

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 13 juli 2006 *

I mål T-464/04,

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), Bryssel (Belgien), företrädd av S. Crosby och J. Golding, solicitors, och advokaten I. Wekstein-Steg,

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

Bertelsmann AG, Gütersloh (Förbundsrepubliken Tyskland), företrädd av J. Boyce, solicitor, och advokaterna S. Chappatte och D. Loukas,

och av

Sony BMG Music Entertainment BV, Vianen (Nederländerna),

och

Sony Corporation of America, New York (Förenta staterna),

företrädda av N. Levy, barrister, och advokaterna R. Snelders och T. Graf,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2004) 2815 av den 19 juli 2004 om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (Ärende nr COMP/M.3333 – Sony/BMG),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av M. Jaeger, ordförande, samt domarna J. Azizi och E. Cremona,
justitiesekreterare: handläggaren I. Natsinas,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 22 september 2005,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) är en internationell sammanslutning, bildad enligt belgisk rätt, för 2 500 oberoende musikproduktionsbolag.
- 2 Den 9 januari 2004 mottog kommissionen en anmälan i enlighet med artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1), rättad genom (EGT L 257, 1990, s. 13), och i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997

(EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordningen) om en koncentration varigenom företagen Bertelsmann AG och Sony Corporation of America, som hör till Sony-gruppen (nedan kallat Sony) planerade att samla sin världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik.

- 3 Bertelsmann är ett internationellt mediaföretag med en världsomspännande verksamhet inom musikproduktion, musikutgivning, teve, radio, bok-, tidskrifts- och tidningsutgivning, tryck- och mediatjänster, bok- och musikklubbar. Bertelsmann är verksamt på musikinspelningsmarknaden genom sitt helägda dotterbolag Bertelsmann Music Group (BMG). BMG:s skivmärken är bland annat Arista Records, Jive Records, Zomba och Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Sony är globalt verksamt inom musikproduktion, musikutgivning, industri- och konsumentelektronik samt underhållning. Sony bedriver sin verksamhet för inspelad musik genom Sony Music Entertainment. Sonys skivmärken är Columbia Records Group, Epic Records Group och Sony Classical.
- 5 Den föreslagna koncentrationen innebär att parternas världsomspännande verksamhet inom området för inspelad musik (med undantag för Sonys verksamhet i Japan) skall koncentreras till tre eller flera nya företag, bildade enligt ett avtal om integrerad verksamhet, "Business Contribution Agreement", av den 11 december 2003. Dessa gemensamma företag skall marknadsföras tillsammans under namnet Sony BMG.
- 6 Enligt avtalet skall Sony BMG arbeta med upptäckt och lansering av artister (en verksamhet som kallas A & R, Artist and Repertoire) och i förlängningen marknadsföring och skivförsäljning. Sony BMG kommer inte att bedriva någon verksamhet inom närliggande områden som utgivning av musik, produktion och distribution.

- 7 Den 20 januari 2004 sände kommissionen ett frågeformulär till ett antal marknadsaktörer. Sökanden besvarade detta frågeformulär och lämnade in en separat skrivelse den 28 januari 2004 (bilaga A.5), i vilken redovisades de skäl som enligt sökanden skulle föranleda kommissionen att förklara att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden. I skrivelsen uttryckte sökanden sina farhågor angående den ökade koncentrationen på marknaden och vilken inverkan denna skulle få på tillträdet till marknaden, inklusive distributionssektorn, media, Internet samt konsumenternas valmöjligheter.
- 8 Genom beslut av den 12 februari 2004 fastställde kommissionen att den anmälda koncentrationen väckte allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), och inledde ett förfarande i enlighet med artikel 6.1 c i förordningen.
- 9 Den 24 maj 2004 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till parterna i koncentrationen, i vilket den preliminärt fastslagit att den anmälda koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion, eftersom den skulle stärka en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik och på grossistmarknaden för nätmusiklicenser och, eftersom den skulle samordna moderföretagens beteende på ett sätt som är oförenligt med artikel 81 EG.
- 10 Parterna i koncentrationen svarade på meddelandet om invändningar och en utfrågning ägde rum inför förhørsombudet den 14 och den 15 juni 2004 i närvaro av bland annat sökanden.
- 11 Genom beslut av den 19 juli 2004 fann kommissionen att koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 8.2 i förordningen (nedan kallat beslutet).

- 12 Som svar på sin begäran av den 26 juli 2004 fick sökanden den 23 september 2004 en icke konfidentiell kopia av beslutet.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 13 Sökanden väckte denna talan genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 3 december 2004.
- 14 Genom separat handling som inkom samma dag ansökte sökanden om att förstainstansrätten skulle behandla målet skyndsamt i enlighet med artikel 76 a i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 15 Genom en skrivelse av den 17 december 2004 uttryckte kommissionen tvivel om huruvida det var lämpligt med ett skyndsamt förfarande i detta fall och underströk särskilt dels målets komplicerade karaktär, dels de svårigheter som låg i att kommissionen för att förklara sitt beslut skulle vara tvungen att använda många och komplexa uppgifter och att en sådan försvarslinje dessutom skulle kräva känsliga förhandlingar med parterna i koncentrationen och tredje man om i vilken utsträckning kommissionen kunde röja konfidentiella uppgifter.
- 16 Genom inlagor som inkom till förstainstansrättens kansli den 10, den 11 och den 19 januari 2005 begärde Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment och Sony Corporation of America att få intervensera till stöd för kommissionens slutsatser. Detta beviljades genom ett beslut av ordföranden för tredje avdelningen den 4 februari 2005.

- 17 I mellantiden anmodade förstainstansrätten parterna i ett beslut av den 13 januari 2005, såsom en processledningsåtgärd i enlighet med artikel 64.3 e i rättegångsreglerna, att delta i ett informellt sammanträde den 24 januari 2005 för att undersöka möjligheten att behandla målet skyndsamt, framför allt med hänsyn till den fråga som väckts av kommissionen angående vissa uppgifters konfidentiella karaktär.
- 18 Genom inläga som inkom den 18 januari 2005 begärde kommissionen, i samförstånd med sökanden, en processledningsåtgärd, som i huvudsak skulle bestå i att kommissionen skulle tillåtas lägga fram handlingar och uppgifter som den fått sig tillsänt konfidentiellt genom att endast delge dem till sökandens ombud, och inte till sökanden själv.
- 19 Genom beslut av den 24 januari 2005 godkände förstainstansrätten begäran om processledningsåtgärd, främst med hänsyn till samförståndet mellan sökanden och intervenienterna. Den godkände även begäran om skyndsamt behandling och klargjorde samtidigt att detta beslut kunde revideras när som helst under målets och förfarandets gång. En tidsram fastställdes också för inlämning av inlagor.
- 20 Genom inläga som inkom den 11 februari 2005 begärde sökanden att processledningsåtgärden skulle ändras. Genom skrivelse av den 18 februari 2005 inkom svarandena och intervenienterna med yttranden angående denna begäran. Genom skrivelse av den 22 februari 2005 drog sökanden tillbaka sin begäran om ändring av processledningsåtgärden.
- 21 Kommissionen inkom under tiden, den 11 februari 2005, med sitt svaromål. Den 25 februari 2005 inkom Bertelsmann, Sony BMG och Sony med sin interventionsinläga.

- 22 Däremellan begärde sökanden i en skrivelse av den 15 februari 2005 att få inkomma med synpunkter på de nya uppgifterna i kommissionens svaromål. Genom beslut av den 21 februari 2005 godkände förstainstansrätten denna begäran och beviljade svaranden möjligheten att fram till den 4 mars 2005 begära att få inkomma med ytterligare synpunkter, vilket också skedde. Genom skrivelse av den 1 mars 2005 invände sökanden mot denna begäran. Den 14 mars 2005 inkom kommissionen med ytterligare synpunkter.
- 23 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en processledningsåtgärd, kommissionen att inkomma med flera handlingar och att skriftligen besvara ett antal skriftliga frågor.
- 24 Genom skrivelse av den 19 september 2005 ansökte kommissionen om en förlängning av tidsfristen för att lämna in sina svar på förstainstansrättens frågor, vilket också beviljades. Genom skrivelse av den 21 september 2005 inkom kommissionen med sina svar på förstainstansrättens frågor.
- 25 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 22 september 2005.
- 26 Genom skrivelse av den 26 september 2005 inkom kommissionen med handlingar efter förhandlingen och ansökte om att skriftligen få kommentera eventuella synpunkter från sökanden angående svaren på de skriftliga frågorna av den 21 september 2005. Denna ansökan bifölls.
- 27 Den 29 september 2005 inkom sökanden med en inläga angående kommissionens svar på förstainstansrättens skriftliga frågor.

28 Den 11 oktober 2005 inkom kommissionen med sitt slutgiltiga yttrande angående sökandens synpunkter på svaren på förstainstansrättens skriftliga frågor.

29 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- skilja de handlingar som kommissionen bilagt sitt svaromål från akten,
- ogiltigförklara beslutet,
- i andra hand ogiltigförklara beslutet till den del det delvis gäller något av följande:
 - kollektiv dominerande ställning på marknaden för nätmusiklicenser,
 - ensam dominerande ställning på marknaden för nätmusikdistribution,
 - samordning av den musikförlagsverksamhet parterna i koncentrationen bedriver,
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Kommissionen, som stöds av intervenienterna, har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan,

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

31 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring har sökanden åberopat fem grunder, uppdelade i flera delgrunder. Sökanden har genom sin första grund gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 253 EG och gjorde en uppenbart oriktig bedömning samt gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik före den planerade sammanslagningen och att denna ställning stärkts. Sökanden har genom sin andra grund gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 253 EG och gjorde en uppenbart oriktig bedömning samt gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte fann att den planerade sammanslagningen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik. Den tredje grunden avser ett åsidosättande av artikel 2 i förordningen genom att kommissionen inte fann att en kollektiv dominerande ställning på världsmarknaden för nätmusiklicenser skulle skapas eller stärkas. Sökanden har genom sin fjärde grund gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 253 EG och gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den inte fann att Sony skulle få en ensam dominerande ställning på marknaden för nätmusikdistribution. Sökanden har genom sin femte grund gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning och åsidosatte artikel 81 EG jämförd med artikel 2, fjärde stycket, i förordningen, när den inte fann att den planerade sammanslagningen skulle leda till en samordning av den musikförlagsverksamhet parterna i koncentrationen bedriver.

I — *Bevisning som bilagts svaromålet*A — *Parternas argument*

- 32 Sökanden har påpekat att det framgår av svaromålet att kommissionen vid det administrativa förfarandet stödde sig på handlingar och uppgifter som sökanden inte fick tillgång till förrän i samband med svaromålet, samtidigt som dessa spelade en central roll genom att de åberopades av kommissionen som skäl för att göra avsteg från den ståndpunkt den intagit i meddelandet om invändningar, enligt vilket den planerade koncentrationen skulle skapa eller stärka en kollektiv dominerande ställning och vara oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 33 Sökanden har gjort gällande att om den, under det administrativa förfarandet, hade fått ta del av dessa handlingar, som innehåller ofullständiga uppgifter och är missvisande, skulle sökanden ha kunnat visa på handlingarnas grundläggande brister, och beslutet skulle ha blivit ett annat, eller skulle åtminstone ha kunnat innehålla en tydlig motivering för varför synpunkterna avvisats. Sökanden kritiserar kommissionen för att ha hållit inne med dessa handlingar och för att ha grundat sig på dessa utan att ens ha låtit dem genomgå en jämförande granskning eller tagit in synpunkter från tredje man.
- 34 Sökanden har visserligen medgett att kommissionen är tvungen att skydda affärshemligheter och inte har någon skyldighet att låta tredje man få tillgång till alla uppgifter i ärendet under de administrativa förfarandena för kontroll av företagskoncentrationer men vidhåller att detta inte ger kommissionen rätt att beröva tredje man möjligheten att lägga fram sin syn på saken. Den kan till exempel utarbeta en icke konfidentiell och sammanfattande version av de aktuella uppgifterna.
- 35 Sökanden har klargjort att man inte åberopar någon grund som avser åsidosättande av väsentliga formföreskrifter utan anser att den nya bevisning som kommissionen

framlagt kommer för sent för att motivera beslutet i sak och att den är ett försök att i efterhand justera beslutet. Sökanden menar att handlingarna i fråga inte skall beaktas och erinrar om att underlåtenhet att lägga fram handlingar under det administrativa förfarandet inte kan kompenseras under det rättsliga förfarandet (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 78).

36 Kommissionen har yrkat att denna begäran skall avslås.

B — *Förstainstansrättens bedömning*

37 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att den bevisning som sökanden begär att förstainstansrätten inte skall beakta har lagts fram som bilaga till kommissionens svaromål i enlighet med bestämmelserna i artikel 46 i rättegångsreglerna. Sökanden har inte angett på vilket sätt det skulle strida mot rättegångsreglerna att kommissionen lägger fram dessa handlingar.

38 Det skall vidare konstateras att varken skälen till att sökanden yrkar att man skall avlägsna dessa handlingar eller syftet med yrkandet framgår tydligt.

39 Sökanden har för det första hävdad de framlagda handlingarna är ett försök att i efterhand justera beslutet, men har inte påstått att handlingarna har samlats in eller kommit till efter det att beslutet fattades utan menar tvärtom att de har spelat en central roll under det administrativa förfarandet genom att kommissionen skall ha grundat sitt beslut på dessa. Även om denna omständighet skulle visa sig vara riktig

kan den ändå inte leda till att de aktuella handlingarna inte skall beaktas. Vidare har sökanden kritiserat kommissionen för att försöka justera beslutet i efterhand men har ändå inte åberopat, åtminstone inte som stöd för det aktuella yrkandet, att den princip åsidosatts som innebär att texten till ett beslut skall innehålla en motivering och att motiveringen inte får formuleras för första gången i förstainstansrätten (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 95). En eventuell otillräcklig motivering får ändå till följd att den omtvistade rättsakten ogiltigförklaras men inte att handlingar inte beaktas. Frågan huruvida beslutet är tillräckligt rättsligt motiverat skall i detta fall undersökas i samband med de olika grunder som sökanden åberopat.

40 För det andra har sökanden visserligen påpekat att kommissionen inte har någon skyldighet att röja alla uppgifter i ärendet för tredje man under de administrativa förfarandena för kontroll av företagskoncentrationer men påminner samtidigt om att underlåtenhet att lägga fram handlingar under det administrativa förfarandet enligt rättspraxis inte kan rättas under det rättsliga förfarandet. Utan att omfattningen av rätten till försvar eller tredje mans tillgång till handlingarna i koncentrationsförfaranden behöver undersökas kan det konstateras att sökanden uttryckligen har påstått sig inte ha för avsikt att åberopa någon ny grund som avser åsidosättande av väsentliga formföreskrifter. Yrkandet kan således inte bifallas i den mån det grundar sig på det skälet. Under alla omständigheter kan ett åsidosättande av rätten till försvar endast få påföljder, om det kan fastställas att underlåtenheten att lämna ut handlingar har påverkat innehållet i det aktuella beslutet på ett för sökanden negativt sätt, vilket inte kan göras utan en undersökning av handlingarna i fråga.

41 För det tredje har sökanden hävdatt att handlingarna innehåller ofullständiga uppgifter och är missvisande samt att om sökanden hade haft tillgång till de aktuella dokumenten under det administrativa förfarandet skulle denne ha kunnat peka på de grundläggande bristerna, vilket kunde ha lett till ett annat beslut. Även om denna omständighet kan innebära att kommissionens bevisning bedöms med försiktighet, kan den däremot inte leda till att den åtgärd sökanden har begärt skall medges.

Tvärtom skulle en sådan åtgärd beröva sökanden möjligheten att påvisa de omtvistade handlingarnas påstådda brist på trovärdighet eller relevans i samband med grunderna avseende en uppenbart oriktig bedömning.

42 Slutligen måste sökandens andrahandsyrkande att förstainstansrätten skall fastslå att handlingarna inte är övertygande eller saknar relevans också avslås av samma skäl. Yrkandet utgör under alla omständigheter en sakfråga som skall behandlas i samband med de olika grunderna och argumenten i talan.

43 Av ovanstående anmärkningar följer att sökandens yrkande om att skilja från akten, eller förklara som irrelevanta, de handlingar som kommissionen lagt fram till stöd för sitt svaromål skall avslås.

II — Den första grunden, som avser en förstärkning av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik

44 Den första grunden består av två delar, varav den första avser kommissionens felaktiga påstående att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik före den planerade sammanslagningen och den andra det misstag som består i att det inte konstaterats att en redan befintlig kollektiv dominerande ställning skulle stärkas genom den planerade sammanslagningen.

A — Sökandens argument

1. Den första delgrunden

- 45 Sökanden har inledningsvis påpekat att såväl meddelandet om invändningar som beslutet innehåller ett flertal bevis på att marknaden för inspelad musik före sammanslagningen hade alla de egenskaper som är karakteristiska för en marknad på vilken det föreligger en kollektiv dominerande ställning enligt de kriterier som uppställts i rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, *Airtours mot kommissionen*, REG 2002, s. II-2585).
- 46 För det första har sökanden anfört att de största skivbolagen (nedan kallade de stora företagen) har beskrivits som att de har alla karakteristiska egenskaper för en grupp i dominerande ställning: stora marknadsandelar, betydande finansiell styrka (skäl 53 i beslutet), upprätthållande av höga priser (skäl 56 i beslutet), oligopolstruktur (skäl 148 i beslutet), och är därmed beroende av varandra.
- 47 För det andra har sökanden hävdade att kommissionen konstaterade att marknaden hade alla de egenskaper som främjar tysta karteller och underlättar övervakningen av sådan samordning (punkterna 93–116 i meddelandet om invändningar) samt att den undersökte tio faktorer som pekade på att det fanns en tyst kartell (se bilaga A.15), vilka inte hade ändrats efter meddelandet om invändningar. Produkten är homogen till sitt format och konsumenten köper skivor av flera olika artister och i flera olika genrer, och på så sätt skapas ett "utrymme för utbytbarhet" (skäl 110 i beslutet). Marknaden lämpar sig väl för samordning och en sådan har faktiskt också ägt rum (skäl 112 i beslutet). Det finns ett fast kundunderlag (skäl 112 i beslutet) och parterna i koncentrationen kontrollerar distributionsmarknaden (skäl 113 i beslutet).

- 48 För det tredje antyds genom priserna att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. Det finns likheter mellan de faktiska nettopriserna (punkterna 76–80 i meddelandet om invändningar samt skälen 75, 82, 89, 96 och 103 i beslutet). Listpriserna är kända och antalet referenspriser begränsat (skälen 111 och 112 i beslutet). Nettoförsäljningspriserna är nära knutna till listpriserna (skälen 77, 84, 91, 98 och 105 i beslutet). Listpriserna och de faktiska nettopriserna svarar väl mot varandra och redovisas öppet, och öppenheten när det gäller de genomsnittliga faktiska nettopriserna påverkas inte av rabatterna (punkterna 88, 90 och 92 i meddelandet om invändningar och fotnoter nr 45, 49, 52, 55 och 57 i beslutet).
- 49 För det fjärde har kommissionen konstaterat att det finns potentiellt verksamma avskräckande faktorer (punkterna 128–132 i meddelandet om invändningar och skäl 118 i beslutet) och att de stora företagen inte utsätts för några sådana effektiva konkurrensbegränsningar.
- 50 Sökanden har hävdat att kommissionens skäl angående albumens heterogena innehåll, otillräcklig insyn i priserna beroende på kampanjrabatter samt avsaknad av bevis på motåtgärder inte räcker för att avfärda slutsatsen att det föreligger en kollektiv dominerande ställning samt att kommissionens bedömning är bristfälligt motiverad, uppenbart oriktig och utgör en felaktig rättstillämpning.

a) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

- 51 Beslutet strider mot artikel 253 EG, eftersom det inte innehåller en redogörelse för de faktiska och rättsliga förhållanden som institutionen grundat sig på, så att domstolen kan utöva sin kontroll och att såväl medlemsstaterna som de berörda personerna får kännedom om förutsättningarna för gemenskapsinstitutionernas tillämpning av fördraget (domstolens dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1493; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55).

Produktens homogenitet

- 52 När det för det första gäller produktens homogenitet har sökanden kritiserat kommissionen för att inte ha uppgett varför innehållets heterogenitet skulle väga tyngre än att det finns ett utrymme för utbytbarhet, vilket innebär att de flesta konsumenterna köper musik av många olika artister och i olika genrer, eller att formatet är homogent vad beträffar priser och insyn. Kommissionen har inte heller uppgett varför konstaterandet att priserna på album är högst standardiserade skulle försvagas genom det allmänna påståendet att priserna är avhängiga "albumets framgång". Enligt sökanden innehåller skäl 110 i beslutet i det avseendet motstridiga uppgifter.

Insyn

- 53 När det för det andra gäller insyn har sökanden hävdade att kommissionens påståenden och argument angående rabatter, som går ut på att vederlägga all bevisning om insyn, inte har motiverats på rätt sätt.
- 54 Enligt sökanden hävdade kommissionen att kampanjrabatter eliminerar den insyn i prissättningen som uppkommer genom listpriserna, i de stora länderna, men den förklarar inte hur dessa rabatter fungerar och vad de innebär för prissättnings-systemet.
- 55 När det gäller de mindre länderna framgår det inte heller klart varför kommissionen har fäst så stort avseende vid kampanjrabatterna och inte vid de fasta rabatterna, samtidigt som den i punkt 150 i meddelandet om invändningar påstår att "liksom i de större länderna är de viktigaste rabatterna i samtliga länder de fasta rabatterna".

Det finns inte heller någon tydlig beskrivning av vad fasta rabatter är. När kommissionen bedömer insynen i de mindre länderna, jämför den växelvis, utan att närmare precisera, de fasta rabatterna och kampanjrabatterna, på ett sådant sätt att det inte går att avgöra om undersökningen gäller kampanjrabatter eller fasta rabatter.

- 56 Sökanden har även hävdad att beslutet endast innehåller hänvisningar till bevisning som gäller Sonys och BMG:s rabatter men att de övriga stora företagen inte omfattas (skäl 71 och fotnot nedtill på sidan 43 i beslutet). Motiveringen är således ofullständig.

Avskräckande faktorer

- 57 När det för det tredje gäller avskräckande faktorer har kommissionen inte förklarat varför det faktum att den inte kunnat bevisa att motåtgärder någonsin förekommit, även om det vore riktigt, skulle vederlägga alla bevis på att avskräckande faktorer faktiskt förekommer.

Motvikter

- 58 För det fjärde och sista innehåller beslutet, till skillnad från meddelandet om invändningar, ingen bedömning av om det förekommer några motvikter på marknaden, och inte heller någon förklaring till detta, vilket är detsamma som att motivering saknas helt.

b) Uppenbart oriktig bedömning

- 59 Sökanden har erinrat om den rättspraxis enligt vilken kommissionen gör en uppenbart oriktig bedömning när den skall väga motstridiga argument mot varandra om den lägger för stor vikt vid det ena av dem (förstainstansrättens dom av den 10 oktober 2001 i mål T-111/00, British American Tobacco International (Investments) mot kommissionen, REG 2001, s. II-2997, punkt 58) eller när de skäl som anges för att motivera ett beslut faktiskt inte underbygger beslutet. En bedömning av kommissionen som inte stöds av viss bevisning eller vissa fakta skall likaså anses ha gjorts på ett icke lämpligt och icke oskäligt sätt (domstolens dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163). Påståendet om att det inte föreligger någon kollektiv dominerande ställning stöds inte av några relevanta fakta, av något resonemang eller bevis och kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att bedöma samtliga relevanta faktorer.
- 60 Sökanden har hävdatt att beslutet innehåller uppenbart oriktiga bedömningar när det gäller fastställandet av produktens homogenitet, insyn och förekomst av avskräckande faktorer, i bedömningen av motverkande marknadskrafter samt i undersökningen av den gemensamma policyn.

Produktens homogenitet

- 61 Kommissionen gjorde en oriktig bedömning genom att anse att det heterogena innehållet väger tyngre än det homogena formatet, samtidigt som den godtog uppfattningen att konsumenten köper skivor av flera olika artister och i flera olika genrer, och att det därför finns ett "utrymme för utbytbarhet". Den parameter som gäller produktens heterogenitet är emellertid endast relevant om priserna sätts

utifrån enskilda titlar och inte som i detta fall utifrån några referenspriser (skälen 110 och 111 i beslutet). Enligt kommissionens resonemang skulle det aldrig kunna finnas någon kollektiv dominerande ställning i företag som har immateriella tillgångar, eftersom det aldrig kan finnas någon total homogenitet i innehållet.

Insyn

— Allmän argumentation

⁶² Sökanden har hävdad att de framlagda bevisen tyder på att det utan tvekan finns tillräcklig insyn i de priser som tillämpas av de stora företagen för att företagen skall kunna samordna sina priser. Kommissionen har inte lagt fram något bevis som kullkastar denna bedömning utan har endast utifrån den påstådda rabattvariationen slutit sig till att insynen kan sättas ur spel eller reduceras till den grad att samordning av priserna inte längre är möjlig.

⁶³ Att bedömningen är felaktig framgår av kommissionens egna slutsatser, enligt vilka

— det finns en parallellitet och en relativt likartad prisutveckling hos de stora företagen när det gäller de genomsnittliga nettopriserna (skälen 75, 82, 89, 96 och 103 i beslutet),

— listpriserna skulle kunna användas som referenspunkt för samordningen (skälen 76, 83, 90, 97 och 104 i beslutet),

— listpriserna och de genomsnittliga nettopriserna har utvecklats på ett likartat sätt (skälen 77, 84, 91, 98 och 105 i beslutet).

64 Sökanden har anfört att det finns insyn i listpriserna, att detaljhandelspriserna är kända, att de genomsnittliga nettopriserna utvecklas parallellt med listpriserna och att man ganska väl känner till återförsäljarnas marginaler. Av detta följer att det finns insyn i nettopriserna till detaljhandlarna (det vill säga listpriserna med avdragna rabatter) trots rabatterna. Detta framgår för övrigt av meddelandet om invändningar (punkterna 81–92) och av skäl 77 i beslutet, i vilket det sägs att ”om de stora företagen hade gjort ett tydligt avsteg från den överenskomna prispolitiken genom att lämna rabatter skulle detta ha märkts i de genomsnittliga nettopriserna”.

65 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att fästa överdrivet avseende vid rabatterna och då särskilt vid kampanjrabatterna, av följande skäl:

— Den har grundat sig på information om rabatter som Sony och BMG lämnat snarare än på information om parallellitet mellan listpriserna och nettopriserna hos samtliga av de stora företagen (fotnot nr 43 i beslutet).

— Enligt uppgifter från detaljhandlarna råder det insyn i rabatterna. 20 av 26 detaljhandlare som intervjuats av kommissionen har bekräftat att de stora företagen kände till de rabatter som de övriga lämnade. Detta skulle särskilt gälla de fasta rabatterna, som är de viktigaste, eftersom det sker förhandlingar om dem varje år.

- Sony och BMG har lagt fram veckovisa övervakningsrapporter för distributionsmarknaden, vilka inkluderat information om deras konkurrenter (skäl 113 i beslutet).

- När det gäller samlingsalbum har de större företagen gemensamma distributionsavtal och partnerskapsavtal inom ramen för vilka man funnit fasta rabatter.

- Det sker många direktörsbyten mellan skivbolagen.

- Veckans hitlistor ger upplysningar om försäljningen för varje titel, varigenom man enkelt kan spåra vilka titlar som blir "hits" och kommer att stå för den största delen av försäljningen (skäl 73 i beslutet).

- Enligt rapporten från Office of Fair Trading (brittiska konkurrensmyndigheten) är information om konkurrenterna mer lättillgänglig på marknaden för inspelad musik än för någon annan näringsgren (bilaga A.16 i ansökan).

⁶⁶ Sökanden har påpekat att kommissionen mot bakgrund av dessa omständigheter i punkt 81 i meddelandet om invändningar för övrigt kom fram till att "rabatterna till största delen var oföränderliga och egentligen inte användes för att ändra prispolitiken". Omständigheterna har inte ändrats sedan dess.

- 67 Kampanjrabatterna används i alla händelser normalt inte för skivor på hitlistorna, vilka står för cirka 80 procent av intäkterna, utan endast för att locka konsumenterna till att botanisera i titelkatalogen bland äldre album ("back catalogue") (bilaga A.17 till ansökan) och har endast en liten inverkan på det urval som kommissionen har undersökt (skälen 70 och 71 i beslutet). Eftersom de uppgifter om de aktuella kampanjrabatterna som kommissionen undersökte endast gällde Sony och BMG är de än mindre relevanta.
- 68 Den del av de stora företagens prisstruktur som kan påverkas av bristande insyn är således liten, vilket också framgår av den rapport som bilagts ansökan och som förklarar prissystemet och rabatterna i Europa (bilaga A.17).
- 69 Sökanden har anfört att kommissionen hade tillräckligt många handlingar att pröva sina bedömningar mot, men att den inte gjorde detta, framför allt inte när det gäller den bevisning som rör detaljhandlarna. Genom att inte göra en korrekt bedömning av omständigheterna och fästa överdrivet avseende vid rabatterna, och då särskilt kampanjrabatterna, har kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning.

— Allmänna synpunkter på den nya bevisningen

- 70 Av kommissionens nya information som bilagts dess svaromål har sökanden dragit slutsatsen att det förefaller som om kommissionen har grundat sin bedömning angående bristande insyn i marknaden på komplexiteten i rabatternas individuella variationer mellan kunderna och mellan de enskilda titlarna och över tiden. Förekomsten av sådana enskilda, ibland stora, variationer utesluter dock inte möjligheten att prissättningen bestäms utifrån ett begränsat antal kända strukturer och regler som gör de genomsnittliga priserna förutsägbara och utifrån vilka betydande och systematiska avvikelser skulle bli tydliga.

- 71 Sådana regler kanske inte leder till att priset blir förutsägbart för alla enskilda skivsläpp som fakturerats varje enskild detaljhandlare vid varje enskild tidpunkt, men de gör det möjligt att med tillräcklig säkerhet få kännedom om vilka nettopriser ett antal listpriser resulterar i och att fastställa om konkurrenterna följt dessa regler eller inte. Reglerna ger den insyn som krävs för att man skall kunna fastställa om kollektiv dominans föreligger. Det samordnade beteende som följer av att listpriserna och de genomsnittliga nettopriserna rör sig parallellt kan därför helt enkelt uppstå på grundval av allmänt kända och lättbegripliga samt kontrollerbara strukturer eller regler snarare än på grundval av en perfekt och fullständig kännedom om varje enskilt prissättningsbeslut.
- 72 Kommissionen har enligt sökanden inte undersökt om den noterade parallella utvecklingen av de genomsnittliga priserna (brutto- och nettopriser) kunde ha varit ett resultat av ett samordnat beteende som följde av sådana regler, utan har snarare funnit att så inte var fallet, eftersom det fanns individuella variationer, utan att undersöka om dessa var statistiskt signifikanta och hade någon egentlig inverkan på de genomsnittliga priserna.
- 73 Sådana regler är inte tillämpliga på samtliga fall men på en väsentlig del av varje stort skivbolags försäljning inom varje skivkategori (nya skivsläpp, ny artist, fullpris-, mellanpris-, lågpriskatalog, och så vidare) för vilka det för varje kategori finns ett begränsat antal allmänna försäljningsstrategier som styr merparten av försäljningen (till exempel utbyte av en skiva i hitlistan, deltagande i reklamkampanjer och köp av skyltfönsterplats). Sådana försäljningsstrategier kan visserligen skifta inom varje land och alltefter kunder (stormarknader, fackhandelskedjor, oberoende butiker, och så vidare), men är ändå begränsade i antal och kända av dem som ansvarar för försäljningen. Dessa regler eller strukturer räcker för att möjliggöra prissamordning utan att det behövs särskild kännedom om netto- och bruttopriser för enskilda skivsläpp och erbjuder dessutom, i en miljö där efterfrågan på enskilda titlar varierar och där ett albums framgång inte med säkerhet kan förutsägas, nödvändig flexibilitet för anpassning i enskilda fall utan att äventyra prisstrukturen i dess helhet.

- 74 Individuella variationer borde inte fördunkla det faktum att nettopriserna som helhet svarar väl mot bruttopriserna och att det förmodligen är så därför att alla företag följer vissa allmänna regler som gör priserna i dess helhet högst förutsägbara och systematiska avvikelser tydliga. Det finns således insyn.
- 75 Den prövning av de nya bevis som bilagts svaromålet visar att kommissionen har fokuserat på individuella variationer utan att undersöka om dessa var statistiskt signifikanta. Kommissionen har således inte gjort någon statistiskt korrekt bedömning av bakomliggande fakta eller undersökt pris- eller rabattklassernas betydelse eller relevansen av prisernas normala variationsbredd, och inte heller frågat ut detaljhandlarna för att kontrollera om det fanns individuella variationer eller inte inom ramen för prissystemets allmänna regler. Kommissionen har felaktigt dragit slutsatsen att blotta förekomsten av variationer uteslöt möjligheten att dessa hade orsakats av några enskilda fall medan huvuddelen av försäljningen skedde till priser som var fastställda utifrån kända och förutsägbara regler.
- 76 Kommissionen har vidare använt en felaktig metod för bevisprövning och inte företagit nödvändiga undersökningar.
- 77 Sökanden har lämnat följande allmänna synpunkter på kommissionens nya bevis:
- En stor del av uppgifterna är inte anpassade efter försäljningsvolym för att bedöma pris- eller rabattklassernas betydelse. Där dessa uppgifter har samlats in på rätt sätt – det vill säga från samtliga aktörer och anpassats efter försäljningsvolym – är variationerna mycket mindre signifikanta.

- I de flesta av fallen har uppgifterna inte analyserats statistiskt och det går därför inte att avgöra om variationerna i de olika produktkategorierna är signifikanta.

- Med undantag för ett fåtal uppgifter som använts i meddelandet om invändningar jämförs i uppgifterna endast priserna hos parterna i koncentrationen. Kommissionens argument att det räcker med att konstatera att det finns ogenomträngliga rabattförfaranden mellan två stora företag för att insynen skall minska är felaktigt, med hänsyn till att Sony och BMG hade uppträtt mycket olika på marknaden och att pris- och rabattintervallet genom detta skulle variera för olika skivsläpp även i ett uniformt prissystem. Dessutom var parterna i koncentrationen historiskt sett de två mest olika av de stora företagen, varför koncentrationen både skulle minska antalet aktörer och göra dessa mer lika varandra.

- Kommissionen har inte undersökt om det fanns uppgifter hos de stora företagen som direkt motsäger påståendet om prisvariation och priskomplexitet, det vill säga budgetar eller andra uppgifter som ju exakt förutsäger netto- och bruttopriser samt rabatter, och som är likadant uppbyggda hos konkurrenterna och stabila över tiden.

- Vittnesmålen från ledningarna för de i koncentrationen ingående företagen berör inte huvudfrågorna – som exempelvis om det förekommit allmänna prissättningsregler och prisövervakning – och har inte kontrollerats.

78 Kommissionens ståndpunkt att de genomsnittliga nettopriserna är uttryck för många olika enskilda beslut och att detta måste kunna konstateras med tillräckligt stor säkerhet för att det faktiskt skall vara möjligt att samordna nettopriserna är felaktig, eftersom det räcker med att varje företag kan kontrollera om samtliga

företags prissättningsbeslut, via deras skivsläpp, följer vissa prissättningsregler för att prisändringarna skall bli kända för vart och ett av dem och tyst samverkan skall kunna upprätthållas.

- 79 De variationer som kommissionen noterat utifrån uppgifterna från parterna i koncentrationen — förutom att de är mindre påtagliga än vad kommissionen tycks tro — kan inte anses bevisa att det saknas insyn i prissättningen. Detta på grund av att det — liksom i alla företag inom sektorn för immateriellt ägande där varje enskild titels resultat är föränderligt och föremål för flera olika marknadsföringsinsatser, men där samlade kategorier av sådana titlar rättar sig efter allmänt kända regler — är fullt möjligt att förklara alla variationer i rabatt- och prisklasserna genom att hänvisa till några allmänt kända principer.
- 80 Sökanden har dessutom uttryckt förvåning över att kommissionen endast tog upp några få av de bevis som användes i meddelandet om invändningar, varav vissa hade viktats och gällde hela branschen, och i stället fokuserade på information från Sony och BMG, som saknade dessa egenskaper. Skillnaderna måste därför sammanjämkas innan de ursprungliga uppgifterna förkastas, och det förefaller inte som om kommissionen har gjort en balanserad bedömning.

— Individuell prövning av de olika bevisen

- 81 Vittnesmålen från Sonys och BMG:s chefer, vilka återfinns i bilaga B.2, bekräftar endast att det finns olika slags rabatter för olika kunder men berör inte frågan om huruvida dessa rabatter till stor del bestäms av en rad allmänna regler eller inte. Samtidigt som man i påståendena har framhållit det mycket komplicerade prissättningssystemet motbevisas i praktiken denna komplexitet i bilaga B.14, som går ut på att visa hur komplicerade kampanjrabatterna är, eftersom endast en sida ägnas åt att beskriva hur de fungerar. Frågan som borde ha ställts är huruvida det fanns standardmarginaler för olika priskategorier och om den största delen av

rabatterna tenderade att koncentrera sig kring smala intervall. Det förefaller som om frågorna har utformats på ett sådant sätt att de kringgår det faktum att marginalerna kunde vara kända såsom allmänna regler och således inte behövde bli kända på regelbunden basis, per skivsläpp, och att de enskilda priserna inte alls behöver återskapas för att ett stort skivbolag skall kunna kontrollera de priser som tillämpas av konkurrenterna. Dessa frågor har inte heller ställts till detaljhandlarna, fastän detta skulle ha gjort det möjligt att jämföra svaren.

82 När det gäller bilaga B.3 som visar Sonys och BMG:s procentandel av bruttoförsäljningen för deras tio högsta listpriser mellan 1998 och 2003, vilken enligt kommissionen visar på hur oförutsägbara resultaten är och därmed också behovet för de stora företagen att kontrollera listpriserna för mer än 80 av konkurrenternas album, har sökanden noterat att det finns vissa uppgifter som motsäger varandra (som till exempel variationer i tiden) och menar att uppgifterna inte visar något annat än att parterna i koncentrationen säljer sina produkter till olika listpriser. Detta är irrelevant, eftersom det anges i beslutet att det finns ganska stor insyn i listpriserna. Dessutom framgår det av skäl 111 i beslutet, i motsats till vad kommissionen har hävdad, att ”de stora företagen endast behöver kontrollera referenspriserna för ett begränsat antal album bland de bäst sålda för att kunna följa huvuddelen av försäljningen”. Uppgifterna motsäger inte heller kommissionens påpekanden vid förhandlingen, enligt vilka den största delen av de stora företagens försäljning kunde hänföras till några få listpriser. Man behöver inte kontrollera priserna på mer än 80 album, eftersom det finns allmänt kända principer och det därmed räcker med att fastslå, endast beträffande ett fåtal titlar, om dessa regler följts och om avvikelserna är systematiska, för att kontrollera om det rent allmänt finns en samordning. Den slutsats som kommissionen dragit av variationen i procentandelar hos Sonys och BMG:s bruttoförsäljning saknar således grund.

83 Det förefaller vidare som om det är en faktor som särskilt betonas, nämligen framgångarnas oförutsägbarhet, vilket står i kontrast till de viktigaste slutsatserna i beslutet, som för det första är att listpriserna är öppna och att dessa utgör en referenspunkt för samordningen (skälen 76, 83, 90, 97 och 104 i beslutet), och för det andra att det gick att kontrollera de övriga stora företagens listpriser (skälen 76, 83, 90, 97 och 104 i beslutet) samt för det tredje att de stora företagen endast behöver kontrollera referenspriserna för ett begränsat antal bästsäljande album för

att följa merparten av försäljningen (skäl 111 i beslutet). Även om man slutligen utgår ifrån att listpriserna för mer än 80 album (eller 60 efter sammanslagningen) måste kontrolleras, förefaller detta inte vara så betungande som kommissionen antyder.

- 84 När det gäller bilagorna B.4 och B.5, som rör Sonys och BMG:s genomsnittliga fakturarabatter för tio av de främsta kunderna i fyra av de fem medlemsstaterna, har sökanden först och främst frågat huruvida skillnaderna i de genomsnittliga fakturarabatterna återspeglar skillnader i behandling av olika kunder snarare än skillnader i resultat för Sonys och BMG:s respektive portföljer, eftersom styrkan i ett stort skivbolags skivutgivning samt dess blandade verksamhet (skivsläpp på hitlistorna, kampanjer på stormarknader, kataloger, specialinriktade aktiviteter och kampanjer) påverkar den genomsnittliga rabatt som kunderna får. Vidare är inte eventuella skillnader i hur kunderna behandlas av parterna i koncentrationen ett uttryck för att det saknas insyn i deras prissättningsbeslut, eftersom sådana skillnader kan vara systematiska, förutsägbara och stabila över tiden.
- 85 Bilaga B.5, som förväntas visa sådana exempel där det saknas samband eller parallell utveckling, är irrelevant, eftersom exemplen går att förklara genom skillnader i Sonys och BMG:s portföljresultat och det dessutom finns slående likheter (lägre rabatter till en och samma kund eller som varierar samtidigt, eller skillnader som är stabila över tiden). Det är endast exemplet på kund nr 1 i Tyskland som överensstämmer med uppfattningen att ett av de stora företagen kan sänka sina faktiska priser utan att detta följs efter av konkurrenterna, men en enda specifik variation under ett specifikt år i ett visst givet land, vilken gäller en specifik kund, är inte övertygande. Eftersom tabellerna dessutom endast redogör för uppgifter från Sony och BMG, och dessa uppgifter inte har viktats, har variationerna överdrivits. Detta gäller särskilt den analys av den kommande utvecklingen som kommissionen borde ha gjort, eftersom koncentrationen sammanför företag som uppträder mycket olika och därför kan öka symmetrin och homogeniteten, och således även sannolikheten för tyst samverkan.

- 86 När det gäller bilagorna B.6 och B.7 som tar upp påstådda bevis på variationer i Sonys och BMG:s fakturarabatter för tio av deras främsta kunder på 20 av de bäst sålda kompaktskivorna (nedan kallade cd-skivor) under en period av fem år, har sökanden påpekat att tabellerna endast visar variationsbredden och att denna kan vara missvisande, eftersom det snarare är extremfallen som visas än genomsnittet och statistiskt signifikanta variationer kring dessa genomsnitt. En stor spännvidd mellan rabatterna kan förklaras av några få undantag, medan merparten av rabatterna ligger på samma nivå. Förutom att det finns metodologiska brister i tabellerna visar dessa på intressanta regelbundenheter. Till exempel i landet A, enligt bilaga B.6, ger båda parterna i koncentrationen i allmänhet större rabatter till grossister än till stormarknader och till vanliga detaljhandlare, och bilaga B.7 till svaromålet visar att rabattklasserna svarar förvånansvärt väl mot varandra.
- 87 När det gäller bilagorna B.8 och B.9, vilka enligt kommissionen visar att parterna i koncentrationen inte har följt någon enhetlig rabattpraxis, att deras praxis har utvecklats över tiden och att de inte hade fördelat sina respektive rabatter år 2003 på särskilt likartat sätt, har sökanden på nytt understrukit att skillnaderna i rabattklasserna över tiden och mellan parterna i koncentrationen kan vara en följd av skillnaderna i uppträdande och att detta inte alls tyder på att rabatterna inte är ett resultat av en känd uppsättning regler. Dessutom pekar de uppgifter som lagts fram i bilaga B.8 snarare i motsatt riktning än vad kommissionen angett (rabattstrukturer som är stabila och likartade, eller som löper samman, och en hög sambandsfaktor).
- 88 Sökanden har gjort gällande att rabattstrukturerna inte varierar lika mycket över tiden som det påstås i kommissionens analys. Sifferuppgifterna i bilaga D.3 visar rabattstrukturens sambandskoefficient för var och en av parterna i koncentrationen under ett visst år och föregående års rabattstrukturer. Även om den blandade affärsverksamheten påverkar rabatterna pekar de allmänt höga korrelationskoefficienterna på att rabattstrukturerna är relativt stabila över tiden och därför ger tämligen förutsägbara nettopriser utifrån öppna listpriser.

- 89 Vidare kan det faktum att uppgifterna presenterats i mycket smala kolumner, tillsammans med särskilda avgränsningar, accentuera skillnaderna (om rabatten exempelvis ändras från strax under 15 procent till strax över 15 procent, byts kolumn, utan att det skett någon större förändring). Slutligen har sökanden påstått att om resultatet hade grundat sig på framgångarna för Sonys och BMG:s 20 bäst sålda album, skulle det ha skett en prisförändring på en mycket konkurrensutsatt marknad. Eftersom så inte är fallet har sökanden dragit slutsatsen att rabattsystemet faktiskt inte är någon konkurrensfaktor att räkna med eller att det är otydligt.
- 90 När det gäller bilaga B.10, som visar fördelningen av nettopriserna under 2003 för Sonys och BMG:s fem främsta kunder, har sökanden gjort gällande att man kan diskutera relevansen i kommissionens slutsats, att olika kunder köper olika mycket, proportionellt sett, inom de olika nettoprisklasserna hos ett av de stora företagen, eftersom det inte krävs att inköpsmönstren är identiska eller likartade hos de bägge skivbolagens kunder för att det skall finnas insyn och förutsägbarhet i prissättningen. Eftersom de avgörande faktorerna för de rabattnivåer som krävs för att nå försäljningsmålen är produktmix och resultatet för de nya skivsläpp som ligger i topp hos kunderna, är det svårt att förstå hur kommissionen har kunnat dra slutsatsen att det fanns en skillnad i allmänhet hos de bägge stora företagens fördelning av nettopriserna.
- 91 Fastän dessa uppgifter endast gäller för Sony och BMG är de desto mer ändamålsenliga, eftersom de har viktats. En mer ingående undersökning av fördelningen landsvis, som presenterats i diagramform i bilaga D.4, visar på slående likheter.
- 92 Kommissionens slutsats att bilaga B.10 visar differentieringen mellan de bägge parterna i koncentrationen är inte förenlig med den bedömning som gjorts i skälen 74 och 75 i beslutet och som går ut på att Sonys och BMG:s genomsnittliga nettopriser var ganska likartade. Detta gör det sannolikt att det använts prissättningsregler som säkerställer att majoriteten av priserna grupperas kring några få

referenspriser. Snarare än att ge stöd åt uppfattningen att den komplicerade prissättningen gör insynen i priserna sämre förefaller dessa bevis stödja motsatt uppfattning, nämligen att priserna är tämligen förutsägbara och likartade, trots att de enskilda prissättningsbesluten är uppenbart komplicerade.

93 Sökanden anser att bilaga B.11, som visar Sonys genomsnittliga nettopriser kvartalsvis per album för de mest använda listpriserna, inte ger några indikationer i fråga om bristande insyn, eftersom det i tabellen finns ett problem med variationsbredden, det vill säga att den endast visar extremfallen utan att analysera viktade genomsnitt och variationer i förhållande till genomsnittet. Bilagan saknar dessutom relevans, eftersom den endast berör Sony och inte är komparativ.

94 Nästföljande bilaga (B.12) saknar också relevans, eftersom den inte är komparativ och endast syftar till att visa att BMG ger detaljhandlarna olika stora rabatter.

95 Sökanden har även kritiserat kommissionen för att inte ha angett om kampanjrabatternas tydliga variationsnivåer kan förklaras utifrån några få enkla principer. Detta är enligt sökanden förvånande, eftersom det i de principer som kommissionen tagit upp i en av bilagorna till sitt svaromål i bilaga B.14 antyds att sådana enkla regler för kampanjrabatter förekommer, till exempel följande:

— Kampanjrabatterna varierar utifrån orderstorleken (med undantag för det specifika fallet vad gäller Frankrike).

- Kampanjrabatterna varierar utifrån konsumenttyp (i Tyskland får exempelvis grossister och musikklubbar i allmänhet större rabatter).

- Kampanjrabatterna varierar utifrån typ av titel eller skivsläpp (till exempel beroende på artistens popularitet eller på målgrupp).

- Kampanjrabatterna inriktas på kunder med rykte om sig att sälja en viss genre, på grundval av typ av detaljhandlare och de demografiska egenskaperna hos dennes kundunderlag.

- Kampanjrabatterna varierar utifrån kampanjslag (till exempel endast en titel eller en samling titlar, vanligtvis en katalog).

- Kampanjrabatterna varierar utifrån de kostnader för marknadsföring som detaljhandlaren är beredd att ge tillbaka.

⁹⁶ Sökanden menar att om dessa regler är allmänt kända borde det inte vara svårt att med rimlig säkerhet förutsäga vilken rabattnivå man kan förvänta sig från ett av de stora företagen för en viss kund, för en viss titel, i samband med en viss kampanj, och därmed också fastställa om de faktiska rabatterna ligger i linje med dessa regler. Kommissionen verkar inte ha undersökt den saken.

- 97 I bilaga B.13 ges endast uppgifter för ett enskilt år och därför medges inte några slutsatser, eftersom det inte går att bedöma om rabattnivåerna är stabila och därmed förutsägbara.
- 98 När det gäller bilaga B.15, som består av ett antal övervakningsrapporter som parterna i koncentrationen lämnat in till förstainstansrätten, har sökanden påpekat att dessa inte bevisar att det inte finns något prissättningssystem bestående av ett antal allmänna regler och någon vägledning för hur priserna fastställs. Kommissionen borde således inte ha fördjupat sig i huruvida det fanns en särskild övervakning av enskilda rabatter utan snarare på huruvida det fanns ett behov av en sådan övervakning, eftersom variationerna i prissättningssystemet utgör undantag från de referenspriser som gäller för den största delen av försäljningen.
- 99 När det gäller bilaga B.17, som innehåller en studie från ekonomikonsultfirman RBB Economics (nedan kallad RBB-studien), enligt vilken ett skivbolag inte kan sluta sig till grossistpriserna utifrån konkurrenternas noterade försäljningspriser för sina produkter, har sökanden gjort gällande att den studien huvudsakligen är inriktad på priserna för de enskilda skivsläppen och inte på huruvida det finns något systematiskt samband mellan listpriserna och nettogrossistpriserna för den största andelen skivsläpp under en rimlig tid. Olika detaljhandlare kan visserligen följa olika strategier för att fastställa sina försäljningspriser, men det skulle vara förvånande om det inte fanns något klart och systematiskt samband mellan de genomsnittliga nettopriserna för skivsläpp i en viss kategori, som säljs till en viss detaljhandlare, och deras faktiska grossistpriser för ett tillräckligt stort urval titlar och under en rimlig tid. Det faktum att det inte finns någon enda enhetlig marginal som automatiskt tillämpas på grossistpriser innebär inte att detaljhandelspriserna och grossistpriserna är så pass åtskilda att det inte går att kontrollera om de allmänna prissättningsprinciperna följs. Det finns en allmän marginal för olika slags produkter (top price, super top price, mid price, developing artists, budget, och så vidare).

100 Sökanden har påpekat att prissättningsreglerna inte alls granskas i studien och säger sig tvivla på att kommissionen har låtit detaljhandlare eller tredje man titta på studien eller att den har bett om att få de samlade pris- och rabattuppgifter som varje stort skivbolag måste ha i sin budget. Det har inte heller gjorts någon jämförelse med övriga redan insamlade uppgifter. En sådan granskning skulle ha visat följande sakförhållanden som strider mot påståendena i beslutet:

- Det finns ett systematiskt samband mellan produktkategorier, om produkterna har beskrivits på ett sätt som korrekt återspeglar deras mognad och betydelse för kundunderlaget.

- Påståendet att detaljhandlarna inte tillämpar några standardmarginaler för grossistpriserna är felaktigt, eftersom man medvetet förbiser att det finns kategorier av produkter och försäljningskampanjer, som är både kända och konsekventa hos de stora företagen. I studien tas ingen hänsyn till att koncentrationen av samlade rabattnivåer kring ett begränsat antal pris- och rabattnivåer behöver förklaras. Variationer i marginaler visar endast att reglerna anpassats till efterfrågan.

- Kommissionen har rent allmänt inte tagit hänsyn till det faktum att den studerade en näringsgren inom området för immateriell äganderätt på marknaden för inspelad musik. Det faktum att enskilda album rör sig genom de olika kända och underförstådda pris- och rabattkategorierna under sin livslängd innebär inte nödvändigtvis att det inte kan finnas någon insyn och kanske till och med samordning.

Avskräckande faktorer

- 101 Sökanden har hävdad att kommissionen inte närmare har studerat alla tänkbara former av motåtgärder, utan endast de åtgärder som är knutna till partnerskapsavtal för samlingsalbum. Om ett stort skivbolag ville införa en prissänkingspolitik gentemot detaljhandlarna skulle de övriga kunna bestraffa skivbolaget i fråga genom att förmå detaljhandlarna att förkasta prissänkingspolitiken genom att ge dem större rabatter och ett ökat deltagande i gemensamma reklamkampanjer. En annan avskräckande faktor skulle kunna vara att begränsa valbarheten för de bäst säljande av det "avvikande" skivbolagets billigare produkter eller för produkter som utgör en ensidig innovation. Valbarhetskriterierna för de nationella hitlistorna bestäms i allmänhet av kommittéer som i sin helhet är sammansatta av skivbolag, ibland i samverkan med detaljhandlare, och handlar främst om format och lägstapriser.
- 102 Sökanden anser att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att konstatera att det förmodligen förekommer avskräckande faktorer och, samtidigt, finna att det inte finns några sådana, eftersom den inte funnit några bevis för att sådana använts. Den mest effektiva avskräckande faktorn är emellertid den som inte behöver användas.

Motvikter

- 103 Sökanden har hävdad att kommissionens bedömning är ofullständig till den del beslutet inte innehåller någon undersökning av huruvida det finns motverkande marknadsinflytande. Sökanden påpekar vidare att kommissionen i meddelandet om invändningar konstaterade att varken de oberoende företagen eller detaljhandlarna utövade något verkligt konkurrenstryck på de stora företagen.

Grundlig analys av gemensam policy saknas

- 104 Kommissionen har i sin analys fokuserat på konkurrens genom priser och har fullständigt förbigått en rad andra frågor, fastän samordning kan anta olika former, enligt meddelandet om horisontella koncentrationer (EUT C 31, 2004, s. 5).
- 105 Kommissionen borde ha undersökt om det lönade sig bättre för de stora företagen att bedriva livlig konkurrens för att skaffa marknadsandelar än att ansluta sig till en gemensam policy. Det faktum att de stora företagens marknadsandelar är relativt stabila och att förändringar i huvudsak beror på förvärv av oberoende företag, eller på inbördes sammangående, tyder på att det inte finns någon faktisk priskonkurrens utan en gemensam politik som huvudsakligen går ut på att inte ta till någon konkurrensåtgärd i det fall då marknaden är oligopolistisk (domstolens dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 43; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247).
- 106 Kommissionen har inte heller undersökt om de stora företagen hade någon parallell licenspolitik för musik på nätet eller för kontraktering av artister. Den har inte undersökt alla de karakteristiska drag som enligt uppräknigen i punkterna 96–116 i meddelandet om invändningar styrker att marknaden för inspelad musik är ”särskilt lämpad för samordning och underlättar övervakningen av en sådan samordning” (punkt 94 i meddelandet om invändningar). Kommissionen fastställde dock tio faktorer som pekar på en tyst samverkan, vilka inkluderar strukturella samband, licens- och distributionsavtal samt partnerskapsavtal och samlingsalbum (se bifogad förteckning i bilaga A.15 till ansökan).
- 107 Kommissionen har inte heller undersökt om koncentrationen kan resultera i att utbudet av antalet nya titlar eller originaliteten i nya skivsläpp kan begränsas eller om koncentrationen kan försämra kreativiteten, kvaliteten och mångfalden i

musikutbudet (se kommissionens beslut 2004/422/EG av den 7 januari 2004 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (EGT L 125, s. 54, skäl 674), eller inverka på konsumenternas valmöjligheter, på det sätt som det gjordes i meddelandet om invändningar i målet Time Warner mot EMI (COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (EGT C 136, s. 4) (se punkt 55, om marginalisering av oberoende företag, och om inverkan på det musikutbud som erbjuds allmänheten). I analysen har det slutligen inte tagits någon hänsyn till artikel 151.4, EG och till den kulturella mångfalden.

c) Felaktig tillämpning av gemenskapsrätten i fråga om kollektiv dominerande ställning

108 Sökanden har hävdade att kommissionen gjort tre rättsliga felbedömningar.

109 För det första har kommissionen funnit att det saknades insyn i priserna, av den anledningen att den inte var säker på att det rådde total insyn, samtidigt som testet, enligt punkt 62 i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, är ett "test för tillräcklig insyn i marknaden" som ger samtliga företag i oligopolet möjlighet att "tillräckligt precist och snabbt" få reda på hur de övriga medlemmarnas beteende på marknaden utvecklas. I detta fall finns det tillräcklig insyn.

110 För det andra har kommissionen funnit att det på grund av rabatterna inte finns någon gemensam policy men den har därmed inte slagit fast att rabatterna ledde till betydande prissänkningar, så att konkurrensen via rabatter är marginell. Enligt punkt 60 i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, skulle en marginell konkurrens inte i sig motsäga slutsatsen att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. Aktören måste vara medveten om "att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från dess sida för att öka marknadsandelen (exempelvis en

prisreduktion) skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna”. Kommissionen behöver egentligen endast bevisa att det råder ”brist på effektiv konkurrens mellan de aktörer som (...) ingå[r] i det dominerande oligopolet” och inte att all konkurrens sätts ur spel (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 645).

- 111 För det tredje har kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att grunda sin analys på att det inte finns några bevis för att motåtgärder förekommit tidigare medan kommissionen enligt punkt 195 i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen inte nödvändigtvis behöver bevisa att det finns ett visst mer eller mindre strikt ”repressaliesystem” utan bara att det finns avskräckande faktorer.

2. Den andra delgrunden

- 112 Sökanden har erinrat om att kommissionen, för att fastställa om en koncentration stärker en dominerande ställning, måste undersöka dennas inverkan på referensmarknaderna genom en analys av dess kommande utveckling (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkterna 58 och 59). Kommissionen har emellertid inte gjort någon analys av den kommande utvecklingen och har inte alls undersökt frågan om förstärkning av den dominerande ställningen, eftersom den enligt en retrospektiv analys felaktigt fann att det sedan tidigare inte förelåg någon dominerande ställning som kunde stärkas.
- 113 I den mån som förstärkningen av den dominerande ställningen undersöktes på grundval av den retrospektiva analysen innehåller beslutet en bristfällig motivering eller en uppenbart oriktig bedömning av de skäl som angetts i den första delgrunden, medan det faktum att det saknas en analys av den kommande utvecklingen innebär att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

B — *Kommissionens argument*

114 Kommissionen anser att de tre skäl till ogiltigförklaring som sökanden har åberopat när det gäller marknaden för inspelad musik i hög grad överlappar varandra och att det därför finns anledning att först och främst redogöra för resonemanget i beslutet och för den bevisning som ligger till grund för slutsatserna i detta, innan den kommenterar vissa felaktiga presentationer av beslutets innehåll som återfinns i ansökan, och till sist undersöker de särskilda argument som sökanden har åberopat.

1. Kommissionens beslut och bevisning som ligger till grund för beslutet

a) Sammanhang

115 Vad beträffar det prissättningssystem som tillämpas på inspelad musik har kommissionen uppgett att de stora företagen och varje oberoende skivbolag periodvis fastställer ett antal listpriser för sina cd-album, det vill säga prisangivelser till handlarna (PPD, Published Prices to Dealers). Varje stort skivbolag har normalt mer än 50 priser av sådant slag, av varierande betydelse, som kan hänföras till fullpris-, medelpris- och lågpriskategorier, och bolaget fastställer listpriset för varje cd-album som ges ut med hänvisning till ett av dessa priser. Det nettopris som i praktiken tas ut av en kund (detaljhandlare eller grossist) är emellertid lägre än listpriset, på grund av fakturarabatter (fasta rabatter och kampanjrabatter) som kan variera mellan olika kunder, över tid eller mellan olika album (när det gäller kampanjrabatter). Varje skivbolag förhandlar med var och en av sina kunder om en årlig fast rabatt (eventuellt på olika nivåer för popmusik, klassisk musik och album som förekommit i tevereklam), som tillämpas på all försäljning till den kunden. Kampanjrabatterna fastställs däremot från fall till fall för en varierande tidslängd, för enskilda album eller grupper av album som skivbolaget vill lyfta fram. De ges inte

nödvändigtvis till alla kunder och beloppet är inte nödvändigtvis detsamma. Kommissionen har påpekat att man måste skilja mellan nettopriset på ett visst album till en viss kund och det genomsnittliga nettopriset på samtliga album som ett visst stort skivbolag säljer under ett visst år, vilket består av summan av alla (potentiellt mycket varierande) nettopriser på de enskilda album som säljs till enskilda kunder, dividerat med det totala antalet album som säljs av skivbolaget i fråga.

- 116 Kommissionen fann en tydlig nedgång i efterfrågan och priserna för inspelad musik på cd-skivor sedan 1999 (skälen 55–59 i beslutet).

b) De fem stora marknaderna (Tyskland, Förenade kungariket, Frankrike, Italien, och Spanien)

- 117 Kommissionen undersökte inledningsvis om det gick att påvisa att det redan fanns en tyst prissamverkan mellan de stora företagen i de fem stora medlemsstaterna (skälen 69–108 i beslutet). Den kontrollerade om det fanns någon prisparallellitet genom att studera den faktiska genomsnittliga nettoprisutvecklingen hos de stora företagen och om en eventuell iakttagbar parallellitet kunde förklaras genom en samordning. För detta ändamål undersökte kommissionen först listpriserna som möjliga referenspunkter och undersökte sedan om rabatterna hade samordnats och om det fanns tillräcklig insyn i dem för att möjliggöra en effektiv övervakning av en eventuell samordning av nettopriserna (skäl 73 i beslutet).

Samordning av de genomsnittliga nettopriserna och listpriserna

- 118 Kommissionen fann på de fem stora marknaderna en endast delvis likartad utveckling av de faktiska nettopriserna. I vart och ett av länderna har varje stort skivbolags faktiska genomsnittliga nettopriser mestadels varierat inom ett intervall på ungefär 10 procent eller mer i förhållande till varandra. Kommissionen ansåg att

en sådan likartad utvecklingsgrad av uppenbara skäl inte medgav några slutsatser (skälen 75, 82, 89, 96 och 103 i beslutet). För det första går det inte att fastställa någon parallellism alls mellan de faktiska genomsnittliga nettopriserna. För det andra räcker det i allmänhet inte med ett parallellt beteende för att konstatera att det förekommer samordning, om det inte går att fastställa mekanismerna för en sådan samordning. För det tredje har kommissionen i detta fall inte kunnat konstatera att utvecklingen av de genomsnittliga nettopriserna hos vart och ett av de stora företagen var eller kunde ha varit känd hos de övriga stora företagen. De genomsnittliga nettopriserna återspeglar ett mycket stort antal olika enskilda prissättningsbeslut (se exempelvis bilaga B.10) och dessa beslut måste med tillräcklig säkerhet kunna identifieras för att göra en betydande samordning av nettopriserna möjlig.

- 119 Kommissionen fann emellertid vissa tecken på att listpriserna (PPD) kunde användas som en samordningsbas. I vart och ett av de fem stora medlemsländerna skedde den största delen av varje stort skivbolags försäljning (mer än 55 procent, och till och med upp till 85 procent i ett av länderna) genom användning av fem listpriser och för hälften eller mer av de 100 bäst sålda enskilda cd-albumen 2003 (med undantag för Spanien) faktiskt endast mellan ett och tre listpriser. Dessutom är listpriserna relativt öppna, eftersom de förekommer i de fem stora företagens kataloger (skälen 76, 83, 90, 97 och 104 i beslutet).
- 120 Kommissionen har dock konstaterat att det finns två olika hinder för att använda listpriserna som referenspunkter för en tyst samordning av nettopriser och som medel för att kontrollera att sådan samordning skett – det ena är att listpriserna är komplicerade i sig, det andra att sambandet mellan listpriserna och nettopriserna är komplicerat och diffust.

Komplexitet och listpriser

- 121 När det gäller listpriser utgör cd-albumen inte någon fullständigt homogen produkt på grund av skillnaderna i innehåll (skäl 110 i beslutet). Fastän ett ”utrymme för

utbytbarhet” gör det möjligt att betrakta åtminstone album i samma genre som om de tillhör en enda produktmarknad (skälen 9–13 och 110 i beslutet) är cd-albumen ändå vitt skilda heterogena produkter. Av detta följer att även om prissättning och marknadsföring av cd-album är relativt standardiserade på grossistnivå (de standardiserade faktorerna för att fastställa grossistpriser är följande: de tre stora priskategorierna, varje stort skivbolags standarduppsättning av listpriser, det faktum att de fasta rabatter som fastställs på årsbasis för varje kund och den överenskomna returneringskvoten för osålda album normalt bestäms utifrån ett antal begränsade parametrar), har de enskilda albumen olika grader av förväntad eller faktisk framgång, vilket inverkar på den initiala fastställelsen av listpriset när albumet släpps och på dess senare utveckling.

122 Dessutom tvingar denna oförutsägbarhet förmodligen varje stort skivbolag, som nog vill övervaka att de andra stora skivbolagen respekterar samordningen av nettopriserna, att övervaka listpriserna för mer än 80 av de album som konkurrenterna ger ut varje år i ett visst land (eller mer än 60 album av denna typ per år efter sammanslagningen, eftersom 20 album av varje stort skivbolags bäst sålda utgör minst 30 procent av företagets totala försäljning, och i många fall över 50 procent) (skäl 111 i beslutet). Ett skivbolag som ville ha en mer samlad bild av marknaden skulle tvingas till en mer omfattande övervakningsverksamhet, eftersom varje stort skivbolags 100 bäst sålda album normalt utgör mellan 70 och 80 procent av dess totala musikkförsäljning (skäl 71 i beslutet) och en sådan ingående undersökning skulle medföra att nästan 400 album övervakades. Parterna i koncentrationen har lagt fram bevis på att de olika listpriserna för deras respektive 20 bäst sålda enskilda cd-album ofta ändrades betydligt från ett kvartal till ett annat (se bilaga B.3). Även om de veckovisa hitlistorna underlättar en sådan övervakning genom att lyfta fram titlar som blir ”hits” (skäl 112 i beslutet) går problemet inte att undvika.

123 När det gäller konstaterandet i beslutet att ”vissa faktorer [pekade på] att listpriserna kunde användas som bas för anpassning av de största skivbolagens priser”, har kommissionen understrukit att det inte rör sig om ett slutligt konstaterande. Fastän kommissionen kom fram till att det var möjligt att övervaka listpriserna visar

variationerna i användningen av de olika listpriserna i bilaga B.3 till svaromålet att en sådan övervakning, tillsammans med försök att upptäcka rabattpraxis, skulle bli minst sagt mycket resurskrävande.

Samordning och det komplicerade rabattsystemet

124 Kommissionen fann i de fem stora medlemsstaterna ett nära samband mellan utvecklingen av de genomsnittliga bruttopriserna och de genomsnittliga nettopriserna hos Sony och BMG under en sexårsperiod, med ett mycket stabilt förhållande mellan netto- och bruttopriser över tiden och alla album sammantagna (skälen 77, 84, 91, 98 och 105 i beslutet). Det tydliga sambandet mellan de genomsnittliga brutto- och nettopriserna (det vill säga den genomsnittliga rabatten) hos varje part i koncentrationen, alla album sammantagna i ett visst land, utjämnar oundvikligen effekterna av olika typer av fakturarabatter (fasta rabatter och kampanjrabatter), skillnaderna mellan de fakturarabatter (fasta rabatter och kampanjrabatter) som olika kunder får, och skillnaderna mellan de fakturarabatter (huvudsakligen kampanjrabatter) som lämnas för enskilda album. Slutsatsen angående det stabila förhållandet mellan de genomsnittliga netto- och bruttopriserna måste också nyanseras på grund av analysmetodernas begränsningar. Kommissionen har i fråga om detta klargjort dels att endast uppgifterna från Sony och BMG har beaktats, eftersom de övriga av de stora företagen har uppgett att de endast fakturerar nettopriser, dels att parterna i koncentrationen, för att lösa problemet med att ett visst album kan ha fått flera olika listpriser under loppet av ett år, har lämnat ett enda bruttopris för varje album, vilket motsvarar det listpris till vilket albumet sålt mest under det aktuella året (bruttopriset för ett album har således helt enkelt beräknats genom att listpriset multiplicerats med antalet sålda album). Det bruttopris som registrerats för varje album och som använts för att beräkna varje stort skivbolags genomsnittliga bruttopris är därför ungefärligt.

125 Vidare räcker det inte med ett stabilt förhållande mellan de genomsnittliga brutto- och nettopriserna för att styrka en tidigare eller trolig framtida samordning, eftersom det inte finns några påvisbara mekanismer som ger de stora företagen

möjlighet att kontrollera ett sådant samband mellan brutto- och nettopriser utifrån en mängd olika enskilda prissättningsbeslut. Kommissionen har inte funnit tillräckliga bevis för att det finns någon sådan mekanism.

126 Kommissionen har för det första konstaterat att Sony och BMG hade de ojämförligt största fakturarabatterna (fasta rabatter och kampanjrabatter) i alla de stora medlemsstaterna (med undantag för Frankrike vad det gäller BMG). De allmänna nivåerna på fakturarabatterna hos de båda parterna i koncentrationen varierade i viss mån när de uttrycktes i förhållande till deras respektive totala bruttoförsäljning till de 20 främsta kunderna i dessa medlemsstater (skillnaderna mellan dessa nivåer låg på [konfidentiellt] procentenheter av deras respektive totala bruttoförsäljning i Italien, på [konfidentiellt] procentenheter i Förenade kungariket och i Spanien, på [konfidentiellt] procentenheter i Tyskland och på [konfidentiellt] procentenheter i Frankrike).

127 Kommissionen har vidare inte funnit några bevis för att Sonys och BMG:s fakturarabatter var tillräckligt anpassade till varandra för respektive kund, för att kunna dra slutsatsen att samordning och insyn förekommit. I skälen 79, 86, 93, 100 och 107 i beslutet redovisas skillnaderna mellan Sonys och BMG:s totala fakturarabatter för de enskilda kunderna, uttryckta i förhållande till bruttoförsäljningen till var och en av dessa kunder. Kommissionen konstaterade att de genomsnittliga fakturarabatter som de respektive parterna i koncentrationen lämnade till var och en av sina gemensamma tio främsta kunder i de stora medlemsstaterna, med undantag för Frankrike, under perioden 2000–2003, varierade mellan 2 och 5 procent (Förenade kungariket, Tyskland, Spanien) eller mellan 1 och 3 procent (Italien). I Förenade kungariket, Tyskland och Spanien har Sonys och BMG:s genomsnittliga årliga rabatter för vissa av deras viktigaste kunder varierat under vissa år med mer än 5 procent av deras respektive bruttoförsäljning till dessa kunder. I Frankrike (skäl 86 i beslutet) har de fakturarabatter som parterna i koncentrationen lämnade till var och en av sina femton främsta gemensamma kunder visat en mer påtaglig variation som kunde nå upp till 10 procent. Med

hänsyn till BMG:s retroaktiva rabatter och ”avtalsrabatter” i Frankrike undersökte kommissionen även de totala rabatterna. Den fann skillnader mellan de bägge parterna i koncentrationen på upp till 3 procent år 2003 i denna kundgrupp, och på ungefär 5 procent för tre av dem. I samtliga stora medlemsstater berodde dessa variationer huvudsakligen på kampanjrabatter.

128 Kommissionen har också tagit hänsyn till information från alla stora medlemsstater (skälen 79, 86, 93, 100 och 107 i beslutet), som tyder på att de rabatter som de båda parterna i koncentrationen lämnat är av tre olika slag (dessa slutsatser grundar sig på uppgifterna i bilagorna B.A–B.14):

- rabatterna för en viss kund varierade över tiden,

- rabatterna för en viss kund varierade mellan olika album,

- rabatterna för ett visst album varierade mellan olika kunder.

129 Rabatternas allmänna stabilitet över tiden (punkt 88 i meddelandet om invändningar) framgår av bilaga B.4, som består av diagram vilka bilagts meddelandet om invändningar och tar upp de genomsnittliga fakturarabatter som parterna i koncentrationen lämnat till var och en av sina tio främsta gemensamma detaljhandlare (det vill säga den totala fakturarabatten per år för en viss kund, dividerat med den totala bruttoförsäljningen till den kunden) i Förenade kungariket, Tyskland, Italien och Spanien, mellan åren 2000 och 2003. Trots detta har parterna i koncentrationen, med hänvisning till samma diagram, hävdade att deras respektive behandling av vissa kunder i Förenade kungariket, Tyskland och Spanien uppvisade väsentliga skillnader (se bilaga B.5, svar på meddelandet om invändningar, punkt 4.21).

- 130 Beträffande sökandens anmärkning, att ”det står långt ifrån klart att skillnaderna mellan de tio största kundernas rabatter återspeglar skillnader i det relativa portföljresultatet för var och en av parterna i koncentrationen”, har kommissionen konstaterat att om detta står långt ifrån klart även för en observatör med tillgång till all information är det svårt att föreställa sig hur de stora företagen, under tysta samverkansformer och med mycket bristfällig information om marknaden, skulle kunna eliminera den ömsesidiga påverkan som orsakats av portföljens sammansättning för att få en korrekt bild av bakomliggande rabattpraxis eller policy.
- 131 Bilaga B.6 till svaromålet, som återger bevis som lämnats in av parterna i koncentrationen gällande en period på fem år, visar variationerna i var och en av de fem medlemsstaterna inom ett bitvis brett spektrum för de fakturarabatter som varje part i koncentrationen lämnat till sina tio främsta kunder för sina 20 bäst sålda enskilda cd-album under ett visst år. Dessa fakturarabatter utgör en betydande del av de stora företagens totala omsättning, så att en synlig och likvärdig behandling när det gäller listpriser och rabatter kunde utgöra en av huvudkomponenterna vid en eventuell samordning av nettopriserna. Varje tabell tenderar att för ett visst skivbolag i ett visst land visa att vissa kunder har fått mycket olika rabatter under ett visst år eller under ett visst antal år för dessa bästsäljande album och samtidigt att det fanns påtagliga skillnader mellan de högsta och/eller de lägsta rabatterna för olika kunder under ett visst år, och detta även för kunder tillhörande samma kategori (exempelvis grossister, fackhandlare och stormarknader).
- 132 Vidare kan man vid en jämförelse av tabellerna i nämnda bilaga, för Sony och BMG för ett valfritt land, dra slutsatsen att de rabatter som var och en av dem lämnat till vilken av kunderna som helst under vilket år som helst ofta har varierat påtagligt, såväl vad gäller de högsta och lägsta rabattbelopp som lämnats under denna period som skillnaden mellan dessa bägge sifferuppgifter.

- 133 Kommissionen har ifrågasatt relevansen i sökandens slutsats, enligt vilken tabellerna visar på "intressanta regelbundenheter" och har påpekat att sådana "regelbundenheter" inte minskar betydelsen av variationen i rabatterna som bevis för att nettoprissättningen är komplicerad och att det saknas insyn i den.
- 134 Genom bilaga B.8, som visar en fördelning efter kategori av de rabatter som parterna i koncentrationen lämnat för sina respektive 20 bäst sålda cd-album mellan 1998 och 2003 i de fem stora medlemsstaterna, har kommissionen kunnat ta reda på för hur stor andel av de respektive 20 bäst sålda enskilda cd-albumen till samtliga kunder som de bägge stora företagen lämnade en viss rabatt (uttryckt i smala intervall om 2,5 procent) i förhållande till listpriserna för de berörda albumen. Mer allmänt visar den lodräta kolumnen för varje år i dessa tabeller, oavsett år eller land, att inget av de båda stora företagen har följt någon enhetlig rabattpraxis, inte ens för detta begränsade urval av deras bästsäljande album. De vågräta raderna, som avser de olika rabattkategorierna, visar också att respektive rabattpraxis hos de båda parterna i koncentrationen varierade i tiden, från ett år till ett annat.
- 135 Vidare visar en av bilagorna i svaromålet (bilaga B.9) att de rabatter som Sony respektive BMG lämnade för sina 20 bästa album år 2003 hade fördelats mycket olika.
- 136 Sökandens påpekande, att skillnaderna i rabattklasserna inte utesluter att rabatterna baserar sig på en känd uppsättning regler, grundar sig på det felaktiga antagandet att det räcker med att en uppsättning regler är kända för att alla de stora företagen skall kunna vara säkra på att dessa regler efterlevs.

- 137 Kommissionen har påpekat att sökandens sambandsanalys i bilaga D.3 avser en enda parts rabatter över tiden och inte en samordning mellan parterna i koncentrationen. Även om den analysen visade att rabattstrukturen för varje part i koncentrationen var relativt stabil över tiden, trots förändringar i affärsverksamheten, skulle detta faktiskt styrka kommissionens argument att sifferuppgifterna för de genomsnittliga nettopriserna kan dölja betydande variationer på album- eller kundnivå. I motsats till vad sökanden hävdar kan slutligen de smala rabattintervallen (på 2,5 procent) i diagrammen göra analysen mindre mottaglig för små rabattändringar.
- 138 Kommissionen har även gjort gällande att sökandens anmärkningar om att vissa diagram snarare skulle visa på att rabatterna varit stabila eller att sambandsfaktorn varit hög mellan parterna i koncentrationen är ogrundade.
- 139 Bilaga B.10, som tar upp de fem stora medlemsstaternas nettoprisfördelning mellan de fem viktigaste kunderna för var och en av de båda parterna i koncentrationen, visar att
- fördelningen av nettopriser varierar kraftigt mellan de båda stora företagen, såväl i allmänhet som för enskilda kunder, och
 - sättet på vilket olika kunders inköp från ett visst skivbolag fördelar sig mellan olika grupper av nettopriser varierar mycket. Denna anmärkning gäller även för kunder som tillhör en och samma kategori (som exempelvis grossister, fackhandlare eller stormarknader), i den mån mer än en kund i en viss kategori förekommer i tabellen.

- 140 Kommissionen instämmer i sökandens påstående att variationerna i fördelningen av de nettopriser som viktiga kunder betalar till de olika stora företagen kan bero på skillnader i deras inköpsmönster och i skivbolagets produktsortiment. De är emellertid långt ifrån irrelevanta. Även om ett stort skivbolag kunde upptäcka vilka olika nettopriser en gemensam kund betalar för ett annat stort skivbolags olika album (vilket enligt tillgänglig bevisning förefaller osannolikt), skulle det inte kunna säga huruvida dessa priser är ett uttryck för att man använt sig av sådana med nödvändighet komplicerade regler som sökanden förutsätter eller att avsteg gjorts från dessa regler, utan att man åtminstone har mer information om vilka album dessa priser hänför sig till.
- 141 Även om produktsortimentet och de varierande framgångsnivåerna skulle kunna förklara alla eller merparten av de viktade variationerna i prisfördelningen enligt den bilagan, skulle detta också visa det fåfänga i alla försök till samordning på grundval av samtliga genomsnittliga nettopriser, på det sätt som sökanden har antagit.
- 142 Kommissionen har bestritt relevansen av de bevis som sökanden lagt fram för att visa att de handlingar som bilagts svaromålet inte bevisar att det finns någon påtaglig variation i priserna.
- 143 Vidare har kommissionen även bevis som rör listpriser i högpriskategorin (se bilaga B.11) och som tyder på att vissa mycket viktiga kunder hos en av de båda parterna i koncentrationen, under loppet av ett år (2003), var för sig hade betalat olika nettopriser till detta skivbolag (med andra ord hade fått olika rabatter) för album som hade samma listpris. Skillnaden mellan det högst och lägst betalda nettopriset för ett album med ett visst listpris är ofta påtaglig.

144 Det framgår av de bevis som ingetts av BMG (se bilaga B.12) angående andelen av den totala genomsnittliga rabatt som var och en av företagets tio främsta kunder fått, att de genomsnittliga kampanjrabatterna per kund i ett land (land F) varierade mellan ungefär 8,5 procent och 13 procent, och låg betydligt högre än de genomsnittliga fasta rabatterna (som varierade mellan 3 och 10 procent) för praktiskt taget alla kunder, medan de genomsnittliga kampanjrabatterna i ett annat land (land C), (vilka varierade mellan 2 och 5 procent) utgjorde ungefär hälften eller mer av den högsta allmänt tillämpade rabatten, det vill säga om man undantar den särskilda grossistrabatten. I de tre andra länderna (land B, D och A) har nivån på de genomsnittliga kampanjrabatterna varierat kraftigt mellan kunderna, med svängningar på mellan 0,5 och 12,5 procent, 0,5 och 13 procent och runt 2,5 procent och 14,5 procent. I de tre länderna översteg de genomsnittliga kampanjrabatterna de genomsnittliga fasta rabatterna för en av de främsta kunderna, medan de var mycket lägre för andra.

145 I motsats till vad sökanden har gjort gällande innebär inte den omständigheten att var och en av dessa bilagor visar skillnader endast i nettopriserna eller rabatterna hos en av de anmälande parterna att de saknar relevans. Det faktum att ett enda stort skivbolags rabatter varierar mellan olika kunder (inklusive kunder av samma typ, som förväntas intressera sig för liknande delar av deras produktsortiment) tyder faktiskt på att även om en konkurrent får kännedom om de rabatter som detta stora skivbolag ger en kund skulle den kunskapen inte kunna extrapoleras till detta skivbolags allmänna rabattpraxis. Dessutom skulle formerna för en samordning som omfattade enskilda kunder och kundkategorier vara alltför komplicerade.

146 Kommissionen har även fått "vittnesmål" som för samma skivbolag pekar på att kampanjrabatter lämnats för såväl nya album som för äldre album (bilaga B.2).

147 Detta bekräftas genom bilaga B.13 som består av diagram som lämnats in av parterna i koncentrationen och som visar de fakturarabatter som vart och ett av de fem stora länderna lämnat till sina främsta gemensamma kunder för de bäst sålda

albumen 2002, med mycket likartade listpriser i fullpriskategorin. Kommissionen har påpekat att den fasta rabatten för alla album borde vara stabil för alla skivbolag och alla kunder under ett visst givet år, och har av detta dragit slutsatsen att variationen i de fakturarabatter som ett stort skivbolag ger en viss kund för olika album med samma listpris måste kunna tillskrivas de kampanjrabatter som vid något tillfälle lämnats för de nya albumen i fråga. Diagrammen tyder på att det finns sådana variationer i varje anmälade skivbolags fakturarutiner, åtminstone gentemot vissa kunder, i samtliga berörda länder.

- 148 Kommissionen har påpekat att sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha undersökt ”vissa enkla principer som skapar en skillnad mellan album med samma referenspris och som skulle kunna förklara skillnaderna i fråga om kampanjrabatter”, men att sökanden för att förklara dessa principer nämner sex kriterier som, eftersom de i stort sett överensstämmer med varandra, skulle innebära en kraftig ökning av antalet kombinationer av potentiellt tillämpliga regler enbart i fråga om kampanjrabatter. Sökanden har för övrigt inte gjort något försök till kvantifiering, vilket är ytterst viktigt om man genom villkoren för prissamordning med tillräcklig säkerhet skall kunna förutsäga rabattnivån för en viss titel under en viss reklamkampanj – och därmed kunna fastslå om de faktiska rabatterna överensstämmer med dessa regler eller avviker från de allmänna prissättningsprinciperna.
- 149 Variationen i kampanjrabatterna framgår av några exempel: olika slags kunder har fått olika rabattnivåer för album som tillhör samma musikgenre; olika kunder har fått olika rabatter för samma album; samma kund har fått olika rabatter för olika album; samma kund har fått tidsbegränsade rabatter för ett visst album.
- 150 Till sist stöds kommissionens allmänna slutsats, att ”de stora skivbolagens rabattnivåer varierar i viss mån” på de stora marknaderna (skälen 78, 85, 92, 99 och 106 i beslutet), av bevisning av ekonomiskt slag, som rör de fem stora företagens

rabatter. Sonys och BMG:s ekonomiska experter har, på grundval av den information som kommissionen fått av de fem stora företagen angående deras fakturarabatter under 2003, i RBB-studien kommit fram till följande:

”Vi jämför även fördelningen av de fakturarabatter parterna A, B, C, D och E har lämnat i vart och ett av de viktigaste länderna 2003. Analysen visar att det finns påtagliga skillnader i hur de fem stora företagen fördelat denna typ av rabatter. Detta bekräftar att deras prissättningspolitik för närvarande inte är samordnad.”

Insyn i rabatterna

- 151 I beslutet betonas att de stora företagen, enligt flera kunder i de stora medlemsstaterna, hade en ”viss kännedom” om de fasta rabatter (mer stadigvarande) som deras konkurrenter tillämpade (se fotnoterna på sidorna 45, 49, 52, 55 och 57 i beslutet). Denna fråga diskuterades länge under kommissionens utfrågning. Parterna i koncentrationen gjorde gällande att vissa av de jakande svaren endast gällde listpriserna eller gjorde inte någon åtskillnad mellan listpriserna och rabatterna. Endast fem svar (från Belgien, Frankrike och Italien) av totalt 36 tillgängliga svar från samtliga länder gav uttryckligen vid handen att det fanns en viss insyn i rabatterna; motsatt ståndpunkt intogs uttryckligen i 11 svar. Kommissionen fann på grundval av svaren från detaljhandlarna, ”vittnesmålen” från Sonys och BMG:s nationella chefer (se relevanta utdrag i bilaga B.2), och av bristen på information om rabatter som konstaterades i handelsrepresentanternas inlämnade övervakningsrapporter (se bilaga B.15), att om några detaljhandlare uppfattat att de stora företagen hade en viss kännedom om de andra stora skivbolagens prissättningspolitik skulle den kunna avse listpriserna, som är relativt öppna, och i viss mån de fasta rabatterna, som omförhandlas årligen, men skulle förmodligen inte gälla kampanjrabatter, som

förhandlas fram från fall till fall. De stora företagens förbindelser med varandra och en stabil kundkrets (skäl 112 i beslutet) kan leda till att de får viss information om de årliga rabatterna men tycks inte främja insynen i de kortvariga reklamkampanjerna.

- 152 Kommissionen fann att insynen i kampanjrabatterna var sämre än i de fasta rabatterna och att det för att övervaka dessa krävs en noggrann övervakning av specialerbjudanden på detaljmarknaden (skälen 80, 87, 94, 101 och 108 i beslutet). Systemet med veckovisa rapporter från Sonys och BMG:s försäljningspersonal (som innehåller iakttagelser angående konkurrenterna) möjliggjorde i vart fall inte tillräcklig insyn i dessa rabatter. Kommissionen har framför allt inte funnit tillräckliga bevis för att övervakningen av detaljpriser eller kontakter med detaljhandlare gav de stora företagen möjlighet att uppväga den bristande insynen i rabatterna, och särskilt då i kampanjrabatterna.
- 153 De marknadsövervakningsrapporter som parterna i koncentrationen lämnat in och som återfinns i bilaga B.15 innehåller inte den typen av detaljerad information om konkurrenternas rabatter som skulle möjliggöra en effektiv övervakning av nettopriserna för enskilda album till olika kunder. Dessutom är rapporterna i andra länder mycket mer kortfattade eller till och med obefintliga. BMG:s representanter, till exempel, lägger inte fram formella övervakningsrapporter annat än i Frankrike och Österrike.
- 154 Samtidigt som kommissionen har medgett att den inte lätt kan bevisa att det inte finns någon prissättningsmekanism som består av ett antal allmänna regler, har den påpekat att sökanden inte bemödat sig om att lämna in tillförlitliga bevis på hur en sådan prissättningsmekanism skulle vara utformad och därefter tillämpas på ett oräkneligt antal enskilda kontrakt, och inte heller hur efterlevnaden av den skulle säkerställas.
- 155 Kommissionen har även uttryckt sin förvåning över att sökanden direkt ifrågasätter behovet av en övervakning för att fastställa om det föreligger en kollektiv dominerande ställning.

- 156 Kommissionens slutsats angående den ineffektiva övervakningen av detaljhandeln grundar sig även på att detaljprissättningen är komplicerad och att det saknas insyn i den. En studie som lagts fram av parterna i koncentrationen (bilaga B.17) visar att det finns stora variationer i de största detaljhandlarnas detaljpriser för jämförbara cd-album inom varje större priskategori (fullpris, medelpris och lågpris) och att det är lika komplicerat att fastställa detaljpriser som grossistpriser. Utöver detta varierade detaljpriserna hos samtliga detaljhandlare för ett visst album i detta urval av de fem bäst sålda albumen, både över tiden och mer uttalat mellan olika detaljhandlare hela tiden.
- 157 Bevisningen (som återfinns i bilaga B.17, avsnitt 2) visar att en intensiv övervakning från de stora företagens sida av varje detaljhandlares detaljpriser för varje viktigt album inte skulle ge ett stort skivbolag möjlighet att sluta sig till någon prissättningspraxis (listpriset minus fakturarabatter) hos sina huvudsakliga konkurrenter för ett visst album. Alla detaljhandlare tillämpar nämligen inte systematiskt samma uppräkningspraxis av grossistpriset, vid en viss tidpunkt, vare sig på alla slags album eller på samtliga album i den mer begränsade fullpriskategorin (tabell 2.1).
- 158 Slutligen har kommissionen inte funnit något tydligt samband mellan detaljhandelspriserna och de fakturarabatter som lämnats för album med samma listpris. Tvärtom visar den studie som lagts fram av parterna i koncentrationen snarare på att variationerna i detaljhandelspriset för ett visst album vid ett visst tillfälle på olika återförsäljningsställen, såväl för fullprisalbum som för övriga album, inte hade något uttalat samband med de fakturarabatter som återförsäljarna fått för just det albumet (tabell 3.1).
- 159 Inför en sådan skiftande och oförutsägbar prissättningspraxis kan ett stort skivbolag inte med säkerhet sluta sig till att en viss detaljhandlare tillämpar samma nivå eller uppräkningschema för likvärdiga album från ett annat stort skivbolag som för dess egna album och kan inte bilda sig någon riktig uppfattning om konkurrenternas nettopriser, vare sig för ett visst album eller beräknat på förhållandet mellan

detaljpris och grossistpris hos en viss detaljhandlare för skivbolagets egna album, var för sig eller tillsammans.

- 160 Kommissionen har hävdats att det inte finns någon bevisning som stöder sökandens påstående att ”det skulle vara förvånande om det inte fanns något tydligt samband mellan de genomsnittliga detaljpriserna för album i en viss kategori som säljs till en viss detaljhandlare och de faktiska grossistpriserna på ett tillräckligt stort urval titlar och under en rimlig period”. En tillräckligt stor samling album över en viss tid tenderar att dölja variationen på enskild titelnivå — där försäljningsnivån ofta är hög — och där en tyst prissamordning i högsta grad borde vara intressant. Ett stort skivbolag kan inte med säkerhet fastställa om detta förhållande gäller även för de andra stora företagen utifrån förhållandet mellan detaljpriset och grossistpriset för dess egna album, eftersom, som sökanden genomgående framhållit i sina anmärkningar, dessa vid alla tidpunkter utgör ett särskilt produktsortiment.
- 161 Kommissionen har gjort gällande att sökandens kritik beträffande RBB-studien och kommissionens påstådda uraktlåtenhet att lägga fram den för marknadsaktörerna begränsar sig till ett antal ogrundade påståenden.

Strukturella samband

- 162 När det gäller samlingsalbum har parterna i koncentrationen visat att partner i ett gemensamt företag endast får en genomsnittlig rabatt (som inte fördelats på typ av rabatt eller kund) på försäljningen av de aktuella samlingsalbumen. Med hänsyn till de iakttagna variationerna i rabattpraxisen beroende på album och kunder och över tiden, till kampanjrabattens betydelse och till sannolika skillnader i kampanjrabatter mellan samlingsalbum och enskilda album, går det inte att för samlingsalbumen säkerställa nödvändig insyn och dessa är därför inte relevanta för kommissionens analys.

- 163 Distributions- eller licensavtalen omfattar sällan mer än två stora företag och utgör således inte en lämplig vektor för ett multilateralt utbyte av den mycket komplicerade informationen om alla de stora företagens nettoprissättning som skulle vara nödvändig för en tyst samordning på den grunden. Till sist, eftersom förhandlingarna om royaltyn för musikutgivning är kollektiva och äger rum mellan nationella sammanslutningar av skivbolag (både stora skivbolag och oberoende sådana) och nationella upphovsrättsorganisationer (som företräder förläggare och upphovsmän) och inte rör prissättningen på inspelad musik har kommissionen kommit fram till att dessa inte var relevanta i undersökningen av insynen.

Motåtgärder

- 164 Det framgår av skälen 114 och 118 i beslutet att kommissionen inte hade försökt kontrollera om det kunde finnas några avskräckande faktorer (den fastställde ett antal faktorer som möjligen kunde finnas) utan snarare främst hade försökt fastställa om likheterna och stabiliteten i rabatterna som noterats generellt i analysen kunde tillskrivas en tyst samordning, trots att de enskilda prissättningsbesluten vad gäller nettopriser är komplicerade, liksom spridningen av enskilda nettopriser över flera dimensioner och den uppenbart otillräckliga insynen. Tydliga bevis på att de övriga stora företagen använt motåtgärder som reaktion på en "avvikelse" från de brukliga genomsnittliga nettopriserna eller fakturarabatterna kunde ha varit ett tecken (om än uppenbarligen inte avgörande) på att samordning förekom. Att det inte finns avskräckande faktorer i form av ett allmänt tillgripande av ökad konkurrens vad gäller priser eller samlingsalbum, musik på nätet eller musikutgivning skulle kunna betraktas som ett "negativt" tecken på att den grad av prisanpassning som iakttagits på en övergripande nivå inte var ett resultat av en tyst samverkan.
- 165 När det rent allmänt gäller frågan huruvida det finns tillräckligt avskräckande faktorer för att upprätthålla en samordning på marknaden för inspelad musik, har kommissionen uttryckligen ansett den eventuella möjligheten att utesluta det

avvikande företaget från samlingsalbum eller förvägra det att delta i dess egna samlingsalbum (förutom en återgång till priskonkurrens) som den tänkbara metod som förtjänar mest uppmärksamhet. De bevis som kommissionen lagt fram i skälen 116 och 117 i beslutet är inte övertygande. Å ena sidan har de stora företagen faktiskt ett nätverk för samlingsalbum (skäl 116 i beslutet) och dessa album står för en viktig del av marknaden för inspelad musik (mellan 15 och 20 procent) och har mestadels mycket höga försäljningssiffror (skäl 115 i beslutet). Å andra sidan tycks en blandning av artister från olika skivmärken vara en av de viktigaste faktorerna för sådan framgång (skäl 115 i beslutet) med samlingsalbum som involverar två eller tre av de stora företagen som är långt ifrån de mest framgångsrika (skäl 116 i beslutet). Tillgripandet av en sådan avskräckande metod skulle uppenbarligen kunna medföra att man måste offra de extra fördelar som skulle kunna uppstå ur ett samlingsalbum med artister från det avvikande företaget. Mot bakgrund av denna blandning av stimulerande och hindrande faktorer och att det saknas bevis på att sådana motåtgärder tidigare skulle ha förekommit eller använts som hot, har kommissionen inte kunnat slå fast att en mekanism som "rent generellt kan utgöra en tillförlitlig repressaliemetod för de stora företagen" var eller kunde vara tillräckligt tillförlitlig för att upprätthålla en tidigare eller framtida samordning.

c) Övriga medlemsstater

¹⁶⁶ I de övriga mindre medlemsstaterna har huvuddelen av varje stort skivbolags totala försäljning (mellan 50 och 60 procent och mellan 90 och 100 procent) skett genom användning av fem listpriser, och (med undantag för Österrike) två listpriser från varje stort skivbolag har stått för mellan 30 och 40 procent och mellan 60 och 70 procent av varje stort skivbolags totala försäljning av cd-skivor år 2003.

¹⁶⁷ Dessutom varierade fakturarabatterna kraftigt mellan olika kunder hos var och en av parterna i koncentrationen. Den minsta skillnaden mellan de högsta och lägsta genomsnittliga rabatter som lämnats av en av parterna i koncentrationen till dennes tio främsta kunder (de fem främsta i Irland) låg på 5,7 procent medan skillnaden

mellan de högsta och lägsta genomsnittliga rabatter som någon av de tio främsta kunderna fått inte låg under 10 procent i något land för båda de anmälade parterna.

168 Kommissionen konstaterade (skälen 148–152 i beslutet) att det fanns flera likheter mellan marknaderna i de små länderna och i de fem största länderna. Det är omöjligt att på grundval av den bevisning som lagts fram när det gäller de små länderna påvisa att det förekommit någon faktisk tyst samordning mellan de fem stora företagen på dessa marknader.

2. Oriktig framställning av beslutet i ansökan

169 Kommissionen erinrar inledningsvis om att ett meddelande om invändningar endast är en förberedande handling av provisorisk karaktär (domstolens dom av den 11 november 1981, *International Business Machines mot kommissionen* i mål 60/81, REG 1981, s. 2639; svensk specialutgåva, s. 225) och att kommissionen inte särskilt måste ange varför den avvikit från sin preliminära ståndpunkt. Det räcker inte med att sökanden påpekat att marknadsförhållandena inte har ändrats under den tid som gått mellan meddelandet om invändningar och antagandet av beslutet. Även om detta objektivt sett till stor del skulle kunna vara riktigt är det definitivt inte så när det gäller kommissionens kunskaper om och förståelse för marknaden. För att nå fram till sin slutliga ståndpunkt har kommissionen tagit vederbörlig hänsyn till de detaljerade synpunkter som parterna i koncentrationen lämnat, som svar på meddelandet om invändningar.

170 Kommissionen har påpekat att sökanden på flera punkter har lämnat en förvrängd bild av beslutet.

- 171 För det första påstås det inte i beslutet att de stora företagen uppvisar "alla särdrag hos en dominerande grupp".
- 172 Inte heller har det i beslutet konstaterats att de stora företagen kunde upprätthålla höga priser. I skäl 56 i beslutet anges snarare att priserna har sjunkit men på ett mindre markant sätt än vad parterna i koncentrationen påstått, och skäl 58 i beslutet gäller endast den prisnivå för cd-skivor som uppfattas som hög.
- 173 Slutligen konstaterade kommissionen inte i beslutet att marknaden har alla de egenskaper som främjar en tyst samordning. I beslutet påstås framför allt inte att samordning faktiskt har ägt rum utan på sin höjd att kommissionen funnit vissa tecken på samordning (skäl 109 i beslutet). Fastän kommissionen i skälen 112 och 113 i beslutet noterat att det finns en viss stabilitet i kundunderlaget och att det finns en kontroll, anser den inte att kontrollen är tillräcklig för att kompensera den bristande insynen i rabatterna, framför allt i kampanjrabatterna.

3. Den första delgrunden

a) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

- 174 Kommissionen anser att de allmänna kraven enligt artikel 253 EG måste tas upp innan man prövar sökandens särskilda argument.

- 175 Kommissionen har för det första betonat att man måste skilja mellan å ena sidan påståendet att det saknas en tillräckligt klar motivering för antagandet av en rättsakt och å andra sidan angivandet av en motivering som grundar sig på felaktiga omständigheter, oriktig bedömning eller rättstillämpning, eftersom det andra fallet gäller en sakfråga snarare än ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och inte utgör ett åsidosättande av artikel 253 EG (Förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkterna 46 och 47, och förstinstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-295/94, Buchmann mot kommissionen, REG 1998, s. II-813, punkterna 44 och 45).
- 176 För det andra har kommissionen påpekat att enligt fast rättspraxis måste den motivering som avses i artikel 253 EG vara anpassad till rättsakten i fråga och på ett klart och otvetydigt sätt redovisa hur institutionen har resonerat. Kommissionen är inte skyldig att kommentera alla de faktiska och rättsliga omständigheter som tagits upp av alla berörda parter under det administrativa förfarandet utan skall ta hänsyn till sammanhanget och till regelverket på det ifrågavarande området.
- 177 Bland de relevanta områdesspecifika faktorerna finns graden av tidigare kännedom om relevanta fakta eller överväganden hos de personer som berörs av en rättsakt, eftersom det kan förväntas av vissa personer att de känner till branschen eller att kunskaper kan förvärfvas genom ett nära samarbete mellan de berörda personerna i det förfarande som utmynnar i att rättsakten antas eller i ett dithörande förfarande. Kravet på skyndsamhet när det gäller kontrollen av koncentrationer har också bedömts som relevant för att avgöra om en motivering är lämplig.
- 178 Trots att vissa relevanta fakta omfattas av tystnadsplikt enligt artikel 287 EG måste den behöriga institutionen ändå se till att berörda personer får ta del av huvudinnehållet i dess motivering.

- 179 Även om textens innebörd inte framgår vid den första läsningen har artikel 253 EG ändå inte åsidosatts om oklarheter i motiveringen kan redas ut vid ett normalt tolkningsförsök.
- 180 Det skall även noteras att domstolen har funnit att "kommissionen [inte är] skyldig att förklara eventuella avvikelser från meddelandet [om] anmärkningar, vilket utgör ett förberedande dokument, vars bedömningar är av rent provisorisk karaktär och som har till uppgift att precisera syftet med det administrativa förfarandet i förhållande till de företag som är föremål för detta förfarande".
- 181 Om en sammanslagning slutligen inte ändrar eller endast i begränsad omfattning ändrar konkurrensförhållandena på en viss marknad kan man inte begära att kommissionen lämnar en särskild motivering i denna fråga. Kommissionen åsidosätter inte heller sin motiveringsskyldighet om den i sitt beslut utesluter en detaljerad motivering av bedömningen av vissa aspekter av koncentrationen som är uppenbart irrelevanta, som saknar betydelse eller som den anser uppenbart saknar direkt samband med saken.

Produktens homogenitet

- 182 När det gäller sökandens anmärkning om att slutsatsen angående produktens homogenitet är otillräckligt motiverad har kommissionen hävdats att den inte har funnit att "innehållets heterogenitet måste väga tyngre än formatets homogenitet" utan endast kommit fram till att hänsyn måste tas till båda aspekterna. Likaså har standardiseringen av flera aspekter av processen för att fastställa grossistpriser för cd-skivor (genom att använda de vanligaste listpriserna (PPD) och de fasta rabatterna för varje kund) inte "avvisats" utan snarare satts i sitt sammanhang, genom omnämmandet av framgångens roll i prissättningen av enskilda album. Kort

sagt kan enskilda cd-album inte jämföras med oljefat, och möjligheten att betrakta flera olika cd-album som tillhörande samma marknad (genom ett "utrymme för utbytbart") gör dem inte helt och hållet homogena, sett utifrån produkten själv eller prissättningsprocessen. Följden är inte "ett antal motsägelsefulla iakttagelser" utan en återspeglning av en komplex verklighet.

Insyn

- 183 Sökanden kan inte hävda att denne inte förstått det omtvistade beslutet på grund av att kommissionen inte har definierat vad den menar med "kampanjrabatter", eftersom sökanden är en branschorganisation som har deltagit aktivt i diskussionerna under den utfrågning som kommissionen anordnade och själv påstår sig vara väl förtrogen med hur sådana rabatter fungerar. I alla händelser förklaras i beslutet tillräckligt tydligt vad de olika rabatterna avser (skälen 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 och 113).
- 184 Likaså har sökanden fel när denne påstår att kommissionens allmänna analys av de mindre länderna i skäl 148 endast gäller de fasta rabatterna. Kommissionen har endast noterat, i skäl 150 i beslutet, att de fasta rabatterna har störst betydelse i alla länderna men har sedan studerat den mer utbredda kategorin fakturarabatter (som inbegriper fasta rabatter och kampanjrabatter), vilket den redan tidigare gjort landsvis i skälen 119–146. Här finns det varken oklarheter eller osäkerhet.
- 185 I beslutet har kommissionen fäst stort avseende vid kampanjrabatterna, eftersom det är nettopriserna som räknas i en faktisk samordning. En "viss kännedom" om fasta rabatter räcker inte om det är kampanjrabatterna som är orsaken till de variationer i

rabatterna för vissa kunder, över tiden och mellan olika album, som är lika påtagliga som dem som omnämns i skälen 79, 86, 100 och 107 i beslutet.

- 186 Kommissionen har undersökt rabatterna för de övriga stora företagen men eftersom dessa sifferuppgifter inte kan avslöjas för de anmälade parterna har det inte varit möjligt att redovisa dem i beslutet. Detta behövs för övrigt inte, eftersom de två stora företagens ogenomträngliga rabattpraxis räcker för att effektivt hindra alla de större företagen från att övervaka nettopriserna. Vidare grundar sig sökandens påståenden om prissättningen i bilaga A.17 på uppfattningen att alla skivbolag fastställer sina priser på samma sätt.

Avskräckande faktorer

- 187 Det framgår av beslutet (särskilt i skäl 114) att kommissionen har undersökt tidigare hot om användning av eller faktisk användning av eventuella avskräckande metoder som ett komplement för att kontrollera om en prissamordning på global nivå kunde bero på en tyst samverkan. Då det saknas bevis för att sådana faktiskt använts har kommissionen inte kunnat ta slutlig ställning till om olika eventuella avskräckande metoder som nämns i beslutet är tillräckliga.

Motvikter

- 188 Eftersom villkoren för att konstatera en befintlig eller framtida kollektiv dominerande ställning är kumulativa, har kommissionen inte behövt dra några slutsatser om konkurrenternas och konsumenternas marknadsinflytande och behöver således inte lämna någon motivering i det hänseendet.

b) Uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning

189 Då kommissionen anser att skälen för ogiltigförklaring på grund av uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning överlappar varandra har den behandlat dessa i ett sammanhang.

190 Kommissionen har inledningsvis lämnat två synpunkter.

191 Vad gäller argumentet att kommissionen, då den förväntas balansera motstridiga argument, inte får lägga för stor vikt vid det ena av dem, har kommissionen erinrat om sitt utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om komplicerade ekonomiska bedömningar och gjort gällande att slutsatserna i beslutet i alla händelser är väl avvägda och att sökanden på den punkten bland kommissionens bevis inte har funnit någon faktor som fått för liten eller för stor betydelse.

192 Vidare, vad gäller påståendet att ett beslut som inte tar upp tillräckligt detaljerad faktisk bevisning som stöder slutsatserna är föremål för en uppenbart oriktig bedömning, har kommissionen klargjort att detta huvudsakligen är en motiveringsfråga och hävdar att den inte har någon skyldighet att i sina beslut redogöra för detaljerna i den ofta omfattande (och konfidentiella) bevisning den tagit hänsyn till. Det räcker med att den klart och tydligt anger det allmänna innehållet i den bevisning den prövat och skälen till de slutsatser den dragit av denna, så att berörda parter, och särskilt de som känner till branschen och redan varit involverade i det administrativa förfarandet, kan bilda sig en egen uppfattning om huruvida slutsatserna är lagenliga. I förevarande fall har omfattande komplex bevisning legat till grund för de olika bedömningarna i beslutet av hur marknaderna för inspelad musik fungerar.

Produktens homogenitet

- 193 Kommissionen har hävdad att sökanden misstagit sig när den har påstått att innehållets heterogenitet inte är relevant, eftersom priserna fastställs på grundval av ett begränsat antal referenspriser. Referenspriserna avser dock endast listpriserna för album och inte fakturarabatterna. Framför allt varierar kampanjrabatterna, särskilt mellan olika album.
- 194 Kommissionen har gjort gällande att en kollektiv dominerande ställning kan vara svårare att upptäcka på marknader som präglas av en produktdifferentiering, framför allt då en sådan differentiering "ökar svårigheterna att få information på insynsskyddade marknader" (se kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 31, 2004, s. 5, punkt 45).

Insyn

- 195 Innan sökandens olika påståenden undersöks anser kommissionen att den måste kommentera fyra grundläggande fel i ansökan, varav två är av rättsligt eller begreppsmässigt slag och två är feltolkningar av beslutet.
- 196 För det första har sökanden begått ett grundläggande tankefel genom att utgå ifrån att det faktum att de stora företagens genomsnittliga nettopriser i hög grad är parallella eller att ett visst skivbolags genomsnittliga rabatter är påtagligt stabila utgör ett tillräckligt bevis både för att tyst samordning förekommer och för att det

finns nödvändig insyn för att upprätthålla denna samordning på överenskomna villkor. Ett visst mått av samordning eller stabilitet kan rent generellt inte ersätta övertygande och samstämmiga bevis på att det finns tillräcklig insyn för att ge företag som befinner sig i oligopolsituation möjlighet att kontrollera varandras beteende på marknaden, och eftersom det saknas bevis på att det finns tillräcklig insyn kan man inte förutsätta att varje oligopolföretag har fattat beslut om sitt beteende på marknaden med tillräckligt goda kunskaper om konkurrenternas beteende.

197 För det andra har sökanden begått ett grundläggande rättsligt fel genom att kritisera kommissionen för att ha grundat sig på bevis avseende rabatter utan att konstatera att de rabatter som tillämpades ledde till påtagliga prissänkningar och genom att påstå att konkurrensen vad gäller rabatter i praktiken är tämligen marginell. Det påståendet saknar stöd i de faktiska omständigheterna: Sonys och BMG:s genomsnittliga fakturarabatter utgör tvärtom en mycket betydande andel av deras genomsnittliga bruttoförsäljning (skälen 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 och 146 i beslutet) och vissa kunder och album får ännu större rabatter (skälen 79, 86, 93, 100 och 107 i beslutet). Rabatterna utgör således en mycket viktig del av prissättningsprocessen och är kanske det mest troliga och förmodligen det mest ogenomträngliga medlet genom vilket ett större företag kan vidta ”en mycket konkurrenskraftig åtgärd för att öka sin marknadsandel (exempelvis en prissänkning)”. Kommissionens intresse för insyn i rabatterna hänger inte direkt samman med att den vill kontrollera om de stora företagen tidigare har haft en gemensam strategi, utan om oligopolföretagen själva har kunnat upprätthålla (eller efter en sammanslagning skulle kunna upprätthålla) en sådan gemensam strategi genom en lämplig ömsesidig övervakning. Enligt kommissionen var det därför inte nödvändigt att visa att ett eller flera av de stora företagen faktiskt hade sänkt sina priser i förhållande till de övrigas genom höga extra rabatter.

198 För det tredje har sökanden på ett grundläggande sätt feltolkat beslutet genom att kritisera kommissionen för att ha blandat ihop ”tillräcklig insyn i marknaden”, i det mål som ledde till domen i det i punkt 45 ovan nämnda målet Airtours mot kommissionen, med det krav på total insyn som framförs i beslutet. I beslutet nämns

genomgående ett ”tillräckligt mått av insyn” (skälen 73, 80, 87, 94, 108 och 120 i beslutet). Sökanden har inte heller tagit hänsyn till inriktningen på den undersökning som kommissionen gjort när det gäller prissättningsystemet. Kommissionen undersökte nettoprisets beståndsdelar för ett enskilt album som sålts till en enskild kund (listpris, fasta rabatter, eventuella kampanjrabatter) och att den i huvudsak kom fram till att det krävs en viss insyn i alla beståndsdelar för att ett stort skivbolag skall kunna vara ganska säkert på ett annat skivbolags verkliga praxis när det gäller nettoprissättningen, på det sätt som det kommer till uttryck på kund- och albumnivå. Kommissionen har gjort gällande att den inte hade kunnat dra en sådan slutsats om det hade funnits bevis på att listpriserna var relativt öppna, bevis på en viss insyn i de fasta rabatterna och starka bevis på att kampanjrabatterna var ogenomträngliga och komplicerade.

199 För det fjärde har sökanden också gjort ett grundläggande tolkningsfel genom att påstå att kommissionen konstaterat att listpriserna och de genomsnittliga nettopriserna hade genomgått en likartad utveckling. Detta påstående är felaktigt. Kommissionen fann att de anmälade parternas faktiska genomsnittliga bruttopriser och faktiska genomsnittliga nettopriser hade utvecklats parallellt på alla de stora marknaderna (skälen 77, 84, 91, 98 och 105 i beslutet) men inte att de genomsnittliga rabatterna var desamma för de båda parterna i koncentrationen (skälen 78, 85, 92 och 99 i beslutet och dithörande anmärkningar i bilaga B.6). Kommissionen har betonat att rabatterna varierar beroende på kunder och album, och över tiden (skälen 79, 86, 93, 100 och 107 i beslutet och kommentarer till den bakomliggande bevisningen). Det finns i den aktuella bevisningen inga belägg för att ett visst listpris planmässigt sänks genom en fast och förutsägbar rabatt, oberoende av dessa variabler (se särskilt bilaga B.13).

200 Kommissionen anser vidare att den måste korrigera eller förtydliga vissa av sökandens påståenden:

- De stora företagens relativt likartade prisutveckling har ägt rum inom ett spann som normalt överskred 10 procent (se exempelvis bilaga B.10).

- Användningen av ett begränsat antal huvudsakliga listpriser som bas skall ställas mot behovet av att årligen övervaka minst 80 framgångsrika album årligen med listpriser som varierar.

- Detaljpriserna är offentliga och därför i princip iakttagbara men det skulle vara svårt för de stora företagen att följa dessa prisers konstanta svängningar hos olika detaljhandlare och över tiden.

- Det finns inget bevis för att Sonys och BMG:s övervakningsrapporter från vissa marknader innehåller användbar information om konkurrenternas nettopriser eller om detaljhandlarnas marginaler.

- Sökanden har inte lagt fram något som helst bevis som stödjer dess påstående att det finns insyn i detaljhandlarnas marginaler och att de är tillräckligt väl kända. Detta påstående — som inte styrkts — motsägs av bevisen i ärendet (bilaga B.17) som ger vid handen att detaljprissättningen är komplicerad och oförutsägbar. Kommissionens konstaterande, att en tydlig avvikelse från prispolitiken genom rabatter skulle ha lämnat avtryck i ett stort skivbolags genomsnittliga nettopriser, saknar samband med denna fråga. Det saknar relevans i två avseenden. För det första hänför det sig till en företeelse som kommissionen hade kunnat observera, om den hade ägt rum, genom att utnyttja sina undersökningsbefogenheter men som inte hade varit märkbar för ett enskilt stort skivbolag, eftersom det varken finns insyn i de stora företagens allmänna rabattnivåer eller deras genomsnittliga nettopriser. För det andra går det inte att genom samspelet mellan de allmänna rabattnivåerna och de genomsnittliga nettopriserna se om det finns något fast och tydligt samband mellan detaljhandelspriser och grossistnettopriser.

- Det finns endast ett fåtal tillförlitliga bevis på att de stora företagen har detaljkännedom om varandras fasta rabatter och kampanjrabatter, och åtskilliga

bevis på motsatsen, som inbegriper de objektivt sett komplicerade kampanjrabatterna, vilka varierar beroende på kunder och album samt över tiden.

- Kommissionen har i tillräckligt hög grad fokuserat på de rabatter som lämnas av parterna i koncentrationen för att kunna dra slutsatsen att den nödvändiga grad av ömsesidig insyn mellan företag i en oligopolsituation som måste finnas för att en tyst överenskommelse skall kunna fungera saknas.

- Samarbetet mellan vissa av de stora företagen när det gäller samlingsalbum och distribution kan knappast ge tillräcklig information om alla de stora företagens enskilda komplicerade beslut vad gäller rabatter.

- Sökanden har inte lagt fram något bevis för att det förekommer många chefsbyten mellan större företag eller att detta är vanligare än inom andra koncentrerade branscher, eller att de kunskaper om rabattpraxis som en företagsledare har när denne lämnar ett stort skivbolag, som är komplicerad och varierar utifrån enskilda album med begränsad "livslängd", skulle vara användbar under en mycket lång tid eller skulle kunna upprätthålla samordning mellan alla de stora företagen.

- Även om de publicerade hitlistorna underlättar kartläggningen av vilka album som säljer bäst ger de sällan information om listpriserna och aldrig om rabatterna.

- Beslutet kan inte kritiseras endast på grund av att det skiljer sig från meddelandet om invändningar.

- 201 I motsats till vad sökanden har påstått är det inte "relativt enkelt" att fastställa nivåer för rabatter och det är praktiskt taget omöjligt att göra det för kampanjrabatter. Sökandens påstående att kampanjrabatterna utgör mellan en fjärdedel och en tredjedel av alla rabatter kan rent allmänt accepteras som diskussionsunderlag men det måste nyanseras i flera avseenden.
- 202 För det första varierar förmodligen den generella nivån för dessa rabatter mellan olika skivbolag, i likhet med rabattnivåerna i största allmänhet.
- 203 För det andra tyder genomsnittssiffrorna i handlingarna i målet på att kampanjrabatterna utgjort en relativt sett högre andel av fakturarabatterna i flera länder under 1998. Fakturarabatter är de rabatter som har den största direkta inverkan på kundernas beslut om inköp av vissa album.
- 204 För det tredje återger genomsnittssiffran inte exakt den mycket komplicerade och ogenomträngliga fördelningen av kampanjrabatter alltefter album och kunder samt över tiden. Även om det är möjligt att de övriga villkoren för deltagande i kampanjer är relativt standardiserade och enkla, motsäger kommissionens bevis tydligt alla föreställningar om standardisering eller enkelhet när det gäller veckoförhandlingarna om belopp och tidslängd för dessa kampanjer och om valbarheten för vissa album eller kunder.
- 205 För det fjärde leder förmodligen själva det faktum att kampanjrabatterna är inriktade på vissa album och på vissa kampanjer, och att beloppet är anpassat till varje detaljhandlare, till att dessa rabatter har en större inverkan på försäljningen av de aktuella albumen.

- 206 Än viktigare är det faktum att sökanden inte har anfört några avgörande bevis för att kommissionen felaktigt har ansett att kampanjrabatterna har en stor inverkan på de marknader där varje stort skivbolags 100 bästa album utgör den största delen av deras totala försäljning under ett visst år och för ett visst land, eftersom många av dessa album inte förekom på hitlistorna.
- 207 Däremot har kommissionen haft bevis (bilaga B.13) på att även vissa av Sonys och BMG:s mest framgångsrika fullpraisalbum omfattats av kampanjrabatter.
- 208 Kommissionen har tillagt att bevisen på att den faktiska tillämpningen av kampanjrabatter vid en viss tidpunkt är relevanta endast för att bedöma i hur hög grad nettopriserna hade anpassats efter varandra (medan den i beslutet ansåg att rabatterna rent allmänt inte hade anpassats tillräckligt efter varandra för att det skulle gå att dra slutsatsen att det fanns en gemensam strategi). Insyn i rabatterna har emellertid betydelse för frågan huruvida prissättningssystemet är tillräckligt öppet i sig för att de stora företagen med säkerhet och i tid skall kunna upptäcka om någon av dem avviker från en gemensam strategi i fråga om albumens nettopriser genom att höja kampanjrabatterna. Bortsett från de ogrundade kommentarerna om insynen i detaljhandlarnas marginaler, har sökanden varken framfört några argument eller några konkreta bevis angående denna sista punkt, så dess grund kan i vilket fall som helst inte tas upp till sakprövning.
- 209 Enligt kommissionen var konstaterandet angående graden av insyn i nettopriserna på marknaden för inspelad musik inte uppenbart grundad på "spekulation" eller på ett "ogrundat och subjektivt tvivel" utan snarare på konkreta bevis på hur det slutliga nettopriset på ett mycket komplicerat sätt och med otillräcklig insyn (listpriser, fasta rabatter, kampanjrabatter) fastställs inför försäljningen av ett visst album med ett särskilt innehåll till en viss kund. Mot bakgrund av dessa omständigheter kan de tillgängliga bevisen inte tolkas så att det säkert går att fastställa att det finns tillräcklig insyn för att på ett tillfredsställande och passande sätt övervaka att en gemensam prissättningsstrategi följs.

- 210 När det gäller sökandens argument att ett begränsat antal kända och igenkännbara strukturer och regler gör de genomsnittliga priserna förutsägbara har kommissionen påpekat att en viss grad av likartad utveckling hos albumens genomsnittliga nettopriser inte räcker för att påvisa samordning, eftersom priserna kan uppvisa en hög anpassningsgrad såväl i konkurrenssammanhang som när det gäller hemlig samverkan, då företagen reagerar på liknande externa faktorer (exempelvis priserna på gemensamma produktionselement) samt på varandras beteende på marknaden. Kommissionen har hävdat att sökanden blandat ihop fastställelsen av formerna för samordning ("kända och igenkännbara regler") och medlen för att övervaka att dessa efterlevs ("nödvändig insyn"), och detta särskilt som inget stort skivbolag i normala fall har tillgång till alla uppgifter, och allra minst till de viktigaste, om alla stora skivbolags prissättning för alla undersökta kategorier av album och kunder, vilket skulle vara nödvändigt för att fastställa de genomsnittliga nettopriserna.
- 211 Vidare har sökanden medgett att dessa regler och säljstrategier kan leda till priser och rabatter som varierar avsevärt alltefter skivkategorier eller kunder, samtidigt som den varken angett vilka dessa regler skulle vara eller hur de skulle fastställas via tyst samordning för så pass många olika omständigheter. De stora företagen kan nämligen inte avgöra om variationerna i deras respektive genomsnittliga nettopriser beror på en avvikelse eller på det blandade produktsortimentet eller produkternas framgång utan att i god tid ha tillgång till närmare information om dessa ändringar i sammansättning och framgång för deras respektive produkterbudanden, och kommissionen har inte funnit tillräckliga bevis på att de haft tillgång till någon sådan detaljerad information.
- 212 Sökanden kan inte begränsa sig till att påstå att samordningen skulle ske i samband med varje stort skivbolags större strategiska beslut rörande övergripande rabattmarginaler och budget utan att ange vad innehållet i ett sådant beslut skulle kunna vara eller hur man skulle kunna dra slutsatser av dessa samordningsformer, eller hur de stora företagen skulle kunna övervaka att de efterlevs. Kommissionen har ingen skyldighet att undersöka sådana vaga och ogrundade argument.

- 213 När det gäller sökandens kritik mot den metod genom vilken de flesta av kommissionens uppgifter inte hade viktats utifrån volym, har kommissionen hävdat att frågan om huruvida en viss metod är lämplig inte kan lösas från det påstående som metoden antas bekräfta eller vederlägga. Men även om sammanställningen av viktade uppgifter faktiskt har betydelse för avgörandet om det finns eller inte finns en bakomliggande samordning mellan de stora skivbolagen, antingen rent allmänt eller för vissa typer av album (exempelvis de 20 bäst sålda), är denna viktning ändå inte relevant för att undersöka komplexiteten och hur denna påverkar insynen. Det förblir nödvändigt att undersöka prisskillnaderna på enskilda titlar för att förstå hur komplicerad prissättningen och graden av insyn i marknaden är.
- 214 Kommissionen har påpekat att det inte är möjligt att skapa sig en bild av samordningsformerna utifrån de genomsnittliga nettopriserna. Den har dock anmärkt att dess sifferuppgifter i beslutet avseende graden av observerbar likhet (då parallellitet saknas) i de stora skivbolagens genomsnittliga nettopriser hade viktats utifrån volym och att detsamma gäller för diagrammen i bilaga B.4, vilka grundar sig på genomsnittliga årliga fakturarabatter som olika gemensamma kunder fått av parterna i koncentrationen. Ett flertal andra uppgifter som tagits upp i svaromålet, framför allt uppgifterna i bilagorna B.8, B.9, B.10 och B.13, har också viktats utifrån volym och i varje enskilt fall följer detta av uppgiftens natur.
- 215 All den ovannämnda bevisningen, som har viktats utifrån volym, kan vara relevant för att avgöra huruvida det finns en hög anpassningsgrad mellan de stora skivbolagen eller huruvida prissättningsmekanismen är komplicerad eller inte, vilket har betydelse för bedömningen av insynen. I det sistnämnda sammanhanget har frågan om viktning utifrån volym inte någon större betydelse. Att nettopriserna eller rabatterna ändras beroende på titlar och kunder (även av samma slag) och över tiden är viktigt, oavsett vilka kvantiteter som sålts av de olika slagen. Bilagorna B.6 och B.7 i svaromålet visar sålunda att det finns betydande rabattvariationer även för Sonys och BMG:s 20 bäst sålda album. Om de stora företagen inte klarar av att

övervaka dessa variationer tillräckligt noggrant, kan något av de stora företagen avvika från samordningsvillkoren för nettopriserna genom att använda sig av betydande rabatter, särskilt kampanjrabatter, utan att upptäckas. Detta gäller än mer om samordningsvillkoren antas vara flexibla så att man måste spåra en betydande rabattpraxis utöver den tyst överenskomna normen för att andra stora skivbolag skall vara tillräckligt säkra på att företaget har avvikit från normen.

- 216 När det gäller sökandens korrelationsanalys, särskilt i bilagorna D.2 och D.3, och den underförstådda kritiken av kommissionen för att den inte kontrollerat uppgifterna, har kommissionen erinrat om att frågan om metod inte kan bedömas teoretiskt utan att hänsyn tas till undersökningens föremål, det vill säga huruvida det finns en grad av anpassning som tyder på en samordning och huruvida det finns någon insyn som möjliggör en övervakning av beteendet på marknaden.
- 217 Kommissionen har framhållit att parterna i koncentrationen har lagt fram en avsevärd mängd uppgifter rörande korrelation under det administrativa förfarandet, vilka visat på allmänt sett ganska svaga sambandsfaktorer men att den ändå behandlat dessa bidrag med stor försiktighet.
- 218 Ett visst mått av stabilitet över tiden hos ett stort skivbolags rabatter är i sig inte heller något bevis på samordning (se bilaga D.3), eftersom det än en gång kan vara ett resultat av stabila faktorer, som exempelvis kundstorlek, typ av musik som inhandlas, och så vidare. Inte heller en hög grad av statistisk förutsägbarhet visar på att det finns en samordning, och detta av olika skäl: rationella enskilda beslut kan i hög grad vara förutsägbara. Utan information som tillåter en uppskattning av förutsägbarhetsnivån är detta en intressant tanke som inte får några praktiska konsekvenser, och likaledes går det inte, utan tillgång till information om den

praktiska tillämpningen, att kontrollera om förutsägelsen stämmer (fortsatt genomförande av en påstådd tyst samverkan). Även om de stora företagen har kunnat använda sådana statistiska verktyg på varandras tidigare prissättning, kan detta inte ersätta en marknadsövervakning.

- 219 Kommissionen har påpekat, i motsats till vad sökanden påstått, att den inte har "avvisat" uppgifterna i meddelandet om invändningar, vilka hade viktats utifrån volym och bransch till förmån för uppgifterna från parterna i koncentrationen. De senare uppgifterna hade inte viktats efter vare sig volym eller bransch. Många av dessa uppgifter har tagits upp i beslutet (exempelvis om de genomsnittliga nettoprisernas likartade utveckling) och vissa har bilagts svaromålet (bilaga B.4). Kommissionen ändrade snarare sina preliminära slutsatser angående vad som kunde styrkas genom dessa uppgifter mot bakgrund av ytterligare information och argument som Sony och BMG lämnat in.

Avskräckande faktorer och motviker

- 220 Kommissionen har hävdad, att eftersom den har funnit att ett av de tre kumulativa villkoren (insyn) inte hade uppfyllts, har den inte gjort någon uppenbart oriktig bedömning och inte heller gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte ta ställning till de båda övriga villkoren.

Analys av den gemensamma strategin

- 221 Kommissionen har för det första gjort gällande att sökandens klagomål grundar sig på ett antagande som inte är korrekt i sak, nämligen att slutsatsen angående insynen uteslutande gäller "endast en form av rabatter, det vill säga kampanjrabatter". Även

om kampanjrabatterna har fått ett stort utrymme i analysen gällde denna mer allmänt prissättningsmekanismen, vilken rent allmänt är mycket komplicerad på album- och kundnivå, samt över tiden. Detsamma gäller även listpriserna och de fasta rabatterna.

222 Kommissionen har vidare anfört att sökanden gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att påstå att om kommissionen hade kunnat bevisa att det skulle vara lönsamt för de stora företagen att ansluta sig till en gemensam strategi skulle den bristande insynen ha haft mindre betydelse. Detta synsätt överensstämmer inte med rättspraxis. Förutom tillräcklig insyn för att göra övervakningen och de avskräckande metoderna möjliga känner kommissionen inte till några andra sätt – och sökanden föreslår inga – som bevisar att en tyst konkurrenshämmande gemensam strategi skulle gynna en grupp företag i oligopolsituation och därför skulle vara rationell.

223 Även om relativt stabila marknadsandelar kan skapa en gynnsam miljö för uppkomsten av en kollektiv dominerande ställning, räcker dessa emellertid inte för att påvisa en faktisk eller möjlig samordning om det inte finns tillräckliga bevis på att denna samordning är rationell, enligt de kumulativa ekonomiska villkoren för kollektiv dominerande ställning som fastslagits i domen i det i punkt 45 ovannämnda målet Airtours mot kommissionen. Sökanden har inte lämnat in någon ytterligare bevisning på att det förekommer en gemensam strategi som går ut på att undvika ”mycket konkurrenskraftiga handlingar”. Det finns därför inget stöd för att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte finna en sådan gemensam strategi hos de stora företagen.

224 När det gäller konsumenternas valmöjligheter och den kulturella mångfalden har kommissionen noterat för det första att om den inte i ett slutligt beslut måste redogöra för skälen till att den tagit avstånd från de preliminära slutsatserna i meddelandet om invändningar i ett visst mål, måste detta gälla i ännu högre grad när

den tar avstånd från slutsatserna i ett meddelande om invändningar som utfärdats fyra år tidigare i ett annat mål. Kommissionen har vidare påpekat att sökanden inte uttryckligen framför något argument i sak eller något bevis som styrker att det skett en samordnad utarmning av kreativiteten, kvaliteten eller musikutbudet.

4. Den andra delgrunden

²²⁵ Kommissionen anser att de tre grunder för överklagandet, vilka avser det faktum att den inte har funnit att en kollektiv dominerande ställning skulle stärkas genom sammanslagningen, inte tillför något till de grunder som avser att en sådan kollektiv dominerande ställning redan föreligger. Även om en av dessa sista grunder som framförts av sökanden skulle ha framgång skulle beslutet nämligen ändå ogiltigförklaras. Om den däremot inte vann framgång skulle följderna bli att kommissionen hade gjort rätt i att inte undersöka den påstådda förstärkningen av koncentrationen.

C — *Intervenienternas argument*

1. Inledande synpunkter

²²⁶ Innan sökandens olika grunder och argument prövas anser intervenienterna att det är nödvändigt att lägga fram fyra allmänna synpunkter med avseende på det sammanhang i vilket beslutet fattades och utifrån vilket det skall bedömas samt fyra allmänna kommentarer avseende talan.

227 För det första har kommissionen gjort en ovanligt omfattande utredning under mer än sex månader. Redan från början hade parterna i koncentrationen lämnat mycket tillförlitliga uppgifter och förklaringar angående musikbranschen i Europa och om sammanslagningens inverkan på konkurrensen, framför allt på cd-skivornas pris, den kulturella mångfalden, konsumenternas valmöjligheter, de oberoende skivbolagens konkurrensmöjligheter, utvecklingen av musik på nätet eller risken för samordning av den verksamhet Sony och BMG hade kvar (se bilaga C.1). Genom flera frågeformulär, som innehöll över 250 frågor, och som skickades till fler än 1 240 marknadsaktörer (parterna i koncentrationen, andra större företag, oberoende företag, detaljhandlare, upphovsmän, utgivare, artister och distributörer på nätet), sökte kommissionen och fick in en rikhaltig mängd bevis och uppgifter angående alla de relevanta frågorna. Parterna i koncentrationen lämnade in över 30 miljoner referenspriser och ekonomer gjorde en ingående analys av de fem stora företagens genomsnittliga försäljningspriser i de fem stora länderna. Flera oberoende företag delar inte sökandens oro utan anser att koncentrationen skulle öka deras konkurrensmöjligheter. På grundval av alla dessa uppgifter, av synpunkter från två välrenommerade företagsekonomer, av ingående analyser av grossist- och detaljpriserna i RBB-studien samt av utförliga förklaringar som lämnats i svaret på meddelandet om invändningar eller vid utfrågningen (se bilaga C.3), har kommissionen dragit slutsatsen att dess ursprungliga farhågor, särskilt risken för kollektiv dominans, var ogrundade.

228 För det andra har sökanden missförstått syftet med meddelandet om invändningar och dess rättsliga status. Dess huvudsakliga funktion är att ge parterna i koncentrationen möjlighet att fullt ut förstå kommissionens inledande synpunkter, så att de kan lägga fram motargument och bevis (se artikel 18.1 och 18.3 i förordningen). När kommissionen har att göra med bevis på felaktigheter måste den dra tillbaka de anmärkningar som visar sig vara dåligt underbyggda (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123), vilket den har gjort i 14 mål av 62 under de fem senaste åren (se bilaga C.5). Det administrativa förloppet hos kommissionen kontrollerades till fullo internt, och genom det administrativa förfarandet lämnades garantier för alla berörda parter möjlighet att lägga fram argument och bevis (se förhørsombudets rapport, bilaga C.6), och den rådgivande kommittén röstade till förmån för ett villkorslöst godkännande (bilaga C.7).

- 229 För det tredje har konkurrensmyndigheter över hela världen (Förenta staterna, Australien, Kanada, Republiken Tjeckien, Ungern, Polen, Rumänien, Ryssland, Schweiz, Mexiko och Sydafrika) kommit fram till att koncentrationen borde godkännas villkorslöst och inget av dessa beslut kritiserades. Inte heller ansåg någon nationell konkurrensmyndighet som tidigare undersökt marknaden för musikbranschen i Europa att den var föremål för en tyst samordning (se, särskilt, slutsatsen från Office of Fair Trading från september 2002, enligt vilken det inte gick att bevisa att kollektiv dominans förelåg, bilaga A.16, punkt 6.11).
- 230 För det fjärde utgör koncentrationen ett konkurrensfrämjande svar på nedgången (20-procentigt prisras på cd-skivor under tre år, olovlig nedladdning av musik från Internet, ökad konkurrens från alternativa fritidsprodukter som till exempel DVD-film) och på den pågående förändringen av musikbranschen. Den instabila efterfrågan och osäkerheten i fråga om framtida affärsmodeller gör en tyst samverkan – som redan nu är föga trolig med tanke på hur marknaden ser ut – ännu svårare att genomföra eller upprätthålla (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 139, och punkt 45 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer). Eftersom förhållandena i branschen skiljer sig mycket från de förhållanden som rådde när kommissionen undersökte sammanslagningen mellan EMI och Time Warner år 2000, är kommissionens preliminära slutsatser i det målet irrelevanta.
- 231 För det femte är motiveringen av beslutet tydlig, övertygande och stöds av tung bakomliggande bevisning, förutsatt att kommissionen inte är skyldig att motivera sin bedömning av samtliga faktiska och rättsliga omständigheter (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2003 i mål T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-2275, punkterna 185–187). Ansökan visar att sökanden har förstått skälen till godkännandet.
- 232 För det sjätte kräver beslut om förbud något mer än bara en avvägning av sannolikheten eftersom, vid ovisshet om en transaktion är förenlig eller inte med

den gemensamma marknaden, intresset hos de företag som har för avsikt att genomföra transaktionen måste ha företräde (generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, i vilket domstolen meddelade dom den 15 februari 2005, REG 2005, s. I-987, I-992, punkterna 74–79).

233 För det sjunde har intervenienterna påpekat att förstainstansrätten, även om den gör en fullständig undersökning av de faktiska och rättsliga omständigheterna, endast har behörighet att kontrollera uppenbara felaktigheter när det gäller komplicerade ekonomiska bedömningar av det berörda slaget, i bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapats eller förstärkts (förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-342/00, Petrolescence och SG2R mot kommissionen, REG 2003, s. II-1161, punkt 101). Vid ett flertal tillfällen har sökanden emellertid ombett förstainstansrätten att ersätta kommissionens bedömning med sin egen, genom att exempelvis framhålla att kommissionen lagt orimligt stor vikt vid produktens heterogenitet och vid rabatterna.

234 För det åttonde, när det gäller testet för kollektiv dominerande ställning, är frågan inte huruvida företagen har ett incitament till att handla i hemligt samförstånd utan snarare om de mot bakgrund av marknads egenskaper har möjlighet till att i tyst samförstånd åstadkomma och upprätthålla formerna för samordningen (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 62). Det är särskilt viktigt att utröna om det finns tillräcklig insyn i marknaden.

2. Prövning av sökandens argument

a) Kampanjrabatterna

235 Intervenienterna har gjort gällande att, i den mån prissamordning inte kan uppnås och upprätthållas utan att det finns tillräcklig insyn i aktuella nettogrossistpriser, slutsatsen i sig att det saknas insyn i kampanjrabatterna är tillräcklig för att stödja beslutet.

236 I beslutet har sambandet mellan, å ena sidan, det heterogena albuminnehållet och, å andra sidan, de stora variationerna i kampanjrabatterna och den bristande insynen i nettogrossistpriserna som är en följd av detta fastställts på ett riktigt sätt (se även bilaga C.4, s. 27). De påstådda bevisen styrker att kampanjrabatterna har betydelse för såväl albumen i hitlistorna som för albumen i titelkatalogen, att de varierar en hel del beroende på kund eller album och över tiden samt att de inte hade anpassats mellan de stora företagen (bilagorna B.2, B.4–B.14, och den konfidentiella rapporten ”data room”). Eftersom dessa rabatter varierar går det inte att dra tillförlitliga slutsatser genom att endast studera listpriserna. Likaså varierar återförsäljarnas marginaler mycket mellan olika skivsläpp och över tiden, och därför går det inte att härleda nettopriserna ur försäljningspriserna (se bilaga B.17). Vidare har Sony och BMG inte övervakat konkurrenternas försäljningspriser systematiskt eller fått regelbundna tillförlitliga uppgifter från detaljhandlarna om konkurrenternas rabatter. Slutligen visar de påstådda bevisen att skivbolagen inte hade utövat några repressalier, inte ens inför mycket volatila prisrörelser, vilket berövar varje sanktionsåtgärd dess trovärdighet (se bilaga C.4, s. 5 och 10).

b) Anpassning förekommer inte

237 Uppgifterna om de genomsnittliga nettopriserna, om listpriserna och om fakturarabatterna visar att anpassning inte har förekommit, utan på sin höjd att utvecklingen varit delvis likartad, och det går inte att utifrån dessa fastställa om en prissamordning skett.

238 Uppgifterna om de genomsnittliga nettopriserna är för det första mycket komplicerade, för det andra har de en stor spridning och är mycket föränderliga, för det tredje finns en betydande volatilitet i de stora företagens rankning, för det fjärde är variationsbredden stor i de stora företagens priser och för det femte saknas parallellitet.

- 239 En stor del av försäljningen av de 100 bäst sålda albumen har skett utanför de listpriser som hade angetts i beslutet (skälen 76, 83, 90, 97 och 107 i beslutet).
- 240 Det framgår av bilagorna till svaromålet (B.4–B.14) att fakturarabatterna och nettopriserna har varierat kraftigt mellan de stora företagen.

c) Insyn saknas

- 241 I beslutet fanns inget övertygande bevis för att det rådde insyn, lika lite i andra prisfaktorer som i kampanjrabatterna. De försiktiga formuleringarna i beslutet bagatelliserar den bakomliggande bevisningens sanna styrka när det gäller avsaknaden av tillräcklig insyn. Bortsett från att listpriserna i vissa länder varken är kända eller lättillgängliga, har skivbolagen ingen närmare information om vilka listpriser som används för ett visst album vid en särskilt tidpunkt. De fasta rabatterna är inte tillräckligt öppna för att kunna samordnas i tysthet. Av de 161 utfrågade detaljhandlarna var det endast 5 som påstod att konkurrenterna delvis hade kännedom om de övrigas rabatter medan 10 påstod motsatsen.

3. Olika aspekter som inte nämnts i beslutet

- 242 Intervenienterna har gjort gällande att de undersökta teorierna om en eventuell inverkan på konkurrensen även är felaktiga på flera punkter som inte nämnts i beslutet. Kommissionen har för det första felaktigt fokuserat på de genomsnittliga nettopriserna då samordning inte kan ske utifrån genomsnittliga priser, eftersom priset på enskilda album inte har satts för att ge ett särskilt genomsnittligt nettopris,

och att genomsnittspriset i alla händelser inte är iakttagbart för de övriga stora företagen. Genomsnittspriserna kan dölja påtagliga skillnader mellan de enskilda albumpriserna (se bilaga C.4, fotnot 12). För det andra tjänar inte listpriserna som utgångspunkt för samordningen. Varje stort skivbolag använder, även för sina bästa album, ett stort antal listpriser, vilka varierar över tiden för en och samma skiva. För det tredje är marknadsandelarna inte stabila och bara en liten förändring kan medföra en enorm skillnad när det gäller lönsamheten.

D — Förstainstansrättens bedömning

1. Allmänna synpunkter

²⁴³ Sökanden har hävdats att kommissionen i övervägandena vad gäller produkthomogenitet, insyn i marknaden, avskräckande metoder och brist på motvikter, vilka ligger till grund för konstaterandet att de stora företagen inte hade någon kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik före den planerade sammanslagningen, gjort sig skyldig till bristande motivering, en uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning.

²⁴⁴ Innan sökandens olika invändningar prövas skall förstainstansrätten lämna några allmänna synpunkter på begreppet kollektiv dominerande ställning, och sedan skall den redogöra för den undersökningsmetod som kommissionen använt för att kunna dra den omtvistade slutsatsen, samt för olika relevanta faktorer och omständigheter beträffande hur begreppet kollektiv dominerande ställning tillämpats i detta fall, såsom framgår av beslutet, och slutligen skall förstainstansrätten klargöra vilka skäl som ligger till grund för slutsatsen i beslutet om att det inte redan finns någon kollektiv dominerande ställning.

2. Begreppet kollektiv dominerande ställning

²⁴⁵ Det framgår av domstolens rättspraxis att i fråga om en föregiven kollektiv dominerande ställning är kommissionen skyldig att, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma marknadsstrategi och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, kallad Kali & Salz, REG 1998, s. I-1375, punkt 221).

²⁴⁶ Förstainstansrätten har slagit fast att en kollektiv dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den således kan uppkomma till följd av en företagskoncentration, om koncentrationen — med hänsyn till den relevanta marknads egenskaper och till den ändring av marknads struktur som koncentrationen skulle medföra — skulle resultera i att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skulle anse att det var möjligt, ekonomiskt rationellt och således att föredra att varaktigt anta samma marknadsstrategi i syfte att sälja till priser som är högre än de konkurrensmässiga utan att behöva ingå ett avtal eller samordna ett förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG, och utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, på ett effektivt sätt skulle kunna reagera (se för ett motsvarande synsätt förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkt 276).

²⁴⁷ I domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, (punkt 62), fann förstainstansrätten, såsom framgår av skäl 68 i beslutet, att de tre följande villkoren är nödvändiga för att kollektiv dominerande ställning i den meningen skall kunna skapas. För det första måste det finnas tillräcklig insyn i marknaden för att de samordnande företagen i tillräcklig utsträckning skall kunna

kontrollera om villkoren för samordning uppfylls. För det andra kräver disciplinen att det finns något slag av trovärdig avskräckningsmekanism i händelse av avvikande beteende. För det tredje bör reaktionerna hos utomstående, till exempel nuvarande och framtida konkurrenter som inte deltar i samordningen samt kunder, inte få motverka den förväntade samordningens resultat.

248 Det framgår vidare av domstolens rättspraxis (domen i det ovan i punkt 245 nämnda målet Kali & Salz, punkt 222), och av förstainstansrätten (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63) att den bedömning av den framtida utvecklingen som kommissionen skall göra inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer med avseende på kollektiv dominerande ställning förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden och att kommissionen har en tung bevisbörda.

249 Det skall noteras att denna rättspraxis, vilket framgår av ovanstående skäl, har vuxit fram i samband med bedömningen av risken för att en koncentration kan skapa en kollektiv dominerande ställning och inte, som i den första delgrunden i förevarande fall, att det skall fastställas huruvida det redan finns en kollektiv dominerande ställning.

250 Om kommissionen däremot rent hypotetiskt, för att bedöma risken för att en sådan ställning skapas, måste ställa en osäker prognos beträffande marknadens förmodade utveckling och konkurrensvillkoren utifrån en bedömning av den framtida utvecklingen — något som medför komplicerade ekonomiska bedömningar, för vilka kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning — stöds konstaterandet i sig att det föreligger en kollektiv dominerande ställning av en konkret bedömning av den situation som råder vid tidpunkten för beslutsfattandet. För att fastställa om en kollektiv dominerande ställning föreligger måste det finnas ett stöd i ett antal konstaterade fakta, tidigare eller aktuella, som vittnar om att konkurrensen på marknaden påtagligt hämmas på grund av vissa företags

förvärvade möjligheter att gemensamt i en betydande omfattning anta en strategi på den marknaden, utan att behöva ta hänsyn till konkurrenter, kunder och konsumenter.

251 Av detta följer att, även om de tre villkor som förstainstansrätten fastställde i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet *Airtours* mot kommissionen, och som härletts från en teoretisk analys av begreppet kollektiv dominerande ställning, visserligen också är nödvändiga vid bedömning av om det föreligger en kollektiv dominerande ställning, får de i förekommande fall fastställas indirekt utifrån ett antal indicier och bevis, som kan vara mycket oenhetliga, som står i samband med tecken, yttringar och företeelser som utmärker en kollektiv dominerande ställning.

252 En anpassning av priserna sinsemellan under en längre tid, särskilt om de ligger över den konkurrensutsatta nivån, kan således, i brist på annan förnuftig förklaring, tillsammans med andra typiska faktorer för en kollektiv dominerande ställning, räcka för att påvisa att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, även om det inte finns några direkta, hållbara bevis på att marknaden är mycket öppen, eftersom man kan förmoda att sådan öppenhet finns under sådana förhållanden.

253 Av detta följer, i förevarande fall, att anpassningen sinsemellan av såväl brutto- som nettopriserna under de sex senaste åren kan, i brist på annan förklaring, tyda på eller utgöra en indikation på att prissamordningen inte är ett resultat av en normal effektiv konkurrens och att det finns tillräcklig insyn i marknaden på så sätt att en tyst prissamordning medgetts, trots att produkterna inte är identiska (eftersom varje skiva har olika innehåll), samt att priserna upprätthållits på en ganska stabil nivå, som även uppfattas som hög, trots en betydande nedgång i efterfrågan, sammantaget med andra faktorer (styrka hos företagen i oligopolsituation, marknadsandelarnas stabilitet, och så vidare), på det sätt som de fastställts av kommissionen i beslutet.

254 Eftersom sökanden grundat sin argumentation på en felaktig tillämpning av de olika villkor som är nödvändiga för en kollektiv dominerande ställning, såsom de fastställts i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, särskilt villkoret om insyn i marknaden, och inte på att den konstaterat att det förekommit en gemensam policy under en längre tid, kan det, tillsammans med en rad andra karakteristiska faktorer för en kollektiv dominerande ställning, under vissa omständigheter och i brist på annan förklaring, räcka att bevisa att sådan ställning föreligger, och inte att en sådan skapats. Förstainstansrätten begränsar sig därför, utan att det är nödvändigt att fastställa förekomsten av insyn i marknaden, till att vid prövningen av de grunder som åberopats kontrollera att villkoren som anges i det ovannämnda målet Airtours har tillämpats korrekt i beslutet. Utan att det ens är nödvändigt att överväga huruvida ett motsatt förhållningssätt skulle leda till att förstainstansrätten går utanför tvistens ram, såsom den definierats av parterna, eller endast skulle utgöra en tillämpning av lagstiftningen i samband med en grund som sökanden åberopat, måste förstainstansrätten följa ett sådant tillvägagångssätt, i enlighet med den kontradiktoriska principen, eftersom den frågan inte har tagits upp i förstainstansrätten.

3. Kommissionens beslut

255 De relevanta omständigheterna i beslutet för att pröva den första grunden kan sammanfattas på följande vis.

256 Kommissionens konstateranden angående olika produktmarknader och geografiska marknader har inte ifrågasatts av parterna. I skäl 12 i sitt beslut ansåg kommissionen att "det inte är nödvändigt att fastställa om det finns olika produktmarknader för olika genrer och om det finns en särskild produktmarknad för samlingsalbum". Kommissionen konstaterade i skäl 15 att "de aktuella geografiska marknaderna betraktades som nationella".

- 257 Det har inte heller ifrågasatts om de olika nationella marknaderna har en oligopolistisk struktur där de fem stora företagen, beroende på land, kontrollerar mellan 72 och 93 procent av marknaden och där ett flertal skivbolag som är avsevärt mycket mindre (nedan kallade oberoende skivbolag) kontrollerar ungefär 15 till 20 procent av marknaden.
- 258 Vidare kännetecknas de fem stora företagen för det första av en global närvaro, för det andra av en delvis vertikal integration, för det tredje av en investering i tidigare produktionsled inom området för musikutgivning och på marknaderna för radiosändning samt användning av musik på nätet, för det fjärde av en betydande finansiell styrka som ger dem möjlighet att erbjuda artisterna mer attraktiva finansiella fördelar, och för det femte av en omfattande och varierad portfölj av kontrakterade artister och en betydande katalog med redan utgivna titlar.
- 259 Förändringar i efterfrågan visar dessutom att försäljningen är på tillbakagång sedan 1999 (minskning på 13 procent i EES mellan 1999 och 2002, och över 7 procent mellan 2002 och 2003). Priserna har emellertid förblivit ganska stabila. I kommissionens marknadsundersökning framhölls även andra förklaringar till denna försäljningsminskning än dem parterna i koncentrationen lagt fram, nämligen: prisnivån på cd-skivor, som uppfattas som hög, den allmänna ekonomiska avmattningen, skivbolagens oförmåga att tillfredsställa konsumenternas smak, brist på kvalitativt innehåll och nyskapande artister samt skivbolagens oförmåga att anpassa sig till Internets teknologiska utmaningar.
- 260 När det gäller kommissionens metoder framgår det av skäl 69 i beslutet att kommissionen, för att kunna fastställa om det funnits en kollektiv dominerande ställning under loppet av de senaste tre–fyra åren, undersökte om de fem stora företagen faktiskt hade fört en samordnad prispolitik.

- 261 För detta ändamål analyserade kommissionen först och främst kvartalsutvecklingen hos de genomsnittliga nettopriserna för varje skivbolags 100 bäst säljande enskilda album, vilka utgjorde minst 70–80 procent av deras totala musikförsäljning, i de fem största medlemsstaterna, eftersom kommissionen menar att de genomsnittliga priserna utgör ett effektivt verktyg för att fastställa om de stora skivbolagen har ett parallellt beteende i fråga om priser. Kommissionen undersökte således de genomsnittliga nettoprisernas utveckling, listpriserna, förhållandet mellan brutto- och nettopriser samt fakturarabatter och retroaktiva rabatter (skäl 72 i beslutet).
- 262 För det andra undersökte kommissionen om listpriserna eventuellt, genom att det fanns likheter i genomsnittsprisernas utveckling, hade kunnat tjäna som referenspunkter för en prissamordning.
- 263 För det tredje studerade kommissionen om de rabatter som de olika största skivbolagen hade lämnat var anpassade sinsemellan och om det rädde tillräcklig insyn i dem för att möjliggöra en effektiv övervakning av varje form av prissamordning, även på nettoprisnivå (skäl 73 i beslutet).
- 264 Kommissionens slutsatser som var i nästan identiska ordalag för vart och ett av de fem stora länderna kan sammanfattas på följande sätt:
- Kommissionen har uppgett att den ”har funnit att det finns en viss parallellitet mellan de faktiska genomsnittliga nettopriserna och en i tillräckligt hög grad jämförbar utveckling hos de stora företagens priser”, men att ”dessa iakttagelser inte i sig är tillräckligt övertygande för att räcka som bevis för att de stora företagen har samordnat sina priser tidigare”; ”därför undersökte kommissionen därefter om ytterligare faktorer, det vill säga listpriserna och rabatterna, hade anpassats sinsemellan och om det fanns tillräcklig insyn i dessa för att ge tillräckliga bevis för att belägga att det förekom samordning”.

- Kommissionen ”fann vissa tecken på att listpriset kan ha använts som bas för en samordning av de stora företagens priser”. Varje stort skivbolags tre vanligaste listpriser har, beroende på land, stått för mer än 55–80 procent av den totala försäljningen av de 100 bästa sålda enskilda albumen under 2003. Kommissionen anser därför att ”med hänsyn till dessa iakttagelser förefaller listpriserna för de album som säljs bäst vara anpassade sinsemellan” (Förenade kungariket, Frankrike och Italien, eller i viss mån anpassade sinsemellan i Tyskland och i Spanien).

- Kommissionen har vidare funnit att listpriserna var ganska öppna, eftersom de förekommer i de stora företagens kataloger. Det tycks således vara möjligt att kontrollera andra större företags listpriser.

- Nettoförsäljningspriserna har en nära koppling till bruttopriserna (listpriset), med tanke på den likartade utvecklingen under de sex senaste åren av Sonys och BMG:s genomsnittliga bruttopriser och faktiska genomsnittliga nettopriser, och på det hela tiden mycket stabila förhållandet mellan nettopriset och bruttopriset, alla album sammantagna.

- Kommissionen har emellertid funnit en viss variation i de stora skivbolagens olika rabatter och även skillnader på 2 till 5 procentenheter mellan Sonys och BMG:s fakturarabatter för huvuddelen av deras tio främsta kunder och på över 5 procentenheter för vissa kunder under vissa år (förhållandet är inte riktigt detsamma på den franska marknaden).

- Parterna i koncentrationen har lämnat uppgifter som visar att fakturarabatterna för en viss kund varierat över tiden och mellan olika album och att de rabatter som lämnats för ett visst album varierat mellan olika kunder. Marknadsundersökningen visade att dessa variationer huvudsakligen berodde på att kampanjrabatter tillämpas på ett mer flexibelt sätt än fasta rabatter som

vanligtvis fastställs på årsbasis. Det går inte att på grundval av dessa iakttagelser bevisa att parterna i koncentrationen har anpassat fakturarabatterna sinsemellan i tillräckligt hög grad (situationen är något annorlunda för Frankrike).

- Vad beträffar insynen i rabatterna har det genom kundernas svar på kommissionens marknadsundersökning visats att de stora företagen till största delen i viss mån kände till sina konkurrenters fasta rabatter, med hänsyn till deras ständiga interaktion med samma kundkrets. Det framgår emellertid att insynen i kampanjrabatterna är sämre än i de ordinarie rabatterna och att övervakningen av dessa också kräver en noggrann övervakning av denna typ av rabatter på detaljhandelsmarknaden. Fastän kommissionen har konstaterat att såväl Sony som BMG har inrättat ett system med veckovisa rapporter som tas fram av deras försäljningspersonal, har den inte kunnat bevisa att dessa rapporter säkerställer en viss grad av insyn i konkurrenternas kampanjrabatter.

²⁶⁵ Av detta har kommissionen dragit slutsatsen i skäl 109 i beslutet att "eftersom den detaljerade analysen av de stora företagens prisutveckling i de fem största medlemsstaterna visade vissa tecken på samordning som i sig inte räckte för att påvisa att det förelåg en kollektiv dominerande ställning, fortsatte kommissionen sin analys för att fastställa om marknaderna för inspelad musik hade sådana egenskaper som underlättar denna typ av dominerande ställning".

²⁶⁶ I detta syfte undersökte kommissionen produktens homogenitet (skäl 110 i det överklagade beslutet), insynen i marknaden (skälen 111–113 i beslutet), och om motåtgärder vidtagits (skälen 114–118 i beslutet).

- 267 Vad beträffar produkthomogeniteten fann kommissionen att det heterogena innehållet och dess inverkan på priserna minskar insynen i marknaden och gör tyst samverkan svårare, eftersom sådan kräver en viss övervakning på individuell produktnivå, det vill säga albumnivå.
- 268 Vad beträffar insynen i marknaden ansåg kommissionen att de stora företagen endast behöver övervaka referenspriserna för ett begränsat antal album bland bästsäljarna för att kunna följa större delen av försäljningen. Kommissionen påpekar emellertid att det även behövs en övervakning på albumnivå, särskilt med avseende på kampanjrabatterna, och att detta kan försvåra tyst samverkan (skäl 111 i beslutet).
- 269 Vad beträffar motåtgärder uppges i skäl 118 i beslutet att kommissionen inte har funnit några bevis på att några sådana tidigare använts, vilket skulle ha utgjort ett bevis på att en kollektiv dominerande ställning föreligger.
- 270 Utan att på detta beslutsstadium formulera någon slutsats angående förekomsten av en kollektiv dominerande ställning i de fem stora länderna, undersökte kommissionen därefter marknaderna i de små länderna och kom fram till liknande slutsatser.
- 271 Kommissionen noterade särskilt att det fanns en hög grad av parallellitet mellan de stora företagens olika listpriser. Den noterade att liksom i de stora länderna är de huvudsakliga rabatterna fasta rabatter. Fakturarabatter är varken norm eller offentliggjorda och resulterar i en sämre insyn. Med tanke på fakturarabatternas betydelse och skillnaderna mellan dem har kommissionen inte funnit tillräcklig bevisning för att de genomsnittliga nettoprisernas parallellitet kan bero på en tyst samverkan mellan de stora företagen, även om listpriserna i hög grad anpassats sinsemellan och dessa i princip skulle kunna användas som utgångspunkt för en tyst samverkan (skäl 150 i beslutet).

272 Vidare gäller skälen angående produktens homogenitet, insynen på marknaden och motåtgärder för de stora länderna även för de mindre EES-länderna.

273 Av detta drog kommissionen slutsatsen i skäl 153 att ”det [inte finns] tillräcklig bevisning på grundval av detta för att sluta sig till att [de stora företagen] har en kollektiv dominerande ställning på de nationella marknaderna för inspelad musik [i de mindre länderna]”.

274 Kommissionen fann i skäl 154 att det på grundval av ovanstående omständigheter inte fanns tillräcklig bevisning för att den föreslagna koncentrationen skulle leda till att en kollektiv dominerande ställning stärktes på marknaderna för inspelad musik i något av EES-länderna.

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

276 Detta bekräftas av skäl 157, som lyder på följande sätt:

”[...] såsom undersökts i delen om en kollektiv dominerande ställning har marknaderna för inspelad musik vissa egenskaper som kan tyda på att det finns gynnsamma faktorer för förekomsten av en kollektiv dominerande ställning. Kommissionen har dock inte funnit tillräcklig bevisning för att [de stora företagen]

tidigare har innehaft en kollektiv dominerande ställning, främst beroende på konstaterade brister i fråga om faktisk insyn, produktens delvis heterogena egenskaper och att det saknas bevis på att det tidigare förekommit motåtgärder”.

277 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som förstainstansrätten skall pröva sökandens olika invändningar.

4. Insyn

a) Invändningen om bristfällig motivering

278 Sökanden har i huvudsak hävdad att det i beslutet inte med tillräcklig rättslig säkerhet förklaras varför rabatterna, särskilt kampanjrabatterna, utgör ett hinder för den insyn som är nödvändig för att möjliggöra att en kollektiv dominerande ställning utvecklas

279 Det skall inledningsvis erinras om att kravet på motivering enligt artikel 253 EG, enligt fast rättspraxis skall anpassas efter vilket slags rättsakt det är fråga om. Motiveringen skall på ett klart och otvetydigt sätt återge det resonemang som förts av den institution som är upphovsman till rättsakten, så att berörda parter kan få reda på skälen för den vidtagna åtgärden och domstolen ges möjlighet att utöva kontroll. Kravet på motivering skall bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt till rättsaktens innehåll, till de anförda motivens karaktär och till det intresse som de till vilka beslutet är riktat eller andra personer som direkt och personligen berörs av beslutet kan ha av att få förklaringar (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

- 280 Frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG skall inte enbart bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar den berörda frågan (domstolens dom av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen, REG 1996, s. I-723, punkt 86, och förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, punkt 150).
- 281 När kommissionen förklarar att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av artikel 6.1 b i förordningen är det ett nödvändigt och tillräckligt villkor i förhållande till motiveringsskyldigheten att det i beslutet klart och otvetydigt redogörs för skälen till att kommissionen inte anser att den omtvistade koncentrationen föranleder några allvarliga tvivel avseende dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Det kan emellertid ur denna skyldighet inte härledas att kommissionen i ett sådant fall är skyldig att ange en motivering av sin bedömning av alla faktiska och rättsliga omständigheter som skulle kunna uppvisa en koppling till den anmälda företagskoncentrationen och/eller som har framförts under det administrativa förfarandet (se domen i det ovan i punkt 231 nämnda målet Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen, punkt 185 och där angiven rättspraxis).
- 282 Först skall inverkan av den omständighet som sökanden tagit upp prövas, det vill säga att kommissionen i meddelandet om invändningar eftertryckligen slagit fast att koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden, särskilt av det skälet att det redan förelåg en kollektiv dominerande ställning före den planerade koncentrationen och att det rådde stor insyn i marknaden för inspelad musik och att den var särskilt lämpad för samordning.
- 283 Denna helomvändning i kommissionens ståndpunkt kan förvisso tyckas förvånande, inte minst med tanke på hur sent den gjordes. Som framgår av handlingarna i målet och av diskussionerna i förstainstansrätten ansåg kommissionen under hela det administrativa förfarandet, på grundval av all information den fått under fem månaders undersökning från såväl olika marknadsaktörer som från parterna i koncentrationen, att marknaden var tillräckligt öppen för att möjliggöra en tyst

prissamverkan, och det var inte förrän den argumentation som lades fram av parterna i koncentrationen, vilka assisterades av sin ekonomiske rådgivare, vid utfrågningen den 15 och den 16 juni 2004, som kommissionen, utan att göra några nya marknadsundersökningar, intog motsatt ståndpunkt och den 1 juli 2004 sände förslaget till beslut till den rådgivande kommittén.

284 Kommissionen har med rätta gjort gällande att det framgår av rättspraxis (domen i det ovan i punkt 105 nämnda målet BAT och Reynolds mot kommissionen) att när kommissionen avslår en ansökan i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204) räcker det att den utvecklar på vilka grunder den har ansett att det inte är möjligt att visa att det skett någon överträdelse av konkurrensreglerna. Den är alltså inte skyldig att redogöra för eventuella avvikelser från meddelandet om invändningar, vilket utgör en förberedande handling med bedömningar av rent provisorisk karaktär som har till uppgift att precisera syftet med det administrativa förfarandet i förhållande till de företag som är föremål för detta förfarande och den är inte heller skyldig att diskutera alla faktiska och rättsliga spörsmål som behandlats under det administrativa förfarandets gång. I domen i det ovan i punkt 228 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, erinrar domstolen om att ett meddelande om invändningar är av provisorisk karaktär och att kommissionen har skyldighet att beakta de omständigheter som framkommer under det administrativa förfarandet för att bland annat kunna dra tillbaka de invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda.

285 Det skall visserligen noteras att denna rättspraxis utvecklades till följd av förfaranden för tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 EG och inte inom det särskilda området för kontroll av företagskoncentrationer, inom vilket iakttagandet av bindande tidsfrister som styr kommissionens antagande av beslut inte tillåter den att förlänga sin undersökning, vilket gör en genomgripande ändring av en ståndpunkt allt mindre trolig allteftersom det administrativa förfarandet fortskrider. I sin avslutande kommentar har kommissionen för övrigt betonat att de utredningsåtgärder som vidtagits efter utfrågningen huvudsakligen bestått i att konsultera marknadsaktörerna angående de föreslagna åtagandena och inte gällt invändningarna mot den anmälda företagskoncentrationen. Faktum kvarstår dock att meddelandet om invändningar endast utgör en förberedande handling och att det slutliga beslutet inte kan grunda sig på annat än samtliga omständigheter och

relevanta faktorer för en bedömning av den planerade sammanslagningens inverkan på konkurrensen på referensmarknaderna. Av detta följer att enbart den omständigheten att kommissionen inte i själva beslutet förklarat sin ändrade ståndpunkt i förhållande till den ståndpunkt som meddelandet om invändningar innehåller som sådan inte kan utgöra en avsaknad av eller en bristfällig motivering.

286 Vidare har kommissionen även åberopat den rättspraxis, enligt vilken kommissionen inte är skyldig att lämna en särskild motivering, om en koncentration endast i en mycket begränsad utsträckning ändrar konkurrensförhållandena på en viss marknad, och den har inte heller åsidosatt sin motiveringskyldighet, om den i sitt beslut inte inkluderar en detaljerad motivering av bedömningen av vissa aspekter av koncentrationen som uppenbarligen är irrelevanta eller saknar betydelse. Även om dessa påståenden är riktiga konstaterar förstainstansrätten att de saknar relevans inom ramen för denna invändning. Dels avser invändningen inte en begränsad förändring genom koncentrationen utan situationen som den var innan, dels kan det inte ifrågasättas att det är den otillräckliga insynen i marknaden som utgör den huvudsakliga, och faktiskt den enda, grunden för den omtvistade bedömningen att det inte redan förelåg en kollektiv dominerande ställning.

287 Mot bakgrund av dessa inledande synpunkter skall förstainstansrätten pröva om beslutet innehåller en tillräcklig motivering av slutsatsen att marknaden inte är tillräckligt öppen för att möjliggöra en prissamordning.

288 Undersökningen av frågan om marknaden öppnhet behandlas under ett ad hoc-avsnitt i skälen 111–113 i beslutet. Det framgår dock att beslutet innehåller resonemang om öppenheten även i avsnittet som behandlar de stora företagens gemensamma prispolitik i de fem stora medlemsstaterna, i skälen 69–108, vilka det hänvisas till i ad hoc-avsnittet, samt i avsnittet om bedömningen av om en kollektiv dominerande ställning föreligger på marknaderna i de mindre länderna, i skälen 148–153, vilka det inte hänvisas till i ad hoc-avsnittet. Förstainstansrätten skall således i tur och ordning pröva de grunder som anförts under dessa tre avsnitt.

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

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

291 I skäl 111 tas sålunda det begränsade antalet referenspriser upp, liksom det faktum att de stora företagen endast behöver övervaka referenspriserna hos ett begränsat antal album bland de bäst sålda, för att kunna följa merparten av försäljningen, eftersom de 20 bäst sålda titlarna står för minst hälften av den årliga försäljningen i alla länder.

292 Dessutom konstateras i skäl 112 att "det på marknaden finns andra anordningar som ökar insynen och som kan underlätta kontrollen av att överenskommelsen följs". Bland dessa finns främst publiceringen av hitlistor varje vecka, vilken ger information om varje titels försäljning och gör att det lätt går att spåra vilka titlar som blir "hitlåtar", något som det förklarats "avsevärt underlättar de stora skivbolagens övervakning". Det konstateras vidare att marknaden för inspelad musik är sådan att, för att "bli framgångsrik måste en musikhandlare erbjuda produkter från alla de stora skivbolagen" och att "branschen därför karakteriseras av långvariga stabila relationer mellan detaljhandlare och stora skivbolag". Kommissionen konstaterade också att "en stor del av de [stora företagens] försäljning av inspelad musik dessutom [är] inriktad på ett begränsat antal kunder" och har av detta dragit slutsatsen att "denna situation, som karakteriseras av ett litet antal verksamma aktörer på marknaden, gynnar samarbetsstrategier som ligger i de stora skivbolagens intresse, eftersom den underlättar övervakningen och informationsflödet".

293 Det kan vidare konstateras att denna uppräknings av anordningar och faktorer som ökar insynen och underlättar kontrollen av att överenskommelsen följs fortsätter i det sista skälet i ad hoc-avsnittet om insynen på marknaden. Kommissionen konstaterade nämligen i skäl 113, att en "en annan källa till insyn är övervakningen av detaljhandelsmarknaden". Den preciserar angående detta att "marknadsundersökningen har visat att Sony och BMG [hade] infört ett system med veckovisa rapporter [...], som inkluderade upplysningar om konkurrenterna". Kommissionen har slutligen pekat på att utredningen "även har bekräftat att de stora skivbolagens försäljningspersonal upprätthöll regelbundna och ständiga kontakter med detaljhandlarna och grossisterna, eftersom förhandlingar om kampanjstöd och kampanjrabatter ofta ägde rum på veckobasis".

294 Av ovanstående framgår att kommissionen, under ad hoc-avsnittet i beslutet om undersökningen av insynen, inte enbart kom fram till att det saknades insyn i marknaden eller att det inte fanns tillräcklig insyn för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning utan att den, dessutom, endast nämnde faktorer som kan skapa en ökad insyn i marknaden och underlätta kontrollen av att den tysta samverkan respekteras, med det enda undantaget för det ganska begränsade och

ogrundade påståendet att kampanjrabatterna skulle kunna minska insynen och försvåra tyst samverkan. Det kan konstateras att detta avsnitt i sig, uppenbarligen inte kan betraktas som att det med tillräcklig rättslig säkerhet kan motivera påståendet att det inte fanns tilläcklig insyn i marknaden.

295 Förstainstansrätten skall nu undersöka om det finns en sådan motivering i avsnittet om de stora företagens gemensamma prispolitik.

296 Det skall inledningsvis noteras att den metod som använts och de iakttagelser som gjorts, med några få undantag, är identiska för marknaderna i de fem stora länderna, så att de kommande anmärkningarna angående Förenade kungariket, gäller, med vederbörliga ändringar, för alla de fem stora marknaderna.

297 Efter att ha konstaterat att de faktiska genomsnittliga nettopriserna har genomgått en delvis likartad utveckling och att en jämförbar utveckling skett av de fem stora företagens priser i Förenade kungariket, uppgav kommissionen i skäl 75 i beslutet att den därefter undersökte om ytterligare faktorer, det vill säga listpriserna och rabatterna hade anpassats efter varandra och var tillräckligt öppna för att ge tillräckliga bevis på att samordning förekom.

298 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att kommissionen i det aktuella avsnittet har försökt utröna om de stora företagens beteende kan påvisa förekomsten av en samordning. I sina inlagor till förstainstansrätten har kommissionen flera gånger understrukt behovet av att inte blanda samman aktörernas gemensamma agerande på marknaden med bevis på att det finns insyn i marknaden, och klargjort att inte ens en väsentlig anpassning av gällande villkor kan bevisa att det finns insyn i marknaden. Av detta följer att iakttagelserna angående de stora företagens prissättnings- och rabattpolitik, enligt kommissionen själv, saknar relevans för bedömningen av insynen i marknaden. Under dessa omständigheter kan

iakttagelserna under detta avsnitt inte kompensera den bristande insyn som noterats ovan. Eftersom denna ståndpunkt inte ligger i linje med beslutet anser förstainstansrätten att det är nödvändigt att undersöka om de iakttagelser som gjorts under detta avsnitt i tillräckligt hög grad motiverar konstaterandet att det saknas insyn i marknaden.

299 När det för det första gäller listpriserna konstaterade kommissionen att hos varje stort skivbolag skedde över 80 procent av den totala nettoförsäljningen av de 100 bäst sålda enskilda albumen år 2003 genom de tre främsta listpriserna, och att ett eller två listpriser inom ett spann på 17 pence (mellan 8,98 och 9,15 GBP) utgjorde över 47 procent av de 100 bäst sålda albumen (siffrorna är ganska likartade i de övriga stora länderna. Ett eller två listpriser inom ett spann på 0,36 euro – mellan 12,55 och 12,91 euro – stod till exempel för över 60 procent av de 100 bäst sålda albumen i Italien). Kommissionen drog av detta slutsatsen att "listpriserna för de bäst sålda albumen verkar således ha anpassats efter varandra". Det kan konstateras att det var en minst sagt försiktig slutsats, eftersom anpassningen faktiskt var mycket tydlig.

300 Det skall för övrigt noteras i detta hänseende att kommissionen i meddelandet om invändningar inte hade konstaterat att priserna enbart hade "anpassats till viss del efter varandra" utan att de faktiskt hade "anpassats i hög grad" (enligt punkt 82 i meddelandet om invändningar, "listpriserna ligger mycket nära varandra", och i punkt 87 anges en "väsentlig anpassning"). Vad beträffar de 20 bäst sålda albumen hade kommissionen till och med funnit en nästan total anpassning (se punkterna 85 och 86 i meddelandet om invändningar), men denna bedömningsfaktor togs inte upp i beslutet, fastän kommissionen, som tillfrågades angående detta vid förhandlingen, inte höll med om att bedömningen var oriktig och inte kunde förklara varför denna bedömningsfaktor undanhållits. Vidare nämns i skäl 72 i beslutet inte mer än fyra faktorer som ligger till grund för analysen av den gemensamma prispolitiken, medan en femte faktor gjordes gällande i punkt 75 i meddelandet om invändningar. Även om meddelandet om invändningar, vilket det erinrats om ovan, endast är en preliminär handling och även om kommissionen har sin fulla rätt, för att inte säga är

skyldig, att ändra sin ståndpunkt mot bakgrund av de upplysningar den fått under sin utredning, kan den däremot inte undanhålla vissa relevanta faktorer endast på grund av att de kanske inte är förenliga med dess nya bedömning.

- 301 Det förhåller sig i vart fall så, att även om man endast tar hänsyn till iakttagelserna i beslutet har kommissionen funnit att listpriserna hade anpassats till varandra.
- 302 I skäl 76 i beslutet anges att listpriserna är "ganska öppna, eftersom de förekommer i de stora skivbolagens kataloger" och att det "därför tycks vara möjligt att kontrollera listpriserna hos de övriga stora skivbolagen". Även om denna bedömning också är mycket försiktig och nedtonad i förhållande till bedömningen i meddelandet om invändningar (i punkt 81 i detta uppgavs att "kommissionen anser att det är extremt lätt för de stora företagen att övervaka listpriserna för nya förväntade hitalbum som släpps på marknaden, eftersom dessa priser är tillgängliga för allmänheten genom de stora företagens kataloger"), kvarstår det faktum att kommissionen framhåller ytterligare ett argument som främjar insynen i marknaden. Att bruttopriserna (listpriserna) är offentliga har utan tvekan en mycket stor betydelse för insynen i prissättningen.
- 303 Det framgår således att listpriserna, enligt själva ordalydelsen i beslutet och ur de båda aspekter som kommissionen undersökt, det vill säga anpassning och öppenhet, utgör en insynsfaktor på marknaden.
- 304 När det för det andra gäller rabatterna uppges i skäl 78 i beslutet att kommissionen fann "en viss variation i de stora skivbolagens rabatter" och att "fakturarabatterna, i förhållande till andra former av rabatter (kommersiella samarbetsavtal och retroaktiva rabatter), är långt ifrån de viktigaste av de prisreduktioner som tillämpas". Den kontrollerade därefter dels anpassningen av fakturarabatterna, dels insynen i dessa.

305 Vad beträffar anpassningen av rabatterna uppges i skäl 79 i beslutet att "kommissionen har konstaterat att det finns vissa variationer mellan olika kunder, och även skillnader på 2–5 procentenheter mellan Sonys och BMG:s fakturarabatter för majoriteten av deras [tio] främsta kunder, och över 5 procentenheter för vissa kunder under vissa år". I skälet nämns även "att dessa variationer huvudsakligen berodde på att kampanjrabatter tillämpas på ett mer flexibelt sätt än fasta rabatter som vanligtvis fastställs på årsbasis" och av detta drogs slutsatsen att det "inte utifrån dessa iakttagelser kan bevisas att parterna [i koncentrationen] har anpassat fakturarabatterna tillräckligt sinsemellan".

306 Förstainstansrätten noterar inledningsvis, såsom angetts ovan, att analysen således gäller de stora företagens agerande och inte marknadens objektiva egenskaper, och att den därför knappast är relevant för att bedöma graden av insyn i marknaden. Kommissionen har i detta sammanhang framhållit att konstaterandet att det fanns en parallellitet hos de stora skivbolagens genomsnittliga nettopriser eller en påtaglig stabilitet hos ett visst stort skivbolags genomsnittliga rabatter varken är bevis på tyst samverkan eller på den öppenhet som krävs och att "graden av anpassning eller stabilitet rent allmänt inte kan ersätta övertygande och samstämmiga bevis på att det finns tillräcklig insyn för att [företag i oligopolsituation] skall kunna kontrollera varandras uppträdande på marknaden". Av detta kan slutsatsen dras att undersökningen av rabattanpassningen, enligt kommissionen, inte utgör ett lämpligt test för att bedöma insynen i marknaden, eftersom inte heller en rabattanpassning, enligt kommissionen, kan utgöra ett bevis på att det finns en sådan insyn. Testet är således endast lämpligt om det genom detta går att fastställa såväl att det finns insyn som att det saknas sådan. Eftersom det inte finns tillräckligt stöd i beslutet för kommissionens uppfattning, såsom den lagts fram ovan, skall förstainstansrätten undersöka om iakttagelserna enligt skälen 78 och 79 med tillräcklig rättslig säkerhet kan styrka att det sknades insyn i marknaden.

307 Förstainstansrätten konstaterar för det första att variationen hos Sonys och BMG:s allmänna fakturarabattnivåer, såsom de framgår av skäl 78 i beslutet, är ganska liten, nämligen [konfidentiellt] från 2 till 5 procent av deras respektive totala bruttoförsäljning i Förenade kungariket. I Italien är denna variation till och med nästan

obefintlig, nämligen [*konfidentiellt*] mellan 0 och 5 procent (skäl 99 i beslutet). Likaså är skillnaderna på mellan 2 och 5 procent [*konfidentiellt*] mellan Sonys och BMG:s fakturarabatter för merparten av deras tio främsta kunder mycket små, vilket framgår av skäl 79 i beslutet. Av detta följer att det av uppgifterna i skälen 78 och 79, och i motsvarande skäl för de övriga stora länderna, inte går att dra slutsatsen att fakturarabatterna inte har anpassats till varandra i tillräckligt hög grad.

308 Det framgår vidare av själva ordalydelsen i beslutet att denna måttliga variation tycks sakna betydelse. Enligt skäl 77 i beslutet "har kommissionens analys visat att nettoförsäljningspriset har en nära koppling till bruttopriset (listpriset), med hänsyn till den likartade utvecklingen under de sex senaste åren hos Sonys och BMG:s genomsnittliga bruttopriser och Sonys och BMG:s faktiska genomsnittliga nettopriser, samt det hela tiden mycket stabila förhållandet mellan nettopris och bruttopris för samtliga album". I motsats till kommissionens påstående görs i skäl 77 i beslutet inte enbart gällande att det endast är de genomsnittliga brutto- och nettopriserna för samtliga album (det vill säga stabiliteten hos den genomsnittliga rabatten för den totala försäljningen) som uppvisat en likartad utveckling, vilken på detta sätt skulle dölja eventuella skillnader hos de rabatter som lämnats för enskilda album, utan det har också konstaterats att det finns en stabilitet hos rabatterna för enskilda album och över tiden. Även om den andra delen av meningens i skäl 77 avsåg förhållandet mellan de genomsnittliga brutto- och nettopriserna, vilket kommissionen hävdade, skulle den vara överflödig, eftersom ett sådant förhållande är synonymt med mellanskillnaden mellan brutto- och nettopriserna, vars stabilitet har noterats i den första delen av meningens. Detta framgår ännu tydligare av den ursprungliga versionen av beslutet, eftersom termen "förhållande" används i pluralis där (mycket stabila förhållanden mellan bruttopriser och nettopriser per album och över tiden). I punkt 90 i meddelandet om invändningar uppges för övrigt också att "förhållandena mellan bruttopriserna och nettopriserna var mycket stabila per album och över tiden för de enskilda skivsläpp som undersöktes av kommissionen". Dessutom uppges även i punkt 75 iv, i meddelandet om invändningar, att kommissionen undersökte utvecklingen av brutto- och nettoförsäljningen av enskilda album, och klargjorde i fotnoten nedtill på sidan 47 att "en analys av brutto- och nettopriser gjordes individuellt för BMG:s och Sonys tio bäst sålda album år 2002".

- 309 Vidare framgår det av den sista meningen i skäl 77 i beslutet att rabatterna i praktiken inte kan påverka insynen i marknaden när det gäller priser, främst på grund av de offentliga listpriserna, eftersom det slagits fast att "om de stora skivbolagen hade gjort tydliga avsteg från den överenskomna prispolitiken genom att lämna rabatter, skulle detta avsteg ha märkts i deras genomsnittliga nettopriser".
- 310 Även om kommissionen i sina inlagor också har gjort gällande att uppgifterna om de genomsnittliga nettopriserna och de genomsnittliga rabatterna inte är sådana att det går att fastställa att det förekommit en anpassning eller en samordning och att det endast är de enskilda prissättningsbesluten som har betydelse, kan det konstateras att denna argumentation inte har något stöd i beslutet. Sålunda uppges det framför allt i skäl 70 i beslutet att "kommissionen anser att de genomsnittliga priserna är ett effektivt verktyg för att fastställa om de stora skivbolagen har ett parallellt beteende". Även om iakttagelserna angående prispolitiken i övrigt, vilket kommissionen har hävdat inför förstainstansrätten, saknar relevans för bedömningen av insynen, är iakttagelserna angående rabatterna i skälen 78–80 i beslutet (och i motsvarande skäl för marknaderna i de övriga stora länderna) inte sådana att de kan innehålla en motivering till att det saknas insyn, eftersom rabatterna utgör en priskomponent och har analyserats inom ramen för undersökningen av prissamordningen.
- 311 Det framgår av ovanstående att det genom iakttagelserna angående anpassningen av fakturarabatterna i skälen 78 och 79 i beslutet (och i motsvarande skäl för de övriga stora länderna) inte går att motivera påståendet om bristande insyn i marknaden.
- 312 När det gäller insynen i rabatterna uppges i skäl 80 i beslutet att "det framgick av svaren från de flesta av de brittiska kunderna på kommissionens marknadsundersökning att de stora skivbolagen i viss mån kände till sina konkurrenters fasta rabatter genom en ständig interaktion med samma kundkrets". Detta konstaterande görs återigen i en identisk formulering angående de fem stora länderna (skälen 87, 94,

101 och 108 i beslutet). Utan att det finns något behov av att, inom ramen för undersökningen av den invändning som avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten, pröva om konstaterandet är välgrundat, står det redan klart att det tycks redovisa graden av insyn i marknaden i en mycket försiktig form, med hänsyn till de bevis som det grundar sig på. Framför allt när det gäller Italien är det knappast möjligt att förstå hur kommissionen kunde anse att "de flesta" kunders svar visade att de stora företagen endast "i viss mån" kände till konkurrenternas rabatter, när det i fotnoten på sidan 55 i beslutet uppges att "de fem italienska detaljhandlare som svarade på frågan uppgav att de stora skivbolagen känner till konkurrenternas listpriser och deras rabatter". På samma sätt, när det gäller Frankrike, framgår det av fotnoten på sidan 49 i beslutet att tre detaljhandlare av fyra har uppgett att de stora skivbolagen kände till de listpriser och rabatter som tillämpas på marknaden av deras konkurrenter.

313 Det skall vidare noteras att det i de förklarande fotnoterna inte görs någon som helst åtskillnad för något land mellan fasta rabatter och kampanjrabatter. Därför framgår inte skälen till att kommissionen dragit slutsatsen från kundernas svar att de stora företagen till viss del endast kände till de fasta rabatterna och inte kampanjrabatterna.

314 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall att kommissionen enligt själva beslutet ansåg att det fanns en viss insyn i de fasta rabatterna.

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

- 316 Det bör i detta avseende först och främst påpekas att det inte har påståtts att det saknas insyn i kampanjrabatterna utan endast att "insynen i dessa är sämre än i de fasta rabatterna" och att en övervakning av dessa kräver noggranna iakttagelser. Det är också klarlagt att kommissionen konstaterade att Sony och BMG hade inrättat ett system med veckorapporter som sammanställdes av deras försäljningspersonal, utan att det har gått att bevisa att dessa rapporter säkerställde ett tillräckligt mått av insyn i de aktuella kampanjrabatterna.
- 317 Det skall vidare erinras om, vilket också framgår av den andra meningen i skäl 150 i beslutet, att de viktigaste rabatterna i samtliga länder är de fasta rabatterna. Av detta följer att kampanjrabatterna, enligt beslutet självt, endast har en marginell inverkan på priserna. Det framgår också av skäl 77 att rabatterna (både de fasta rabatterna och kampanjrabatterna) under de senaste sex åren inte har inverkat på den överenskomna prispolitiken.
- 318 Det skall också noteras att det i beslutet inte har slagits fast att det saknas insyn i marknaden, och inte heller att det inte finns tillräcklig insyn för att möjliggöra en prissamordning, utan på sin höjd att det finns mindre insyn i kampanjrabatterna, utan att det i beslutet ges någon som helst information om deras natur, under vilka omständigheter de lämnas eller deras faktiska betydelse för nettopriserna, och inte heller om deras inverkan på insynen i priserna.
- 319 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen, såsom framgår ovan, i beslutet har lyft fram flera omständigheter och faktorer som främjar insynen i marknaden och underlättar kontrollen av att samordningen följs.
- 320 Av detta följer att det genom de enstaka påståendena om kampanjrabatter under det avsnitt i beslutet som handlar om undersökningen av prissamordningen i de stora

länderna, till den del de är vaga, ogrundade och kanske även motsägs av andra iakttagelser i beslutet, inte kan bevisas att det saknas insyn i marknaden och även i kampanjrabatterna. Enligt dessa påståenden är insynen dessutom sämre i kampanjrabatterna än i de fasta rabatterna men det förklaras inte på vilket sätt dessa är relevanta för insynen på marknaden och gör det inte möjligt att förstå hur de i sig skulle kunna kompensera alla de övriga faktorer som främjar insynen i marknaden, vilka har fastställts i beslutet, och på så sätt eliminera den insyn som krävs för att en kollektiv dominerande ställning skall föreligga.

321 När det slutligen gäller iakttagelserna i beslutet under avsnittet om bedömningen av situationen i de små länderna, konstaterade kommissionen i skäl 149 i beslutet först och främst att listpriserna används på ett ganska likartat sätt som i de stora länderna. Den har i detta sammanhang påpekat att den huvudsakliga delen av försäljningen sker via några få listpriser och att de stora företagen använder listpriserna på ett likartat sätt, och klargjort att "såsom framgår av de siffror som uppgetts för vart och ett av de mindre länderna, vad gäller Nederländerna och Belgien, är Sonys och BMG:s två huvudsakliga listpriser praktiskt taget identiska". Den har av detta dragit slutsatsen att det bland de stora skivbolagens listpriser fanns en hög grad av likartad utveckling. Det framgår således av skäl 149 att kommissionen kom fram till att insynen och anpassningen av listpriserna var mer påtaglig i de mindre länderna än i de större länderna.

322 När det gäller rabatterna i de mindre länderna konstaterar förstainstansrätten att det aktuella avsnittet inte innehåller någon iakttagelse om kampanjrabatterna och att sådana rabatter inte omnämns. Tvärtom angav kommissionen i skäl 150 i beslutet att de rabatter som främst används i samtliga av de mindre länderna är, liksom i de fem stora länderna, de fasta rabatterna.

323 Även om kommissionen för övrigt har pekat på att Sony och BMG lämnat betydande fakturarabatter, att beloppet varierat mellan olika kunder och att nivån också skilt sig åt mellan BMG och Sony, att dessa inte offentliggjorts samt att de lett

till minskad insyn, har den inte lämnat några sifferuppgifter beträffande deras betydelse eller variation. Det förklaras inte heller om, och om så är fallet varför, marknadens egenskaper, på samma sätt som i de stora staterna, inte medger insyn åtminstone i de fasta rabatterna. Det har inte heller angetts om de fasta rabatterna och/eller kampanjrabatterna leder till olika nettopriser, fastän påståendet att "kommissionen [inte har] visat att det finns tillräckliga bevis för att styrka att en parallellitet mellan de genomsnittliga nettopriserna skulle kunna bero på en tyst samordning" snarare antyder att så inte är fallet.

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

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

326 I fullständighetens intresse skall förstainstansrätten ändå pröva sökandens invändningar och argument om att de omständigheter som kommissionen anfört för att visa att det inte fanns tillräcklig insyn i marknaden innehåller en uppenbart oriktig bedömning.

b) Invändningen om en uppenbart oriktig bedömning

327 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att förordningens materiella regler, och i synnerhet artikel 2, tillerkänner kommissionen ett visst utrymme för skönsmässig

bedömning, speciellt när det gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (domen i det ovan i punkt 245 nämnda målet Kali & Salz, punkterna 223 och 224, samt domen i det ovan i punkt 232 nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 38; förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 246 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 164 och 165; domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 64; dom av den 25 oktober 2002 i mål T-80/02, Tetra Laval mot kommissionen, REG 2002, s. II-4519, punkt 119, och av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen, REG 2005, s. I-5575, punkt 60).

328 Domstolen har emellertid fastställt följande:

”Domstolen har visserligen fastställt att kommissionen har ett utrymme för skönsmålig bedömning avseende ekonomiska frågor. Detta innebär emellertid inte att gemenskapsdomstolen inte skall pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Gemenskapsdomstolen skall nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.” (Domen i det ovan i punkt 232 nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 39.)

329 Det är mot bakgrund av dessa synpunkter som förstainstansrätten skall pröva om kommissionens bedömningar angående insynen i marknaden innehåller uppenbara fel.

330 Sökanden har först och främst påpekat att marknaderna för inspelad musik, innan beslutet togs, betraktades som tillräckligt öppna för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

- 331 Sökanden har i detta sammanhang påpekat att kommissionen i samband med undersökningen av den föreslagna koncentrationen mellan EMI och Time Warner, konstaterade att marknaden för inspelad musik karakteriserades av produkter med standardiserade priser (standardised pricing products) och var "mycket öppen" (se punkterna 37, 38 och 57 i meddelandet om invändningar angående den föreslagna koncentrationen mellan EMI och Time Warner).
- 332 Sökanden har vidare anfört att Office of Fair Trading, i sin rapport från september 2002 om marknaden för inspelad musik i Förenade kungariket ("Wholesale supply of compact discs"), också ansåg att marknaden uppvisade en hög grad av öppenhet och fastställde ett antal faktorer (särskilt den veckovisa publiceringen av hitlistor, den gemensamma försäljningen och de regelbundna besöken hos återförsäljarna för att kontrollera lagren) som gjorde information om konkurrenterna mer tillgänglig än i många andra branscher (se punkt 114 i meddelandet om invändningar).
- 333 Slutligen har sökanden gjort gällande att kommissionen i förevarande fall, efter en första granskning av den föreslagna koncentrationen mellan Sony och Bertelsmann, som anmäldes den 9 januari 2004, och efter en första marknadsundersökning, framför allt hos detaljhandlarna och de stora företagen, i ett beslut av den 12 februari 2004 fastställde att sammanslagningen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och därefter inledde förfarandet i enlighet med artikel 6.1 c i förordningen. Under detta förfarande fortsatte kommissionen sin granskning och begärde ett antal upplysningar av parterna i koncentrationen (den 19 februari, den 5, den 17 och den 23 mars, den 1 april och den 10 maj 2004) och av de övriga stora företagen (den 11 mars och den 10 maj 2004), samt av olika marknadsaktörer (se särskilt frågeformuläret av den 16 april 2004 till detaljhandlarna). Mot bakgrund av granskningen av alla de uppgifter och all den information den fick samt av diskussionerna med Sony och BMG, utfärdade kommissionen den 24 maj 2004 ett meddelande om invändningar, i vilket den preliminära slutsatsen drogs att sammanslagningen var oförenlig med den gemensamma marknaden, framför allt därför att den skulle stärka en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik.

334 Sökanden har anfört att kommissionen, i meddelandet om invändningar, dels konstaterade att det fanns en parallellitet mellan de stora företagens priser, såväl brutto- som nettopriser, dels ansåg att det fanns tillräcklig insyn i marknaden för att de stora företagen skulle kunna skapa en kollektiv dominerande ställning samt övervaka en prissamordning (se särskilt punkt 93 i meddelandet om invändningar). I punkterna 94–115 i meddelandet om invändningar analyserade kommissionen i detta syfte tio faktorer som gör marknaden för inspelad musik särskilt lämpad för samordning och som underlättar övervakningen av denna. Kommissionen har på så sätt nämnt a) produktmogenitet, b) det begränsade antalet listpriser, c) det begränsade antalet relevanta album, d) den veckovisa publiceringen av hitlistor, e) kundkretsens stabilitet, f) de relativt stabila marknadsandelarna, g) de många kontakterna beroende på de stora företagens vertikala integration, h) det stora antalet strukturella samband mellan de stora företagen, som exempelvis samgående (joint ventures) i fråga om samlingsalbum och distribution samt licens- och distributionsavtal, i) det gemensamma deltagandet i branschorganisationer, j) gemensamma förhandlingar om upphovsrätt.

335 Även om det visar sig att den aktuella marknaden, tvärtemot kommissionens bedömning i beslutet, betraktades som mycket öppen, såväl av kommissionen som av Förenade kungarikets konkurrensmyndighet, när det gällde den brittiska marknaden, och i vart fall i tillräckligt hög grad för att möjliggöra den övervakning som krävs för en tyst prissamordning, skulle denna enda omständighet i sig inte kunna bekräfta att kommissionens motsatta ståndpunkt i beslutet innehåller en uppenbart oriktig bedömning. Dels kan de bedömningar som görs av en nationell konkurrensmyndighet inte på något sätt vara bindande för kommissionen i dess analys, dels utgör meddelandet om invändningar, vilket påpekats ovan, endast en förberedande handling med bedömningar av rent preliminär karaktär och kommissionen är skyldig att ta hänsyn till de uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet samt till de argument som framförts av de berörda företagen för att kunna dra tillbaka de invändningar som slutligen visar sig vara dåligt underbyggda. Den ståndpunkten gäller naturligtvis *a fortiori* i fråga om preliminära bedömningar som gjorts flera år tidigare i samband med att en annan företagskoncentration granskats eller med bedömningar som gjorts av en annan konkurrensmyndighet i ett annat sammanhang. Detta innebär emellertid inte att meddelandet om invändningar helt och hållet saknar värde eller relevans. Om inte hela det administrativa undersökningsförfarandet skall berövas sitt värde måste kommissionen emellertid kunna förklara, visserligen inte i beslutet men åtminstone inom ramen för förfarandet vid förstainstansrätten, varför den anser att dess

preliminära bedömningar var felaktiga, men framför allt måste bedömningarna i beslutet överensstämma med bedömningarna av de faktiska konstaterandena i meddelandet om invändningar, i den mån det inte fastslagits att dessa var oriktiga.

336 Sökanden har vidare hävdad att alla de bevis som kommissionen samlat in, och som återfinns såväl i meddelandet om invändningar som i beslutet, tyder på att det finns insyn i de priser som tillämpas av de stora företagen och att det sannolikt finns tillräcklig insyn för att möjliggöra en tyst samordning. Kommissionen har inte lagt fram några bevis på att det saknades insyn i marknaden utan har endast med ledning av de påstådda rabattvariationerna dragit slutsatsen att dessa skulle kunna minska insynen. Sökanden har gjort ett antal invändningar angående synpunkterna på rabatterna och menar att kommissionen fäst överdrivet avseende vid rabatterna, främst kampanjrabatterna, utan att ens ha undersökt om dessa är relevanta.

337 Förstainstansrätten skall i tur och ordning undersöka invändningarna och argumenten angående de insynsfaktorer i marknaden som tagits upp i beslutet och sedan de invändningar och argument, vars syfte är att bestrida att det finns faktorer som påstås hindra insynen genom att samtidigt jämföra dem med bevisning som lagts fram av svaranden och intervenienterna, fastän flera faktorer och argument hör samman med varandra och bedömningen av insynen på marknaden måste grunda sig på en helhetsanalys av samtliga relevanta faktorer.

Insynsfaktorer som tagits upp i beslutet

338 Förstainstansrätten erinrar för det första om att de stora företagens bruttopriser till kunderna (detaljhandlare, stormarknader, och så vidare) är offentliga, eftersom de förekommer i deras kataloger. Detta faktum utgör onekligen en mycket viktig källa

till insyn i priserna. Visserligen nämns i skäl 76 i beslutet endast att "listpriserna är ganska öppna, eftersom de förekommer i de stora företagens kataloger" och att "det förefaller således vara möjligt att kontrollera de övriga företagens listpriser". Denna vaga formulering kan emellertid inte tillmäta konstaterandet att det finns insyn i bruttopriserna någon större betydelse, eftersom kommissionen inte har åberopat någon omständighet, vare sig i beslutet eller i förfarandet vid förstainstansrätten, för att förklara att bruttopriserna endast var "ganska öppna". I meddelandet om invändningar (punkt 81) noterade kommissionen för övrigt följande i detta avseende:

"Kommissionen anser att det är extremt lätt för de stora företagen att övervaka listpriserna för nya förväntade hitalbum som släpps på marknaden, eftersom dessa priser är tillgängliga för allmänheten genom de stora företagens kataloger."

339 För det andra understryker förstainstansrätten att det i beslutet anges att även om parterna i koncentrationen har bekräftat att de använt fler än 100 listpriser har kommissionen konstaterat att de tre vanligaste listpriserna hos varje stort företag, beroende på land, har stått för mellan drygt 55 och drygt 80 procent av de 100 bäst sålda albumen. Denna koncentration av den huvudsakliga försäljningen av album kring ett mycket begränsat antal referenspriser, som bekräftats genom de stora företagens svar, leder till att prissamordningen underlättas, vilket kommissionen för övrigt påpekat i punkt 96 i meddelandet om invändningar: "Detta prissystem underlättar samordningen, eftersom det tillhandahåller lättolkad information om de stora företagens prissättningsnivå för merparten av sin försäljning."

340 I sitt svaromål har kommissionen visserligen åberopat att fastställelsen av grossistpriser är komplicerad på grund av att enskilda album är olika framgångsrika, vilket inverkar på den initiala fastställelsen av listpriser när albumet släpps och på dess vidare utveckling, så att det blir svårt att avgöra om listpriset för ett album har ändrats för att stödja ett album på tillbakagång eller i samband med en "avvikande" strategi. Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att det inte finns något stöd för detta resonemang i beslutet och att det till och med står i strid med slutsatserna i detta. Såsom nämnts ovan konstaterade kommissionen i skäl 76 i beslutet (och i motsvarande skäl för de övriga länderna) att, även om de stora företagen har

bekräftat att de använder fler än 100 listpriser, använder de endast två eller tre av dessa priser för huvuddelen av sin försäljning. Vidare har det i skäl 110 i beslutet anförts att "trots det heterogena innehållet tycks formerna för prissättning och marknadsföring av albumen på grossistmarknaderna vara ganska standardiserade". Det skall vidare noteras att de stora företagen, tvärtemot vad kommissionen hävdar, lätt kan avgöra om ändringen av listpriset för ett album ingår i den överenskomna prispolitiken, eftersom man hela tiden känner till hur framgångsrikt ett album är tack vare hitlistorna.

341 För det tredje anges i skäl 111 i beslutet följande:

"[...] Även om försäljningen av album sker till ett begränsat antal referenspriser, kan mångfalden av album med olika listpriser försvåra kontrollen av huruvida det finns ett samförstånd. De stora företagen behöver emellertid endast kontrollera referenspriserna för ett begränsat antal album bland de bäst sålda albumen för att kunna följa merparten av försäljningen. Det framgår av de uppgifter som parterna i koncentrationen lämnat att de 20 bäst sålda titlarna varje år står för minst hälften av BMG:s årliga försäljning i alla länder utom i Tyskland" (se även punkt 85 i meddelandet om invändningar).

342 I sitt svaromål har kommissionen emellertid gjort gällande att, eftersom det inte med absolut säkerhet går att förutsäga hur framgångsrikt ett visst album kommer att bli innan det släppts (och inte heller hur länge det kommer att ha framgång efter det att det släppts) krävs det, för att en samordning skall lyckas, en stadigvarande uppföljning av listpriserna för ett mycket större antal album än det antal album som i efterhand bedömts som att de bidragit mest till varje stort företags omsättning.

343 Förstainstansrätten konstaterar att det inte finns något stöd för ett sådant resonemang i beslutet, enligt vilket de stora företagen endast behöver övervaka

referenspriserna för ett begränsat antal album bland de bäst sålda för att kunna följa merparten av försäljningen. Uppföljningen underlättas för närvarande i hög grad av de hitlistor som oavbrutet ger en mycket exakt upplysning om hur framgångsrika olika album är.

344 Vidare anges i beslutet även, vilket sökanden med rätta påpekat, att ”kommissionen fann vissa indikationer på att listpriserna kunde ha använts som bas för att samordna priserna”. Kommissionens påstående att det konstaterandet inte är slutligt kan självklart inte godtas, eftersom beslutet per definition utgör det sista steget i granskningsförfarandet avseende koncentrationen och kommissionen inte hänvisar till någon annan omständighet i beslutet som skulle kunna kullkasta eller mildra detta konstaterande. I bästa fall åberopar kommissionen det faktum att parterna i koncentrationen har lämnat in bevis på att kombinationerna av listpriser som motsvarade deras 20 respektive bäst sålda album ofta ändrades radikalt från ett kvartal till ett annat och att den oförutsägbara framgången skulle tvinga vart och ett av de stora företagen att övervaka listpriserna för mer än 80 av de album (eller 60 album efter sammanslagningen) som produceras av deras konkurrenter. Men just detta konstaterande har inte tagits upp i beslutet och motsägs dessutom av de konstateranden som gjorts i detta.

345 Förstainstansrätten konstaterar även att uppgifterna från Sonys och BMG:s ekonomer är diffusa och inte verkar trovärdiga, förutom att det är omöjligt att förstå hur man kan dra en sådan slutsats av dessa på det sätt som kommissionen gjort. Det är således minst sagt förvånande att listpriserna har kunnat öka från ett kvartal till ett annat med de angivna proportionerna [*konfidentiellt*].

346 Antalet album som enligt kommissionen borde övervakas förefaller trots allt inte vara så stort att uppgiften blir övermäktig och inte heller särskilt betungande eller kostsam, inte minst därför att hitlistorna varje vecka avsevärt underlättar uppföljningen, något som kommissionen också har medgett.

- 347 Av ovanstående framgår att det finns tre faktorer i beslutet – bruttoprisernas offentliga karaktär (listpriset), det begränsade antalet referenspriser och det begränsade antalet album som skall övervakas – som är sådana att de kan ge upphov till en hög grad av insyn i priserna.
- 348 Det anges dessutom i skäl 112 i beslutet att ”det finns andra anordningar på marknaden som ökar insynen och som kan underlätta kontrollen av att överenskommelsen följs”.
- 349 För det första anges i beslutet i skäl 112 att ”publiceringen av [hitlistor] varje vecka som ger information om försäljningen på titelnivå gör det enkelt att spåra vilka titlar som blir ’hits’ och som står för den största delen av försäljningen”. Hitlistorna utgör på så sätt en viktig källa för insyn, i den mån det av dessa när som helst går att utläsa vilka album som sålt bäst och samtidigt kontrollera om albumen sålts till ett pris som står i proportion till hur framgångsrika de är, eftersom listpriserna är offentliga. I beslutet klargörs dessutom att ”den veckovisa publiceringen av försäljningen per titel [avsevärt underlättar] de stora företagens övervakning”.
- 350 För det andra ”karakteriseras [marknaden] av stabila och varaktiga förbindelser mellan detaljhandlarna och de stora företagen”, eftersom varje detaljhandlare måste erbjuda produkter från alla de stora företagen (skäl 112 i beslutet).
- 351 För det tredje finns det enligt beslutet endast ett begränsat antal aktörer på marknaden, eftersom en stor del av försäljningen går till ett begränsat antal kunder. Såsom framgår av skäl 112 *in fine* ”gynnar [denna situation] samarbetsstrategier som tjänar de stora företagens intressen, eftersom den underlättar övervakningen och informationsflödet”.

352 För det fjärde har kommissionen konstaterat att det fanns en övervakning av detaljhandelsmarknaden. Enligt skäl 113 ”har undersökningen visat att Sony och BMG [hade] inrättat ett system med veckorapporter som innehöll information om konkurrenterna”.

353 I sitt svaromål har kommissionen visserligen gjort gällande att rapporterna från parterna i koncentrationen inte innehöll någon information om rabatterna och att den inte har kunnat bevisa att dessa rapporter säkerställde en tillräckligt hög grad av insyn i konkurrenternas kampanjrabatter.

354 Det skall i det hänseendet först påpekas att oavsett hur pass riktiga uppgifterna om försäljningspriserna var, brutto, netto eller i detalj, eller om de rabatter som förekom i dessa rapporter, utgör de ytterligare en faktor för insyn i marknaden, vilket för övrigt framgår av beslutet. Det framgår vidare av de veckorapporter som kommissionen lämnat in att dessa innehåller information om konkurrenternas albumlager och om hur dessa utvecklats.

355 Det skall vidare noteras att det endast rör sig om några exemplar av de veckorapporter som parterna i koncentrationen själva lämnat in.

356 [konfidentiellt]

357 [konfidentiellt]

358 [konfidentiellt]

359 [konfidentiellt]

360 [konfidentiellt]

361 För det femte anges i skäl 113 i beslutet, att de stora företagens försäljningspersonal har regelbundna och ständiga kontakter med detaljhandlarna och grossisterna, eftersom förhandlingarna om kampanjstöd och kampanjrabatter ofta sker veckovis. Även om kontakterna med detaljhandlarna inte är onormala på något vis ges försäljningspersonalen genom de täta kontakterna möjlighet till fler detaljerade upplysningar om konkurrenterna och om deras villkor samt till att nästan i realtid följa framgångarna för konkurrenternas olika album. Det är desto mer så i förevarande fall, vilket anges i skäl 112 i beslutet, eftersom marknaden är sådan att varje detaljhandlare måste erbjuda produkter från alla de stora företagen, så varje stort företag står i ständig förbindelse med sin konkurrents alla kunder och kan på så sätt få detaljerade upplysningar om dennes villkor. Det har också konstaterats att huvuddelen av försäljningen sker till ett begränsat antal kunder. Dessa omständigheter är sådana att de kan skapa en större insyn i marknaden. Kommissionen kom för övrigt i skäl 112 i beslutet fram till att denna situation ”gynnar samarbetsstrategier som ligger i de stora skivbolagens intresse, eftersom den underlättar övervakningen och informationsflödet”.

362 Det framgår av dessa fem ytterligare faktorer att den redan stora insynen, som var ett resultat av de tre första av de ovannämnda faktorerna (särskilt publiceringen av försäljningspriser), ökat ännu mer. Det skall i det avseendet påpekas att kommissionen, i punkt 116 i meddelandet om invändningar, för övrigt hade kommit fram till att ”marknadsstrukturen [var] sådan att information cirkulerade lätt och att de stora företagens övervakning av varandras huvudsakliga strategier skedde rutinmässigt”.

363 Förstainstansrätten skall nu pröva om de faktorer som åberopats av kommissionen som orsak till att det saknades insyn i marknaden är så viktiga att de kan avfärda slutsatsen att det finns tillräcklig insyn i marknaden för att kunna övervaka att den fastslagna prispolitiken följs.

Faktorer som hindrar insyn i marknaden

364 Trots de många källorna till insyn i marknaden, vilka nämnts ovan, fann kommissionen, såsom framgår av skäl 157 i beslutet, att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning på grund av de brister som konstaterats i den faktiska insynen.

365 Det framgår av ad hoc-avsnittet om undersökningen av insynen i marknaden, att den bedömningen grundar sig på påståendet i skäl 111 i beslutet, enligt vilket "en viss övervakning på enskild albumnivå också behövs, särskilt vad beträffar kampanjrabatterna". I det skälet anges också att "marknadsundersökningen visar att det behovet skulle kunna minska insynen på marknaden och försvåra tyst samverkan" och att "kommissionen [inte har] funnit tillräckliga bevis för att belägga att dessa problem [hade] övervunnits tidigare". Det har i det avseendet anförts i skäl 113 i beslutet att kommissionen inte hade "funnit tillräckliga bevis på att de stora skivbolagen, genom att övervaka detaljpriserna eller genom att utnyttja kontakterna med detaljhandlarna, tidigare [hade] kunnat kompensera bristande insyn i rabatterna, särskilt kampanjrabatterna". Av detta följer att det är på grund av rabatterna, eller i varje fall av kampanjrabatterna, som kommissionen ansåg att det inte fanns tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

366 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att kommissionen i beslutet inte kom fram till att det var på grund av rabatterna som det saknades insyn i marknaden och inte heller att rabatterna påverkade insynen eller den grad av insyn som var nödvändig för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning, utan på sin höjd att dessa skulle kunna "försvåra tyst samverkan". Mot bakgrund av dessa omständigheter och med hänsyn till att listpriserna var offentliga, och således öppna samt alla övriga faktorer som enligt beslutets lydelse ökar insynen i marknaden och underlättar kontrollen av att överenskommelsen följs, går det inte att genom iakttagelserna och skälen under ad hoc-avsnittet om insynen i marknaden motivera bedömningen att det inte finns tillräcklig insyn i marknaden, såsom fastställts i samband med den invändning som avser motiveringen.

367 I avsnittet om undersökningen av den gemensamma prispolitiken konstaterade kommissionen emellertid, i identiska ordalag för de fem stora länderna, att det fanns variationer i rabatterna, huvudsakligen beroende på kampanjrabatterna, och uppgav att den inte kunde belägga att det fanns tillräckligt stor insyn i kampanjrabatterna (skälen 79 och 80 i beslutet för Förenade kungariket respektive skälen 86 och 87, 93 och 94, 100 och 101 samt 107 och 108 för de övriga länderna).

368 Kommissionens bedömning bygger på den uppfattning som lades fram explicit i dess svaromål och implicit i beslutet, enligt vilken en tyst prissamordning är utan verkan om den inte avser nettoförsäljningspriset, det vill säga bruttopriset – i detta fall listpriserna minus rabatterna. Det skulle således inte tjäna någonting till att ha en gemensam strategi för listpriserna, och kunna övervaka att den följs, om hemliga och otydliga rabatter förstör effekterna av denna listprissamordning.

369 Det framgår av beslutet (skäl 73) att de stora företagen lämnar rabatter av flera olika slag: fakturarabatter (fasta rabatter eller kampanjrabatter), retroaktiva rabatter och betalningar i samband med avtal om handelssamarbete. Det är utrett att kommissionen ansåg att endast fakturarabatterna var relevanta för att bedöma

insynen. Undersökningen visade enligt skäl 73 (och även enligt skäl 151) dels att kostnaderna i samband med avtal om handelssamarbete snarare utgjordes av ett slags ersättning för marknadsföringsinsatser än en faktisk rabatt, dels att de retroaktiva rabatterna enligt skälen 78, 92, 99 och 106 i beslutet var obefintliga eller små, och, såsom anges i skäl 151 i beslutet, eftersom ”syftet med dem är att vara ett slags ’trohetsrabatter’, har de inte någon direkt inverkan på priskonkurrensen”. Samtliga skäl i beslutet angående insynen i rabatterna (skälen 111 och 113 under ad hoc-avsnittet om insyn och skälen 79 och 80 i avsnittet om Förenade kungarikets gemensamma prispolitik samt motsvarande skäl för de övriga stora staterna) innehåller för övrigt iakttagelser endast angående insynen i fakturarabatterna (de fasta rabatterna och kampanjrabatterna). Kommissionen har även i sina inlagor till förstainstansrätten åberopat bristande insyn endast i fakturarabatterna.

370 Det skall först och främst konstateras att skälen 111 och 113 inte innehåller några särskilda konstateranden utan i praktiken endast hänvisar till synpunkterna under avsnittet om undersökningen av den gemensamma prispolitiken (det vill säga skälen 79 och 80 för Förenade kungariket och motsvarande skäl för de övriga länderna, som har formulerats i exakt likadana ordalag).

371 Det skall ändå understrykas att hänvisningen, åtminstone uttryckligen, endast avser kampanjrabatterna och inte de fasta rabatterna. I skäl 111 hänvisas till behovet av en övervakning på albumnivå ”särskilt vad gäller kampanjrabatterna”, medan ”bristande insyn i rabatterna, särskilt i kampanjrabatterna, som tagits upp med anledning av de fem stora medlemsstaterna”, omnämns i skäl 113 *in fine*. Det framgår sålunda av synpunkterna i ad hoc-avsnittet om insyn att bristande insyn endast beror på kampanjrabatterna. Den bedömningen bekräftas för övrigt i skälen 79 och 80. Det konstaterades således i skäl 79 i beslutet att variationerna i rabatterna ”huvudsakligen berodde på att kampanjrabatter tillämpas på ett mer flexibelt sätt än fasta rabatter som vanligtvis fastställs på årsbasis”. I skäl 80 i beslutet angavs också att de

stora företagen ”i viss mån kände till sina konkurrenters fasta rabatter, med hänsyn till deras ständiga interaktion med samma kundkrets” och att ”insynen i kampanjrabatterna är sämre än i de fasta rabatterna”. Det har för övrigt inte påståtts, och än mindre bevisats, någonstans i beslutet att det saknas insyn i de fasta rabatterna eller att insynen är otillräcklig.

372 I sina inlagor till förstainstansrätten har kommissionen också medgett att insynen i de fasta rabatterna är ganska stor, främst därför att de fastställs på årsbasis och tillämpas på kundens hela försäljning (eventuellt till olika nivåer för popmusik, klassisk musik eller album som är föremål för en reklamkampanj på TV), och har, för övrigt, framfört några argument endast för att visa att det saknades insyn i kampanjrabatterna. I sitt svaromål har kommissionen även förklarat att den fäst sådant avseende vid kampanjrabatterna på grund av att samtliga beståndsdelar i nettopriset behövde kontrolleras, eftersom de ganska öppna listpriserna och en viss kännedom om fasta rabatter inte räckte om det var de betydande otydliga kampanjrabatterna som var orsaken till variationerna i nettopriserna. Kommissionen har också i sina inlagor pekat på att den inte hade kunnat dra slutsatsen att de stora företagen sannolikt kände till ett annat stort företags verkliga nettoprissättning ”om det hade funnits bevis på att listpriserna var relativt öppna, bevis på en viss insyn i de fasta rabatterna och starka bevis på att kampanjrabatterna var otydliga och komplicerade”. I sina slutliga kommentarer uppgav kommissionen till och med uttryckligen att den i beslutet dragit slutsatsen att det fanns ”en hög grad av insyn både i listpriserna och i de fasta rabatterna”.

373 Det framgår således både av själva beslutet och av kommissionens argumentation i förstainstansrätten att den enda faktorn det hänvisats till som grumlar insynen på marknaden var att kampanjrabatterna var mindre genomsynliga.

374 Förstainstansrätten konstaterar först och främst att det endast var skäl 80 i beslutet (och de motsvarande skälen 87, 94, 101 och 108 för de övriga fyra staterna, vilka

hade formulerats på samma sätt) som uttryckligen gällde insynen i rabatterna. I detta framgår följande:

”Vad beträffar insynen i rabatterna har det av de flesta kunders svar [...] på kommissionens enkät om marknaden framgått att de stora skivbolagen i viss mån kände till de fasta rabatter som deras konkurrenter lämnade, eftersom de hade en fortlöpande samverkan med samma kundkrets. Det står emellertid klart att insynen är sämre i kampanjrabatterna än i de fasta rabatterna och att övervakningen av dessa kräver en noggrann iakttagelse av denna typ av rabatter på detaljmarknaden.”

³⁷⁵ Förstainstansrätten noterar i det avseendet att det av svaren från de flesta av de större länderna i fotnoterna på sidan till skälen 80, 87, 94, 101 och 108 i beslutet framgår att insynen är större än vad som angetts i beslutet. Av fotnoten på sidan 55 framgår det att de ”fem italienska detaljhandlare som besvarat frågan har uppgett att de stora skivbolagen kände till konkurrenternas listpriser och vilka rabatter som lämnades”, andelen var tre av fyra bland de franska detaljhandlarna, den fjärde uppgav att han inte kunde uttala sig (se fotnot på sidan 49). Med undantag för en enda brittisk kund anges i fotnoten att inte en enda återförsäljare i de övriga länderna har svarat att de stora företagen inte kände till rabatterna. Samma sak gäller för Tyskland, där ingen, förutom en av åtta, detaljhandlare, enligt de förklarande fotnoterna, uppgav att de stora företagen endast delvis kände till de rabatter som deras konkurrenter lämnade.

³⁷⁶ Det skall vidare understrykas att det inte i någon av de förklarande anmärkningarna anges att detaljhandlarna har svarat att de stora företagen endast kände till de fasta rabatterna och inte kampanjrabatterna, eftersom svaren endast avser rabatter utan att göra någon åtskillnad mellan dessa.

377 Förstainstansrätten konstaterar därför att bevisningen, på det sätt som den tagits upp i beslutet, inte styrker de slutsatser som dragits av den.

378 Det framgår vidare att de slutsatser i beslutet som dragits av bevisningen också skiljer sig markant från konstaterandena i meddelandet om invändningar.

379 I meddelandet om invändningar uppgavs i punkt 81 att "kommissionen anser att det finns tillräckliga bevis för att de stora företagen känner till varandras handelsvillkor". Av detta framgår också att det inte så mycket handlar om en ändringsbar bedömning från kommissionens sida utan snarare om ett faktiskt konstaterande som ett resultat av dess undersökning. I punkt 92 i meddelandet om invändningar anges att "Informationen från detaljhandlarna tyder inte bara på att de stora företagen känner till varandras listpriser utan att de också känner till varandras rabatter och handelsvillkor. Vissa av de största detaljhandlarna i Frankrike, Förenade kungariket och Tyskland har informerat kommissionen om att de trodde att de stora företagen var väl medvetna om varandras handelsvillkor." I den förklarande anmärkningen nr 54 i meddelandet om invändningar anges att detaljhandlarna har förklarat att "De stora företagen är väl förtroagna med variationsbredden i de rabatter som deras konkurrenter lämnar. Det är allmänt känt att skivbolagens försäljningsavdelningar vet vilka de stora företagens rabatter är i deras handelstransaktioner. En kund uppgav att de stora företagen kände till varandras rabatter sånär som på 0,5–1 procent." Kommissionen fortsätter i punkt 92 i meddelandet om invändningar i följande ordalag: "Många återförsäljare anser också att det är vanligt att man använder de villkor man fått från ett av de stora företagen för att förhandla sig till en position hos de övriga stora företagen" och citerar, i den förklarande anmärkningen nr 55, följande svar från en detaljhandlare: "Vid affärsförhandlingar hänvisas det till de villkor och rabatter som tillämpas av de övriga stora företagen. Det begränsade antalet leverantörer gör det ganska lätt för de stora företagen att få en komplett bild av de villkor dessa ställer och att anpassa sig efter dessa." Slutligen, även om det handlar mer om en bedömning än ett konstaterande, uppgav kommissionen, i punkt 129 i meddelandet om invändningar, följande: "Marknadsundersökningen har

bekräftat att de stora företagens försäljningspersonal har en regelbunden och fortlöpande kontakt med detaljhandlarna och grossisterna [...] Eftersom olika placeringar på topplistorna för övrigt publiceras kan de stora företagen lätt övervaka om de övriga av de stora företagen lämnar ytterligare rabatter på sina bästsäljande album.”

380 Läsningen av kommissionens svaromål väcker dessutom ytterligare frågor. I fotnoten till skäl 51, på sidan 45, i kommissionens svaromål har kommissionen uppgett att ”De anmälade parterna har gjort gällande att vissa av de jakande svaren endast gällde listpriserna eller att de inte gjorde någon åtskillnad mellan listpriserna och rabatterna. I endast fem av totalt 36 tillgängliga svar från samtliga länder har det uttryckligen angetts att det fanns en viss insyn i rabatterna; motsatt ståndpunkt intogs uttryckligen i elva svar.” Medan den första meningen visserligen anger att det endast är ett argument som framförts av parterna i koncentrationen presenteras den andra meningen däremot som ett faktiskt konstaterande av kommissionen. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att detta påstående står i bjärt kontrast till framställningen av detaljhandlarnas svar, vilka återfinns i beslutet, där det av fotnoterna på sidorna 49, 52, 55 och 57 framkommer, såsom angetts ovan, att de flesta av detaljhandlarna har svarat att de stora företagen kände till sina konkurrenters rabatter, utan att närmare ange om kunskapen endast var partiell eller ungefärlig, och ingen (förutom en brittisk detaljhandlare) uppgav att det inte fanns insyn i dessa. Kommissionens argument kan därför inte godtas. Dessutom hänför sig kommissionens svaromål endast till svaren från 36 detaljhandlare, trots att det finns minst 42, vilket parterna i koncentrationen för övrigt har kommenterat i sin skrivelse av den 17 juni 2004 angående öppenheten.

381 Det framgår vidare av kommissionens svar på förstainstansrättens skriftliga frågor att de slutsatser den dragit av undersökningen hos detaljhandlarna delvis kan förklaras av den omständigheten att den argumentationslinje parterna i koncentrationen utvecklat i sitt svar på meddelandet om invändningar och i en skrivelse angående prisernas öppenhet, som inkom den 17 juni 2004 efter utfrågningen inför

kommissionen, enligt vilket de jakande svaren från detaljhandlarna skulle avlägsnas från handlingarna, eftersom det inte framgick om de avsåg listpriserna och/eller rabatterna.

- 382 Innan förstainstansrätten prövar om förklaringen är berättigad måste den först uttrycka sin förvåning över att den lämnats in så sent. Eftersom graden av insyn i förevarande fall utgör själva huvudfrågan är det svårt att förstå hur denna förklaring som hänför sig till de huvudsakliga bevisen varken förekommer i beslutet eller, särskilt inte, i svarsinlagan, och inte heller i inlagan med kompletterande synpunkter, utan att den lämnats in först dagen före förhandlingen som svar på en särskild fråga från förstainstansrätten.
- 383 När det gäller frågan om huruvida argumentet är berättigat erinrar förstainstansrätten om att det i kommissionens frågeformulär till detaljhandlarna ställdes följande fråga: "Känner skivbolagen till, enligt er försäljningsavdelnings erfarenheter, sina konkurrenters listpriser och deras rabatter?" Såsom sökanden med rätta gjort gällande finns det inget giltigt skäl till att man inte skall ta hänsyn till de jakande svaren (som dessutom till viss del uttryckts i mycket kategoriska ordalag, som exempelvis "naturligtvis", "absolut" eller "säkerligen") från de detaljhandlare som inte har angett närmare om de hänvisade till priser och/eller rabatter. Ett svar på frågan, på det sätt som den var utformad, oavsett om det är jakande eller nekande, måste faktiskt rent logiskt uppfattas som om det gäller båda de aktuella punkterna, om det inte innehåller någon begränsning eller något förtydligande. Om kommissionen har ansett att det ändå förelåg tvivel angående svarens exakta innebörd skulle den, särskilt med tanke på denna punkts betydelse för beslutet, ha kontrollerat detta hos de aktuella detaljhandlarna, vilket för övrigt kunde ha gjorts ganska snabbt.
- 384 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall att de anmälande parternas påstående, som godtagits av kommissionen, enligt vilket det "av endast fem av totalt 36 svar uttryckligen framgick att det fanns en viss insyn medan motsatt ståndpunkt uttryckligen intogs i elva svar" är uppenbart felaktigt.

385 När det gäller de elva svar som uttryckligen påstås ha angett att det saknas insyn i rabatterna, konstaterar förstainstansrätten inledningsvis, att det framgår av Sonys och BMG:s skrivelse av den 17 juni 2004 (bilaga C.9 i interventionsinlagan), att det påstådda antalet nekande svar är tio och inte elva (se s. 213) och att det i skrivelsen i själva verket inte nämns fler än sju, varav endast fyra gäller de stora länder som utgör föremål för den huvudsakliga undersökningen i beslutet. Det framgår dessutom att nästan inget av dessa fyra svar kan läsas som om de innehåller ett klart nekande svar. Det är uppenbart att svaret [*konfidentiellt*] ”enligt vår uppfattning känner de till konkurrenternas listpriser” inte kan förstås som om det uttryckligen anger att de stora företagen inte känner till konkurrenternas rabatter. I det andra svaret angående den tyska marknaden uppges ”inte i detalj men de känner till konkurrenternas lägsta pris”, vilket inte heller utgör något klart nekande svar. Svaret på sidan 61 [*konfidentiellt*] angående marknaden i Förenade kungariket är det enda klart nekande svaret ”listpriser – Ja. Rabatter – Nej”, men det klagas emellertid direkt att ”även om ett album utgör föremål för en allmän rabatt hos detaljhandlarna, kommer sänkningen av det genomsnittliga detaljpriset som detta resulterar i att bli tydlig för hela marknaden”. Slutligen förekommer det andra svaret som påstås vara negativt [*konfidentiellt*], vilket omnämns i skrivelsen av den 17 juni 2004 (”vi vet inte om skivbolagen känner till konkurrenternas listpriser och deras rabatter”), inte i handlingarna i målet. I de fyra övriga svaren angående marknaden i Förenade kungariket (både enligt beslutet och enligt de handlingar som kommissionen översänt till förstainstansrätten svarade fem brittiska detaljhandlare) uppges för respektive svar ”listpriser – Ja. Rabatter – Inom en variationsbredd på 0,5–1 procent” (s. 56), ”naturligtvis” (s. 58), ”ja” (s. 63), ”skivbolagen känner väl till sina konkurrenters listpriser [...] tror också att de är mycket väl förtrogna med variationsbredden i de rabatter som deras konkurrenter lämnar” (s. 65) (denne detaljhandlare uppger även i svaret på nästföljande fråga att ”i affärsförhandlingarna hänvisas det till andra företags villkor och rabatter” och att ”det begränsade antalet leverantörer gör det ganska lätt för de stora företagen att få en komplett bild av de villkor dessa ställer och att anpassa sig efter dessa”). Förstainstansrätten konstaterar att det i samtliga svar från de brittiska kunderna, som är långt ifrån klart nekande, tvärtom tydligt framkommit att insynen är ganska stor både i listpriserna och i rabatterna.

386 Det framgår dessutom av svaren från detaljhandlarna, som lämnades in av kommissionen dagen före förhandlingen, att dessa inte stödjer de slutsatser som kommissionen har dragit av dem. Av flera svar har det däremot framkommit att det finns insyn i rabatterna eller att de stora företagen kände till dessa.

387 Av ovanstående framgår att kommissionens bedömning av detaljhandlarnas svar innehåller ett uppenbart fel.

388 När det vidare gäller distinktionen i beslutet mellan insynen i de fasta rabatterna och i kampanjrabatterna framgår det av svaromålet att det är på grundval av Sonys och BMG:s analys av detaljhandlarnas svar, uttalandena från Sonys och BMG:s nationella chefer (bilaga B.2) och handelsrepresentanternas uppföljningsrapporter som kommissionen kom fram till att även om insynen kunde gälla listpriserna och i viss mån de fasta rabatterna, utsträckte den sig förmodligen inte till att gälla kampanjrabatterna, vilka det förhandlas om från fall till fall.

389 Ingen av dessa tre källor kan dock stödja den slutsats som dragits av kommissionen. För det första innehåller kommissionens bedömning av detaljhandlarnas svar, såsom angetts ovan, uppenbara fel, enligt den bedömning som parterna i koncentrationen gjorde. Vidare görs i inget av detaljhandlarnas svar, vare sig i de jakande eller nekande, någon distinktion mellan fasta rabatter och kampanjrabatter. För det andra står det klart att uttalanden från företrädare för parterna i koncentrationen inte i sig kan utgöra något giltigt bevis på att det saknades insyn i kampanjrabatterna. För det tredje utgör handelsrepresentanternas veckovisa uppföljningsrapporter som innehåller information om konkurrenterna, såsom angetts i skäl 113 i beslutet, en ytterligare källa till insyn i marknaden. Även om man antar att de inte innehåller några detaljerade upplysningar om rabatterna, särskilt inte om kampanjrabatterna, går det inte under några omständigheter att utifrån dessa fastställa om det saknas insyn i kampanjrabatterna. Såsom dessutom konstaterats ovan [*konfidentiellt*].

390 Av ovanstående framgår att bedömningen av insynen i marknaden i beslutet innehåller ett uppenbart fel i den mån den grundar sig på faktorer som inte är sådana att de kan underbygga de slutsatser som dragits av dem.

391 Förstainstansrätten skall emellertid, i fullständighetens intresse, undersöka argumenten angående kampanjrabatternas variation och komplexitet.

392 I skälen 79, 86, 93, 100 och 107 i beslutet har kommissionen noterat att det förekom en viss variation och även skillnader mellan Sonys och BMG:s fakturarabatter för merparten av deras främsta kunder i de fem stora länderna (2–5 procent i Förenade kungariket, Tyskland och Spanien; 1–3 procent i Italien; situationen är något annorlunda i Frankrike, men i samma storleksordning om man betraktar samtliga rabatter). I beslutet anges följande:

”Dessutom har parterna [i koncentrationen] lämnat uppgifter som visar att fakturarabatterna för en viss kund varierat över tiden och mellan olika album och att de rabatter som lämnats för ett visst album varierat mellan olika kunder. Marknadsundersökningen visade att dessa variationer huvudsakligen berodde på att kampanjrabatter tillämpas på ett mer flexibelt sätt än fasta rabatter som vanligtvis fastställs på årsbasis.”

393 I sitt svaromål har kommissionen lagt fram ett flertal tabeller för att visa rabatternas variation och komplexitet. Det framgår av dessa att insynen i kampanjrabatterna är sämre än i de fasta rabatterna och att en uppföljning av dessa kräver mycket noggranna iakttagelser av rabatterna på detaljmarknaden, och kommissionen har inte funnit tillräckliga bevis på att de stora företagen har handlat på det sättet. I sitt svaromål har kommissionen förklarat att den hade undersökt nettoprisets beståndsdelar hos ett enskilt album (listpriset, fast rabatt och eventuell kampanjrabatt) och att det krävs en tillräckligt hög grad av insyn i alla dessa faktorer för att ett stort skivbolag med rimlig säkerhet skall kunna känna till ett annat stort skivbolags verkliga praxis för fastställelse av nettopriser, på det sätt som det kommer till uttryck på kund- och albumnivå och att den inte hade kunnat dra den slutsatsen ”om det hade funnits bevis på att listpriserna var relativt öppna, bevis på en viss insyn i de fasta rabatterna och starka bevis på att kampanjrabatterna var otydliga och komplicerade”.

394 Kommissionens argumentation kräver följande kommentarer.

395 Först och främst är det förvånande att kommissionen har grundat sig på variationer i rabatterna för att fastslå att det saknades insyn. I sina inlagor till förstainstansrätten har kommissionen vid ett flertal tillfällen understrukit att de stabila eller parallella nettopriserna eller rabatterna saknar relevans för bedömningen av insynen i marknaden. Den framhöll särskilt att en betydande stabilitet i ett skivbolags (genomsnittliga) rabatter inte kunde utgöra ett bevis på att det fanns tillräcklig insyn, att kommissionens intresse för insynen i rabatterna inte låg i att kontrollera om de stora företagen hade haft en gemensam strategi, att bevisen på att kampanjrabatter faktiskt hade tillämpats vid ett visst tillfälle endast var relevanta för att bedöma prisernas faktiska anpassning till varandra, att en hög anpassningsgrad, på vilken nivå det än är, i vart fall inte kan betraktas som ett tillräckligt bevis på samordning, att en viss stabilitet över tiden hos ett stort skivbolags rabatter inte var ett bevis i sig och att inte ens en hög grad av statistisk förutsägbarhet kunde visa på att samordning förekom.

396 I sin skrivelse av den 17 juni 2004 angående bevisen på att det fanns insyn, vilken lämnades in efter utfrågningen inför kommissionen, vidhöll parterna i koncentrationen att fråga nr 28 i frågeformuläret Phase II som vände sig till kunderna ("Har ni lagt märke till om listpriserna, rabatterna eller villkoren mellan [de stora företagen] har anpassats till varandra?") inte hade något samband med insynen i priserna ("Denna fråga gäller helt enkelt inte, enligt dess ordalydelse, frågan om insyn i priserna").

397 För det andra erinrar förstainstansrätten om att de enda iakttagelserna i beslutet angående rabatter under ad hoc-avsnittet om undersökningen av insynen i marknaden (skälen 111–113 i beslutet), begränsar sig för kampanjrabatternas del till att hänvisa till konstaterandena i avsnittet om undersökningen av den gemensamma prispolitiken i de fem stora länderna (det vill säga skälen 77–80 för Förenade kungariket och motsvarande skäl för de övriga stora länderna). I skäl 70 i beslutet uppgav kommissionen dock, för att fastställa om de stora företagen hade följt en samordnad prispolitik eller inte, att "de genomsnittliga nettopriserna utgör

ett effektivt verktyg för att fastställa om de stora skivbolagen har ett parallellt beteende i fråga om priser”. Av detta följer att kommissionen, enligt beslutet, ansåg att den för att bedöma insynen kunde stödja sig på genomsnittliga siffror och inte på särskilda variationer, däri inbegripet kampanjrabatterna.

398 Det ser åtminstone inte ut som om kommissionen gjort någon seriös granskning av de särskilda variationerna hos kampanjrabatterna och deras inverkan på insynen i marknaden eller i priserna. Det framgår för övrigt av skäl 72 i beslutet, som tar upp olika faktorer som analyserats av kommissionen, att det endast är de genomsnittliga siffrorna för fakturarabatterna som har granskats (se fotnot på sidan 43 i beslutet). Såväl i meddelandet om invändningar som under hela det administrativa förfarandet har kommissionen ansett att man med ledning av uppgifter om brutto- och nettopriser samt om genomsnittliga rabatter kan avgöra om det föreligger en kollektiv dominerande ställning och således även om det finns tillräcklig insyn i marknaden. Det var inte förrän efter utfrågningen den 14 och den 15 juni 2004 som kommissionen ändrade sin bedömning och intog den ståndpunkt som försvarats av parterna i koncentrationen, det vill säga att den insyn som krävs elimineras genom kampanjrabatternas komplexitet och variation, dock utan att den företog några nya marknadsundersökningar för att kontrollera om dessa nya slutsatser var berättigade.

399 För det tredje kräver argumenten och bevisningen angående kampanjrabatternas påstådda variation, vilka lagts fram av kommissionen i beslutet och i inlagorna till förstainstansrätten, att det dessutom görs flera iakttagelser både vad gäller insynen i dessa rabatter och vilken relevans de har.

— Bristande insyn i kampanjrabatterna

400 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att kommissionen varken i beslutet eller i någon av de inlagor som lämnats till förstainstansrätten har definierat exakt

vad kampanjrabatter är, under vilka villkor de beviljas och vilka villkor som ställs för att få dem, hur ofta de förekommer, vilka belopp det gäller eller vilka slags album de är avsedda att tillämpas på. Det tycks emellertid framgå av handlingarna i målet, och särskilt av de få utdrag av konkurrenternas svar som kommissionen lämnat in, att det handlar om särskilda rabatter, till en ganska hög procent, som lämnats för en bestämd volym särskilda album och för en begränsad tidsperiod, i särskilda fall typiska för att bli av med ett stort lager.

401 Enligt skäl 79 i beslutet (och i motsvarande skäl för de övriga stora länderna), "[har] parterna [i koncentrationen] lämnat uppgifter som visar att fakturarabatterna för en viss kund varierar över tiden och mellan olika album samt att de rabatter som lämnades för ett visst album varierade mellan olika kunder". Även om den punkten i beslutet tar upp den vanligaste typen av fakturarabatter, finns det skäl att tro att iakttagelsen i själva verket gäller endast kampanjrabatter. Som framgår av beslutet och av kommissionens inlagor förhandlar man om de fasta rabatterna med varje kund för ett år i taget och de tillämpas på den aktuella kundens hela försäljning. Kommissionen påstår vidare i skäl 79 i beslutet att dessa variationer till största delen beror på kampanjrabatterna. Kommissionen har hävdad att variationerna, som är av tre slag (per kund, per album och över tiden), gör kampanjrabatterna otydliga. Som stöd för det påståendet har kommissionen i en bilaga till sitt svaromål lämnat några tabeller som antas visa dessa olika variationer (nedan kallade de nya bevisen).

402 Förstainstansrätten noterar i detta avseende först och främst, vilket sökanden med rätta också framhållit, att det huvudsakliga syftet med en kampanjrabatt (campaign discount) tycks vara att nå ut till allmänheten. En kampanjrabatt, som har en hög procentsats och som läggs på den fasta rabatten, lämnas logiskt sett inte av skivbolaget till detaljhandlaren annat än på villkoret att denne låter rabatten nå slutkonsumenten (genom en tydlig prissänkning eller en bättre placering i skylten) för att öka försäljningen av det album den avser. Detta gäller i än högre grad då det framgår av punkt 115 i meddelandet om invändningar, att "royaltyn" beräknas utifrån listpriset på ett album och inte på nettopriset, så de stora företagen har allt att vinna på att försöka begränsa rabatterna så mycket som möjligt.

403 Det skall vidare konstateras att de tre enda utdragen från konkurrenternas svar på begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordningen, som kommissionen lämnat in till förstainstansrätten, inte alls bekräftar kommissionens påstående utan tvärtom vittnar om att kampanjrabatterna snarare är allmänna och genomsynliga.

404 Följande svar har lämnats av ett av de stora företagen

”[Kampanjrabatter] kan användas när man släpper en ny skiva, vid lanseringen av en ny artist, för att backa upp en ny affär, för att främja ett särskilt säljprogram eller en kampanj (för det mesta gäller detta en hel skivkategori) eller för att stödja ett särskilt evenemang. Denna form av rabatt kan utgöra en betydande andel av ett listpris [*konfidentiellt*] och är viktig genom att den används för att utveckla ett visst slags försäljning.”

405 Närmare information om de villkor som ställs för att få dessa rabatter, vilka återfinns i det enda av de övriga svaren från de stora företagen som kommissionen lagt fram, tyder också på att rabatterna hänför sig till mycket specifika händelser som lätt kan spåras av konkurrenterna. Det stora företaget i fråga uppger följande:

”[Kampanjrabatter] är rabatter som lämnas inom ramen för särskilda reklamkampanjer. De är knutna till skivsläpp eller till grupper av särskilda skivsläpp. Om en artist till exempel befinner sig på turné för att lansera ett nytt album kan en rabatt lämnas för att öka försäljningsvolymen för det albumet under artistens turné. På samma sätt är det med vissa säsongslager (som exempelvis julmusik) att de kan knytas till en viss kampanj. Kampanjrabatterna avser ibland äldre inspelningar som inte längre når någon större framgång. Typiskt är att [...] försöker sälja en stor rabatterad kvantitet av en viss skiva (eller en skivserie) till en detaljhandlare, som

sedan säljer den vidare i form av ett specialerbjudande. Rabatter på nya skivor lämnas ibland vid förbeställningar för att säkerställa att det finns många av dessa på försäljningsstället. [...] Det verkar som om denna form av rabatt ofta lämnas för nya artister eller för artister på väg att slå igenom, när [...] vill öka försäljningen genom en målinriktad reklamkampanj.”

406 Slutligen framgår det av svaret från den oberoende producenten dels att kampanjrabatterna tar sig ett synligt uttryck genom ett lägre pris till konsumenten och en bättre placering i en skivaffär, dels att kampanjerna ofta lanseras av detaljhandlarna själva, som inbjuder olika producenter att delta i dem (se även uttalandena från Sonys och BMG:s representanter, bilaga B.2), vilket på så sätt gör dem medvetna om att dessa kampanjrabatter finns.

407 Av detta följer att ingen information från tredje part, vare sig i beslutet eller bland de nya bevis som kommissionen inkommit med, styrker att det saknas insyn i kampanjrabatterna.

408 Det framgår emellertid av skäl 79 i beslutet och av kommissionens inlagor till förstainstansrätten att parterna i koncentrationen har lämnat uppgifter som visar att kampanjrabatterna inte är tillräckligt anpassade sinsemellan genom att de varierar över tiden, mellan olika kunder och album. Kommissionen och intervenienterna har i huvudsak hävdats att det inte finns tillräcklig insyn i marknaden på grund av rabatternas variation och komplexitet.

409 Förstainstansrätten erinrar i detta avseende inledningsvis om att kommissionen, i punkterna 88–90 i meddelandet om invändningar, drog slutsatsen, på grundval av en granskning av samtliga stora företags uppgifter att rabatterna varierade men var stabila, att skillnaderna, frånsett några få undantag, var ganska få, att det absolut inte

fanns något bevis för att rabatterna användes för att i grunden ändra prispolitiken, och framför allt inte för att påverka de genomsnittliga nettopriserna på utgivningen av nya hitlåtar (new hit releases), eftersom förhållandet mellan brutto- och nettopriser var ganska stabilt över tiden och mellan olika album.

410 Även om kommissionen, vilket det erinrats om ovan, visserligen har rätt att under det administrativa förfarandet ändra sin bedömning, främst med hänsyn till de berörda parternas iakttagelser, och inte är tvungen att motivera detta i beslutet, måste den däremot kunna motivera de slutsatser som läggs fram i beslutet, åtminstone under förfarandet vid förstainstansrätten, med hänsyn till de iakttagelser av de faktiska omständigheterna som gjorts tidigare, och om så är nödvändigt visa på vilket sätt dessa var felaktiga. I förevarande fall har kommissionen dock, vilket sökanden med rätta påpekat, inte gjort någon ny undersökning av samtliga stora företags rabatter, utan har begränsat sig till att motivera sina slutsatser med hänvisning endast till de uppgifter som parterna i koncentrationen lämnat.

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

412 För det första framgår det klart av beslutet (se särskilt skäl 79 och fotnoten på sidan 43 i beslutet), av andra punkter i kommissionens inlagor (se särskilt passagen i svaromålet där kommissionen uttryckligen anger att ”hänsyn har endast tagits till uppgifterna från Sony och BMG, eftersom de övriga stora skivbolagen uppgav att de bara fakturerade nettopriser”) samt av de nya bevis som kommissionen inkommit med, att slutsatserna i beslutet angående rabattvariationerna endast grundar sig på uppgifter om de rabatter som parterna i koncentrationen lämnat. Det finns för övrigt inget skäl i beslutet som anger att kommissionen har undersökt uppgifter om

rabatter hos de övriga stora företagen, och inte heller, *a fortiori*, att dessa skulle visa på kampanjrabatternas komplexitet och variation.

413 För det andra kan kommissionen självklart inte hävda att den inom ramen för sin undersökning av en företagskoncentration inte kan ta hänsyn till, och i förevarande fall, grunda sina slutsatser på uppgifter från de övriga marknadsaktörerna. En sådan uppfattning skulle i de flesta fall omöjliggöra en undersökning av huruvida en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden. Det skall för övrigt konstateras att de flesta av de icke rabattrelaterade faktorer som undersökts i beslutet (marknadsandelar, brutto- och nettopriser, och så vidare) grundar sig på uppgifter från olika aktörer på marknaden.

414 För det tredje har kommissionen, som i sina slutliga kommentarer som lämnades in efter förhandlingen framhöll vilka skyldigheter som följer av de strikta tidsfrister som styr undersökningsförfarandet för företagskoncentrationer samt att man måste respektera de anmälade parternas rätt till försvar, hävdad att flera av sökandens påståenden om att kommissionen inte på vederbörligt sätt har utrett vissa grundläggande frågor som har samband med de invändningar som gjorts och, även, att den skulle ha utrett andra invändningar, grundar sig på en felaktig uppfattning om förfarandet för kontroll av koncentrationer, genom att utredningen angående de konkurrensproblem som följer av en koncentration ägde rum innan meddelandet om invändningar utfärdades. Även om sökanden inte direkt kan kritisera kommissionen för att inte ha utrett problem som inte tagits upp förrän i förstainstansrätten, varav vissa dessutom uppenbarligen inte kan prövas på grund av att de utvecklats först i svaromålet eller i de synpunkter som lämnats efter utfrågningen, förbigås i denna anmärkning från kommissionen två aspekter. Dels är det klarlagt att kommissionen redan när förfarandet inleddes tog upp problemet med insyn och rabatter och att den frågade ut såväl tredje man som parterna i koncentrationen i detta avseende. Dels leder det begränsade tidsutrymmet också till att parterna i koncentrationen inte kan vänta till sista minuten för att lämna bevis till kommissionen för att vederlägga de anmärkningar som kommissionen framfört, eftersom kommissionen då inte kan företa nödvändiga undersökningar. Under sådana hypotetiska omständigheter måste sådan bevisning vara minst sagt trovärdig, objektiv, relevant och övertygande för att skäligen kunna vederlägga kommissionens anmärkningar.

- 415 Förstainstansrätten konstaterar i detta avseende redan från början att det framgår såväl av ordalydelsen i skäl 79 i beslutet ("parterna [i koncentrationen] har lämnat in uppgifter") som av prövningen av de nya bevisen (som bilagts svaromålet), inte endast att konstaterandena angående kampanjrabatterna enbart är grundade på uppgifter från parterna i koncentrationen utan också att de tabeller som åskådliggör uppgifterna har sammanställts av parterna (eller av deras ekonomer) enligt deras egna metoder och på grundval av faktorer de själva valt ut, utan att kommissionen verkar ha kontrollerat deras riktighet och relevans eller om de är objektiva och representativa. Även om förfarandet för kontroll av koncentrationer, vilket kommissionen har gjort gällande vid förhandlingen, till stor del och med nödvändighet vilar på förtroende, eftersom kommissionen inte är skyldig att själv in i minsta detalj kontrollera om all den inlämnade informationen är trovärdig och riktig, kan kommissionen däremot inte gå så långt som att utan övervakning delegera ansvaret för att sköta vissa delar av utredningen till parterna i koncentrationen, särskilt inte om dessa delar, såsom i förevarande fall, utgör den avgörande faktorn på vilken beslutet grundats och de uppgifter och bedömningar som parterna i koncentrationen lämnat in går stick i stäv mot den information som kommissionen samlat in under sin utredning samt mot de slutsatser den dragit av denna.
- 416 För det fjärde har sökanden, utan att motsägas av kommissionen, och som framgår av punkt 146 i meddelandet om invändningar, påpekat att Sony och BMG hade uppnått mycket olika resultat under de år som kontrollen omfattade. Eftersom styrkan i skivutgivningarna kan inverka på priser och rabatter tenderar variationerna i de tabeller som endast tar upp uppgifterna från dessa bägge parter att öka.
- 417 För det femte kräver prövningen av de nya bevis som kommissionen inkommit med, mot bakgrund av ovanstående överväganden, ytterligare iakttagelser.
- 418 I sitt svaromål har kommissionen bekräftat att den hade utgått ifrån de uppgifter som bilagts dess svaromål när den drog slutsatsen att rabatterna varierade i tre dimensioner (över tiden, per album och per kund).

419 Förstainstansrätten noterar i detta avseende för det första att det bland alla dessa påstådda bevis endast är en av bilagorna (B.4) som kommissionen själv utarbetat, fastän den även i detta fall endast har utgått ifrån de rabatter som Sony och BMG lämnat. Den aktuella bilagan består av diagram som återger de genomsnittliga fakturarabatter som parterna i koncentrationen lämnat under åren 2000 till 2003 till var och en av de tio främsta gemensamma kunderna i de stora länderna, med undantag för Frankrike, eftersom kommissionen fann att uppgifterna för Frankrike var motsägelsefulla. I meddelandet om invändningar (punkt 88) hade kommissionen utgått ifrån dessa diagram för att visa att rabatterna i allmänhet var stabila. Kommissionen har inte bestritt riktigheten av denna bedömning i förstainstansrätten utan uppgav endast att parterna i koncentrationen hade påstått att deras respektive behandling av vissa kunder skilde sig markant och bifogade, såsom bilaga B.5, ett utdrag av deras iakttagelser. Det skall emellertid konstateras att man genom dessa iakttagelser inte kan ifrågasätta det allmänna intrycket av dessa diagram. Vad beträffar den italienska marknaden således, som uppvisar en stabilitet och en fastställd parallellitet, har två kunder enligt parterna i koncentrationen fått betydligt lägre rabatter än andra kunder men vad som är anmärkningsvärt är att Sony och BMG lämnat dessa lägre rabatter till exakt samma kunder, att de ligger på nästan samma nivå för de båda stora företagen och att de har varierat på likartat sätt.

420 När det gäller tabellerna i bilagorna B.8 och B.9 i svaromålet, som enligt kommissionen visar att de fakturarabatter som Sony och BMG lämnat för sina 20 bäst sålda album i var och en av de fem stora medlemsstaterna hade fördelats mycket olika, skall det först och främst noteras att dessa avser den mer allmänna kategorin fakturarabatter och inte enbart kampanjrabatterna samt att skillnaderna i rabattkategorierna över tiden kan bero på skillnader i resultat, vilket sökanden framhållit, och utesluter inte att rabatterna grundar sig på en känd samling regler.

421 Förstainstansrätten konstaterar vidare att även om fördelningen mellan rabattkategorierna mellan åren 1998 och 2003 faktiskt varierar över i tiden och i länderna, varierar den på likartat sätt för de bägge parterna i koncentrationen, såväl över tiden

som för varje land. Detta framgår ännu tydligare av den tabell (bilaga B.9) som jämför fördelningen av de rabatter som lämnats under år 2003 i vart och ett av de fem stora länderna på så sätt att även om fördelningen varierar mellan olika länder utvecklar sig de rabatter som de bägge parterna i koncentrationen lämnat på likartat sätt (se särskilt uppgifterna om länderna A och C). Medan Sonys och BMG:s rabatter i landet A huvudsakligen är koncentrerade kring produktslag [*konfidentiellt*] återfinns de främst i intervallet [*konfidentiellt*] och [*konfidentiellt*] i landet B, i intervallet [*konfidentiellt*] för landet C och i de övre intervallen för länderna D och E. Det framgår således av dessa tabeller i bilagorna inte bara att fördelningen av rabatterna mellan de olika variationsbredderna inom varje land är ganska likartad utan också att variationerna mellan olika länder är mycket likartade.

422 När det särskilt gäller kampanjrabatter har kommissionen huvudsakligen hänvisat till två av sina bilagor (B.13 och E.4.2) till stöd för sin uppfattning om att det saknas insyn i kampanjrabatterna på grund av att de är extremt komplicerade och omfattande. Det står dock helt klart att de tabeller som förekommer där, som endast gäller Sony:s och BMG:s rabatter under ett enda år, och som till alla delar har sammanställts av dem själva, inte kan betraktas som tillräckligt relevanta och tillförlitliga.

423 När det sedan gäller tabellerna i bilaga B.13, i vilka de fakturarabatter jämförs som parterna i koncentrationen lämnat till sina sex främsta kunder för de bäst sålda albumen 2002 "vilka återfinns i prislistorna för listpriser till liknande priser", skall det främst konstateras att kommissionen i sina svar på de skriftliga frågorna från förstainstansrätten har uppgett att det listpris som valts för varje land representerade ett av de respektive parternas viktigaste listpriser i förhållande till den försäljning den lett till, samtidigt som det för exempelvis Tyskland gällde det tredje och det fjärde listpriset för BMG och det viktigaste och sjätte listpriset för Sony. Men eftersom det framgår av beslutet att parterna i koncentrationen genomförde den största delen av sin försäljning genom att använda ett eller två, eller högst tre listpriser uppkommer frågan om i vilken mån de album som tagits i beaktande verkligen utgör deras bäst sålda album. Vidare framgår det av en fotnot nedtill på

sidan som hänvisar till tabellerna att listpriserna för flera album har ändrats under årets lopp, vilket förefaller ha haft en inverkan på de rabatter som lämnats och således ökat skillnaderna i variationerna. Det framgår också av nämnda tabeller att BMG:s uppgifter gäller året 2002 medan Sony:s uppgifter hänför sig till räkenskapsåret 2002/2003.

424 Det förhåller sig i vart fall så att, även om läsningen av tabellerna kompliceras av det faktum att Sonys och BMG:s uppgifter ställs mot varandra växelvis, trots att jämförelserna egentligen måste göras mellan de rabatter som var och en av parterna i koncentrationen lämnat till sina olika kunder och inte mellan de rabatter som lämnats för en av de nämnda parternas album i förhållande till de rabatter som lämnats för den andra partens album, en ingående granskning av tabellerna visar att variationerna slutligen verkar vara ganska begränsade. Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att det framgår av punkt 75 i meddelandet om invändningar och av fotnoten till denna på sidan 47, att kommissionen hade studerat Sonys och BMG:s brutto- och nettopriser var för sig för deras tio bästa album, och i punkt 90 i meddelandet om invändningar kommit fram till att "förhållandet mellan brutto- och nettopriserna var mycket stabilt per album och över tiden för de enskilda skivsläpp som undersökts". Varken kommissionen eller intervenienterna har bekräftat eller *a fortiori* bevisat att detta konstaterande skulle vara oriktigt.

425 När det gäller tabellerna i bilaga E.4.2, vars syfte är att visa de största kampanjrabatterna som Sony och BMG lämnat för sina bäst sålda album, skall det konstateras att dessa innehåller många felaktigheter som innebär att rabatterna höjs. Det skall påpekas att den beräkning som gjorts för varje part i koncentrationen av skillnaden mellan varje kunds lägsta och högsta rabatter (vilken, enligt kommissionen, motsvarar kampanjrabatten) i de flesta fall har gjorts på fel sätt med hänsyn till de rabatter som den andra parten lämnat, trots att den egentligen, vilket kommissionen själv förklarar, bör ske utifrån skillnaden mellan de lägsta och högsta rabatter som en och samma part lämnat till sina olika kunder.

- 426 Det framgår av dessa båda exempel att, förutom att man måste betrakta Sonys och BMG:s olika tabeller med försiktighet, eftersom dessa har utarbetats utifrån parametrar de själva valt, som dessutom inte alltid framstår som helt tydliga, tillkommer möjligheten att de innehåller sakfel, som i detta fall till och med en förenklad undersökning skulle kunna avslöja.
- 427 Det förhåller sig i vart fall så att, även om man utgår ifrån att de olika tabellerna som utarbetats av parterna i koncentrationen och som kommissionen lagt fram faktiskt bekräftar de mer eller mindre betydelsefulla påstådda variationerna, är det ändå tveksamt om variationerna är relevanta, vilket sökanden med rätta påpekat, eftersom de dels endast visar variationsbredden utan analys av de viktade genomsnitten och variationerna i förhållande till genomsnitten, dels inte utesluter att dessa variationer kan, åtminstone för en branschkundig, förklaras ganska enkelt, utifrån ett visst antal allmänna eller särskilda regler för beviljandet av rabatter, angående vilka kommissionen inte har gjort någon sådan utredning som krävs.
- 428 Även om sökanden, enligt kommissionen, visserligen inte har redogjort för vilka dessa olika bestämmelser som reglerar beviljandet av kampanjrabatter skulle vara, eller har angett för många sådana, vilket skulle göra en tillämpning av dessa komplicerad och således föga genomsynlig, är det ändå såsom redan konstaterats, så att kommissionen inte har gjort någon marknadsundersökning i detta avseende eller har lagt fram något bevis för bristande insyn i kampanjrabatterna, utöver tabellerna från parterna i koncentrationen, vilka förutom sina brister i vart fall inte har något annat syfte än att påvisa förekomsten av vissa variationer i dessa rabatter. De bevisar dock inte att en branschkundig inte mer eller mindre enkelt kan förklara dessa variationer. Sökanden skall för övrigt inte kritiseras för att inte själv ha bevisat att det förhöll sig på det sättet, eftersom tabellerna inte preciserar vilka album, kunder eller belopp de avser eller när dessa rabatter lämnats och, eftersom varken sökanden eller förstainstansrätten kan kontrollera om de övriga rabatterna som nämnts har lämnats i enlighet med vad sökanden påstått allmänna branschregler.

429 När det gäller kommissionens argument att de kriterier som kampanjrabatterna allmänt beviljas utifrån är så många att det inte finns insyn i tillämpningen av dem, skall det först och främst konstateras att sökanden har hävdats att det för de olika skivkategorierna (nya skivor, ny artist, fullpriskatalog, medelpriskatalog eller lågpriskatalog) fanns ett begränsat antal allmänna försäljningsstrategier (exempelvis omplacering av en skiva på hitlistan, deltagande i reklamkampanjer och köp av affärsutrymme), som i viss mån kan skilja sig åt beroende på kundtyper (stormarknader, fackhandelskedjor, oberoende butiker). Även om kombinationen av variabler oundvikligen leder till att de hypotetiska situationerna ökar, har kommissionen inte bevisat att uppgiften skulle bli extremt svår för en branschkundig på marknaden. Det skall vidare noteras att den redogörelse angående de få principer som reglerar beviljandet av kampanjrabatter i bilaga B.14, som parterna i koncentrationen själva lämnat, snarare bekräftar att det förekommer sådana allmänna regler som sökanden påstår samt att dessa inte är överdrivet komplicerade. Det skall slutligen konstateras att inte ens ett stort antal uppenbarligen komplicerade regler, som kanske är svåra att lista på ett uttömmande sätt, nödvändigtvis hindrar en branschkundig från att relativt lätt avgöra om dessa följs, a priori eller i sin helhet. Det krävs således mycket arbete för att detaljbeskriva bestämmelserna för korrekt uppträdande eller rätt etikett, men även en person som har en yttlig kännedom om dessa kan ändå lätt avgöra om en annan persons beteende i huvudsak är anpassat till dessa.

430 I vart fall framgår det varken av beslutet eller av de bevis som kommissionen lagt fram, vilket sökanden också har påpekat, att kommissionen har undersökt om det finns allmänt kända regler för beviljandet av kampanjrabatter eller om de stora företagen kan fastställa om de rabatter som de övriga stora företagen lämnat följer dessa regler eller om de avviker från de gemensamma principerna.

431 Sökanden har vidare hävdats att det fanns insyn i nettopriserna för detaljhandlarna, eftersom det i allmänhet finns insyn i detaljhandlarnas marginaler och att dessa är kända med en hög grad av exakthet.

432 I sitt svaromål har kommissionen angående detta hävdade att dess slutsats om att uppföljningen av detaljhandelsförsäljningen var resultatlös också grundade sig på att detaljprissättningen var komplicerad och ogenomtränglig. Kommissionen har gjort gällande att det framgår av den studie som bifogats svaromålet att ett stort företag inte kan sluta sig till vilken praxis dennes konkurrenter har för att fastställa nettopriset (listpris minus fakturarabatter) för ett visst album genom att noggrant följa upp detaljhandelsförsäljningen, på grund av att inte alla detaljhandlare systematiskt räknar upp bruttopriset på samma sätt vid ett visst givet tillfälle, vare sig på alla slags album eller på alla album i den mer begränsade fullpriskategorin. Kommissionen har inte funnit något påvisbart samband mellan detaljhandelspriserna och de fakturarabatter som lämnats för album som har samma listpris.

433 Det räcker med att i detta hänseende konstatera att inget skäl i beslutet har tagit upp denna påstådda omöjlighet att fastställa nettoförsäljningspriset till detaljhandlarna utifrån detaljhandelspriset genom ett baklängesresonemang (reverse engineering). Inte heller finns det i handlingarna i målet något tecken på att kommissionen under det administrativa förfarandets gång har gjort någon undersökning angående sambandet mellan detaljhandelspriserna och grossistpriserna, och den har inte heller samlat in någon information om detaljhandelspriserna. Varken de argument som kommissionen utvecklat eller den studie som bilagts svaromålet kan därför tas i beaktande.

434 Det skall dessutom noteras, vilket sökanden har anfört, att den studie som sammanställts av Sonys och BMG:s ekonomer inte innehåller tillräckligt tillförlitliga, relevanta och jämförbara uppgifter och inte stödjer de slutsatser som kommissionen dragit av dem. Även om det skulle anses vara styrkt att inte alla detaljhandlare systematiskt tillämpar samma uppräkningsmetod av bruttopriset saknar detta relevans. Det är visserligen tänkbart att de olika slagen av detaljhandlare (stormarknader, oberoende företag, fackhandelskedjor, och så vidare) har olika policy vad gäller marginaler, och att det finns skillnader inom varje kategori av aktörer, och även skillnader hos samma aktör beroende på typ av album eller graden av framgång, men det är däremot föga troligt att en detaljhandlare har olika försäljningsstrategier för samma slags album och studien innehåller inte någon uppgift om detta. Eftersom samtliga detaljhandlare är kunder hos de stora företagen kan varje stort företag

observera vilken marginal en viss detaljhandlare har på sina egna album och därigenom räkna ut vilken marginal denne normalt har på de av konkurrentens album som är av samma slag. Det skall slutligen påpekas att detaljhandelspriset, enligt Sonys och BMG:s försäljningschefer i Frankrike (i bilaga B.2), i allmänhet fastställs genom att man påför mervärdesskatt på bruttopriset.

435 Det framgår av ovanstående överväganden att de nya bevis som kommissionen lagt fram inte framstår som tillräckligt tillförlitliga, relevanta och övertygande för att det skall kunna fastslås att det saknas insyn i kampanjrabatterna.

436 Det skall dessutom slutligen, i fullständighetens intresse, noteras att om det saknas insyn i kampanjrabatten på grund av att detaljhandlaren inte för denna rabatt vidare till slutkonsumenten utan behåller den för att öka sin vinst, förutsatt att denne har tillstånd att göra det, har kommissionen inte förklarat på vilket sätt detta skulle vara relevant i förevarande fall. Även om produkterna skulle vara fullständigt homogena kan en hemlig och ogenomtränglig rabatt, som en producent lämnat till en detaljhandlare, ha relevans för att bedöma om insynen är tillräcklig för en tyst samordning, i den mån den rabatten ger producenten möjlighet att öka sin försäljning till nackdel för de övriga medlemmarna i oligopolet, men det är inte säkert att det förhåller sig på det sättet om man säljer olika produkter till mellanhänder. Eftersom alla skivor i förevarande fall är olika sinsemellan kommer en detaljhandlare som köper av ett av de stora företagen endast i syfte att sälja till slutkonsumenten i princip inte att köpa färre skivor av ett visst stort företag om slutkonsumenten inte på grund av kampanjrabatten lockas att i stället köpa skivan av det konkurrerande bolaget som gett detaljhandlaren kampanjrabatten i fråga. Även om det vidare skulle vara möjligt, och kanske till och med sannolikt, har varken kommissionen eller intervenienterna hävdats eller *a fortiori* bevisat att beviljandet av en kampanjrabatt skulle vara kopplat till att osålda skivor inte återtas. Under dessa omständigheter förefaller det inte som om en kampanjrabatt som ett stort företag lämnat till en detaljhandlare, och som det inte finns insyn i på grund av att den inte går vidare till slutkonsumenten, inte har någon inverkan på försäljningsvolymen för det berörda albumet eller kan skada en gemensam prissättningspolitik som är ett resultat av den tysta samordningen. Kommissionen borde åtminstone ha undersökt och förklarat på vilket sätt en kampanjrabatt, som är

dold på grund av att den inte gått vidare från detaljhandlaren, kunde ha utgjort ett hinder för den nödvändiga insynen på marknaden, eftersom den inte döljer ett uppträdande som kan skada den tysta samordningen.

— Kampanjrabatternas relevans

437 Sökanden har framfört ett antal invändningar i vilka det huvudsakligen påstås att kommissionen felaktigt har grundat sig på att det behövs en fullständig insyn i marknaden, att kommissionen inte har undersökt kampanjrabatternas relevans för bedömningen av insynen i marknaden och att kommissionen inte har bevisat att den insyn som krävs elimineras eller minskar genom kampanjrabatterna i den mån som dessa endast i liten utsträckning gäller de album som förekommer på hitlistorna eller de bäst sålda albumen och i praktiken inte påverkar nettopriserna, särskilt inte som de endast utgör mellan en fjärdedel och en tredjedel av alla rabatter.

438 När det för det första gäller invändningen enligt vilken kommissionen skulle ha blandat ihop kravet på tillräcklig insyn i marknaden, såsom det definierats i samband med domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet *Airtours* mot kommissionen, med ett krav på fullständig insyn som ställts i beslutet, måste det konstateras, vilket kommissionen med rätta har påpekat, att det inte finns något skäl i beslutet som anger att det krävs fullständig insyn.

439 Förstainstansrätten måste emellertid ändå utröna om det är så att kommissionen faktiskt krävt en fullständig insyn eller åtminstone en större insyn än vad som är nödvändig för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

440 Som framgår av punkt 62 i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen innebär nödvändig insyn den insyn som gör det möjligt för varje företag som ingår i det dominerande oligopolet att få kännedom om de övriga ingående företagens agerande för att kunna kontrollera huruvida de antar samma strategi, det vill säga att det måste även kunna få veta om övriga aktörer antar samma strategi och om de håller fast vid den. Det måste således finnas tillräcklig insyn i marknaden för att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skall kunna få tillräckligt exakt och omedelbar information om utvecklingen av vart och ett av de övriga ingående företagens beteende på marknaden. En nödvändig insyn innebär inte att varje oligopolföretag ständigt känner till varje liten detalj i de exakta villkoren för varje försäljning som skett hos de övriga företagen i oligopolet, utan den måste dels möjliggöra en fastställelse av villkoren för den tysta samordningen, dels kunna skapa en allvarlig risk för att ett avvikande beteende som kan äventyra att den tysta samordningen upptäcks av de övriga företag som ingår i oligopolet.

441 Kommissionen har förklarat att den ”undersökte nettoprisets beståndsdelar för ett enskilt album som sålts till en enskild kund (listpris, fasta rabatter, eventuella kampanjrabatter) och att den i huvudsak kom fram till att det krävs en viss insyn i alla beståndsdelar för att ett stort skivbolag skall kunna vara ganska säkert på ett annat skivbolags verkliga praxis när det gäller nettoprissättningen, på det sätt som det kommer till uttryck på kund- och albumnivå”. Det framgår av denna förklaring att kommissionen tycks ha krävt en särskilt hög grad av insyn, trots att endast tillräcklig insyn nämns i beslutet, utan någon närmare precisering.

442 Kommissionen har också särskilt framhållit att kampanjrabatternas betydelse är ett resultat av att ”[de stora skivbolagen] för att kunna samordna nettopriserna måste [...] kunna kontrollera alla beståndsdelar, det vill säga i de ganska så öppna listpriserna och de olika fakturarabatterna”. Kommissionen har i detta avseende preciserat att ”en ’viss kännedom’ om de fasta rabatterna helt enkelt inte är tillräcklig om det är kampanjrabatterna som är orsaken till att rabatterna varierar (det vill säga instabila nettopriser) för vissa kunder, över tiden och mellan olika album, som är lika kraftig som den som tas upp i skälen 79, 86, 93, 100 och 107 [i beslutet] och om det visar sig att insynen är sämre i dessa rabatter”.

443 Förstainstansrätten noterar dels, att utöver alla de övriga insynsfaktorer som nämns i skälen 111–113 i beslutet (särskilt de ständiga kontakterna med en fast kundkrets, som är begränsad och gemensam för de stora företagen, samt den veckovisa publiceringen av hitlistor) har kommissionen ansett, i beslutet, att det rådde insyn i såväl bruttopriserna som i de fasta rabatterna. Fastän kommissionen i sina inlagor till förstainstansrätten har satt in dessa nettoprisets båda huvudbeståndsdelar i sitt sammanhang, i för övrigt ganska olika omfattning beroende på vilka argument den bemötte, har den också, till och med uttryckligen, i sina slutliga kommentarer angett att den kommit fram till att det fanns ”en hög grad av insyn både i listpriserna och i de fasta rabatterna”.

444 Dels är det svårt att beskriva de variationer i rabatterna som orsakats av kampanjrabatterna som ”lika kraftiga”, eftersom det i beslutet nämns att det finns skillnader på 2 till 5 procentenheter för Förenade kungariket, Tyskland och Spanien, på 1 till 3 procentenheter för Italien och upp till 3 procentenheter i Frankrike för merparten av de främsta kunderna (eller de främsta gemensamma kunderna). Dessutom kan det varierande produktsortimentet och de olika framgångsnivåerna samt kundtyp förklara variationerna i rabatterna, vilket sökanden hävdade och som kommissionen medgett, (särskilt i punkt 13 i de kompletterande synpunkterna), på så sätt att det inte går att dra slutsatsen att de måttliga variationer som konstaterats faktiskt kan tillskrivas kampanjrabatterna.

445 När det för det andra gäller de invändningar genom vilka sökanden har bestritt rabatternas relevans, erinrar förstainstansrätten inledningsvis om att kommissionen, som sökanden hävdade, i skälen 77, 84, 91, 98 och 105 i beslutet, konstaterade att nettoförsäljningspriset hade en nära koppling till bruttopriset, med tanke på den likartade utvecklingen under de sex senaste åren hos Sonys och BMG:s genomsnittliga bruttopriser och faktiska genomsnittliga nettopriser. Även om kommissionen i sina inlagor till förstainstansrätten hävdade att uppgifterna om de genomsnittliga priserna kunde radera de individuella variationerna, konstaterar förstainstansrätten dels att det i skäl 70 i beslutet anges att de genomsnittliga priserna utgör ett effektivt verktyg för att fastställa om de stora företagen har ett

parallellt beteende i fråga om priser, dels att det också faktiskt konstaterats i skäl 77 i beslutet att förhållandet mellan nettopriset och bruttopriset per album och över tiden var mycket stabilt. Eftersom de fasta rabatterna är fasta för en viss kund under ett visst år, är det omöjligt att se på vilket sätt de olika kampanjrabatterna inverkar på nettopriserna för de berörda albumen.

446 Rabatternas relevans i största allmänhet verkar för övrigt på allvar ha ifrågasatts i kommissionens egna bedömningar. I punkterna 88 och 89 i meddelandet om invändningar har kommissionen uppgett att den "efter att ha granskat uppgifterna konstaterade att rabatterna inte ändrade de stora företagens relativa priser" och att "det absolut inte fanns något bevis för att rabatter hade använts för att i grunden ändra priserna". Även om kommissionen, såsom angetts ovan, visserligen definitionsmässigt kan ändra de preliminära bedömningar den gjorde i meddelandet om invändningar, måste emellertid bedömningarna och slutsatserna i beslutet stämma överens med de konstateranden som gjorts under det administrativa förfarandet, om kommissionen inte kan bevisa, åtminstone under förfarandet vid gemenskapsdomstolen, att dessa var felaktiga. Påpekandet att det inte fanns något bevis för att rabatterna hade en påtaglig inverkan på priserna utgör snarare ett faktiskt konstaterande än en bedömning. Kommissionen tycks i vart fall inte ha ändrat sig på den punkten, eftersom det framgår av skäl 77 i beslutet att "även om de stora skivbolagen hade gjort tydliga avsteg från den överenskomna prispolitiken genom att lämna rabatter, skulle detta avsteg ha märkts i deras genomsnittliga nettopriser".

447 För det tredje konstaterar förstainstansrätten att beslutet inte innehåller någon information alls som visar den faktiska inverkan som kampanjrabatterna skulle ha haft på nettopriserna för de berörda albumen. Det enda tecknet på detta finns i skäl 150 i beslutet och lutar snarare åt att denna inverkan förnekas, eftersom det anges där att "på samma sätt som i större länder är de viktigaste rabatterna i alla de små länderna de fasta rabatterna". Kommissionen har visserligen hävdats vid förhandlingen att det rörde sig om ett skrivfel, men den tog ändå själv upp samma iakttagelse i sitt svaromål. Förstainstansrätten erinrar dessutom om att kommissionen i meddelandet om invändningar, som utfärdades fem månader efter enkäten, i vilken kommissionen särskilt hade frågat ut såväl de stora företagen och de

oberoende bolagen som detaljhandlarna, om de olika rabatternas respektive betydelse, däri inbegripet kampanjrabatterna (se särskilt frågorna 19 och 24 i frågeformulären som skickades ut den 20 januari 2004 till detaljhandlarna och konkurrenterna, vilka omnämns i bilaga E.4.1), inte ens ansåg att det var nödvändigt att nämna kampanjrabatterna.

448 När kommissionen uppmanades av förstainstansrätten att uppge kampanjrabatternas totala värde i procent av den totala försäljningen av varje stort företags 100 och 20 bäst sålda album (det vill säga den genomsnittliga kampanjrabbatt som lämnats på dessa album), samt det relativa värdet av kampanjrabatterna i förhållande till de fasta rabatterna för dessa album, svarade kommissionen att det var omöjligt att beräkna dem utifrån uppgifterna i handlingarna.

449 Det framgår av ovanstående anmärkningar att kommissionen har kommit fram till att det saknades tillräcklig insyn i marknaden, trots att det fanns insyn i bruttopriserna och i de fasta rabatterna och trots en hel del andra insynsfaktorer som tas upp i beslutet, av det enda skälet att insynen i kampanjrabatterna skulle vara sämre, dock utan att ha undersökt om de aktuella kampanjrabatterna hade tillräckligt stor betydelse för priset på dessa album för att ha någon faktisk inverkan på insynen i priserna för de aktuella albumen. Av detta följer att sökandens anmärkning, om att beslutet innehåller en uppenbart oriktig bedömning i det att kommissionen inte har undersökt eller, åtminstone inte med tillräcklig säkerhet, fastställt kampanjrabatternas relevans, är grundad.

450 Detta konstaterande kan inte ifrågasättas genom kommissionens påstående att den genom annan information som lämnats in under det administrativa förfarandet har funnit att kampanjrabatterna utgjorde en viktig del av prissättningen och har kunnat beräkna de genomsnittliga kampanjrabatterna som tillämpats för år 2002 på samtliga album. I synnerhet kan de uppgifter som ligger till grund för denna argumentation inte betraktas som tillräckligt sammanhängande, tillförlitliga och relevanta, och kan inte heller motivera de slutsatser som dragits av dem.

451 För det första finns det i tidplanen för utredningen inga tecken på att kommissionen har gjort någon undersökning av kampanjrabatternas relevans för att bedöma graden av insyn i marknaden och inte *a fortiori* att någon sådan kunde göras på grundval av samtliga relevanta och tillförlitliga uppgifter. Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att kommissionen fram till utfrågningen den 14 och den 15 juni 2004, på grundval av samtliga de bevis som samlats in under dess utredning, hade dragit slutsatsen, om än preliminärt, att det förelåg en kollektiv dominerande ställning före sammanslagningen och, särskilt, att det fanns insyn i marknaden och i rabatterna samt att rabatterna inte var sådana att de kunde skada prissamordningen. Mot bakgrund av svaren i frågeformulären från såväl de stora företagen och konkurrenterna som detaljhandlarna angående de olika rabatternas respektive betydelse, främst de fasta rabatterna och kampanjrabatterna, ansåg kommissionen att det inte var nödvändigt att nämna kampanjrabatterna i meddelandet om invändningar (åtminstone enligt den konfidentiella version som lämnats in till förstainstansrätten). Det framgår inte av handlingarna i målet och kommissionen har för övrigt inte vidhållit, att den på detta stadium hade gjort någon enda undersökning avseende kampanjrabatter. Det framgår inte heller att kommissionen under den korta perioden mellan utfrågningen den 14 och den 15 juni 2004, efter vilken kommissionen ändrade sin bedömning, och förslaget till beslut som skickades till den rådgivande kommittén den 1 juli 2004, gjorde någon undersökning för att kontrollera kampanjrabatternas relevans, och inte heller om det fanns insyn i dem. Den enda undersökningsåtgärd som vidtogs av kommissionen efter ovannämnda utfrågning var en begäran om information av den 21 juni 2004 som skickades till de anmälande parterna, och som inte gällde kampanjrabatternas relevans utan de stora företagens övervakningsverksamhet. Hur pass representativa de uppföljningsrapporter var som Sony:s och BMG:s handelsrepresentanter lämnade in (bilaga B.15) som svar på denna begäran, har för övrigt, vilket redan konstaterats ovan, allvarligt ifrågasatts genom de konfidentiella handlingar som ingetts av sökanden (bilaga B.16). Kommissionen har i sina slutliga kommentarer själv påpekat att de anmälande parternas rätt att höras begränsar möjligheterna till kompletterande utredning efter utfrågningen och utesluter ett brett samråd med marknadsaktörerna vad gäller invändningarna. Utredningsåtgärderna efter utfrågningen bestod enligt kommissionen huvudsakligen i att konsultera marknadsaktörerna angående de föreslagna åtgärderna och gällde inte de invändningar som riktats mot den anmälda företagskoncentrationen.

452 För det andra medgav kommissionen inte vid förhandlingen, även om den i sina skriftliga svar till förstainstansrätten hade uppgett att den information som de

anmälade parterna lämnat in under det administrativa förfarandet gjort det möjligt för den att beräkna de genomsnittliga kampanjrabatterna, att den själv hade gjort beräkningarna och hade tvingats lämna över uppgiften till Sonys och BMG:s ekonomer att förklara hur rabatterna hade beräknats för samtliga album och inte för de 20 eller 100 bäst sålda albumen, medan utredningen och de uppgifter som kommissionen samlat in endast gällde dessa album.

453 För det tredje har kommissionen uppgett att beräkningarna gjordes utifrån de uppgifter som låg till grund för en av bilagorna B.12 i svaromålet, trots att denna emellertid endast innehåller uppgifter från BMG och inte från Sony.

454 För det fjärde förefaller uppgifterna inte vara tillräckligt sammanhängande, tillförlitliga och relevanta.

455 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att de tabeller som kommissionen lämnat in som svar på förstainstansrättens frågor endast gäller året 2002, utan att det redogjorts närmare för varför just detta år valts ut av de anmälade parterna, medan beslutet avser priser och rabatter från år 1998 till år 2003. Även om bruttoförsäljningsandelen för BMG har beräknats på de tio största kunderna gäller den endast de fem till tio största kunderna (beroende på land) utan att någon förklaring lämnats angående detta. Det skall även noteras att variationsbredden i de kampanjrabatter som tagits upp i tabellerna (som omfattar kundunderlagets samtliga album) inte överensstämmer med den som tagits upp i de övriga bilagorna B.6/E.2 (som endast omfattar de 20 bäst sålda albumen till de tio främsta kunderna). Eftersom antalet album och kunder i tabellerna var betydligt större än i de nämnda bilagorna, borde den högsta kampanjrabatten i tabellerna [*konfidentiellt*] vara densamma eller högre än den som förekommer i de aktuella bilagorna för samma år [*konfidentiellt*]. De bägge anmälade parternas totala fakturarabatter, samt även skillnaden mellan de rabatter som var och en av dem lämnat, skiljer sig också från dem som tagits upp i beslutet. Beslutet avser visserligen de bäst sålda albumen år 2003, till skillnad från tabellerna som avser samtliga album som sålts under år 2002, men detta bekräftar

endast att resultatet kan bli olika beroende på vilka parametrar som valts och att det är viktigt att kommissionen behåller kontrollen över beräkningarna, eller åtminstone att den kontrollerar relevansen i de uppgifter som lagts fram av parterna i koncentrationen.

456 Förstainstansrätten konstaterar vidare att tabellerna saknar relevans i den mån de avser den genomsnittliga kampanjrabatten för samtliga sålda album och inte för de 100 eller 20 bäst sålda albumen, eftersom de utgår ifrån det som de egentligen skall visa, nämligen att kampanjrabatterna också spelar en viktig roll för de bäst sålda albumen eller de nya skivsläppen som förekommer på hitlistorna (new hit releases) och att de inte huvudsakligen gäller, vilket sökanden har hävdad, albumen längst ner på listan. Kommissionens argument — att det med hänsyn till de 100 bäst sålda albumens betydelse för de sammanlagda intäkterna från musikförsäljningen skulle vara förvånande om de genomsnittliga nivåerna för de kampanjrabatter som beräknats på samtliga sålda album inte återspeglades tydligt i priset på de 100 bäst sålda albumen, eftersom detta skulle innebära att de genomsnittliga kampanjrabatterna, vilka är en mångfaldig uppsättning av det allmänna genomsnittet, tillämpades på alla övriga album — kan inte godtas. Även om beslutet inte innehåller någon upplysning i detta avseende och kommissionen knappast har preciserat saken i sina inlagor, tyder enbart uppgifterna i handlingarna i målet på att kampanjrabatterna faktiskt ligger på en hög nivå, till och med en mycket hög nivå. Som svar på kommissionens frågeformulär uppgav ett av de stora företagen att ”denna form av rabatt kan utgöra en betydande andel av listpriset (exempelvis upp till [*konfidentiellt*]). Likaledes har tabellerna i bilaga E.2, vilka lagts fram av kommissionen och som innehåller uppskattningar av de högsta kampanjrabatterna, tagit upp de ofta mycket höga rabattnivåer som de anmälade parterna lämnat till sina tio främsta kunder och som uppgår ända till [*konfidentiellt*]). Dessa uppskattningar har dessutom betraktats som försiktiga av kommissionen, eftersom siffrorna uttrycks på årsbasis medan en kampanjrabatt vanligtvis är tidsbegränsad. Eftersom kampanjrabatterna också, enligt kommissionens tabell, endast utgör en liten genomsnittlig andel av försäljningspriset [*konfidentiellt*] för samtliga sålda album, borde de gälla endast för ett litet antal album. Slutligen, vilket redan konstaterats ovan, tyder enbart de stora företagens uttalanden, vilka kommissionen lämnat in, på att kampanjrabatter tillämpas i särskilda fall (till exempel turnerande artist, vissa säsongslager och äldre album som inte längre säljer så bra). Mot bakgrund av dessa omständigheter kan man inte utgå ifrån att den genomsnittliga kampanjrabattnivån för samtliga album är representativ för de kampanjrabatter som lämnats för de 100 bäst sålda albumen, och inte heller *a fortiori* på nya ”hits releases”. Det skall dessutom i detta hänseende

erinras om att kommissionen i punkterna 87 och 90 i meddelandet om invändningar uppgett att den trodde att prislister för nya skivsläpp användes för att samordna och övervaka prispolitiken och att den inte hade funnit några bevis för att rabatterna användes för att väsentligen ändra de genomsnittliga nettopriserna för nya "hit releases".

457 För det femte konstaterar förstainstansrätten att kampanjrabatterna, även om tabellerna är riktiga och representativa, endast utgör en mycket liten andel av bruttoförsäljningspriset för album i tre av de fem stora länderna för BMG [konfidentiellt] procent i land B, [konfidentiellt] procent i land C och [konfidentiellt] procent i land D och i två av de fem stora länderna för Sony [konfidentiellt] procent i land C och [konfidentiellt] procent i land D. Dessutom, i motsats till vad kommissionen har påstått, kan inte tabellerna anses visa att de bägge anmälande parternas genomsnittliga kampanjrabatter skiljer sig mycket åt i de flesta av länderna, eftersom skillnaden mellan Sonys och BMG:s kampanjrabatter, i tre av fem länder, ligger under [konfidentiellt] procent. Enligt beslutet utgör dock varje land en marknad, och en koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning med följden att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas gentemot en enda av de aktuella marknaderna måste förklaras som oförenlig med den gemensamma marknaden. Även om man utgår ifrån att insynen är sämre i kampanjrabatterna borde kommissionen, om den inte avsåg att tillämpa ett krav på total insyn, mot bakgrund av dessa omständigheter åtminstone ha förklarat i beslutet på vilket sätt dessa, trots deras minimala faktiska inverkan på priserna och att det förekommer flera insynsfaktorer i beslutet, kunde eliminera den tillräckliga insyn i marknaden som krävs för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

458 De förklaringar som lämnats in under förfarandet vid förstainstansrätten eller, *a fortiori*, kontroller avseende en viktig del av beslutet kan i vart fall inte kompensera en brist på undersökning när beslutet antogs och kullkasta den uppenbart oriktiga bedömning som beslutet därigenom innehåller, även om det felet inte kan anses ha

påverkat utfallet av bedömningen på något sätt (se, analogt, domstolens dom av den 22 januari 2004 i mål C-353/01 P, Mattila mot rådet och kommissionen, REG 2004, s. I-1073, punkterna 31 och 37).

c) Slutsatser angående insynen

⁴⁵⁹ Av ovanstående övervägande framgår att konstaterandena i beslutet angående insynen i marknaden inte är tillräckligt motiverade och innehåller en uppenbart oriktig bedömning genom att de inte grundar sig på en undersökning av alla de relevanta uppgifter som måste tas i beaktande och inte stödjer slutsatsen att det inte finns tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning.

5. Homogenitet

⁴⁶⁰ När det gäller kriteriet som avser produkthomogenitet erinrar förstainstansrätten om att kommissionen i skäl 157 i beslutet kom fram till att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning genom att, utöver bristande insyn och bristen på bevis på att det tidigare förekommit motåtgärder, hänvisa till produktens delvis heterogena egenskaper. Det skall dock noteras att kommissionen, i skäl 110 i beslutet angående undersökningen av produktens homogenitet, hävdade dels att den inspelade musikens format var homogent, dels att formerna för prissättning och marknadsföring av albumen på grossistmarknaderna, trots det heterogena innehållet, tycktes vara ganska standardiserade samt, slutligen, att de stora företagen vanligtvis inte gjorde någon åtskillnad mellan musikgenrer eller typer av album när det gällde rabatterna och det överenskomna antalet återköp för osålda album. Till

synes i strid med detta påstående, och utan någon ytterligare förklaring, lade den till att prissättningen naturligtvis också var beroende av albumets framgång och att det fanns en skillnad mellan enskilda album när det gällde kampanjrabatterna. Av ovanstående drogs slutsatsen att det heterogena innehållet och dess ovannämnda inverkan på priset minskade insynen.

461 Kommissionen ansåg, som en följd av detta, att de heterogena komponenter som fastställdes endast verkade på kampanjrabatterna. Såsom tidigare konstaterats räcker emellertid inte de komponenter som togs upp i beslutet och kommissionens argument i dess skriftliga inlägg för att fastslå att marknaden inte var så pass öppen som krävdes för att en kollektiv dominerande ställning skulle kunna föreligga. Följaktligen är de för övrigt motsägelsefulla konstaterandena vad beträffar produktens heterogena komponenter inte i sig sådana att det går att dra slutsatsen att en sådan kollektiv dominerande ställning på marknaden inte förelåg.

462 För övrigt skall det noteras att den omständigheten att produkten är heterogen, åtminstone vad beträffar innehållet, och att det därmed kan förväntas att priset varierar mellan olika album, ger en alldeles särskild betydelse åt kommissionens egen slutsats, i skälen 76 och 77, angående marknaden i Förenade kungariket (och i motsvarande skäl angående de övriga marknaderna), enligt vilken listpriserna för de bäst sålda albumen snarare verkar vara samordnade och att nettoförsäljningspriset har en nära koppling till bruttopriset.

6. Motåtgärder

463 I skälen 114–118 i beslutet hade kommissionen undersökt om de stora företagen tidigare hade vidtagit ”motåtgärder” mot någon annan av dem och kommit fram till att det inte fanns ”något som tydde på att det faktum att ett av de stora företagen tidigare hade vägrat att hålla sig till överenskommen praxis som motåtgärd hade lett

till att detta utestängdes av de övriga från ett gemensamt företag för samlingsalbum eller en (tillfällig) återgång till verklig konkurrensfrämjande praxis”, och inte heller hade funnit ”något spår av hot i det avseendet”.

- 464 Sökanden har hävdatt att detta konstaterande innehåller en bristande motivering, en uppenbart oriktig bedömning och en felaktig rättstillämpning. De anmärkningar som utvecklats under dessa tre delar överlappar varandra och går huvudsakligen ut på att bestrida giltigheten av det faktum att kommissionen har grundat sin analys av bristen på bevis på att det tidigare förekommit motåtgärder, när den endast hade behövt ta reda på om några sådana effektiva avskräckande faktorer hade förekommit.
- 465 Det framgår av rättspraxis (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet *Airtours* mot kommissionen, punkt 62) att, för att en kollektiv dominerande ställning skall kunna bestå, det krävs tillräckligt avskräckande faktorer för att säkerställa att det finns ett varaktigt incitament för att inte avvika från den gemensamma handlingslinjen, vilket innebär att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet måste veta att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från dess sida i syfte att öka sin marknadsandel skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att företaget inte skulle få någon fördel av sitt initiativ (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 246 nämnda målet *Gencor* mot kommissionen, punkt 276).
- 466 Enbart det faktum att det existerar effektiva avskräckande åtgärder är i princip tillräckligt, eftersom det inte finns någon anledning att tillgripa sanktioner om de som ingår i oligopolet rättar sig efter den gemensamma politiken. Dessutom är den mest avskräckande åtgärden, vilket sökanden också påpekat, den som inte använts.
- 467 Vidare konstaterade kommissionen uttryckligen, i punkterna 128–132 i meddelandet om invändningar, att uteslutning från gemensamma företag för samlingsalbum utgör en särskilt effektiv motåtgärd och, även om detta inte erkänns uttryckligen, denna analys bekräftas i beslutet, i strid med vad kommissionen anfört i

sina inlagor. Efter att i skälen 115 och 116 i beslutet ha klarlagt hur ekonomiskt betydelsefulla samlingsalbum med flera artister eller märken är, då de utgör ungefär 15–20 procent av den totala marknaden för inspelad musik, och betonat att det faktum att artister ”som tillhör” olika skivbolag förekommer på ett album tycks vara en viktig framgångsfaktor för ett samlingsalbum, har kommissionen i skäl 117 i beslutet anfört att ”om ett av de stora företagen avviker konstant kan de övriga stora skivbolagen utestänga detta sistnämnda från att vara med och bilda nya gemensamma företag eller förvägra denne rätten att använda deras titlar i ett samlingsalbum, eller till och med få vissa befintliga gemensamma företag att upphöra”. Slutligen angavs i skäl 118 i beslutet att kommissionen dock inte funnit något bevis på att andra av de stora företagen tidigare uteslutits från ett gemensamt företag för samlingsalbum, och inte heller på något spår av hot i det avseendet, samtidigt som den klargjort att ”dessa åtgärder [rent allmänt skulle] kunna utgöra trovärdiga motåtgärder på marknaderna för inspelad musik”.

468 Eftersom denna grund avser konstaterandet av att det redan förelåg en kollektiv dominerande ställning, och inte av att en sådan skulle skapas, skulle det kunna anses att villkoret avseende repressalier kan vara, inte att endast ta reda på om det förekom motåtgärder, som var fallet i det mål som gav upphov till domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, utan att undersöka om överträdelser av den gemensamma handlingslinjen förekom, utan att dessa hade åtföljts av motåtgärder. Fastän det i beslutet inte anges att kriterierna för att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning måste vara annorlunda, och fastän kommissionen inte heller vidhållit detta i sina inlagor, skall förstainstansrätten ändå pröva om slutsatserna i beslutet uppfyller kriterierna i testet.

469 Två kumulativa faktorer är nödvändiga för att man skall kunna betrakta det faktum att motåtgärder inte vidtagits som ett uttryck för att villkoret för dessa inte är uppfyllt, det vill säga bevis på ett avsteg från den gemensamma handlingslinjen, utan vilket det saknas skäl att undersöka om motåtgärder förekommit, och vidare faktiska

bevis på att repressalier inte förekommit. Det skall emellertid konstateras att de nödvändiga bevisen inte har redovisats i beslutet ur någon av dessa bägge aspekter.

470 För det första redogjorde kommissionen inte tydligt, vare sig under ad hoc-avsnittet om repressalier eller i beslutet i övrigt, för något avsteg alls från den gemensamma prispolitiken. I sitt svaromål har kommissionen visserligen åberopat två fall, i vilka skillnader i förhållande till den gemensamma linjen hade konstaterats i beslutet (i Förenade kungariket åren 2000 och 2001, skäl 74, och i Tyskland, med en långsammare utveckling hos ett av de stora företagen, skäl 88). Det framgår emellertid inte av beslutet att dessa fall hade betraktats som avsteg från den gemensamma politiken utan endast att de visade att prisparallellitet inte förekommit hela tiden.

471 För det andra konstaterar förstainstansrätten att kommissionen, när den tillfrågades av förstainstansrätten angående vilka undersökningsmetoder den använt för att dra slutsatsen att den inte funnit några bevis på att motåtgärder förekommit tidigare, och inte heller något hot om sådana, inte kunde nämna en enda vidtagen eller slutförd åtgärd i detta syfte. I den mån kommissionens undersökning, när meddelandet om invändningar utfärdades, var inriktad på att kontrollera om det förekom trovärdiga avskräckande metoder och inte på om motåtgärder faktiskt hade vidtagits, och i den mån det var först efter utfrågningen vid kommissionen som den ändrade sin bedömning angående koncentrationen, är det svårt att fastställa när och hur kommissionen hade kunnat göra någon faktisk bevisupptagning med avseende på att motåtgärder har förekommit. Det framgår för övrigt av handlingarna i målet att kommissionen inte har gjort några marknadsundersökningar efter utfrågningen. De enda kontrollåtgärderna kunde därför ha bestått i att ställa en fråga till de anmälade parterna, vilket den inte lämnat något bevis på till förstainstansrätten, och det kunde knappast förväntas att de anmälade parterna skulle ha lämnat några bevis till kommissionen på att motåtgärder vidtagits.

472 Det skall slutligen konstateras att kommissionens argument, att "tydliga bevis på motåtgärder från de övriga stora företagens sida som reaktion på en 'avvikelse' från de genomsnittliga nettoprisernas eller de genomsnittliga fakturarabatternas fasta

nivå kunde ha varit ett tecken (om än inte ett avgörande sådant) på att samordning förekom, trots att det är svårt att påvisa tillräckligt tydliga samordningsvillkor och tillräckligt effektiva metoder för att kontrollera att dessa uppfyllts”, inte kan godtas. Dels strider detta påstående mot beslutet, enligt vilket ”varje tecken på motåtgärder [faktiskt kan] betraktas som ett uttryck för att det föreligger en kollektiv dominerande ställning på dessa marknader” (skäl 114 i beslutet) och ”den har därför inte i förevarande fall funnit något som tyder på att sådana åtgärder eller hot har använts tidigare, vilket skulle ha utgjort ett bevis på att det förelåg en kollektiv dominerande ställning”. Dels innebär kommissionens argument att den vidhåller att dess undersökning av villkoret för repressalier var otillräcklig, eftersom till och med ”tydliga bevis på repressalier” kunde ha varit ett tecken men ”inte ett avgörande sådant”.

473 Av ovanstående framgår att sökandens invändning om att bedömningarna i beslutet angående repressalier innehåller en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning är välgrundad.

474 Eftersom dessa bedömningar utgör ett huvudsakligt motiv som ligger till grund för beslutet, vilket särskilt framgår av skäl 157 i beslutet, skall beslutet ogiltigförklaras.

7. Slutsats angående den första grunden

475 Av ovanstående följer att påståendet att det inte finns tillräcklig insyn i marknaderna för inspelad musik för att möjliggöra en kollektiv dominerande ställning inte är tillräckligt motiverat och innehåller en uppenbart oriktig bedömning, genom att de uppgifter det grundar sig på är ofullständiga och inte inbegriper samtliga relevanta fakta som borde ha beaktats av kommissionen, och inte är av sådant slag att de kan

ligga till grund för de slutsatser som dragits av dem. Eftersom påståendet utgör ett huvudsakligt motiv, såsom framgår både av beslutet, särskilt av skäl 157 i detta, och av diskussionerna vid förstainstansrätten, utifrån vilket kommissionen drog slutsatsen i beslutet att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning, skall beslutet ogiltigförklaras av denna anledning.

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

477 Slutligen konstaterar förstainstansrätten, i den mån det behövs och såsom det explicit eller implicit framgår av samtliga ovanstående överväganden, att inget av de argument som framförts av intervenienterna kan motsäga dessa slutsatser och att flera av dessa till och med uttryckligen motsägs i beslutet.

478 När det för det första gäller intervenienternas inledande synpunkter konstaterar förstainstansrätten att de redan har avvisats eller är irrelevanta. Påståendet att kommissionen skulle ha gjort en ovanligt grundlig utredning är inte sådant att det i sig kan bevisa att kommissionen faktiskt har samlat in, analyserat och på korrekt sätt bedömt samtliga relevanta uppgifter. Det skall för övrigt noteras i detta avseende att intervenienterna har understrukt att de, redan efter delgivningen, lämnade in mycket tillförlitliga uppgifter och förklaringar om musikbranschen i Europa. Det framgår emellertid av handlingarna i målet att kommissionen i meddelandet om invändningar, med stöd av dessa upplysningar och av annan information som samlats in på marknaden under närmare fem månaders utredning, dragit slutsatsen att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och att det inte var förrän efter redogörelsen för parternas och deras ekonomiska rådgivares argumentation vid utfrågningen den 14 och den 15 juni 2004 som kommissionen

ändrade sin bedömning och två veckor senare skickade in ett förslag till beslut till rådgivande kommittén om att godkänna koncentrationen. Det är också irrelevant att konkurrensmyndigheter över hela världen har godkänt koncentrationen. Slutligen underkänner förstainstansrätten även argumentet att koncentrationen skulle utgöra ett konkurrensfrämjande svar på nedgången i musikbranschen, särskilt beträffande prisraset på cd-skivor. Beslutet grundar sig inte enbart på en förmodad balans mellan olika fördelar och nackdelar med koncentrationen utan också på att intervenienternas argument om efterfrågeutvecklingen uttryckligen tillbakavisades i punkterna 55–59 i beslutet.

479 När det för det andra gäller de av intervenienternas argument, som avser bestridande av att sökandens anmärkningar angående kampanjrabatterna, anpassningen av priserna och insynen är motiverade, är det tillräckligt att konstatera att de inte går att skilja från kommissionens och redan har avvisats ovan, eller att de inte kan tas i beaktande eftersom de uttryckligen motsägs av konstaterandena i beslutet. Argumentet om att priserna inte hade samordnats och påståendet att en stor del av försäljningen av de 100 bäst sålda albumen hade skett utanför de listpriser som hade fastställts i beslutet tillbakavisades uttryckligen i beslutet. Likaledes har påståendet om att beslutet skulle bagatellisera den bakomliggande bevisningens sanna styrka när det gäller avsaknaden av tillräcklig insyn ingen relevans. Det är inte förstainstansrättens uppgift att avgöra om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden, utan den skall kontrollera om slutsatserna i beslutet är rättsenliga. Det skall därför dessutom på nytt konstateras att intervenienternas påståenden i detta avseende, enligt vilka listpriserna varken skulle vara kända eller tillgängliga eller att det inte skulle finnas tillräcklig insyn i de fasta rabatterna, [uttryckligen motsägs] av slutsatserna i beslutet.

480 När det för det tredje gäller argumenten angående de olika punkter som inte omnämnts i beslutet behöver man endast konstatera att de är helt och hållet irrelevanta, eftersom förstainstansrättens prövning är begränsad till att kontrollera om de är rättsenliga.

481 Förstainstansrätten anser, i fullständighetens intresse, att det är nödvändigt att pröva den andra grunden .

III — *Den andra grunden, om att en kollektiv dominerande ställning på marknaderna för inspelad musik skapas*

A — *Sökandens argument*

482 Sökanden har noterat att kommissionen ägnade mindre än en sida åt bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skulle skapas genom koncentrationen. Samtidigt som kommissionen bekräftar att en minskning av antalet aktörer på vissa oligopolistiska marknader skulle leda till att det skapades en kollektiv dominerande ställning för de återstående företagen och att detta huvudsakligen skulle bero på marknadens egenskaper, har den dock inte fastställt vilka dessa avgörande egenskaper är, utan har begränsat sig till att hänvisa till den analys som gjorts av den kollektiva dominerande ställning som redan förelåg före koncentrationen och fastslog, i skäl 157 i beslutet, att den inte hade ”funnit tillräckliga bevis på att minskningen av antalet skivbolag från fem till fyra skulle utgöra en tillräckligt stor förändring för att en kollektiv dominerande ställning troligtvis skulle skapas”, särskilt vad beträffar insyn och motåtgärder.

1. Felaktig rättstillämpning

483 Kommissionen har enligt sökanden gjort sig skyldig till fyra fall av felaktig rättstillämpning när den använde testet för kollektiv dominerande ställning.

a) Analys av den kommande utvecklingen saknas

484 Kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den tillämpade bestämmelserna för kollektiv dominerande ställning, genom att den inte gjorde en analys av den kommande utvecklingen för att utröna om en kollektiv dominerande ställning skulle skapas genom koncentrationen. Testet för att fastställa om en koncentration skapar en sådan ställning är emellertid helt olikt testet för att kontrollera om en sådan redan föreligger, då det senare kräver en efterhandsanalys, medan det första kräver en förhandsanalys som måste göras med hänsyn till den rådande konkurrensgraden på marknaden före koncentrationen.

485 Det framgår av domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, att analysen av den kommande utvecklingen inte enbart skall ta hänsyn till den rådande situationen vid den tidpunkt då sammanslagningen äger rum, utan måste även bedöma den dynamiskt med särskild hänsyn till "den interna sammanhållningen, stabiliteten och frågan huruvida det konkurrensbegränsande parallella beteende som ställningen skulle kunna ge upphov till kan bestå i tiden". Det framgår dock av skäl 157 i beslutet att kommissionen, i stället för att göra den särskilda analys av den kommande utvecklingen, som var nödvändig, drog slutsatsen med stöd av samma bevis – i efterhand – som den använde när den kom fram till att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning före sammanslagningen.

486 Efterhandsanalysen är således inte övertygande. Kommissionen har visserligen konstaterat att "marknaderna för inspelad musik hade vissa egenskaper som var gynnsamma för en kollektiv dominerande ställning" (skäl 157 i beslutet), men angav endast att den inte hade funnit tillräckliga bevis för att det redan förelåg en kollektiv

dominerande ställning, så att varje förändring av de faktorer som ökade möjligheten till en tyst samverkan borde ha analyserats med stor försiktighet. Det enda bevis som kommissionen undersökte var en rapport om vad som hade ägt rum i ett tidigare skede, vilket skulle utgöra ett implicit erkännande av kommissionen att den inte hade gjort någon analys av den kommande utvecklingen.

b) Insyn

⁴⁸⁷ Sökanden har hävdats att kommissionen, för att kontrollera om en kollektiv dominerande ställning skulle skapas, har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, av samma skäl som dem som angavs i samband med den första grunden, genom att använda ett test för total insyn i marknaden, medan det enligt domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen är tillräckligt att kontrollera huruvida det finns tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra ett samordnat beteende.

c) Motåtgärder

⁴⁸⁸ Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha gjort någon analys av den kommande utvecklingen angående att en befintlig kollektiv dominerande ställning skulle stärkas, för att kontrollera om det förekom motåtgärder, utan har grundat sig på de slutsatser den drog när den felaktigt utgick ifrån att det inte fanns några bevis på att det tidigare hade förekommit några motåtgärder, för att avfärda alla argument om att minskningen från fem till fyra stora företag skulle göra det lättare att vidta motåtgärder på marknaden.

489 I samband med den analys av den kommande utvecklingen som kommissionen borde ha gjort, skulle konstaterandet att det från de stora företagens sida förekom åtgärder som kunde utgöra trovärdiga motåtgärder (skäl 118 i beslutet) ha betraktats som ett tillräckligt bevis, särskilt när antalet stora skivbolag väl hade minskat till fyra.

d) Motvikter

490 Sökanden har hävdats att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte alls undersöka det tredje villkoret enligt domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen för att kontrollera om en kollektiv dominerande ställning förelåg, det vill säga kundernas eller konkurrenternas förmåga att genom sitt agerande äventyra verkningarna av den gemensamma policy som antagits av de stora företagen.

2. Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

491 Sökanden har gjort gällande att den analys av den kommande utvecklingen som kommissionen måste göra för att utröna om det föreligger en risk för att en kollektiv dominerande ställning skapas innebär en noggrann undersökning av de relevanta omständigheterna kring koncentrationens inverkan på marknaden. Kommissionen har emellertid för det första i meddelandet om invändningar inte ens undersökt möjligheten att en kollektiv dominerande ställning skulle skapas, och för det andra är kommissionens analys i beslutet varken framåtblickande eller ingående. Kommissionen har genom slutsatsen att det inte gick att fastställa huruvida det förelåg någon kollektiv dominerande ställning kommit fram till att det inte fanns tillräckliga bevis för att det skulle skapas en dominerande ställning i framtiden.

492 Sökanden har hävdad, att om kommissionen hade gjort den nödvändiga analysen av den kommande utvecklingen skulle den ha blivit tvungen att undersöka följande frågor:

- I vilken utsträckning minskningen av antalet stora företag skulle innebära:
 - att de stora företagen blir mer beroende av varandra på grund av det minskade antalet aktörer från fem till fyra,
 - att den marknad som enligt godkända normer är koncentrerad före sammanslagningen blir ännu mer koncentrerad till följd av sammanslagningen,
 - att det skulle bli ännu enklare för de stora företagen att övervaka och varaktigt upprätthålla samordningen och att insynen i priserna också skulle öka tack vare den symmetri som skulle underlätta övervakningen, även på den mycket viktiga marknaden för musik på hitlistor,
 - att det skulle bli lättare att identifiera en kontaktpunkt och att upprätthålla ett samförstånd av vad som skulle ligga i de stora företagens gemensamma intresse, eftersom deras antal skulle minska,
 - att balansen mellan de långsiktiga vinsterna av att hålla fast vid det tysta samförståndet och de kortsiktiga vinsterna av att sälja billigare än konkurrenterna skulle rubbas med färre bolag på marknaden,

- i vilken utsträckning graden av symmetri på marknaden skulle öka, eftersom Sony BMG skulle likna Universal vad gäller storlek och marknadsandelar, tätt följda av de bägge övriga stora företagen EMI och Time Warner, också med symmetriska marknadsandelar. Denna fråga är viktig, därför att symmetri vad beträffar storlek och marknadsandelar förenklar upprätthållandet av en tyst samverkan. Sony BMG och Universal skulle ha en gemensam marknadsandel på 50 procent av världsmarknaden för inspelad musik och denna andel skulle vara närmare 60 till 70 procent på den mycket viktiga marknaden för hits, vars betydelse kommissionen inte studerat. Detta marknadssegment är viktigt för både den nuvarande konkurrensen och som ett mått på långsiktigt marknadsinflytande, eftersom nya skivsläpp blir titlar i katalogen,

- i vilken utsträckning symmetrin skulle öka och konkurrensen minska, därför att två av de stora företagen som hade haft olika resultat under de senaste åren hädanefter skulle bli ett,

- i vilken utsträckning de tillgängliga motåtgärderna skulle bli effektivare,

- i vilken utsträckning de oberoende företagen skulle bli ännu mer beroende av de största företagen, särskilt därför att antalet oundvikliga handelspartners som var tillgängliga för de oberoende företagen skulle minska med 20 procent,

- i vilken utsträckning alla de stora företagens konkurrerande motvikter skulle försvagas.

⁴⁹³ Kommissionen har inte detaljstuderat någon av dessa frågor och därför har kommissionens konstaterande, att en kollektiv dominerande ställning inte skulle skapas (skäl 158 i det omtvistade beslutet), inte stöd i något resonemang eller grundar sig på ett uppenbart ofullständigt resonemang.

3. Uppenbart oriktig bedömning

⁴⁹⁴ Att det inte gjorts någon analys av den kommande utvecklingen utgör också en uppenbart oriktig bedömning. Kommissionen har grundat sig på tidigare bevis för att det redan förelåg en kollektiv dominerande ställning utan att i detalj studera inverkan av de förändringar som sammanslagningen skulle medföra. Dessutom var dessa påstådda bevis redan i sig felaktiga av de skäl som anförts i första grunden.

⁴⁹⁵ Sökanden har påpekat att kommissionen, även om den kortfattat angett att insynen skulle öka, dock inte gett några mer detaljerade uppgifter om vilken nivå som skulle uppnås eller vilken inverkan den skulle få, utan [endast har] anført att det inte finns tillräckliga bevis. Kommissionen borde även ha undersökt i hur stor utsträckning det minskade antalet aktörer på marknaden skulle underlätta för en tyst samverkan och göra den attraktivare, eftersom vinsterna skulle delas mellan färre företag. Kommissionen har varken angett vilka bevis som samlats in eller på vilket sätt de är otillräckliga och inte heller vari de nödvändiga bevisen består.

⁴⁹⁶ När det gäller motåtgärder grundar sig analysen på tidigare bevis som omfattar en period då det enligt kommissionen inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning. Kommissionen har inte utrett frågan om tänkbara motåtgärder efter sammanslagningen.

⁴⁹⁷ Sökanden har påpekat att kommissionen stod i begrepp att konstatera att det förelåg en kollektiv dominerande ställning före sammanslagningen, men att den felaktigt bedömde att bevisen var otillräckliga. Det faktum att den drog samma slutsats när det gäller marknaden efter sammanslagningen, vilken ökade insynen, tyder på en uppenbart oriktig bedömning.

498 Slutligen har sökanden gjort gällande att kommissionens slutsats är särskilt förvånande med hänsyn till att kommissionen fyra år tidigare hade konstaterat att sammanslagningen mellan EMI och Time Warner skulle skapa en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik (punkt 57 i meddelandet om invändningar i det målet, se bilaga A.13).

B — *Kommissionens argument*

1. Felaktig rättstillämpning

a) Analys av den kommande utvecklingen saknas

499 Kommissionen har hävdats att sökandens invändningar om att kommissionen inte gjort någon analys av den kommande utvecklingen och att den har grundat sig på samma efterhandsbevis som i sin analys av huruvida en kollektiv dominerande ställning redan förelåg, samtidigt som kriterierna skiljer sig väsentligt åt, saknar grund. Kommissionen har inledningsvis lämnat två principiella synpunkter.

500 Dels skall besluten om kontroll av koncentrationer alltid grunda sig på en analys av den kommande utvecklingen, därför att ett beslut om huruvida en koncentration är förenlig eller inte med den gemensamma marknaden beror på de förändringar på marknaden som den ännu ej genomförda företagskoncentrationen kan ge upphov till (domen i det ovan i punkt 245 nämnda målet Kali & Salz, punkterna 109–111). Det är dock nödvändigt att i samtliga fall grunda analysen av den kommande utvecklingen på en tydlig bild av konkurrensvillkoren före sammanslagningen. De bevis som redan samlats in och bedömts angående den aktuella situationen på marknaden (som knappast kan kallas efterhandsbevis) är fortfarande relevanta som utgångspunkt för prognosen.

501 Dels förutsätter bedömningen av om det eventuellt redan finns en kollektiv dominerande ställning att man tar hänsyn till samma fyra villkor som i bedömningen av om en sådan dominerande ställning eventuellt skulle skapas: tecken på tyst samordning, tillräcklig insyn, risk för repressalier och motvikter från konkurrenter och kunder (förstainstansrättens dom av den 26 januari 2005, i mål T-193/02, Piau mot kommissionen, REG 2005, s. II-209, punkt 111). När det som i förevarande fall redan getts ett nekande svar på en eller flera av dessa frågor angående den nuvarande situationen, måste analysen av den kommande utvecklingen med nödvändighet inriktas på huruvida eller på vilket sätt sammanslagningen skulle kunna medföra ett jakande svar på detta inom en överskådlig framtid.

502 Eftersom slutsatsen att det inte fanns tillräckliga bevis på att det redan förelåg en kollektiv dominerande ställning huvudsakligen grundade sig på att villkoret för tillräcklig insyn inte var uppfyllt, har kommissionen främst intresserat sig för koncentrationens verkan utifrån den parametern. Även om koncentrationen automatiskt skulle leda till ett minskat antal bilaterala förbindelser från tio till sex, vilket i princip skulle underlätta övervakningen, var denna huvudsakligen aritmetiska iakttagelse ändå inte avgörande, främst därför att hindren för insyn inte hade att göra med hur många stora företag som skulle övervakas utan med komplexiteten hos varje stort skivbolags enskilda beslut genom vilka priserna på enskilda album fastställs, med det heterogena innehållet och med den varierande kommersiella framgången för enskilda kunder, genom att använda en kombination av listpriser, fasta rabatter och kampanjrabatter. Vad beträffar fakturarabatterna är det i vart fall mer troligt att den knapphändiga information som finns (och som huvudsakligen gäller de fasta rabatterna) ges av kunder än av andra stora företag, och koncentrationen förändrar inte de återstående stora företagens förbindelser med en kundkrets som inte kommer att förändras genom företagskoncentrationen. Av det skälet fastslog kommissionen – i ett framtidsperspektiv – att det inte fanns tillräckliga bevis för att den förändring av marknadsstrukturen som koncentrationen

skulle leda till skulle underlätta insynen så pass mycket att den grad av insyn som krävdes för att skapa en kollektiv dominerande ställning skulle uppnås (skäl 157, i beslutet, *in fine*).

503 Kommissionen har vidhållit att dessa faktorer utgör en tillräcklig analys av de kumulativa villkoren för en kollektiv dominerande ställning.

b) Insyn

504 Eftersom sökandens argument endast upprepar ett argument som tidigare anförts i samband med den första grunden, är det ogrundat även i detta sammanhang.

c) Avskräckande faktorer och motvikter

505 Även om kommissionen i skäl 157 i beslutet ansåg att det inte fanns tillräckliga bevis för att koncentrationen skulle göra det lättare att vidta motåtgärder, har den inte tagit slutlig ställning på denna punkt för att motivera sin bedömning. Eftersom den redan kommit fram till att det inte fanns några bevis för att det skulle finnas tillräcklig insyn i prissättningen för att möjliggöra en effektiv övervakning, har det nämligen inte varit nödvändigt att undersöka vare sig frågan om repressalier eller frågan om motverkande krafter under avsnittet om "skapande" snarare än om "förstärkning".

2. Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

506 Kommissionen har hävdats att merparten av den kritik som sökanden framfört inte har något samband med en bristfällig motivering. Kommissionens påstådda underlåtenhet att ta hänsyn till olika omständigheter rör bedömningens lagenlighet och inte motiveringen. Kommissionen har klargjort att om den inte dragit någon slutsats angående vissa punkter beror detta på att den inte har behövt ange skälen för denna icke-existerande slutsats.

507 Det skulle vara oacceptabelt om sökanden på ett senare stadium i detta förfarande försökte ändra grunden för sin talan genom att göra ett formellt skäl (bristfällig motivering) till ett sakligt skäl (felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktig bedömning), och den tydliga bristen på relevans i dennes särskilda argument beträffande tillämpningen av artikel 253 EG utgör en tillräcklig grund för att inte godta detta skäl för ogiltigförklaring.

508 Det är således endast i andra hand som kommissionen summariskt undersökt dessa argument.

509 När det gäller sökandens påstående att analysen måste vara detaljerad, har kommissionen hänvisat till de synpunkter den har lagt fram under föregående grund.

510 Det faktum att kommissionen i meddelandet om invändningar inte har beaktat att en dominerande ställning eventuellt skulle kunna skapas saknar samband med att

skälen i beslutet är tillräckliga. Vad beträffar kommissionens påstådda antagande att den inte hade tillräckliga bevis för att utveckla sina slutsatser om att det inte redan fanns en kollektiv dominerande ställning har kommissionen hänvisat till diskussionen om analysen av den kommande utvecklingen.

511 Den ökade koncentrationsnivån på marknaderna för inspelad musik och graden av symmetri beträffande marknadsandelar samt ett eventuellt ökat ömsesidigt beroende skulle inte i någon större utsträckning bidra till att undanröja de hinder för samordning som togs upp i analysen angående att det eventuellt redan fanns en kollektiv dominerande ställning, det vill säga komplexiteten och bristen på bevis på tillräcklig insyn i det allmänna prissättningsförfarandet (listpris plus fast rabatt plus kampanjrabatt) för enskilda kunder och enskilda album över tiden.

512 Även om en mer koncentrerad marknad rent teoretiskt skulle kunna ändra incitamenten att följa en gemensam handlingslinje, skulle den inte i förevarande fall ha någon märkbar effekt på det grundläggande hindret som följer av oförmågan hos företag i oligopolsituation att spåra upp och därmed också bestraffa och avhålla från avvikelser. Då tillräcklig insyn saknas kan de stora företagen inte vara säkra på att någon av de övriga inte försöker dra nytta av både de långsiktiga fördelarna med en tyst samverkan och de kortsiktiga fördelarna med att sälja till lägre priser än konkurrenterna, och just denna osäkerhet gör den tysta samverkan bräcklig och omöjlig att upprätthålla.

513 Sökandens anmärkningar angående symmetrin kan inte heller godtas av det skälet att det inte finns något tydligt samband mellan symmetri och insyn.

514 Slutligen handlar sökandens övriga argument huvudsakligen om det andra och det tredje kumulativa villkoret för en varaktig kollektiv dominerande ställning. Det var emellertid inte kommissionens sak att ta ställning till dessa villkor när den redan

hade kommit fram till att det inte fanns tillräckliga bevis för att det första villkoret var uppfyllt.

3. Uppenbart oriktig bedömning

515 Sökandens påståenden om att det inte hade gjorts någon framtidsprognos måste tillbakavisas av de skäl som anförts under avsnittet om felaktig rättstillämpning.

516 Sökandens argument angående de incitament som driver företag i oligopolsituation till att anta en gemensam strategi måste på nytt avvisas av det skälet att det i dessa inte tagits hänsyn till att tillräcklig insyn saknas.

517 Enligt sökandens uppfattning — enligt vilken kommissionen borde ha kommit fram till att en kollektiv dominerande ställning skulle skapas, därför att ett minskat antal stora företag rent allmänt skulle öka sannolikheten för tyst samordning, om inte koncentrationen har andra egenskaper som gör en tyst samordning mindre trolig — har de specifika egenskaperna hos de olika villkoren för en varaktig kollektiv dominerande ställning felbedömts. En ökad koncentrationsgrad på de aktuella marknaderna borde inte föra med sig en motsvarande sänkning av beviskraven för det särskilda villkoret angående tillräcklig insyn, om det inte har visats att en sådan ökad koncentration i sig avsevärt ändrar bedömningen av detta sistnämnda villkor.

- 518 Slutligen har kommissionen påpekat att beslutets lagenlighet inte kan bedömas med ledning av de preliminära slutsatserna i de båda meddelandena om invändningar, varav den ena utfärdades för fyra år sedan i ett annat ärende.

C — *Intervenienternas argument*

- 519 Intervenienterna har gjort gällande att beslutet om att inleda etapp II av undersökningen visar att kommissionen redan från början undersökte såväl möjligheten att en kollektiv dominerande ställning skulle skapas som att den skulle förstärkas. Kommissionen har med rätta inriktat sig på marknadens inneboende egenskaper och särskilt frågan huruvida det fanns tillräcklig insyn i priserna för att möjliggöra en tyst samordning (domen i det ovan i punkt 246 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 227). Eftersom marknadens egenskaper i prishänseende inte ger stöd åt slutsatsen att det hade funnits en samverkan tidigare konstaterade kommissionen helt riktigt att det minskade antalet stora företag från fem till fyra inte var tillräckligt för att överbygga de faktiska hindren för en tyst samverkan (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkterna 75 och 76).
- 520 Marknadens egenskaper kommer att förbli oförenliga med en tyst samordning såväl vad gäller priser som andra faktorer (till exempel antal, originalitet, kreativitet, kulturell mångfald hos de nya skivsläppen och kontraktering av artister). Bland dessa faktorer har intervenienterna gjort gällande att inspelad musik är en heterogen produkt, att de stora bolagen har ett starkt incitament att maximera försäljningen av "hits", att beslut om priser och rabatter har anpassats för varje skivsläpp, såväl vid utsläppandet på marknaden som under dess livslängd och för varje enskild detaljhandlare, att skivbolagen har ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller listpriset när skivan släpps och över tiden, vilket återspeglar marknadsföringspersonalens subjektiva omdöme, att alla bolag lämnar olika slags rabatter och ersättningar som deras konkurrenter inte känner till och som varierar över tiden, alltefter album och detaljhandlare, och slutligen, eftersom rabatterna är oförutsägbara och osynliga, att man inte kan dra några tillförlitliga slutsatser om nettopriserna genom att studera listpriserna, så att även om en samordning av

listpriserna hade ägt rum skulle detta inte ha haft någon inverkan på de faktiska priserna (se även bilaga C.4, s. 6).

D — Förstainstansrättens bedömning

521 Sökanden har i huvudsak anfört att påståendet att koncentrationen inte skulle leda till att det skapades en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik inte är tillräckligt motiverat och innehåller en uppenbart oriktig bedömning samt att kommissionen därigenom gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

522 Det finns skäl att påminna om att kommissionen, när den bedömer risken för att en kollektiv dominerande ställning skapas, skall "bedöma, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling, om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma marknadsstrategi och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter" (domen i det ovan i punkt 245 nämnda målet Kali & Salz, punkt 221, domen i det ovan i punkt 246 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 163, och domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 59). Den analys av den kommande utvecklingen avseende kollektiv dominerande ställning, vilken kommissionen skall göra i samband med kontrollen av företagskoncentrationer "förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden" (domen i det ovan i punkt 245 nämnda målet Kali & Salz, punkt 222, och domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63).

- 523 Detta gäller särskilt "eftersom det inte är fråga om att undersöka tidigare händelser, avseende vilka det ofta förekommer ett stort antal uppgifter som gör det möjligt att förstå orsakerna, eller ens rådande omständigheter, utan om att förutse framtida händelser, vilka kan inträffa, med större eller mindre sannolikhet, såvida det inte antas ett beslut som förbjuder den planerade koncentrationen eller fastställer villkor för att genomföra den" (domen i det ovan i punkt 232 nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 42). "En sådan prognos innebär [således] att det är nödvändigt att föreställa sig olika händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast" (domen i det ovan i punkt 232 nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 43).
- 524 Det är mot bakgrund av ovanstående överväganden som förstainstansrätten skall pröva om kommissionen på ett riktigt sätt har analyserat risken för att en kollektiv dominerande ställning skapas.
- 525 Det skall inledningsvis noteras att den undersökning som företogs i detta avseende var mycket summarisk.
- 526 Kommissionen har i skäl 156 anfört, att "frågan om huruvida koncentrationen i förevarande fall leder till att en kollektiv dominerande ställning skapas beror huvudsakligen på marknadens egenskaper".
- 527 Kommissionens analys i detta avseende begränsar sig till de överväganden i skäl 157 i beslutet som har följande lydelse:

"Liksom analysen av en förstärkning av en kollektiv dominerande ställning visar, går det inte utifrån den iakttagbara graden av parallitet vad beträffar de genomsnittliga priserna att sluta sig till att de stora skivbolagen för närvarande har en kollektiv dominerande ställning på marknaderna för inspelad musik. De stora skivbolagens minskade antal från fem till fyra leder till en ökad insyn, eftersom antalet bilaterala

konkurrensförbindelser sjunker från 10 till 6. I princip kommer det därmed att bli enklare att övervaka marknaden. Som behandlats i avsnittet om förstärkningen av en kollektiv dominerande ställning, har marknaderna för inspelad musik vissa egenskaper som tyder på att det finns gynnsamma villkor för att en kollektiv dominerande ställning skall föreligga. Kommissionen har emellertid inte funnit tillräckliga bevis för att de fem stora skivbolagen tidigare innehaft en kollektiv dominerande ställning. Detta beror främst på de konstaterade bristerna när det gäller faktisk insyn, på produktens delvis heterogena egenskaper och på bristen på bevis på att det tidigare förekommit motåtgärder. Med hänsyn till att de stora skivbolagen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik, har kommissionen inte funnit tillräckliga bevis för att minskningen av antalet skivbolag från fem till fyra skulle utgöra en tillräckligt stor förändring för att en kollektiv dominerande ställning troligtvis skulle skapas samtidigt som den tagit hänsyn till det faktum att en samordning rent allmänt skulle bli enklare mellan de fyra återstående aktörerna. Kommissionen har särskilt inte funnit tillräckliga bevis för att övergången från fem till fyra stora skivbolag skulle öka möjligheten till insyn och motåtgärder i så pass hög grad att man måste föregripa en kollektiv dominerande ställning för de fyra återstående stora skivbolagen.”

528 Förstainstansrätten konstaterar att dessa få synpunkter, som är alldeles för ytliga, och faktiskt av rent formellt slag, inte kan anses vara tillräckliga för att uppfylla kommissionens skyldighet att göra en analys av den kommande utvecklingen och att företa en grundlig undersökning av omständigheterna, som, beroende på varje enskilt fall, visar sig vara relevanta för att bedöma koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden, särskilt som koncentrationen i förevarande fall vållar allvarliga problem. Oberoende av förstainstansrättens bedömning av den första grunden, framgår det både av den omständigheten att kommissionen har tvingats till utförliga redogörelser i beslutet för att kunna dra slutsatsen att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning före sammanslagningen och av det faktum att den i meddelandet om invändningar, efter fem månaders utredning, drog slutsatsen att det redan fanns en sådan ställning, att frågan huruvida det föreligger en risk för att sammanslagningen mellan två av de fem stora företagen skapar en kollektiv dominerande ställning *a fortiori* vållar allvarliga problem som kräver en mer ingående undersökning. Eftersom en sådan undersökning inte har gjorts följer det redan av detta enda skäl att den andra grunden är berättigad.

529 I fullständighetens intresse skall förstainstansrätten ändå pröva om slutsatserna vad gäller insynen och motåtgärderna också innehåller en felaktig rättstillämpning eller oriktig bedömning.

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

531 När det gäller insynen skall det först erinras om, vilket redan konstaterats i samband med den första grunden, att kommissionens slutsats att insynen minskar så pass mycket på grund av kampanjrabatterna att en kollektiv dominerande ställning förhindras inte är tillräckligt motiverad och innehåller uppenbart oriktiga bedömningar.

532 När det vidare gäller bedömningen av risken för att en kollektiv dominerande ställning skapas kan kommissionen inte enbart grunda sig på den rådande situationen utan är tvungen att göra en analys av den kommande utvecklingen och ta hänsyn till de förändringar som den aktuella koncentrationen skulle leda till. I skäl 157 i beslutet tas angående detta också upp, även om det är minst sagt kortfattat, att en samordning mellan de fyra återstående aktörerna rent allmänt skulle bli enklare. Beslutet innehåller emellertid inte någon utredning av frågan huruvida koncentrationen, framför allt därför att den innebär att antalet album som skall övervakas minskar, kommer att medföra tillräcklig insyn i marknaden för att möjliggöra att en kollektiv dominerande ställning skapas. Det skall dessutom i detta avseende erinras om att kommissionen i meddelandet om invändningar konstaterade följande:

”Den föreslagna koncentrationen kommer att underlätta övervakningen av prisordningen, eftersom vart och ett av de stora företagen endast behöver ta hänsyn till beteendet vad gäller de tre övriga stora företagens prissättning. Som en följd av detta kommer listpriserna att i ännu högre grad fokuseras på ett mycket begränsat prisintervall för de flesta av de bästsäljande albumen. Insynen i rabatterna kommer också att öka, eftersom de stora företagen endast behöver övervaka de tre övriga stora företagen vid sina affärsbesök och i sina kontakter med detaljhandlarna.”

533 Av detta följer att anmärkningarna angående insynen inte ger stöd åt bedömningen att det saknas risk för att koncentrationen skapar en kollektiv dominerande ställning.

534 När det gäller motåtgärder skall det först och främst konstateras att kommissionens påstående i svarsinlagan, att den inte har tagit ställning till om de olika tänkbara repressalierna var tillräckliga och att dess bedömning inte gällde denna aspekt, såsom framgår av skäl 157 i beslutet, inte överensstämmer med beslutet.

535 Kommissionens och intervenienternas argument att det inte var nödvändigt att utreda frågan om motåtgärder när kommissionen redan hade kommit fram till att den inte hade några bevis för att prissättningen var tillräckligt öppen för att möjliggöra en effektiv övervakning, måste avvisas, eftersom beslutet uttryckligen grundar sig på att det saknas motåtgärder och förstainstansrätten inte kan ersätta sin bedömning med kommissionens och korrigera beslutet. Under alla omständigheter kan argumentationen inte godtas, eftersom förstainstansrätten redan har slagit fast

att påståendet att marknaden inte var tillräckligt öppen eller, *a fortiori*, att den inte skulle bli det till följd av sammanslagningen inte är tillräckligt motiverat och innehåller en uppenbart oriktig bedömning.

536 Det skall vidare noteras att kommissionen i beslutet endast har hänvisat till den undersökning som gjordes angående huruvida en kollektiv dominerande ställning förelåg och angett att den inte har funnit tillräckliga bevis på att koncentrationen skulle underlätta ”motåtgärder i så pass hög grad att man måste föregripa en kollektiv dominerande ställning för de fyra återstående stora skivbolagen”.

537 Kommissionen har dock inom ramen för denna undersökning, vilket också framgår av den första grunden, inte inriktat sig på att kontrollera om det finns effektiva avskräckande metoder utan att söka efter bevis på att motåtgärder vidtagits tidigare. Detta angreppssätt utgör i alla händelser en felaktig tolkning av villkoret i domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet *Airtours* mot kommissionen beträffande undersökningen av en fastställelse av att en kollektiv dominerande ställning skapas, eftersom en sådan skall grunda sig på en analys av den kommande utvecklingen. Det står emellertid klart att sökandet efter bevis, i detta sammanhang, på att motåtgärder vidtagits tidigare inte kan utgöra ett giltigt test, eftersom villkoret mycket väl kan uppfyllas utan att det har funnits några motåtgärder tidigare. Eftersom bedömningen av risken för att det skapas en kollektiv dominerande ställning genom en koncentration definitionsmässigt inte grundar sig på om det tidigare förekommit en gemensam policy, saknar kriteriet att motåtgärder inte vidtagits tidigare all relevans. Beslutet är således felaktigt på denna punkt.

538 Det framgår dessutom av beslutet och av handlingarna i målet att sådana trovärdiga och effektiva avskräckande metoder faktiskt verkar finnas i förevarande fall, särskilt

möjligheten att vidta sanktionsåtgärder mot det avvikande skivbolaget genom att utesluta det från att delta i samlingsalbum. I meddelandet om invändningar klargjorde kommissionen för övrigt hur effektiv denna avskräckande metod var, och beslutet lämnar ingen närmare förklaring till varför det slutligen inte skulle vara så. Tvärtom bekräftas genom bedömningarna i skälen 115–118 i beslutet hur effektiv en sådan metod är. Efter att i skälen 115 och 116 i beslutet ha klarlagt hur ekonomiskt betydelsefulla samlingsalbum med flera artister eller märken är, då de utgör ungefär 15–20 procent av den totala marknaden för inspelad musik, och betonat att det faktum att artister ”som tillhör” olika skivbolag förekommer på ett album tycks vara en viktig framgångsfaktor för ett samlingsalbum, har kommissionen i skäl 117 i beslutet anfört att ”om ett av de stora företagen avviker konstant kan de övriga stora skivbolagen utestänga detta sistnämnda från att vara med och bilda nya gemensamma företag eller förvägra denne rätten att använda deras titlar i ett samlingsalbum, eller till och med få vissa befintliga gemensamma företag att upphöra”. Slutligen angavs i skäl 118 i beslutet att kommissionen dock inte funnit något bevis på att andra av de stora företagen tidigare uteslutits från ett gemensamt företag för samlingsalbum, och inte heller på något spår av hot i det avseendet, samtidigt som den klargjort att ”dessa åtgärder [rent allmänt skulle] kunna utgöra trovärdiga motåtgärder på marknaderna för inspelad musik”.

539 Kommissionen kan följaktligen inte, utan att göra något fel, grunda sig på att det inte finns några bevis på att det förekommit motåtgärder tidigare för att fastslå att koncentrationen inte medförde en risk för att en kollektiv dominerande ställning skapades.

540 Förstainstansrätten erinrar dessutom om att, vilket också konstaterats i samband med den första grunden, det i beslutet inte nämns ett enda fall där ett av de stora företagen har gjort avsteg från den gemensamma prispolitiken utan att detta medfört att en motåtgärd vidtagits, och kommissionen, som utfrågades angående detta i förstainstansrätten, har inte kunnat hänvisa till någon som helst kontroll för att kunna dra slutsatsen att det inte fanns något som tydde på att det tidigare förekommit motåtgärder eller hot i det avseendet.

- 541 Av ovanstående framgår att talan om ogiltigförklaring skall bifallas även på den andra grunden.

IV — *Allmän slutsats*

- 542 Av vad som anförts ovan följer att talan skall bifallas på den första och den andra grunden, eftersom beslutet dels är bristfälligt motiverat, dels innehåller en uppenbart oriktig bedömning i den mån de uppgifter som ligger till grund för beslutet inte utgör samtliga relevanta uppgifter som bör tas i beaktande, och inte är tillräckliga för att stödja de slutsatser som dragits av dem.
- 543 Av detta följer att, utan att det finns skäl att pröva grunden som avser förstärkning eller skapande av en kollektiv dominerande ställning på grossistmarknaden för nätmusiklicenser och grunden som avser Sonys och BMG:s samordning av sina respektive verksamheter på området för musikutgivning, att beslutet skall ogiltigförklaras.

Rättegångskostnader

- 544 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3, i ovannämnda regler, kan förstainstansrätten dock besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad om parterna tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det. I artikel 87.4 i rättegångsreglerna föreskrivs slutligen att förstainstansrätten kan besluta att även andra intervenienter skall bära sina rättegångskostnader.

545 I förevarande fall skall beslutet ogiltigförklaras, och sökanden har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Det skall emellertid tas hänsyn till följande omständigheter.

546 När det gäller sökanden skall det konstateras att den varit mycket angelägen om att ärendet skall behandlas genom ett skyndsamt förfarande men har samtidigt inte rättat sig efter detta, trots att förstainstansrätten i sitt beslut om att bevilja ansökan om skyndsamt förfarande uttryckligen påpekade att beslutet kunde upphävas med hänsyn till ärendets utveckling. Även om förstainstansrätten visserligen kunde ha stoppat det skyndsamma förfarandet var det nödvändigt att ta hänsyn till att ärendet objektivt sett var brådskande och att de övriga parterna redan hade lagt ner stor möda, vilket gjorde att detta blev allt mindre lämpligt allteftersom tiden gick. Men sökanden intog under förfarandets gång en hållning, som knappast var förenlig med ett skyndsamt förfarandes innehåll och syfte.

547 För det första överskred ansökans omfång samt antalet grunder och argument vida de rekommenderade normerna för behandling genom ett skyndsamt förfarande, och sökanden lämnade inte in någon förkortad version av sin ansökan eller drog tillbaka några grunder.

548 För det andra begärde sökanden att man skulle ändra en åtgärd för processledning som kommissionen, intervenienterna och förstainstansrätten hade förhandlat om och genomfört, både genom notväxling och genom ett informellt sammanträde i förstainstansrätten, i syfte att ge tillgång till vissa handlingar eller konfidentiella uppgifter, en begäran som de övriga parterna invände starkt emot och vilken sökanden slutligen drog tillbaka.

- 549 För det tredje, efter att ha begärt och fått rätten att inkomma med en replik angående bevisning som kommissionen lagt fram till sitt försvar, något som är ovanligt i samband med ett skyndsamt förfarande, invände sökanden felaktigt mot att kommissionen i enlighet med principen om kontradiktoriskt förfarande kunde lämna in kompletterande synpunkter som svar.
- 550 För det fjärde, efter att ha varit angelägen om att snabbt få till stånd en förhandling, var sökanden inte tillgänglig på något av de fyra datum som förstainstansrätten hade föreslagit, vilket på så sätt fördröjde förhandlingen med flera månader.
- 551 För det femte, när sökanden efter att undantagsvis ha beviljats att få inge synpunkter efter förhandlingen, på villkoret att de var strikt begränsade till att gälla kommissionens svar på de skriftliga frågorna från förstainstansrätten, ingav sökanden, vilket kommissionen med rätta påpekat, en inlägga på över 50 sidor, i vilken den särskilt framförde flera argument och bevis som saknade samband med de aktuella frågorna samt lade fram nya argument och bevis.
- 552 Även om sökanden har vunnit framgång vad beträffar kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik, har dess yrkanden om att från handlingarna i målet avlägsna all bevisning som kommissionen lagt fram som bilaga till sitt svaromål avslagits. Likaledes är dess yrkanden angående Sonys påstådda egna dominans på marknaderna för musik på nätet uppenbart ogrundade, om det så endast är av det skälet att SonyConnect vid den tidpunkt då beslutet antogs inte

hade någon marknadsandel medan andra aktörer, främst Apple, redan innehade en betydande ställning.

553 När det gäller kommissionen är det beklagligt att dess anmärkningar skiljer sig på flera punkter, ibland ganska mycket, från bedömningarna i beslutet, vilket har tvingat sökanden och förstainstansrätten till att kontinuerligt göra kontroller utöver det vanliga. Påståendena om att kommissionen — på grund av det faktum att användningen av avskräckande metoder som bestod i att utesluta den medlem som avvek från den gemensamma policyn för samlingsalbum, vilket kunde medföra att man gick miste om de fördelar som ett samlingsalbum gav — inte kunde slå fast att det rörde sig om en trovärdig metod eller tog ställning i frågan om motåtgärder, stämmer uppenbarligen inte med beslutet där det görs gällande att kommissionen inte funnit något bevis på att sådana använts. I beslutet medges tvärtom hur effektiv denna avskräckande metod är (vilket för övrigt uttryckligen redan konstaterats i punkterna 128–132 i meddelandet om invändningar). Likaledes stämmer inte kommissionens påstående att den i skäl 169 i beslutet slog fast att insynen i marknaden för nätmusiklicenser är begränsad, på grund av att det inte finns något allmänt känt bruttopris på licenser, med det påstående som också finns i beslutet att ”insynen [...] i alla händelser [är] större på marknaden för nätmusiklicenser än på den traditionella marknaden för inspelad musik”.

554 Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser förstainstansrätten att det är skäligt med hänsyn till omständigheterna i fråga att besluta att kommissionen å ena sidan skall bära sin rättegångskostnad och ersätta tre fjärdedelar av sökandens rättegångskostnader, och å andra sidan att intervenienterna skall bära sina rättegångskostnader i enlighet med artikel 87.4 i rättegångsreglerna.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

- 1) **Kommissionens beslut K(2004) 2815 av den 19 juli 2004 om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (ärende nr COMP/M.3333 – Sony/BMG) ogiltigförklaras.**
- 2) **Kommissionen skall bära sin rättegångskostnad och ersätta tre fjärdedelar av sökandens rättegångskostnad.**
- 3) **Sökanden skall bära en fjärdedel av sin rättegångskostnad.**
- 4) **Intervenienterna skall bära sina rättegångskostnader.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 juli 2006.

E. Coulon

Justitiesekreterare

M. Jaeger

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II - 2300
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 2303
Rättslig bedömning	II - 2307
I — Bevisning som bilagts svaromålet	II - 2308
A — Parternas argument	II - 2308
B — Förstainstansrättens bedömning	II - 2309
II — Den första grunden, som avser en förstärkning av en redan befintlig kollektiv dominerande ställning på marknaden för inspelad musik	II - 2311
A — Sökandens argument	II - 2312
1. Den första delgrunden	II - 2312
a) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten	II - 2313
Produktens homogenitet	II - 2314
Insyn	II - 2314
Avskräckande faktorer	II - 2315
Motvikter	II - 2315
b) Uppenbart oriktig bedömning	II - 2316
Produktens homogenitet	II - 2316
Insyn	II - 2317
— Allmän argumentation	II - 2317
— Allmänna synpunkter på den nya bevisningen	II - 2320
— Individuell prövning av de olika bevisen	II - 2324
	II - 2487

Avskräckande faktorer	II - 2333
Motvikter	II - 2333
Grundlig analys av gemensam policy saknas	II - 2334
c) Felaktig tillämpning av gemenskapsrätten i fråga om kollektiv dominerande ställning	II - 2335
2. Den andra delgrunden	II - 2336
B — Kommissionens argument	II - 2337
1. Kommissionens beslut och bevisning som ligger till grund för beslutet	II - 2337
a) Sammanhang	II - 2337
b) De fem stora marknaderna (Tyskland, Förenade kungariket, Frankrike, Italien, och Spanien)	II - 2338
Samordning av de genomsnittliga nettopriserna och listpriserna	II - 2338
Komplexitet och listpriser	II - 2339
Samordning och det komplicerade rabattsystemet	II - 2341
Insyn i rabatterna	II - 2350
Strukturella samband	II - 2353
Motåtgärder	II - 2354
c) Övriga medlemsstater	II - 2355
2. Oriktig framställning av beslutet i ansökan	II - 2356
3. Den första delgrunden	II - 2357
a) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten	II - 2357
Produktens homogenitet	II - 2359
Insyn	II - 2360
Avskräckande faktorer	II - 2361
Motvikter	II - 2361

b)	Uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning ...	II - 2362
	Produktens homogenitet	II - 2363
	Insyn	II - 2363
	Avskräckande faktorer och motviktter	II - 2373
	Analys av den gemensamma strategin	II - 2373
4.	Den andra delgrunden	II - 2375
C —	Intervenienternas argument	II - 2375
1.	Inledande synpunkter	II - 2375
2.	Prövning av sökandens argument	II - 2378
a)	Kampanjrabatterna	II - 2378
b)	Anpassning förekommer inte	II - 2379
c)	Insyn saknas	II - 2380
3.	Olika aspekter som inte nämnts i beslutet	II - 2380
D —	Förstainstansrättens bedömning	II - 2381
1.	Allmänna synpunkter	II - 2381
2.	Begreppet kollektiv dominerande ställning	II - 2382
3.	Kommissionens beslut	II - 2385
4.	Insyn	II - 2392
a)	Invändningen om bristfällig motivering	II - 2392
b)	Invändningen om en uppenbart oriktig bedömning	II - 2407
	Insynsfaktorer som tagits upp i beslutet	II - 2411
	Faktorer som hindrar insyn i marknaden	II - 2418
	— Bristande insyn i kampanjrabatterna	II - 2430
	— Kampanjrabatternas relevans	II - 2444
c)	Slutsatser angående insynen	II - 2453
		II - 2489

5. Homogenitet	II - 2453
6. Motåtgärder	II - 2454
7. Slutsats angående den första grunden	II - 2458
III — Den andra grunden, om att en kollektiv dominerande ställning på marknaderna för inspelad musik skapas	II - 2461
A — Sökandens argument	II - 2461
1. Felaktig rättstillämpning	II - 2461
a) Analys av den kommande utvecklingen saknas	II - 2462
b) Insyn	II - 2463
c) Motåtgärder	II - 2463
d) Motvikter	II - 2464
2. Åsidosättande av motiveringsskyldigheten	II - 2464
3. Uppenbart oriktig bedömning	II - 2467
B — Kommissionens argument	II - 2468
1. Felaktig rättstillämpning	II - 2468
a) Analys av den kommande utvecklingen saknas	II - 2468
b) Insyn	II - 2470
c) Avskräckande faktorer och motvikter	II - 2470
2. Åsidosättande av motiveringsskyldigheten	II - 2471
3. Uppenbart oriktig bedömning	II - 2473
C — Intervenienternas argument	II - 2474
D — Förstainstansrättens bedömning	II - 2475
IV — Allmän slutsats	II - 2482
Rättegångskostnader	II - 2482