelt er dienovereenkomstig ook geen verschillen tussen vast. Veeleer lijkt het Gerecht uit beide documenten qua tendens dezelfde

128 — Zie bijvoorbeeld punten 300, 302 en 338 van het bestreden arrest.

129 — Zie bijvoorbeeld punten 378, 379, 398 en 447 van het bestreden arrest.

130 — Overwegingen 111-113 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking.

131 — Punten 289-294 van het bestreden arrest.

132 — Punten 295-324 van het bestreden arrest.

uitspraak te willen afleiden; de mededeling van de punten van bezwaar dient voor het Gerecht dus enkel als aanvullende toelichting op zijn uit de beschikking zelf verkregen inzichten.

— Ook in punt 302 van het bestreden arrest heeft de verwijzing naar de mededeling van de punten van bezwaar een puur toelichtend karakter, aangezien naar de mening van het Gerecht zelfs uit het afgezwakte standpunt inzake de prijzen waartegen de detailhandel inkoopt in de eerste goedkeuringsbeschikking, „nog een ander element dat de markttransparantie bevordert" blijkt.

— Dat ten slotte de verwijzing naar de mededeling van de punten van bezwaar in punt 300 van het bestreden arrest niet beslissend was voor de argumentatie van het Gerecht, maakt het Gerecht ook zelf uitdrukkelijk duidelijk in het onmiddellijk daarna volgende punt: „Hoe dan ook heeft de Commissie, *al heeft zij dan slechts rekening gehouden met de in de beschikking overgenomen punten*, geconcludeerd dat de catalogusprijzen veeleer op elkaar leken te zijn afgestemd." [133]

166. Voor het oordeel van het Gerecht dat er sprake was van een gebrekkige motivering, die op zich reeds tot nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking heeft geleid [134], speelden bijgevolg eventuele verschillen tussen deze beschikking en de mededeling van de punten van bezwaar geen rol. Anders dan rekwirantes en de Commissie menen, diende de mededeling van de punten van bezwaar voor het Gerecht hier dus niet als maatstaf voor de toetsing van de eerste goedkeuringsbeschikking.

167. Wat nu de door het Gerecht vastgestelde *kennelijke beoordelingsfout* betreft, moet ik erkennen dat de verwijzingen in het bestreden arrest naar de mededeling van de punten van bezwaar talrijker zijn; zij bevinden zich in de punten 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 en 538 van het bestreden arrest. [135]

168. Zonder twijfel dienen de in de punten 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 en 538 van het bestreden arrest opgenomen verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar wederom enkel ter toelichting en aanvulling van datgene wat het Gerecht toch al rechtstreeks uit de eerste goedkeuringsbeschikking heeft afgeleid. Het puur aanvullende karakter van deze verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar wordt in de genoemde punten van het arrest ook verduidelijkt door taalkundige toevoegingen zoals „bovendien", „overigens", „verder", „daarenboven", „zie eveneens" en „[d]it geldt des te meer, daar […]". Nergens wordt een of andere tegenstrijdigheid tussen de goedkeuringsbeschikking en de mededeling van de punten van bezwaar gekritiseerd. De mededeling van de punten van bezwaar is

133 — Punt 301 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

134 — Punt 325 van het bestreden arrest.

135 — Het door rekwirantes en de Commissie daarenboven gekritiseerde punt 491 van het bestreden arrest bevat weliswaar ontegenzeglijk eveneens een verwijzing naar de mededeling van de punten van bezwaar. Hierop kan echter a priori niet een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht zijn gebaseerd, omdat daar uitsluitend de argumenten van Impala worden samengevat. Derhalve wordt dit punt van het bestreden arrest hierna niet verder besproken.

geen maatstaf van de rechterlijke toetsing van de goedkeuringsbeschikking geworden.

169. Datzelfde geldt voor de punten 378 en 379 van het bestreden arrest. Wanneer men ze leest in samenhang met het direct daaraan voorafgaande punt 377, dan dienen ook zij alleen ter toelichting en aanvulling van datgene wat het Gerecht daarvoor — met het oog op de transparantie van de kortingen — enkel en alleen uit de goedkeuringsbeschikking heeft afgeleid en als volgt heeft samengevat: „Bijgevolg kunnen de in de beschikking genoemde bewijzen niet de conclusies staven die eruit getrokken zijn." [136]

170. Problematischer lijken daarentegen de verwijzingen naar de mededeling van de punten van bezwaar in de punten 335, 398, 408 tot en met 410, 419, 424, 446, 447, 451 en 528 van het bestreden arrest. Op het eerste gezicht lijkt het inderdaad alsof het Gerecht de Commissie daar wil verwijten dat zij zich zonder voldoende verklaring in haar eerste goedkeuringsbeschikking heeft gedistantieerd van de mededeling van de punten van bezwaar. [137]

171. Krachtens rechtspraak, waarnaar ook rekwirantes en de Commissie in het onderhavige geding hebben verwezen, is de Commissie *niet verplicht* in haar beschikking eventuele verschillen met haar mededeling van de punten van bezwaar te verklaren, aangezien dit een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen. [138] Een beschikking van de Commissie in een mededingingsrechtelijke procedure of in een procedure ter controle van concentraties mag bijgevolg niet enkel deswege geacht worden blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en nietig worden verklaard, omdat zij zonder nadere verklaring inhoudelijk van de mededeling van de punten van bezwaar afwijkt.

172. Dit sluit evenwel niet uit dat een van de mededeling van de punten van bezwaar afwijkende beschikking *om andere redenen*, die uit deze beschikking zelf voortvloeien, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en derhalve in beroep nietig wordt verklaard.

173. In dit verband herinner ik er met name aan, dat van de Commissie bij de controle op concentraties een beoordeling van ingewikkelde economische verbanden wordt verlangd. Hoewel haar daarbij, zoals ik reeds heb vermeld, een niet onaanzienlijke beoordelingsvrijheid toekomt [139], is zij nochtans altijd onderworpen aan de controle door de gemeenschapsrechter. Deze heeft de taak niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van

136 — Punt 377 van het bestreden arrest.

137 — Hieronder schenk ik aan punt 335 van het bestreden arrest bijzondere aandacht, omdat het door rekwirantes bijzonder nadrukkelijk is gekritiseerd. Mijn uiteenzetting geldt echter eveneens voor de andere hier aan de orde zijnde punten van het bestreden arrest.

138 — Arrest BAT en Reynolds/Commissie (aangehaald in voetnoot 121, punt 70).

139 — Zie daartoe de in voetnoot 96 opgevoerde rechtspraak.

een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. [140]

174. Alhoewel de Commissie in haar beschikking over de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt dus niet behoeft te verklaren waarom zij zich inhoudelijk van de mededeling van de punten van bezwaar heeft gedistantieerd, dient uit haar beschikking toch een drietal zaken te kunnen worden opgemaakt:

— in de eerste plaats, dat de aan de beschikking ten grondslag liggende feiten materieel juist waren, en dat zij met name op een betrouwbare en samenhangende bewijsvoering berustten (*juistheid van het feitenkader*),

— in de tweede plaats, dat in de beschikking geen relevante gegevens buiten beschouwing zijn gebleven, die bij de beoordeling van de concentratie betrokken hadden moeten worden (*volledigheid van het feitenkader*), en

— in de derde plaats, dat de aan de beschikking ten grondslag gelegde feiten de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen (*draagkracht van het feitenkader*). [141]

175. Aanknopingspunten voor de vraag of de Commissie in een concreet geval de relevante gegevens volledig in aanmerking heeft genomen, kunnen blijken uit alle omstandigheden van het geval, met name uit alle documenten die tijdens de administratieve procedure deel hebben uitgemaakt van het procesdossier. Tot deze documenten behoort niet in de laatste plaats ook de mededeling van de punten van bezwaar. Deze mededeling bevat immers een samenvatting van alle feiten en bewijselementen die de Commissie bij de toenmalige stand van de procedure van belang achtte voor de beslissing.

176. In deze zin mocht het Gerecht er in het bestreden arrest dus van uitgaan, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, dat de mededeling van de punten van bezwaar, ondanks het voorlopige karakter ervan, niet „volkomen waardeloos of irrelevant is". [142]

177. Zonder twijfel kan in het verdere verloop van de procedure — met name op grond van het verweer van de betrokken

140 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39).

141 — Zie omtrent deze drie punten nogmaals arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39); zie met name omtrent de volledigheid van het feitenkader ook de arresten Technische Universität München (aangehaald in voetnoot 97, punt 14) en Komninou e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 51), waar de verplichting voor de bevoegde instelling wordt benadrukt om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.

142 — Punt 335, voorlaatste volzin, van het bestreden arrest; zie ook punten 410, 419 en 446 van dit arrest.

ondernemingen — blijken dat de aan de mededeling van de punten van bezwaar ten grondslag gelegde feiten en bewijselementen onvolledig of onjuist waren of dat zij de daaruit getrokken conclusie niet konden schragen. Dat erkent ook het Gerecht terecht door in het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie verplicht is „rekening te houden met de tijdens de administratieve procedure verzamelde gegevens en met de door de betrokken ondernemingen aangevoerde argumenten om punten van bezwaar die uiteindelijk ongegrond blijken te zijn, te laten vallen". [143]

178. Nochtans kan en moet de gemeenschapsrechter zich ervan vergewissen of de Commissie bepaalde door haar verzamelde feiten, waarop zij zich nog heeft gebaseerd in haar mededeling van de punten van bezwaar, tijdens het verdere verloop van de procedure terecht als onjuist of onbetrouwbaar heeft gekwalificeerd en heeft laten vallen. De gemeenschapsrechter kan en moet eveneens beoordelen of eventuele nieuwe feiten waarop de Commissie zich thans baseert, materieel juist zijn, of het zo verzamelde feitenkader volledig is en of het de door de Commissie getrokken conclusies kan schragen.

179. De juistheid, de volledigheid en de draagkracht van het aan een beschikking ten grondslag gelegde feitenkader moet door de rechter kunnen worden gecontroleerd. [144] Zonder een dergelijke controle van het feitenkader van de beschikking zou hoe dan ook niet zinvol kunnen worden beoordeeld of de Commissie binnen de grenzen van de haar toegekende beoordelingsvrijheid is gebleven dan wel een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

180. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest derhalve terecht juist deze controle verricht en daarbij overwogen dat de Commissie „minstens in de procedure voor het Gerecht, moet kunnen uitleggen waarom zij van mening is dat haar voorlopige beoordeling fout was, en de beoordeling in de beschikking vooral verenigbaar moet zijn met de feitelijke vaststellingen in de mededeling van de punten van bezwaar, voor zover niet is aangetoond dat deze onjuist zijn". [145]

181. Anders dan rekwirantes en de Commissie menen, wordt de autoriteit inzake de controle op concentraties daardoor voor het Gerecht niet aan een dubbele belasting blootgesteld. Er wordt niet van haar verlangt om haar beschikking te verdedigen en bovendien nog de eventueel daarvan afwijkende mededeling van de punten van bezwaar te ontkrachten. Zij moet enkel — naar aanleiding van een beredeneerd argument van een verzoeker — kunnen aantonen dat het feitenkader van *haar beschikking* juist en volledig was en de in de beschikking getrokken conclusies kon schragen. Eventuele verklaringen, waarom bepaalde feiten in de loop van de administratieve procedure zijn aangevuld of verdwenen of opnieuw beoordeeld, zijn onverbrekelijk verbonden met de vraag naar de juistheid, de volledig-

143 — Punt 335, derde volzin, van het bestreden arrest.

144 — Zie daartoe nogmaals arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39); in dezelfde zin arresten Technische Universität München (aangehaald in voetnoot 97, punt 14) en Komninou e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 27, punt 51).

145 — Punt 335, laatste volzin, van het bestreden arrest; in dezelfde zin punten 410, 419 en 446 van dat arrest.

heid en de draagkracht van het feitenkader van de beschikking.

182. Alles bij elkaar genomen, heeft het Gerecht de mededeling van de punten bezwaar dus op een aanvaardbare wijze *als aanknopingspunt* aangevoerd toen het erom ging te controleren of de eerste goedkeuringsbeschikking was vastgesteld op basis van een juist en volledig feitenkader, dat de door de Commissie getrokken conclusies kon schragen. Het Gerecht heeft de eerste goedkeuringsbeschikking echter niet *nietig verklaard* wegens eventuele afwijkingen van de mededeling van de punten van bezwaar, maar wegens de ontoereikende motivering ervan en wegens een kennelijke beoordelingsfout. Het Gerecht heeft geconcludeerd dat er sprake was van een beoordelingsfout, omdat het feitenkader van de beschikking onvolledig was en de door de Commissie getrokken conclusie betreffende de onvoldoende markttransparantie niet kon schragen. [146]

c) Voorlopige conclusie

183. Samenvattend stel ik derhalve vast dat het eerste middel en het tweede onderdeel van het zesde middel ongegrond zijn.

146 — Punten 459 en 475 van het bestreden arrest.

3. Bewijskracht van de in antwoord op de punten van bezwaar aangevoerde feiten (tweede middel; eerste onderdeel van het derde middel)

184. Het tweede middel hangt nauw samen met het eerste onderdeel van het derde middel; ik stel derhalve voor, beide samen te bespreken. In wezen verwijten rekwirantes het Gerecht, buitensporige eisen te hebben gesteld aan de bewijskracht van hun betoog in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar. Het Gerecht gaat verder ten onrechte uit van een verplichting van de Commissie om na de mededeling van de punten van bezwaar nieuw marktonderzoek te verrichten.

a) Het bestreden arrest

185. In het kader van zijn controle van de eerste goedkeuringsbeschikking op kennelijke beoordelingsfouten met betrekking tot de transparantie van de markt, oordeelt het Gerecht onder andere, „dat de partijen bij de concentratie niet tot het laatste ogenblik mogen wachten om de Commissie bewijsmateriaal over te leggen teneinde grieven die de Commissie tijdig heeft opgeworpen, te weerleggen, aangezien deze laatste dan niet meer in staat is om de nodige verificaties te verrichten. Minstens moeten deze bewijzen in dit geval bijzonder betrouwbaar, objectief,

relevant en overtuigend zijn om de grieven van de Commissie te kunnen weerleggen." [147]

186. Het Gerecht is verder van mening dat de Commissie „niet zover [kan] gaan dat zij de verantwoordelijkheid voor bepaalde aspecten van het onderzoek zonder enige controle overdraagt aan de partijen bij de concentratie, in het bijzonder wanneer, zoals in casu, deze aspecten het cruciale element vormen waarop de beschikking is gebaseerd en de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens en hun beoordeling hiervan volkomen afwijken van de informatie die de Commissie tijdens haar onderzoek heeft verzameld en van de conclusie die zij hieruit heeft getrokken." [148]

187. In verschillende punten van het bestreden arrest maakt het Gerecht de Commissie bovendien het verwijt, dat zij in aansluiting op het antwoord van de partijen bij de concentratie op de mededeling van de punten van bezwaar geen nieuw marktonderzoek heeft verricht ter controle van de steekhoudendheid van de heroriëntering van haar beoordeling van het voornemen tot concentratie. [149]

147 — Punt 414 van het bestreden arrest.

148 — Punt 415 van het bestreden arrest; net zoals punt 452 van het bestreden arrest.

149 — Zie bijvoorbeeld punten 398, 428 en 451 van het bestreden arrest.

b) Beoordeling

188. Zoals ik reeds in verband met het eerste middel heb vermeld, is in de procedure ter controle van concentraties het in acht nemen van de rechten van de verdediging voor de vaststelling van elke, voor de betrokken ondernemingen mogelijk bezwarende beschikking, een dwingend vereiste [150] (zie eveneens artikel 18, lid 3, tweede volzin, van de concentratieverordening).

189. Het kan de betrokken ondernemingen derhalve niet worden verweten dat zij bepaalde, mogelijkerwijs doorslaggevende argumenten, feiten of bewijselementen niet reeds bij de aanmelding van de concentratie of tijdens het marktonderzoek door de Commissie, maar pas bij hun verweer tegen de mededeling van de punten van bezwaar naar voren brengen. [151] Pas uit deze mededeling van de punten van bezwaar kunnen de partijen bij de concentratie namelijk in detail opmaken welke bezwaren de Commissie tegen hun voorgenomen concentratie

150 — Zie punten 150-152 van deze conclusie.

151 — De verplichting van de betrokken ondernemingen om ten behoeve van hun concentratie een inhoudelijk juiste en volledige aanmelding in te dienen, blijft vanzelfsprekend onaangetast (zie artikel 3, lid 1, van verordening nr. 447/98). Bovendien zijn de partijen bij de concentratie verplicht een eventueel verzoek om inlichtingen van de Commissie volledig, waarheidsgetrouw en tijdig te beantwoorden (artikel 11, lid 1, juncto leden 4 en 5, van de concentratieverordening).

aanvoert en op welke argumenten en bewijselementen zij zich hierbij juist baseert. [152]

190. De enkele omstandigheid dat de partijen bij de concentratie bepaalde argumenten, feiten of bewijselementen pas aanvoeren in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, rechtvaardigt derhalve geenszins de veronderstelling dat zij deze informatie „tot het laatste ogenblik" hebben achtergehouden. [153] Uit de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen volgt veeleer hun recht om, wanneer zij schriftelijk en mondeling worden gehoord, dat wil zeggen na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar, alles aan te voeren dat zij geschikt achten om de punten van bezwaar te ontkrachten en Commissie tot goedkeuring van hun concentratie over te halen. Een dergelijk verweer is niet te laat, maar vindt plaats op een uitdrukkelijk daarvoor bepaald moment in de procedure ter controle van concentraties.

191. Net zo min mogen aan het verweer van de betrokken ondernemingen in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, hogere eisen worden gesteld wat de bewijskracht en de overtuigingskracht ervan betreft, dan aan de argumenten van concurrenten, klanten en overige derden, die door de Commissie tijdens de procedure ter controle van concentraties worden geraadpleegd. Hoewel de Commissie het verweer van de partijen bij de concentratie zorgvuldig op de juistheid, volledigheid en overtuigingskracht ervan dient te controleren en het bij gerede twijfel daaraan buiten beschouwing moet laten, dient zij hierbij nochtans dezelfde maatstaven aan te leggen als bij het controleren van de argumenten van derden.

192. Het zou de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen aantasten, wanneer die niet toepasselijk zouden zijn bij hun verweer tegen afzonderlijke punten van bezwaar van de Commissie of wanneer hun verweer a priori een geringere bewijskracht en overtuigingskracht geacht zou worden te hebben dan bijvoorbeeld de door derden in het kader van het marktonderzoek verstrekte gegevens.

193. Bovendien heeft het niets met een „overdracht" van het onderzoek aan de betrokken ondernemingen te maken, als de Commissie in haar beschikking ingaat op hun verweer en het als reden gebruikt om haar verkregen onderzoeksresultaten en haar voorlopige conclusies uit de mededeling van de punten van bezwaar te overdenken en eventueel daarvan af te wijken.

194. Ten slotte kan de Commissie niet in elk afzonderlijk geval verplicht zijn om na de mededeling van de punten van bezwaar en na het horen van de betrokken ondernemingen

152 — Vóór de mededeling van de punten van bezwaar worden de partijen bij de concentratie weliswaar eveneens over de voortgang van de procedure in kennis gesteld (er vinden besprekingen plaats en verder vernemen de aanmeldende partijen bij de inleiding van de formele onderzoeksprocedure krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening, op welke gebieden de Commissie *ernstige bedenkingen* heeft met betrekking tot de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt); deze informatie is echter veel minder gedetailleerd dan een mededeling van de punten van bezwaar en kan afhankelijk van de voortgang van het marktonderzoek ook nog voortdurend wijzigen.

153 — Zou evenwel blijken dat de betrokken ondernemingen bij de aanmelding van hun concentratie of bij de beantwoording van een verzoek om inlichtingen van de Commissie, onjuiste of onvolledige gegevens hebben verstrekt, dan zou dit in de eerste plaats een schending inhouden van hun verplichting om in de procedure ter controle van concentraties met de Commissie samen te werken, en in de tweede plaats de in artikel 8, lid 5, sub a, van de concentratieverordening en in artikel 14, lid 1, sub b en c, van de concentratieverordening genoemde rechtsgevolgen kunnen hebben (intrekken van de goedkeuringsbeschikking en opleggen van geldboetes).

nog nader marktonderzoek te verrichten. De tijdsdruk alleen al, die uit de relatief strikte termijnen voortvloeit, maakt het voor de Commissie onmogelijk om kort voor het verzenden van haar ontwerpbeschikking aan het Raadgevend Comité voor concentraties [154] nog omvangrijke verzoeken om inlichtingen omtrent complexe economische vragen aan talrijke marktdeelnemers te verzenden. Realistisch gezien, zouden in de korte resterende tijd ook slechts zelden bruikbare onderzoeksresultaten kunnen worden verwacht. Bovendien zouden de betrokken ondernemingen over de onderzoeksresultaten opnieuw gehoord moeten worden, wanneer men daarop bijvoorbeeld een verbodsbeschikking zou willen baseren. Terecht hebben rekwirantes derhalve opgemerkt dat het rechtsgevolg van een onduidelijke bewijssituatie *na* het horen van de betrokken ondernemingen niet de inleiding van een nieuw marktonderzoek kan zijn, maar de vaststelling van een beschikking op basis van de aanwezige informatie; daarvoor pleit ook artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening, dat voorziet in een fictieve goedkeuring voor het geval dat de Commissie binnen de haar voorgeschreven termijnen geen beschikking heeft gegeven.

195. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat het Gerecht de rechtssituatie heeft miskend door te oordelen dat de partijen bij de concentratie niet „tot het laatste ogenblik mogen wachten om de Commissie bewijsmateriaal over te leggen teneinde grieven die de Commissie tijdig heeft opgeworpen, te weerleggen", en dat deze bewijzen „*bijzonder* betrouwbaar, objectief, relevant en overtuigend" moeten zijn om de punten van bezwaar van de Commissie te kunnen weerleggen; ook heeft het Gerecht ten onrechte het ontbreken van verder marktonderzoek na de mededeling van de punten van bezwaar gelaakt en het gevolg geven aan het verweer van rekwirantes door de Commissie met een ontoelaatbare overdracht van het onderzoek aan de partijen bij de concentratie gelijkgesteld. [155]

196. Dientengevolge zijn het tweede middel en het eerste onderdeel van het derde middel gegrond.

197. Daaruit volgt echter nog niet dat het bestreden arrest zou moeten worden vernietigd. [156] Het Gerecht kritiseert namelijk niet alleen dat de Commissie zich bij haar beoordeling van de markttransparantie op het verweer van Bertelsmann en Sony heeft gebaseerd en heeft afgezien van nieuw marktonderzoek. Het controleert veeleer de overwegingen van de Commissie met betrekking tot de markttransparantie ook inhoudelijk op kennelijke beoordelingsfouten.

198. Ik moet in dit verband benadrukken dat het Gerecht niet pas in de hier litigieuze passages van het bestreden arrest, maar reeds duidelijk eerder, in punt 377, een kennelijke beoordelingsfout vaststelt: „Bijgevolg kunnen de in de beschikking genoemde bewijzen niet

154 — Artikel 19, leden 3-7, van de concentratieverordening.

155 — Zie daartoe nogmaals met name punten 414 en 415 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

156 — Zie daartoe nogmaals de in voetnoot 127 opgevoerde rechtspraak.

de conclusies staven die eruit getrokken zijn." Deze vaststelling hangt nog niet samen met het hier litigieuze verweer van de partijen bij de concentratie met betrekking tot de promotionele kortingen en het in aanmerking nemen daarvan door de Commissie.

4. Eisen aan de bewijsvoering bij de goedkeuring van concentraties (tweede onderdeel van het derde middel)

201. Met het tweede onderdeel van hun derde middel voeren rekwirantes aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door onjuiste en buitensporige eisen te stellen aan de bewijsvoering bij de goedkeuring van concentraties door de Commissie. [158]

199. Ook in de punten 384 tot en met 387 van het bestreden arrest stelt het Gerecht een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie vast, die niet is gebaseerd op het in aanmerking nemen van het verweer van de partijen bij de concentratie met betrekking tot de promotionele kortingen, maar op de inhoudelijk onjuiste beoordeling door de Commissie van de resultaten van het marktonderzoek, met name van de antwoorden van de detailhandelaren.

202. Hun kritiek op het bestreden arrest motiveren rekwirantes als volgt: het Gerecht heeft algemeen miskend dat de Commissie bij goedkeuringsbeschikkingen en verbodsbeschikkingen niet aan dezelfde eisen aan de bewijsvoering is onderworpen; volgens hen bestaat er een asymmetrie in de eisen aan de bewijsvoering en een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt. Concreet heeft het Gerecht in het onderhavige geval ten onrechte van de Commissie verlangd om het positieve bewijs van het *ontbreken van markttransparantie* te leveren; het Gerecht zou naar de mening van rekwirantes echter enkel hebben mogen controleren of de Commissie ten tijde van de eerste goedkeuringsbeschikking over voldoende bewijs voor het *bestaan van markttransparantie* beschikte.

200. Elk van deze beide kennelijke beoordelingsfouten volstaat op zichzelf reeds voor de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking door het Gerecht. Afgezien daarvan rechtvaardigde, zoals ik reeds heb vermeld, ook de gebrekkige motivering, die het Gerecht heeft vastgesteld zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking. [157]

157 — Zie hierboven, punten 93-144 van deze conclusie.

158 — De navolgende uiteenzetting geldt eveneens voor het in de punten 98-100 en punt 102 van het verzoekschrift opgenomen onderdeel van het zesde middel.

a) Gestelde asymmetrie in eisen aan goedkeurings- en verbodsbeschikkingen in de concentratieverordening

203. Ik richt mij om te beginnen op het argument van rekwirantes, dat de eisen aan de bewijsvoering in de concentratieverordening asymmetrisch zijn en dat er een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt bestaat.

— Concentratiebeschikkingen zijn gebaseerd op prognoses

204. Ik moet ter inleiding benadrukken dat de concentratiebeschikkingen van de Commissie zich op een wezenlijk punt onderscheiden van die in mededingingsrechtelijke procedures overeenkomstig artikel 81 EG en die in procedures ter bestraffing van het misbruiken van een machtspositie overeenkomstig artikel 82 EG: bij de controle op concentraties wordt van de Commissie niet verlangd om het — gesteld onwettige — gedrag van ondernemingen in het verleden te beoordelen en eventueel te bestraffen, maar veeleer een *prognose* te geven over de toekomstige ontwikkeling van de markt. Zij dient te beoordelen of een concentratie een machtspositie in het leven kan roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd (artikel 2, leden 2 en 3, evenals artikel 8, leden 2 en 3, van de concentratieverordening).

205. De beslissing van de Commissie om een bepaalde concentratie goed te keuren of te verbieden, is dus noodzakelijkerwijs op een *ex ante* geveld waarschijnlijkheidsoordeel gebaseerd. Dat wordt ook door het Hof erkend in het arrest Commissie/Tetra Laval, waar het heeft geoordeeld dat het er bij de controle op concentraties om gaat, „in te schatten hoe waarschijnlijk toekomstige gebeurtenissen zijn”. [159]

206. Bij de controle door de rechter van een dergelijk waarschijnlijkheidsoordeel kan het niet zozeer om de *bewijsbaarheid* gaan, maar veeleer om de aannemelijkheid van de prognose van de Commissie, dat een concentratie positieve of negatieve gevolgen voor de mededinging zal hebben. De Commissie dient enkel bewijzen te kunnen overleggen van de feiten waarop ze haar prognose heeft gebaseerd, bijvoorbeeld van de door haar onderzochte elementen van de marktstructuur (in het onderhavige geval bijvoorbeeld de diverse factoren die voor respectievelijk tegen het veronderstellen van markttransparantie pleiten). In deze zin heeft het Hof in het arrest Commissie/Tetra Laval vastgesteld dat „die [bewijs]elementen grond dienen op te leveren voor de beoordeling van de Commissie, dat de economische ontwikkelingen die zij verwacht […] *realistisch* zijn”. [160]

207. De norm, volgens welke een prognose van de Commissie omtrent de te verwachten ontwikkeling van de markt als *realistisch* of

159 — Arresten Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 42) en General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 64).

160 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 44; cursivering van mij).

onrealistisch moet worden beschouwd, dient met inachtneming van de bijzonderheden van de procedure ter controle van concentraties te worden bepaald. De Commissie legt in haar concentratiebeschikkingen krachtens artikel 8 van de concentratieverordening geen sancties op en grijpt ook niet in in de bewegingsvrijheid of de fysieke integriteit van natuurlijke personen. Veeleer verleent of weigert de Commissie enkel administratiefrechtelijke vergunningen voor een economische activiteit, namelijk de concentratie van ondernemingen. Bovendien gebeurt dit in een procedure die wordt gekenmerkt door een vereiste van snelheid en door een uitgekiend en relatief strikt regime van termijnen. [161]

208. Gelet op deze eigenschappen van de procedure ter controle van concentraties, lijkt het mij voor de Commissie een passend richtsnoer, uit te gaan van de marktontwikkeling die zij aan het eind van een meerdere maanden durend intensief onderzoek van een concentratie, het meest waarschijnlijk acht (in het Engels: „balance of probabilities"). Het Gerecht van eerste aanleg heeft dit bijvoorbeeld nog niet zo lang geleden in het arrest General Electric/Commissie zeer treffend verwoord: „Voor een prospectieve analyse […] is het nodig dat men zich een beeld vormt van de diverse ketens van oorzaak en gevolg, *om vervolgens te kiezen voor die waarvan de waarschijnlijkheid het grootst is*". [162]

209. Is derhalve het in het leven roepen of versterken van een machtspositie waarschijnlijker dan het uitblijven ervan, dan moet de concentratie worden verboden; is daarentegen het in het leven roepen of versterken van een dergelijke positie minder waarschijnlijk dan het uitblijven ervan, dan moet de concentratie worden goedgekeurd. De gemeenschapsrechter moet de desbetreffende prognose van de Commissie op kennelijke beoordelingsfouten controleren, en moet dus nagaan of de Commissie zich baseert op een juist en volledig feitenkader en of dat feitenkader de prognose kan schragen. [163]

210. Ik zou het weinig doelmatig achten, de meetlat bij de controle op concentraties hoger te leggen en bijvoorbeeld te eisen dat de door de Commissie geprognosticeerde ontwikkeling van de markt „zeer waarschijnlijk" of „bijzonder waarschijnlijk" moet zijn, om voor de rechter overeind te blijven. [164] In de eerste plaats zou een dergelijke hogere waarschijnlijkheidsnorm afbreuk doen aan de functie van de Commissie op het gebied van het mededingingsbeleid. De Commissie zou dan met open ogen concentraties moeten goedkeuren, hoewel deze waarschijnlijk een machtspositie in het leven zouden roepen of versterken en bijgevolg voor de mededinging schadelijke gevolgen zouden hebben. De Commissie zou enkel nog kunnen ingrijpen in gevallen waarin een concentratie „zeer waarschijnlijk" of „bijzonder waarschijnlijk" dergelijke voor de mededinging schadelijke gevolgen zou hebben. In de tweede plaats zou een dergelijke hogere waarschijnlijkheids-

161 — Zie punt 12 van deze conclusie.

162 — Arrest General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 64, laatste volzin; cursivering van mij).

163 — Arresten Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39), Spanje/Lenzing (aangehaald in voetnoot 97, punt 57) en General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 63); zie verder punten 173 en 174 van deze conclusie.

164 — Anders dan advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie van 25 mei 2004 in de zaak Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, aangehaald in voetnoot 96, punt 74), die voor een verbod verlangt dat de aangemelde concentratie *zeer waarschijnlijk* een dergelijke machtspositie in het leven zou roepen of versterken.

norm zich maar slecht verdragen met de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie bij de beoordeling van complexe economische verbanden beschikt [165] en waarvan haar prognose inzake de te verwachten ontwikkeling van de markt ten gevolge van een concentratie van ondernemingen, het uitgangspunt is.

211. Het kan al helemaal niet beslissend zijn, of de Commissie aan het eind van haar meerdere maanden durend intensief onderzoek van een concentratie in staat is om *zonder redelijke twijfel* aan te nemen, respectievelijk uit te sluiten dat er een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt. [166] Deze bijzonder hoge norm is vooral uit strafrechtelijke of daarmee vergelijkbare procedures bekend. In de procedure ter controle van concentraties wordt hij alleen in de fase van het voorlopig onderzoek („fase I") toegepast, als compensatie voor het feit dat in dat deel van de procedure een concentratie enkel summier kan worden onderzocht. „Grote twijfel" over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt belet dan ook enkel dat de concentratie *overhaast wordt goedgekeurd*, en dwingt de Commissie om eerst een intensief onderzoek in de formele onderzoeksprocedure („fase II") te verrichten (artikel 6, lid 1, sub b en c, van de concentratieverordening). [167] Na een dergelijk intensief onderzoek moet de concentratie echter ondanks mogelijk resterende twijfel worden goedgekeurd, vooropgesteld dat het volgens de prognose van de Commissie minder waarschijnlijk is dat een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt, dat zij uitblijft. Omgekeerd moet de concentratie ondanks mogelijk resterende twijfel worden verboden, wanneer de Commissie na een intensief onderzoek het in het leven roepen of versterken van een machtspositie waarschijnlijker acht dan het uitblijven daarvan.

— Symmetrie van de aan goedkeuringen en verboden gestelde eisen

212. Ik kan geen verschil ontdekken tussen de juridische vereisten inzake goedkeuringsbeschikkingen enerzijds, en verbodsbeschikkingen anderzijds. Anders dan rekwirantes menen, bestaat een dergelijk verschil noch met betrekking tot de mate van aannemelijkheid van de door de Commissie op te stellen prognose, noch met betrekking tot de betrouwbaarheid van het feitenkader waarop zij is gebaseerd.

213. Zowel artikel 2 van de concentratieverordening, dat voorziet in het algemene onderzoeksprogramma voor de controle

165 — Zie daartoe reeds punten 126 en 173 van deze conclusie.

166 — Zo ook advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie van 25 mei 2004 in de zaak Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, aangehaald in voetnoot 96, punt 74): „Men kan dus niet stellen dat de Commissie, om een concentratie te verbieden, *met absolute zekerheid* moet vaststellen dat deze een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd" (cursivering van mij).

167 — Zie voor een voorbeeld uit het milieurecht, arrest van 7 september 2004, Waddenvereniging en Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, Jurispr. blz. I-7405, punten 44 en 55-59).

van een voornemen tot concentratie door de Commissie, als artikel 8 van de concentratieverordening, dat de beschikkingsbevoegdheden van de Commissie opsomt, zijn in hun respectieve leden 2 en 3 volledig symmetrisch opgebouwd.

214. In deze symmetrie wordt ten slotte weerspiegeld dat de Commissie in elk afzonderlijk geval gelijkwaardige, in het primaire recht verankerde, te beschermen goederen tot een gerechtvaardigd compromis moet brengen [168], namelijk enerzijds de rechten en belangen van de partijen bij de concentratie en anderzijds het algemene belang om de mededinging tegen vervalsing te beschermen (artikel 3, lid 1, sub g, EG). [169] Aldus omvatten de vrijheid van ondernemen van de deelnemende ondernemingen en de eigendomsrechten van hun aandeelhouders (artikel 16 en 17 van het Handvest van de grondrechten) weliswaar zonder twijfel het recht om concentraties van ondernemingen tot stand te brengen; dit geldt echter enkel voor zover niet, ter bescherming van de mededinging tegen vervalsing, bepaalde voorwaarden of verplichtingen of zelfs een verbod van de desbetreffende concentratie gerechtvaardigd zijn.

215. Het door rekwirantes aangevoerde arrest Commissie/Tetra Laval pleit niet tegen deze symmetrie in de eisen die worden gesteld aan goedkeurings- en verbodsbeschikkingen. Met het daar gestelde vereiste van een „deugdelijk bewijs" (in het Engels: „convincing evidence") [170] wordt de Commissie immers enkel aangespoord om haar waarschijnlijkheidsoordeel op een betrouwbaar feitenkader te baseren. Dat blijkt overigens eveneens in een ander punt van het arrest Commissie/Tetra Laval, waar het Hof de „kwaliteit" van de door de Commissie overgelegde bewijselementen als „bijzonder belangrijk" kenmerkt, „aangezien die elementen grond dienen op te leveren voor de beoordeling van de Commissie, dat de economische ontwikkelingen die zij verwacht […] realistisch zijn." [171]

216. De eis van een „deugdelijk" bewijs mag bijvoorbeeld niet aldus verkeerd worden begrepen, dat daarmee de maatlat voor verbodsbeschikkingen hoger wordt gelegd dan voor goedkeuringsbeschikkingen. Zoals het Hof namelijk in het arrest Commissie/Tetra Laval heeft duidelijk gemaakt, wordt door de eis van een „deugdelijk" bewijs „volstrekt geen voorwaarde inzake het vereiste bewijsniveau toegevoegd, maar enkel herinnerd aan de kernfunctie van bewijs, namelijk *de overtuiging doen ontstaan* dat een zienswijze, of […] een concentratiebeschikking, gegrond is". [172]

168 — Zie de derde en de vierde overweging van de considerans van de concentratieverordening enerzijds, en de vijfde overweging van de considerans ervan anderzijds.

169 — Zie verder de eerste, de tweede en de vijfde overweging van de considerans van de concentratieverordening. De bescherming van de mededinging tegen vervalsing is in het belang van alle marktdeelnemers, met inbegrip van de consument (zie arresten van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 25; 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 125, en 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 106).

170 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 41); zie bovendien arrest „Kali & Salz" (aangehaald in voetnoot 16, punt 228), waar wordt gesproken over „significante en overeenstemmende gegevens" (Engels: „cogent and consistent evidence"). De Duitse vertaling van het arrest Commissie/Tetra Laval, waar wordt gesproken over „eindeutigen Beweisen" (in de Nederlandse taalversie: „deugdelijk bewijs"), lijkt mij de Engelstalige uitdrukking „convincing evidence" niet juist weer te geven; ik gebruik hier en hierna derhalve voor „convincing" steeds het bijvoeglijk naamwoord „deugdelijk".

171 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 44).

172 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 41); cursivering van mij.

217. Dat voor een *verbod* van een voornemen tot concentratie strengere eisen zouden gelden dan voor de goedkeuring daarvan, kan uit de aangehaalde passages van het arrest Commissie/Tetra Laval net zo min worden geconcludeerd als uit de aansporing van het Hof, dat de Commissie bij haar prospectieve analyse „zeer zorgvuldig" te werk moet gaan. [173] De Commissie mag namelijk bij de *goedkeuring* van een concentratie geenszins „onzorgvuldig" tewerkgaan en zich op minder „deugdelijke" bewijzen baseren dan bij een verbod. Anders zou zij haar kerntaak niet vervullen om de mededinging op de interne markt tegen vervalsing te beschermen.

218. Is derhalve het in het leven roepen of versterken van een machtspositie waarschijnlijker dan het uitblijven daarvan, dan moet de concentratie worden verboden; is daarentegen het in het leven roepen of versterken van een dergelijke positie minder waarschijnlijk dan het uitblijven daarvan, dan moet de concentratie worden goedgekeurd. Deze beide waarschijnlijkheidsoordelen vormen twee zijden van dezelfde medaille. Zij dienen elk zeer zorgvuldig te worden geveld en te zijn gebaseerd op een feitenkader dat niet enkel juist en volledig is — daartoe behoeft het „deugdelijke" bewijzen —, maar dat eveneens de daaruit getrokken conclusies kan schragen. [174]

— Geen algemeen vermoeden van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt

219. Uit de hierboven beschreven symmetrie en uit de gelijkwaardigheid van de te beschermen goederen [175] volgt eveneens dat de concentratieverordening geen *algemeen vermoeden* kent ten gunste van de verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt. De Commissie moet in elk afzonderlijk geval over de verenigbaarheid of onverenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt uitdrukkelijk beslissen [176], en vóór een dergelijke beschikking is het de betrokken ondernemingen uitdrukkelijk verboden hun concentratie tot stand te brengen (artikel 7, leden 1 en 5, van de concentratieverordening).

220. Uit het arrest EDP/Commissie [177], waarnaar rekwirantes verwijzen, blijkt niets anders. Daar maakt het Gerecht weliswaar duidelijk dat de twijfel van de Commissie niet volstaat om het verbod van een concentratie te rechtvaardigen. Daaruit kan echter geenszins a contrario worden geconcludeerd dat er sprake is van een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt. Dat blijkt eveneens uit een blik op de vijftiende overweging van de considerans van de concentratieverordening, volgens welke hoogstens bij concentraties met een beperkt marktaandeel

173 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 42).

174 — Arresten Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39) en General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 63); zie verder punten 173 en 174 van deze conclusie.

175 — Deze te beschermen goederen zijn enerzijds de rechten en belangen van de partijen bij de concentratie en anderzijds het algemeen belang om de mededinging tegen vervalsing te beschermen; zie daartoe nogmaals punt 214 van deze conclusie.

176 — Aldus eveneens arrest General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 61).

177 — Arrest van 21 september 2005, EDP/Commissie (T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punt 64).

ervan kan worden uitgegaan dat zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn.

221. Slechts bij hoge uitzondering kan naar mijn mening bij de volgende twee groepen gevallen de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt worden vermoed.

222. De eerste groep gevallen betreft aangemelde concentraties waarover de Commissie in strijd met haar wettelijke verplichting niet tijdig heeft beslist. Er bestaat krachtens artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening een wettelijk vermoeden dat dergelijke concentraties verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt (zie artikel 7, leden 1 en 5, van de concentratieverordening). Een verdergaand *algemeen* vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt kan uit artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening echter op grond van zijn uitzonderingskarakter en zijn systematische positie in samenhang met de regeling van de termijnen, niet worden afgeleid. [178]

223. De tweede groep gevallen betreft concentraties waar het onderzoek door de Commissie tot een dermate onduidelijke bewijssituatie leidt, dat er geen betrouwbare prognose mogelijk is of over de vraag of deze concentratie uiteindelijk al of niet een machtspositie in het leven zal roepen of versterken. Advocaat-generaal Tizzano heeft voor deze gevallen het begrip „grijs gebied" geformuleerd. [179] Volgens mij mag dit begrip echter niet aldus verkeerd worden begrepen, dat het om een aanzienlijk aantal gevallen zou gaan. Ik ben van mening dat het enkel kan gaan om enige beperkte en zeldzame grensgevallen, waarin het ook na uitvoerige marktonderzoeken niet duidelijk is naar welke zijde de weegschaal zal uitslaan. Enkel dergelijke „non liquet"-gevallen zouden ingevolge het beginsel „in dubio pro libertate" verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moeten worden verklaard en moeten worden goedgekeurd. Een verdergaand *algemeen* vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt kan echter ook uit het bestaan van deze groep gevallen niet worden afgeleid.

224. Los van de precieze reikwijdte van laatstgenoemde twee groepen gevallen, staat echter vast dat het onderhavige geval onder geen van beide valt. De Commissie heeft de termijn om te beslissen over de concentratie niet in strijd met haar verplichting laten verstrijken en evenmin bestond er volgens de vaststellingen van het Gerecht een onduidelijke bewijssituatie. [180] Ook de Commissie heeft weliswaar zelf op verschillende plaatsen in haar eerste goedkeuringsbeschikking over een gebrek aan bewijs voor bepaalde feiten gesproken [181], zij heeft het onderhavige geval echter, voor zover bekend, nooit gekwalificeerd als een grensgeval waarin het tot een „non liquet" zou zijn gekomen. Zij heeft

178 — Zie met betrekking tot artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening eveneens het hierboven in punt 102 van deze conclusie gestelde.

179 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 25 mei 2004 in de zaak Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, aangehaald in voetnoot 96, punten 76-81, met name punt 76).

180 — Zie o.a. punten 290, 294, 303, 347, 362, 407 en 435 van het bestreden arrest.

181 — Zie bijvoorbeeld de overwegingen 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 en 158 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking.

integendeel tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof uitdrukkelijk benadrukt dat de discussie over grensgevallen, waarin het bewijs onduidelijk is, puur hypothetisch is. [182]

— Voorlopige conclusie

225. Alles bijeen dient bijgevolg het argument van rekwirantes te worden verworpen, dat aan de concentratieverordening een asymmetrie van aan goedkeurings- en verbodsbeschikkingen gestelde eisen alsook een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt ten grondslag ligt. Evenmin moet worden aangenomen dat het onderhavige geval tot een van de twee groepen gevallen zou kunnen behoren, waarin bij wijze van uitzondering een vermoeden van verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt geldt.

b) In het onderhavige geval door het Gerecht aan de bewijsvoering gestelde eisen

226. Ik moet nog onderzoeken of het Gerecht in het onderhavige geval voor de vaststellingen van Commissie met betrekking tot de markttransparantie de juiste eisen aan de bewijsvoering heeft gesteld.

227. Rekwirantes voeren aan dat het Gerecht niet van de Commissie had mogen verlangen, het positieve bewijs van het *ontbreken van markttransparantie* te leveren; het Gerecht zou zich veeleer hebben moeten beperken tot het controleren of de Commissie ten tijde van de eerste goedkeuringsbeschikking over voldoende bewijs voor het *bestaan van markttransparantie* beschikte. [183] Aan deze argumentatie ligt duidelijk de gedachte ten grondslag dat de aan de bewijsvoering gestelde eisen voor de goedkeuring van een concentratie minder zwaar zouden moeten zijn dan die welke voor een verbod worden gesteld.

228. Deze argumentatie overtuigt mij om twee redenen niet.

229. In de eerste plaats volgt uit de symmetrie van de aan de bewijsvoering te stellen eisen voor goedkeurings- en verbodsbeschikkingen [184], dat het geen verschil kan maken of de Commissie de transparantie van een markt met het oog op de eventuele goedkeuring dan wel met het oog op het eventuele verbod van een concentratie onderzoekt. De negatieve vaststelling dat een markt *onvoldoende transparant is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken*, leidt tot dezelfde conclusie en moet op dezelfde wijze worden bewezen als de positieve vaststelling dat de genoemde markt *dermate intransparant is dat zij de waarschijnlijkheid van een collectieve machtspositie uitsluit*. Beide vaststellingen zijn twee zijden van dezelfde medaille. En beide rechtvaardigen het om

182 — Ook in de procedure voor het Gerecht heeft de Commissie benadrukt dat zij zich in staat acht haar eerste goedkeuringsbeschikking volgens de beginselen van de „balance of probabilities" te verdedigen (zie punt 7 van haar verweerschrift in eerste aanleg).

183 — In detail verwijzen rekwirantes naar de punten 289, 366, 381-387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449-457 en 459 van het bestreden arrest.

184 — Zie hierboven punten 212-218 van deze conclusie.

het risico van het in het leven roepen of versterken van een collectieve machtspositie uit te sluiten, vooropgesteld dat de telkens daaraan ten grondslag gelegde feiten juist en volledig zijn en de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen.

230. In de tweede plaats lijkt mij de kritiek van rekwirantes op de door het Gerecht aan de bewijsvoering gestelde eisen, op een onjuiste uitlegging van het bestreden arrest te berusten. Bij een nadere beschouwing verwijt het Gerecht de Commissie namelijk helemaal niet dat zij bij haar beoordeling van de concentratie op de gevolgen ervan voor de mededinging, niet heeft voldaan aan de aan de bewijsvoering gestelde eisen. Veeleer richt het Gerecht zich zelf bij zijn controle van de eerste goedkeuringsbeschikking op de vaststelling van de Commissie dat de markt „onvoldoende transparant is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken”. [185] Het Gerecht heeft dus zelfs gecontroleerd, zoals dat door rekwirantes is geëist, of er daadwerkelijk sprake was van het gestelde gebrek aan voldoende bewijs voor het bestaan van markttransparantie.

231. De door het Gerecht vastgestelde kennelijke beoordelingsfout bestond niet in het feit dat de Commissie heeft nagelaten om een positief bewijs te leveren van het ontbreken van markttransparantie, maar veeleer in het feit dat in de eerste goedkeuringsbeschikking niet alle relevante gegevens in aanmerking zijn genomen en dat ook de in aanmerking genomen feiten de door de Commissie zelf getrokken conclusie niet konden dragen. [186]

c) Voorlopige conclusie

232. Het tweede onderdeel van het derde middel is derhalve ongegrond. Datzelfde geldt voor de uiteenzetting in de punten 98 tot en met 100 en punt 102 van het verzoekschrift, die inhoudelijk deels met het tweede onderdeel van het derde middel samenvalt.

B — *Grenzen van de vrijheid van het Gerecht om de feiten en bewijzen te beoordelen (vierde middel)*

233. Met hun vierde middel verwijten rekwirantes het Gerecht dat het de grenzen van de rechtelijke controle op de beschikking van de Commissie heeft overschreden, doordat het de beoordelingsvrijheid van de Commissie niet heeft gerespecteerd en zijn eigen beoordeling van de feiten en de bewijselementen herhaaldelijk in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, waarbij het kennelijke fouten heeft gemaakt en de bewijselementen onjuist heeft opgevat. [187]

234. Terwijl de Commissie dit middel ondersteunt, verdedigt Impala het bestreden arrest.

185 — Punten 289 en 459 van het bestreden arrest; zie bovendien punten 287, 366 en 371 van dat arrest.

186 — Zie met name punten 377, 390, 459 en 542 van het bestreden arrest.

187 — De volgende uiteenzetting geldt eveneens voor het in de punten 101 en 102 van het verzoekschrift opgenomen onderdeel van het zesde middel.

1. Beoordelingsvrijheid van de Commissie en de rechterlijke controle daarop

a) Bestreden arrest

235. Tot staving van hun grief dat het Gerecht de beoordelingsvrijheid van de Commissie niet heeft gerespecteerd en zijn eigen beoordeling van de feiten en de bewijselementen herhaaldelijk in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, wijzen rekwirantes op de volgende voorbeelden in het bestreden arrest:

— Het Gerecht heeft de onderlinge afstemming van de catalogusprijzen als „zeer uitgesproken" gekwalificeerd, terwijl de Commissie enkel ervan heeft gesproken dat „de catalogusprijzen […] op elkaar lijken te zijn afgestemd". [188]

— Het Gerecht heeft de variatie in de door de partijen bij de concentratie toegepaste kortingen als „slechts zeer gering" gekwalificeerd. [189]

— Aan de promotionele kortingen heeft het Gerecht „slechts een beperkte invloed op de prijs" toegeschreven. [190]

— Het Gerecht spreekt over een „grote prijstransparantie" respectievelijk over een „grote markttransparantie" [191] en ziet in de wekelijkse rapporten van de handelsvertegenwoordigers een „een aanvullende transparantieverhogende factor" [192]; het Gerecht oordeelt dat promotionele kortingen „voornamelijk voor reclamedoeleinden lijk[en] te worden gebruikt" [193] en „vrij openbaar en transparant" [194] zijn.

— De fluctuaties van de kortingen in de tijd zouden volgens het Gerecht „het gevolg kunnen zijn van verschillen in het succes" en het zou niet kunnen worden uitgesloten „dat de kortingen gebaseerd zijn op een reeks bekende regels". [195]

— Het Gerecht verklaart de overgelegde economische gegevens ten onrechte irrelevant voor de vraag of promotionele

188 — Punt 299 van het bestreden arrest.

189 — Punt 307 van het bestreden arrest; rekwirantes wijzen bovendien op de punten 421, 419, 424, 444 en 457 van het bestreden arrest, waar zij soortgelijke uitspraken van het Gerecht aantreffen.

190 — Punt 317 van het bestreden arrest.

191 — Punten 347 en 361 van het bestreden arrest.

192 — Punt 354 van het bestreden arrest.

193 — Punt 402 van het bestreden arrest. Ik wijs erop dat deze grief op de — bindende — Engelse taalversie berust („destined to become *public knowledge*"), terwijl in de Franse taalversie een promotionele korting „semble, par essence, avoir vocation à revêtir *un caractère de publicité*", wat met de Engelse uitdrukking „public knowledge" veeleer weinig te maken heeft; cursivering van mij.

194 — Punten 403, 405, 406 en 436 van het bestreden arrest.

195 — Punt 420 van het bestreden arrest.

kortingen ook voor de best verkochte albums van belang zijn. [196]

b) Beoordeling

236. Zoals ik reeds elders in deze conclusie heb gesteld [197], beschikt de Commissie bij de controle op concentraties over een niet onaanzienlijke vrijheid bij de beoordeling van ingewikkelde economische verbanden. Volgens vaste rechtspraak moet de gemeenschapsrechter bij de controle van de beoordeling enkel nagaan of de procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, of de feiten materieel juist zijn, en of er geen sprake is van kennelijke beoordelingsfouten dan wel van misbruik van bevoegdheid. [198]

237. Met hun kritiek op de in punt 235 aangehaalde passages van het bestreden arrest, roepen rekwirantes uiteindelijk de vraag op welke grenzen door de beoordelingsvrijheid van de Commissie worden gesteld aan de controle door de rechter van concentratieverordeningen op *kennelijke beoordelingsfouten*. [199]

238. Daarover heeft het Hof zich pas onlangs in het arrest Commissie/Tetra Laval als volgt uitgesproken:

„Dat het Hof de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties erkent, neemt niet weg dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen." [200]

239. Gelet op deze toetsingsmaatstaf zou het een vergissing zijn om ervan uit te gaan dat

196 — Punt 456 van het bestreden arrest.

197 — Zie met name de uiteenzetting met betrekking tot het eerste en het zesde middel in de punten 126 en 173 van het bestreden arrest.

198 — Arrest Gerecht van 3 april 2003, Petrolessence en SG2R/Commissie (T-342/00, Jurispr. blz. II-1161, punt 101); arrest EDP/Commissie (aangehaald in voetnoot 177, punt 151), en arrest Hof van 14 maart 2006, Commissie/Frankrijk (C-177/04, Jurispr. blz. I-2461, punt 44).

199 — Slechts terzijde vermeld ik dat enkele van de door rekwirantes gekritiseerde vaststellingen, namelijk die in de punten 299, 307 en 317 van het bestreden arrest, volgens hun systematische positie tot de *formele beoordeling* van de eerste goedkeuringsbeschikking op *gebreken in de motivering* behoren. Daarvoor geldt in eerste instantie datgene wat ik hierboven omtrent het derde onderdeel van het zesde middel heb gesteld (zie met name de punten 114-131 van deze conclusie). Aangezien rekwirantes echter lijken te veronderstellen dat de punten 299, 307 en 317 van het bestreden arrest daarenboven elementen van een inhoudelijke beoordeling van de eerste goedkeuringsbeschikking op kennelijke beoordelingsfouten bevatten, bespreek ik ze hieronder ook vanuit dit gezichtspunt.

200 — Arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39); evenzo Arrest General Electric/Commissie (aangehaald in voetnoot 96, punt 63).

de beoordelingsvrijheid van de Commissie de gemeenschapsrechter a priori elke eigen beoordeling van de feiten en de bewijselementen zou verbieden. Een dergelijke eigen beoordeling van de gemeenschapsrechter is integendeel absoluut noodzakelijk wanneer moet worden onderzocht of het aan de beschikking van de Commissie ten grondslag gelegde feitenkader juist, betrouwbaar, samenhangend en volledig was en of dit feitenkader de door de Commissie getrokken conclusies kon schragen. Anders zou de gemeenschapsrechter hoe dan ook niet zinvol kunnen beoordelen of de Commissie binnen de grenzen van de haar toegekende beoordelingsvrijheid is gebleven dan wel een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. [201]

240. De grenzen van de rechterlijke toetsing van een beschikking van de Commissie bij de controle op concentraties worden door het Gerecht pas overschreden wanneer op basis van het feitenkader en de bewijselementen verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn, de Commissie de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan en het Gerecht niettemin zijn eigen, andersluidende beoordeling in de plaats stelt van die van de Commissie.

241. Wanneer men de door rekwirantes aangedragen voorbeelden uit het bestreden arrest vanuit deze gezichtshoek beschouwt, dan blijkt dat het Gerecht weliswaar telkens een eigen beoordeling van de feiten en de bewijselementen heeft verricht, maar dat het zeer zeker binnen de grenzen van de rechterlijke toetsing van een beschikking van de Commissie bij de controle op concentraties is gebleven.

242. In de eerste plaats valt het juridisch niet te betwisten dat het Gerecht het door de Commissie verzamelde feitenkader heeft gecontroleerd op de vraag of, en in welke mate, het aanwijzingen voor of tegen markttransparantie bevat. Vaststellingen, zoals de door rekwirantes gekritiseerde, in de punten 299, 307, 317 347, 354 en 361 van het bestreden arrest waren derhalve terecht, bijvoorbeeld het oordeel „dat drie in de beschikking genoemde factoren […] kunnen leiden tot een grote prijstransparantie" (punt 347).

243. In de tweede plaats mocht het Gerecht eveneens zijn eigen mening vormen omtrent de vraag of, en in welke mate, het door de Commissie verzamelde feitenkader met betrekking tot de kortingen, met name de promotionele kortingen, voldoende was om uit te sluiten dat er sprake was van voldoende markttransparantie om het bestaan van een collectieve machtspositie mogelijk te maken. Vaststellingen van het Gerecht, zoals de door rekwirantes gekritiseerde, in de punten 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 en 457 van het bestreden arrest waren derhalve eveneens terecht, bijvoorbeeld het oordeel dat de promotionele kortingen slechts een zeer klein deel van de brutoverkoopprijs van de albums vormen (punt 457).

244. Het Gerecht heeft namelijk in wezen in de litigieuze punten van het bestreden arrest de door het Hof zelf ontwikkelde criteria toegepast [202] en met name gecontroleerd of het aan de eerste goedkeuringsbeschik-

201 — Zie dienaangaande reeds — in een ander verband — punt 179 van deze conclusie.

202 — Zie nogmaals arrest Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 96, punt 39).

king ten grondslag gelegde feitenkader de conclusie van de Commissie kon schragen dat de markt niet voldoende transparant was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken.

245. Het Gerecht heeft geenszins zijn eigen beoordeling van de markttransparantie in de plaats gesteld van een eveneens verdedigbare beoordeling door de Commissie, en het heeft zich ook geenszins aangematigd zelf over de verenigbaarheid of onverenigbaarheid van de litigieuze concentratie met de gemeenschappelijke markt te oordelen.[203] Het is enkel tot de inschatting gekomen dat de door de Commissie getrokken conclusies in het onderhavige geval niet door het feitenkader in haar eerste goedkeuringsbeschikking werd geschraagd.[204] Laatstgenoemde inschatting van het Gerecht maakt deel uit van zijn beoordeling van de feiten en de bewijselementen in de procedure in eerste aanleg en kan als zodanig in hogere voorziening — onder voorbehoud van de zo dadelijk nog te bespreken vraag van de onjuiste opvatting van de feiten en bewijselementen — niet meer worden getoetst.

246. Alles bijeen kom ik tot de conclusie dat het Gerecht bij de inhoudelijke controle van de eerste goedkeuringsbeschikking de beoordelingsvrijheid van de Commissie niet heeft miskend.

203 — Zie punt 479 van het bestreden arrest: „Het Gerecht dient zich immers niet uit te spreken over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, maar de wettigheid te controleren van de in de beschikking verrichte vaststellingen."

204 — Punt 452 van het bestreden arrest.

2. Grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen

247. Rekwirantes klagen verder dat het Gerecht in de punten 425, 427 en 434 van het bestreden arrest de bewijselementen onjuist heeft opgevat. In de litigieuze punten van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht het standpunt van de Commissie dat de promotionele kortingen ondoorzichtig zijn.

248. Voordat ik de genoemde punten van het bestreden arrest afzonderlijk bespreek, veroorloof ik mij de strenge criteria in herinnering te roepen die het Hof in vaste rechtspraak hanteert bij de beoordeling van de grief dat bewijselementen onjuist zijn opgevat. Volgens deze rechtspraak is er sprake van een onjuiste opvatting van de bewijselementen wanneer, *zonder dat gebruik behoeft te worden gemaakt van nieuwe bewijselementen*, de beoordeling van de bestaande bewijselementen *kennelijk onjuist* blijkt te zijn.[205] Het gaat er derhalve niet om, te toetsen of de door het Gerecht verrichte beoordeling van de bewijselementen *overtuigend* is; anders zou het Hof zijn eigen beoordeling van de bewijselementen namelijk in de plaats stellen van die van het Gerecht, wat in hogere voorziening niet tot zijn taak behoort. Zolang de beoordeling van de bewijselementen van het Gerecht ten minste *verdedigbaar* is, is er geen sprake van een onjuiste opvatting van de bewijselementen.

205 — Arresten van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-445, punt 37), en 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commissie (C-326/05 P, Jurispr. blz. I-6557, punt 60).

249. Het Hof verricht zijn toetsing uitsluitend op basis van de processtukken. [206]

a) Punt 425 van het bestreden arrest

250. In punt 425 van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht enkele door de Commissie overgelegde tabellen en stelt het het volgende vast:

„[…] Bij de berekening van het verschil tussen de minimum- en de maximumkorting per klant […] voor elk van de partijen bij de concentratie zijn […] meestal de door de andere partij verleende kortingen in aanmerking genomen, terwijl […] bij deze berekening dient te worden uitgegaan van het verschil tussen de door een en dezelfde partij aan haar verschillende klanten verleende minimum- en maximumkortingen."

251. Volgens rekwirantes vormt dat een onjuiste opvatting van de bewijselementen. De Commissie heeft namelijk in de procedure in eerste aanleg voor het Gerecht verklaard dat zij het verschil tussen de minimum- en de maximumkorting heeft berekend aan de hand van de kortingen op factuur die een partij bij de concentratie aan een en dezelfde klant voor elk van haar top-20 albums heeft toegekend. Dit blijkt uit de punten 19 tot en met 22 van de conclusie van de Commissie van 21 september 2005 [207] en volgt duidelijk uit bijlage E.2 bij deze conclusie.

252. Om de grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen doelmatig te kunnen toetsen, dient om te beginnen te worden nagegaan naar welke tabellen het Gerecht in punt 425 van het bestreden arrest precies verwijst. Helaas is de Engelse taalversie van het arrest, die verbindend is, hier in hoge mate onnauwkeurig. Desondanks blijkt echter reeds uit deze Engelse taalversie van punt 425 dat het Gerecht verwijst naar tabellen „die de maximale promotionele kortingen dienen weer te geven die door Sony en BMG voor hun best verkochte albums zijn verleend" [208] en waarin een verschil tussen de minimum- en de maximumkorting per klant wordt berekend.

253. De Franse taalversie van het bestreden arrest is wat dat betreft preciezer. Hoewel zij in het onderhavige geval niet verbindend is, kan deze taalversie, waarin het bestreden arrest is geconcipieerd en besproken, echter aanvullende aanknopingspunten bieden voor de vraag waarnaar het Gerecht in punt 425 werkelijk wilde verwijzen, namelijk naar

206 — Arrest van 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 54), en arresten JCB Service/Commissie (aangehaald in voetnoot 127, punt 108) en Wunenburger/Commissie (aangehaald in voetnoot 44, punt 67).

207 — Conclusie van de Commissie van 21 september 2005 ter beantwoording van de schriftelijke vragen van het Gerecht.

208 — „As regards the tables, *which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums*, […]" (cursivering van mij).

„de tabellen van bijlage E.4.2”. [209] Ook in de processtukken bevindt zich inderdaad op het schutblad van bijlage E.4.2 een opschrift dat duidelijk lijkt op de inleidende bewoordingen van punt 425 van het bestreden arrest[210], en in de tabellen van bijlage E.4.2 wordt het in punt 425 vermelde verschil tussen de minimum- en de maximumkorting per klant aangetoond.

254. Ik ga er derhalve van uit dat punt 425 van het bestreden arrest naar de tabellen van bijlage E.4.2 verwijst. Uit deze bijlage kan echter niets worden afgeleid dat zou wijzen op een *kennelijke onjuistheid* van de uiteenzetting van het Gerecht in punt 425. Weliswaar bevatten de in deze bijlage weergegeven tabellen — met uitzondering van het opschrift op het schutblad van de bijlage — geen verklarende toevoegingen. Nochtans toont een vluchtige blik op de eerste en de tweede tabel in bijlage E.4.2 reeds aan, dat de kritiek van het Gerecht terecht is: bij de berekening van het verschil tussen de minimum- en de maximumkorting per klant zijn in feite soms de getallen van Bertelsmann en Sony over één kam geschoren; in gewone taal zou men kunnen zeggen dat er appels met peren zijn vergeleken.[211]

255. Uit de uiteenzetting van de Commissie in de punten 19 tot en met 22 van haar conclusie van 21 december 2005 blijkt evenmin dat het Gerecht de tabellen in bijlage E.4.2 kennelijk onjuist heeft uitgelegd. Deze uiteenzetting van de Commissie heeft namelijk reeds op grond van de bewoordingen ervan, enkel betrekking op de bijlagen B.6, B.8 en E.2. Daarentegen bevatten de door rekwirantes aangehaalde punten van de conclusie van de Commissie geen toelichting omtrent de in casu ter discussie staande tabellen van bijlage E.4.2.

256. Tegen deze achtergrond acht ik de grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen met betrekking tot punt 425 van het bestreden arrest ongegrond.

b) Punt 427 van het bestreden arrest

257. In punt 427 van het bestreden arrest zet het Gerecht uiteen:

„En ook al kunnen de verschillende door de partijen bij de concentratie opgestelde en door de Commissie overgelegde tabellen daadwerkelijk de gestelde, min of meer belangrijke variaties aantonen, [is] de relevantie van deze variaties […] twijfelachtig […], aangezien slechts marges worden getoond zonder dat de gewogen gemiddelden en de variaties ten opzichte van deze gemiddelden worden onderzocht […].”

209 — In de Franse taalversie begint punt 425 van het bestreden arrest als volgt: „S'agissant des tableaux *de l'annexe E 4.2* qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, […]” (cursivering van mij).

210 — Het opschrift op het schutblad van bijlage E.4.2 luidt: „Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums”.

211 — Als voorbeeld wordt in de derde kolom van de eerste tabel van bijlage E.4.2 de laagste door Sony (SMEI) verleende korting met de hoogste door Bertelsmann (BMG) verleende korting vergeleken; ook in de derde kolom van de tweede tabel van bijlage E.4.2 wordt zo tewerkgegaan.

258. Volgens rekwirantes zijn daarentegen veel gegevens in de tabellen en grafieken die de Commissie in haar verweerschrift van 11 februari 2005 in eerste aanleg aan het Gerecht heeft overgelegd, gebaseerd op gewogen gemiddelden. Zij verwijzen daartoe naar de bijlagen B.4, B.8, B.9, B.10 en B.13, evenals naar de aanvullende toelichting van de Commissie in haar conclusie in eerste aanleg van 14 maart 2007.

259. Hierbij moet ik opmerken dat het Gerecht in zijn arrest taalkundig duidelijk onderscheid maakt tussen *tabellen* en *grafieken*. [212] In punt 427 van het bestreden arrest verwijst het Gerecht uitdrukkelijk naar de verschillende door de Commissie overgelegde *tabellen*. Ik zou derhalve hebben verwacht dat rekwirantes als bewijs voor hun grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen eveneens zouden verwijzen naar onderdelen van de processtukken die *tabellen* bevatten. Na het beschouwen van de bijlagen B.4, B.8, B.9, B.10 en B.13 moet ik echter vaststellen dat zich daarin weliswaar een viertal *grafieken* bevinden, maar dat geen van de genoemde bijlagen een of andere *tabel* bevat. In deze omstandigheden lenen de genoemde bijlagen zich net zo min om de gestelde onjuiste opvatting van de bewijselementen aan te tonen, als de eventuele toelichting van de Commissie op dezelfde bijlagen.

260. Het is veel waarschijnlijker dat het Gerecht in punt 427 heeft verwezen naar tabellen zoals die in de bijlagen B.6 en B.7, die betrekking hebben op kortingen op factuur („invoice discounts") en waarin overigens ook de door het Gerecht vermelde „winstmarges" te vinden zijn. Daaromtrent voeren rekwirantes echter juist niets aan.

261. Tegen deze achtergrond acht ik de grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen met betrekking tot punt 427 van het bestreden arrest ongegrond.

c) Punt 434 van het bestreden arrest

262. In de punten 431 tot en met 434 van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht de vraag of de aan de detailhandelaars in rekening gebrachte nettoverkoopprijzen door middel van een „omgekeerde redenering" (zogenaamde „reverse engineering") zijn af te leiden uit de respectieve detailhandelsprijzen. De achtergrond hiervan wordt gevormd door het argument van Impala in eerste aanleg dat de marges van de detailhandelaars over het algemeen transparant en zeer nauwkeurig bekend zijn. [213]

263. Punt 434 van het bestreden arrest luidt gedeeltelijk als volgt:

212 — Zie bijvoorbeeld de punten 393, 401, 415, 416, 420-428 en 455-457 van het bestreden arrest, waar wordt gesproken van tabellen (Engels: „tables"), terwijl bijvoorbeeld in de punten 129 en 419 van dit arrest van grafieken (Engels: „charts") wordt gesproken.

213 — Deze context blijkt uit de punten 431 en 433 van het bestreden arrest.

„[…] de door de economisten van de partijen bij de concentratie verrichte studie [bevat] geen voldoende betrouwbare, relevante en vergelijkbare gegevens […]. Het is weliswaar waarschijnlijk dat de verschillende soorten detailhandelaars (supermarkten, zelfstandige winkels, gespecialiseerde winkelketens, enzovoort) verschillende marges toepassen en dat er binnen elke categorie ondernemingen verschillen bestaan en dat er zelfs voor elke onderneming afzonderlijk verschillen bestaan naargelang van het soort album of het succes ervan, maar het is daarentegen weinig waarschijnlijk, en de studie bevat geen gegevens in die zin, dat er verschillen zijn in het verkoopbeleid van een detailhandelaar voor hetzelfde soort album. […]"

264. Rekwirantes klagen dat het Gerecht de door hun economisten opgestelde en door de Commissie als bijlage B.17 [214] overgelegde studie, en met name deel 2 daarvan, heeft genegeerd. Dit zou omvangrijke economische gegevens bevatten, waaruit de onjuistheid zou blijken van het oordeel van het Gerecht dat de detailhandelaars een uniform margebeleid voeren.

265. Dit argument overtuigt mij niet. Reeds bij eenvoudige lezing van het in casu litigieuze punt 434 van het bestreden arrest wordt duidelijk dat het Gerecht aldaar de genoemde studie geenszins negeert, maar ze integendeel bespreekt.

266. Wat de inhoud van de studie betreft, is het weliswaar juist dat deel 2 daarvan handelt over het *margebeleid* van de detailhandelaars en met name over de vraag of deze laatsten genormaliseerde marges („standard mark-ups") toepassen. Het Gerecht heeft echter in de studie geen gegevens gevonden omtrent de vraag of „er verschillen zijn in het *verkoopbeleid* van een detailhandelaar voor hetzelfde soort album". [215] Na onderzoek van de studie in bijlage B.17, kom ik hier tot dezelfde conclusie als het Gerecht.

267. Tegen deze achtergrond acht ik de grief inzake de onjuiste opvatting van de bewijselementen met betrekking tot punt 434 van het bestreden arrest ongegrond.

3. Voorlopige conclusie

268. Dientengevolge is het vierde middel in zijn geheel ongegrond. Datzelfde geldt voor de in de punten 101 en 102 van het verzoekschrift opgenomen uiteenzetting, die inhoudelijk met dit vierde middel samenvalt.

214 — Het gaat om bijlage B.17 van het verweerschrift van de Commissie in eerste aanleg.

215 — Punt 434 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

C — *Gebruik van vertrouwelijke informatie in het bestreden arrest (zevende middel)*

269. Met hun zevende middel verwijten rekwirantes het Gerecht dat het zijn arrest ten onrechte heeft gebaseerd op bewijselementen die niet aan hen waren overgelegd, waarover zij nooit een standpunt hebben kunnen bepalen en waarover de Commissie evenmin beschikte bij de vaststelling van de eerste goedkeuringsbeschikking. Aangezien de Commissie zich bij haar beschikking niet op dergelijke bewijselementen kon baseren, mocht de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking daar evenmin op worden gebaseerd.

270. Het middel is hoofdzakelijk gericht tegen de uiteenzetting van het Gerecht omtrent de prijstransparantie en met name omtrent de — omstreden — mogelijkheid van de topondernemingen om de detailhandelsmarkt te controleren met behulp van wekelijkse monitoringrapporten van hun handelsvertegenwoordigers. [216] Daarbij wijst het Gerecht om te beginnen op een vaststelling van de Commissie, volgens welke bij Sony en BMG een *systeem bestaat van wekelijkse rapporten*, die ook informatie over de concurrenten bevatten. [217] Ter aanvulling hierop verwijst het Gerecht in zijn arrest echter ook naar bepaalde door Impala overgelegde en als vertrouwelijk gekwalificeerde documenten. [218]

271. Aangezien rekwirantes onder andere klagen dat zij omtrent laatstgenoemde documenten *voor het Gerecht* geen standpunt hebben kunnen bepalen, moet ik om te beginnen een mogelijke schending van het beginsel van de procedure op tegenspraak *voor het Gerecht* bespreken.

272. Ongetwijfeld mag een rechterlijke beslissing niet worden gegrond op feiten en documenten waarvan *de partijen zelf*, of een van hen, geen kennis hebben kunnen nemen en ten aanzien waarvan zij derhalve niet in staat zijn geweest hun standpunt te bepalen. [219] In het onderhavige geval hadden rekwirantes echter in de procedure voor het Gerecht helemaal niet de positie van *partij* in het geding, maar waren zij enkel als *interveniënten* aan de zijde van de Commissie tussengekomen. Als zodanig hebben zij in de procedure een zwakkere positie dan de verzoeker en de verweerder.

273. Met name is in artikel 116, lid 2, tweede volzin, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg uitdrukkelijk bepaald dat de president op verzoek van een partij toezending van afschriften van geheime of vertrouwelijke stukken aan de interveniënten kan weigeren, hetgeen juist in mededingingsrechtelijke procedures niet zelden geschiedt. [220] De

216 — Punten 352-361 en 451 van het bestreden arrest.

217 — Zie punt 352 van het bestreden arrest, waarin overweging 113 van de considerans van de eerste goedkeuringsbeschikking wordt aangehaald.

218 — Punten 356-360, 389 en 451 van het bestreden arrest.

219 — Arresten van 22 maart 1961, Snupat/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 103, 158); 10 januari 2002, Plant e.a./Commissie en South Wales Small Mines (C-480/99 P, Jurispr. blz. I-265, punt 24), en 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie (C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 19). Zie eveneens arresten van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 29 mei 1986, Feldbrugge/Nederland (Serie A, nr. 99, blz. 16, § 44) en 31 oktober 2006, Aksoy (Eroğlu)/Turkije (nr. 59741/00, § 21 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

220 — Zie bijvoorbeeld beschikking van 15 juni 2006, Deutsche Telekom/Commissie (T-271/03, Jurispr. blz. II-1747).

bewijslevering in met name communautaire mededingingsrechtzaken wordt gekenmerkt door het feit dat de onderzochte documenten vaak bedrijfsgeheimen of andere informatie bevatten die niet, of slechts onder grote restricties, mogen worden geopenbaard. [221] Het is derhalve reeds in het systeem van het Reglement voor de procesvoering verankerd, dat het Gerecht aan zijn arrest eventueel bewijsmiddelen ten grondslag kan leggen die niet voor de interveniënten toegankelijk waren (zie daartoe eveneens artikel 67, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg, verder artikel 287 EG).

274. De vertrouwelijke behandeling van de door Impala overgelegde documenten is dan ook — anders dan op het eerste gezicht mag lijken — minder een probleem van de procedure op tegenspraak *voor het Gerecht*, dan een van het in acht nemen van de rechten van verdediging van de partijen bij de concentratie *tijdens de administratieve procedure*.

275. Rekwirantes voeren terecht aan dat het Gerecht zich bij de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking niet op de litigieuze, door Impala overgelegde documenten had mogen baseren, omdat de Commissie deze documenten wegens hun vertrouwelijk karakter niet had mogen gebruiken. Wanneer het Gerecht immers bepaalde documenten als dermate vertrouwelijk beschouwt dat het de inhoud daarvan volledig aan de partijen bij de concentratie onthoudt [222], dan kan redelijkerwijs ook niet van de Commissie worden verwacht dat zij zich daarop in de administratieve procedure baseert als grondslag voor een eventuele verbodsbeschikking ofwel om enkel bepaalde argumenten van de partijen bij de concentratie te ontkrachten.

276. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich bij de nietigverklaring van de eerste goedkeuringsbeschikking op de door Impala overgelegde, vertrouwelijke documenten te baseren.

277. Deze onjuiste rechtsopvatting leidt evenwel niet tot vernietiging van het bestreden arrest. Voor de verklaringen van het Gerecht waren er immers nog andere gronden die niets met de door Impala overgelegde, vertrouwelijke documenten hadden te maken. Aldus vormden de verwijzingen naar deze documenten uiteindelijk een van meerdere factoren, die volgens het Gerecht „de — reeds grote — transparantie [nog vergroten]”. [223] Zelfs wanneer het Gerecht dus met het oog op de rechten van de verdediging de door Impala overgelegde, vertrouwelijke documenten buiten beschouwing zou hebben gelaten, zou dat op geen enkele wijze de bodem hebben weggeslagen onder de in het bestreden arrest getrokken conclusies. [224]

278. Bijgevolg is ook het zevende middel ongegrond.

221 — Arrest van 25 januari 2007, Salzgitter Mannesmann/Commissie (C-411/04 P, Jurispr. blz. I-959, punt 43).

222 — Hoewel ik na bestudering van de processtukken uit eerste aanleg ernstig betwijfel of een dergelijke aanpak in dit geval gerechtvaardigd was, behoort het niet tot de taak van het Hof om in de onderhavige hogere voorziening de door het Gerecht gemaakte inschatting omtrent de vertrouwelijkheid van de genoemde documenten te toetsen.

223 — Punten 348-362, met name punt 362, van het bestreden arrest.

224 — In dezelfde zin arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 121, punt 72) en Musique Diffusion française e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 117, punt 30) en arrest Gerecht van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punt 58).

D — *Voorlopige conclusie*

279. De hogere voorziening dient derhalve in haar geheel te worden verworpen.

VI — Vermeende incidentele hogere voorziening

280. In de memorie van antwoord van de Commissie bevindt zich aan het eind een afzonderlijk onderdeel met „aanvullende opmerkingen" [225] betreffende wat het Gerecht de „belangrijke gronden" van de eerste goedkeuringsbeschikking heeft genoemd.

281. De Commissie voert daar aan dat het Gerecht haar standpunt met betrekking tot de vergeldingsmaatregelen [226] in de punten 474 en 476 van het bestreden arrest ten onrechte als dragende grond van de eerste goedkeuringsbeschikking heeft gekwalificeerd. Zou namelijk in de onderhavige procedure blijken dat de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot de ontbrekende markttransparantie, in strijd met het oordeel van het Gerecht, geen blijk gaven van een onjuiste rechtsopvatting, dan zou de eerste goedkeuringsbeschikking in stand moeten blijven, ongeacht of zij met betrekking tot de vergeldingsmaatregelen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

282. Deze uiteenzetting van de Commissie heeft Impala opgevat als een *incidentele hogere voorziening,* waarop zij, met een beroep op artikel 117, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, bij afzonderlijke memorie heeft geantwoord. Met toestemming van de president van het Hof zijn verdere memories omtrent dit onderwerp ingediend.

283. Dit alleen betekent echter nog geenszins dat het Hof in het onderhavige geval het bestaan van een incidentele hogere voorziening reeds bindend heeft vastgesteld. De kwalificering van een argument als incidentele hogere voorziening vereist volgens artikel 117, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering dat daarmee tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest wordt geconcludeerd op een grond die in het verzoekschrift niet is aangevoerd. Of dat in casu het geval is, moet aan de hand van de bewoordingen, het doel en de samenhang van de litigieuze passage van de memorie van antwoord van de Commissie worden nagegaan.

284. Wat dat betreft, moet ik benadrukken dat het begrip „incidentele hogere voorziening" door de Commissie in haar memorie nergens is gebruikt. Het opschrift „aanvullende opmerkingen" wijst er veeleer op dat het gaat om een aanvullende uiteenzetting, die enkel dient voor een beter begrip van de eigenlijke argumenten van de Commissie ter beantwoording van de hogere voorziening van Bertelsmann en Sony. Haar „aanvullende opmerkingen" hebben met name tot doel om te verduidelijken welke gevolgen het voor het voortbestaan van de eerste goedkeuringsbeschikking zou hebben wanneer het bestreden arrest op vordering van Bertelsmann en Sony (eventueel gedeeltelijk) zou worden vernietigd. [227]

225 — Punten 37-39 van de memorie van antwoord van de Commissie, met als opschrift „6. Additional observations: On the ‚essential grounds' of the Decision".

226 — Punten 114-118 van de eerste goedkeuringsbeschikking.

227 — Zie met name punt 39, laatste volzin, van de memorie van antwoord van de Commissie.

285. De Commissie zelf heeft in het verdere verloop van de procedure duidelijk gemaakt dat zij met haar „aanvullende opmerkingen" geenszins de bedoeling had om incidentele hogere voorziening in te stellen en heeft overigens het op zich nemen van eventueel daaruit voortvloeiende kosten uitdrukkelijk van de hand gewezen. Zij heeft verder benadrukt dat haar „aanvullende opmerkingen" geen zelfstandige betekenis hebben, maar enkel in het geval van het (eventueel gedeeltelijk) slagen van de door Bertelsmann en Sony ingestelde hogere voorziening, relevant zouden worden. [228]

286. Tegen deze achtergrond moet ik ervan uitgaan dat de „aanvullende opmerkingen" van de Commissie helemaal geen incidentele hogere voorziening inhouden en dat een afzonderlijke beslissing van het Hof daarover overbodig, en zelfs ultra petita, zou zijn.

VII — Kosten

287. Wordt de hogere voorziening, zoals ik in het onderhavige geval in overweging geef, verworpen, dan beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten (artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering), waarbij de details geregeld zijn in artikel 69 juncto artikel 118, van het Reglement voor de procesvoering.

288. Krachtens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Indien meer partijen in het ongelijk zijn gesteld, bepaalt het Hof het door elk van hen te dragen deel van de proceskosten. In afwijking hiervan kan het Hof de proceskosten krachtens artikel 69, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering over de partijen verdelen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Dit geldt eveneens wanneer een hogere voorziening weliswaar wordt verworpen, maar de rekwirant gedeeltelijk in het gelijk is gesteld. [229]

289. Aangezien rekwirantes Bertelsmann en Sony met hun hogere voorziening alles bij elkaar genomen in het ongelijk zijn gesteld, terwijl desondanks een deel van hun middelen gegrond was, moeten de kosten worden verdeeld. Ik stel derhalve voor om Bertelsmann en Sony elk in hun eigen kosten en in drie vierde van de kosten van Impala te verwijzen; voor zover zij de kosten van Impala dragen, lijkt het mij bovendien redelijk om Bertelsmann en Sony hoofdelijk aansprakelijk te stellen. [230] Impala moet daarentegen in een vierde van haar eigen kosten worden verwezen.

290. Andere partijen in de procedure, die een hogere voorziening met memories voor het Hof ondersteunen, kunnen met overeenkomstige toepassing van artikel 69, lid 4, elk in hun eigen kosten worden verwezen. Aangezien de Commissie en Sony BMG

228 — Brief van de Commissie van 15 mei 2007 aan de griffier van het Hof.

229 — Arresten van 30 september 2003, Biret International/Raad (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punt 72), en Biret en Cie/Raad (C-94/02 P, Jurispr. blz. I-10565, punt 75).

230 — Arrest van 31 mei 2001, D en Zweden/Raad (C-122/99 P en C-125/99 P, Jurispr. blz. I-4319, punt 65).

Music Entertainment de hogere voorziening van Bertelsmann en Sony met hun memories hebben ondersteund en alles bij elkaar in het ongelijk zijn gesteld, lijkt het mij redelijk hen elk in hun eigen kosten te verwijzen.[231]

VIII — Conclusie

291. Op grond van het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging:

1) de hogere voorziening te verwerpen;

2) Bertelsmann AG en Sony Corporation of America elk in hun eigen kosten te verwijzen, en hoofdelijk in drie vierde van de kosten van de Independent Music Publishers and Labels Association; de Independent Music Publishers and Labels Association te verwijzen in een vierde van haar eigen kosten;

3) de Commissie van de Europese Gemeenschappen en Sony BMG Music Entertainment BV elk in hun eigen kosten te verwijzen.

231 — In deze zin bijvoorbeeld arresten van 26 februari 2002, Raad/Boehringer (C-23/00 P, Jurispr. blz. I-1873, punt 56), en 2 oktober 2003, International Power e.a./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P en C-180/01 P, Jurispr. blz. I-11421, punt 187).