

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

13 juli 2006\*

In zaak T-464/04,

**Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, internationale vereniging)**, gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door S. Crosby en J. Golding, solicitors, en I. Wekstein-Steg, advocaat,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door A. Whelan en K. Mojzesowicz als gemachtigden,

verweester,

\* Procestaal: Engels.

ondersteund door

**Bertelsmann AG**, gevestigd te Gütersloh (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Boyce, solicitor, P. Chappatte en D. Loukas, advocaten,

en door

**Sony BMG Music Entertainment BV**, gevestigd te Vianen (Nederland),

en

**Sony Corporation of America**, gevestigd te New York, New York (Verenigde Staten),

vertegenwoordigd door N. Levy, barrister, R. Snelders en T. Graf, advocaten,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2004) 2815 van de Commissie van 19 juli 2004 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M.3333 — Sony/BMG),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, J. Azizi en E. Cremona, rechters,  
griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 september 2005,

het navolgende

## **Arrest**

### **Feiten**

- <sup>1</sup> Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) is een internationale vereniging naar Belgisch recht die 2 500 onafhankelijke platenmaatschappijen groepeert.
- <sup>2</sup> Op 9 januari 2004 hebben Bertelsmann AG en Sony Corporation of America, die behoort tot het Sony-concern (hierna: „Sony”), hun voorgenomen concentratie bij de Commissie aangemeld overeenkomstig artikel 4 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1), zoals gerectificeerd (PB 1990,

L 257, blz. 13) en zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1; hierna: „concentratieverordening”). Met deze concentratie beoogden zij hun wereldwijde activiteiten inzake muziekopnames te groeperen.

- 3 Bertelsmann is een internationaal mediabedrijf dat wereldwijd actief is op het gebied van muziekopnames en -uitgeverij, televisie, radio, het uitgeven van boeken en tijdschriften, druk- en mediadiensten, boeken- en muziekclubs. De activiteiten van Bertelsmann op het gebied van muziekopnames zijn gebundeld in haar volle dochteronderneming Bertelsmann Music Group (BMG). De platenmaatschappijen van BMG omvatten onder meer Arista Records, Jive Records, Zomba en Radio Corporation of America (RCA).
- 4 Sony is wereldwijd actief op het gebied van muziekopnames en -uitgeverij, industriële en consumentenelektronica en de amusementssector. Op het gebied van muziekopnames ontplooit de onderneming haar activiteiten via Sony Music Entertainment. De platenmaatschappijen van Sony omvatten Columbia Records Group, Epic Records Group en Sony Classical.
- 5 De voorgestelde operatie houdt in dat de wereldwijde activiteiten van de partijen bij de concentratie op het gebied van muziekopnames (met uitzondering van Sony's activiteiten in Japan) worden ondergebracht in drie of meer ondernemingen, opgericht volgens een „Business Contribution Agreement” (overeenkomst inzake integratie van de activiteiten) van 11 december 2003. Het is de bedoeling dat deze joint ventures tezamen worden geëxploiteerd onder de naam Sony BMG.
- 6 Volgens de overeenkomst zal Sony BMG actief zijn op het gebied van het scouten van talent en de ontwikkeling van artiesten [artistiek management, A & R (artiest en repertoire) genaamd] en de daaruit voortvloeiende promotie en verkoop van muziekopnames. Zij zal zich niet bezighouden met aanverwante activiteiten als muziekuitgeverij, productie en distributie.



- 7 Op 20 januari 2004 heeft de Commissie een aantal actoren op de markt een vragenlijst toegezonden. Verzoekster heeft op deze vragenlijst geantwoord en heeft op 28 januari 2004 afzonderlijke opmerkingen ingediend (bijlage A5), waarin zij uiteenzette waarom de Commissie volgens haar de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt diende te verklaren. Verzoekster drukte daarin haar bezorgdheid uit over de toegenomen concentratie op de markt en de weerslag die dit zou hebben voor de toegang tot de markt, ook in de distributiesector en de media en op het internet, alsook voor de consumentenkeuze.
- 8 Bij beschikking van 12 februari 2004 heeft de Commissie geconcludeerd dat ernstige twijfels bestonden over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt en de werking van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) en overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening de procedure ingeleid.
- 9 Op 24 mei 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan de partijen bij de concentratie gezonden, waarin zij voorlopig concludeerde dat de aangemelde concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst aangezien zij een collectieve machtspositie op de markt van de muziekopnames en op de groothandelsmarkt voor licenties voor onlinemuziek zou versterken en op een met artikel 81 EG onverenigbare wijze zou leiden tot een coördinatie van het gedrag van de moedermaatschappijen.
- 10 De partijen bij de concentratie hebben op de mededeling van punten van bezwaar geantwoord en op 14 en 15 juni 2004 heeft een hoorzitting onder leiding van de raadadviseur-auditeur plaatsgevonden, waarop onder meer verzoekster aanwezig was.
- 11 Bij beschikking van 19 juli 2004 (hierna: „beschikking”) heeft de Commissie de concentratie op grond van artikel 8, lid 2, van de verordening verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.

- 12 Op haar op 26 juli 2004 ingediende verzoek heeft verzoekster op 23 september 2004 een niet-vertrouwelijke kopie van de beschikking ontvangen.

### **Procesverloop en conclusies van partijen**

- 13 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 december 2004, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 14 Bij afzonderlijke akte van dezelfde dag heeft verzoekster op grond van artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een verzoek ingediend om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen.
- 15 Bij brief van 17 december 2004 heeft de Commissie haar twijfels geuit over de vraag of het wel passend is om in het onderhavige geval de versnelde procedure toe te passen, waarbij zij met name heeft gewezen op de complexiteit van de zaak alsook op de moeilijkheden die voortvloeien uit het feit dat zij de gronden van haar beschikking slechts kan uiteenzetten aan de hand van een hele reeks ingewikkelde gegevens en dat een dergelijk verweer bovendien delicate onderhandelingen met de partijen bij de concentratie en derden noodzakelijk maakt betreffende de mate waarin de Commissie vertrouwelijke informatie openbaar kan maken.
- 16 Bij memories, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10, 11 en 19 januari 2005, hebben Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment en Sony Corporation of America verzocht om te worden toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. Deze verzoeken zijn ingewilligd bij beschikking van de president van de Derde kamer van 4 februari 2005.

- 17 In de tussentijd heeft het Gerecht bij beschikking van 13 januari 2005 bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 64, lid 3, sub e, van het Reglement voor de procesvoering de partijen uitgenodigd om deel te nemen aan een informele bijeenkomst op 24 januari 2005 teneinde de mogelijkheid te onderzoeken om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen, met name rekening houdend met de door de Commissie aangevoerde vertrouwelijkheid van bepaalde elementen van het dossier.
- 18 Bij memorie, ingediend op 18 januari 2005, heeft de Commissie in gezamenlijk overleg met verzoekster verzocht om maatregelen tot organisatie van de procesgang. Zij verzocht in wezen dat het haar zou worden toegestaan de haar meegedeelde vertrouwelijke stukken en informatie uitsluitend te bezorgen aan de raadslieden van verzoekster, met uitsluiting van verzoekster zelf.
- 19 Bij beschikking van 24 januari 2005 heeft het Gerecht, met name gelet op het akkoord tussen verzoekster en de interveniënten, het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang ingewilligd. Het heeft ook het verzoek om toepassing van de versnelde procedure ingewilligd, met dien verstande dat deze beslissing te allen tijde kon worden herzien naar gelang van het verloop van de zaak en van de procedure. Tevens werd een datum vastgesteld voor de indiening van de memories.
- 20 Bij memorie, ingediend op 11 februari 2005, heeft verzoekster verzocht om wijziging van de maatregel tot organisatie van de procesgang. Bij brief van 18 februari 2005 hebben verweerster en de interveniënten hun opmerkingen over dit verzoek ingediend. Bij brief van 22 februari 2005 heeft verzoekster haar verzoek tot wijziging van de maatregel tot organisatie van de procesgang ingetrokken.
- 21 Op 11 februari 2005 heeft de Commissie haar verweerschrift ingediend. Op 25 februari 2005 hebben Bertelsmann, Sony BMG en Sony hun memorie in interventie ingediend.

- 22 In de tussentijd had verzoekster, bij brief van 15 februari 2005, verzocht om opmerkingen te mogen indienen over de nieuwe gegevens die in het verweerschrift van de Commissie vervat waren. Bij beschikking van 21 februari 2005 heeft het Gerecht dit verzoek ingewilligd en verweerster de mogelijkheid verleend om tot 4 maart 2005 een verzoek in te dienen om aanvullende opmerkingen te maken, wat deze laatste daadwerkelijk heeft gedaan. Bij brief van 1 maart 2005 heeft verzoekster zich tegen dit verzoek verzet. Op 14 maart 2005 heeft de Commissie haar aanvullende opmerkingen ingediend.
- 23 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het de Commissie verzocht om een aantal documenten over te leggen en schriftelijk te antwoorden op een reeks schriftelijke vragen.
- 24 Bij brief van 19 september 2005 heeft de Commissie verzocht om verlenging van de termijn voor de indiening van haar antwoorden op de vragen van het Gerecht, wat haar is toegestaan. Bij brief van 21 september 2005 heeft de Commissie haar antwoorden op de vragen van het Gerecht ingediend.
- 25 Ter terechtzitting van 25 september 2005 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.
- 26 Na de terechtzitting heeft de Commissie bij brief van 26 september 2005 een aantal stukken neergelegd en verzocht om schriftelijk commentaar te mogen geven op eventuele opmerkingen van verzoekster op haar antwoord van 21 september 2005 op de schriftelijke vragen. Dit verzoek is ingewilligd.
- 27 Op 29 september 2005 heeft verzoekster opmerkingen ingediend over het antwoord van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht.

28 Op 11 oktober 2005 heeft de Commissie de opmerkingen van verzoekster over haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht becommentarieerd.

29 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de door de Commissie als bijlage bij haar verweerschrift gevoegde stukken uit de debatten te weren;
- de beschikking nietig te verklaren;
- subsidiair, de beschikking nietig te verklaren voorzover zij betrekking heeft op een van de volgende punten:
  - de collectieve machtspositie op de markt voor licenties voor onlinemuziek;
  - de individuele machtspositie op de markt voor de distributie van onlinemuziek;
  - de coördinatie van de activiteiten van de verschillende partijen bij de concentratie op het gebied van muziekkuitgaven;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

30 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep ongegrond te verklaren;
  
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

### **In rechte**

31 Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring voert verzoekster vijf middelen aan, die zijn opgedeeld in verschillende onderdelen. Met haar eerste middel stelt verzoekster dat de Commissie, door niet vast te stellen dat er vóór de voorgenomen concentratie een machtspositie bestond op de markt voor muziekopnames en dat deze zou worden versterkt, artikel 253 EG heeft geschonden, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Met haar tweede middel stelt verzoekster dat de Commissie, door er niet van uit te gaan dat de voorgenomen concentratie een collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames in het leven zou roepen, artikel 253 EG heeft geschonden, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Met het derde middel betoogt zij dat artikel 2 van de verordening is geschonden doordat de Commissie niet tot de conclusie is gekomen dat er een collectieve machtspositie op de wereldmarkt van licenties voor onlinemuziek in het leven zou worden geroepen of zou worden versterkt. Met haar vierde middel stelt verzoekster dat de Commissie, door er niet van uit te gaan dat Sony een individuele machtspositie op de markt voor de distributie van onlinemuziek zou verwerven, artikel 253 EG heeft geschonden en een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Met haar vijfde middel betoogt verzoekster dat de Commissie, door vast te stellen dat de voorgenomen concentratie niet zou leiden tot coördinatie van de activiteiten van de partijen bij de concentratie op het gebied van de muziekuitgeverij, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en artikel 81 EG juncto artikel 2, vierde alinea, van de concentratieverordening heeft geschonden.

I — *Bij het verweerschrift gevoegde bewijsstukken*A — *Argumenten van partijen*

- 32 Verzoekster merkt op dat uit het verweerschrift blijkt dat de Commissie zich tijdens de administratieve procedure heeft gebaseerd op documenten en gegevens waartoe verzoekster pas bij de ontvangst van het verweerschrift toegang heeft gekregen, hoewel zij een centrale rol hebben gespeeld aangezien zij door de Commissie zijn gebruikt als rechtvaardiging om af te wijken van het standpunt dat zij had ingenomen in de mededeling van de punten van bezwaar, namelijk dat de voorgenomen concentratie een collectieve machtspositie in het leven zou roepen of zou versterken en onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.
- 33 Verzoekster stelt dat, indien zij tijdens de administratieve procedure inzage had gekregen in deze documenten, die onvolledige en misleidende informatie bevatten, zij de fundamentele gebreken ervan had kunnen aantonen en de beschikking anders zou zijn uitgevallen of althans uitdrukkelijk de redenen had moeten vermelden waarom haar opmerkingen werden verworpen. Zij verwijt de Commissie dat zij deze documenten in handen had en zich erop heeft gebaseerd zonder ze aan een kruisonderzoek te onderwerpen of zonder derden hierover hun opmerkingen te laten maken.
- 34 Verzoekster erkent weliswaar dat de Commissie zakengeheimen dient te beschermen en niet verplicht is tijdens administratieve procedures ter controle van concentraties alle inlichtingen uit het dossier aan derden bekend te maken, maar stelt dat dit de Commissie niet het recht verleent om deze laatste de mogelijkheid te ontnemen om ter zake hun opmerkingen in te dienen. Zo zou zij bijvoorbeeld een niet-vertrouwelijke samenvatting van de betrokken informatie kunnen maken.
- 35 Verzoekster preciseert dat zij geen middel inzake schending van wezenlijke vormvoorwaarden aanvoert, maar stelt dat de nieuwe bewijsstukken door de

Commissie te laat zijn overgelegd om de beschikking ten gronde te kunnen redden en dat zij een poging vormen om de beschikking achteraf te regulariseren. Zij wijst erop dat de niet-mededeling van documenten tijdens de administratieve procedure niet kan worden gecompenseerd tijdens de gerechtelijke procedure (arrest Hof van 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 78) en stelt dan ook dat de betrokken documenten buiten beschouwing dienen te worden gelaten.

36 De Commissie concludeert tot afwijzing van dit verzoek.

#### B — *Beoordeling door het Gerecht*

37 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat de bewijsstukken waarvan verzoekster de verwijdering uit het dossier vordert, zijn opgenomen in de bijlage bij het verweerschrift dat de Commissie overeenkomstig de bepalingen van artikel 46 van het Reglement voor de procesvoering heeft ingediend. Verzoekster legt niet uit waarom de overlegging van deze stukken door de Commissie in strijd is met het Reglement voor de procesvoering.

38 Verder is niet duidelijk waarom verzoekster verwijdering van deze stukken uit het dossier vordert en zelfs niet wat de zin van deze vordering is.

39 In de eerste plaats betoogt verzoekster weliswaar dat de overgelegde stukken een poging vormen om de beschikking achteraf te regulariseren, maar zij stelt niet dat deze stukken na de vaststelling van de beschikking zijn verzameld of opgesteld. Integendeel, zij stelt dat zij tijdens de administratieve procedure een centrale rol hebben gespeeld, aangezien de Commissie de beschikking hierop heeft gebaseerd.



Zo dit al zou vaststaan, zou deze omstandigheid evenwel hoe dan ook niet tot gevolg kunnen hebben dat deze stukken terzijde dienen te worden geschoven. Verder verwijt verzoekster de Commissie weliswaar dat zij de beschikking achteraf tracht te regulariseren, maar zij voert, althans ter ondersteuning van dit verzoek, geen schending aan van het beginsel dat een beschikking een motivering moet bevatten die in de beschikking zelf is opgenomen, en dat zij niet voor het eerst voor het Gerecht kan worden geëxpliciteerd (arrest Gerecht van september 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jurispr.* blz. II-3141, punt 95). Hoe dan ook dient een eventuele ontoereikende motivering te leiden tot de nietigverklaring van de bestreden handeling, en kan zij niet tot gevolg hebben dat de stukken buiten beschouwing worden gelaten. De vraag of de beschikking rehtens toereikend is gemotiveerd zal in casu worden onderzocht bij de bespreking van de verschillende door verzoekster aangevoerde middelen.

40 In de tweede plaats merkt verzoekster enerzijds op dat de Commissie geenszins verplicht is tijdens de administratieve procedure ter controle van concentraties alle inlichtingen uit het dossier aan derden mee te delen, maar wijst zij er anderzijds op dat volgens de rechtspraak de niet-mededeling van de stukken tijdens de administratieve procedure niet kan worden rechtgezet tijdens de gerechtelijke procedure. Zonder dat de omvang van de rechten van de verdediging of van het recht van derden om toegang te krijgen tot het dossier in concentratieprocedures hoeven te worden onderzocht, kan worden volstaan met de vaststelling dat verzoekster uitdrukkelijk stelt dat zij geen nieuw middel inzake schending van wezenlijke vormvoorwaarden wil aanvoeren. Het verzoek kan dus niet worden toegewezen voorzover het op deze grond zou zijn gebaseerd. Hoe dan ook kunnen slechts gevolgen worden verbonden aan een schending van de rechten van de verdediging indien vaststaat dat de niet-mededeling van de stukken de inhoud van de betrokken beschikking op een voor de verzoeker nadelige wijze heeft kunnen beïnvloeden, wat onmogelijk kan worden vastgesteld zonder onderzoek van deze stukken.

41 In de derde plaats stelt verzoekster dat de stukken onvolledige en misleidende informatie bevatten en dat zij, indien zij tijdens de administratieve procedure toegang tot deze documenten had gehad, de fundamentele gebreken ervan had kunnen aantonen, wat tot een andere beschikking had kunnen leiden. Deze omstandigheid kan weliswaar betekenen dat de door de Commissie aangevoerde bewijsstukken met de nodige omzichtigheid moeten worden beoordeeld, maar kan niet tot gevolg hebben dat de vordering van verzoekster wordt ingewilligd. Integendeel, dit zou verzoekster de mogelijkheid ontnemen om de gestelde

onbetrouwbaarheid of irrelevantie van de litigieuze stukken aan te tonen in het kader van haar middelen volgens welke er een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt.

<sup>42</sup> Ten slotte dient de subsidiaire vordering van verzoekster die ertoe strekt vast te stellen dat de documenten niet overtuigend of irrelevant zijn, om dezelfde redenen te worden afgewezen. Hoe dan ook betreft deze vordering de zaak ten gronde en zij zal als zodanig worden onderzocht in het kader van de verschillende middelen en argumenten die in het kader van het beroep zijn aangevoerd.

<sup>43</sup> Uit het voorgaande volgt dat de vordering van verzoekster om de door de Commissie ter ondersteuning van haar verweerschrift overgelegde stukken terzijde te schuiven of irrelevant te verklaren, dient te worden afgewezen.

## II — *Eerste middel: versterking van een reeds bestaande collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames*

<sup>44</sup> Het eerste middel omvat twee onderdelen. Het eerste onderdeel houdt in dat de Commissie ten onrechte stelt dat er vóór de voorgenomen concentratie geen sprake was van een collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames. Het tweede onderdeel houdt in dat de Commissie ten onrechte niet heeft vastgesteld dat deze reeds bestaande collectieve machtspositie door de voorgenomen concentratie zou worden versterkt.

*A — Argumenten van verzoekster*

## 1. Eerste onderdeel

- 45 Om te beginnen merkt verzoekster op dat zowel de mededeling van de punten van bezwaar als de beschikking talrijke bewijzen bevatten dat de markt voor muziekopnames vóór de concentratie alle kenmerken vertoonde van een markt waarop een collectieve machtspositie bestaat die aan de in de rechtspraak vastgestelde criteria voldoet (arrest Gerecht van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*, T-342/99, *Jurispr.* blz. II-2585).
- 46 Ten eerste blijkt uit de beschrijving van de grote maatschappijen (hierna: „majors”) dat zij alle kenmerken vertonen van een groep die een machtspositie inneemt: grote marktaandeelen, aanzienlijke financiële macht (punt 53 van de beschikking), handhaving van hoge prijzen (punt 56 van de beschikking), oligopolistische structuur (punt 148 van de beschikking) en dus onderlinge afhankelijkheid.
- 47 Ten tweede heeft de Commissie vastgesteld dat de markt alle kenmerken vertoont om stilzwijgende afspraken in de hand te werken en het toezicht op dit soort coördinatie vergemakkelijkt (punten 93-116 van de mededeling van de punten van bezwaar), en tien factoren onderzocht die wijzen op het bestaan van stilzwijgende afspraken (zie bijlage A 15) en die na de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar niet zijn veranderd. Het product heeft een homogeen formaat en de consument koopt platen van verschillende artiesten en van verschillende genres, waardoor hij een „ruimte van substitueerbare producten” creëert (punt 110 van de beschikking). De markt werkt coördinatie in de hand en deze heeft daadwerkelijk plaatsgevonden (punt 112 van de beschikking). Er is een stabiele klantenbasis (punt 112 van de beschikking) en de partijen bij de concentratie controleren de distributiemarkt (punt 113 van de beschikking).

- 48 Ten derde wijzen de prijzen op het bestaan van een collectieve machtspositie. De evolutie van de reële nettoprijzen verloopt parallel (punten 76-80 van de mededeling van de punten van bezwaar en punten 75, 82, 89, 96 en 103 van de beschikking). De prijzen waartegen de detailhandel inkoopt („published price to dealer”; hierna: „PPD”) zijn bekend en het aantal referentieprijzen is beperkt (punten 111 en 112 van de beschikking). De nettoverkooprijzen hangen nauw samen met de PPD's (punten 77, 84, 91, 98 en 105 van de beschikking). De PPD's en de reële nettoprijzen zijn nauw met elkaar verbonden en transparant en de transparantie van de gemiddelde reële nettoprijzen wordt niet aangetast door de kortingen (punten 88, 90 en 92 van de mededeling van de punten van bezwaar en voetnoten nrs. 45, 49, 52, 55 en 57 van de beschikking).
- 49 Ten vierde heeft de Commissie het bestaan vastgesteld van potentieel doeltreffende afschrikmiddelen (punten 128-132 van de mededeling van de punten van bezwaar en punt 118 van de beschikking) en zijn de majors niet blootgesteld aan deze doeltreffende drukingsmiddelen van de concurrenten.
- 50 Verzoekster stelt dat op basis van de door de Commissie aangevoerde gronden, namelijk de inhoudelijke heterogeniteit van de albums, het gebrek aan transparantie van de prijzen ten gevolge van de promotionele kortingen en het ontbreken van enig bewijs dat vergeldingsmaatregelen worden toegepast, niet kan worden uitgesloten dat er een collectieve machtspositie bestaat. De analyse van de Commissie is niet met redenen omkleed, berust op een kennelijke beoordelingsfout en geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

#### a) Schending van de motiveringsplicht

- 51 De beschikking houdt een schending in van artikel 253 EG, aangezien zij geen zodanige uiteenzetting bevat van de feitelijke en rechtselementen waarop de instelling zich heeft gebaseerd, dat toetsing door het Hof mogelijk is en zowel de lidstaten als de belanghebbende onderdanen in staat zijn kennis te nemen van de wijze waarop de gemeenschapsinstellingen het verdrag hebben toegepast (arrest Hof van 26 maart 1987, Commissie/Raad, 45/86, Jurispr. blz. 1493).

## Homogeniteit van het product

- 52 Wat in de eerste plaats de homogeniteit van het product betreft, verwijt verzoekster de Commissie dat zij niet heeft aangegeven waarom inhoudelijke heterogeniteit voor de prijzen en de transparantie belangrijker is dan het bestaan van een „ruimte van substitueerbare producten”, die inhoudt dat de meeste consumenten muziek van veel verschillende artiesten en genres kopen, of dan de homogeniteit van het formaat. De Commissie heeft evenmin aangegeven waarom de vaststelling dat de prijzen van de albums erg gestandaardiseerd zijn, zou worden ontkracht door de algemene stelling dat de prijzen afhangen van het „succes van het album”. Punt 110 van de beschikking bevat tegenstrijdige vaststellingen op dit punt.

## Transparantie

- 53 Wat in de tweede plaats de transparantie betreft, betoogt verzoekster dat de verklaringen en argumenten van de Commissie betreffende de kortingen, die alle bewijzen dat de markt transparant is zouden ontkrachten, niet toereikend zijn gemotiveerd.
- 54 Zo stelt de Commissie dat in de grote landen de transparantie van de uit de PPD's voortvloeiende prijzen teniet wordt gedaan door de promotionele kortingen, zonder evenwel de functie van deze kortingen en de betekenis ervan voor het prijssysteem uit te leggen.
- 55 Zo ook wordt voor de kleine landen niet duidelijk uitgelegd waarom de Commissie zoveel belang heeft gehecht aan de promotionele kortingen en niet aan de gewone kortingen, terwijl zij in punt 150 van de mededeling van de punten van bezwaar heeft verklaard dat, „zoals in de grotere landen, in al deze landen de gewone

kortingen het belangrijkst zijn”. Er wordt overigens geen nauwkeurige omschrijving gegeven van wat gewone kortingen zijn. Bij de beoordeling van de transparantie in de kleine landen heeft de Commissie zonder enige toelichting afwisselend de gewone en de promotionele kortingen vergeleken, zodat het niet eenvoudig is om vast te stellen of haar onderzoek betrekking heeft op de promotionele dan wel op de gewone kortingen.

- 56 Bovendien verwijst de beschikking slechts naar de bewijzen betreffende de door Sony en BMG verstrekte kortingen en laat zij de andere majors buiten beschouwing (punt 71 en voetnoot nr. 43 van de beschikking). De motivering is dus onvolledig.

#### Afschrikmiddelen

- 57 Wat in de derde plaats de afschrikmiddelen betreft, legt de Commissie niet uit waarom het feit dat zij niet heeft kunnen aantonen dat ooit vergeldingsmaatregelen zijn gebruikt, zo dit al correct zou zijn, alle bewijzen dat er doeltreffende afschrikmiddelen bestaan, zou kunnen ontkrachten.

#### Tegenwicht

- 58 Ten vierde wordt in de beschikking, anders dan in de mededeling van de punten van bezwaar, niet beoordeeld of er een tegenwicht op de markt bestaat en evenmin uitgelegd waarom dit niet is gebeurd, wat gelijkstaat aan een totaal gebrek aan motivering.

## b) Kennelijke beoordelingsfout

- 59 Verzoekster herinnert aan de rechtspraak volgens welke de Commissie een kennelijke beoordelingsfout maakt wanneer zij tegenstrijdige argumenten dient af te wegen en daarbij teveel gewicht hecht aan een ervan [arrest Gerecht van 10 oktober 2001, *British American Tobacco International (Investments)/Commissie*, T-111/00, Jurispr. blz. II-2997, punt 58] of wanneer de voor een beschikking gegeven rechtvaardigingsgronden deze beschikking in feite niet ondersteunen. Zo ook dient een beoordeling van de Commissie die niet door bepaalde elementen of feiten wordt ondersteund, te worden geacht niet op passende en redelijke wijze te zijn verricht (arrest Hof van 22 oktober 1991, *Nölle*, C-16/90, Jurispr. blz. I-5163). De stelling dat er geen sprake is van een collectieve machtspositie, wordt noch door relevante feiten, noch door enige redenering noch door bewijzen ondersteund en de Commissie heeft niet voldaan aan haar verplichting om alle relevante factoren in aanmerking te nemen.
- 60 Verzoekster stelt dat de vaststellingen in de beschikking betreffende de producthomogeniteit, de transparantie en het bestaan van afschrikmiddelen en van een tegenwicht alsook de analyse van het gemeenschappelijke beleid berusten op kennelijke beoordelingsfouten.

## Producthomogeniteit

- 61 De Commissie heeft een beoordelingsfout gemaakt door te oordelen dat de inhoudelijke heterogeniteit belangrijker is dan de homogeniteit van het formaat en tegelijkertijd te aanvaarden dat de consument platen van verschillende artiesten en verschillende genres koopt en dat er dus een „ruimte van substitueerbare producten” bestaat. Hoe dan ook zou de heterogeniteit van het product slechts een relevante parameter zijn indien de prijzen werden vastgesteld op basis van individuele

nummers en niet, zoals in casu, op basis van enkele referentieprijzen (punten 110 en 111 van de beschikking). Indien de logica van de Commissie werd gevolgd, zou er nooit een collectieve machtspositie kunnen bestaan in de intellectuele-eigendomssector, aangezien er nooit volledige inhoudelijke homogeniteit kan bestaan.

## Transparantie

### — Algemene argumenten

<sup>62</sup> Verzoekster stelt dat uit de aangevoerde bewijzen blijkt dat de door de majors gehanteerde prijzen zeker voldoende transparant zijn om hen in staat te stellen hun prijzen op elkaar af te stemmen. De Commissie heeft geen enkel bewijs geleverd dat deze analyse ontkracht, maar heeft enkel uit de gestelde variatie van de kortingen afgeleid dat de transparantie dermate kan worden tenietgedaan of verminderd dat onderlinge prijsafstemming niet langer mogelijk is.

<sup>63</sup> Dat de Commissie hier een beoordelingsfout maakt, blijkt uit haar eigen vaststellingen dat:

— de gemiddelde nettoprijzen van de majors gelijklopen en ongeveer in dezelfde zin evolueren (punten 75, 82, 89, 96 en 103 van de beschikking);

— de PPD's zouden kunnen dienen als richtpunt om de prijzen op elkaar af te stemmen (punten 76, 83, 90, 97 en 104 van de beschikking);



- De PPD's en de gemiddelde nettoprijzen parallel zijn geëvolueerd (punten 77, 84, 91, 98 en 105 van de beschikking).

<sup>64</sup> Verzoekster merkt op dat de PPD'S transparant zijn, dat de detailhandelsprijzen bekend zijn, dat de gemiddelde nettoprijzen parallel met de PPD'S evolueren en dat de marges van de distributeurs voldoende nauwkeurig bekend zijn. Hieruit volgt dat de nettoprijzen waartegen aan de detailhandelaars wordt verkocht (dat wil zeggen de PPD's onder aftrek van de kortingen) ondanks de kortingen transparant zijn. Dit blijkt overigens uit de mededeling van de punten van bezwaar (punten 81-92) en uit punt 77 van de beschikking, waarin wordt verklaard dat „indien de majors aanzienlijk waren afgeweken van het overeengekomen prijsbeleid door kortingen te verlenen, deze afwijking tot uiting zou zijn gekomen in de gemiddelde nettoprijzen”.

<sup>65</sup> Verzoekster stelt dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door overdreven belang te hechten aan de kortingen en in het bijzonder aan de promotionele kortingen, aangezien:

- zij zich heeft gebaseerd op de door Sony en BMG verstrekte inlichtingen over de kortingen en niet op de informatie waaruit blijkt dat de PPD's en de nettoprijzen voor alle majors parallel verlopen (voetnoot 43 van de beschikking);
- de kortingen volgens de door de detailhandelaars verstrekte gegevens transparant zijn; 20 van de 26 door de Commissie ondervraagde detailhandelaars hebben verklaard dat de majors kennis hadden van de door de anderen toegepaste kortingen. Dit geldt met name voor de gewone kortingen — die het belangrijkste zijn — aangezien daarover elk jaar wordt onderhandeld;

- Sony en BMG wekelijkse monitoringrapporten over de distributiemarkt hebben overgelegd, die ook informatie over hun concurrenten bevatten (punt 113 van de beschikking);
  
  - de majors voor de verzamelalbums gezamenlijke distributie- en partnerschaps-overeenkomsten hebben gesloten in het kader waarvan de gewone kortingen openbaar zijn gemaakt;
  
  - er een groot verloop van directeurs tussen de platenmaatschappijen is;
  
  - de wekelijkse hitparades informatie over de verkoop per nummer opleveren op basis waarvan gemakkelijk kan worden vastgesteld welke nummers „hits” worden en het vaakst worden verkocht (punt 73 van de beschikking);
  
  - volgens het rapport van het Office of Fair Trading (Britse mededingingsautoriteit) op de markt voor muziekopnames informatie over de concurrenten gemakkelijker te verkrijgen is dan in elke andere sector (bijlage A.16 bij het verzoekschrift).
- <sup>66</sup> Verzoekster merkt op dat de Commissie overigens in punt 81 van de mededeling van de punten van bezwaar op basis van deze elementen heeft vastgesteld dat „de kortingen grotendeels stabiel [waren] en niet werden ingezet als doeltreffend middel om het prijsbeleid te wijzigen”. De feiten zijn sindsdien niet veranderd.

- 67 In elk geval worden over het algemeen geen promotionele kortingen verleend voor platen uit de hitparade, die ongeveer 80 % van de inkomsten genereren, maar worden zij enkel gebruikt om de consumenten ertoe aan te zetten nummers uit de titelcatalogus („back catalogue”) te kopen (bijlage A 17 bij het verzoekschrift). Zij hebben ook maar weinig invloed op de door de Commissie onderzochte steekproef (punten 70 en 71 van de beschikking). Bovendien hebben de door de Commissie onderzochte gegevens betreffende deze promotionele kortingen slechts betrekking op Sony en BMG, waardoor zij nog minder relevant zijn.
- 68 Het deel van de prijzenstructuur van de majors dat mogelijkerwijs door een gebrek aan transparantie is aangetast, is dus gering, zoals blijkt uit het bij het verzoekschrift gevoegde rapport waarin het systeem van prijzen en kortingen in Europa wordt uiteengezet (bijlage A.17).
- 69 Verzoekster stelt dat de Commissie over voldoende documenten beschikte waaraan zij haar analyses kon toetsen, maar dat zij dit niet heeft gedaan. Zo heeft zij met name de bewijsstukken met betrekking tot de detailhandelaars buiten beschouwing gelaten. Door de feiten niet correct te beoordelen en overdreven belang te hechten aan de kortingen, met name aan de promotionele kortingen, heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt.

— Algemene opmerkingen over de nieuwe bewijzen

- 70 Uit de nieuwe gegevens die de Commissie in de bijlage bij haar verweerschrift heeft verstrekt, leidt verzoekster af dat de Commissie haar beoordeling dat de markt niet transparant is, kennelijk heeft gebaseerd op de complexiteit van de individuele variaties in de kortingen naar gelang van de klant, het nummer en in de tijd. Het bestaan van dergelijke individuele, soms aanzienlijke, variaties sluit evenwel de mogelijkheid niet uit dat de prijsbepaling wordt beheerst door een beperkt aantal bekende structuren en regels die ervoor zorgen dat de gemiddelde prijzen voorspelbaar zijn en waarvan niet aanzienlijk en stelselmatig kan worden afgeweken zonder dat dit in het oog zou springen.

- 71 Op basis van dergelijke regels kan misschien niet de prijs van elk uitgebracht nummer voor elke individuele detailhandelaar op elk tijdstip worden voorspeld, maar kan men niettemin met een voldoende mate van zekerheid de nettoprijzen kennen die voortvloeien uit een groep PPD's en vaststellen of de concurrenten zich al of niet aan deze regels hebben gehouden. Zij zorgen dus voor de transparantie die nodig is voor het bestaan van een collectieve machtspositie. De onderlinge coördinatie die tot uiting komt in de parallele ontwikkeling van de PPD's en de gemiddelde nettoprijzen, kan dus eenvoudigweg tot stand komen op basis van algemeen bekende, goed begrepen en controleerbare structuren of regels, zonder dat een perfecte en volledige kennis van elke individuele prijsbeslissing vereist is.
- 72 De Commissie heeft niet onderzocht of het vastgestelde parallellisme tussen de gemiddelde (bruto- en netto)prijzen het gevolg kon zijn van de uit dergelijke regels voortvloeiende onderlinge coördinatie, maar heeft geconcludeerd dat dit niet het geval was, aangezien er sprake was van individuele variaties, zonder te onderzoeken of deze statistisch significant waren en een materiële invloed hadden op de gemiddelden prijzen.
- 73 Dergelijke regels zijn niet op alle gevallen van toepassing, maar op een groot deel van de verkoop van elke major in elke platencategorie (nieuw uitgebrachte platen, nieuwe artiest, „full price”-, „mid price”-, „budget”-catalogus, enzovoort). In elk van deze categorieën beheerst een beperkt aantal algemene verkoopstrategieën de overgrote meerderheid van de verkopen (vervanging van een plaat in de hitparade, deelneming aan promotiecampagnes, aankoop van etalageruimte, enzovoort). Deze verkoopstrategieën kunnen weliswaar variëren naar gelang van het grondgebied en de klanten (supermarkten, gespecialiseerde ketens, zelfstandige winkels, enzovoort), maar zijn niettemin beperkt in aantal en bekend bij het verkooppersoneel. Deze regels of structuren volstaan om de prijzen onderling te kunnen afstemmen, zonder dat specifieke kennis van de netto- en brutoprijzen voor elk van de uitgebrachte nummers vereist is, en bieden bovendien, in een context waarin de vraag naar individuele nummers varieert en het succes van albums niet met zekerheid kan worden voorspeld, de nodige flexibiliteit om zich in bepaalde individuele gevallen aan te passen zonder dat de prijzenstructuur in haar geheel wordt aangetast.

74 Ondanks de individuele variaties mag niet uit het oog worden verloren dat de nettoprijzen over het geheel beschouwd nauw zijn afgestemd op de brutoprijzen en dat dit waarschijnlijk het geval is omdat alle ondernemingen een aantal algemene regels volgen die ervoor zorgen dat de prijzen in het algemeen zeer voorspelbaar zijn en dat stelselmatige afwijkingen duidelijk in het oog zouden springen. Er is dus transparantie.

75 Uit het onderzoek van de in de bijlage bij het verweerschrift opgenomen nieuwe bewijsstukken blijkt dat de Commissie zich op de individuele variaties heeft geconcentreerd, zonder te onderzoeken of deze statistisch significant waren. De Commissie heeft noch een correcte statistische analyse van de onderliggende gegevens verricht, noch de betekenis van de verschillende soorten prijzen of kortingen of de relevantie van de variaties binnen de gebruikelijke prijsmarges onderzocht, noch de detailhandelaars ondervraagd teneinde vast te stellen of de individuele variaties al dan niet binnen het kader van de algemene regels van het prijssysteem bleven. De Commissie heeft ten onrechte geconcludeerd dat het loutere bestaan van variaties uitsluit dat deze variaties worden veroorzaakt door enkele op zich staande gevallen, terwijl de meeste albums worden verkocht tegen prijzen die zijn vastgesteld op basis van bekende en voorspelbare regels.

76 Bovendien heeft de Commissie de bewijzen onderzocht volgens een verkeerde methode en zonder de nodige tests te verrichten.

77 Verzoekster maakt de volgende algemene opmerkingen over het door de Commissie aangevoerde nieuwe bewijsmateriaal:

- een groot deel van de gegevens is niet gewogen op basis van de verkopen ter beoordeling van het belang van de marges tussen de prijzen en de kortingen. In de gevallen waarin de gegevens correct zijn samengevoegd — dat wil zeggen voor alle actoren, gewogen op basis van de verkopen — zijn de variaties veel minder groot;

- in de meeste gevallen zijn de gegevens niet statistisch onderzocht en er kan dus niet worden beoordeeld of de variaties tussen de verschillende categorieën van producten significant zijn;
  
- op enkele gegevens in de mededeling van de punten van bezwaar na betreffen alle gegevens slechts de prijzen van de partijen bij de concentratie. Het argument van de Commissie dat de vaststelling dat de door de twee majors toegepaste kortingen ondoorzichtig zijn, volstaat om te kunnen spreken van een geringe transparantie, is verkeerd, gelet op het feit dat Sony en BMG erg verschillend op de markt presteerden en dat wanneer verschillende releases een verschillend succes hebben, de prijzen en de kortingen zelfs in een uniform prijssysteem zouden variëren. Bovendien zijn de partijen bij de concentratie historisch gezien de majors die het meest van elkaar verschillen, zodat de concentratie niet alleen het aantal spelers op de markt zou verminderen, maar ook de verschillen tussen hen zou verminderen;
  
- de Commissie heeft bij de majors niet gezocht naar gegevens die rechtstreeks tegenspreken dat de prijsbepaling varieert en complex is, namelijk begrotingen of andere gegevens op basis waarvan de netto- en brutoprijzen en de kortingen nauwkeurig kunnen worden voorspeld en die door de verschillende concurrenten op soortgelijke wijze worden opgesteld en niet variëren in de tijd;
  
- de getuigenissen van de kaderleden van de partijen bij de concentratie geven geen antwoord op de vragen waar het om draait — zoals de vraag of er algemene regels voor het vaststellen van de prijzen bestaan en of er toezicht wordt gehouden op de prijzen — en zijn niet gecontroleerd.

78 Het standpunt van de Commissie dat de gemiddelde nettoprijzen het resultaat zijn van vele vrij verschillende individuele beslissingen en dat deze laatste met een voldoende mate van zekerheid moeten kunnen worden achterhaald om een werkelijke coördinatie van de nettoprijzen mogelijk te maken, is onjuist, want het

volstaat voor elke onderneming om na te gaan of de prijsbeslissingen van elk van de andere ondernemingen voor hun verschillende releases in overeenstemming zijn met bepaalde regels om inzicht te krijgen in de prijsschommelingen en de stilzwijgende afspraken te handhaven.

- 79 De variaties die de Commissie heeft waargenomen op basis van de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens zijn niet alleen minder belangrijk dan de Commissie lijkt te denken, maar kunnen ook niet dienen als bewijs van de ondoorzichtigheid van de prijzen omdat het — zoals in elke intellectuele-eigendomssector waarin het succes van een individueel nummer kan variëren en afhangt van diverse promotieactiviteiten, maar waarin alle nummers samen beschouwd algemeen bekende regels volgen — perfect mogelijk is om elke variatie in de kortingen en de prijzen uit te leggen aan de hand van enkele algemeen bekende beginselen.
- 80 Verder drukt verzoekster haar verbazing uit over het feit dat de Commissie slechts zeer weinig van de bewijsstukken heeft overgelegd die zij in de mededeling van de punten van bezwaar heeft gebruikt en waarvan er een aantal gewogen gegevens bevatten en de gehele sector bestreken, maar zich heeft geconcentreerd op de door Sony en BMG verstrekte informatie, die deze kenmerken niet hebben. De verschillen zouden dus moeten worden opgehelderd voordat de initiële gegevens worden verworpen, en het blijkt niet dat de Commissie een evenwichtige beoordeling heeft verricht.

— Individueel onderzoek van de verschillende bewijsstukken

- 81 De in bijlage B.2 opgenomen getuigenissen van de kaderleden van Sony en BMG bevestigen enkel dat aan verschillende klanten verschillende kortingen zijn verleend, maar gaan niet in op de vraag of deze kortingen al dan niet in aanzienlijke mate worden bepaald door een reeks algemene regels. Hoewel de verklaringen het zeer ingewikkelde karakter van het prijsmechanisme beklemtonen, spreekt bijlage B.14, dat tot doel heeft de complexiteit van de promotionele kortingen aan te tonen, deze complexiteit in werkelijkheid tegen, door de werking ervan op één enkele bladzijde te beschrijven. De vraag had moeten worden gesteld of er voor de verschillende

prijscategorieën standaardmarges bestaan en of de meeste kortingen zich binnen enge marges concentreren. De vragen lijken zo te zijn geformuleerd dat niet aan het licht kan komen dat de marges als algemene regels bekend konden zijn en dus niet voor elke release afzonderlijk bekend hoefden te zijn, en dat een grote maatschappij geen achterwaartse redenering op basis van de individuele prijzen hoefde te verrichten om de door haar concurrenten toegepaste prijzen te kunnen controleren. Deze vragen zijn ook niet aan de detailhandelaars gesteld, wat nochtans een vergelijking van de antwoorden mogelijk had gemaakt.

82 Met betrekking tot bijlage B.3, die het percentage weergeeft van de brutoverkopen van de partijen bij de concentratie voor hun tien voornaamste PPD's voor de periode van 1998 tot 2003, dat volgens de Commissie het onvoorspelbare karakter van het succes aantoonde en dus de noodzaak voor elke major om de PPD's van meer dan 80 albums van de concurrenten te controleren, wijst verzoekster op bepaalde incoherenties tussen de gegevens (zoals variaties tussen de periodes) en stelt zij dat deze gegevens alleen maar aantonen dat de partijen bij de concentratie hun producten tegen verschillende PPD's verkopen. Dat is irrelevant, aangezien de beschikking aangeeft dat de PPD's vrij transparant zijn. Bovendien blijkt, anders dan de Commissie stelt, uit punt 111 van de beschikking dat „de majors [...] slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal van de best verkochte albums [hoeven] te controleren om de meeste verkopen te kunnen volgen”. Deze informatie is ook niet in tegenspraak met de verklaring van de Commissie tijdens de hoorzitting dat elk van de majors voor het merendeel van zijn verkopen slechts zeer weinig PPD's gebruikt. Het is niet nodig om de prijzen van meer dan 80 albums te controleren. Aangezien er algemeen bekende beginselen en regels zijn, volstaat het immers om voor slechts enkele nummers na te gaan of de regels zijn nageleefd en of de afwijkingen stelselmatig zijn, teneinde te controleren of de prijsafspraken algemeen in acht zijn genomen. De conclusie die de Commissie heeft getrokken uit de variatie in het percentage van de brutoverkopen van de partijen bij de concentratie, is dus niet gerechtvaardigd.

83 Bovendien lijken deze tabellen de nadruk te leggen op één factor, namelijk het onvoorspelbare karakter van het succes, die in contrast staat met de voornaamste vaststellingen in de beschikking, namelijk dat, ten eerste, de PPD's transparant zijn en een basis vormen voor de onderlinge afstemming van de prijzen (punten 76, 83, 90, 97 en 104 van de beschikking), ten tweede, dat het mogelijk was om de prijslijsten van de andere majors te controleren (punten 76, 83, 90, 97 en 104 van de beschikking) en, ten derde, dat de majors slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal hitalbums hoeven te controleren om de meeste verkopen te kunnen



volgen (punt 111 van de beschikking). En zelfs al zou het ten slotte nodig zijn om de PPD's van meer dan 80 albums (of 60 albums na de concentratie) op te volgen, is dit minder lastig dan de Commissie suggereert.

84 Met betrekking tot de bijlagen B.4 en B.5, betreffende de gemiddelde kortingen op factuur die Sony en BMG aan hun tien grootste klanten in vier van de vijf grote lidstaten verlenen, vraagt verzoekster zich om te beginnen af in welke mate de verschillen in de gemiddelde kortingen op factuur wijzen op een ongelijke behandeling van de verschillende klanten in plaats van op verschillen in het relatieve succes van de muziekportefeuille van de partijen bij de concentratie, aangezien de sterkte van de door een major uitgebrachte platen en het geheel van haar activiteiten (releases in de hitparade, activiteiten in de supermarkten, activiteiten op het gebied van de catalogus, gespecialiseerde activiteiten en promotieacties) de gemiddelde aan de klanten verleende korting beïnvloeden. Verder impliceren eventuele verschillen in de behandeling van de klanten door de partijen bij de concentratie niet dat hun prijsbeslissingen ondoorzichtig zijn, aangezien deze verschillen systematisch, voorspelbaar en stabiel in de tijd kunnen zijn.

85 Bijlage B.5, dat voorbeelden zou bevatten van gevallen waar er geen sprake is van correlatie of parallelle ontwikkeling, is irrelevant, aangezien deze gevallen kunnen worden verklaard door het verschillende succes van de muziekportefeuilles van de partijen bij de concentratie en bovendien opmerkelijke gelijkenissen vertonen (lagere kortingen voor dezelfde klant of kortingen die op een bepaald tijdstip variëren of verschillen die stabiel zijn in de tijd). Enkel het voorbeeld van klant nr. 1 in Duitsland bevestigt het standpunt dat een van de majors zijn reële prijzen kan verlagen zonder dat zijn concurrenten hem daarin volgen, maar één specifieke variatie in de loop van één specifiek jaar op een bepaald grondgebied ten opzichte van één specifieke klant is niet overtuigend. Bovendien hebben de tabellen slechts betrekking op de gegevens van Sony en BMG en zijn deze gegevens niet gewogen, zodat de variaties overdreven zijn. Dit geldt met name voor de prospectieve analyse die de Commissie had moeten verrichten, aangezien de concentratie ondernemingen met erg verschillend succes bijeenbrengt en derhalve de symmetrie en de homogeniteit kan vergroten en dus ook de waarschijnlijkheid dat stilzwijgende afspraken zullen worden gemaakt.

- 86 Met betrekking tot de bijlagen B.6 en B.7, die bewijzen zouden bevatten van variaties in de kortingen op factuur die de partijen bij de concentratie gedurende een periode van vijf jaar voor hun twintig best verkochte compact discs (hierna: „cd's”) aan hun tien beste klanten hebben verleend, merkt verzoekster op dat de tabellen de cijfers slechts groepsgewijs weergeven, wat misleidend kan zijn, aangezien aldus uiterste waarden worden weergegeven in plaats van gemiddelden en statistisch significante variaties rond deze gemiddelden. Ruime variaties in de kortingen kunnen worden verklaard door enkele zeldzame uitzonderingen, terwijl het merendeel van de kortingen gelijk is. Bovendien vertonen deze tabellen naast hun methodologische gebreken een aantal interessante regelmatigheden. Zo blijkt bijvoorbeeld uit bijlage B.6 bij het verweerschrift dat de twee partijen bij de concentratie in land A over het algemeen grotere kortingen verlenen aan groothandelaars dan aan supermarkten en algemene detailhandelaars, en uit bijlage B.7 dat de verschillende groepen kortingen verrassend goed op elkaar zijn afgestemd.
- 87 Wat de bijlagen B.8 en B.9 betreft, die volgens de Commissie aantonen dat de partijen bij de concentratie geen uniforme kortingen toepasten, dat hun praktijk in de loop van de tijd is geëvolueerd en dat de opsplitsing van de door de partijen bij de concentratie verleende kortingen niet erg gelijklopend was, beklemtoont verzoekster andermaal dat de vastgestelde variaties in de kortingen in de tijd en tussen de partijen bij de concentratie konden voortvloeien uit een verschil in succes en dat dit geenszins betekent dat de kortingen niet volgens een reeks bekende regels worden vastgesteld. Bovendien wijzen de gegevens in bijlage B.8 veeleer in de andere richting dan die welke de Commissie heeft aangegeven (vrij stabiele en gelijkaardige of convergente kortingen, hoge correlatiefactor).
- 88 Verzoekster is van mening dat de kortingstructuur niet zo sterk in de tijd varieert als de analyse van de Commissie suggereert. De cijfers in bijlage D.3 tonen de correlatiecoëfficiënt tussen de door elk van de partijen bij de concentratie in een bepaald jaar en in het jaar daarvoor gegeven kortingen. Ook al heeft de combinatie van activiteiten invloed op de kortingen, wijzen de over het algemeen hoge correlatiecoëfficiënten erop dat de kortingstructuur relatief stabiel is in de tijd, zodat de nettoprijzen, die voortvloeien uit transparante PPD's, vrij voorspelbaar zijn.

- 89 Bovendien kan de presentatie van de gegevens binnen zeer enge kolommen, in combinatie met specifieke grenswaarden, de verschillen accentueren (bijvoorbeeld, indien de korting stijgt van bijna 15 % tot iets meer dan 15 %, is er een verandering van kolom zonder dat de korting aanzienlijk wijzigt). Ten slotte beklemtoont verzoekster dat, indien ter beoordeling van het succes werd uitgegaan van het succes van de 20 best verkochte albums van de partijen bij de concentratie, in een zeer concurrentiële markt een prijswijziging zou ontstaan. Aangezien dit niet het geval is, komt verzoekster tot de conclusie dat het mechanisme van de kortingen niet echt een sterk competitief element of een bron van ondoorzichtigheid is.
- 90 Met betrekking tot bijlage B.10, die de verdeling van de nettoprijzen voor de vijf beste klanten van Sony en BMG in 2003 weergeeft, is verzoekster van mening dat de conclusie die de Commissie hieruit trekt, namelijk dat er grote procentuele verschillen zijn tussen de aankopen die verschillende klanten binnen verschillende categorieën van nettoprijzen bij een bepaalde major verrichten, weinig relevant is, aangezien de transparantie en de voorspelbaarheid van de prijzen niet vereisen dat klanten van de twee platenmaatschappijen hetzelfde of een gelijkaardig aankooppatroon vertonen. Aangezien de bepalende factoren voor het niveau van de kortingen die nodig zijn ter bereiking van de verkoopsdoelstellingen de combinatie van producten en het succes van nieuw uitgebrachte „frontline“-albums bij de klanten is, valt moeilijk in te zien hoe de Commissie tot de conclusie is gekomen dat er over het algemeen een verschil in de verdeling van de nettoprijzen was voor de twee majors.
- 91 Verder hebben deze cijfergegevens weliswaar enkel betrekking op Sony en BMG, maar zij zijn niettemin betrouwbaarder aangezien zij gewogen zijn. Uit een grondiger onderzoek van de verdelingen per land blijkt dat er opvallende gelijkenissen zijn, die in bijlage D.4 in diagramvorm worden weergegeven.
- 92 Bovendien is de conclusie van de Commissie dat bijlage B.10 aantoont dat er sprake is van differentiatie tussen de twee partijen bij de concentratie, onverenigbaar met het in de punten 74 en 75 van de beschikking verwoorde standpunt dat de gemiddelde nettoprijzen van Sony en BMG vrij dicht bij elkaar lagen, wat naar alle waarschijnlijkheid wijst op de toepassing van prijsregels die ervoor zorgen dat het grootste deel van de prijzen geconcentreerd is rond enkele referentieprijzen. In plaats van te bevestigen dat de complexe prijsvaststelling de prijzen ondoorzichtig

maakt, lijken deze bewijselementen het tegenovergestelde standpunt te bevestigen dat de prijzen veeleer voorspelbaar en gelijklopend zijn ondanks de schijnbare complexiteit van de individuele prijsbeslissingen.

- 93 Verder is verzoekster van mening dat bijlage B.11, die de gemiddelde trimestriële nettoprijzen van Sony per album voor de meest gebruikte PPD's weergeeft, geen enkele aanwijzing bevat dat de prijzen ondoorzichtig zijn, aangezien de tabel de cijfers in kolommen weergeeft en dus enkel grenswaarden toont zonder de gewogen gemiddelden en de variaties ten opzichte van deze gemiddelden te analyseren. Bovendien is deze bijlage irrelevant, aangezien zij slechts betrekking heeft op Sony en geen vergelijkende tabel bevat.
- 94 De volgende bijlage (B.12) is eveneens irrelevant, aangezien zij evenmin een vergelijkende tabel bevat en enkel dient om aan te tonen dat BMG verschillende kortingen aan de detailhandelaars aanbiedt.
- 95 Verzoekster verwijt de Commissie ook dat zij niet heeft aangegeven of de schijnbare variaties in de promotionele kortingen aan de hand van een aantal eenvoudige beginselen konden worden verklaard. Dat is verrassend, aangezien de beginselen die de Commissie in een van de bijlagen bij haar verweerschrift, meer bepaald in bijlage B.14, heeft geformuleerd, erop wijzen dat dergelijke regels met betrekking tot promotionele kortingen bestaan en dat zij eenvoudig zijn. Het gaat om de volgende beginselen:
- de promotionele kortingen variëren naar gelang van de omvang van de bestelling (behalve in het specifieke geval van Frankrijk);

- de promotionele kortingen variëren naar gelang van het soort consument (in Duitsland, bijvoorbeeld, ontvangen de groothandelaars en de muziekclubs over het algemeen grotere kortingen);
  
- de promotionele kortingen variëren naar gelang van het soort nummer of release (bijvoorbeeld naar gelang van de populariteit van de artiest of het doelpubliek);
  
- de promotionele kortingen zijn vooral gericht op klanten die er op basis van de aard van hun detailhandel en de demografische kenmerken van hun klantenbasis voor bekendstaan een bepaald genre te verkopen;
  
- de promotionele kortingen variëren naar gelang van de aard van de campagne (bijvoorbeeld slechts één nummer of een reeks nummers, gewoonlijk een catalogus);
  
- de promotionele kortingen variëren naar gelang van de hoogte van de marketinguitgaven die de detailhandelaar bereid is in ruil te verrichten.

<sup>96</sup> Verzoekster is van mening dat, indien deze regels algemeen bekend zijn, het niet moeilijk kan zijn om met een zekere mate van nauwkeurigheid de hoogte te voorspellen van de kortingen die een bepaalde major kan worden verwacht in het kader van een specifieke campagne voor een bepaald nummer aan een bepaalde klant te verlenen, en dus om na te gaan of de werkelijke kortingen in overeenstemming zijn met deze regels. De Commissie lijkt dit punt niet te hebben onderzocht.

- 97 Verder verschaft bijlage B.13 slechts gegevens voor één enkel jaar en is zij dus niet doorslaggevend, aangezien op basis hiervan niet kan worden beoordeeld of het niveau van de kortingen stabiel en dus voorspelbaar is.
- 98 Met betrekking tot bijlage B.15, die een aantal door de partijen bij de concentratie aan het Gerecht overlegde monitoringrapporten groepeerd, merkt verzoekster op dat deze bewijsstukken er niet op wijzen dat er geen prijsmechanisme bestaat in de vorm van een reeks algemene regels en richtsnoeren over de wijze waarop de prijzen worden vastgesteld. De Commissie had zich dus niet moeten concentreren op de vraag of er sprake was van specifiek toezicht op de individuele kortingen, maar op de vraag of een dergelijk toezicht nodig was, aangezien de variaties in het prijssysteem uitzonderingen vormen op de referentieprijzen die op het merendeel van de verkopen van toepassing zijn.
- 99 Met betrekking tot bijlage B.17, die de studie van RBB Economics, een bedrijf voor economische consultancy (hierna: „studie van RBB”), bevat, volgens welke een platenmaatschappij niet in staat is om de groothandelsprijzen af te leiden uit de waargenomen verkoopprijzen waartegen de producten van de concurrenten worden aangeboden, stelt verzoekster dat deze studie zich voornamelijk concentreert op de prijzen van individuele releases en niet op de vraag of er voor het merendeel van de releases gedurende een redelijke periode een stelselmatig verband is tussen de PPD's en de nettogroothandelsprijzen. Weliswaar kunnen verschillende detailhandelaars verschillende strategieën volgen bij de vaststelling van hun verkoopprijzen, maar het zou verbazen mocht er, voor een voldoende brede reeks nummers en over een redelijke periode, geen duidelijk en stelselmatig verband zijn tussen de gemiddelde nettoprijzen van de aan een specifieke handelaar verkochte albums binnen een specifieke categorie en de werkelijke groothandelsprijzen ervan. Het feit dat er geen sprake is van één uniforme winstmarge die automatisch op de groothandelsprijzen wordt toegepast, betekent niet dat de detailhandelsprijzen en de groothandelsprijzen dermate verschillen dat het onmogelijk zou zijn om na te gaan of de algemene beginselen inzake prijsvaststelling in acht zijn genomen. Er is een algemeen winstmargeniveau voor verschillende categorieën producten (top price, super top price, mid price, developing artists, budget, enzovoort).

100 Verzoekster merkt op dat de studie elk onderzoek van de regels van het prijssysteem uit de weg gaat, en betwijfelt of de Commissie de studie door detailhandelaars of derden heeft laten onderzoeken en of zij geaggregeerde gegevens over de prijzen en de kortingen heeft opgevraagd waarover elke grote platenmaatschappij in het kader van haar begroting moet beschikken. Er is ook geen vergelijking gemaakt met de andere reeds verzamelde gegevens. Een dergelijk onderzoek zou hebben onthuld dat, anders dan in de studie wordt gesteld:

- er een stelselmatig verband tussen de verschillende categorieën producten bestaat indien deze producten correct worden afgebakend op basis van hun succes en maturiteit en het belang dat zij hebben voor de klantenbasis;
  
- de stelling dat de detailhandelaars geen standaardmarge op de groothandelsprijzen toepassen, misleidend is, aangezien zij opzettelijk voorbijgaat aan het bestaan van verschillende categorieën producten en verschillende soorten verkoopcampagnes, die bekend zijn en op die van de andere majors zijn afgestemd. De studie gaat voorbij aan de noodzaak om een verklaring te bieden voor het feit dat de kortingen, allemaal samen beschouwd, rond een beperkt aantal prijs- en kortingenniveaus geconcentreerd zijn. De variaties in de marges weerspiegelen enkel de aanpassing van de regels aan de vraag;
  
- de Commissie meer in het algemeen geen rekening heeft gehouden met het feit dat haar onderzoek betrekking had op de intellectuele-eigendomssector, meer bepaald de markt voor onlinemuziek. Het feit dat de prijzen van de individuele albums en de kortingen daarop tijdens de levenscyclus van deze albums evolueren volgens een bekend en welbegrepen patroon, impliceert niet noodzakelijkerwijs dat er geen transparantie of zelfs geen coördinatie kan zijn.

## Afschrikmiddelen

- 101 Verzoekster stelt dat de Commissie niet in detail alle mogelijke soorten vergeldingsmaatregelen heeft onderzocht, maar enkel die welke verband houden met samenwerkingsovereenkomsten voor het uitbrengen van verzamelalbums. Indien een major zijn prijzen ten opzichte van de detailhandelaars zou verlagen, zouden de andere maatschappijen hem bijvoorbeeld kunnen bestraffen door de detailhandelaars ertoe aan te zetten dit lageprijzenbeleid te verwerpen, door hun grotere kortingen en meer promotionele samenwerking aan te bieden. Een ander afschrikmiddel bestaat erin de eisen om voor de hitparade in aanmerking te komen voor de goedkopere producten van de „afvallige” platenmaatschappij of producten die een eenzijdige innovatie vormen, te verstrengen. De criteria om in aanmerking te komen voor de nationale hitparade worden over het algemeen vastgesteld door comités die volledig zijn samengesteld uit platenmaatschappijen, soms tezamen met detailhandelaars, en hebben met name betrekking op formaten of minimumprijzen.
- 102 Volgens verzoekster heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door enerzijds vast te stellen dat er geloofwaardige afschrikmiddelen bestaan, en anderzijds te concluderen dat er geen waren omdat zij geen bewijs van het gebruik ervan heeft gevonden. Het meest doeltreffende afschrikmiddel is het middel dat niet hoeft te worden toegepast.

## Tegenwicht

- 103 Verzoekster stelt dat de analyse van de Commissie onvolledig is, aangezien in de beschikking niet wordt onderzocht of er enig tegenwicht op de markt bestaat. Bovendien heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar vastgesteld dat noch de onafhankelijke platenmaatschappijen noch de detailhandelaars daadwerkelijke concurrentiedruk op de majors hebben kunnen uitoefenen.



## Geen werkelijke analyse van het gemeenschappelijke beleid

- 104 De Commissie heeft haar analyse toegespitst op de prijsconcurrentie en een reeks andere kwesties volledig buiten beschouwing gelaten, terwijl volgens de mededeling inzake horizontale fusies (JO 2004, C 31, p. 5) coördinatie verschillende vormen kan aannemen.
- 105 Zo had de Commissie moeten onderzoeken of het al dan niet voordeliger was voor de majors om actief met elkaar om marktaandeelen te strijden dan om deel te nemen aan een gemeenschappelijk beleid. Het feit dat de marktaandeelen van de majors vrij stabiel zijn en dat wijzigingen hoofdzakelijk het gevolg zijn van de overname van onafhankelijke maatschappijen of van onderlinge fusies, wijst op het ontbreken van werkelijke prijsconcurrentie of op een gemeenschappelijk beleid dat er voornamelijk in bestaat geen concurrerende activiteiten te ondernemen wanneer de markt oligopolistisch is (arrest Hof van 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 16/84, Jurispr. blz. 4487, punt 43).
- 106 De Commissie heeft evenmin onderzocht of de majors een parallel licentiebeleid voor onlinemuziek of voor het contracteren van artiesten voerden. Zij heeft niet alle in de punten 96 tot en met 116 van de mededeling van de punten van bezwaar genoemde kenmerken onderzocht die het bewijs vormen dat de markt voor onlinemuziek „coördinatie enorm in de hand werkt en het toezicht op dergelijke coördinatie vergemakkelijkt” (punt 94 van de mededeling van de punten van bezwaar). De Commissie heeft niettemin tien factoren genoemd die wijzen op het bestaan van stilzwijgende afspraken, waaronder structurele banden, licentie- en distributieovereenkomsten, samenwerkingsovereenkomsten en verzamelalbums (zie de lijst in bijlage A.15 bij het verzoekschrift).
- 107 De Commissie heeft ook niet onderzocht of de concentratie zou kunnen leiden tot de mogelijkheid om het aanbod te beperken door een kleiner aantal of minder originele nieuwe nummers uit te brengen en of de concentratie de creativiteit en de

kwaliteit van de muziek en de diversiteit van de muziekkeuze zou aantasten [zie beschikking 2004/422/EG van de Commissie van 7 januari 2004 waarbij een concentratieoperatie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak nr. COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (PB L 125, blz. 54, punt 674)] of een weerslag zou hebben op de keuze van de consument, zoals zij had gedaan in haar mededeling van de punten van bezwaar in de zaak Time Warner/EMI (COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (PB C 136, blz. 4) (zie punt 55, betreffende de marginalisering van de onafhankelijke platenmaatschappijen en de weerslag hiervan op de keuze van de consument en de diversiteit van de aan het publiek aangeboden muziek). Ten slotte heeft de Commissie in haar analyse geen rekening gehouden met artikel 151, lid 4, EG en met de culturele diversiteit.

c) Onjuiste toepassing van het recht inzake collectieve machtsposities

- 108 Verzoekster stelt dat de Commissie op drie punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 109 In de eerste plaats heeft de Commissie geconcludeerd dat de prijzen niet transparant waren omdat niet zeker was of er volledige transparantie was, terwijl volgens punt 62 van het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* dient te worden nagegaan of de markt „voldoende transparant” is om alle leden van het oligopolie in staat te stellen om „voldoende nauwkeurig en snel” de ontwikkeling van het marktgedrag van de overige leden te kennen. In casu is de markt voldoende transparant.
- 110 In de tweede plaats heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat er, gelet op de kortingen, geen gemeenschappelijk beleid is, zonder evenwel te hebben vastgesteld dat de kortingen hebben geleid tot aanzienlijke prijsverminderingen. De mededinging op het gebied van de kortingen was dus marginaal. Volgens punt 60 van het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* kan een marginale mededinging evenwel op zich geen afbreuk doen aan het bestaan van een collectieve machtspositie. Elke marktdeelnemer moet beseffen dat „indien hij een

concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten (bijvoorbeeld door de prijs te verlagen), anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen”. Meer in het bijzonder hoeft de Commissie enkel „het ontbreken van daadwerkelijke mededinging tussen de marktdeelnemers die [...] leden [zijn] van de oligopolide machtspositie” en niet de uitschakeling van elke mededinging te bewijzen (zie dienaangaande arrest Gerecht van 30 september 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-191/98 en T-212/98–T-214/98, *Jurispr.* blz. II-3275, punt 645).

- 111 In de derde plaats heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door haar analyse te baseren op het ontbreken van vroegere bewijzen van het bestaan van vergeldingsmaatregelen, terwijl volgens punt 195 van het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* de Commissie niet noodzakelijkerwijs hoeft aan te tonen dat er een bepaald, min of meer stringent „mechanisme van vergeldingsmaatregelen” bestaat, maar moet bewijzen dat er sprake is van afschrikkende factoren.

## 2. Tweede onderdeel

- 112 Verzoekster herinnert eraan dat de Commissie, om uit te maken of een concentratie een machtspositie versterkt, op basis van een prospectieve analyse de weerslag ervan op de referentiemarkt dient te onderzoeken (arrest *Airtours/Commissie*, aangehaald in punt 45, punten 58 en 59). De Commissie heeft evenwel geen prospectieve analyse verricht en helemaal niet onderzocht of de machtspositie is versterkt, aangezien zij op basis van een retrospectieve analyse ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat er geen vooraf bestaande machtspositie was die kon worden versterkt.
- 113 Voorzover de versterking van de collectieve machtspositie op basis van een retrospectieve analyse is onderzocht, is de beschikking om de in het eerste onderdeel uiteengezette redenen ontoereikend gemotiveerd of berust zij op een kennelijke beoordelingsfout; voorzover een prospectieve analyse ontbreekt, geeft de beschikking blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

B — *Argumenten van de Commissie*

- 114 De Commissie is van mening dat de drie nietigheidsgonden die verzoekster met betrekking tot de markt voor muziekopnames heeft aangevoerd, elkaar grotendeels overlappen, en dat het dus nuttig is om eerst een uiteenzetting te geven over de gronden van de beschikking en de bewijselementen waarop zij haar conclusies heeft gebaseerd, vervolgens in te gaan op de onjuiste voorstelling van de inhoud van de beschikking in het verzoekschrift, en ten slotte de specifieke argumenten van verzoekster te analyseren.

1. Beschikking van de Commissie en bewijselementen waarop zij zich heeft gebaseerd

a) Context

- 115 Wat het prijssysteem voor muziekopnames betreft, zet de Commissie uiteen dat alle majors en alle onafhankelijke platenmaatschappijen periodiek een reeks verschillende catalogusprijzen voor hun albums, de zogenaamde „published prices to dealers”, vaststelt. Elke grote maatschappij beschikt normalerwijze over meer dan 50 PPD's van dit type, van onderscheiden belang, die kunnen worden ingedeeld in „full price-”, „midprice-” en „budgetprice”-categorieën en stelt de catalogusprijs voor elk album dat zij uitgeeft vast op basis van een van deze PPD's. De nettoprijs die werkelijk van een klant (detailhandelaar of groothandelaar) wordt gevraagd, is evenwel lager dan de catalogusprijs, wegens de (gewone of promotionele) kortingen op factuur, die kunnen variëren van klant tot klant, in de tijd of (in het geval van promotionele kortingen) van album tot album. Elke platenmaatschappij onderhandelt jaarlijks met elk van haar klanten over een gewone korting (waarbij eventueel een verschillend percentage geldt naargelang het gaat om popmuziek, klassieke muziek of albums waarvoor reclame wordt gemaakt op de televisie), die geldt voor alle verkopen aan de betrokken klant. Promotionele kortingen daarentegen worden geval per geval vastgesteld, voor een verschillende duur, voor individuele albums of groepen albums die de platenmaatschappij wenst te promoten; zij worden niet noodzakelijkerwijs aan alle klanten toegekend en zijn

niet noodzakelijkerwijs alle even hoog. De nettoprijs van een bepaald album voor een bepaalde klant dient te worden onderscheiden van de gemiddelde nettoprijs van alle albums die in de loop van een bepaald jaar door een bepaalde platenmaatschappij worden verkocht en die gelijk is aan de som van alle (potentieel zeer verschillende) nettoprijzen van de aan de individuele klanten verkochte individuele albums, gedeeld door het totale aantal door de betrokken platenmaatschappij verkochte albums.

- 116 De Commissie heeft vastgesteld dat de vraag naar cd-muziek en de prijs ervan sinds 1999 aanzienlijk is gedaald (punten 55-59 van de beschikking).

b) Vijf grote markten (Duitsland, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Italië, Spanje)

- 117 De Commissie heeft in de eerste plaats onderzocht of kon worden vastgesteld dat de majors in de vijf grote lidstaten stilzwijgende prijsafspraken hadden gemaakt (punten 69-108 van de beschikking). Zij heeft aan de hand van de ontwikkeling van de gemiddelde reële nettoprijzen nagegaan of de prijzen gelijklieden, en onderzocht of eventuele vaststelbare parallellen konden worden toegeschreven aan coördinatie. Daartoe heeft de Commissie om te beginnen de PPD's als eventuele richtpunten bestudeerd en vervolgens nagegaan of de kortingen onderling waren afgestemd en voldoende transparant waren om een efficiënt toezicht op een eventuele coördinatie van de nettoprijzen mogelijk te maken (punt 73 van de beschikking).

Onderlinge afstemming van de gemiddelde nettoprijzen en de PPD's

- 118 De Commissie heeft vastgesteld dat de gemiddelde reële nettoprijzen in de vijf grote markten slechts gedeeltelijk gelijklieden. In elk land fluctueerden de gemiddelde reële nettoprijzen van elke major ten opzichte van die van de andere maatschappijen meestal binnen een marge van ongeveer 10 % of meer. De Commissie was van

mening dat een dergelijke mate van overeenstemming niet doorslaggevend was (punten 75, 82, 89, 96 en 103 van de beschikking), en dit om voor de hand liggende redenen. Ten eerste is er geen parallisme tussen de gemiddelde reële nettoprijzen vastgesteld. Ten tweede volstaat parallel gedrag over het algemeen niet om het bestaan van coördinatie vast te stellen indien niet kan worden uitgemaakt op welke wijze deze coördinatie verloopt. Ten derde is de Commissie in casu niet tot de conclusie gekomen dat elke major op de hoogte was of kon zijn van de ontwikkeling van de gemiddelde nettoprijzen van de andere majors. De gemiddelde nettoprijzen vormen de weerspiegeling van een zeer groot aantal individuele prijsbeslissingen (zie bijvoorbeeld bijlage B.10) en deze beslissingen moeten met een voldoende mate van zekerheid kunnen worden geïdentificeerd om een zinvolle coördinatie van de nettoprijzen mogelijk te maken.

- 119 De Commissie heeft daadwerkelijk een aantal elementen gevonden die erop wijzen dat de catalogusprijzen (dat wil zeggen de PPD's) konden worden gebruikt als basis om de prijzen op elkaar af te stemmen. In elk van de vijf grote lidstaten is het grootste deel van de totale verkoop van elke major (meer dan 55 % en zelfs 85 % in een bepaald land) verricht op basis van vijf PPD's en is de helft of meer van de 100 meest succesvolle albums in 2003 zelfs verkocht op basis van slechts één tot drie PPD's (behalve in Spanje). Bovendien zijn de PPD's vrij transparant, aangezien zij zijn opgenomen in de catalogi van de majors (punten 76, 83, 90, 97 en 104 van de beschikking).
- 120 De Commissie heeft evenwel vastgesteld dat er twee soorten hindernissen zijn voor het gebruik van PPD's als referentiepunt voor een stilzwijgende coördinatie van nettoprijzen en als middel om de inachtneming van deze coördinatie te controleren, namelijk enerzijds de complexiteit van de PPD's zelf en anderzijds de complexiteit en de ondoorzichtigheid van de verhouding tussen de catalogusprijzen en de nettoprijzen.

### Complexiteit en PPD's

- 121 Wat de PPD's betreft, is de Commissie van mening dat cd-albums wegens de verschillende inhoud ervan geen perfect homogeen product vormen (punt 110 van

de beschikking). Hoewel een „ruimte van substitueerbare producten” de mogelijkheid biedt om althans albums van hetzelfde genre te beschouwen als deel uitmakend van eenzelfde productmarkt (punten 9-13 en 110 van de beschikking), blijven cd-albums niettemin gedifferentieerde, heterogene producten. Ook al zijn de prijsbepaling en de verhandeling van cd-albums vrij gestandaardiseerd op het niveau van de groothandel (de elementen die zorgen voor een standaardisering van de groothandelsprijzen zijn de volgende: de drie grote prijscategorieën, de gestandaardiseerde reeks PPD's van elke grote platenmaatschappij, het feit dat de gewone kortingen die jaarlijks voor elke klant worden vastgesteld en de overeengekomen terugnameprijzen voor onverkochte cd's over het algemeen op basis van een beperkt aantal parameters worden bepaald), zijn de succesverwachtingen voor individuele albums alsook hun reële succes dus verschillend, wat een invloed heeft op de initiële vaststelling van de PPD op het ogenblik dat het album uitkomt en op de latere evolutie van deze PPD.

122 Verder is elke major die absoluut zeker wil zijn dat de coördinatie van de nettoprijzen volledig in acht wordt genomen door de andere majors, wegens de onvoorspelbaarheid van het succes wellicht verplicht om de PPD's van meer dan 80 van de elk jaar door haar concurrenten in een bepaald land geproduceerde albums te controleren (of, na de concentratie, van meer dan 60 van deze albums per jaar, aangezien de 20 best verkochte albums van elke major ten minste 30 %, en in vele gevallen meer dan 50 %, van haar totale verkoop vertegenwoordigen) (punt 111 van de beschikking). Een maatschappij die een vollediger beeld van de markt wil krijgen, dient een nog veel grondigere controle te verrichten, aangezien de 100 best verkochte albums van elke major normalerwijs 70 tot 80 % van haar totale muziekverkoop vertegenwoordigen (punt 71 van de beschikking) en een dergelijk uitputtend onderzoek de controle van bijna 400 albums zou vereisen. De partijen bij de concentratie hebben bewijzen voorgelegd waaruit blijkt dat de combinaties van PPD's voor hun 20 best verkochte albums vaak sterk wijzigen van het ene kwartaal op het andere (zie bijlage B.3). De wekelijkse hitparades vergemakkelijken weliswaar de controle door hits in het voetlicht te plaatsen (punt 112 van de beschikking), maar zij heffen het probleem niet op.

123 Aangaande de vaststelling in de beschikking dat „er een aantal aanwijzingen [waren] dat de PPD's mogelijkwijs gebruikt waren als basis voor de onderlinge afstemming van de prijzen van de majors”, beklemtoont de Commissie dat het niet gaat om een definitieve vaststelling. Ze heeft weliswaar vastgesteld dat het mogelijk leek de

catalogusprijzen te controleren, maar de variaties in het gebruik van verschillende PPD's zoals omschreven in bijlage B.3 bij het verweerschrift tonen aan dat een dergelijke controle, in combinatie met de inspanningen om de in de praktijk toegepaste kortingen in kaart te brengen, op zijn minst veel werk zou vergen.

### Onderlinge afstemming en complexiteit van de kortingen

124 De Commissie heeft in de vijf grote lidstaten een nauw verband vastgesteld tussen de evolutie van de gemiddelde brutoprijzen en van de gemiddelde reële nettoprijzen van Sony en BMG over een periode van zes jaar, waarbij de verhouding tussen netto- en brutoprijzen zeer stabiel bleef, zowel in de tijd als voor alle albums samen beschouwd (punten 77, 84, 91, 98 en 105 van de beschikking). De stabiele verhouding tussen de gemiddelde bruto- en nettoprijzen (dat wil zeggen, de gemiddelde korting) van elke partij bij de concentratie voor alle albums in een bepaald land maskeert evenwel onvermijdelijk dat er verschillende soorten kortingen op factuur (gewone en promotionele) zijn en dat er verschillen bestaan tussen de (gewone en promotionele) kortingen op factuur die aan de verschillende klanten worden verleend en tussen de (voornamelijk promotionele) kortingen op factuur die voor individuele albums worden verleend. De conclusie dat de verhouding tussen de gemiddelde netto- en brutoprijzen stabiel is, dient eveneens te worden genuanceerd, gelet op de methodologische beperkingen van de analyse. De Commissie precificeert dienaangaande dat enkel de gegevens van Sony en BMG in aanmerking zijn genomen omdat de andere majors hebben verklaard dat zij enkel nettoprijzen in rekening brengen, en dat de partijen bij de concentratie, om het probleem op te lossen dat een bepaald album in de loop van een bepaald jaar verschillende PPD's kan hebben, op elk album één brutoprijs hebben geplakt die overeenstemt met de PPD waartegen het album in het betrokken jaar het vaakst is verkocht (voor de berekening van de brutoverkoop per album is dus eenvoudigweg de PPD vermenigvuldigd met het aantal verkochte albums). De voor elk album opgetekende brutoprijs die wordt gebruikt om de gemiddelde brutoprijs voor elke major te berekenen, is dus een benaderende prijs.

125 Verder volstaat een stabiele verhouding tussen de gemiddelde bruto- en nettoprijzen niet om aan te tonen dat er in het verleden coördinatie heeft plaatsgevonden of dat deze waarschijnlijk in de toekomst zal plaatsvinden, bij gebreke van een aantoonbaar



mechanisme dat de majors de mogelijkheid biedt deze verhouding tussen bruto- en nettoprijzen aan de hand van een groot aantal individuele prijsbeslissingen te controleren. De Commissie heeft onvoldoende bewijs voor het bestaan van een dergelijk mechanisme gevonden.

126 De Commissie heeft om te beginnen vastgesteld dat de (gewone en promotionele) kortingen op factuur van Sony en BMG in elk van de grote lidstaten veruit de belangrijkste kortingen waren (behalve in Frankrijk in het geval van BMG). Het algemene niveau van de door de partijen bij de concentratie verleende kortingen verschilde enigszins wanneer deze kortingen werden uitgedrukt als een percentage van hun totale brutoverkoop aan hun 20 beste klanten in deze lidstaten (het verschil tussen de niveaus bedroeg [vertrouwelijk] procentpunten van de totale brutoverkoop van elk van hen in Italië, [vertrouwelijk] procentpunten in het Verenigd Koninkrijk en Spanje, [vertrouwelijk] procentpunten in Duitsland en [vertrouwelijk] procentpunten in Frankrijk).

127 Bovendien heeft de Commissie geen bewijs gevonden dat de partijen bij de concentratie de kortingen op factuur per klant voldoende op elkaar hadden afgestemd om te kunnen spreken van coördinatie en transparantie. In de punten 79, 86, 93, 100 en 107 van de beschikking is er sprake van verschillen tussen de totale kortingen op factuur die door de twee partijen bij de concentratie aan de individuele klanten zijn verleend en die worden uitgedrukt als een percentage van de brutoverkoop aan elk van deze klanten. De Commissie heeft vastgesteld dat de gemiddelde kortingen op factuur die de partijen bij de concentratie voor de periode 2000-2003 aan elk van hun tien beste gemeenschappelijke klanten in de grote lidstaten, behalve Frankrijk, hebben verleend, varieerden van 2 tot 5 % (Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Spanje) of van 1 tot 3 % (Italië). In het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Spanje bedroeg de variatie in de gemiddelde jaarlijkse kortingen van de twee partijen bij de concentratie voor een aantal van hun belangrijke klanten in bepaalde jaren meer dan 5 % van hun brutoverkoop aan deze klanten. In Frankrijk (punt 86 van de beschikking) vertoonden de gemiddelde kortingen op factuur die de partijen bij de concentratie aan elk van hun 15 beste gemeenschappelijke klanten verleenden, grotere variaties, die tot 10 % konden bedragen. Gelet op het belang van de door BMG in Frankrijk verleende retrospectieve kortingen en „contractuele kortingen”, heeft de Commissie ook de totale kortingen onderzocht. Zij heeft

vastgesteld dat er tussen de partijen bij de concentratie verschillen bestonden die in 2003 voor deze groep klanten tot 3 % konden bedragen en voor drie onder hen ongeveer 5 %. Deze fluctuaties waren in alle grote lidstaten voornamelijk te wijten aan de promotionele kortingen.

128 De Commissie heeft ook rekening gehouden (punten 79, 86, 93, 100 en 107 van de beschikking) met informatie uit alle grote lidstaten waaruit blijkt dat de door de twee partijen bij de concentratie verleende kortingen op drie punten varieerden (deze conclusies zijn gebaseerd op de gegevens in de bijlagen B.A tot en met B.14):

- de kortingen voor een bepaalde klant varieerden in de tijd;
- de kortingen voor een bepaalde klant varieerden per album;
- de kortingen voor een bepaald album varieerden per klant.

129 Bijlage B.4 bij de mededeling van de punten van bezwaar, die grafieken bevat die de gemiddelde kortingen op factuur weergeven die de partijen bij de concentratie tussen 2000 en 2003 aan elk van hun tien beste gemeenschappelijke klanten (detailhandelaars) in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Italië en Spanje hebben verleend (dat wil zeggen, voor elk jaar, de totale aan een bepaalde klant verleende kortingen op factuur, gedeeld door de totale brutoverkopen aan deze klant), toont weliswaar aan dat de kortingen in het geheel beschouwd stabiel zijn in de tijd (punt 88 van de mededeling van de punten van bezwaar), maar de partijen bij de concentratie hebben op basis van dezelfde grafieken gesteld dat er een merkbaar verschil was in de wijze waarop zij bepaalde klanten in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Spanje hebben behandeld (zie bijlage B.5, antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, punt 4.21).

130 Met betrekking tot de opmerking van verzoekster dat „helemaal niet duidelijk is dat de verschillen tussen de door de tien grootste klanten gekregen kortingen wijzen op een ongelijke behandeling en geen verschillen in het relatieve succes van de muziekportefeuille van elk van de partijen bij de concentratie weerspiegelen”, wijst de Commissie erop dat indien dit al zeer onduidelijk is voor een waarnemer die toegang heeft tot alle stukken, moeilijk valt in te zien hoe de majors in het kader van een stilzwijgende coördinatie en aan de hand van duidelijk onvolkomen marktinformatie „interferenties”, veroorzaakt door de samenstelling van de portefeuille, zouden kunnen uitschakelen om een exact beeld te krijgen van de achterliggende praktijk of het achterliggende beleid inzake het verlenen van kortingen.

131 Bijlage B.6 bij het verweerschrift, die door de partijen bij de concentratie overgelegde bewijzen bevat die betrekking hebben op een periode van vijf jaar, toont voor de vijf grote lidstaten aan dat de kortingen op factuur die elk van de partijen bij de concentratie in een bepaald jaar aan haar tien beste klanten heeft verleend voor haar 20 best verkochte albums, die een belangrijk deel van de totale omzet van de majors vertegenwoordigen, soms vrij grote variaties vertonen, zodat een van de voornaamste voorwaarden om de nettoprijzen te kunnen coördineren is dat de PPD's en de kortingen op hetzelfde niveau worden vastgesteld en dat dit zichtbaar is. Elke tabel toont, voor een bepaalde platenmaatschappij en een bepaald land, aan dat bepaalde klanten in een bepaald jaar of gedurende een aantal jaren erg verschillende kortingen voor deze hitalbums hebben ontvangen en dat er opmerkelijke verschillen zijn tussen de grootste en/of kleinste kortingen die in een bepaald jaar aan verschillende klanten zijn verleend, zelfs aan klanten van dezelfde categorie (bijvoorbeeld groothandelaars, gespecialiseerde kleinhandelaars, supermarkten).

132 Bovendien kan op basis van een vergelijking van de tabellen in deze bijlage voor Sony en BMG voor om het even welk land worden geconcludeerd dat de kortingen die elk van hen in om het even welk jaar aan om het even welke klant heeft verleend, vaak aanzienlijk varieerden en dat deze variatie zowel betrekking had op de in deze periode verleende hoogste en laagste bedragen als op de marge tussen deze bedragen.

- 133 De Commissie betwijfelt de relevantie van de conclusie van verzoekster dat de tabellen een aantal „interessante regelmatigigheden” vertonen en merkt op dat dergelijke „regelmatigheden” niet afdoen aan het feit dat de grote variatie in de kortingen een bewijs vormt van de complexiteit en de ondoorzichtigheid van de wijze waarop de nettoprijzen worden bepaald.
- 134 Op basis van bijlage B.8, die een klassenindeling bevat van de kortingen die de partijen bij de concentratie tussen 1998 en 2003 in de vijf grote lidstaten hebben verleend, heeft de Commissie bepaald hoeveel procent van zijn 20 best verkochte albums elk van de twee majors met een bepaalde korting op de catalogusprijs van de betrokken albums (uitgedrukt in nauwe marges van 2,5 %) aan alle klanten samen had verkocht. Meer in het algemeen blijkt uit de verticale kolommen in deze tabellen, die elk met een bepaald jaar overeenstemmen, dat, ongeacht het jaar of het land, geen van deze twee majors in de praktijk uniforme kortingen heeft toegepast, zelfs niet voor deze beperkte selectie van hun best verkochte albums. De horizontale rijen, die de verschillende nauwe marges weergeven waarbinnen de kortingen zijn gegroepeerd, tonen eveneens aan dat de praktijk van de twee partijen bij de concentratie van het ene jaar op het andere varieerde.
- 135 Bovendien blijkt uit een van de bijlagen bij het verweerschrift (bijlage B.9) dat er een aanzienlijk verschil is in de wijze waarop de kortingen die Sony en BMG in 2003 voor hun 20 best verkochte albums hebben verleend, waren verdeeld.
- 136 De opmerking van verzoekster dat de verschillen in de soorten kortingen niet uitsluiten dat de kortingen gebaseerd zijn op een reeks bekende regels, berust op de verkeerde veronderstelling dat het volstaat dat een reeks regels bekend is opdat alle majors de zekerheid zouden hebben dat deze regels in acht worden genomen.

137 De Commissie merkt op dat de door verzoekster verrichte correlatieanalyse die is opgenomen in bijlage D.3, betrekking heeft op de kortingen die door één enkele partij gedurende een bepaalde periode zijn verleend, en niet op de coördinatie tussen de partijen bij de concentratie. En ook al zou deze analyse aantonen dat de kortingstructuur van elke partij bij de concentratie, ondanks de wijzigingen in de samenstelling van de activiteiten, relatief stabiel is, bevestigt dit in feite het argument van de Commissie dat de gemiddelde nettoprijzen aanzienlijke fluctuaties op het niveau van de albums of de klanten kunnen maskeren. Ten slotte hebben de nauwe marges (van 2,5 %) in de grafieken, anders dan verzoekster stelt, tot gevolg dat de analyse minder gevoelig is voor kleine wijzigingen in de kortingen.

138 Verder is de Commissie van mening dat de opmerkingen van verzoekster over bepaalde grafieken, volgens welke deze eerder wijzen op de stabiliteit van de kortingen of op een hoge correlatiecoëfficiënt tussen de partijen bij de concentratie, ongegrond zijn.

139 Bijlage B.10, die voor de vijf grote lidstaten de verdeling van de nettoprijzen over de vijf belangrijkste klanten van beide partijen bij de concentratie weergeeft, toont aan dat:

- de verdeling van de nettoprijzen sterk varieert tussen de twee majors, zowel in het algemeen als voor specifieke klanten;
  
- de verdeling van de aankopen van verschillende klanten bij een bepaalde maatschappij over verschillende klassen van nettoprijzen, sterk varieert. Deze vaststelling geldt zelfs voor klanten van eenzelfde categorie (zoals groot-handelaars, gespecialiseerde kleinhandelaars en supermarkten), voorzover meer dan één klant van een bepaalde categorie in de tabel is opgenomen.

- 140 De Commissie is het met verzoekster eens dat de variaties in de verdeling van de nettoprijzen die de belangrijkste klanten aan de verschillende majors hebben betaald, te wijten kunnen zijn aan de verschillen in hun aankoopgewoonten en in het productassortiment van de platenmaatschappij. Deze variaties zijn evenwel geenszins irrelevant. Zelfs indien een major zou kunnen ontdekken welke verschillende nettoprijzen een gemeenschappelijke klant voor verschillende albums van een andere major heeft betaald (wat op basis van het beschikbare bewijs onwaarschijnlijk lijkt), zou hij niet kunnen zeggen of deze prijzen erop wijzen dat de door verzoekster vooropgestelde — noodzakelijkerwijs complexe — regels in acht zijn genomen dan wel dat van deze regels is afgeweken, zonder minstens te beschikken over veel meer informatie over de albums waarop deze prijzen betrekking hebben.
- 141 Indien het productassortiment en de verschillende mate van succes een verklaring dienden te bieden voor alle of de meeste in bovengenoemde bijlage weergegeven gewogen variaties in de prijsdistributie, zou dit bovendien aantonen dat elke poging tot coördinatie op basis van de gemiddelde nettoprijzen, zoals vooropgesteld door verzoekster, tot mislukken gedoemd is.
- 142 De Commissie betwist de relevantie van de elementen die verzoekster heeft aangevoerd om aan te tonen dat de bij het verweerschrift gevoegde stukken niet het bewijs vormen van een aanzienlijke prijsvariatie.
- 143 Verder beschikt de Commissie over bewijzen betreffende de PPD's in de hogeprijscategorie (zie bijlage B. 11) waaruit blijkt dat bepaalde zeer belangrijke klanten van een van de partijen bij de concentratie in een bepaald jaar (2003) voor albums met dezelfde PPD verschillende nettoprijzen aan deze platenmaatschappij hebben betaald (met andere woorden, verschillende kortingen hebben gekregen). Het verschil tussen de hoogste en de laagste nettoprijs betaald voor albums met een bepaalde PPD is vaak aanzienlijk.

144 Uit de door BMG overgelegde bewijzen (zie bijlage B.12) betreffende het deel van de totale gemiddelde korting dat aan elk van haar 10 beste klanten is verleend, blijkt dat de gemiddelde promotionele korting per klant in een bepaald land (land F) varieerde van ongeveer 8,5 % tot 13 % en voor bijna alle klanten een flink stuk hoger was dan de gemiddelde gewone kortingen (die varieerde van 3 tot 10 %), terwijl in een ander land (land C) de gemiddelde promotionele korting (variërend van 2 tot 5 %) ongeveer de helft of zelfs meer bedroeg dan de hoogste algemeen toepasselijke korting, dat wil zeggen met uitsluiting van de specifieke groothandelskorting. In de drie overige landen (landen B, D en A) varieerden de gemiddelde promotionele kortingen aanzienlijk van klant tot klant en fluctueerden zij respectievelijk tussen 0,5 en 12,5 %, tussen 0,5 en 13 % en tussen ongeveer 2,5 en 14,5 %. In de drie landen waren de gemiddelde promotionele kortingen voor een van de beste klanten veel hoger dan de gemiddelde gewone kortingen, terwijl zij voor andere klanten veel lager waren.

145 Anders dan verzoekster betoogt, betekent de omstandigheid dat elk van deze bijlagen slechts variaties toont in de nettoprijzen of de kortingen van een van de partijen die de concentratie hebben aangemeld, niet dat zij irrelevant zijn. Het feit dat de door een enkele major verleende kortingen variëren naar gelang van de klant (ook wanneer het gaat om soortgelijke klanten, waarvan mag worden verwacht dat zij belangstelling hebben voor soortgelijke producten uit zijn assortiment), wijst er immers op dat, zelfs indien een concurrent te weten zou komen welke kortingen deze grote platenmaatschappij aan een bepaalde klant heeft verleend, hieruit geen algemene conclusies zouden kunnen worden getrokken over de door deze maatschappij toegepaste kortingen. Bovendien zijn de regels voor een coördinatie die zowel individuele klanten als groepen gelijksoortige klanten omvat, veel te ingewikkeld.

146 De Commissie heeft ook „getuigenverklaringen” ontvangen waaruit blijkt dat één en dezelfde platenmaatschappij promotionele kortingen verleent voor zowel „front-line”-albums als de titelcatalogus (bijlage B.2).

147 Dit wordt bevestigd door bijlage B.13, die bestaat uit grafieken van de partijen bij de concentratie die voor elk van de vijf grote landen de kortingen op factuur tonen die zij in 2002 voor hun best verkochte albums, met zeer gelijkaardige PPD's in de

hogeprijscategorie, hebben verleend aan hun beste gemeenschappelijke klanten. De Commissie merkt op dat de gewone kortingen die door een bepaalde platenmaatschappij aan een bepaalde klant worden verleend, normaal gezien stabiel zijn voor alle albums gedurende een bepaald jaar, en leidt hieruit af dat de variaties in de kortingen op factuur die een platenmaatschappij voor verschillende albums met dezelfde PPD aan een bepaalde klant verleent, te wijten moeten zijn aan promotionele kortingen die op een bepaald moment voor de betrokken „frontline“-albums worden verleend. De grafieken wijzen op dergelijke variaties in de factureringspraktijk van elk van de platenmaatschappijen die de concentratie hebben aangemeld, althans ten opzichte van bepaalde klanten, en dit in alle betrokken landen.

- 148 De Commissie merkt op dat verzoekster haar verwijt dat zij niet „bepaalde eenvoudige beginselen” heeft onderzocht „die leiden tot verschillen tussen albums met eenzelfde referentieprijis en die verschillen in de omvang van de promotionele kortingen zouden kunnen verklaren”, maar dat zij bij de beschrijving hiervan zes criteria noemt die in beginsel onderling cumuleerbaar zijn en daardoor leiden tot een sterke stijging van het aantal combinaties van regels die mogelijkwerwijs alleen al op promotionele kortingen van toepassing zijn. Verzoekster doet geen enkele poging tot kwantificering, terwijl dit van wezenlijk belang is om op basis van de afspraken inzake prijscoördinatie met een redelijke mate van zekerheid de hoogte van de korting voor een bepaald nummer tijdens een bepaalde promotiecampagne te kunnen voorspellen, en vanzelfsprekend om te kunnen nagaan of de werkelijke kortingen in overeenstemming zijn met deze regels dan wel van de gemeenschappelijke beginselen inzake prijsvaststelling afwijken.
- 149 De variaties in de promotionele kortingen nemen diverse vormen aan: verschillende soorten klanten hebben verschillende kortingen gekregen voor albums van eenzelfde muziekgenre; verschillende klanten hebben verschillende kortingen gekregen voor hetzelfde album; eenzelfde klant heeft verschillende kortingen gekregen voor verschillende albums; eenzelfde klant heeft voor een specifiek album kortingen gekregen die beperkt waren in de tijd.
- 150 Ten slotte wordt de algemene conclusie van de Commissie dat „de door de majors verleende kortingen enigszins varieerden” op de grote markten (punten 78, 85, 92, 99 en 106 van de beschikking), ook bevestigd door economische bewijzen



betreffende de kortingen die de vijf majors hebben verleend. Op basis van de informatie die de Commissie van de vijf majors heeft gekregen over de kortingen op factuur die zij in 2003 hebben toegepast, hebben de economische experts van de partijen bij de concentratie in hun RBB-studie het volgende geconcludeerd:

„Wij vergelijken ook de verdeling van de kortingen op factuur die de partijen A, B, C, D en E in 2003 in elk van de vijf belangrijkste landen hebben verleend. De analyse toont aan dat er aanzienlijke verschillen zijn in de verdeling van de door de majors verleende kortingen op factuur. Dit bevestigt dat er voor het ogenblik geen sprake is van een onderling afgestemd tariefbeleid van de majors.”

### Transparantie van de kortingen

- 151 In de beschikking wordt erop gewezen dat de majors volgens verschillende klanten in de grote lidstaten „enige kennis” hadden van de door hun concurrenten toegepaste (stabielere) gewone kortingen (zie voetnoten 45, 49, 52, 55 en 57 van de beschikking). Dit punt is uitvoerig besproken tijdens de door de Commissie georganiseerde hoorzitting. De partijen bij de concentratie hebben gesteld dat een aantal van de positieve antwoorden slechts betrekking had op PPD's of geen onderscheid maakte tussen de PPD's en de kortingen. Slechts in vijf antwoorden (uit België, Frankrijk en Italië) van de in totaal 36 voor alle landen beschikbare antwoorden is uitdrukkelijk verklaard dat de kortingen een zekere mate van transparantie vertoonden; in elf antwoorden werd het tegenovergestelde standpunt verdedigd. Op basis van de antwoorden van de detailhandelaars, van de „getuigenverklaringen” van de nationale kaderleden van Sony en BMG (zie de relevante uittreksels in bijlage B.2) en van het feit dat de haar overgelegde monitoringrapporten van de handelsvertegenwoordigers geen informatie over kortingen bevatten (zie bijlage B.15), heeft de Commissie geconcludeerd dat, zo de majors al volgens een aantal detailhandelaars enige kennis hadden van het prijsbeleid van de andere majors, deze kennis betrekking kon hebben op de — vrij transparante — PPD's en in zekere mate op de gewone kortingen, waarover jaarlijks werd onderhandeld, maar zich waarschijnlijk niet uitstrekten tot de promotionele kortingen, waarover van geval tot geval wordt onderhandeld. De majors kunnen

dankzij hun relaties met vaste klanten (punt 112 van de beschikking) bepaalde informatie over jaarlijkse kortingen verkrijgen, maar deze relaties lijken niet te leiden tot een grotere transparantie op het gebied van kortlopende promotiecampagnes.

- 152 De Commissie heeft vastgesteld dat de promotionele kortingen minder transparant zijn dan de gewone kortingen en dat de controle ervan een nauwkeurige observatie van de promoties op de detailhandelsmarkt vereist (punten 80, 87, 94, 101 en 108 van de beschikking). Het systeem van wekelijkse rapporten van de verkopers van Sony en BMG (die opmerkingen over de concurrenten bevatten) levert evenwel niet de vereiste mate van transparantie op het gebied van deze kortingen op. De Commissie heeft met name onvoldoende bewijs gevonden dat de majors door het controleren van de detailhandelsprijzen of via hun contacten met de detailhandelaars het gebrek aan transparantie op het gebied van de kortingen, met name van de promotionele kortingen, hebben kunnen ondervangen.
- 153 De door de partijen bij de concentratie overgelegde monitoringrapporten (bijlage B.15) bevatten niet het soort gedetailleerde informatie over de kortingen van de concurrenten dat nodig is om op doeltreffende wijze te kunnen nagaan tegen welke nettoprijzen de individuele albums aan de verschillende klanten zijn verkocht. In andere landen zijn deze rapporten bovendien veel korter of bestaan zij zelfs niet. Zo dienen met name de vertegenwoordigers van BMG enkel in Frankrijk en Oostenrijk formele monitoringrapporten in.
- 154 De Commissie geeft weliswaar toe dat zij niet gemakkelijk kan bewijzen dat er geen sprake is van een prijssysteem in de vorm van een reeks algemene regels, maar merkt op dat verzoekster niet de moeite heeft gedaan om het positieve bewijs te leveren van de wijze waarop een dergelijk systeem is opgezet en vervolgens wordt toegepast op ontelbare individuele overeenkomsten en hoe de inachtneming ervan wordt verzekerd.
- 155 De Commissie uit verder haar verbazing over het feit dat verzoekster zonder meer betwist dat zonder monitoring geen collectieve machtspositie kan worden aangetoond.

- 156 De conclusie van de Commissie betreffende de ondoeltreffendheid van de controle van de detailhandelsprijzen is ook gebaseerd op de complexiteit en de ondoorzichtigheid van de wijze waarop de detailhandelsprijzen worden vastgesteld. Uit een door de partijen bij de concentratie overgelegde studie (bijlage B.17) blijkt dat er grote variaties bestaan in de detailhandelsprijzen die door de voornaamste detailhandelaars voor vergelijkbare cd-albums in elk van de grote prijssegmenten (hoge, gemiddelde en budgetprijzen) worden gehanteerd, en dat de vaststelling van de detailhandelsprijzen even complex is als die van de groothandelsprijzen. Bovendien varieert de detailhandelsprijs voor elk van de vijf best verkochte albums vaak in de tijd, voor gelijk welke detailhandelaar, en nog sterker van detailhandelaar tot detailhandelaar, ongeacht het tijdstip.
- 157 Uit het bewijsmateriaal (opgenomen in bijlage B.17, afdeling 2) blijkt dat de majors niet door een intensieve controle van de evolutie van de door elke detailhandelaar voor elk belangrijk album toegepaste detailhandelsprijzen kunnen achterhalen hoe hun voornaamste concurrenten de nettoprijs (PPD min korting op factuur) voor een bepaald album in de praktijk vaststellen. De detailhandelaars passen immers niet allen stelselmatig op een bepaald tijdstip dezelfde winstmarge op de groothandelsprijzen toe op alle categorieën albums, en zelfs niet op de beperktere hogeprijs-categorie (tabel 2.1).
- 158 Ten slotte heeft de Commissie geen aantoonbaar verband gevonden tussen de detailhandelsprijzen en de kortingen op factuur die zijn verleend voor albums met dezelfde PPD. Integendeel, de door de partijen bij de concentratie overgelegde studie lijkt erop te wijzen dat zowel voor hoog geprijsde albums als voor andere albums de variaties in de prijs die op een bepaald tijdstip door verschillende detailhandelaars voor een bepaald album werd gehanteerd, geen specifiek verband vertoonden met de kortingen op factuur die voor dat album aan de betrokken detailhandelaars waren verleend (tabel 3.1).
- 159 Gelet op het feit dat de praktijken op het gebied van de vaststelling van de detailhandelsprijzen zo sterk variëren en zo onvoorspelbaar zijn, kan een major niet met zekerheid concluderen dat een bepaalde detailhandelaar op albums van andere majors dezelfde winstmarge of hetzelfde systeem van winstmarges toepast als op soortgelijke albums van hemzelf, en zich geen betrouwbaar beeld vormen van de nettoprijzen van de concurrenten, noch voor een bepaald album noch in het

algemeen, op basis van de verhouding tussen de detailhandelsprijzen en de groothandelsprijzen die door een detailhandelaar wordt toegepast op zijn eigen albums, individueel of in hun geheel beschouwd.

- 160 De Commissie beklemtoont dat de stelling van verzoekster dat „het zou verbazen mocht er geen duidelijk en stelselmatig verband zijn tussen de gemiddelde detailhandelsprijzen van de aan een specifieke handelaar verkochte albums binnen een specifieke categorie en de werkelijke groothandelsprijzen ervan voor een voldoende ruim assortiment nummers gedurende een redelijke periode”, door geen enkel bewijs wordt ondersteund. Wanneer maar voldoende albums en periodes worden samengevoegd, zal dit variaties op het niveau van de individuele nummers, waarvan de verkoopcijfers vaak hoog zijn en waarop een stilzwijgende prijscoördinatie noodzakelijkerwijs betrekking moet hebben, maskeren. Een major kan niet op betrouwbare wijze op basis van de verhouding tussen de detailhandelsprijzen en de groothandelsprijzen van zijn eigen albums — die, zoals verzoekster in haar opmerkingen herhaaldelijk heeft opgemerkt, op elk ogenblik een specifiek productassortiment vormen — vaststellen of deze verhouding ook geldt voor de andere majors.
- 161 De Commissie stelt dat de kritiek van verzoekster op de studie van RBB en op het feit dat de Commissie deze niet aan andere marktdeelnemers heeft voorgelegd, valt te herleiden tot een aantal niet-gestaafde beweringen.

### Structurele banden

- 162 Wat de verzamelalbums betreft, hebben de partijen bij de concentratie aangetoond dat de partners in een joint venture slechts een gemiddeld cijfer over de kortingen op het betrokken verzamelalbum krijgen (niet opgesplitst per type korting of per klant). Gelet op het feit dat de kortingen in de praktijk variëren naar gelang van het album, de klant of het tijdstip, alsook op het belang van de promotionele kortingen en op de waarschijnlijke verschillen in promotionele kortingen tussen verzamelalbums en gewone albums, kunnen verzamelalbums niet de nodige transparantie opleveren en zijn zij dus irrelevant voor de analyse van de Commissie.

- 163 Zo ook zijn bij de distributie- of licentieovereenkomsten zelden meer dan twee majors betrokken. Zij vormen dus geen geschikt medium voor de multilaterale uitwisseling van zeer complexe informatie over de praktijken van alle majors op het gebied van de vaststelling van de nettoprijzen, zonder welke er geen stilzwijgende coördinatie op dit punt kan zijn. Aangezien ten slotte de royalty-onderhandelingen voor muziekluitgaven collectief verlopen en plaatsvinden tussen de nationale verenigingen van platenmaatschappijen (majors en onafhankelijke maatschappijen) en de nationale beheersmaatschappijen (die de uitgevers en de auteurs vertegenwoordigen) en geen betrekking hebben op de prijzen van de muziekopnames, is de Commissie tot de conclusie gekomen dat zij niet relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie.

### Vergeldingsmaatregelen

- 164 Uit de punten 114 en 118 van de beschikking blijkt dat de Commissie niet heeft proberen vast te stellen of er eventueel geloofwaardige vergeldingsmechanismen bestaan (zij heeft een aantal potentieel geloofwaardige mechanismen gevonden), maar veeleer heeft trachten uit te maken of het parallellisme en de stabiliteit van de kortingen zoals die op een zeer algemeen niveau zijn vastgesteld, al dan niet toe te schrijven zijn aan stilzwijgende coördinatie, ondanks de complexiteit van de individuele beslissingen waarbij de nettoprijzen worden vastgesteld, de spreiding van de individuele nettoprijzen op meerdere punten en het kennelijke gebrek aan voldoende transparantie. Duidelijke bewijzen dat de andere majors als reactie op een „afwijking” van het gebruikelijke niveau van gemiddelde nettoprijzen of gemiddelde kortingen op factuur vergeldingsmaatregelen hebben getroffen, hadden een (zij het vanzelfsprekend niet doorslaggevende) aanwijzing van het bestaan van coördinatie kunnen vormen. Het ontbreken van bewijs van vergeldingsmaatregelen, in de vorm van een algemene terugkeer naar een grotere concurrentie op het gebied van de prijzen, verzamelalbums, onlinemuziek of muziekluitgaven, zou kunnen worden beschouwd als een „negatieve” aanwijzing dat de op een algemeen niveau vastgestelde onderlinge afstemming niet het resultaat was van stilzwijgende coördinatie.
- 165 Wat de algemenere vraag betreft of er voldoende geloofwaardige vergeldingsmechanismen bestaan om een duurzame coördinatie op de markt voor muziekopnames te verzekeren, heeft de Commissie duidelijk het meeste aandacht besteed aan

de eventuele uitsluiting van de afvallige onderneming van verzamelalbums of de weigering om mee te werken aan haar eigen verzamelalbums (en daarnaast ook aan de terugkeer naar prijsconcurrentie). De elementen die de Commissie in de punten 116 en 117 van de beschikking heeft uiteengezet, zijn niet doorslaggevend. Enerzijds beschikken de majors daadwerkelijk over een netwerk van joint ventures voor het maken van verzamelalbums (punt 116 van de beschikking) en vertegenwoordigen deze albums een groot deel van de markt voor muziekopnames (tussen 15 en 20 %) en zorgen zij meestal voor een aanzienlijke omzet (punt 115 van de beschikking), anderzijds lijkt de combinatie van artiesten van verschillende labels een belangrijke factor te zijn in dit succes (punt 115 van de beschikking) en zijn bij de verzamelalbums twee of drie van de meest succesvolle majors betrokken (punt 116 van de beschikking). Hieruit volgt noodzakelijkerwijs dat het gebruik van deze vergeldingsmaatregel kan leiden tot het opofferen van de extra winst die kan worden behaald met een verzamelalbum waarop ook de artiesten van de afvallige onderneming staan. Gelet op deze combinatie van voor- en nadelen en bij gebreke van bewijzen dat dergelijke vergeldingsmaatregelen in het verleden zijn toegepast of dat daarmee is bedreigd, heeft de Commissie niet kunnen vaststellen dat een mechanisme dat „algemeen beschouwd als geloofwaardig vergeldingsmiddel voor de majors kon fungeren”, voldoende geloofwaardig was of is om coördinatie in het verleden of in de toekomst te verzekeren.

### c) Andere lidstaten

<sup>166</sup> In de andere, kleinere, lidstaten werd het grootste deel van de totale verkoop van elke major (tussen 50 tot 60 % en 90 tot 100 %) verricht met gebruikmaking van vijf PPD's en (behalve in Oostenrijk) vertegenwoordigden twee PPD's van elke major tussen 30 tot 40 % en 60 tot 70 % van zijn totale cd-verkoop in 2003.

<sup>167</sup> Verder variëren de kortingen op factuur voor elk van de partijen bij de concentratie sterk van klant tot klant. Het kleinste verschil tussen de hoogste en de laagste gemiddelde korting die door een van de partijen bij de concentratie aan haar tien beste klanten (de vijf beste in Ierland) waren verleend, bedroeg 5,7 %, terwijl het

verschil tussen de hoogste en de laagste gemiddelde korting verleend aan een van de tien beste klanten, voor beide aanmeldende partijen in geen enkel land lager was dan 10 %.

168 De Commissie heeft (in de punten 148 tot 152 van de beschikking) een aantal gelijkenissen tussen de markten van de kleine landen en de vijf grote landen vastgesteld. Op basis van de bewijzen die met betrekking tot de kleine landen zijn aangevoerd, kon onmogelijk het bestaan van een werkelijke stilzwijgende coördinatie tussen de majors op deze markten worden vastgesteld.

## 2. Onjuiste voorstelling van de beschikking in het verzoekschrift

169 De Commissie herinnert er om te beginnen aan dat een mededeling van punten van bezwaar slechts een voorbereidende, voorlopige maatregel is (arrest Hof van 11 november 1981, *International Business Machines/Commissie*, 60/81, Jurispr. blz. 2639) en dat zij geen specifieke verplichting heeft om uit te leggen waarom zij van haar voorlopig standpunt afwijkt. De opmerking van verzoekster dat de kenmerken van de markt niet zijn gewijzigd in de periode tussen de toezending van de mededeling van punten van bezwaar en de vaststelling van de beschikking, doet op zich niet ter zake. Dit kan weliswaar objectief gezien grotendeels juist zijn, maar het geldt zeker niet voor de omvang van de kennis en het begrip van de Commissie omtrent de markt. De Commissie heeft ter bepaling van haar definitieve standpunt terdege rekening gehouden met de uitvoerige opmerkingen die de partijen bij de concentratie in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar hebben gemaakt.

170 Verder heeft verzoekster de beschikking op verschillende punten verdraaid.

- 171 Om te beginnen wordt in de beschikking niet gesteld dat de majors „alle kenmerken van een dominante groep” vertonen.
- 172 Verder wordt in de beschikking niet vastgesteld dat de majors in staat waren hoge prijzen te handhaven. In punt 56 van de beschikking wordt integendeel aangegeven dat de prijzen zijn gedaald, zij het minder dan de partijen bij de concentratie beweerden, en punt 58 van de beschikking heeft slechts betrekking op het prijsniveau van cd's, dat als hoog wordt beschouwd.
- 173 Ten slotte heeft de Commissie in de beschikking niet vastgesteld dat de markt alle kenmerken vertoont die nodig zijn om stilzwijgende coördinatie te bevorderen. Met name wordt in de beschikking niet gesteld dat er daadwerkelijk coördinatie heeft plaatsgevonden, maar hoogstens dat de Commissie bepaalde elementen heeft gevonden die kunnen wijzen op coördinatie (punt 109 van de beschikking). In de punten 112 en 113 van de beschikking wijst de Commissie weliswaar op het feit dat er een stabiele klantenbasis is en dat er controle plaatsvindt, maar zij acht deze controle onvoldoende om het gebrek aan transparantie van de kortingen, met name de promotionele kortingen, te ondervangen.

### 3. Eerste onderdeel

#### a) Schending van de motiveringsplicht

- 174 De Commissie acht het aangewezen om eerst de algemene vereisten van artikel 253 EG uiteen te zetten, alvorens de specifieke argumenten van verzoekster te onderzoeken.



- 175 In de eerste plaats dient volgens de Commissie een onderscheid te worden gemaakt tussen het ontbreken van een voldoende duidelijke motivering van een handeling en een motivering die is gebaseerd op feitelijke vergissingen, beoordelingsfouten of onjuiste rechtsopvattingen; in het tweede geval is de gegrondheid van de beschikking en niet een schending van wezenlijke vormvoorschriften aan de orde en is er geen sprake van een schending van artikel 253 EG (arresten Gerecht van 7 november 1997, Cipeke/Commissie, T-84/96, Jurispr. blz. II-2081, punten 46 en 47, en 14 mei 1998, Buchmann/Commissie, T-295/94, Jurispr. blz. II-813, punten 44-45).
- 176 In de tweede plaats wijst de Commissie erop dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen en dat de Commissie niet hoeft in te gaan op alle feiten en rechtsvragen die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen, maar rekening dient te houden met de context en met alle rechtsregels op het betrokken gebied.
- 177 Een van de relevante omstandigheden is de mate waarin de personen die door een handeling worden geraakt, vooraf kennis hebben van relevante feiten of overwegingen, met dien verstande dat van bepaalde personen mag worden verwacht dat zij kennis hebben van de sector of dat deze kennis door de betrokken personen kan worden verworven doordat zij nauw betrokken zijn bij de procedure die leidt tot de vaststelling van de handeling of bij een verwante procedure. Ook het vereiste om controles van concentraties snel te laten verlopen, is beschouwd als een relevant criterium bij de beoordeling van het passende karakter van een motivering.
- 178 Wanneer bepaalde relevante feiten onder de geheimhoudingsplicht van artikel 287 EG vallen, dient de bevoegde instelling er niettemin voor te zorgen dat de kern van haar redenering aan de betrokken personen wordt meegedeeld.

- 179 Wanneer de betekenis van de tekst niet onmiddellijk duidelijk is, is artikel 253 EG niettemin niet geschonden indien een normale inspanning volstaat om de dubbelzinnigheden in de motivering op te helderen.
- 180 Verder heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat „de Commissie [...] niet gehouden [is], eventuele verschillen met haar mededeling van punten van bezwaar te verklaren, aangezien dit een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen die bedoeld zijn om het voorwerp van de administratieve procedure af te bakenen voor de ondernemingen tegen wie deze procedure is gericht”.
- 181 Wanneer ten slotte een concentratie de mededingingssituatie op een bepaalde markt niet of slechts in zeer geringe mate wijzigt, kan van de Commissie niet worden verlangd dat zij dit punt specifiek motiveert. De Commissie schendt evenmin haar motiveringsplicht indien zij in haar beschikking geen specifieke motivering geeft met betrekking tot de beoordeling van een aantal aspecten van de concentratie die haar kennelijk niet ter zake doende, zonder betekenis of duidelijk bijkomstig voor de beoordeling ervan lijken.

### Producthomogeniteit

- 182 Wat de grief van verzoekster betreft dat de vaststellingen met betrekking tot de homogeniteit van het product onvoldoende gemotiveerd zijn, betoogt de Commissie dat zij niet heeft vastgesteld dat „de heterogeniteit van de inhoud meer gewicht dient te hebben dan de homogeniteit van het formaat”, maar eenvoudigweg heeft geconcludeerd dat de twee aspecten in aanmerking dienen te worden genomen. Zo ook heeft de Commissie de vaststelling dat de bepaling van de groothandelsprijzen van cd's op vele punten is gestandaardiseerd (door gebruikmaking van de courantste PPD's en gewone kortingen voor elke klant) niet „ontkracht”, maar eerder genuanceerd, door te verwijzen naar de rol die het succes van een album speelt

bij de vaststelling van de prijs ervan. Kortom, cd-albums zijn niet vergelijkbaar met vaten aardolie en het feit dat verschillende albums kunnen worden geacht tot dezelfde markt te behoren (doordat zij deel uitmaken van een „ruimte van substitueerbare producten”), maakt van hen vanuit het oogpunt van het product zelf of van de prijsvaststelling nog geen perfect homogene producten. Het resultaat van deze redenering is geen „reeks tegenstrijdige vaststellingen”, maar de weerspiegeling van een complexe realiteit.

## Transparantie

- 183 Verzoekster kan niet stellen dat zij de bestreden beschikking niet heeft begrepen omdat de Commissie geen definitie zou hebben gegeven van wat zij verstaat onder „promotionele kortingen”, aangezien zij als sectorale vereniging actief heeft deelgenomen aan de besprekingen tijdens de door de Commissie georganiseerde hoorzitting en zelf beweert vertrouwd te zijn met de werking van deze kortingen. Hoe dan ook wordt in de beschikking voldoende uitgelegd wat de verschillende soorten kortingen inhouden (punten 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 en 113).
- 184 Verzoekster stelt eveneens ten onrechte dat de algemene analyse van de kleinere landen die de Commissie in de punten 148 en volgende heeft verricht, slechts betrekking heeft op gewone kortingen. De Commissie heeft in punt 150 van de beschikking eenvoudigweg opgemerkt dat de gewone kortingen in alle landen de belangrijkste kortingen zijn, maar heeft vervolgens de ruimere categorie van de kortingen op factuur onderzocht (die de gewone en de promotionele kortingen omvat), zoals zij dit reeds land per land had gedaan in de punten 119 tot en met 146. Er is hier geen verwarring of onzekerheid mogelijk.
- 185 De Commissie hecht in de beschikking groot belang aan de promotionele kortingen omdat voor een doeltreffende coördinatie de nettoprijzen van belang zijn. „Enige kennis” van de gewone kortingen volstaat niet indien de promotionele kortingen tot gevolg hebben dat de kortingen voor bepaalde klanten zo sterk in de tijd en van

album tot album variëren als is aangegeven in de punten 79, 86, 100 en 107 van de beschikking.

- 186 De Commissie heeft de kortingen van de andere majors onderzocht, maar aangezien deze cijfers niet aan de aanmeldende partijen mogen worden bekendgemaakt, konden zij niet in de beschikking worden opgenomen. Dit is overigens ook niet nodig, aangezien het volstaat dat twee majors op ondoorzichtige wijze kortingen verlenen, om de doeltreffende controle van de nettoprijzen door alle majors onmogelijk te maken. Bovendien berusten de verklaringen van verzoekster met betrekking tot de vaststelling van de prijzen in bijlage A.17 op de idee dat alle platenmaatschappijen hun nettoprijzen op dezelfde wijze bepalen.

### Afschrikmiddelen

- 187 Uit de beschikking (met name punt 114) blijkt dat de Commissie aanvullend heeft onderzocht of in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn gebruikt of dat daarmee is gedreigd, om na te gaan of een zekere mate van onderlinge afstemming van de prijzen op een algemeen niveau te wijten was aan stilzwijgende coördinatie. Bij gebreke van bewijs dat dergelijke maatregelen daadwerkelijk zijn gebruikt, heeft de Commissie geen definitief standpunt kunnen innemen over de vraag of de verschillende in haar beschikking genoemde potentiële vergeldingsmaatregelen volstonden.

### Tegenwicht

- 188 Aangezien de voorwaarden om te kunnen spreken van een bestaande of toekomstige collectieve machtspositie cumulatief zijn, hoefde de Commissie geen standpunt in te nemen met betrekking tot het vermogen van de concurrenten en de consumenten om te druk uit te oefenen, en hoefde zij dienaangaande dus geen motivering te verstrekken.

b) Kennelijke beoordelingsfout en onjuiste rechtsopvatting

189 Aangezien de Commissie van mening is dat de gronden tot nietigverklaring die berusten op een kennelijke beoordelingsfout en een onjuiste rechtsopvatting, elkaar overlappen, onderzoekt zij deze samen.

190 Zij wijst om te beginnen op de twee volgende punten.

191 Wat om te beginnen het argument betreft dat de Commissie, wanneer zij tegenstrijdige argumenten dient af te wegen, niet teveel gewicht mag hechten aan een ervan, wijst zij erop dat zij bij het verrichten van ingewikkelde economische beoordelingen over een discretionaire marge beschikt en dat de beschikking niettemin uiterst weloverwogen conclusies bevat en dat verzoekster op dit punt geen enkel bewijs vermeldt waarover de Commissie beschikte en waaraan naar haar gevoel te veel of te weinig gewicht zou zijn gegeven.

192 Wat verder de stelling betreft dat een beschikking die onvoldoende gedetailleerde feitelijke bewijzen bevat ter ondersteuning van haar conclusies, berust op een kennelijke beoordelingsfout, stelt de Commissie dat hierin wezen de motivering aan de orde is en dat zij niet verplicht is om in haar beschikkingen de vaak omvangrijke (en vertrouwelijke) bewijzen die zij in aanmerking heeft genomen, in detail uiteen te zetten. Het is voldoende dat zij de algemene strekking van de door haar onderzochte bewijzen en de gronden voor de daaruit getrokken conclusies duidelijk aangeeft, zodat de belanghebbenden, en in het bijzonder diegenen die vertrouwd zijn met de sector en reeds nauw bij de administratieve procedure betrokken waren, zich een eigen mening kunnen vormen over de wettigheid van deze conclusies. In casu worden de diverse vaststellingen in de beschikking over de werking van de markten voor muziekopnames door tal van complexe bewijzen gestaafd.

## Producthomogeniteit

- 193 Volgens de Commissie vergist verzoekster zich wanneer zij stelt dat de heterogeniteit van de inhoud niet relevant is omdat de prijzen worden vastgesteld op basis van een beperkt aantal referentieprijzen. De referentieprijzen hebben immers enkel betrekking op de catalogusprijzen van de albums, maar niet op de kortingen op factuur. Meer bepaald variëren de promotionele kortingen onder meer van album tot album.
- 194 De Commissie stelt dat een collectieve machtspositie mogelijkwijs moeilijker te ontdekken is op markten met gedifferentieerde producten, met name wanneer de differentiatie „informatieproblemen op niet-transparante markten verergert” [zie de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5), punt 45].

## Transparantie

- 195 Alvorens de verschillende argumenten van verzoekster te onderzoeken, acht de Commissie het nodig vier fundamentele fouten in het verzoekschrift te bespreken, namelijk twee juridische denkfouten en twee fouten in de uitlegging van de beschikking.
- 196 In de eerste plaats maakt verzoekster een fundamentele denkfout door ervan uit te gaan dat de vaststelling dat de gemiddelde nettoprijzen van de majors in grote mate gelijklopen of dat de gemiddelde kortingen van een bepaalde platenmaatschappij zeer stabiel zijn, voldoende bewijs vormt van zowel de stilzwijgende coördinatie als

de transparantie die nodig is om deze coördinatie op duurzame wijze onder de vastgestelde voorwaarden te handhaven. Een zekere mate van onderlinge afstemming of stabiliteit, op een algemeen niveau beschouwd, kan significante en overeenstemmende bewijzen dat er voldoende transparantie is om oligopolistische ondernemingen in staat te stellen elkaars marktgedrag te controleren, niet vervangen, en bij gebreke van bewijzen dat er voldoende transparantie is, kan er niet van worden uitgegaan dat elke oligopolistische onderneming bij het bepalen van haar marktgedrag voldoende nauwkeurige kennis had van het gedrag van haar concurrenten.

- 197 In de tweede plaats maakt verzoekster een fundamentele juridische fout voorzover zij de Commissie verwijt dat zij heeft gebaseerd op bewijzen inzake kortingen zonder evenwel vast te stellen dat de toegepaste kortingen hebben geleid tot aanzienlijke prijsverminderingen, en voorzover zij stelt dat de concurrentie op het gebied van de kortingen in werkelijkheid volkomen marginaal is. Deze stelling vindt geen steun in de feiten: de gemiddelde kortingen op factuur van de partijen bij de concentratie maken integendeel een zeer groot deel uit van hun gemiddelde brutoverkopen (punten 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 en 146 van de beschikking) en aan bepaalde klanten en voor bepaalde albums worden nog grotere kortingen verleend (punten 79, 86, 93, 100 en 107 van de beschikking). Kortingen vormen dus een uiterst belangrijk onderdeel van het prijsvormingsproces en zijn misschien wel het meest voor de hand liggende en zeker het minst transparante middel voor een major om „een concurrentieslag [te ontketenen] om zijn marktaandeel te vergroten (bijvoorbeeld door de prijs te verlagen)”. De belangstelling van de Commissie voor de transparantie van de kortingen is niet direct ingegeven door de wens om na te gaan of de majors in het verleden één front hebben gevormd. Zij wil integendeel onderzoeken of de oligopolistische ondernemingen zelf dankzij een doeltreffende onderlinge controle op duurzame wijze één front hebben kunnen vormen (of dit na de concentratie zouden kunnen vormen). De Commissie hoefde dus naar eigen zeggen niet aan te tonen dat een of meer majors in werkelijkheid hun prijzen ten opzichte van die van de andere majors hadden verlaagd door grote aanvullende kortingen te verlenen.

- 198 In de derde plaats maakt verzoekster een fundamentele interpretatiefout door de Commissie te verwijten dat zij de „voldoende markttransparantie” waarvan sprake in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* verwacht met het in de beschikking toegepaste criterium van totale transparantie. In de beschikking is

immers constant sprake van een „voldoende mate van transparantie” (punten 73, 80, 87, 94, 108 en 120 van de beschikking). Verzoekster miskent ook de aard van het onderzoek dat de Commissie met betrekking tot het prijssysteem heeft gevoerd. De Commissie heeft de bestanddelen van de nettoprijs van een aan een individuele klant verkocht album onderzocht (PPD, gewone korting, eventuele promotionele korting) en heeft geconcludeerd dat alle bestanddelen voldoende transparant moeten zijn wil een major met redelijke zekerheid weten hoe een andere major in werkelijkheid de nettoprijzen vaststelt, zowel op het niveau van de klanten als op het niveau van de albums. De Commissie stelt dat zij op basis van de bewijzen dat de PPD's redelijk transparant zijn, van een aantal bewijzen dat de gewone kortingen in zekere mate transparant zijn en van de sterke bewijzen dat de promotionele kortingen ondoorzichtig en complex zijn, niet tot een dergelijke conclusie is kunnen komen.

199 In de vierde plaats heeft verzoekster nog een fundamentele interpretatiefout gemaakt door te verklaren dat de Commissie heeft vastgesteld dat de PPD's en de gemiddelde nettoprijzen parallel evolueerden. Dat is onjuist. De Commissie heeft vastgesteld dat de gemiddelde reële brutoprijzen en de gemiddelde reële nettoprijzen van de aanmeldende partijen op elk van de grote markten parallel evolueerden (punten 77, 84, 91, 98 en 105 van de beschikking), maar niet dat de gemiddelde kortingen voor de twee partijen bij de concentratie gelijk waren (punten 78, 85, 92 en 99 van de beschikking en opmerkingen met betrekking tot bijlage B.6). De Commissie beklemtoont dat de kortingen van klant tot klant, van album tot album en in de tijd variëren (punten 79, 86, 93, 100 en 107 van de beschikking en de bespreking van de onderliggende bewijzen). De betrokken bewijzen tonen niet aan dat een bepaalde PPD stelselmatig, los van deze variabelen, met een vaste en voorzienbare korting zal worden verminderd (zie met name bijlage B.13).

200 Verder dienen volgens de Commissie een aantal verklaringen van verzoekster te worden gecorrigeerd of toegelicht:

- de vrij gelijklopende ontwikkeling van de prijzen van de majors vertoonde een variatie die over het algemeen meer dan 10 % bedroeg (zie bijvoorbeeld bijlage B.10);



- het feit dat er slechts een beperkt aantal essentiële PPD's als basis wordt gebruikt, dient te worden genuanceerd, gelet op de noodzaak om elk jaar minstens 80 hitalbums te volgen, waarvan de PPD's evolueren;
  
- de detailhandelsprijzen zijn openbaar en dus in beginsel waarneembaar, maar het is voor de majors moeilijk om de voortdurende evolutie ervan per detailhandelaar en in de tijd te volgen;
  
- er is geen bewijs dat de monitoringrapporten van de partijen bij de concentratie betreffende bepaalde markten nuttige informatie bevatten over de nettoprijzen van de concurrenten of de winstmarges van de detailhandelaars;
  
- verzoekster levert totaal geen bewijs van haar stelling dat de winstmarges van de detailhandelaars transparant en zeer nauwkeurig bekend zijn; deze niet-gestaafde stelling wordt tegengesproken door de bewijsstukken in het dossier (bijlage B.17), die aantonen dat de bepaling van de detailhandelsprijzen complex en onvoorspelbaar is. De vaststelling van de Commissie dat een aanzienlijke afwijking van het prijsbeleid door middel van kortingen in de gemiddelde nettoprijzen van een major tot uiting zou zijn gekomen, staat hier los van. Deze vaststelling is om twee redenen irrelevant. Ten eerste heeft zij betrekking op een fenomeen dat de Commissie — indien het zich had voorgedaan — had kunnen waarnemen door gebruik te maken van haar onderzoeksbevoegdheden, maar dat geen enkele individuele major had kunnen vaststellen omdat noch het algemene niveau van de door hen toegepaste kortingen, noch hun gemiddelde nettoprijzen transparant zijn. Ten tweede zegt de interactie tussen het algemene niveau van de kortingen en de gemiddelde nettoprijzen niets over het bestaan van een vast en transparant verband tussen de detailhandelsprijzen en de nettogroothandelsprijzen;
  
- er zijn weinig betrouwbare aanwijzingen dat de majors gedetailleerde kennis hebben van het niveau van elkaars gewone en promotionele kortingen, en veel

bewijzen van het tegendeel, waaronder de objectieve complexiteit van de promotionele kortingen, die van klant tot klant, van album tot album en in de tijd variëren;

- de vaststellingen van de Commissie, die zijn toegespitst op de door de partijen bij de concentratie toegepaste kortingen, volstaan om te kunnen concluderen dat er onvoldoende transparantie tussen deze oligopolistische ondernemingen bestaat om stilzwijgende coördinatie mogelijk te maken;
  
- de samenwerking tussen bepaalde majors op het gebied van verzamelalbums en distributie kan niet voldoende informatie over de complexe individuele beslissingen van de majors inzake kortingen opleveren;
  
- verzoekster levert geen bewijs dat er een groot verloop is van bestuurders tussen de majors of dat dit verloop groter is dan in andere sectoren met een hoge concentratiegraad, of dat de kennis die een bestuurder bij het verlaten van een major heeft van de praktijken op het gebied van de kortingen, die complex zijn en variëren tussen de albums, die een „beperkte levensduur” hebben, lange tijd nuttig is of een duurzame coördinatie tussen de majors mogelijk maakt;
  
- de hitparades maken het weliswaar gemakkelijker om vast te stellen welke albums het best verkopen, maar geven zelden informatie over de PPD's en nooit over de kortingen;
  
- de beschikking kan niet worden bekritiseerd op de loutere grond dat zij afwijkt van de mededeling van de punten van bezwaar.

- 201 Anders dan verzoekster stelt, is het niet „vrij eenvoudig” om de hoogte van de kortingen vast te stellen. Dit is in werkelijkheid voor promotionele kortingen praktisch onmogelijk. De stelling van verzoekster dat de promotionele kortingen een vierde tot een derde van alle kortingen vertegenwoordigen, kan worden aanvaard als algemeen uitgangspunt, maar dient in meerdere opzichten te worden genuanceerd.
- 202 Ten eerste varieert het algemene niveau van deze kortingen wellicht van de ene major tot de andere, zoals ook het niveau van de kortingen in het algemeen.
- 203 Ten tweede blijkt uit de gemiddelde cijfers in de stukken dat de promotionele kortingen in 1998 in een aantal landen een groter deel van de kortingen op factuur vertegenwoordigden; kortingen op factuur hebben de grootste rechtstreekse invloed op de beslissingen van de klanten om bepaalde albums aan te kopen.
- 204 Ten derde geeft dit gemiddelde cijfer niet nauwkeurig de buitengewone complexiteit en ondoorzichtigheid weer van de spreiding van de promotionele kortingen over albums en klanten en in de tijd. De andere voorwaarden voor deelneming aan de promotiecampagnes mogen dan wel vrij gestandaardiseerd en eenvoudig zijn, uit het bewijsmateriaal waarover de Commissie beschikt, blijkt duidelijk dat de wekelijkse onderhandelingen over het bedrag en de duur van deze campagnes en de vraag welke albums of klanten hiervoor in aanmerking komen, niet op gestandaardiseerde of eenvoudige wijze verlopen.
- 205 Ten vierde vergroot het feit zelf dat de promotionele kortingen voor specifieke albums en periodes worden verleend en dat het bedrag ervan voor elke detailhandelaar afzonderlijk wordt bepaald, waarschijnlijk de invloed die deze kortingen op de verkoop van de betrokken albums hebben.

- 206 Nog belangrijker is het feit dat verzoekster geen sluitende bewijzen voorlegt dat de Commissie zich heeft vergist door ervan uit te gaan dat de promotionele kortingen zeer belangrijk waren op markten waarop de 100 best verkochte albums van elke major het grootste deel van zijn totale verkoop in een bepaald jaar en in een bepaald land uitmaakten, aangezien een groot aantal van deze albums niet in de hitparade stonden.
- 207 Anderzijds beschikte de Commissie over bewijzen (bijlage B.13) waaruit blijkt dat zelfs voor sommige van Sony's en BMG's meest succesvolle full price-albums promotionele kortingen werden verleend.
- 208 De Commissie voegt hieraan toe dat de bewijzen betreffende de wijze waarop de promotionele kortingen op een bepaald ogenblik daadwerkelijk worden toegepast, enkel relevant zijn om te beoordelen in welke mate de nettoprijzen werkelijk op elkaar zijn afgestemd (terwijl zij in de beschikking van mening was dat de kortingen over het algemeen niet voldoende op elkaar waren afgestemd om hieruit het bestaan van een gemeenschappelijke gedragslijn te kunnen afleiden). De transparantie van de kortingen is evenwel relevant om uit te maken of het prijssysteem op zich voldoende transparant is om de majors in staat te stellen nauwkeurig en tijdig vast te stellen of een van hen afwijkt van een gemeenschappelijke gedragslijn op het gebied van de nettoprijzen van de albums door de promotionele kortingen te verhogen. Los van haar — onjuiste — opmerkingen over de transparantie van de winstmarges van de detailhandelaars, heeft verzoekster geen argumenten of concrete bewijzen betreffende dit laatste punt aangevoerd, zodat haar middel hoe dan ook niet kan slagen.
- 209 Volgens de Commissie waren haar vaststellingen over de mate van transparantie van de nettoprijzen op de markt voor muziekopnames duidelijk niet gebaseerd op „speculatie” of „ongegronde of subjectieve twijfels”, maar integendeel op concrete bewijzen dat de wijze waarop de bestanddelen van de uiteindelijke nettoprijs (PPD, gewone en promotionele korting) van een bepaald album met een bepaalde inhoud voor een bepaalde klant worden bepaald, zeer complex en onvoldoende transparant is. In deze omstandigheden konden de beschikbare bewijzen niet aldus worden uitgelegd dat er naar alle waarschijnlijkheid voldoende transparantie was om een doeltreffende en tijdige controle van de inachtneming van een gemeenschappelijk prijsbeleid mogelijk te maken.

- 210 Wat verzoeksters argument betreft dat de gemiddelde nettoprijzen kunnen worden voorspeld aan de hand van een eindig aantal bekende en kenbare structuren en regels, wijst de Commissie erop dat een zekere mate van overeenstemming in de evolutie van de gemiddelde nettoprijzen van de albums niet volstaat om coördinatie aan te tonen, gelet op het feit dat de prijzen in aanzienlijke mate op elkaar kunnen zijn afgestemd, zowel wanneer er concurrentie bestaat als wanneer er geheime afspraken zijn gemaakt, aangezien de ondernemingen op soortgelijke externe factoren reageren (bijvoorbeeld op de prijzen van gemeenschappelijke inputs), alsook op elkaars marktgedrag. Volgens de Commissie verwacht verzoekster de vaststelling van de regels voor de coördinatie („bekende” en kenbare regels”) met de middelen om toezicht te houden op de inachtneming van deze regels („vereiste transparantie”), temeer daar geen enkele major normalerwijs toegang heeft tot alle, of zelfs maar de belangrijkste, prijsgegevens van alle majors in alle onderzochte categorieën albums en klanten die nodig zouden zijn voor de vaststelling van gemiddelde nettoprijzen.
- 211 Bovendien erkent verzoekster weliswaar dat de betrokken regels en verkoopstrategieën kunnen leiden tot prijzen en kortingen die sterk variëren naar gelang van het soort cd of de klant, maar heeft zij niet aangegeven welke deze regels zijn en evenmin hoe zij via stilzwijgende coördinatie voor zoveel gevallen worden bepaald. De majors kunnen niet vaststellen of de variaties in elkaars nettoprijzen zijn te wijten aan een afwijking of aan variaties in het productassortiment of aan het wisselende succes ervan, indien zij niet tijdig over gedetailleerde informatie kunnen beschikken over deze wijzigingen in de samenstelling en het succes van de door elk van hen aangeboden producten, en de Commissie heeft onvoldoende bewijs gevonden dat zij toegang hadden tot zo’n gedetailleerde informatie.
- 212 Verzoekster kan niet zonder meer stellen dat de coördinatie in werkelijkheid plaatsvindt op het niveau van de grote strategische beslissingen van elke major met betrekking tot marges en algemene budgetten voor het verlenen van kortingen, zonder aan te geven wat de inhoud van dergelijke beslissingen zou kunnen zijn of hoe de majors de regels voor de coördinatie zouden kunnen vaststellen of toezicht zouden kunnen houden op de naleving ervan. De Commissie is niet verplicht om zo’n vage en niet onderbouwde argumenten te onderzoeken.

- 213 Aangaande verzoeksters kritiek op de methode, volgens welke de meeste van de door de Commissie gepresenteerde gegevens niet zijn gewogen op basis van de hoeveelheid, wijst de Commissie erop dat de vraag naar de geschiktheid van een bepaalde methode niet los kan worden gezien van de hypothese die deze methode wordt geacht te bevestigen of te ontkrachten. Hoewel het verzamelen van gewogen gegevens inderdaad belangrijk is om uit te maken of er al dan niet sprake is van een coördinatie tussen de majors, hetzij in het algemeen, hetzij voor bepaalde soorten albums (bijvoorbeeld de 20 best verkochte albums), is deze weging niet relevant voor het onderzoek van de complexiteit en de gevolgen ervan voor de transparantie. Het blijft nodig om de variabiliteit van de prijzen van de individuele nummers te onderzoeken om inzicht te krijgen in de complexiteit van de prijsbepaling en de mate van markttransparantie.
- 214 Volgens de Commissie is het onrealistisch om uit te gaan van een coördinatie die gebaseerd is op gemiddelde nettoprijzen. Zij merkt niettemin op dat de door haar in de beschikking verstrekte cijfers betreffende de mate van waarneembare overeenstemming (bij gebreke van parallelisme) tussen de gemiddelde nettoprijzen van de majors waren gewogen op basis van de hoeveelheid en dat hetzelfde geldt voor de grafieken van bijlage B.4, die zijn gebaseerd op de gemiddelde jaarlijkse kortingen op factuur die aan verschillende gemeenschappelijke klanten van de partijen bij de concentratie zijn verleend. Vele andere gegevens in het verweerschrift, namelijk in de bijlagen B.8, B.9, B.10 en B.13, zijn eveneens gewogen op basis van de hoeveelheid en deze aanpak vloeit in elk van de gevallen voort uit de aard van de berekening.
- 215 Al deze bewijselementen, gewogen op basis van de hoeveelheid, zijn potentieel relevant om uit te maken of de majors hun praktijken al dan niet in hoge mate onderling hebben afgestemd en of de prijsvaststelling al dan niet complex is, wat van belang is voor de beoordeling van de transparantie. Bij deze laatste vraag is het van weinig belang of er al dan niet wordt gewogen op basis van de hoeveelheid. De nettoprijzen of de kortingen variëren aanzienlijk van nummer tot nummer en van klant tot klant (zelfs als het om soortgelijke klanten gaat) alsook in de tijd, ongeacht de verkochte hoeveelheid. Zo blijkt uit de bijlagen B.6 en B.7 bij het verweerschrift dat er zelfs voor de 20 best verkochte albums van elke partij bij de concentratie aanzienlijke variaties in de kortingen bestaan. Indien de majors niet over de middelen beschikken om deze variaties van voldoende dichtbij te volgen, kan een

major door het verlenen van grote kortingen, met name promotionele kortingen, afwijken van de regels die de coördinatie van de nettoprijzen beheersen, zonder dat dit wordt ontdekt. Dit geldt temeer wanneer de regels voor de coördinatie soepel zijn opgevat. In dat geval moeten de majors achterhalen dat aanzienlijke kortingen zijn verleend die verder gaan dan stilzwijgend is overeengekomen, om voldoende zeker te zijn dat de betrokkene van de norm is afgeweken.

216 Met betrekking tot de door verzoekster, met name in de bijlagen D.2 en D.3, verrichte correlatieanalyse en de impliciete kritiek op de Commissie dat zij de gegevens niet aan deze test heeft onderworpen, herinnert de Commissie eraan dat de methode niet in abstracto kan worden beoordeeld, los van het doel van het onderzoek, dat erin bestaat vast te stellen of de prijzen dermate op elkaar zijn afgestemd dat er sprake kan zijn van coördinatie en of er voldoende transparantie is om het marktgedrag te kunnen controleren.

217 De Commissie merkt om te beginnen op dat de partijen bij de concentratie tijdens de administratieve procedure veel correlatiegegevens hebben verstrekt waaruit blijkt dat de correlatiefactor over het algemeen zwak was, maar dat zij deze gegevens niettemin met de nodige omzichtigheid heeft behandeld.

218 Zo ook vormt het feit dat de door een bepaalde major verleende kortingen enigszins stabiel zijn in de tijd op zich geen bewijs van coördinatie (zie bijlage D.3), aangezien dit grotendeels het gevolg kan zijn van stabiele factoren, zoals de omvang van de klant, het muziekgenre, enzovoort. Zelfs een hoge mate van statistische voorspelbaarheid vormt geen bewijs van het bestaan van coördinatie, en dit om verschillende redenen: rationele individuele beslissingen kunnen zeer voorspelbaar zijn; zonder de nodige informatie om de voorspelbaarheid te schatten, is deze vaststelling niet meer dan een interessante denkoefening zonder praktische gevolgen; zo ook kan zonder toegang tot informatie over de reële praktijk de juistheid van de voorspelling

(verdere uitvoering van vermoedelijke stilzwijgende afspraken) niet worden gecontroleerd. Zelfs indien de majors dergelijke statistische technieken op elkaars praktijken inzake prijsbepaling in het verleden konden toepassen, kan dit de monitoring van de markt niet vervangen.

- 219 De Commissie merkt op dat zij, anders dan verzoekster stelt, de in de mededeling van de punten van bezwaar gebruikte gegevens, die waren gewogen op basis van de hoeveelheid en de gehele sector bestreken, niet heeft „verworpen” en vervangen door de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens, die geen van deze kenmerken vertoonden. Een groot deel van deze gegevens is in de beschikking aangehaald (bijvoorbeeld de gegevens betreffende de mate van overeenstemming tussen de gemiddelde nettoprijzen) en een aantal ervan zijn opgenomen in de bijlage bij het verweerschrift (bijlage B.4). De Commissie heeft veeleer haar voorlopige conclusie over datgene wat met deze gegevens kan worden bewezen, gewijzigd op basis van de aanvullende gegevens en argumenten die Sony en BMG hebben verstrekt.

#### Afschrikmiddelen en tegenwicht

- 220 De Commissie stelt dat, aangezien zij heeft vastgesteld dat niet is voldaan aan een van de cumulatieve voorwaarden (de transparantie), zij geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en geen blijk heeft gegeven van een juiste rechtsopvatting door geen standpunt in te nemen over de twee andere voorwaarden.

#### Analyse van de gemeenschappelijke gedragslijn

- 221 De Commissie betoogt om te beginnen dat de grief van verzoekster berust op een onjuiste feitelijke premisse, namelijk dat haar conclusie betreffende de transparantie uitsluitend betrekking heeft op „één enkele soort korting, namelijk de promotionele



korting”. De promotionele kortingen nemen weliswaar een belangrijke plaats in de analyse in, maar deze had in ruimere zin betrekking op de — over het algemeen zeer complexe — wijze waarop de prijzen per album, per klant en in de tijd worden vastgesteld, en aldus ook op de PPD's en de gewone kortingen.

222 Verder geeft verzoekster blijk van een kennelijk onjuiste rechtsopvatting voorzover zij lijkt te stellen dat, indien de Commissie kon bewijzen dat het voordelig zou zijn voor de majors om een gemeenschappelijke gedragslijn te volgen, het gebrek aan transparantie minder belangrijk zou zijn. Deze stelling is niet in overeenstemming met de rechtspraak. Buiten het geval dat er voldoende transparantie is om monitoring en het gebruik van afschrikmiddelen mogelijk te maken, ziet de Commissie niet in hoe zij zou kunnen bewijzen dat een stilzwijgend overeengekomen mededingingsverstoring gemeenschappelijk beleid voordelig zou zijn voor een oligopolistische ondernemingsgroep en dus rationeel zou zijn, en verzoekster doet geen enkele suggestie in die zin.

223 Hoewel vrij stabiele marktaandeelen een context kunnen creëren die bevorderlijk is voor het ontstaan van een collectieve machtspositie, volstaan zij niet om vast te stellen dat er daadwerkelijk of waarschijnlijk sprake is van stilzwijgende coördinatie wanneer er onvoldoende bewijs is dat deze coördinatie rationeel is, gelet op de cumulatieve economische voorwaarden om te kunnen spreken van een collectieve machtspositie die worden genoemd in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie*. Verzoekster verschaft geen aanvullende bewijzen van het bestaan van een gemeenschappelijke gedragslijn die erin bestaat een „concurrentieslag” te vermijden. Er is dus geen enkele grond om te stellen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door niet vast te stellen dat de majors een dergelijke gedragslijn hebben gevolgd.

224 Wat de keuze van de consument en de culturele diversiteit betreft, merkt de Commissie om te beginnen op dat, indien zij niet verplicht is in een definitieve beschikking de redenen uiteen te zetten waarom zij afwijkt van de voorlopige conclusies van de mededeling van de punten van bezwaar in een bepaalde zaak, dit a

fortiori geldt wanneer zij afwijkt van de conclusies van een mededeling van punten van bezwaar die vier jaar eerder in een andere zaak is uitgevaardigd. Verder heeft verzoekster niet uitdrukkelijk inhoudelijke argumenten of bewijzen aangevoerd waaruit blijkt dat de coördinatie heeft geleid tot een vermindering van de creativiteit, de kwaliteit of de diversiteit van de muziekkeuze.

#### 4. Tweede onderdeel

<sup>225</sup> De Commissie is van mening dat de drie gronden van het beroep die verband houden met het feit dat zij niet tot de conclusie is gekomen dat de concentratie een collectieve machtspositie zou versterken, niets toevoegen aan die welke betrekking hebben op het voorafgaande bestaan van een dergelijke collectieve machtspositie. Indien een van deze laatste door verzoekster aangevoerde gronden zou worden aanvaard, zou de beschikking immers hoe dan ook nietig worden verklaard, terwijl in het tegenovergestelde geval de Commissie terecht het gestelde gevolg, namelijk de versterking van de concentratie, niet zou hebben onderzocht.

### C — *Argumenten van de interveniënten*

#### 1. Voorafgaande opmerkingen

<sup>226</sup> Alvorens de verschillende middelen en argumenten van verzoekster te onderzoeken, maken de interveniënten vier opmerkingen over de context waarin de beschikking volgens hen is vastgesteld en dient te worden beoordeeld, en vier algemene opmerkingen over het beroep.

- 227 In de eerste plaats heeft de Commissie gedurende meer dan zes maanden een uiterst grondig onderzoek verricht. Vanaf het begin hebben de partijen bij de concentratie zeer degelijke informatie en een grondige uitleg verstrekt over de muziekindustrie in Europa en de weerslag van de concentratie op de mededinging, met name op de prijzen van cd's, de culturele diversiteit, de keuze van de consument, de concurrentiekansen van de onafhankelijke platenmaatschappijen, de ontwikkeling van onlinemuziek en het gevaar dat Sony en BMG hun activiteiten zouden gaan coördineren (zie bijlage C.1). Door middel van verschillende vragenlijsten, die meer dan 250 vragen bevatten en aan ongeveer 1240 marktdeelnemers werden toegezonden (partijen bij de concentratie, andere majors, onafhankelijke maatschappijen, detailhandelaars, auteurs, uitgevers, artiesten, onlinedistributeurs), heeft de Commissie een massa bewijsmateriaal en gegevens betreffende alle relevante punten weten te verzamelen. De partijen bij de concentratie hebben meer dan 30 miljoen referentieprijzen verstrekt en de gemiddelde nettoverkoopprijzen van de vijf majors in de vijf grote landen zijn in detail door economen geanalyseerd. Verschillende onafhankelijke maatschappijen delen niet de bezorgdheid van verzoekster, maar zijn van mening dat de concentratie hun concurrentiekansen zal verhogen. Op basis van al deze gegevens, van de adviezen van twee zeer befaamde experts in industriële economie, van de gedetailleerde analyses van de in de RBB-studie vermelde groothandelsprijzen en verkoopprijzen en van de uitvoerige uitleg die in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar of ter terechtzitting is verstrekt (zie bijlage C.3), is de Commissie tot de conclusie gekomen dat haar oorspronkelijke bezorgdheid, met name over het risico dat er een collectieve machtspositie zou ontstaan, niet gegrond was.
- 228 In de tweede plaats vergist verzoekster zich met betrekking tot het doel en de juridische status van de mededeling van de punten van bezwaar, die er voornamelijk toe dient de partijen bij de concentratie in staat te stellen de oorspronkelijke bezwaren van de Commissie te begrijpen zodat zij tegenargumenten en bewijzen kunnen aanvoeren (zie artikel 18, leden 1 en 3, van de verordening). Wanneer vergissingen worden aangetoond, moet de Commissie ongegrond gebleken bezwaren laten vallen (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123), zoals zij dat de laatste vijf jaar in 14 van de 62 zaken heeft gedaan (zie bijlage C.5). De administratieve afwikkeling van de onderhavige zaak door de Commissie was aan een volledige interne controle onderworpen, alle belanghebbenden hebben tijdens de administratieve procedure de kans gekregen om argumenten en bewijzen aan te voeren (zie rapport van de raadadviseur-auditeur, bijlage C.6) en het raadgevend comité heeft gestemd voor een onvoorwaardelijke goedkeuring (bijlage C.7).

- 229 In de derde plaats zijn de mededingingsautoriteiten in de hele wereld (Verenigde Staten, Australië, Canada, Tsjechische Republiek, Hongarije, Polen, Roemenië, Rusland, Zwitserland, Mexico, Zuid-Afrika) alle tot de conclusie gekomen dat de concentratie onvoorwaardelijk diende te worden goedgekeurd, en tegen geen van deze beslissingen is beroep ingesteld. Ook was geen enkele nationale mededingingsautoriteit die voordien de markt van de muziekindustrie in Europa had onderzocht, van mening dat hierop sprake was van stilzwijgende coördinatie (zie met name de conclusie van het Office of Fair Trading van september 2002 dat geen collectieve machtspositie was aangetoond, bijlage A.16, punt 6.11).
- 230 In de vierde plaats vormt de concentratie een mededingingsbevorderend antwoord op de terugval (daling van de verkoopprijzen van cd's met 20 % in drie jaar, illegaal downloaden van muziek via internet, grotere concurrentie van alternatieve vrijetijdsproducten zoals films op dvd) en op de voortdurende wijzigingen in de muziekindustrie. De instabiliteit van de vraag en de onzekerheid over toekomstige handelsmodellen hebben tot gevolg dat stilzwijgende afspraken — die reeds onwaarschijnlijk zijn gelet op de kenmerken van de markt — nog moeilijker te maken of te handhaven zijn (arrest *Airtours/Commissie*, aangehaald in punt 45, punt 139, en punt 45 van de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies). Zo ook verschillen de omstandigheden in de industrie sterk ten opzichte van het tijdstip waarop de Commissie in 2000 de concentratie tussen EMI en Time Warner heeft onderzocht, zodat de, uiteraard voorlopige, conclusies van de Commissie in die zaak in casu irrelevant zijn.
- 231 In de vijfde plaats is de motivering duidelijk en overtuigend en wordt zij ondersteund door een resem onderliggende bewijzen, waarbij dient te worden gepreciseerd dat de Commissie niet gehouden is haar oordeel over alle feitelijke en rechtspunten met redenen te omkleden (arrest *Gerecht van 8 juli 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie, T-374/00, Jurispr. blz. II-2275, punten 185-187*). Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekster heeft begrepen waarom de concentratie is goedgekeurd.
- 232 In de zesde plaats dienen verbodsbeschikkingen op iets meer dan een loutere waarschijnlijkheid te zijn gebaseerd, aangezien, in geval van twijfel of een

concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, het belang van de fuserende ondernemingen moet prevaleren [conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Commissie/Tetra Laval (arrest Hof van 15 februari 2005, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, T-992, punten 74-79)].

233 In de zevende plaats herinneren de interveniënten eraan dat het Gerecht, wanneer het een volledige controle verricht van feitelijke en rechtsvragen, slechts bevoegd is om kennelijke fouten vast te stellen wanneer het gaat om ingewikkelde economische beoordelingen, bijvoorbeeld van de vraag of er al dan niet een collectieve machtspositie wordt gecreëerd of versterkt (arrest Gerecht van 3 april 2003, Petrolessence en SG2R/Commissie, T-342/00, Jurispr. blz. II-1161, punt 101). Verzoekster heeft het Gerecht evenwel herhaaldelijk verzocht om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie, door bijvoorbeeld te stellen dat de Commissie teveel belang heeft gehecht aan de productheterogeniteit en aan de kortingen.

234 Wat in de achtste plaats de beoordeling van de collectieve machtspositie betreft, is de vraag niet of de ondernemingen ertoe worden aangezet om stilzwijgende afspraken te maken, maar veeleer of zij, gelet op de kenmerken van de markt, de mogelijkheid hebben om regels voor de coördinatie vast te stellen en stilzwijgend te handhaven (arrest Airtours/Commissie, aangehaald in punt 45, punt 62). Het is van bijzonder belangrijk om na te gaan of de markt voldoende transparant is.

## 2. Onderzoek van de argumenten van verzoekster

### a) Promotieele kortingen

235 De interveniënten betogen dat, aangezien geen prijscoördinatie kan worden bereikt of gehandhaafd zonder voldoende transparantie van de geldende nettogroothandels-prijzen, de vaststelling dat de promotieele kortingen niet transparant zijn op zich een voldoende basis vormt voor de beschikking.

236 In de beschikking is correct het verband gelegd tussen de inhoudelijke heterogeniteit van de albums en de grote variaties in de promotionele kortingen en het daaruit voortvloeiende gebrek aan transparantie van de nettogroothandelsprijzen (zie ook bijlage C.4, blz. 27). Uit de stukken die als bewijs zijn overgelegd, blijkt dat de promotionele kortingen zowel voor albums in de hitparade als voor albums uit de catalogus aanzienlijk zijn, dat zij sterk variëren naar gelang van de klant en het album en in de tijd en dat de majors deze kortingen niet onderling hebben afgestemd (bijlagen B.2, B.4 tot en met B.14, en vertrouwelijk „data room”-rapport). Aangezien deze kortingen variabel zijn, kunnen er geen betrouwbare conclusies worden getrokken uit de loutere observatie van de PPD's. Zo ook variëren de marges van de detailhandelaars sterk van de ene release tot de andere alsook in de tijd en bieden zij dus niet de mogelijkheid om de nettoprijzen af te leiden uit de detailhandelsprijzen (zie bijlage B.17). Bovendien hebben Sony en BMG niet methodisch de verkoopprijzen van de concurrenten gecontroleerd en hebben zij niet stelselmatig betrouwbare informatie van de detailhandelaars gekregen over de door hun concurrenten aangeboden kortingen. Ten slotte blijkt uit de aangevoerde bewijzen dat de platenmaatschappijen geen vergeldingsmaatregelen hebben toegepast, zelfs niet indien de prijzen sterk fluctueerden, zodat er geen sprake kan zijn van een geloofwaardige sanctieregeling (zie bijlage C.4, blz. 5 en 10).

b) Geen onderlinge afstemming

237 De gegevens betreffende de gemiddelde nettoprijzen, de PPD's en de kortingen op factuur wijzen niet op het bestaan van onderlinge afstemming, maar hoogstens op een gedeeltelijk gelijklopende evolutie. Op basis van deze gegevens kan geen prijscoördinatie worden vastgesteld.

238 De gegevens betreffende de gemiddelde nettoprijzen zijn ten eerste zeer complex. Zij tonen, ten tweede, een grote spreiding en een grote variabiliteit, ten derde, een grote veranderlijkheid in de rankings van de majors en, ten vierde, grote verschillen tussen de prijzen van de majors. Zij wijzen, ten vijfde, op het ontbreken van enig parallellisme.

239 Een groot deel van de 100 meest succesvolle albums wordt verkocht zonder toepassing van de in de beschikking vastgestelde PPD's (punten 76, 83, 90, 97 en 107 van de beschikking).

240 Uit de bijlagen bij het verweerschrift (B.4 tot en met B.14) blijkt dat de kortingen op factuur en de nettoprijzen sterk varieerden tussen de majors.

### c) Geen transparantie

241 De beschikking heeft geen overtuigende bewijzen van transparantie aan het licht gebracht, zelfs niet voor andere prijsbestanddelen dan de promotionele kortingen. De voorzichtige formulering van de beschikking geeft de werkelijke kracht van het onderliggende bewijsmateriaal, dat aantoont dat er onvoldoende transparantie is, onvoldoende weer. Naast het feit dat de PPD's in bepaalde landen niet bekend zijn en niet gemakkelijk kunnen worden achterhaald, hebben de platenmaatschappijen geen nauwkeurige informatie over de PPD die op een bepaald ogenblik voor een bepaald album wordt gebruikt. De gewone kortingen zijn onvoldoende transparant om stilzwijgend te worden gecoördineerd. Van de 161 ondervraagde detailhandelaars stelden er slechts vijf dat de concurrenten enige kennis hadden van de kortingen van de anderen, terwijl tien anderen het tegendeel beweerden.

### 3. Verschillende niet in de beschikking vermelde punten

242 De interveniënten betogen dat de onderzochte stellingen in verband met de potentiële aantasting van de mededinging ook op een aantal niet in de beschikking vermelde punten vatbaar zijn voor kritiek. In de eerste plaats heeft de Commissie zich ten onrechte geconcentreerd op de gemiddelde nettoprijzen, terwijl er geen coördinatie van gemiddelde prijzen mogelijk is, aangezien de prijs van de individuele

albums niet wordt vastgesteld om een bepaalde gemiddelde nettoprijs te verkrijgen, en dit gemiddelde hoe dan ook niet door de andere majors kan worden waargenomen. Gemiddelden kunnen aanzienlijke verschillen tussen de individuele prijzen van de albums maskeren (zie bijlage C.4, voetnoot 12). In de tweede plaats dienen de PPD's niet als basis voor onderlinge afstemming. Elke major gebruikt zelfs voor de best verkochte albums een groot aantal verschillende PPD's, die voor één en dezelfde cd in de tijd variëren. In de derde plaats zijn de marktaandelen niet stabiel en kan een geringe wijziging leiden tot een enorm verschil in rentabiliteit.

## D — *Beoordeling door het Gerecht*

### 1. Algemene beschouwingen

<sup>243</sup> Verzoekster stelt dat de overwegingen inzake de producthomogeniteit, de markttransparantie, de afschrikmiddelen en het ontbreken van een tegenwicht, die hebben geleid tot de vaststelling dat de majors vóór de geplande concentratie niet beschikten over een collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames, onvoldoende zijn gemotiveerd, een kennelijke beoordelingsfout bevatten en blijken te geven van een onjuiste rechtsopvatting.

<sup>244</sup> Alvorens de verschillende grieven van verzoekster te onderzoeken, acht het Gerecht het aangewezen om eerst een aantal opmerkingen te maken over het begrip collectieve machtspositie, vervolgens kort uiteen te zetten op basis van welke onderzoeksmethode de Commissie tot de litigieuze conclusie is gekomen en welke in de beschikking vermelde factoren en elementen relevant zijn voor de toepassing van het begrip collectieve machtspositie in de onderhavige zaak, en ten slotte aan te geven op welke gronden de Commissie in de beschikking tot de conclusie is gekomen dat er geen sprake is van een vooraf bestaande collectieve machtspositie.



## 2. Begrip collectieve machtspositie

<sup>245</sup> Volgens de rechtspraak van het Hof dient de Commissie, wanneer een collectieve machtspositie aan de orde is, op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt te oordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de verbruikers kunnen handelen (arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, „Kali & Salz”, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 221).

<sup>246</sup> Zoals het Gerecht reeds heeft geoordeeld, kan een collectieve machtspositie die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan aanzienlijk belemmert, dus het gevolg zijn van een concentratie wanneer deze, rekening houdend met de kenmerken van de betrokken markt en met de wijziging die de totstandkoming van de operatie in de structuur ervan aanbrengt, ertoe leidt dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich bewust wordt van de gemeenschappelijke belangen, en het mogelijk, economisch rationeel en dus verkieslijk vindt om duurzaam één front te vormen op de markt met het doel om boven concurrerende prijzen te verkopen zonder een overeenkomst te hoeven sluiten of zijn toevlucht te hoeven nemen tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 EG, en zonder dat de daadwerkelijke of potentiële concurrenten dan wel de cliënten en de consumenten hierop doeltreffend kunnen reageren (zie in die zin arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 276).

<sup>247</sup> In het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest Airtours/Commissie (punt 62) heeft het Gerecht, zoals in punt 68 van de beschikking is uiteengezet, geoordeeld dat aan de drie volgende voorwaarden moet worden voldaan voor het ontstaan van een aldus beschreven collectieve machtspositie. Ten eerste moet de markt voldoende transparant zijn om de ondernemingen die hun gedrag coördineren in staat te

stellen voldoende nauwkeurig na te gaan of de regels van de coördinatie in acht worden genomen. Ten tweede is voor de goede orde vereist dat er een soort afschrikkende maatregel wordt toegepast in geval van afwijkend gedrag. Ten derde mogen de reacties van de ondernemingen die niet aan de coördinatie deelnemen, zoals de huidige of toekomstige concurrenten, en de reacties van de klanten geen afbreuk kunnen doen aan de van de coördinatie verwachte resultaten.

248 Verder blijkt uit de rechtspraak van het Hof (arrest Kali & Salz, aangehaald in punt 245, punt 222) en die van het Gerecht (arrest Airtours/Commissie, aangehaald in punt 45, punt 63) dat de prospectieve analyse die de Commissie in het kader van de controle van concentraties met betrekking tot een collectieve machtspositie moet verrichten, een nauwgezet onderzoek vereist van met name de omstandigheden die in het concrete geval relevant blijken te zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de referentiemarkt, en dat de Commissie deugdelijke bewijzen dient te leveren.

249 Zoals blijkt uit de formulering zelf van de hierboven aangehaalde overwegingen, ging het in deze rechtspraak om de beoordeling van het risico dat een concentratie zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie, en niet om de vaststelling of er al dan niet een collectieve machtspositie bestaat, wat in het eerste onderdeel van het onderhavige middel aan de orde is.

250 Terwijl de Commissie bij de beoordeling van het risico dat een dergelijke machtspositie zal ontstaan, veronderstellenderwijs op basis van een prospectieve analyse een moeilijke prognose dient te maken over de waarschijnlijke evolutie van de markt en de concurrentievoorwaarden, wat een ingewikkelde economische beoordeling impliceert waarvoor de Commissie over een ruime discretionaire marge beschikt, berust de vaststelling van het bestaan van een collectieve machtspositie daarentegen op een concrete analyse van de situatie zoals deze is ten tijde van de vaststelling van de beschikking. Deze vaststelling dient te berusten op een reeks vaststaande feiten uit het heden of het verleden waaruit blijkt dat er een aanzienlijke belemmering is van de mededinging op de markt ten gevolge van het vermogen dat

bepaalde ondernemingen hebben verworven om in vergaande mate als één front op deze markt op te treden, los van hun concurrenten, hun klanten en de consumenten.

251 Hieruit volgt dat de drie voorwaarden die het Gerecht in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* heeft vastgesteld op basis van een theoretische analyse van het begrip collectieve machtspositie, weliswaar eveneens dienen te worden vervuld voorzover het gaat om de beoordeling van het bestaan van een collectieve machtspositie, maar dat dit in voorkomend geval indirect kan worden vastgesteld op basis van een reeks — eventueel zelfs zeer verschillende — aanwijzingen en bewijzen betreffende de tekenen, uitingen en verschijnselen die typisch zijn voor een collectieve machtspositie.

252 Zo zou bijvoorbeeld de sterke onderlinge afstemming van de prijzen over een lange periode, vooral indien deze liggen op een niveau boven dat van de normale mededinging, samen met andere factoren die typisch zijn voor een collectieve machtspositie, bij gebreke van een andere redelijke verklaring kunnen volstaan om het bestaan van een collectieve machtspositie te bewijzen, ook al zouden er geen harde directe bewijzen zijn dat de markt zeer transparant is, aangezien dit in dergelijke omstandigheden kan worden vermoed.

253 Hieruit volgt dat in het onderhavige geval het feit dat zowel de bruto- als de nettoprijzen de laatste zes jaar op elkaar zijn afgestemd, terwijl de producten niet identiek zijn (elke cd heeft een verschillende inhoud), en dat deze prijzen ondanks de grote daling van de vraag op een vrij stabiel en hoog geacht niveau zijn gehandhaafd, samen met andere door de Commissie in de beschikking vastgestelde factoren (macht van de oligopolistische ondernemingen, stabiliteit van de marktaandelen, enzovoort), bij gebreke van een andere verklaring een aanwijzing zou kunnen vormen dat de onderlinge prijsafstemming niet het resultaat is van een normale, daadwerkelijke mededinging en dat de markt voldoende transparant is voorzover zij een stilzwijgende prijscoördinatie mogelijk heeft gemaakt.

254 Aangezien verzoekster haar betoog evenwel heeft gebaseerd op de onjuiste toepassing van de verschillende voorwaarden om te kunnen spreken van een collectieve machtspositie, zoals omschreven in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie*, in het bijzonder van de voorwaarde van markttransparantie, en niet op het argument dat de vaststelling dat gedurende een lange periode een gemeenschappelijk beleid is gevoerd, samen met een reeks andere factoren die kenmerkend zijn voor een collectieve machtspositie, in bepaalde omstandigheden en bij gebreke van een andere verklaring zou kunnen volstaan om het bestaan — te onderscheiden van het ontstaan — van een dergelijke machtspositie aan te tonen, zonder dat het positieve bewijs dient te worden geleverd dat de markt transparant is, zal het Gerecht zich er in het kader van het onderzoek van de aangevoerde middelen toe beperken na te gaan of de in het arrest *Airtours/Commissie* gestelde voorwaarden in de beschikking correct zijn toegepast. Zonder dat hoeft te worden nagegaan of de tegenovergestelde benadering tot gevolg zou hebben dat het Gerecht het kader van het door de partijen omschreven geschil zou overschrijden dan wel zou neerkomen op de loutere toepassing van het recht bij de behandeling van een door verzoekster aangevoerd middel, is deze aanpak op grond van het beginsel van hoor en wederhoor geboden, aangezien dit punt niet voor het Gerecht is besproken.

### 3. Beschikking van de Commissie

255 De elementen van de beschikking die relevant zijn voor het onderzoek van het eerste middel, kunnen worden samengevat als volgt.

256 De vaststellingen van de Commissie betreffende de verschillende product- en geografische markten worden door de partijen niet betwist. In punt 12 van de beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat „het [...] niet nodig [was] om uit te maken of er verschillende productmarkten volgens genre bestaan en of er een afzonderlijke productmarkt voor verzamelalbums bestaat”. In punt 15 heeft zij vastgesteld dat „de betrokken geografische markten [werden] geacht samen te vallen met de nationale markten”.

- 257 Er wordt evenmin betwist dat de verschillende nationale markten een oligopolistische structuur hebben, met aan de ene zijde de vijf majors, die naar gelang van het land 72 tot 93 % van de markt in handen hebben, en aan de andere zijde talrijke veel kleinere platenmaatschappijen (hierna: „onafhankelijke platenmaatschappijen”), die ongeveer 15 tot 20 % van de markt vertegenwoordigen.
- 258 De vijf majors worden bovendien gekenmerkt door, ten eerste, hun wereldwijde aanwezigheid, ten tweede, een gedeeltelijke verticale integratie, ten derde, investeringen op het gebied van muziekuitgaven en op de radio- en televisiemarkt en op de markt voor onlinemuziek, ten vierde, een grote financiële macht die hun de mogelijkheid biedt artiesten aantrekkelijkere financiële voordelen te bieden en, ten vijfde, een grote en gediversifieerde stal van artiesten die bij hen onder contract staan en een ruime titelcatalogus.
- 259 Verder blijkt uit de evolutie van de vraag dat de verkoop sinds 1999 is gedaald (daling in de EER met 13 % tussen 1999 en 2002 en met meer dan 7 % tussen 2002 en 2003). De prijzen zijn evenwel vrij stabiel gebleven. In het marktonderzoek van de Commissie zijn ook andere verklaringen voor deze daling in de verkopen gegeven dan die welke de partijen bij de concentratie hebben aangevoerd, namelijk: de — als hoog beschouwde — prijzen van de cd's, de vertraging van de economische activiteit in het algemeen, het onvermogen van de platenmaatschappijen om aan de smaak van de consument te voldoen, het ontbreken van kwaliteit en innoverende artiesten en het onvermogen van de platenmaatschappijen om zich aan te passen aan de technologische uitdagingen van het internet.
- 260 Wat de door de Commissie toegepaste methode betreft, wordt in punt 69 van de beschikking uiteengezet dat de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen, heeft onderzocht of de vijf majors de drie of vier laatste jaren daadwerkelijk een gecoördineerd prijsbeleid hebben gevoerd.

- 261 Daartoe heeft de Commissie ten eerste in de vijf grootste lidstaten op kwartaalbasis de evolutie van de gemiddelde nettoprijzen van de 100 best verkochte albums van elke major, die minstens 70 tot 80 % van hun totale muziekverkoop vertegenwoordigen, geanalyseerd aangezien zij van mening is dat de gemiddelde prijzen een geschikt middel vormen om vast te stellen of de majors een parallel prijsbeleid voeren. De Commissie heeft aldus de evolutie van de gemiddelde nettoprijzen, van de PPD's, van de verhoudingen tussen de bruto- en de nettoprijzen, van de kortingen op factuur en van de retrospectieve kortingen onderzocht (punt 72 van de beschikking).
- 262 Ten tweede heeft de Commissie onderzocht of de catalogusprijzen konden dienen als richtpunt voor de coördinatie van de prijzen, gelet op de parallelle ontwikkeling van de gemiddelde prijzen.
- 263 Ten derde heeft de Commissie nagegaan of de door de verschillende platenmaatschappijen verleende kortingen onderling waren afgestemd en voldoende transparant waren om een doeltreffende controle van om het even welke prijscoördinatie mogelijk te maken, ook op het niveau van de nettoprijzen (punt 73 van de beschikking).
- 264 De vaststellingen die de Commissie aldus in haast identieke bewoordingen voor elk van de vijf grote landen heeft verricht, kunnen worden samengevat als volgt:
- De Commissie geeft aan dat zij „een zeker parallellisme tussen de gemiddelde reële nettoprijzen en een vrij gelijkaardige ontwikkeling van de prijzen van de majors [heeft] vastgesteld”, maar dat „deze waarnemingen [...] op zich onvoldoende doorslaggevend [waren] om te kunnen aantonen dat de majors hun prijzen in het verleden [hadden] gecoördineerd”. „Daarom heeft de Commissie verder onderzocht of er nog meer elementen, namelijk de catalogusprijzen en de kortingen, onderling waren afgestemd en voldoende transparant waren om genoeg bewijs op te leveren voor het bestaan van coördinatie.”

- De Commissie „heeft bepaalde aanwijzingen gevonden dat de PPD's mogelijksterwijs als basis voor de onderlinge afstemming van de prijzen van de majors zijn gebruikt". Elke major heeft met drie van zijn voornaamste PPD's naar gelang van het land meer dan 55 tot 80 % gerealiseerd van de totale nettoverkoop van zijn 100 meest succesvolle albums in 2003. De Commissie is aldus van mening dat „in het licht van deze opmerkingen de catalogusprijzen van de best verkochte albums veeleer op elkaar lijken te zijn afgestemd" (in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Italië) of enigszins op elkaar zijn afgestemd (in Duitsland en in Spanje).
  
- De Commissie heeft verder geconstateerd dat de PPD's vrij transparant zijn, aangezien zij in de catalogi van de majors zijn opgenomen. Het lijkt dus mogelijk de catalogusprijzen van de andere majors te controleren.
  
- Er bestaat een nauwe samenhang tussen de nettoverkoopprijzen en de brutoprijzen (PPD's), gelet op de parallelle evolutie die de gemiddelde brutoprijzen en de gemiddelde reële nettoprijzen van Sony en BMG de laatste zes jaar hebben doorgemaakt en het feit dat de verhouding tussen de nettoprijzen en de brutoprijzen voor alle albums samen voortdurend zeer stabiel is.
  
- De Commissie heeft evenwel vastgesteld dat de door de verschillende majors verleende kortingen enigszins varieerden en ook dat de kortingen op factuur van Sony en BMG voor de meeste van hun tien belangrijkste klanten twee tot vijf procentpunten en gedurende bepaalde jaren voor bepaalde klanten meer dan vijf procentpunten varieerden (de situatie op de Franse markt is enigszins anders).
  
- Uit de door de partijen bij de concentratie verstrekte inlichtingen blijkt dat de kortingen op factuur voor een gegeven klant varieerden in de tijd en van het ene album tot het andere en dat de kortingen die voor een bepaald album werden verleend, verschilden van klant tot klant. Het marktonderzoek heeft aan het licht gebracht dat deze fluctuaties voornamelijk voortvloeiden uit de

promotionele kortingen, die op een soepelere wijze worden gebruikt dan de gewone kortingen, die over het algemeen jaarlijks worden vastgesteld. Op basis van deze vaststellingen kan niet worden aangetoond dat de door de partijen bij de concentratie verleende kortingen op factuur voldoende op elkaar zijn afgestemd (de situatie is enigszins anders voor Frankrijk).

- Wat de transparantie van de kortingen betreft, blijkt uit de meeste antwoorden van klanten op de vragen die de Commissie in het kader van haar marktonderzoek heeft gesteld, dat de majors in zekere mate kennis hadden van de gewone kortingen die door hun concurrenten werden verleend, aangezien zij voortdurend in contact stonden met hetzelfde cliënteel. De promotionele kortingen blijken evenwel minder transparant te zijn dan de gewone kortingen en voor de controle van dit soort kortingen is ook vereist dat de evolutie ervan op de detailhandelsmarkt van zeer nabij wordt gevolgd. Hoewel de Commissie heeft vastgesteld dat zowel Sony als BMG een systeem hebben opgezet van weekrapporten die door hun verkopers worden opgesteld, heeft zij niet kunnen aantonen dat de door de concurrenten verleende promotionele kortingen dankzij deze rapporten voldoende transparant waren.

<sup>265</sup> De Commissie heeft hier vervolgens in punt 109 van de beschikking uit afgeleid dat „aangezien de grondige analyse van de evolutie van de prijzen van de majors in de vijf grootste lidstaten bepaalde elementen aan het licht heeft gebracht die kunnen wijzen op coördinatie, maar die als zodanig niet volstaan om het bestaan van een collectieve machtspositie aan te tonen, [...] de Commissie verder [heeft] onderzocht of de markten voor muziekopnames kenmerken vertonen die bevorderlijk zijn voor het ontstaan van een dergelijke machtspositie”.

<sup>266</sup> Daartoe heeft de Commissie de producthomogeniteit (punt 110 van de bestreden beschikking), de markttransparantie (punten 111-113 van de beschikking) en het gebruik van vergeldingsmaatregelen (punten 114-118 van de beschikking) onderzocht.



- 267 Wat de producthomogeniteit betreft, heeft de Commissie vastgesteld dat de heterogeniteit van de inhoud en de invloed hiervan op de prijzen de markttransparantie verminderen en stilzwijgende afspraken bemoeilijken, aangezien deze een zekere controle op het niveau van het individuele product, namelijk het album, vereisen.
- 268 Wat de markttransparantie betreft, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de majors slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal hitalbums hoeven te controleren om de meeste verkopen te kunnen volgen. Zij merkt evenwel op dat controle op het niveau van de albums eveneens nodig is, met name voor de promotionele kortingen, en dat dit stilzwijgende afspraken zou kunnen bemoeilijken (punt 111 van de beschikking).
- 269 Wat de vergeldingsmaatregelen betreft, wordt in punt 118 van de beschikking opgemerkt dat de Commissie geen bewijs heeft gevonden dat in het verleden dergelijke maatregelen zijn gebruikt, wat het bewijs zou hebben gevormd van het bestaan van een collectieve machtspositie.
- 270 Zonder in dit punt van de beschikking enige conclusie te formuleren over het bestaan van een collectieve machtspositie in de vijf grote landen, heeft de Commissie vervolgens de markten in de kleine landen onderzocht en de soortgelijke vaststellingen verricht.
- 271 Zij heeft in het bijzonder vastgesteld dat de PPD's van de verschillende majors in hoge mate overeenstemmen. Zoals in de grote landen zijn de gewone kortingen het belangrijkste. De kortingen op factuur worden niet standaard verleend en worden niet openbaar gemaakt en leiden dus tot een vermindering van de transparantie. Gelet op het belang van de kortingen op factuur en de verschillen ertussen, heeft de Commissie onvoldoende bewijs gevonden dat een parallelle ontwikkeling van de gemiddelde nettoprijzen kan worden toegeschreven aan stilzwijgende afspraken tussen de majors, ook al zijn de PPD's sterk op elkaar afgestemd en kunnen zij in beginsel worden gebruikt als basis voor stilzwijgende afspraken (punt 150 van de beschikking).

272 Bovendien gelden de voor de grote landen verrichte vaststellingen in verband met de producthomogeniteit, de markttransparantie en het gebruik van vergeldingsmaatregelen, ook voor de kleine landen van de EER.

273 De Commissie heeft hier in punt 153 uit afgeleid dat er „onder deze omstandigheden onvoldoende bewijs is om te kunnen concluderen tot het bestaan van een collectieve machtspositie van de [majors] op de nationale markten voor muziekopnames [in de kleine landen]”.

274 Op basis van bovenstaande overwegingen heeft de Commissie in punt 154 geconcludeerd dat er onvoldoende bewijs was dat de voorgenomen concentratie in enig land van de EER zou leiden tot de versterking van een collectieve machtspositie op de markten voor muziekopnames.

275 Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie op basis van de criteria inzake producthomogeniteit, markttransparantie en gebruik van vergeldingsmaatregelen heeft geconcludeerd dat er geen sprake was van een collectieve machtspositie.

276 Dit wordt bevestigd door punt 157, dat luidt als volgt:

„[...] zoals is besproken in de afdeling betreffende de versterking van een collectieve machtspositie, vertonen de markten voor muziekopnames bepaalde kenmerken die erop kunnen wijzen dat zij bevorderlijk zijn voor het bestaan van een collectieve machtspositie. De Commissie heeft evenwel onvoldoende bewijs gevonden dat de [majors] in het verleden een collectieve machtspositie hebben ingenomen; dit is met

name te wijten aan het feit dat er in werkelijkheid onvoldoende transparantie is, dat het product voor een deel heterogene kenmerken vertoont en dat er onvoldoende bewijs is dat in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn gebruikt.”

<sup>277</sup> De verschillende grieven van verzoekster dienen in het licht van deze overwegingen te worden onderzocht.

#### 4. Transparantie

##### a) De grief inzake ontoereikende motivering

<sup>278</sup> Verzoekster stelt in wezen dat in de beschikking rechtens onvoldoende wordt uitgelegd waarom de — met name promotionele — kortingen de transparantie die nodig is voor het ontstaan van een collectieve machtspositie verhinderen.

<sup>279</sup> Vooraf dient eraan te worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 EG geëiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 280 Bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een besluit aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, moet niet alleen acht worden geslagen op de tekst van het besluit, maar ook op de context waarin het is genomen, en op de rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest Hof van 29 februari 1996, zaak C-56/93, België/Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-723, punt 86, en arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 150).
- 281 Wanneer de Commissie krachtens artikel 6, lid 1, sub b, van de concentratieverordening een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, is het, wat de motiveringsplicht betreft, noodzakelijk maar voldoende dat in deze beschikking duidelijk en ondubbelzinnig wordt aangegeven waarom de Commissie van mening is dat er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de omstreden concentratie met de gemeenschappelijke markt. Uit deze verplichting kan evenwel niet worden afgeleid dat de Commissie in een dergelijk geval gehouden is haar oordeel over alle feitelijke en rechtspunten die eventueel in verband kunnen staan met de aangemelde concentratie en/of tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen, met redenen te omkleden (zie arrest Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie, hierboven aangehaald in punt 231, punt 185 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 282 Om te beginnen dient te worden onderzocht wat het belang is van de door verzoekster aangevoerde omstandigheid dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk had geconcludeerd dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, met name omdat er reeds vóór de geplande concentratie een collectieve machtspositie bestond en dat de markt voor muziekopnames zeer transparant was en coördinatie sterk in de hand werkte.
- 283 Dat de Commissie haar standpunt fundamenteel heeft gewijzigd, kan zeker verbazing wekken, in het bijzonder omdat dit zo laat is gebeurd. Zoals blijkt uit de stukken en de mondelinge behandeling voor het Gerecht, was de Commissie immers gedurende de gehele administratieve procedure op basis van alle informatie die zij gedurende het vijf maanden durende onderzoek zowel van verschillende marktdeelnemers als van de partijen bij de concentratie had ontvangen, van mening

dat de markt voldoende transparant was om een stilzwijgende coördinatie van de prijzen mogelijk te maken. Pas nadat de partijen bij de concentratie, bijgestaan door hun economische adviseur, tijdens de hoorzitting van 15 en 16 juni 2004 hun argumenten naar voren hadden gebracht, heeft de Commissie, zonder nieuw marktonderzoek te verrichten, het tegenovergestelde standpunt ingenomen en op 1 juli 2004 de ontwerpbeschikking aan het raadgevend comité toegezonden.

284 Zoals de Commissie terecht stelt, blijkt uit de rechtspraak (arrest BAT en Reynolds/Commissie, aangehaald in punt 105) dat, wanneer de Commissie een verzoek afwijst dat op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) is ingediend, zij kan volstaan met uiteen te zetten waarom zij van mening was dat geen inbreuk op de mededingingsbepalingen kon worden vastgesteld, en niet gehouden is een verklaring te geven voor eventuele verschillen met haar mededeling van punten van bezwaar, die een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen, die bedoeld zijn om het voorwerp van de administratieve procedure af te bakenen voor de ondernemingen tegen wie deze procedure is gericht, of om in te gaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld. In zijn hierboven in punt 228 aangehaalde arrest Aalborg Portland heeft het Hof gewezen op het voorlopige karakter van een mededeling van punten van bezwaar en op de verplichting van de Commissie om rekening te houden met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen om met name ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen.

285 Deze rechtspraak is weliswaar ontwikkeld met betrekking tot procedures tot toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG en niet op het specifieke gebied van de controle van concentraties, in het kader waarvan de Commissie, gelet op de dwingende termijnen waarbinnen zij haar beschikking dient vast te stellen, haar onderzoek niet kan verlengen, waardoor de kans dat zij haar standpunt fundamenteel zal wijzigen kleiner wordt naarmate de administratieve procedure vordert. In haar eindopmerkingen heeft de Commissie verder beklemtoond dat de onderzoeksmaatregelen die na de hoorzitting zijn getroffen voornamelijk bestonden in het raadplegen van de marktdeelnemers met betrekking tot de voorgestelde verbintenissen en geen betrekking hadden op de bezwaren die ten aanzien van de aangemelde concentratie waren opgeworpen. Dit neemt evenwel niet weg dat de mededeling van de punten van bezwaar slechts een voorbereidende handeling is en

dat de motivering van de eindbeschikking slechts betrekking hoeft te hebben op alle omstandigheden en elementen die relevant zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de voorgenomen concentratie voor de mededinging op de referentiemarkten. De loutere omstandigheid dat de Commissie in de motivering van haar beschikking de wijziging van haar standpunt ten opzichte van de mededeling van de punten van bezwaar niet heeft toegelicht, betekent op zich dus niet dat de beschikking niet of ontoereikend is gemotiveerd.

286 Verder verwijst de Commissie naar de rechtspraak volgens welke zij, wanneer een concentratie de mededingingssituatie op een bepaalde markt niet of slechts in zeer beperkte mate wijzigt, niet verplicht is dit punt specifiek met redenen te omkleden en evenmin in haar motiveringsplicht tekortschiet wanneer haar beschikking geen precieze motivering bevat met betrekking tot de beoordeling van een aantal aspecten van de concentratie die haars inziens kennelijk niet ter zake doen of zonder betekenis zijn. Dit is weliswaar juist, maar irrelevant in het kader van de onderhavige grief. Deze grief heeft immers geen betrekking op een door de concentratie veroorzaakte beperkte wijziging, maar op de vóór deze concentratie bestaande situatie, en voorts kan niet worden betwist dat het ontbreken van voldoende markttransparantie de voornaamste, en zelfs de enige, grond is waarop de bestreden vaststelling berust dat er geen sprake is van een vooraf bestaande collectieve machtspositie.

287 Gelet op deze voorafgaande opmerkingen, dient te worden onderzocht of de vaststelling in de bestreden beschikking dat de markt onvoldoende transparant is om prijscoördinatie mogelijk te maken, voldoende gemotiveerd is.

288 De markttransparantie wordt onderzocht in een specifiek hoofdstuk, meer bepaald in de punten 111 tot en met 113 van de beschikking. De beschikking bevat evenwel ook een aantal overwegingen over de transparantie in het hoofdstuk betreffende het gemeenschappelijke prijsbeleid van de majors in de vijf grote lidstaten, meer bepaald in de punten 69 tot en met 108, waarnaar bovengenoemd hoofdstuk verwijst, alsook in de punten 148 tot en met 153, waarin wordt beoordeeld of er op de markten van de kleine landen een collectieve machtspositie bestaat en waarnaar het hoofdstuk betreffende de transparantie niet verwijst. Bijgevolg dienen de in deze drie hoofdstukken uiteengezette gronden achtereenvolgens te worden onderzocht.

289 Wat het hoofdstuk betreffende de transparantie betreft, dient vooraf te worden opgemerkt dat dit slechts drie punten bevat, hoewel de transparantie in casu volgens de beschikking en zeker volgens het standpunt dat de Commissie in haar memories voor het Gerecht heeft verdedigd, de voornaamste, en zelfs de enige grond is voor de vaststelling dat er op de markten voor muziekopnames geen collectieve machtspositie bestaat. Ook wordt in de betrokken punten niet geconcludeerd dat de markt niet transparant is, en zelfs niet dat zij onvoldoende transparant is om stilzwijgende afspraken mogelijk te maken. Hooguit wordt opgemerkt, ten eerste, in punt 111 in fine, dat de noodzaak om controles te verrichten op het niveau van de albums, in het bijzonder voor de promotionele kortingen, „de markttransparantie zou kunnen verminderen en stilzwijgende afspraken zou kunnen bemoeilijken” en, ten tweede, in punt 113 in fine, dat de „Commissie evenwel onvoldoende bewijs heeft gevonden dat de majors, door de detailhandelsprijzen te controleren of via hun contacten met de detailhandelaars, in het verleden het voor de vijf grote lidstaten aangevoerde gebrek aan transparantie op het gebied van promotionele kortingen hebben kunnen ondervangen.” Dergelijke vage verklaringen zonder ook maar enige toelichting over, met name, de aard van de promotionele kortingen, de omstandigheden waaronder zij kunnen worden toegepast, de mate van ondoorzichtigheid of de omvang ervan of de invloed ervan op de transparantie van de prijzen, kunnen vanzelfsprekend de vaststelling dat de markt onvoldoende transparant is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, niet rechtens voldoende motiveren.

290 Verder blijkt dat, met uitzondering van de elementen die worden genoemd in de twee zojuist aangehaalde passages, geen enkele van de in de punten 111 tot en met 113 van de beschikking genoemde factoren de ondoorzichtigheid van de markt bewijzen, maar juist aantonen dat deze transparant is.

291 Zo wordt in punt 111 gewezen op het beperkte aantal referentieprijzen en op het feit dat de majors slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal van de best verkochte albums hoeven te controleren om het merendeel van de verkopen te kunnen volgen, aangezien de 20 best verkochte nummers de helft van de jaarlijkse verkoop voor alle landen samen vertegenwoordigen.

292 Meer nog, in punt 112 wordt uiteengezet dat „er op de markt nog andere instrumenten bestaan die de transparantie verhogen en de controle op de inachtneming van afspraken kunnen vergemakkelijken”. Daartoe behoort om te beginnen de bekendmaking van wekelijkse hitparades die informatie over de verkoop van de individuele nummers verschaffen en aan de hand waarvan zeer eenvoudig kan worden vastgesteld welke nummers hits worden, wat, zo luidt het verder, „de controle door de majors aanzienlijk vergemakkelijkt”. Verder wordt uiteengezet dat de markt voor muziekopnames van dien aard is dat „een muziekhandelaar, om economisch succes te hebben, de producten van alle majors moet aanbieden”, en dat de „sector dus wordt gekenmerkt door stabiele en duurzame relaties tussen detailhandelaars en majors”. De Commissie merkt ook op dat „bovendien een groot deel van de albums van de majors worden verkocht aan een beperkt aantal klanten” en komt tot de conclusie dat „deze situatie, die gekenmerkt wordt door de aanwezigheid van een klein aantal spelers op de markt, [...] het ontstaan [bevordert] van samenwerkingsstrategieën die de belangen van de majors dienen, en [...] controle en informatie-uitwisseling [vergemakkelijkt]”.

293 Deze opsomming van instrumenten en factoren die de transparantie verhogen en de controle van de inachtneming van de afspraken vergemakkelijken wordt vervolgd in het laatste punt van het hoofdstuk dat specifiek betrekking heeft op de markttransparantie. De Commissie zet immers in punt 113 uiteen dat „de controle van de detailhandelsmarkt een andere bron van transparantie is”. Dienaangaande preciseert zij dat „uit het marktonderzoek is gebleken dat Sony en BMG [...] een systeem van wekelijkse rapporten [...] [hadden] opgezet, die ook informatie over de concurrenten bevatten”. De Commissie merkt ten slotte op dat het onderzoek „ook [heeft] bevestigd dat de verkopers van de majors regelmatige en permanente contacten met de detailhandelaars en de groothandelaars [onderhielden], aangezien de onderhandelingen inzake promotionele steun en kortingen vaak op wekelijkse basis plaatsvonden”.

294 Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie in de punten van de beschikking die specifiek gewijd zijn aan het onderzoek van de transparantie, niet alleen niet geconcludeerd heeft dat de markt ondoorzichtig was of onvoldoende transparant was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, maar bovendien slechts factoren heeft vermeld die kunnen leiden tot een grotere markttransparantie en de controle van de inachtneming van afspraken kunnen vergemakkelijken, met



uitzondering van de weinig vergaande en niet onderbouwde verklaring dat de promotionele kortingen de transparantie zouden kunnen verminderen en stilzwijgende afspraken zouden kunnen bemoeilijken. Deze punten vormen dus duidelijk geen rechtens toereikende motivering voor de stelling dat de markt onvoldoende transparant is.

295 Vervolgens dient te worden onderzocht of een dergelijk motivering te vinden is in de punten waarin het gemeenschappelijke prijsbeleid van de majors wordt geanalyseerd.

296 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de gevolgde methode en de verrichte vaststellingen, op enkele zeer kleine verschillen na, dezelfde zijn voor de markten van de vijf grote landen, zodat de volgende overwegingen met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk mutatis mutandis gelden voor alle vijf grote markten.

297 Na te hebben vastgesteld dat de gemiddelde reële nettoprijzen gedeeltelijk gelijk evolueerden en dat de prijzen van de majors een vergelijkbare evolutie doormaakten, heeft de Commissie volgens punt 75 van de beschikking vervolgens onderzocht of er nog meer elementen, meer bepaald de catalogusprijs en de kortingen, onderling waren afgestemd en voldoende transparant waren om voldoende bewijs te leveren van het bestaan van coördinatie.

298 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de Commissie in deze punten tracht na te gaan of het bestaan van coördinatie kan worden aangetoond op basis van het gedrag van de majors. In haar memories voor het Gerecht heeft de Commissie evenwel herhaaldelijk beklemtoond dat het gemeenschappelijke beleid van de actoren op de markt niet mag worden verward met het bewijs dat deze markt transparant is, en gepreciseerd dat zelfs een verregaande onderlinge afstemming van de toegepaste voorwaarden niet kan aantonen dat de markt transparant is. Hieruit volgt dat, volgens de stelling van de Commissie zelf, de vaststellingen betreffende de praktijk van de majors op het gebied van prijzen en kortingen irrelevant zijn voor de

beoordeling van de markttransparantie. In deze omstandigheden kunnen de overwegingen in de betrokken punten het bovengenoemde motiveringsgebrek niet verhelpen. Aangezien deze stelling evenwel niet strookt met de beschikking, zal het Gerecht toch nagaan of de in deze punten verrichte vaststellingen een toereikende motivering kunnen vormen voor de vaststelling dat de markt niet transparant is.

299 Wat in de eerste plaats de PPD's betreft, heeft de Commissie vastgesteld dat elke major in 2003 met zijn drie voornaamste PPD's meer dan 80 % van de totale netto-omzet van zijn 100 best verkochte albums heeft gerealiseerd en dat verder een of twee PPD's met een onderlinge marge van 17 pence (tussen 8,98 en 9,15 GBP) meer dan 47 % van de omzet van de 100 best verkochte albums vertegenwoordigden (in de andere grote landen zijn de cijfers vrij gelijkaardig; een of twee PPD's binnen een marge van 0,36 EUR — tussen 12,55 en 12,91 EUR — waren bijvoorbeeld goed voor meer dan 60 % van de omzet van de 100 best verkochte albums in Italië). De Commissie heeft hieruit afgeleid dat „de catalogusprijzen van de best verkochte albums veeleer op elkaar lijken te zijn afgestemd”. Deze conclusie is wel zeer voorzichtig geformuleerd, aangezien de onderlinge afstemming in werkelijkheid zeer uitgesproken was.

300 Dienaangaande moet verder worden opgemerkt dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar niet had opgemerkt dat de prijzen eenvoudigweg „veeleer op elkaar afgestemd” waren, maar dat zij „sterk op elkaar afgestemd” waren (volgens punt 82 van de mededeling van de punten van bezwaar „liggen de PPD's zeer dicht bij elkaar” en in punt 87 is sprake van een „sterke onderlinge afstemming”). Wat de 20 best verkochte cd's betreft, had de Commissie het over een haast volledige onderlinge afstemming (zie punten 85 en 86 van de mededeling van de punten van bezwaar), maar deze vaststelling is niet overgenomen in de beschikking, hoewel de Commissie op een desbetreffende vraag ter terechtzitting niet heeft geantwoord dat deze analyse onjuist was en niet heeft kunnen uitleggen waarom zij deze vaststelling heeft geschrapt. Bovendien worden in punt 72 van de beschikking slechts vier elementen vermeld waarop de analyse van het gemeenschappelijke prijsbeleid is gebaseerd, terwijl in punt 75 van de mededeling van de punten van bezwaar ook een vijfde element werd genoemd. Zoals reeds gezegd, is de mededeling van punten van bezwaar weliswaar slechts een voorlopig document en heeft de Commissie zeker het recht, en zelfs de plicht, om haar standpunt te wijzigen

op basis van de informatie die zij tijdens haar onderzoek heeft verkregen, maar zij kan bepaalde elementen niet buiten beschouwing laten op de loutere grond dat zij eventueel onverenigbaar zijn met haar nieuwe beoordeling.

301 Hoe dan ook heeft de Commissie, al heeft zij dan slechts rekening gehouden met de in de beschikking overgenomen punten, geconcludeerd dat de catalogusprijzen veeleer op elkaar leken te zijn afgestemd.

302 Zo ook wordt in punt 76 van de beschikking opgemerkt dat de PPD's „vrij transparant [zijn], aangezien zij in de catalogi van de majors zijn opgenomen” en dat het „dus mogelijk [lijkt] de catalogusprijzen van de andere majors te controleren”. Hoewel ook dit standpunt zeer voorzichtig, en veel zwakker dan in de mededeling van de punten van bezwaar, wordt geformuleerd (volgens punt 81 van deze mededeling was „de Commissie [...] van mening dat het uiterst gemakkelijk is voor de majors om de PPD's waartegen de nieuwe hitalbums op de markt worden gebracht te controleren omdat deze gegevens algemeen toegankelijk zijn in de catalogi van de majors”), neemt dit niet weg dat het wijst op nog een ander element dat de markttransparantie bevordert. Het feit dat de brutoprijzen (catalogusprijzen) algemeen bekend zijn, is zeker van groot belang voor de prijstransparantie.

303 Aldus blijkt dat de catalogusprijzen volgens de bewoordingen van de beschikking zelf vanuit het oogpunt van de twee door de Commissie onderzochte aspecten, onderlinge afstemming en transparantie, de markttransparantie bevorderen.

304 Wat in de tweede plaats de kortingen betreft, wordt in punt 78 van de beschikking verklaard dat de Commissie heeft vastgesteld dat „de door de majors verleende kortingen enigszins varieerden” en dat „de kortingen op factuur, in vergelijking tot de andere soorten kortingen (commerciële samenwerkingsovereenkomsten en retrospectieve kortingen), veruit de belangrijkste kortingen zijn”. Zij gaat vervolgens na of de kortingen op factuur onderling zijn afgestemd en of zij transparant zijn.

- 305 Wat de onderlinge afstemming van de kortingen betreft, wordt in punt 79 van de beschikking uiteengezet dat „de Commissie heeft vastgesteld dat de kortingen enigszins van klant tot klant varieerden en ook dat de kortingen op factuur van Sony en BMG voor het grootste deel van hun [tien] belangrijkste klanten twee tot vijf procentpunten verschilden en gedurende bepaalde jaren voor bepaalde klanten meer dan vijf procentpunten”. Verder verklaart de Commissie in dit punt dat „deze fluctuaties [...] voornamelijk [voortvloeiën] uit de promotionele kortingen, die op een soepelere wijze worden gebruikt dan de gewone kortingen, die over het algemeen jaarlijks worden vastgesteld”, en komt zij tot de conclusie dat „op basis van deze vaststellingen [...] niet [kon] worden aangetoond dat de door de partijen [bij de concentratie] verleende kortingen op factuur voldoende op elkaar [waren] afgestemd”.
- 306 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de analyse dus, zoals reeds gezegd, betrekking heeft op het gedrag van de majors en niet op de objectieve kenmerken van de markt, zodat zij hoogstens een beperkt belang heeft voor de beoordeling van de markttransparantie. De Commissie heeft dienaangaande bevestigd dat de vaststelling dat de gemiddelde nettoprijzen van de majors parallel verlopen of dat de gemiddelde kortingen van een bepaalde platenmaatschappij zeer stabiel zijn, niet het bewijs vormt van stilzwijgende coördinatie of van de nodige transparantie, en dat een zekere „mate van onderlinge afstemming of stabiliteit, op een algemeen niveau beschouwd, [...] significante en overeenstemmende bewijzen dat er voldoende transparantie is om [oligopolistische ondernemingen] in staat te stellen elkaars marktgedrag te controleren, niet [kan] vervangen”. Volgens de Commissie is het onderzoek van de onderlinge afstemming van de kortingen dus geen geschikte methode om de transparantie van de markt te beoordelen, aangezien volgens haar zelfs de onderlinge afstemming van de kortingen geen bewijs vormt van deze transparantie. De methode is slechts geschikt indien zij de mogelijkheid biedt om zowel transparantie als een gebrek aan transparantie vast te stellen. Voorzover deze stelling van de Commissie evenwel, zoals reeds gezegd, onvoldoende steun vindt in de beschikking, zal het Gerecht onderzoeken of de overwegingen in de punten 78 en 79 het gebrek aan markttransparantie rechtens voldoende bewijzen.
- 307 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat de variatie in de door de partijen bij de concentratie toegepaste kortingen op factuur, zoals vastgesteld in punt 78 van de beschikking, over het algemeen beschouwd slechts zeer gering is, namelijk [vertrouwelijk] 2 tot 5 % van hun totale bruto-omzet in het Verenigd Koninkrijk.

In Italië is deze variatie zelfs bijna onbestaand, namelijk [vertrouwelijk] 0 tot 5 % (punt 99 van de beschikking). De in punt 79 van de beschikking genoemde verschillen van 2 tot 5 % [vertrouwelijk] tussen de kortingen op factuur die door de partijen bij de concentratie aan de meeste van hun tien grootste klanten worden verleend, zijn eveneens zeer gering. Hieruit volgt dat de gegevens in de punten 78 en 79, en in de overeenkomstige punten voor de andere grote landen, niet de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de kortingen op factuur onvoldoende onderling zijn afgestemd.

308 Verder lijkt deze geringe variatie volgens de bewoordingen van de beschikking zelf geen enkel betekenis te hebben. Volgens punt 77 van de beschikking heeft „de analyse van de Commissie [immers] aangetoond dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de nettoverkoopprijzen en de brutoprijzen (PPD's), gelet op de parallelle evolutie die de gemiddelde brutoprijzen en de gemiddelde reële nettoprijzen van Sony en BMG de laatste zes jaar hebben doorgemaakt en het feit dat de verhouding tussen de nettoprijzen en de brutoprijzen voor alle albums samen voortdurend zeer stabiel is”. Bovendien is in punt 77 van de beschikking, anders dan de Commissie stelt, niet enkel sprake van een parallelle evolutie van de gemiddelde bruto- en nettoprijzen voor alle albums samen (dit wil zeggen van de stabiliteit van de gemiddelde korting op alle verkopen), die eventuele verschillen in de voor de individuele albums verleende kortingen zou maskeren, maar wordt ook vastgesteld dat de kortingen per individueel album en in de tijd stabiel waren. Indien het tweede deel van de zin in punt 77, zoals de Commissie stelt, betrekking had op de verhouding tussen de gemiddelde bruto- en nettoprijzen, zou dit deel immers overbodig zijn, aangezien een dergelijke verhouding overeenstemt met het verschil tussen bruto- en nettoprijzen, waarvan reeds in het eerste deel van de zin is vastgesteld dat zij stabiel zijn. Dit blijkt ook zeer duidelijk uit de authentieke versie van de beschikking, aangezien hierin sprake is van „verhoudingen”, in het meervoud (zeer stabiele verhoudingen tussen bruto- en nettoprijzen per album en in de tijd). Verder wordt ook in punt 90 van de mededeling van de punten van bezwaar aangegeven dat de Commissie heeft vastgesteld dat „de verhoudingen tussen bruto- en nettoprijzen zeer stabiel waren per album en in de tijd voor de door de Commissie onderzochte individuele releases”. Zo ook wordt in punt 75, sub iv, van de mededeling van de punten van bezwaar uiteengezet dat de Commissie de ontwikkeling van de bruto- en nettoverkoop van individuele albums heeft onderzocht. Meer bepaald wordt in voetnoot 47 opgemerkt dat „een individuele analyse van de bruto- en nettoprijzen was verricht voor de tien best verkochte albums van BMG en Sony van 2002”.

- 309 Verder blijkt uit de laatste zin van punt 77 van de beschikking dat de kortingen de markttransparantie op het gebied van de prijzen die met name op de openbare catalogusprijzen zijn gebaseerd, niet kunnen aantasten, aangezien hierin wordt vastgesteld dat „indien de majors aanzienlijk waren afgeweken van het overeengekomen prijsbeleid door kortingen te verlenen, deze afwijking tot uiting zou zijn gekomen in de gemiddelde nettoprijzen”.
- 310 Bovendien vindt de door de Commissie in haar memories uiteengezette stelling dat op basis van de gegevens betreffende de gemiddelde nettoprijzen of de gemiddelde kortingen geen onderlinge afstemming of coördinatie kan worden aangetoond en dat enkel de individuele prijsbeslissingen van belang zijn, geen steun in de beschikking. Zo wordt met name in punt 70 van de beschikking uiteengezet dat „de Commissie van mening is dat de gemiddelde prijzen een geschikt middel vormen om vast te stellen of de majors [...] parallel gedrag vertonen”. Indien de vaststellingen met betrekking tot het prijsbeleid, zoals de Commissie voor het Gerecht heeft gesteld, niet relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie, zou hier bovendien uit volgen dat de vaststellingen betreffende de kortingen in de punten 78 tot en met 80 van de beschikking (en in de overeenkomstige punten voor de landen van de andere grote landen) geen grond kunnen opleveren voor de stelling dat er geen transparantie is, aangezien de kortingen een bestanddeel van de prijs vormen en in het kader van het onderzoek naar de prijscoördinatie worden geanalyseerd.
- 311 Uit het bovenstaande volgt dat de vaststellingen betreffende de onderlinge afstemming van de kortingen op factuur in de punten 78 en 79 van de beschikking (en in de overeenkomstige punten voor de andere grote landen) de stelling dat de markt onvoldoende transparant is, niet kunnen schragen.
- 312 Wat de transparantie van de kortingen betreft, wordt in punt 80 van de beschikking verklaard dat „uit de meeste antwoorden van Britse klanten op de vragen die de Commissie in het kader van haar marktonderzoek heeft gesteld, [blijkt] dat de majors in zekere mate kennis hadden van de gewone kortingen die door hun concurrenten werden verleend, aangezien zij voortdurend in contact stonden met

hetzelfde cliënteel". Deze vaststelling wordt letterlijk herhaald voor de vijf grote landen (punten 87, 94, 101 en 108 van de beschikking). Zonder dat de juistheid van deze verklaring in het kader van het onderzoek van de grief inzake schending van de motiveringsplicht hoeft te worden onderzocht, dient meteen te worden vastgesteld dat de markt hierin kennelijk veel minder transparant wordt voorgesteld dan zij op basis van de elementen waarop deze vaststelling berust, lijkt te zijn. Wat in het bijzonder Italië betreft, valt moeilijk te begrijpen hoe de Commissie heeft kunnen concluderen dat uit de antwoorden van de „meeste” klanten bleek dat de majors slechts „in zekere mate” kennis hadden van de door hun concurrenten verleende kortingen, gelet op het feit dat in voetnoot 55 van de beschikking wordt gesteld dat „de vijf Italiaanse detailhandelaars die op de vraag hebben geantwoord, hebben verklaard dat de majors de door hun concurrenten toegepaste PPD's en kortingen kenden”. Zo ook blijkt voor Frankrijk uit voetnoot 49 van de beschikking dat drie op vier detailhandelaars hebben verklaard dat de majors de door hun concurrenten op de markt toegepaste PPD's en kortingen kenden.

- 313 Verder dient te worden opgemerkt dat in de verklarende voetnoten voor geen van de landen een onderscheid wordt gemaakt tussen gewone en promotionele kortingen, zodat niet duidelijk is waarom de Commissie uit de antwoorden van de klanten heeft afgeleid dat de majors slechts enige kennis hadden van de gewone kortingen en niet van de promotionele kortingen.
- 314 Hoe dan ook heeft de Commissie zich volgens de beschikking zelf op het standpunt gesteld dat de gewone kortingen enige transparantie vertonen.
- 315 Het enige in de beschikking genoemde element dat wijst op ondoorzichtigheid, bestaat dus in de vaststelling in punt 80 (en in de overeenkomstige punten voor de andere grote landen), dat „de promotionele kortingen [...] evenwel minder transparant [blijken] te zijn dan de gewone kortingen en [dat] voor de controle van dit soort kortingen [...] ook vereist [is] dat de evolutie ervan op de detailhandelsmarkt van zeer nabij wordt gevolgd”.

- 316 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat niet wordt vastgesteld dat de promotionele kortingen ondoorzichtig zijn, maar enkel dat zij „minder transparant zijn dan de gewone kortingen” en dat voor de controle ervan vereist is dat zij van zeer nabij worden gevolgd. Bovendien wordt gepreciseerd dat de Commissie heeft vastgesteld dat Sony en BMG een systeem hadden opgezet van weekrapporten die door hun verkopers werden opgesteld, zonder dat evenwel kon worden aangetoond dat de promotionele kortingen dankzij deze rapporten voldoende transparant waren.
- 317 Verder dient eraan te worden herinnerd dat, zoals blijkt uit de tweede zin van punt 150 van de beschikking, in alle landen de gewone kortingen het belangrijkste zijn. Hieruit volgt dat de promotionele kortingen volgens de beschikking zelf slechts een beperkte invloed op de prijs hebben. Zo ook blijkt uit punt 77 dat (zowel de gewone als de promotionele) kortingen de zes laatste jaren geen afbreuk hebben gedaan aan het overeengekomen prijsbeleid.
- 318 Verder wordt in de beschikking niet verklaard dat de markt ondoorzichtig is en zelfs niet dat ze onvoldoende transparant is om prijscoördinatie mogelijk te maken, maar hoogstens dat de promotionele kortingen minder transparant zijn, zonder dat ook maar enige informatie wordt verstrekt over de aard ervan, de omstandigheden waarin zij worden verleend, het concrete belang ervan voor de nettoprijzen of de weerslag ervan op de prijstransparantie.
- 319 Verder heeft de Commissie, zoals hierboven is uiteengezet, in de beschikking vele elementen en factoren opgesomd die de markttransparantie bevorderen en de controle van de inachtneming van een mededingingsregeling vergemakkelijken.
- 320 Hieruit volgt dat de enkele opmerkingen over promotionele kortingen in de punten van de beschikking waarin de prijscoördinatie in de grote landen wordt onderzocht,



voorzover zij onnauwkeurig en niet onderbouwd zijn en zelfs worden tegengesproken door andere vaststellingen in de beschikking, niet de ondoorzichtigheid van de markt of zelfs maar van de proportionele kortingen kunnen aantonen. Bovendien wordt enkel aangegeven dat de promotionele kortingen minder transparant zijn dan de gewone kortingen, maar er wordt niet uitgelegd in welke zin zij relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie van de markt. Evenmin valt op basis van bovengenoemde opmerkingen in te zien hoe de promotionele kortingen op zich alle andere in de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken, kunnen compenseren en aldus de transparantie die nodig is voor het bestaan van een collectieve machtspositie, kunnen tenietdoen.

321 Wat ten slotte de opmerkingen betreft in de punten van de beschikking waarin de situatie in de kleine landen wordt beoordeeld, stelt de Commissie om te beginnen in punt 149 van de beschikking dat de PPD's daar op een vrij vergelijkbare wijze als in de grote landen worden toegepast. Zij merkt dienaangaande op dat voor het merendeel van de verkopen slechts enkele PPD's worden toegepast en dat de majors de PPD's op een parallelle wijze gebruiken. Verder preciseert zij dat, „zoals uit de cijfers voor elk van de kleine landen blijkt, de twee voornaamste PPD's van Sony en BMG voor Nederland en België praktisch gelijk zijn”. Zij leidt hieruit af dat de ontwikkeling van de PPD's van de verschillende majors in aanzienlijke mate gelijk verliep. Aldus blijkt uit punt 149 dat de Commissie in de kleine landen een nog grotere transparantie en onderlinge afstemming van de PPD's heeft vastgesteld dan in de grote landen.

322 Wat de in de kleine landen verleende kortingen betreft, dient te worden vastgesteld dat de betrokken punten geen enkele vaststelling bevatten over de promotionele kortingen en dat deze niet worden vermeld. Integendeel, de Commissie merkt in punt 150 van de beschikking op dat in alle kleine landen, zoals in de vijf grote landen, de gewone kortingen het belangrijkste zijn.

323 Verder stelt de Commissie weliswaar dat Sony en BMG een heleboel kortingen verlenen, dat het bedrag ervan van klant tot klant varieert en dat de hoogte ervan ook verschilt tussen BMG en Sony, dat ze niet openbaar worden gemaakt en leiden

tot een vermindering van de transparantie, maar verstrekt zij geen cijfers over de omvang of de variatie ervan. Bovendien wordt niet uitgelegd of, en zo ja waarom, de markt niet van dien aard is dat, zoals in de grote staten, minstens de gewone kortingen transparant zijn. Evenmin wordt aangegeven of de gewone en/of promotionele kortingen leiden tot verschillende nettoprijzen. De verklaring dat „de Commissie onvoldoende bewijs [heeft] gevonden dat een parallelle ontwikkeling van de gemiddelde nettoprijzen kan worden toegeschreven aan stilzwijgende afspraken”, lijkt er veeleer op te wijzen dat dit niet het geval is.

324 Hieruit volgt dat de punten van de beschikking die betrekking hebben op de kleine landen, evenmin een motivering bevatten voor de vaststelling dat de promotionele kortingen de markt ondoorzichtig maken. Hoe dan ook kan de situatie in de kleine landen geen geldige grond vormen voor de vaststellingen die met betrekking tot de markttransparantie in de grote landen zijn verricht.

325 Uit al het bovenstaande volgt dat de grief inzake ontoereikende motivering van de vaststelling dat de markt ondoorzichtig is, gegrond is, wat op zich de nietigverklaring van de beschikking rechtvaardigt.

326 Het Gerecht zal niettemin ten overvloede de grieven en argumenten van verzoekster onderzoeken volgens welke de argumenten die de Commissie heeft aangevoerd om aan te tonen dat de markt onvoldoende transparant is, berusten op een kennelijke beoordelingsfout.

b) De grief inzake een kennelijke beoordelingsfout

327 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de materieelrechtelijke voorschriften van de concentratieverordening, in het bijzonder artikel 2 ervan, de

Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid geven, met name op het punt van economische beoordelingen. Bij zijn toezicht op de uitoefening van die bevoegdheid, die essentieel is voor de invulling van de regels inzake concentraties, dient de gemeenschapsrechter derhalve rekening te houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt (arresten Kali en Salz, aangehaald in punt 245, punten 223 en 224, en Commissie/Tetra Laval, aangehaald in punt 232, punt 38; arresten Gerecht Gencor/Commissie, aangehaald in punt 246, punten 164 en 165, en Airtours/Commissie, aangehaald in punt 245, punt 64, en arresten van 25 oktober 2002, Tetra Laval/Commissie, T-80/02, Jurispr. blz. II-4519, punt 119, en 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 60).

328 Het Hof heeft evenwel gepreciseerd:

„Dat het Hof de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties erkent, neemt niet weg dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen” (arrest Commissie/Tetra Laval, aangehaald in punt 232, punt 39).

329 In het licht van deze overwegingen dient te worden onderzocht of de Commissie de markttransparantie kennelijk onjuist heeft beoordeeld.

330 Verzoekster merkt om te beginnen op dat vóór de vaststelling van de beschikking werd aangenomen dat de markten voor muziekopnames voldoende transparant waren om een collectieve machtspositie mogelijk te maken.

- 331 Verzoekster herinnert er dienaangaande aan dat de Commissie in het kader van het onderzoek van de voorgenomen concentratie tussen EMI en Time Warner had vastgesteld dat de markt voor muziekopnames wordt gekenmerkt door producten met standaardprijzen (standardised pricing products) en „zeer transparant” is (zie punten 37, 38 en 57 van de mededeling van de punten van bezwaar betreffende de voorgenomen concentratie EMI/Time Warner).
- 332 Zij voegt hieraan toe dat het Office of Fair Trading in zijn rapport van september 2002 over de markt voor muziekopnames in het Verenigd Koninkrijk („Wholesale supply of compact discs”) eveneens van mening was dat de markt een hoge mate van transparantie vertoont en een reeks factoren heeft opgesomd (met name de wekelijkse bekendmaking van hitparades, de gezamenlijke verkoop en de regelmatige bezoeken aan detailhandelaars om de voorraad controleren) die ervoor zorgen dat meer informatie over de concurrenten beschikbaar is dan in vele andere sectoren (zie punt 114 van de mededeling van de punten van bezwaar).
- 333 Ten slotte merkt verzoekster op dat de Commissie in casu na een eerste onderzoek van de op 9 januari 2004 aangemelde voorgenomen concentratie tussen Sony en Bertelsmann en een eerste marktonderzoek, met name bij de detailhandelaars en de majors, bij beschikking van 12 februari 2004 heeft geconcludeerd dat ernstige twijfels bestonden over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt en dus overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening de procedure heeft ingeleid. In de loop van deze procedure heeft de Commissie haar onderzoek voortgezet en een reeks verzoeken om informatie gericht aan de partijen bij de concentratie (op 19 februari, 5 maart, 17 maart, 23 maart, 1 april en 10 mei 2004), aan de andere majors (op 11 maart en 10 mei 2004), alsook aan de andere marktdeelnemers (zie met name de vragenlijst voor de detailhandelaars van 16 april 2004). Op basis van alle verkregen informatie en van de besprekingen met Sony en BMG verzond de Commissie op 24 mei 2004 een mededeling van punten van bezwaar, waarin zij voorlopig concludeerde dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, met name omdat zij leidde tot de versterking van een collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames.

334 Verzoekster wijst erop dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar een parallel tussen zowel de bruto- als de nettoprijzen van de majors heeft vastgesteld en van mening was dat de markt voldoende transparant was om het ontstaan van een collectieve machtspositie van de majors en toezicht op prijscoördinatie mogelijk te maken (zie met name punt 93 van de mededeling van de punten van bezwaar). In de punten 94 tot en met 115 van de mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie dienaangaande tien factoren geanalyseerd die coördinatie op de markt voor muziekopnames enorm bevorderen en de controle hierop vergemakkelijken. Zo heeft de Commissie gewezen op a) de producthomogeniteit; b) het beperkte aantal PPD's; c) het beperkte aantal relevante albums; d) de wekelijkse bekendmaking van de hitparades; e) de stabiliteit van het cliënteel; f) de vrij grote stabiliteit van de marktaandelen; g) de veelvuldige contacten ten gevolge van de verticale integratie van de majors; h) de vele structurele banden tussen de majors, zoals joint ventures voor verzamelalbums en distributie en licentie- en distributieovereenkomsten; i) de gezamenlijke deelneming in sectorale verenigingen; j) de gezamenlijke onderhandelingen over auteursrechten.

335 Anders dan de Commissie in de beschikking heeft vastgesteld, hadden dus zowel zijzelf als de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk, wat de Britse markt betreft, de betrokken markt als zeer transparant beschouwd, althans als voldoende transparant om het nodige toezicht op een stilzwijgende prijscoördinatie mogelijk te maken. Deze omstandigheid op zich kan evenwel niet aantonen dat het standpunt dat de Commissie in de beschikking heeft ingenomen, op een kennelijke beoordelingsfout berust. De Commissie is immers in het kader van haar onderzoek geenszins gebonden door het oordeel van een nationale mededingingsautoriteit en verder is de mededeling van de punten van bezwaar, zoals reeds gezegd, slechts een voorbereidend document met een zuiver voorlopige beoordeling en is de Commissie verplicht rekening te houden met de tijdens de administratieve procedure verzamelde gegevens en met de door de betrokken ondernemingen aangevoerde argumenten om punten van bezwaar die uiteindelijk ongegrond blijken te zijn, te laten vallen. Dit geldt vanzelfsprekend a fortiori voor voorlopige beoordelingen die verschillende jaren eerder zijn verricht in het kader van het onderzoek van een andere concentratie of voor beoordelingen die een andere mededingingsautoriteit in een andere context heeft verricht. Dat betekent evenwel niet dat de mededeling van de punten van bezwaar volkomen waardeloos of irrelevant is. De Commissie moet immers, weliswaar niet in de beschikking, maar minstens in de procedure voor het

Gerecht, kunnen uitleggen waarom zij van mening is dat haar voorlopige beoordeling fout was, en vooral moet de beoordeling in de beschikking verenigbaar zijn met de feitelijke vaststellingen in de mededeling van de punten van bezwaar, voorzover niet is aangetoond dat deze onjuist zijn; anders heeft de administratieve onderzoeksprocedure geen enkele waarde.

336 Verzoekster stelt vervolgens, primair, dat al het door de Commissie verzamelde en zowel in de mededeling van de punten van bezwaar als in de beschikking vervatte bewijsmateriaal erop wijst dat de door de majors gehanteerde prijzen transparant zijn en zeker voldoende transparant om stilzwijgende coördinatie mogelijk te maken. De Commissie heeft geen enkel bewijs van de ondoorzichtigheid van de markt geleverd, maar heeft enkel uit de gestelde variaties in de kortingen afgeleid dat deze de transparantie kunnen verminderen. Verzoekster bekritiseert de redenering van de Commissie met betrekking tot de kortingen op verschillende punten en stelt dat de Commissie overdreven belang heeft gehecht aan de kortingen, in het bijzonder aan de promotionele kortingen, zonder zelfs maar de relevantie ervan te onderzoeken.

337 Het Gerecht zal de grieven en argumenten betreffende de in de beschikking genoemde factoren die wijzen op de transparantie van de markt en die welke wijzen op de ondoorzichtigheid ervan, achtereenvolgens onderzoeken en tegelijkertijd vergelijken met de door verweerster en de interveniënten aangevoerde argumenten en bewijzen, ook al zijn vele bewijselementen of argumenten onderling verbonden en dient de beoordeling van de markttransparantie te berusten op een algemene beoordeling van alle relevante factoren.

In de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken

338 In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat de brutoprijzen waartegen de majors aan hun klanten (detailhandelaars, supermarkten, enzovoort) verkopen, openbaar zijn, aangezien zij in hun catalogi vermeld staan. Dit is ontegenzeggelijk

een zeer belangrijk element dat zorgt voor prijstransparantie. Weliswaar wordt in punt 76 van de beschikking slechts vermeld dat „de PPD's vrij transparant [zijn], aangezien zij in de catalogi van de majors zijn opgenomen” en dat „het [...] dus mogelijk [lijkt] de catalogusprijzen van de andere majors te controleren”, maar deze afgezwakte formulering kan geheel niet afdoen aan de vaststelling dat de brutoprijzen transparant zijn, aangezien de Commissie noch in de beschikking noch in de procedure voor het Gerecht enige reden heeft aangevoerd waarom de brutoprijzen slechts „vrij transparant” zouden zijn. In de mededeling van de punten van bezwaar (punt 81) heeft de Commissie overigens dienaangaande opgemerkt:

„De Commissie is van mening dat het uiterst gemakkelijk is voor de majors om de PPD's waartegen de nieuwe hitalbums op de markt worden gebracht te controleren omdat deze gegevens algemeen toegankelijk zijn in de catalogi van de majors.”

339 In de tweede plaats wordt in de beschikking verklaard dat de partijen bij de concentratie weliswaar hebben verklaard dat zij meer dan 100 PPD's hanteerden, maar dat de Commissie heeft vastgesteld dat elke major, naar gelang van het land, meer dan 55 % tot meer dan 80 % van de totale verkoop van zijn 10 meest succesvolle albums heeft gerealiseerd met gebruikmaking van zijn drie voornaamste PPD's. Doordat dus een zeer klein aantal referentieprijzen wordt gebruikt voor de verkoop van de meeste albums, wat wordt bevestigd door de antwoorden van de majors, kunnen de prijzen gemakkelijker worden gecoördineerd, zoals de Commissie overigens in punt 96 van haar mededeling van de punten van bezwaar heeft opgemerkt: „Dit prijssysteem vergemakkelijkt de coördinatie aangezien het gemakkelijk te interpreteren informatie verschaft over het niveau waarop de majors de prijs van de meeste van de door hen verkochte albums vaststellen.”

340 In haar verweerschrift heeft de Commissie weliswaar betoogd dat de vaststelling van de groothandelsprijzen een complexe aangelegenheid is aangezien de individuele albums verschillend succes hebben, wat een invloed heeft op de initiële vaststelling van de PPD op het ogenblik dat het album uitkomt en op de latere evolutie van deze PPD, zodat het moeilijk is om uit te maken of de PPD van een album is gewijzigd om de terugvallende verkoop op te krikken, dan wel of sprake is van een „afwijkende” strategie. Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat dit betoog geen steun vindt in de beschikking en zelfs in tegenspraak is met de vaststellingen daarin. Zoals reeds gezegd, heeft de Commissie immers in punt 76 van de beschikking (en in de overeenkomstige punten voor de andere landen) vastgesteld dat, zelfs al hebben de

majors verklaard meer dan 100 PPD's te gebruiken, zij voor de meeste van hun verkopen slechts twee of drie PPD's gebruiken. Bovendien wordt in punt 110 van de beschikking uiteengezet dat, „ondanks deze inhoudelijke heterogeniteit, [...] de prijsbepaling en de verhandeling van de albums op de groothandelsmarkt vrij gestandaardiseerd [lijken]”. Aangezien verder het succes van een album dankzij de hitparades op elk ogenblik bekend is, kunnen de majors, anders dan de Commissie stelt, gemakkelijk bepalen of de wijziging van de PPD van een album al dan niet overeenstemt met het overeengekomen prijsbeleid.

341 In de derde plaats wordt in punt 111 van de beschikking het volgende verklaard:

„[...] Hoewel bij de verkoop van de albums van een beperkt aantal referentieprijzen wordt uitgegaan, zou de brede waaier aan albums die tegen verschillende catalogusprijzen worden aangeboden, de controle op de inachtneming van afspraken kunnen bemoeilijken. De majors hoeven evenwel slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal van de best verkochte albums te controleren om de meeste verkopen te kunnen volgen. Uit de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens blijkt dat de 20 best verkochte nummers minstens de helft van de jaarlijkse verkoop van BMG voor alle landen samen, behalve Duitsland, vertegenwoordigen” (zie ook punt 85 van de mededeling van de punten van bezwaar).

342 In haar verweerschrift heeft de Commissie evenwel betoogd dat, aangezien het toekomstige succes van een bepaald album niet met 100 % zekerheid te voorspellen valt vóór de release ervan (evenmin als de duur van dit succes na de release), een geslaagde coördinatie de voortdurende controle vereist van de PPD's van een veel groter aantal individuele albums dan het aantal waarvan achteraf wordt vastgesteld dat zij het meeste tot de omzet van elke major hebben bijgedragen.

343 Dit betoog vindt geen steun in de beschikking, volgens welke de majors slechts de referentieprijzen van een beperkt aantal van de best verkochte albums hoeven te



controleren om de meeste verkopen te kunnen volgen. Dit laatste wordt overigens aanzienlijk vergemakkelijkt door de hitparades, die op elk tijdstip nauwkeurige aanwijzingen verschaffen over het stijgende of dalende succes van de verschillende albums.

344 Bovendien wordt in de beschikking ook, zoals verzoekster terecht opmerkt, verklaard dat de „Commissie [...] bepaalde aanwijzingen [heeft] gevonden dat de PPD's mogelijksterwijs als basis voor de onderlinge afstemming van de prijzen van de majors zijn gebruikt”. Het argument van de Commissie dat deze vaststelling niet definitief is, kan vanzelfsprekend niet worden aanvaard, aangezien de beschikking per definitie het eindstadium van de procedure tot onderzoek van de concentratie vormt en de Commissie geen enkel ander punt van de beschikking aanhaalt dat deze vaststelling zou ontcrachten of afzwakken. De Commissie voert hoogstens aan dat de partijen bij de concentratie bewijzen hebben aangedragen waaruit blijkt dat de combinaties van PPD's voor hun 20 best verkochte albums vaak sterk wijzigden van het ene kwartaal op het andere en dat elke major door de onvoorspelbaarheid van het succes genoodzaakt was om de PPD's van meer dan 80 albums van zijn concurrenten (of 60 albums na de concentratie) te controleren. Deze vaststelling is evenwel juist niet in de beschikking overgenomen en wordt integendeel door de vaststellingen daarin tegengesproken.

345 Verder dient te worden vastgesteld dat de door de economen van de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens onduidelijk zijn en niet betrouwbaar lijken, nog afgezien van het feit dat niet valt in te zien hoe zij tot de conclusie kunnen leiden die de Commissie eruit trekt. Zo is het op zijn minst verbazingwekkend dat de PPD's van het ene kwartaal op het andere zo sterk konden stijgen als is aangegeven [*vertrouwelijk*].

346 Hoe dan ook lijkt het aantal albums dat volgens de Commissie zou moeten worden gecontroleerd niet zo groot dat dit onmogelijk of zelfs maar bijzonder zwaar of duur zou zijn, temeer daar de wekelijkse hitparades, zoals de Commissie toegeeft, deze controle aanzienlijk vergemakkelijken.

- 347 Uit het bovenstaande volgt dat drie in de beschikking genoemde factoren — het openbare karakter van de brutoprijzen (PPD's), het beperkte aantal referentieprijzen en het beperkte aantal te controleren albums — kunnen leiden tot een grote prijstransparantie.
- 348 Bovendien bestaan er, zoals in punt 112 van de beschikking wordt verklaard, „op de markt nog andere instrumenten die de transparantie verhogen en de controle op de inachtneming van afspraken kunnen vergemakkelijken”.
- 349 In de eerste plaats wordt in punt 112 van de beschikking opgemerkt dat „de bekendmaking van de wekelijkse [hitparades] informatie oplevert over de verkoop per nummer, op basis waarvan gemakkelijk kan worden vastgesteld welke nummers ‚hits’ worden en het vaakst worden verkocht”. De hitparades vormen aldus een belangrijke transparantiebevorderende factor, aangezien op basis hiervan op elk ogenblik kan worden nagegaan welke albums het best verkocht worden, maar ook of de prijs waartegen de albums worden verkocht, overeenstemt met hun succes, aangezien de PPD's openbaar zijn. Verder wordt in de beschikking gepreciseerd dat „deze wekelijkse bekendmaking van de verkoop per nummer de controle door de majors aanzienlijk vergemakkelijkt”.
- 350 In de tweede plaats wordt de markt „gekenmerkt door stabiele en duurzame relaties tussen detailhandelaars en majors”, aangezien elke detailhandelaar de producten van elke major moet aanbieden (punt 112 van de beschikking).
- 351 In de derde plaats is er volgens de beschikking slechts een beperkt aantal spelers op de markt en wordt een groot deel van de albums aan een beperkt aantal klanten verkocht. Zoals in punt 112 in fine wordt uiteengezet, „bevordert [deze situatie] het ontstaan van samenwerkingsstrategieën die de belangen van de majors dienen, en vergemakkelijkt [zij] controle en informatie-uitwisseling”.

352 In de vierde plaats heeft de Commissie vastgesteld dat de detailhandelsmarkt werd gecontroleerd. Volgens punt 113 is „uit het marktonderzoek [...] gebleken dat Sony en BMG [...] een systeem van wekelijkse rapporten [hadden] opgezet, die ook informatie over de concurrenten bevatten”.

353 In haar verweerschrift stelt de Commissie dat de rapporten die haar door de partijen bij de concentratie zijn bezorgd geen informatie over kortingen bevatten en dat zij niet heeft kunnen aantonen dat de door de concurrenten verleende kortingen dankzij deze rapporten voldoende transparant waren.

354 Dienaangaande dient om te beginnen te worden opgemerkt dat, ongeacht hoe nauwkeurig de informatie over de bruto-, netto- of detailhandelsprijzen of over de kortingen in deze rapporten is, zij een aanvullende transparantieverhogende factor vormen. Verder blijkt uit de door de Commissie overgelegde rapporten dat zij informatie bevatten over de voorraad albums van de concurrenten en de evolutie daarvan.

355 Verder gaat het slechts om enkele voorbeelden van wekelijkse rapporten die door de partijen bij de concentratie zelf zijn overgelegd.

356 [*vertrouwelijk*]

357 [*vertrouwelijk*]

358 [*vertrouwelijk*]

359 [vertrouwelijk]

360 [vertrouwelijk]

361 In de vijfde plaats wordt in punt 113 van de beschikking uiteengezet dat de verkopers van de majors regelmatige en permanente contacten met de detailhandelaars en de groothandelaars onderhouden, aangezien de onderhandelingen inzake promotionele steun en kortingen vaak op wekelijkse basis plaatsvinden. Het feit dat er contacten zijn met de detailhandelaars is weliswaar niet abnormaal, maar de frequentie ervan biedt de verkopers de mogelijkheid om nauwkeurige informatie over de concurrenten en de door hen toegepaste voorwaarden te verkrijgen en haast in realtime de evolutie van het succes van de verschillende albums van de concurrenten te volgen. Dit geldt temeer in het onderhavige geval daar de markt, zoals in punt 112 van de beschikking is uiteengezet, van dien aard is dat elke detailhandelaar de producten van alle majors moet aanbieden, zodat elke major voortdurend in contact staat met alle klanten van zijn concurrenten en aldus nauwkeurige informatie over de door deze laatsten toegepaste voorwaarden kan verkrijgen. Verder wordt het grootste deel van de albums verkocht aan een beperkt aantal klanten. Deze factoren leiden tot een grote markttransparantie. Verder heeft de Commissie in punt 112 van de beschikking geconcludeerd dat deze situatie „het ontstaan van samenwerkingsstrategieën bevorder[de] die de belangen van de majors dien[d]en, en controle en informatie-uitwisseling bevorder[de]”.

362 Deze vijf aanvullende factoren vergroten nog de — reeds grote — transparantie die voortvloeit uit de drie eerste hierboven genoemde factoren (en met name uit de openbaarmaking van de verkoopprijzen). Verder had de Commissie in punt 116 van de mededeling van de punten van bezwaar geconcludeerd dat „de markt zo is opgezet dat de informatie vlot circuleert en het voor de majors slechts een routinezaak is om elkaars beleid te controleren”.

363 Het Gerecht zal thans onderzoeken of de elementen die volgens de Commissie leiden tot de ondoorzichtigheid van de markt, zo zwaar wegen dat op basis hiervan de conclusie terzijde kan worden gesteld dat de markt voldoende transparant is om de controle op de inachtneming van het overeengekomen gemeenschappelijke prijsbeleid mogelijk te maken.

### Factoren die de markt ondoorzichtig kunnen maken

364 Ondanks de hierboven genoemde talrijke factoren die zorgen voor transparantie, heeft de Commissie, zoals blijkt uit punt 157 van de beschikking, geconcludeerd dat er geen collectieve machtspositie bestaat omdat er in werkelijkheid onvoldoende transparantie is.

365 Uit het hoofdstuk van de beschikking dat specifiek gewijd is aan het onderzoek van de markttransparantie, blijkt dat deze beoordeling berust op de in punt 111 van de beschikking uiteengezette veronderstelling dat „een zekere controle op het niveau van het individuele product, namelijk het album, eveneens nodig is, met name voor de promotionele kortingen”. In dit punt wordt bovendien opgemerkt dat „het marktonderzoek aantoont dat deze noodzaak de markttransparantie zou kunnen verminderen en stilzwijgende afspraken zou kunnen bemoeilijken” en dat „de Commissie onvoldoende bewijs heeft gevonden om te kunnen concluderen dat deze moeilijkheden in het verleden konden worden overwonnen”. Dienaangaande wordt in punt 113 van de beschikking gepreciseerd dat de Commissie „onvoldoende bewijs heeft gevonden dat de majors, door de detailhandelsprijzen te controleren of via hun contacten met de detailhandelaars, in het verleden het [...] gebrek aan transparantie op het gebied van promotionele kortingen hebben kunnen ondervangen”. Bijgevolg heeft de Commissie zich op grond van de kortingen, of althans van de promotionele kortingen, op het standpunt gesteld dat de markt onvoldoende transparant was om het ontstaan van een collectieve machtspositie mogelijk te maken.

- 366 Dienaangaande dient vooraf te worden opgemerkt dat de Commissie in de beschikking niet heeft geconcludeerd dat de markt ten gevolge van de kortingen niet transparant was en zelfs niet dat de kortingen afbreuk deden aan de transparantie of aan de mate van transparantie die nodig was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, maar hoogstens dat deze kortingen „stilzwijgende afspraken [zouden] kunnen bemoeilijken”. In deze omstandigheden en gelet op het openbare en dus transparante karakter van de PPD's en op alle andere factoren die volgens de bewoordingen van de beschikking zelf de markttransparantie vergroten en de controle op de inachtneming van afspraken vergemakkelijken, kunnen de vaststellingen en overwegingen in het hoofdstuk dat specifiek is gewijd aan het onderzoek van de markttransparantie, zoals bij de behandeling van de grief inzake de motivering is geoordeeld, niet de conclusie wettigen dat de markt onvoldoende transparant is.
- 367 In het hoofdstuk waarin het gemeenschappelijke prijsbeleid wordt onderzocht, heeft de Commissie evenwel, in identieke bewoordingen voor de vijf grote landen, vastgesteld dat de kortingen, en voornamelijk dan de promotionele kortingen, schommelingen vertoonden, en verklaard dat zij niet had kunnen aantonen dat de promotionele kortingen voldoende transparant waren (punten 79 en 80 van de beschikking voor het Verenigd Koninkrijk en, respectievelijk, punten 86 en 87, 93 en 94, 100 en 101 en 107 en 108 voor de andere landen).
- 368 De beoordeling van de Commissie berust op de uitdrukkelijk in haar memories uiteengezette, aan de beschikking ten grondslag liggende idee dat een stilzwijgende prijscoördinatie slechts doeltreffend kan zijn indien zij de nettoverkoopprijzen betreft, dat wil zeggen in het onderhavige geval, de PPD's min de kortingen. Het zou immers geen enkele zin hebben dat de majors een gemeenschappelijk beleid op het niveau van de PPD's voeren en de inachtneming ervan kunnen controleren, indien geheime en ondoorzichtige kortingen de gevolgen van deze coördinatie van de catalogusprijzen teniet zouden doen.
- 369 Uit de beschikking (punt 73) blijkt dat de majors verschillende soorten kortingen verlenen: (gewone of promotionele) kortingen op factuur, retrospectieve kortingen en betalingen op grond van commerciële samenwerkingsakkoorden. Vaststaat dat de Commissie enkel de kortingen op factuur relevant heeft geacht voor de beoordeling

van de transparantie. Volgens punt 73 (en ook volgens punt 151) is uit het onderzoek immers gebleken dat de uitgaven uit hoofde van de commerciële samenwerkingsakkoorden eerder een soort vergoeding voor verkoopacties vormden dan een echte korting. Verder worden er volgens de punten 78, 92, 99 en 106 van de beschikking geen of slechts geringe retrospectieve kortingen verleend en aangezien deze volgens punt 151 van de beschikking „een soort ‚getrouwheidskorting‘ vormen, hebben zij geen rechtstreeks effect op de prijsconcurrentie”. Verder bevatten alle overwegingen van de beschikking betreffende de transparantie van de kortingen (punten 111 en 113 van het hoofdstuk dat specifiek betrekking heeft op de transparantie en punten 79 en 80 van het hoofdstuk betreffende het gemeenschappelijke prijsbeleid voor het Verenigd Koninkrijk en de overeenkomstige punten voor de andere grote staten) slechts vaststellingen over de (gewone of promotionele) kortingen op factuur. Zo ook heeft de Commissie in haar memories voor het Gerecht slechts het gebrek aan transparantie van de kortingen op factuur aangevoerd.

370 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat de punten 111 en 113 geen specifieke vaststellingen bevatten, maar in werkelijkheid enkel verwijzen naar de vaststellingen in het hoofdstuk betreffende het gemeenschappelijke prijsbeleid (punten 79 en 80 voor het Verenigd Koninkrijk en de overeenkomstige, in dezelfde bewoordingen geformuleerde, punten voor de andere landen).

371 Deze verwijzing heeft evenwel, althans uitdrukkelijk, enkel betrekking op promotionele kortingen en niet op gewone kortingen. In punt 111 is immers sprake van de noodzaak van controle op het niveau van de albums, „met name voor de promotionele kortingen”, en in punt 113 in fine is sprake van het „voor de vijf grote landen aangevoerde gebrek aan transparantie op het gebied van met name promotionele kortingen”. Aldus blijkt uit de vaststellingen in het hoofdstuk dat specifiek betrekking heeft op de transparantie dat de ondoorzichtigheid enkel wordt veroorzaakt door de promotionele kortingen. Deze analyse wordt overigens bevestigd door de punten 79 en 80. Zo wordt in punt 79 van de beschikking vastgesteld dat de fluctuaties van de kortingen „voornamelijk voortvloeiden uit de promotionele kortingen, die op een soepelere wijze worden gebruikt dan de gewone kortingen, die over het algemeen jaarlijks worden vastgesteld”. Zo ook wordt in

punt 80 van de beschikking verklaard dat de majors „in zekere mate kennis [hebben] van de kortingen die door hun concurrenten worden verleend, aangezien zij voortdurend in contact staan met hetzelfde cliënteel” en dat „de promotionele kortingen [...] minder transparant [zijn] dan de gewone kortingen”. Verder wordt nergens in de beschikking gesteld, laat staan aangetoond, dat de gewone kortingen ondoorzichtig of onvoldoende transparant zijn.

372 In haar memories voor het Gerecht heeft de Commissie ook erkend dat de gewone kortingen vrij transparant zijn aangezien zij met name jaarlijks worden vastgesteld en op alle verkopen van de klant van toepassing zijn (waarbij eventueel verschillende tarieven gelden voor popmuziek, klassieke muziek en albums waarvoor reclame wordt gemaakt op televisie) en heeft zij verder slechts argumenten aangevoerd om de ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen aan te tonen. Verder heeft zij in haar verweerschrift uitgelegd dat zij zoveel belang heeft gehecht aan promotionele kortingen omdat alle bestanddelen van de nettoprijzen moeten worden gecontroleerd. Het volstaat immers niet dat de PPD's vrij transparant zijn en dat de majors enige kennis hebben van de gewone kortingen indien aanzienlijke, ondoorzichtige promotionele kortingen de nettoprijzen laten fluctueren. De Commissie heeft tevens in haar verweerschrift verklaard dat zij „op basis van de bewijzen dat de PPD's redelijk transparant zijn, van een aantal bewijzen dat de gewone kortingen in zekere mate transparant zijn en van de sterke bewijzen dat de promotionele kortingen ondoorzichtig en complex zijn”, niet had kunnen vaststellen dat de majors met zekerheid konden weten hoe de andere majors in werkelijkheid hun nettoprijzen bepaalden. Ten slotte heeft de Commissie in haar eindopmerkingen zelfs uitdrukkelijk verklaard dat zij in haar beschikking had geconcludeerd dat „zowel de PPD's als de gewone kortingen zeer transparant waren”.

373 Bijgevolg blijkt zowel uit de beschikking zelf als uit het betoog van de Commissie voor het Gerecht dat alleen de geringere transparantie van de promotionele kortingen wordt aangevoerd als factor die de markt ondoorzichtig maakt.

374 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat enkel punt 80 van de beschikking (en voor de vier andere grote staten de overeenkomstige punten 87, 94, 101 en 108,



die in dezelfde bewoordingen zijn opgesteld) uitdrukkelijk betrekking heeft op de transparantie van de kortingen. Hierin wordt het volgende uiteengezet:

„[W]at de transparantie van de kortingen betreft, blijkt uit de meeste antwoorden van klanten [...] op vragen die de Commissie in het kader van haar marktonderzoek heeft gesteld, dat de majors in zekere mate kennis hadden van de gewone kortingen die door hun concurrenten werden verleend, aangezien zij voortdurend in contact stonden met hetzelfde cliënteel. De promotionele kortingen blijken evenwel minder transparant zijn dan de gewone kortingen en voor de controle van dit soort kortingen is vereist dat de evolutie ervan op de kleinhandelsmarkt van zeer nabij wordt gevolgd.”

375 Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat in de in de voetnoten bij de punten 80, 87, 94, 101 en 108 van de beschikking aangehaalde antwoorden voor de meeste grote landen sprake is van een hogere mate van transparantie dan in de beschikking is vermeld. Zo wordt in voetnoot 55 gesteld dat de „vijf Italiaanse detailhandelaars die op de vraag hebben geantwoord, hebben verklaard dat de majors de door hun concurrenten toegepaste PPD's en kortingen kenden”, terwijl voor de Franse detailhandelaars de verhouding drie vierde bedraagt, waarbij de vierde handelaar verklaarde zich niet over dit punt te kunnen uitspreken (zie voetnoot 49). Voor geen enkele van de andere landen wordt in de voetnoot aangegeven dat ook maar één detailhandelaar heeft geantwoord dat de majors de kortingen niet kenden, met uitzondering van één Britse handelaar. Zo ook heeft geen enkele detailhandelaar, met uitzondering van één handelaar op acht in Duitsland, volgens de verklarende voetnoten gepreciseerd dat de majors slechts in zekere mate kennis hebben van de door hun concurrenten toegepaste kortingen.

376 Verder wordt in geen van de voetnoten opgemerkt dat de detailhandelaars hebben geantwoord dat de majors slechts de gewone, en niet de promotionele, kortingen kenden, aangezien in de antwoorden slechts wordt verwezen naar de kortingen zonder meer.

- 377 Bijgevolg kunnen de in de beschikking genoemde bewijzen niet de conclusies staven die eruit getrokken zijn.
- 378 Verder verschillen de in de beschikking getrokken conclusies ook sterk van de vaststellingen in de mededeling van de punten van bezwaar.
- 379 Zo was de Commissie volgens punt 81 van de mededeling van de punten van bezwaar „van mening dat er voldoende bewijs is dat de majors op de hoogte zijn van elkaars handelsvoorwaarden”. Meer nog, uit de mededeling van de punten van bezwaar blijkt dat het niet zozeer gaat om een beoordeling van de Commissie, die kan worden gewijzigd, maar om een feitelijke vaststelling op basis van het door haar verrichte onderzoek. In punt 92 van de mededeling van de punten van bezwaar wordt immers het volgende gepreciseerd: „Uit de door de detailhandelaars verstrekte informatie blijkt dat de majors niet alleen kennis hebben van elkaars prijslijsten, maar ook van elkaars kortingen en handelspraktijken. Enkele van de belangrijkste wederverkopers in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland hebben de Commissie meegedeeld dat de majors volgens hen elkaars handelsvoorwaarden goed kenden.” Zo ook wordt in voetnoot 54 van de mededeling van de punten van bezwaar de volgende uitspraak van de detailhandelaars geciteerd: „De majors zijn goed vertrouwd met de marges waarbinnen hun concurrenten kortingen verlenen. Het is algemeen bekend dat de commerciële teams van de majors op de hoogte zijn van de kortingen die de platenmaatschappijen op hun verkopen verlenen. Een klant heeft verklaard dat de majors elkaars kortingen met een nauwkeurigheidsmarge van 0,5 tot 1 % kenden.” De Commissie vervolgt in punt 92 van de mededeling van de punten van bezwaar: „Vele verkopers zijn ook van mening dat het een algemene praktijk is om de bij een van de majors verkregen kortingen te gebruiken als basis voor de onderhandelingen met de andere majors”, en citeert in voetnoot 55 het volgende antwoord van een detailhandelaar: „Tijdens commerciële onderhandelingen wordt verwezen naar de voorwaarden en de kortingen van de andere majors. Dankzij het beperkte aantal leveranciers is het vrij gemakkelijk voor de majors om een volledig beeld te krijgen van de voorwaarden die de andere majors toepassen en hun voorwaarden daarop af te stemmen.” Ten slotte heeft de Commissie in punt 129 van de mededeling van de punten van bezwaar opgemerkt (zij het dat het hier meer

gaat om een beoordeling dan om een vaststelling): „Het marktonderzoek heeft bevestigd dat de verkopers van de majors regelmatig en permanent in contact staan met de detailhandelaars en de groothandelaars [...] Mede gelet op het feit dat er meerdere hitlijsten worden gepubliceerd, kunnen de majors aldus gemakkelijk controleren of de andere majors extra kortingen voor hitalbums verlenen.”

380 Het verweerschrift van de Commissie roept nog meer vragen op. In voetnoot 45 bij punt 51 van haar verweerschrift zet de Commissie het volgende uiteen: „De partijen bij de concentratie hebben gesteld dat een aantal van de positieve antwoorden slechts betrekking had op PPD's of geen onderscheid maakte tussen de PPD's en de kortingen. Slechts in vijf antwoorden van de in totaal 36 voor alle landen beschikbare antwoorden is uitdrukkelijk verklaard dat de kortingen een zekere mate van transparantie vertoonden; in elf antwoorden werd het tegenovergestelde standpunt verdedigd.” Terwijl de eerste zin aangeeft dat het slechts gaat om een argument van de partijen bij de concentratie, is de tweede zin daarentegen geformuleerd als een feitelijke vaststelling van de Commissie. Deze vaststelling is evenwel duidelijk in tegenspraak met de antwoorden van de detailhandelaars zoals deze in de beschikking worden weergegeven, aangezien in de voetnoten 49, 52, 55 en 57, zoals reeds gezegd, wordt aangegeven dat veruit de meeste detailhandelaars hadden geantwoord dat de majors de door hun concurrenten toegepaste kortingen kenden, zonder dat overigens wordt gepreciseerd dat het slechts ging om onvolledige of benaderende kennis, en niemand (op één Britse kleinhandelaar na) heeft gesteld dat de kortingen niet transparant zijn. Het argument van de Commissie kan dus niet worden aanvaard. Verder verwijst de Commissie in haar verweerschrift slechts naar de antwoorden van 36 detailhandelaars, terwijl er minstens 42 antwoorden zijn gegeven, die de partijen bij de concentratie overigens in hun nota betreffende de transparantie van 17 juni 2004 hebben becommentarieerd.

381 Verder blijkt uit de antwoorden van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht, dat de conclusies die zij uit het onder de detailhandelaars verrichte onderzoek heeft getrokken, gedeeltelijk kunnen worden verklaard door het feit dat zij zich heeft aangesloten bij het betoog dat de partijen bij de concentratie hebben ontwikkeld in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar en in een

nota betreffende de transparantie van de prijzen, die zij op 17 juni 2004 na de hoorzitting voor de Commissie hebben ingediend, namelijk dat de positieve antwoorden van de detailhandelaars die niet preciseerden of zij verwezen naar de PPD's en/of naar de kortingen, buiten beschouwing dienden te worden gelaten.

382 Alvorens de juistheid van deze verklaring te onderzoeken, wenst het Gerecht zijn verbazing uit te drukken over het feit dat deze zo laat is aangevoerd. Aangezien het in casu voornamelijk draait om de transparantie, valt moeilijk te begrijpen dat deze verklaring betreffende het voornaamste bewijselement noch in de beschikking, noch in het verweerschrift, noch zelfs maar in de aanvullende opmerkingen is terug te vinden, maar pas de dag voor de terechtzitting in antwoord op een specifieke vraag van het Gerecht naar voren is gebracht.

383 Wat de juistheid van het argument betreft, dient erop te worden gewezen dat de vragenlijst die de Commissie aan de detailhandelaars heeft gezonden, de volgende vraag bevatte: „Kennen de platenmaatschappijen volgens de ervaring van uw aankoopafdeling de PPD's en de kortingen van hun concurrenten?” Zoals verzoekster terecht heeft gesteld, is er geen enkele geldige reden om aan te nemen dat de positieve antwoorden (die overigens soms met grote stelligheid zijn geformuleerd, zoals „vanzelfsprekend”, „absoluut” of „zeker”) van de detailhandelaars die niet hebben gepreciseerd of zij verwezen naar de prijzen en/of naar de kortingen, niet in aanmerking kunnen worden genomen. Een antwoord op de aldus gestelde vraag, ongeacht of dit positief of negatief is, dient immers logischerwijs aldus te worden begrepen dat het betrekking heeft op beide punten indien het geen voorbehoud of precisering bevat. Indien de Commissie van mening was dat er toch enige twijfel bleef over de juiste betekenis van de antwoorden, diende zij, met name gelet op het belang van dit punt voor de beschikking, de betrokken detailhandelaars hierover om nadere informatie te verzoeken, wat zij overigens binnen zeer korte termijnen had kunnen doen.

384 Hoe dan ook is de door de Commissie aanvaarde verklaring van de aanmeldende partijen, dat „slechts in vijf antwoorden van de in totaal 36 voor alle landen beschikbare antwoorden [...] uitdrukkelijk [is] verklaard dat de kortingen een zekere mate van transparantie vertoonden, terwijl in elf antwoorden [...] het tegenovergestelde standpunt [werd] verdedigd”, kennelijk onjuist.

385 Wat de elf antwoorden betreft waarin zogenaamd uitdrukkelijk is aangegeven dat de kortingen niet transparant waren, dient te worden vastgesteld dat uit de nota van Sony en BMG van 17 juni 2004 (bijlage C.9 bij de memorie van interventie) om te beginnen blijkt dat zij hebben aangevoerd dat er tien, en niet elf, negatieve antwoorden zijn gegeven (zie blz. 213) en dat de nota er in werkelijkheid slechts zeven vermeldt, waarvan er slechts vier betrekking hebben op de grote landen, waarop het onderzoek in de beschikking is toegespitst. Bovendien kan bijna geen van deze vier antwoorden als uitdrukkelijk negatief worden beschouwd. Het is duidelijk dat het antwoord [*vertrouwelijk*] „naar onze mening kennen zij de PPD's van de concurrenten” niet aldus kan worden begrepen dat het uitdrukkelijk aangeeft dat de majors niet op de hoogte zijn van de door hun concurrenten verleende kortingen. Het antwoord betreffende de Duitse markt luidt „niet in detail, maar zij kennen de minimumprijzen van de concurrentie”, wat evenmin een uitdrukkelijk negatief antwoord is. Het antwoord op bladzijde 61 [*vertrouwelijk*] betreffende de markt van het Verenigd Koninkrijk („PPD's — ja. Kortingen — nee”) is het enige uitdrukkelijk negatieve antwoord, maar daar wordt onmiddellijk aan toegevoegd: „indien evenwel aan de detailhandelaars een algemene korting voor een bepaald album wordt verleend, zal de daaruit voortvloeiende vermindering van de gemiddelde detailhandelsprijs duidelijk zijn voor de hele markt”. Ten slotte is het andere zogenaamd negatieve antwoord [*vertrouwelijk*] dat in de nota van 17 juni 2004 is vermeld („wij weten niet of de platenmaatschappijen op de hoogte zijn van de PPD's en de kortingen van hun concurrenten”) niet in de stukken opgenomen. De vier andere antwoorden betreffende de markt van het Verenigd Koninkrijk (zowel volgens de beschikking als volgens de stukken die de Commissie aan het Gerecht heeft overgelegd, hebben vijf Britse detailhandelaars geantwoord) luiden respectievelijk als volgt: „PPD's — ja. Kortingen — binnen een marge van 0,5 tot 1 %” (blz. 56), „Vanzelfsprekend” (blz. 58), „Ja” (blz. 63), „de platenmaatschappijen zijn goed op de hoogte van de PPD's van hun concurrenten [...] gelooft dat zij ook vrij goed vertrouwd zijn met de marges waarbinnen hun concurrenten kortingen verlenen” (blz. 65) (deze detailhandelaar verklaart ook, in zijn antwoord op de volgende vraag, dat „tijdens commerciële onderhandelingen wordt verwezen naar de voorwaarden en kortingen van de andere majors” en dat het „dankzij het beperkte aantal leveranciers [...] vrij gemakkelijk [is] voor de majors om een volledig beeld te krijgen van de voorwaarden die de andere majors toepassen en hun voorwaarden daarop af te stemmen”. Vastgesteld dient te worden dat geen van de antwoorden van de Britse klanten uitdrukkelijk negatief is, maar dat zij integendeel alle duidelijk wijzen op een vrij grote transparantie van zowel de PPD's als de kortingen.

386 Bovendien blijkt uit het onderzoek van deze antwoorden van de detailhandelaars, die de Commissie daags voor de terechtzitting heeft overgelegd, dat zij niet de conclusies wettigen die de Commissie hieruit heeft getrokken. In veel antwoorden wordt immers gesteld dat de kortingen transparant zijn of dat de majors ervan op de hoogte zijn.

- 387 Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie de antwoorden van de detailhandelaars kennelijk onjuist heeft beoordeeld.
- 388 Wat verder het in de beschikking gemaakte onderscheid tussen de transparantie van de gewone kortingen en die van de promotionele kortingen betreft, blijkt uit het verweerschrift dat de Commissie op basis van de analyse die de partijen bij de concentratie hebben gemaakt van de antwoorden van de detailhandelaars, van de verklaringen van de kaderleden van Sony en BMG (bijlage B.2) en van de monitoringrapporten van de handelsvertegenwoordigers heeft geconcludeerd dat weliswaar de PPD's en, in zekere mate, de gewone kortingen transparant konden zijn, maar dat dit waarschijnlijk niet het geval was voor de promotionele kortingen, waarover van geval tot geval wordt onderhandeld.
- 389 Geen van deze drie elementen kan evenwel de conclusie van de Commissie schragen. In de eerste plaats heeft de Commissie bij de beoordeling van de antwoorden van de detailhandelaars, zoals reeds gezegd, de analyse van de partijen bij de concentratie overgenomen en een kennelijke beoordelingsfout gemaakt. Bovendien wordt in geen van de antwoorden van de detailhandelaars, ongeacht of zij positief of negatief zijn, een onderscheid gemaakt tussen gewone en promotionele kortingen. In de tweede plaats is het duidelijk dat loutere verklaringen van vertegenwoordigers van de partijen bij de concentratie geen geldig bewijs kunnen vormen van de ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen. In de derde plaats zorgen de wekelijkse monitoringrapporten van de handelsvertegenwoordigers, zoals in punt 113 van de beschikking is uiteengezet, voor extra markttransparantie. Zelfs in de veronderstelling dat zij geen zeer nauwkeurige informatie over de kortingen, met name over de promotionele kortingen bevatten, kunnen zij dus in elk geval niet de ondoorzichtigheid ervan aantonen. Bovendien [...], zoals reeds vastgesteld, [*vertrouwelijk*].
- 390 Uit het bovenstaande volgt dat de markttransparantie in de beschikking kennelijk onjuist is beoordeeld, voorzover deze is gebaseerd op elementen die de daaruit getrokken conclusies niet kunnen schragen.

391 Ten overvloede zal het Gerecht evenwel nog de argumenten betreffende de variatie en de complexiteit van de promotionele kortingen onderzoeken.

392 In de punten 79, 86, 93, 100 en 107 van de beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat de kortingen enigszins van klant tot klant varieerden en ook dat de kortingen op factuur van Sony en BMG voor het grootste deel van hun belangrijkste klanten in de vijf grote landen onderling verschilden (2 tot 5 % in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Spanje; 1 tot 3 % in Italië; in Frankrijk is de situatie een beetje anders, maar voor alle kortingen samen zijn de percentages ongeveer dezelfde). Verder staat in de beschikking te lezen:

„Bovendien blijkt uit de door de partijen [bij de concentratie] verstrekte inlichtingen dat de kortingen op factuur voor een gegeven klant varieerden in de tijd en van het ene album tot het andere en dat de kortingen die voor een bepaald album werden verleend, verschilden van klant tot klant. Het marktonderzoek heeft aan het licht gebracht dat deze fluctuaties voornamelijk voortvloeiden uit de promotionele kortingen, die op een soepelere wijze worden gebruikt dan de gewone kortingen.”

393 In haar verweerschrift heeft de Commissie een groot aantal tabellen opgenomen om de variatie en de complexiteit van de kortingen aan te tonen. Volgens haar blijkt hieruit dat de promotionele kortingen minder transparant zijn dan de gewone kortingen en dat de controle ervan een nauwkeurige observatie van de promoties op de detailhandelsmarkt vereist, en heeft zij onvoldoende bewijs gevonden dat de majors een dergelijke observatie hebben verricht. Verder heeft de Commissie in haar verweerschrift uiteengezet dat zij de bestanddelen van de prijs van een individueel album had onderzocht (PPD, gewone korting, eventuele promotionele korting) en tot de conclusie was gekomen dat alle elementen voldoende transparant moeten zijn wil een major met een redelijke zekerheid weten hoe een andere platenmaatschappij in werkelijkheid de nettoprijzen vaststelt, zowel op het niveau van de klanten als op het niveau van de albums, en dat zij „op basis van de bewijzen dat de PPD's redelijk transparant zijn, van een aantal bewijzen dat de gewone kortingen in zekere mate transparant zijn en van de sterke bewijzen dat de promotionele kortingen ondoorzichtig en complex zijn, niet tot een dergelijke vaststelling [was] kunnen komen”.

- 394 Met betrekking tot deze argumenten van de Commissie dient het volgende te worden opgemerkt.
- 395 In de eerste plaats wekt het verbazing dat de Commissie het gebrek aan transparantie tracht aan te tonen aan de hand van de variaties in de kortingen. In haar memories voor het Gerecht heeft de Commissie immers herhaaldelijk beklemtoond dat de stabiliteit of het parallellisme van de nettoprijzen of de kortingen irrelevant is voor de beoordeling van de markttransparantie. Zo heeft zij met name gesteld dat de grote stabiliteit van de (gemiddelde) kortingen van een platenmaatschappij niet het bewijs kan vormen dat aan het vereiste van transparantie is voldaan, dat de belangstelling van de Commissie voor de transparantie van de kortingen niet was ingegeven door de wens om na te gaan of de majors één front hadden gevormd, dat de bewijzen betreffende de wijze waarop de promotionele kortingen op een bepaald tijdstip daadwerkelijk worden toegepast, enkel relevant waren om te beoordelen in welke mate de prijzen werkelijk op elkaar waren afgestemd, dat een nauwe onderlinge afstemming op welk niveau dan ook niet als een voldoende bewijs van coördinatie kon worden beschouwd, dat het feit dat de door een platenmaatschappij verleende kortingen in zekere mate stabiel waren in de tijd, op zich niets beweest, en dat zelfs een hoge mate van statistische voorspelbaarheid geen coördinatie aantoonde.
- 396 Zo ook hebben de partijen bij de concentratie in hun nota van 17 juni 2004 betreffende de bewijzen van transparantie, die na de hoorzitting voor de Commissie is ingediend, gesteld dat vraag 28 van de aan de klanten gezonden vragenlijst van fase II („Hebt u iets gemerkt van een onderlinge afstemming van de PPD's, van de kortingen of van andere voorwaarden tussen de [majors]?”) niets te maken had met de transparantie van de prijzen („Gelet op de formulering ervan heeft deze vraag duidelijk geen betrekking op de kwestie van de prijstransparantie”).
- 397 In de tweede plaats dient te worden opgemerkt dat in de enige overwegingen over kortingen in de punten van de beschikking die specifiek gewijd zijn aan het onderzoek van de markttransparantie (punten 111-113 van de beschikking), voor de promotionele kortingen enkel wordt verwezen naar de vaststellingen in de punten van de beschikking die betrekking hebben op het onderzoek van het gemeenschappelijke prijsbeleid in de vijf grote landen (dat wil zeggen de punten 77 tot en met 80 voor het Verenigd Koninkrijk en de overeenkomstige punten voor de andere grote landen). In punt 70 van de beschikking heeft de Commissie evenwel in het kader van



de beoordeling of de majors daadwerkelijk een gecoördineerd prijsbeleid hadden gevoerd, opgemerkt dat „de gemiddelde prijzen een geschikt middel vormen om vast te stellen of de majors een parallel prijsbeleid [voerden]”. Volgens de beschikking zelf was de Commissie dus van mening dat zij zich bij de beoordeling van de transparantie kon baseren op gemiddelden, en dat zij zich niet hoefde te baseren op specifieke variaties, waaronder variaties in promotionele kortingen.

398 Hoe dan ook blijkt niet dat de Commissie specifieke variaties in de promotionele kortingen en de invloed ervan op de transparantie van de markt of de prijzen serieus heeft onderzocht. Uit punt 72 van de beschikking, waarin de verschillende factoren worden genoemd die de Commissie heeft geanalyseerd, blijkt dat zij enkel de gemiddelde kortingen op factuur heeft onderzocht (zie voetnoot 43 van de beschikking). Zowel in de mededeling van de punten van bezwaar als gedurende de gehele administratieve procedure heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat aan de hand van de bruto- en de nettoprijzen en van de gemiddelde kortingen kon worden nagegaan of een collectieve machtspositie bestond en dus ook of de markt voldoende transparant was. Pas na de hoorzitting van 14 en 15 juni 2004 heeft de Commissie haar beoordeling gewijzigd en de door de partijen bij de concentratie verdedigde stelling overgenomen, dat de complexiteit en de variaties in de promotionele kortingen de noodzakelijke transparantie tenietdoen, zonder evenwel nieuw marktonderzoek te verrichten om de juistheid van deze nieuwe conclusies te controleren.

399 Wat in de derde plaats de argumenten en bewijzen inzake de variaties in de promotionele kortingen betreft die de Commissie in de beschikking en in haar memories voor het Gerecht heeft aangevoerd, dient het volgende te worden opgemerkt met betrekking tot de mate van ondoorzichtigheid en de relevantie van de promotionele kortingen.

#### — Ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen

400 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de Commissie noch in de beschikking, noch zelfs maar in haar memories voor het Gerecht nauwkeurig heeft omschreven wat

promotionele kortingen zijn, onder welke voorwaarden zij worden verleend en aan welke regels zij zijn onderworpen, hoe vaak zij worden verleend, hoeveel zij bedragen of voor welk soort albums zij geacht worden van toepassing te zijn. Uit de stukken en met name uit de enkele uittreksels uit de antwoorden van de concurrenten die de Commissie heeft overgelegd, lijkt evenwel te kunnen worden afgeleid dat het gaat om specifieke, vrij hoge kortingen die voor een bepaald aantal specifieke albums en voor beperkte duur, in specifieke gevallen worden verleend, bijvoorbeeld om een grote voorraad weg te werken.

- 401 Volgens punt 79 van de beschikking (en de overeenkomstige punten voor de andere grote landen) „[blijkt] [u]it de door de partijen bij de concentratie verstrekte inlichtingen [...] dat de kortingen op factuur voor een gegeven klant varieerden in de tijd en van het ene album tot het andere en dat de kortingen die voor een bepaald album werden verleend, verschilden van klant tot klant”. Hoewel in dit punt van de beschikking sprake is van kortingen op factuur in het algemeen, dient er van te worden uitgegaan dat deze overweging in werkelijkheid enkel betrekking heeft op promotionele kortingen. Zoals blijkt uit de beschikking en de memories van de Commissie, worden de gewone kortingen immers op basis van onderhandelingen met elk van de klanten voor een geheel jaar vastgesteld en zijn zij op alle verkopen van de betrokken klant van toepassing. De Commissie verklaart verder in punt 79 van de beschikking dat de fluctuaties voornamelijk te wijten zijn aan de promotionele kortingen. Volgens haar maken de — drie soorten — variaties (per klant, per album en in de tijd) de promotionele kortingen ondoorzichtig. Ter ondersteuning van deze stelling heeft de Commissie in de bijlage bij haar verweerschrift een reeks tabellen opgenomen die worden geacht deze verschillende variaties aan te tonen (hierna: „nieuwe bewijzen”).
- 402 Dienaangaande dient om te beginnen te worden opgemerkt dat, zoals verzoekster terecht heeft gesteld, een promotionele korting (campaign discount) voornamelijk voor reclamedoeleinden lijkt te worden gebruikt. Een promotionele korting, die hoog is en naast de gewone korting wordt verleend, zal logischerwijs door de platenmaatschappij slechts worden verleend aan een detailhandelaar op voorwaarde dat hij deze ten goede laat komen aan de eindconsument (via een duidelijke prijsverlaging of een betere plaatsing in de etalage) teneinde de verkoop van het album waarvoor zij wordt verleend, op te drijven. Dit geldt temeer daar, zoals uit punt 115 van de mededeling van de punten van bezwaar blijkt, de „royalties” (auteursrechten) worden berekend op de PPD van een album en niet op de nettoprijs, zodat de majors er alle belang bij hebben zo weinig mogelijk kortingen te verlenen.

403 Verder dient te worden vastgesteld dat de drie enige uittreksels uit de antwoorden van de concurrenten op het verzoek om inlichtingen uit hoofde van artikel 11 van de verordening die de Commissie aan het Gerecht heeft overgelegd, de stelling van de Commissie geenszins bevestigen, maar integendeel erop wijzen dat de promotionele kortingen vrij openbaar en transparant zijn.

404 Zo heeft een van de majors het volgende geantwoord:

„[Promotionele kortingen]” kunnen worden gebruikt voor nieuw uitgebrachte albums, om een nieuwe artiest te promoten, om een nieuwe winkel te ondersteunen, om een specifiek verkoopprogramma of een specifieke verkoopcampagne te ondersteunen (die meestal betrekking heeft op een volledige categorie platen) of om een specifieke gebeurtenis te promoten. Dit soort korting kan een groot deel van de PPD vertegenwoordigen [*vertrouwelijk*] en is belangrijk omdat zij tot doel heeft bepaalde verkopen te bevorderen.”

405 De informatie over de voorwaarden waaronder deze kortingen worden verleend, verstrekt in het enige andere antwoord van de majors dat de Commissie heeft overgelegd, lijkt er ook op te wijzen dat zij betrekking hebben op zeer specifieke gebeurtenissen die de concurrenten gemakkelijk kunnen achterhalen. De betrokken major stelt immers het volgende:

„[Promotionele kortingen] zijn kortingen die worden aangeboden in het kader van specifieke promotiecampagnes. Ze houden verband met specifieke releases of groepen van releases. Indien bijvoorbeeld een artiest op tournee is om een nieuw album te promoten, kan een korting worden verleend om de verkoop van het album tijdens de periode van de tournee te maximaliseren. Zo ook kunnen specifieke campagnes worden gevoerd net betrekking tot bepaalde seizoensvoorraden (kerstmuziek). Soms worden promotionele kortingen verleend voor oudere opnames die niet veel succes meer hebben. [...] zal typisch proberen een grote hoeveelheid van een specifieke cd (of een reeks cd's) met een korting te verkopen aan een bepaalde detailhandelaar, die deze vervolgens tegen een speciale prijs doorverkoopt. Soms

worden kortingen voor voorbestellingen van nieuw uit te brengen platen verleend om veel volk naar de winkel te lokken. [...] Dit soort kortingen wordt gewoonlijk verleend voor nieuwe of rijzende artiesten, wanneer [...] de verkopen via een doelgerichte promotiecampagne een flinke boost wil geven.”

- 406 Ten slotte blijkt uit het antwoord van de onafhankelijke producent dat de promotionele kortingen tot uiting komen in een lagere verkoopprijs voor de consument en een betere plaats voor de betrokken albums in de winkel, en verder dat de campagnes vaak worden gelanceerd door de detailhandelaars zelf, die de verschillende producenten uitnodigen om eraan deel te nemen (zie in die zin ook de verklaringen van de vertegenwoordigers van Sony en BMG, bijlage B.2), waardoor deze op de hoogte kunnen zijn van deze kortingcampagnes.
- 407 Geen enkele door derden verstrekte informatie, noch in de beschikking noch in de door de Commissie aangevoerde nieuwe bewijzen, bevestigt dus dat de promotionele kortingen ondoorzichtig zijn.
- 408 Volgens punt 79 van de beschikking en de door de Commissie bij het Gerecht ingediende memories tonen de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens evenwel aan dat de promotionele kortingen onvoldoende onderling zijn afgestemd doordat zij in de tijd, van klant tot klant en van album tot album variëren. De Commissie en de interveniënten stellen in wezen dat de markt onvoldoende transparant is wegens de variaties en de complexiteit van de kortingen.
- 409 Dienaangaande dient om te beginnen te worden opgemerkt dat de Commissie in de punten 88 tot en met 90 van de mededeling van de punten van bezwaar op basis van het onderzoek van de gegevens van alle majors tot de conclusie was gekomen dat de kortingen ondanks de variaties stabiel waren, dat de verschillen op enkele

uitzonderingen na klein waren, dat er absoluut geen bewijs was dat zij werden gebruikt om het prijsbeleid fundamenteel te wijzigen of, in het bijzonder, om de gemiddelde nettoprijzen van nieuw uitgebrachte hits te beïnvloeden, aangezien de verhoudingen tussen de brutoprijzen en de nettoprijzen zeer stabiel waren in de tijd en van album tot album.

410 De Commissie is weliswaar, zoals reeds gezegd, gerechtigd om het standpunt dat zij tijdens de administratieve procedure heeft ingenomen, te wijzigen, met name om rekening te houden met de opmerkingen van de betrokken partijen, en hoeft haar beschikking op dit punt niet te motiveren, maar de vaststellingen in de beschikking moeten wel, minstens in de procedure voor het Gerecht, kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de eerder verrichte feitelijke vaststellingen, waarbij in voorkomend geval dient te worden aangetoond waarom deze laatste fout zijn. In casu heeft de Commissie evenwel, zoals verzoekster terecht opmerkt, de gegevens betreffende de door alle majors verleende kortingen niet opnieuw onderzocht, maar ter rechtvaardiging van haar conclusie enkel verwezen naar de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens.

411 In haar verweerschrift heeft de Commissie weliswaar gesteld dat zij de door de andere majors verleende kortingen had onderzocht, maar dat deze cijfers niet aan de partijen bij de concentratie mochten worden meegedeeld en dus onmogelijk in de beschikking konden worden opgenomen. Dit betoog kan evenwel niet worden aanvaard.

412 In de eerste plaats blijkt duidelijk uit de beschikking (zie met name punt 79 en voetnoot 43 van de beschikking), uit andere punten van de memories van de Commissie (zie met name de passage in het verweerschrift waarin de Commissie uitdrukkelijk opmerkt dat „enkel de gegevens van Sony en BMG in aanmerking zijn genomen, aangezien de andere majors te kennen [hadden] gegeven dat zij slechts nettoprijzen factureerden”) en uit de nieuwe bewijzen die de Commissie heeft overgelegd, dat de conclusie die zij in de beschikking uit de variaties in de kortingen heeft getrokken, slechts gebaseerd is op de gegevens betreffende de door de partijen bij de concentratie verleende kortingen. Verder is in geen enkel punt van de beschikking enige aanwijzing te vinden dat de Commissie de door de andere majors

verleende kortingen heeft onderzocht, laat staan dat deze aantonen dat de promotionele kortingen complex zijn en variëren.

- 413 In de tweede plaats kan de Commissie vanzelfsprekend niet stellen dat zij in het kader van haar onderzoek van een voorgenomen concentratie niet gerechtigd is om de gegevens van de andere marktdeelnemers in aanmerking te nemen en daar in voorkomend geval haar conclusies op te baseren. Indien dit zo was, zou het in de meeste gevallen onmogelijk zijn om de verenigbaarheid van een voorgenomen concentratie met de gemeenschappelijke markt te onderzoeken. Verder dient te worden vastgesteld dat de meeste andere factoren dan de kortingen (marktaandeel, bruto- en nettoprijzen, enzovoort) die in de beschikking zijn onderzocht, betrekking hebben op de verschillende marktdeelnemers.
- 414 In de derde plaats heeft de Commissie, die in haar na de terechtzitting ingediende eindopmerkingen heeft gewezen op de eisen die voortvloeien uit de strikte termijnen van de procedure ter controle van concentraties en op de noodzaak de rechten van de aanmeldende partijen te eerbiedigen, gesteld dat de vaak herhaalde kritiek van verzoekster dat de Commissie bepaalde wezenlijke punten in verband met de vastgestelde grieven niet naar behoren had onderzocht, en ook andere grieven had moeten onderzoeken, berust op een onjuiste opvatting van de betrokken procedure, aangezien het onderzoek naar de door een concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen voornamelijk plaats vindt vóór de verzending van de mededeling van de punten van bezwaar. Hoewel verzoekster de Commissie inderdaad niet kan verwijten dat zij problemen die voor het eerst voor het Gerecht zijn opgeworpen en waarvan er sommige overigens kennelijk niet-ontvankelijk zijn omdat zij pas in repliek of in de na de terechtzitting ingediende opmerkingen zijn aangevoerd, niet aan een onderzoek heeft onderworpen, gaat deze opmerking van de Commissie aan twee punten voorbij. Om te beginnen staat vast dat de Commissie reeds aan het begin van de procedure het probleem van de transparantie en de kortingen heeft onderkend en zowel derden als de partijen bij de concentratie daarover heeft ondervraagd. Verder heeft de tijdsdruk ook tot gevolg dat de partijen bij de concentratie niet tot het laatste ogenblik mogen wachten om de Commissie bewijsmateriaal over te leggen teneinde grieven die de Commissie tijdig heeft opgeworpen, te weerleggen, aangezien deze laatste dan niet meer in staat is om de nodige verificaties te verrichten. Minstens moeten deze bewijzen in dit geval bijzonder betrouwbaar, objectief, relevant en overtuigend zijn om de grieven van de Commissie te kunnen weerleggen.

415 Dienaangaande dient meteen te worden opgemerkt dat zowel uit de formulering van punt 79 van de beschikking (waarin sprake is van „de door de partijen bij de concentratie verstrekte inlichtingen”) als uit de (bij het verweerschrift gevoegde) nieuwe bewijzen blijkt dat niet alleen de vaststellingen betreffende de promotionele kortingen uitsluitend gebaseerd zijn op gegevens betreffende de partijen bij de concentratie, maar dat bovendien de tabellen waarin deze gegevens worden weergegeven, door deze partijen (of hun economen) zijn opgesteld volgens een methode en op basis van gegevens die zij zelf hebben gekozen, kennelijk zonder dat de Commissie heeft gecontroleerd of zij juist, relevant, objectief en representatief zijn. De procedure ter controle van concentraties is weliswaar, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft gesteld, noodzakelijkerwijs in ruime mate gebaseerd op vertrouwen, en de Commissie kan niet gehouden zijn om zelf tot in het kleinste detail na te gaan of alle verstrekte informatie betrouwbaar en juist is, maar zij kan anderzijds niet zover gaan dat zij de verantwoordelijkheid voor bepaalde aspecten van het onderzoek zonder enige controle overdraagt aan de partijen bij de concentratie, in het bijzonder wanneer, zoals in casu, deze aspecten het cruciale element vormen waarop de beschikking is gebaseerd en de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens en hun beoordeling hiervan volkomen afwijken van de informatie die de Commissie tijdens haar onderzoek heeft verzameld en van de conclusie die zij hieruit heeft getrokken.

416 In de vierde plaats heeft verzoekster erop gewezen, zonder door de Commissie te zijn tegengesproken, dat Sony en BMG tijdens de gecontroleerde jaren sterk verschillende resultaten hadden neergezet, zoals in punt 146 van de mededeling van de punten van bezwaar is erkend. Aangezien de sterkte van de uitgebrachte albums de prijzen en de kortingen kunnen beïnvloeden, geven de tabellen die slechts de gegevens van deze twee partijen bestuderen, een uitvergroot beeld van de variaties.

417 In de vijfde plaats dient in het licht van bovenstaande overwegingen nog het volgende te worden opgemerkt met betrekking tot de nieuwe bewijzen die de Commissie heeft overgelegd.

418 In haar verweerschrift stelt de Commissie dat zij haar conclusie dat de kortingen op drie punten variëren (in de tijd, van album tot album en van klant tot klant) heeft gebaseerd op de in de bijlagen bij dit verweerschrift opgenomen gegevens.

419 Dienaangaande dient om te beginnen te worden opgemerkt dat van de voorgedragen bewijzen enkel een van de bijlagen (B.4) door de Commissie zelf is opgesteld, al heeft zij zich ook hier enkel gebaseerd op de gegevens betreffende de door Sony en BMG verleende kortingen. De betrokken bijlage bestaat uit grafieken van de gemiddelde kortingen op factuur die de partijen bij de concentratie in de jaren 2000 tot en met 2003 hebben verleend aan elk van hun tien beste gemeenschappelijke klanten in de grote landen, met uitzondering van Frankrijk, aangezien de Commissie had vastgesteld dat de voor Frankrijk verstrekte gegevens incoherent waren. In de mededeling van de punten van bezwaar (punt 88) had de Commissie op basis van deze grafieken gesteld dat de kortingen in het algemeen stabiel waren. De Commissie heeft voor het Gerecht de juistheid van deze beoordeling niet betwist, maar enkel verklaard dat de partijen bij de concentratie hadden gesteld dat er een merkbaar verschil was in de wijze waarop zij bepaalde klanten behandelden, en zij heeft in bijlage B.5 een uittreksel van hun opmerkingen opgenomen. Deze opmerkingen kunnen evenwel geen afbreuk doen aan de algemene indruk die deze grafieken geven. Zo hebben weliswaar, zoals de partijen bij de concentratie opmerken, twee klanten op de Italiaanse markt, die bijzonder stabiel is en een hoge mate van parallelisme laat zien, veel lagere kortingen gekregen dan de andere klanten, maar het is des te opmerkelijker dat deze lagere kortingen door Sony en BMG aan juist dezelfde klanten zijn verleend, dat zij haast even groot zijn voor de twee majors en dat zij op parallelle wijze varieerden.

420 Wat de in bijlagen B.8 en B.9 bij het verweerschrift gevoegde tabellen betreft, die volgens de Commissie aantonen dat de verdeling van de kortingen op factuur die Sony en BMG in elk van de vijf grote lidstaten voor hun 20 best verkochte albums hebben verleend, sterk verschilde, dient om te beginnen te worden opgemerkt dat het hier gaat om de algemene categorie van kortingen op factuur en niet enkel om promotionele kortingen en dat, zoals rekwirante heeft opgemerkt, de fluctuaties van de kortingen in de tijd het gevolg kunnen zijn van verschillen in het succes en niet uitsluiten dat de kortingen gebaseerd zijn op een reeks bekende regels.

421 Verder dient te worden vastgesteld dat de verdeling van de kortingen tussen 1998 en 2003 weliswaar daadwerkelijk in de tijd en van het ene tot het andere land varieerde, maar dat zij op soortgelijke wijze varieerde voor de twee partijen bij de concentratie,



zowel in de tijd als van land tot land. Dit blijkt nog duidelijker uit de tabel (bijlage B.9) die de verdeling van de in elk van de grote landen voor 2003 verleende kortingen vergelijkt, aangezien de verdeling weliswaar varieert van het ene land tot het andere, maar de kortingen van de twee partijen bij de concentratie op parallelle wijze evolueren (zie in het bijzonder de gegevens betreffende landen A en B). Terwijl de kortingen van Sony en BMG zich in land A voornamelijk situeren binnen de klasse [*vertrouwelijk*], situeren zij zich in land B voornamelijk in de klasse [*vertrouwelijk*] en [*vertrouwelijk*], in land C in de klasse [*vertrouwelijk*] en in de landen D en E in de hogere klassen. Zo blijkt uit deze tabellen in de bijlagen niet alleen dat de kortingen binnen elk land op vrij gelijkaardige wijze tussen de verschillende klassen zijn verdeeld, maar bovendien dat de variaties tussen de landen vrij goed overeenstemmen.

422 Wat meer bepaald de promotionele kortingen betreft, verwijst de Commissie ter ondersteuning van haar stelling dat deze kortingen wegens de buitengewone complexiteit en het belang ervan ondoorzichtig zijn, voornamelijk naar twee van haar bijlagen (B.13 en E.4.2). De tabellen in deze bijlagen, die slechts betrekking hebben op de kortingen die Sony en BMG in één bepaald jaar hebben verleend en die volledig door henzelf zijn opgesteld, kunnen evenwel niet als voldoende relevant en betrouwbaar worden beschouwd.

423 Wat de tabellen in bijlage B.13 betreft waarin de kortingen op factuur worden vergeleken die de partijen bij de concentratie in 2002 aan hun zes beste klanten hebben verleend voor hun best verkochte albums, „die tegen gelijkaardige prijzen in de lijsten van de PPD’s zijn opgenomen” (listed at similar prices), dient met name te worden vastgesteld dat de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft opgemerkt dat de voor elk land gekozen PPD een van de belangrijkste PPD’s van de respectieve partijen in termen van behaalde omzet vormde, maar anderzijds heeft gepreciseerd dat het in Duitsland bijvoorbeeld ging om de derde en de vierde belangrijkste PPD voor BMG en om de belangrijkste en de zesde belangrijkste PPD voor Sony. Aangezien de partijen bij de concentratie volgens de beschikking voor het grootste deel van hun verkoop twee, of maximaal drie, PPD’s gebruiken, rijst de vraag in welke mate de in aanmerking genomen albums werkelijk hun best verkochte albums zijn. Bovendien volgt uit een voetnoot

betreffende de tabellen dat de PPD van vele albums in de loop van het jaar is gewijzigd, wat een invloed op de verleende kortingen kan hebben gehad en dus de onderlinge variaties heeft kunnen vergroten. Verder blijkt uit deze tabellen dat de gegevens van BMG betrekking hebben op het jaar 2002, terwijl die van Sony betrekking hebben op het boekjaar 2002-2003.

424 Ten slotte zijn deze tabellen weliswaar moeilijk te lezen doordat de gegevens van Sony en BMG naast elkaar worden gesteld, terwijl de vergelijking betrekking dient te hebben op de kortingen die elk van de partijen bij de concentratie aan haar verschillende klanten heeft verleend, en niet op de kortingen die voor de albums van een van deze partijen zijn verleend en die welke voor de albums van de andere partij zijn verleend, maar uit aandachtig onderzoek van deze tabellen blijkt hoe dan ook dat de variaties uiteindelijk vrij gering zijn. Dienaangaande dient er overigens aan te worden herinnerd dat uit punt 75 en voetnoot 47 van de mededeling van de punten van bezwaar blijkt dat de Commissie Sony's en BMG's bruto- en nettoprijzen voor hun tien best verkochte albums individueel had onderzocht en in punt 90 van de mededeling van de punten van bezwaar tot de conclusie was gekomen dat „de verhoudingen tussen bruto- en nettoprijzen zeer stabiel waren per album en in de tijd voor de door de Commissie onderzochte individuele releases”. Noch de Commissie, noch de interveniënten hebben gesteld, laat staan aangetoond, dat deze vaststelling onjuist is.

425 Verder bevatten de tabellen van bijlage E.4.2, die de maximale promotionele kortingen dienen weer te geven die door Sony en BMG voor hun best verkochte albums zijn verleend, zeer veel fouten waardoor deze kortingen worden uitvergroot. Bij de berekening van het verschil tussen de minimum- en de maximumkorting per klant (dat volgens de Commissie gelijk is aan de promotionele korting) voor elk van de partijen bij de concentratie zijn immers meestal de door de andere partij verleende kortingen in aanmerking genomen, terwijl, zoals de Commissie zelf uiteenzet, bij deze berekening dient te worden uitgegaan van het verschil tussen de door een en dezelfde partij aan haar verschillende klanten verleende minimum- en maximumkortingen.

- 426 Uit deze twee voorbeelden blijkt dat, los van het feit dat omzichtigheid is geboden bij het onderzoek van de verschillende door de partijen bij de concentratie overgelegde tabellen, aangezien deze zijn opgesteld op basis van parameters die zij zelf hebben gekozen en die overigens niet altijd duidelijk zijn, deze tabellen materiële fouten kunnen bevatten, die in casu zelfs door een summier onderzoek aan het licht zijn gebracht.
- 427 En ook al kunnen de verschillende door de partijen bij de concentratie opgestelde en door de Commissie overgelegde tabellen daadwerkelijk de gestelde, min of meer belangrijke variaties aantonen, neemt dit hoe dan ook niet weg dat de relevantie van deze variaties, zoals verzoekster terecht heeft opgemerkt, twijfelachtig is, aangezien slechts marges worden getoond zonder dat de gewogen gemiddelden en de variaties ten opzichte van deze gemiddelden worden onderzocht, en niet uitgesloten is dat deze variaties althans door iemand die in de sector werkzaam is, vrij gemakkelijk kunnen worden verklaard aan de hand van een aantal algemene of specifieke regels voor het verlenen van kortingen, waarnaar de Commissie niet het nodige onderzoek heeft verricht.
- 428 Verzoekster heeft weliswaar, zoals de Commissie heeft opgemerkt, niet nauwkeurig uiteengezet volgens welke regels de promotionele kortingen worden verleend, of zij heeft er, volgens de Commissie, te veel genoemd, wat de toepassing ervan complex en dus weinig transparant maakt, maar dit neemt niet weg dat de Commissie, zoals reeds gezegd, dienaangaande geen marktonderzoek heeft verricht of althans geen enkel bewijs van de ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen heeft voorgelegd, behalve de tabellen van de partijen bij de concentratie, die onnauwkeurigheden bevatten en hoe dan ook enkel beogen het bestaan van bepaalde variaties in deze kortingen aan te tonen, maar niet aantonen dat deze variaties niet op een vrij eenvoudige manier kunnen worden uitgelegd door iemand die in de sector werkzaam is. Verzoekster kan overigens niet worden verweten dat zij dit niet zelf heeft aangetoond, aangezien in de tabellen noch de albums, noch de klanten worden vermeld en evenmin de bedragen van de kortingen en de tijdstippen waarop deze zijn verleend, en verzoekster en het Gerecht dus niet kunnen nagaan of deze kortingen zijn verleend overeenkomstig de door verzoekster aangevoerde algemene regels van de betrokken sector.

429 Wat het argument van de Commissie betreft dat de criteria op basis waarvan promotionele kortingen over het algemeen worden verleend, zo talrijk zijn dat zij de toepassing ervan ondoorzichtig maken, dient om te beginnen te worden vastgesteld dat verzoekster heeft uiteengezet dat voor de verschillende platencategorieën (nieuw uitgebrachte platen, nieuwe artiest, „full price”-, „mid price”-, „budget”-catalogus, enzovoort), een beperkt aantal algemene verkoopstrategieën bestaat (vervanging van een plaat in de hitparade, deelneming aan promotiecampagnes, aankoop van etalageruimte), die in zekere mate kunnen verschillen naar gelang van het soort klant (supermarkten, gespecialiseerde ketens, zelfstandige winkels). De combinatie van de variabelen leidt weliswaar noodzakelijkerwijs tot een verhoging van het aantal hypothesen, maar de Commissie heeft niet aangetoond dat de analyse hierdoor buitensporig moeilijk wordt voor iemand die in de sector werkzaam is. Verder lijkt de uiteenzetting die de partijen bij de concentratie zelf in bijlage B.14 hebben gegeven van de enkele beginselen die de verlening van promotionele kortingen beheersen, ook eerder het bestaan van de door verzoekster gestelde algemene regels te bevestigen, alsook het feit dat deze niet buitensporig complex zijn. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat zelfs het bestaan van een vrij hoog aantal schijnbaar complexe, eventueel zelfs moeilijk limitatief op te sommen, regels niet noodzakelijkerwijs hoeft te betekenen dat iemand die in de sector werkzaam is, niet vrij gemakkelijk kan bepalen of deze a priori of in hun geheel beschouwd in acht worden genomen. Zo zouden er lange boekwerken nodig zijn om de wellevendheids- of etiketteregels in detail te beschrijven, maar iemand die ook maar enigszins met deze regels vertrouwd is, kan niettemin gemakkelijk uitmaken of het gedrag van een andere persoon daar in grote lijnen mee in overeenstemming is.

430 In elk geval blijkt, zoals verzoekster heeft opgemerkt, noch uit de beschikking, noch uit de door de Commissie voorgelegde bewijzen, dat deze heeft onderzocht of de verlening van promotionele kortingen door algemeen bekende regels wordt beheerst en of de majors in staat zijn om vast te stellen of de door de andere majors verleende kortingen aan deze regels beantwoorden dan wel van de algemene beginselen afwijken.

431 Verder heeft verzoekster gesteld dat de nettoprijzen die aan de detailhandelaars in rekening worden gebracht, transparant zijn, aangezien de winstmarges van de detailhandelaars over het algemeen transparant zijn en zeer nauwkeurig bekend zijn.

- 432 In haar verweerschrift heeft de Commissie dienaangaande gesteld dat haar conclusie over de ondoeltreffendheid van de controle van de detailhandelsverkopen ook gebaseerd was op de complexiteit en de ondoorzichtigheid van de detailhandelsprijzen. Volgens haar blijkt uit de bij het verweerschrift gevoegde studie dat de majors niet konden achterhalen hoe hun voornaamste concurrenten de nettoprijs (PPD min korting op factuur) voor een bepaald album in de praktijk vaststelden door de verkoop van de detailhandelaars op de voet te volgen. De detailhandelaars passen immers niet allen stelselmatig op een bepaald tijdstip dezelfde winstmarge op de groothandelsprijzen toe op alle categorieën albums en zelfs niet op die van de hogeprijscategorie. Zij heeft naar eigen zeggen geen enkel verband gevonden tussen de detailhandelsprijzen en de kortingen op factuur die worden verleend voor albums met dezelfde PPD.
- 433 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat nergens in de beschikking sprake is van deze zogenaamde onmogelijkheid om de aan de detailhandelaars in rekening gebrachte nettoverkoopprijzen door middel van een omgekeerde redenering (reverse engineering) af te leiden uit de detailhandelsprijzen. Bovendien blijkt nergens uit de stukken dat de Commissie tijdens de administratieve procedure ook maar enig onderzoek heeft verricht naar het verband tussen de detailhandelsprijzen en de groothandelsprijzen, of zelfs maar informatie over de detailhandelsprijzen heeft verzameld. Noch het betoog van de Commissie, noch de bij het verweerschrift gevoegde studie kan dus in aanmerking worden genomen.
- 434 Bovendien dient te worden opgemerkt dat, zoals verzoekster stelt, de door de economen van de partijen bij de concentratie verrichte studie geen voldoende betrouwbare, relevante en vergelijkbare gegevens bevat en de conclusies die de Commissie er uit trekt, niet kan schragen. Zo het al vast zou staan dat niet alle detailhandelaars stelselmatig dezelfde winstmarge op de groothandelsprijzen toepassen, is dit feit hoe dan ook irrelevant. Het is weliswaar waarschijnlijk dat de verschillende soorten detailhandelaars (supermarkten, zelfstandige winkels, gespecialiseerde winkelketens, enzovoort) verschillende marges toepassen en dat er binnen elke categorie ondernemingen verschillen bestaan en dat er zelfs voor elke onderneming afzonderlijk verschillen bestaan naar gelang van het soort album of het succes ervan, maar het is daarentegen weinig waarschijnlijk, en de studie bevat geen gegevens in die zin, dat er verschillen zijn in het verkoopbeleid van een detailhandelaar voor hetzelfde soort album. Aangezien alle detailhandelaars klanten zijn van alle majors, kan elke major vaststellen welke marge een bepaalde

detailhandelaar op zijn eigen albums toepast en hieruit afleiden welke marge de betrokkene gewoonlijk toepast op de albums van zijn concurrenten die soortgelijke kenmerken vertonen. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat volgens de verklaring van de verkoopdirecteuren van Sony en BMG voor Frankrijk (bijgevoegd in bijlage B.2), de detailhandelsprijs over het algemeen wordt vastgesteld door de toevoeging van btw aan de groothandelsprijs.

435 Uit het bovenstaande volgt dat de nieuwe bewijzen die de Commissie heeft overgelegd, onvoldoende betrouwbaar, relevant en overtuigend zijn om de ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen aan te tonen.

436 Ten slotte dient nog ten overvloede te worden opgemerkt dat, mocht de promotionele korting niet transparant zijn omdat de detailhandelaar — in de veronderstelling dat hij dit mag — haar niet ten goede laten komen aan de eindconsument, maar haar voor zichzelf houdt om zijn winst te vergroten, de Commissie niet heeft uitgelegd hoe zij dan in casu relevant kan zijn. Een door een producent aan een detailhandelaar verleende geheime en ondoorzichtige korting kan weliswaar, wanneer er sprake is van perfect homogene producten, relevant zijn voor de beoordeling van de transparantie die nodig is om stilzwijgende coördinatie mogelijk te maken, aangezien de producent dankzij deze korting zijn verkoop kan opdrijven ten koste van de andere leden van het oligopolie, maar dit geldt niet noodzakelijkerwijs voor de verkoop van verschillende producten aan tussenpersonen. Aangezien elke plaat verschillend is, zal een detailhandelaar, die slechts platen van de majors koopt om deze aan de eindconsument door te verkopen, in beginsel slechts minder platen van een bepaalde major kopen indien de eindconsument er door de promotionele korting toe wordt aangezet om eerder de plaat te kopen van de concurrerende major die de detailhandelaar deze promotionele korting heeft verleend. Verder hebben noch de Commissie noch de interveniënten gesteld dat, wanneer een promotionele korting is verleend, de onverkocht gebleven exemplaren niet kunnen worden teruggenomen, hoewel dit mogelijk of zelfs waarschijnlijk is. In deze omstandigheden lijkt een door een major aan een detailhandelaar verleende promotionele korting die niet transparant is doordat zij niet aan de eindconsument wordt doorberekend, geen invloed op de omvang van de verkoop van het betrokken album te kunnen hebben of afbreuk te kunnen doen aan een uit de stilzwijgende coördinatie voortvloeiend gemeenschappelijk prijsbeleid. Minstens had de Commissie moeten onderzoeken en uitleggen hoe een promotionele korting die ondoorzichtig is omdat zij niet door de

detailhandelaar wordt doorberekend, de markttransparantie zou hebben kunnen verhinderen, aangezien achter deze korting geen gedragingen schuilgaan die afbreuk kunnen doen aan de stilzwijgende coördinatie.

— Relevantie van de promotionele kortingen

<sup>437</sup> Verzoekster voert een reeks grieven aan waarmee zij in wezen stelt dat de Commissie er ten onrechte van is uitgegaan dat de markt volledig transparant moet zijn, dat zij niet heeft onderzocht of de promotionele kortingen relevant zijn voor de beoordeling van de markttransparantie en dat niet is aangetoond dat de promotionele kortingen de noodzakelijke transparantie tenietdoen of verminderen, aangezien zij slechts in zeer geringe mate betrekking hebben op albums die in de hitparade genoteerd staan of op albums die het meest verkocht worden en de nettoprijzen niet echt beïnvloeden, met name omdat zij slechts een vierde tot een derde van alle kortingen uitmaken.

<sup>438</sup> Wat in de eerste plaats de grief betreft dat de Commissie het criterium van voldoende markttransparantie, zoals omschreven in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie*, heeft verward met het in de beschikking toegepaste criterium van totale transparantie, dient te worden vastgesteld dat, zoals de Commissie terecht opmerkt, nergens in de beschikking wordt gesteld dat totale transparantie vereist is.

<sup>439</sup> Niettemin dient te worden nagegaan of de Commissie in de praktijk geen totale transparantie heeft geëist, of althans een grotere transparantie dan nodig is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken.

- 440 Zoals blijkt uit punt 62 van het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie*, vereist de noodzakelijke transparantie dat elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kan kennen, teneinde na te gaan of zij één front vormen, dat wil zeggen over een middel beschikt om te weten of de andere marktdeelnemers dezelfde strategie volgen en handhaven. De markt moet dus voldoende transparant zijn om elk lid van de oligopolide machtspositie in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen. De vereiste transparantie impliceert niet dat elk lid op elk moment tot in het kleinste detail op de hoogte moet zijn van de precieze voorwaarden van elke verkoop die door de andere leden van het oligopolie wordt verricht, maar moet enerzijds de mogelijkheid bieden om de regels van de stilzwijgende coördinatie te achterhalen en anderzijds een aanzienlijk risico meebrengen dat afwijkend gedrag dat de stilzwijgende coördinatie in gevaar kan brengen, door de andere leden van het oligopolie zal worden ontdekt.
- 441 De Commissie zet uiteen dat zij „de bestanddelen van de nettoprijs van een aan een individuele klant verkocht individueel album [heeft] onderzocht (PPD, gewone korting, eventuele promotionele korting) en heeft geconcludeerd dat alle onderdelen voldoende transparant moeten zijn wil een grote platenmaatschappij met redelijke zekerheid weten hoe een andere platenmaatschappij in werkelijkheid de nettoprijzen vaststelt, zowel op het niveau van de klanten als op het niveau van de albums”. Uit deze verklaring blijkt dat, hoewel in de beschikking enkel, zonder enige precisering, sprake is van voldoende transparantie, de Commissie kennelijk een zeer hoge mate van transparantie heeft geëist.
- 442 Zo ook stelt de Commissie met name dat het belang van de promotionele kortingen hieruit voortvloeit dat „de majors, om de nettoprijzen te kunnen coördineren, in staat moeten zijn om alle bestanddelen ervan te controleren, zowel de vrij transparante PPD’s als de verschillende kortingen op factuur”. De Commissie preciseert dienaangaande dat „enige kennis’ van de gewone kortingen eenvoudigweg niet volstaat indien de promotionele kortingen tot gevolg hebben dat de kortingen voor bepaalde klanten zo sterk in de tijd en van album tot album variëren (dat wil zeggen dat de nettoprijzen zo instabiel zijn) als is aangegeven in de punten 79, 86, 93, 100 en 107 [van de beschikking] en indien blijkt dat deze kortingen minder transparant zijn”.



443 Dienaangaande dient om te beginnen te worden opgemerkt dat, naast de vele andere in de punten 111 tot en met 113 van de beschikking genoemde factoren die de transparantie bevorderen (in het bijzonder de permanente contacten met een stabiel, beperkt en voor alle majors gemeenschappelijk cliënteel en de wekelijkse bekendmaking van de hitparades), nog het feit komt dat de Commissie zich in de beschikking op het standpunt heeft gesteld dat zowel de brutoprijzen als de gewone kortingen transparant zijn. Hoewel de Commissie in haar memories voor het Gerecht de transparantie van deze twee wezenlijke bestanddelen van de nettoprijzen heeft gerelativeerd, overigens in verschillende mate naar gelang van de argumenten waarop zij antwoordde, heeft zij in haar eindopmerkingen zelfs uitdrukkelijk verklaard dat zij had geconcludeerd dat „zowel de PPD's als de gewone kortingen erg transparant zijn”.

444 Verder kunnen de fluctuaties in de kortingen die aan de promotionele kortingen toe te schrijven zouden zijn, bezwaarlijk als „zo sterk” worden gekwalificeerd, aangezien in de beschikking sprake is van verschillen van twee tot vijf procentpunten voor het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Spanje, van één tot de drie procentpunten voor Italië en tot drie procentpunten voor Frankrijk voor de meeste van de belangrijkste klanten (of voor de belangrijkste gemeenschappelijke klanten). Bovendien kunnen de variaties in de kortingen, zoals verzoekster heeft gesteld en de Commissie heeft erkend (met name in punt 13 van haar aanvullende opmerkingen), worden verklaard door verschillen in het productassortiment, door verschillen in het succes, alsook door het soort klanten, zodat niet kan worden geconcludeerd dat de vrij geringe variaties daadwerkelijk aan de promotionele kortingen toe te schrijven zijn.

445 Wat in de tweede plaats de grieven van verzoekster betreft waarmee zij de relevantie van de kortingen betwist, dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat de Commissie, zoals verzoekster heeft opgemerkt, in de punten 77, 84, 91, 98 en 105 van de beschikking heeft vastgesteld dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de nettoverkoopprijzen en de brutoprijzen, gelet op de parallelle evolutie die de gemiddelde brutoprijzen en de gemiddelde reële nettoprijzen van Sony en BMG de laatste zes jaar hebben doorgemaakt. De Commissie heeft weliswaar in haar memories voor het Gerecht gesteld dat de gegevens betreffende de gemiddelde prijzen individuele variaties kunnen maskeren, maar heeft in punt 70 van de beschikking opgemerkt dat de gemiddelde prijzen een geschikt middel vormen om vast te stellen of de majors een parallel prijsbeleid voeren, en verder wordt in

punt 77 van de beschikking hoe dan ook vastgesteld dat de verhoudingen tussen netto- en brutoprijzen per album en in de tijd zeer stabiel zijn. Aangezien de gewone kortingen voor een bepaalde klant en een bepaald jaar worden vastgesteld, valt dus niet in te zien hoe de variabele promotionele kortingen de nettoprijzen van de betrokken albums kunnen beïnvloeden.

446 Ook de vaststellingen van de Commissie zelf roepen ernstige twijfels op over de relevantie van de kortingen in het algemeen. Zo had de Commissie in de punten 88 en 89 van de mededeling van de punten van bezwaar verklaard dat zij „na onderzoek van de gegevens had vastgesteld dat de kortingen de relatieve prijzen van de majors niet wijzigden”, en dat „er absoluut geen bewijs was dat de kortingen werden gebruikt om de prijzen fundamenteel te wijzigen”. De Commissie is weliswaar, zoals reeds gezegd, gerechtigd om haar, per definitie, voorlopige beoordeling in de mededeling van de punten van bezwaar te wijzigen, maar de beoordeling en de conclusies in de beschikking moeten niettemin verenigbaar zijn met de feitelijke vaststellingen die tijdens de administratieve procedure zijn verricht, tenzij de Commissie, minstens in de procedure voor de gemeenschapsrechter, aantoont dat deze onjuist waren. De verklaring dat er geen enkel bewijs was dat de kortingen de prijzen aanzienlijk beïnvloedden, is eerder een feitelijke vaststelling dan een beoordeling. In elk geval lijkt de Commissie op dit punt niet van mening te zijn veranderd, aangezien zij in punt 77 van de beschikking heeft verklaard dat „indien de majors aanzienlijk waren afgeweken van het overeengekomen prijsbeleid door kortingen te verlenen, deze afwijking tot uiting zou zijn gekomen in de gemiddelde nettoprijzen”.

447 In de derde plaats dient te worden vastgesteld dat de beschikking geen enkele informatie bevat waaruit de werkelijke invloed van de promotionele kortingen op de nettoprijzen van de betrokken albums blijkt. De enige opmerking dienaangaande staat in punt 150 van de beschikking en lijkt er veeleer op te wijzen dat deze invloed niet bestaat, aangezien in dit punt wordt verklaard dat „in alle kleine landen, zoals in de grotere landen, de gewone kortingen het belangrijkste zijn”. De Commissie heeft weliswaar ter terechtzitting gesuggereerd dat het om een typefout gaat, maar zij heeft niettemin zelf deze opmerking in haar verweerschrift overgenomen. Verder heeft de Commissie het zelfs niet nodig geacht de promotionele kortingen te vermelden in de mededeling van de punten van bezwaar, die is verzonden na een vijftien maanden durend onderzoek, in het kader waarvan zij zowel de majors als de

onafhankelijke producenten als de detailhandelaars met name had ondervraagd over het belang van de verschillende soorten kortingen, daaronder begrepen de promotionele kortingen (zie met name vragen 19 en 24 van de in bijlage E.4.1 genoemde vragenlijsten die op 20 januari 2004 aan de detailhandelaars en de concurrenten zijn toegezonden).

448 Op de vraag van het Gerecht welk percentage van de totale omzet van de 100, en de 20, best verkochte albums van elk van de vijf majors alle promotionele kortingen samen vertegenwoordigen (dat wil zeggen wat de gemiddelde promotionele korting voor deze albums is) en hoe groot de promotionele kortingen ten opzichte van de gewone kortingen voor deze albums zijn, heeft de Commissie geantwoord dat het onmogelijk was om dit te berekenen op basis van de in de stukken vervatte informatie.

449 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie heeft geconcludeerd dat de markt onvoldoende transparant is, ondanks de transparantie van de brutoprijzen en de gewone kortingen en de in de beschikking genoemde vele andere factoren die de transparantie bevorderen, op de loutere grond dat de promotionele kortingen minder transparant zouden zijn, zonder evenwel te hebben onderzocht of deze promotionele kortingen een voldoende belangrijk bestanddeel van de prijs van de betrokken albums vormen om een werkelijke invloed te hebben op de transparantie van de prijs van deze albums. Derhalve is de grief van verzoekster dat de beschikking berust op een kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie de relevantie van de promotionele kortingen niet heeft onderzocht of althans rechtens onvoldoende heeft aangetoond, gegrond.

450 Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door de verklaring van de Commissie dat zij op basis van andere tijdens de administratieve procedure verstrekte gegevens tot de conclusie is kunnen komen dat de promotionele kortingen een essentiële factor vormen in het kader van de vaststelling van de prijzen en de gemiddelde promotionele kortingen voor 2002 voor alle albums samen heeft kunnen berekenen. De elementen waarop dit argument berust zijn met name onvoldoende coherent, betrouwbaar en relevant, en kunnen de conclusies die eruit zijn getrokken, niet schragen.

451 In de eerste plaats blijkt uit het chronologische verloop van het onderzoek niet dat de Commissie de relevantie van de promotionele kortingen voor de beoordeling van de markttransparantie heeft onderzocht, laat staan dat zij dit onderzoek heeft verricht op basis van alle relevante en betrouwbare gegevens. Tot de hoorzitting van 14 en 15 juni 2004 had de Commissie op basis van alle gegevens die zij tijdens haar onderzoek had verzameld het, weliswaar voorlopige, standpunt ingenomen dat er vóór de concentratie een collectieve machtspositie bestond en, in het bijzonder, dat de markt en de kortingen transparant waren en dat de kortingen de prijscoördinatie niet in het gedrang konden brengen. In het licht van de antwoorden van zowel de majors als de concurrenten en de detailhandelaars op haar vragen over het belang van de verschillende kortingen, met name van de gewone en de promotionele kortingen, heeft zij het niet nodig geacht de promotionele kortingen in de mededeling van de punten van bezwaar te vermelden (zo blijkt althans uit de vertrouwelijke versie die aan het Gerecht is overgelegd). Uit de stukken blijkt niet, en de Commissie heeft ook niet gesteld, dat zij in dat stadium ook maar enig onderzoek naar de promotionele kortingen heeft verricht. Evenmin blijkt dat de Commissie in de korte periode tussen de hoorzitting van 14 en 15 juni 2004, aan het einde waarvan zij haar beoordeling heeft gewijzigd, en de verzending van de ontwerpbeschikking aan het raadgevend comité onderzoek heeft verricht naar de relevantie of de transparantie van de promotionele kortingen. De enige door de Commissie genoemde onderzoeksmaatregel die na de hoorzitting is verricht, bestaat in een aan de aanmeldende partijen gericht verzoek om informatie van 21 juni 2004, dat geen betrekking heeft op de relevantie van de promotionele kortingen, maar op de controles die de majors op de markt verrichten. Het representatieve karakter van de in antwoord op dit verzoek verstrekte monitoringrapporten die door de handelsvertegenwoordigers van Sony en BMW zijn opgesteld (bijlage B.15), kan overigens, zoals hierboven reeds is vastgesteld, op basis van de door verzoekster overgelegde vertrouwelijke stukken ernstig worden betwijfeld. Ten slotte heeft de Commissie zelf in haar eindopmerkingen gesteld dat het recht van de aanmeldende partijen om te worden gehoord de mogelijkheden om na de hoorzitting aanvullend onderzoek te verrichten beperkt en een brede raadpleging van de marktdeelnemers over de grieven uitsluit. Volgens de Commissie bestaan de onderzoeksmaatregelen die na de hoorzitting worden verricht voornamelijk in de raadpleging van de marktdeelnemers over de voorgestelde verbintenissen en houden zij geen verband met de bezwaren die tegen de aangemelde concentratie zijn aangevoerd.

452 In de tweede plaats heeft de Commissie weliswaar in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht verklaard dat zij op basis van de door de

aanmeldende partijen tijdens de administratieve procedure verstrekte gegevens de gemiddelde promotionele kortingen heeft kunnen berekenen, maar zij heeft ter terechtzitting toegegeven dat zij deze berekeningen niet zelf heeft verricht en zich door de economen van de partijen bij de concentratie heeft moeten laten uitleggen hoe deze de kortingen voor alle albums samen, maar niet voor de 20 of 100 best verkochte albums, hadden berekend, terwijl het onderzoek en de door de Commissie verzamelde gegevens slechts betrekking hadden op deze beperkte groep albums.

453 In de derde plaats heeft de Commissie weliswaar verklaard dat de berekeningen zijn verricht aan de hand van de gegevens die als basis hebben gediend voor bijlage B.12 bij het verweerschrift, maar deze bijlage bevat slechts gegevens betreffende BMG en niet betreffende Sony.

454 In de vierde plaats lijken de gegevens onvoldoende coherent, betrouwbaar en relevant te zijn.

455 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat de tabellen die de Commissie in antwoord op de vragen van het Gerecht heeft overgelegd, slechts betrekking hebben op het jaar 2002, zonder dat zelfs maar wordt uitgelegd waarom de aanmeldende partijen dit jaar hebben gekozen, terwijl de beschikking betrekking heeft op de prijzen en de kortingen van 1998 tot en met 2003. Verder wordt voor BMG het aandeel van de brutoverkopen weliswaar berekend voor de tien grootste klanten, maar betreft het slechts de vijf tot tien grootste klanten (naar gelang van het land), zonder dat dienaangaande enige uitleg wordt verstrekt. Verder stemmen de marges tussen de promotionele kortingen in de tabellen (die betrekking hebben op alle albums voor alle klanten) niet overeen met de marges in de tabellen van andere bijlagen (B.6/E.2) (die slechts betrekking hebben op de 20 best verkochte albums, beschouwd voor de tien beste klanten). Aangezien het aantal albums en klanten dat in de tabellen in aanmerking is genomen, veel groter is dan het in deze bijlagen genoemde aantal, zou de maximale promotionele korting in de tabellen [*vertrouwelijk*] gelijk of groter moeten zijn dan die welke voor hetzelfde jaar in de betrokken bijlagen wordt genoemd [*vertrouwelijk*]. Het totaalbedrag van de door elk van de twee aanmeldende partijen verleende kortingen op factuur en het verschil tussen de door elk van hen verleende kortingen wijken ook af van de in de

beschikking genoemde bedragen. De beschikking heeft weliswaar betrekking op de best verkochte albums van 2003 en niet, zoals de tabellen, op alle in 2002 verkochte albums, maar dit bevestigt alleen maar dat het resultaat kan verschillen naar gelang van de gekozen parameters en dat de Commissie het onderzoek in eigen handen dient te houden of althans dient na te gaan of de door de partijen bij de concentratie verstrekte gegevens relevant zijn.

456 Verder dient te worden vastgesteld dat de tabellen, voorzover zij betrekking hebben op de gemiddelde promotionele korting voor alle verkochte albums en niet voor de 100 of 20 best verkochte albums, irrelevant zijn, aangezien zij vooronderstellen wat zij juist dienen aan te tonen, namelijk dat de promotionele kortingen ook een belangrijke rol spelen voor de best verkochte albums of de nieuw uitgebrachte albums die in de hitparade staan (new hit releases) en dat zij niet voornamelijk, zoals verzoekster stelt, betrekking hebben op minder goed presterende albums. Het argument van de Commissie dat het, gelet op het feit dat de 100 best verkochte albums een belangrijk deel van de totale inkomsten uit de muziekverkoop genereren, verbazing zou wekken mocht het gemiddelde niveau van de promotionele kortingen, berekend voor alle verkochte albums, niet sterk weerspiegeld worden in de prijs van de 100 best verkochte albums, aangezien dat zou betekenen dat promotionele kortingen die een veelvoud bedragen van het algemene gemiddelde, op alle andere albums werden toegepast, kan niet worden aanvaard. Hoewel de beschikking geen enkele informatie dienaangaande bevat en de Commissie in haar memories nauwelijks enige toelichting heeft verstrekt, lijken de enige gegevens die hierover in de stukken te vinden zijn, erop te wijzen dat de promotionele kortingen daadwerkelijk hoog, of zelfs zeer hoog zijn. Zo heeft een van de majors in antwoord op de vragenlijst van de Commissie verklaard dat „dit type korting [...] een groot deel van de PPD [kon] uitmaken (bijvoorbeeld tot [vertrouwelijk])”. Zo ook zijn de door de aanmeldende partijen aan hun tien beste klanten verleende kortingen die worden genoemd in de door de Commissie overgelegde tabellen van bijlage E.2, die ramingen bevatten van de maximale promotionele kortingen, vaak zeer hoog, tot [vertrouwelijk]. Volgens de Commissie gaat het dan nog om voorzichtige ramingen, aangezien de cijfers op jaarbasis worden berekend, terwijl een promotionele korting gewoonlijk beperkt is in de tijd. Aangezien de promotionele kortingen, zelfs volgens de door de Commissie overgelegde tabel, gemiddeld slechts een gering percentage van de verkoopprijs [vertrouwelijk] van alle verkochte albums samen vertegenwoordigen, kunnen zij slechts van toepassing zijn op een vrij gering aantal albums. Ten slotte lijken de enige door de Commissie overgelegde verklaringen van de majors, zoals hierboven reeds is vastgesteld, erop te wijzen dat de promotionele kortingen van toepassing zijn op specifieke gevallen (artiest op tournee, bepaalde seizoensvoorwaarden, oude albums die niet meer zeer goed verkopen). In deze omstandigheden kan er niet van worden uitgegaan dat de gemiddelde percentages van de voor

alle albums verleende promotionele kortingen representatief zijn voor de voor de 100 best verkochte albums verleende promotionele kortingen, en nog minder voor de nieuwe „hit releases”. Bovendien heeft de Commissie zich in de punten 87 en 90 van de mededeling van de punten van bezwaar op het standpunt gesteld dat de prijslijsten voor de nieuw uitgebrachte albums werden gebruikt om het prijsbeleid te coördineren en te controleren en dat zij geen bewijs had gevonden dat de kortingen werden gebruikt om de gemiddelde nettoprijzen van nieuw uitgebrachte hits fundamenteel te wijzigen.

457 En ook al zouden de tabellen correct en representatief zijn, dient in de vijfde plaats te worden vastgesteld dat de promotionele kortingen voor BMG in drie van de vijf grote landen — [vertrouwelijk] % in land B, [vertrouwelijk] % in land C en [vertrouwelijk] % in land D — en voor Sony in twee van de vijf grote landen — [vertrouwelijk] % in land C en [vertrouwelijk] % in land D — slechts een zeer klein deel van de brutoverkoopprijs van de albums vormen. Bovendien tonen de tabellen, anders dan de Commissie stelt, niet aan dat de gemiddelde promotionele kortingen van de twee aanmeldende partijen in de meeste landen zeer sterk verschillen, aangezien het verschil tussen de door Sony en BMG toegepaste promotionele kortingen in drie van de vijf landen kleiner is dan [vertrouwelijk] %. Volgens de beschikking vormt elk land een markt en een concentratie die een collectieve machtspositie in het leven roept of versterkt waardoor een daadwerkelijke mededinging op slechts één van de betrokken markten aanzienlijk wijze wordt belemmerd, dient onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te worden verklaard. In deze omstandigheden had de Commissie, zelfs in de veronderstelling dat de promotionele kortingen minder transparant zijn, tenzij zij volledige transparantie eist, in de beschikking minstens moeten uitleggen hoe deze kortingen, ondanks hun minimale reële weerslag op de prijzen en de vele in de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken, de vereiste markttransparantie die voldoende groot is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, konden tenietdoen.

458 Hoe dan ook kunnen noch verklaringen die tijdens de contentieuze procedure voor het Gerecht worden verstrekt, noch a fortiori verificaties betreffende een wezenlijk onderdeel van de beschikking een gebrek aan onderzoek ten tijde van de vaststelling van de beschikking compenseren en de kennelijke beoordelingsfout waarop de

beschikking hierdoor berust, wegnemen, zelfs niet indien deze fout geen enkele invloed heeft gehad op het resultaat van de beoordeling (zie naar analogie arrest Hof van 22 januari 2004, Mattila/Raad en Commissie, C-353/01 P, Jurispr. blz. I-1073, punten 31 en 37).

### c) Conclusie inzake de transparantie

<sup>459</sup> Uit het voorgaande volgt dat de in de beschikking verrichte vaststellingen met betrekking tot de markttransparantie rechtens onvoldoende zijn gemotiveerd en berusten op een kennelijke beoordelingsfout voorzover zij niet gebaseerd zijn op een onderzoek van alle relevante gegevens die in aanmerking dienden te worden genomen en de conclusie dat de markt onvoldoende transparant is om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, niet kunnen schragen.

## 5. Homogeniteit

<sup>460</sup> Wat het criterium van de producthomogeniteit betreft, dient erop te worden gewezen dat de Commissie in punt 157 van de beschikking heeft geconcludeerd dat er geen collectieve machtspositie bestaat en daarbij niet alleen heeft verwezen naar het gebrek aan transparantie en het ontbreken van bewijzen dat in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn toegepast, maar ook naar de gedeeltelijk heterogene kenmerken van het product. In punt 110 van de beschikking, waarin de homogeniteit van het product wordt onderzocht, heeft de Commissie evenwel opgemerkt dat het formaat van muziek-cd's homogeen is en dat, ondanks de heterogeniteit van de inhoud, de prijsbepaling en de verhandeling van de albums op de groothandelsmarkt vrij gestandaardiseerd leken en, ten slotte, dat de majors voor de kortingen en de overeengekomen terugnameprijzen gewoonlijk geen onderscheid maakten naar muziekgenre of type album. In tegenspraak hiermee — zo lijkt het althans — heeft zij zonder enige toelichting hieraan toegevoegd dat de prijsbepaling



vanzelfsprekend ook afhangt van het succes van het album en dat de promotionele kortingen verschilden op het niveau van de individuele albums. Uit dit alles heeft zij afgeleid dat de heterogeniteit van de inhoud en de bovengenoemde invloed hiervan op de prijs de transparantie verminderden.

461 De Commissie was bijgevolg van mening dat de vastgestelde heterogene aspecten slechts invloed hadden op de promotionele kortingen. Zoals hierboven is uiteengezet, kunnen de in de beschikking genoemde elementen en de door de Commissie in haar memories aangevoerde argumenten evenwel op zich niet aantonen dat de markt onvoldoende transparant was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken. De overigens tegenstrijdige vaststellingen over de heterogene aspecten van het product kunnen dus op zich niet leiden tot de conclusie dat er geen collectieve machtspositie op de markt bestond.

462 Verder verleent het feit dat het product heterogeen is, althans wat de inhoud ervan betreft, en dat aldus kan worden verwacht dat de prijs ervan van album tot album varieert, bijzonder gewicht aan de vaststelling die de Commissie zelf in de punten 76 en 77 heeft verricht met betrekking tot de markt van het Verenigd Koninkrijk (en in de overeenkomstige punten met betrekking tot de overige markten), namelijk dat de catalogusprijzen van de best verkochte albums veeleer op elkaar lijken te zijn afgestemd en dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de nettoverkoopprijzen en de brutoprijzen.

## 6. Vergeldingsmaatregelen

463 In de punten 114 tot en met 118 van de beschikking heeft de Commissie onderzocht of de majors in het verleden „vergeldingsmaatregelen” tegen een van hen hadden genomen, en geconcludeerd dat zij „geen enkel bewijs [had] gevonden dat de weigering van een major om zich aan de onderlinge afspraken te houden bij wijze

van vergeldingsmaatregel had geleid tot de uitsluiting van gezamenlijke ondernemingen die verzamelalbums uitbrengen of tot een (tijdelijke) terugkeer tot een daadwerkelijke mededinging”, en zelfs geen „spoor van enige dreiging in die zin” had gevonden.

- 464 Verzoekster stelt dat deze vaststelling niet is gemotiveerd, berust op een kennelijke beoordelingsfout en blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De grieven die in het kader van deze drie onderdelen worden ontwikkeld, overlappen elkaar en bevatten in wezen kritiek op het feit dat de Commissie bij haar onderzoek is uitgegaan van de vaststelling dat in het verleden geen vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, terwijl zij enkel hoefde na te gaan of er doeltreffende afschrikmiddelen bestaan.
- 465 Volgens de rechtspraak (arrest *Airtours/Commissie*, aangehaald in punt 45, punt 62) is een collectieve machtspositie slechts levensvatbaar wanneer er voldoende afschrikkende factoren zijn om een duurzame stimulans te creëren om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, wat betekent dat elk lid van de oligopolide machtspositie moet beseffen dat, wanneer hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten, anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren (zie in die zin arrest *Gencor/Commissie*, aangehaald in punt 246, punt 276).
- 466 Het loutere bestaan van doeltreffende afschrikmiddelen volstaat in beginsel, aangezien er geen reden is om een sanctie op te leggen indien de leden van het oligopolie zich houden aan het gemeenschappelijke beleid. Bovendien is het doeltreffendste afschrikmiddel, zoals verzoekster stelt, het middel dat niet hoeft te worden toegepast.
- 467 Verder heeft de Commissie in de punten 128 tot en met 132 van de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk vastgesteld dat de uitsluiting van gezamenlijke ondernemingen die verzamelalbums uitbrengen, een bijzonder doeltreffend afschrikmiddel vormt. Anders dan de Commissie in haar memories heeft gesteld,

bevestigt de beschikking deze analyse, ook al erkent zij dit niet met zoveel woorden. Na in de punten 115 en 116 van de beschikking te hebben gewezen op het economische belang van verzamelalbums die verschillende artiesten of labels verenigen en die bij benadering 15 tot 20 % van de totale markt voor muziekopnames vertegenwoordigen en op het feit dat de combinatie van artiesten van verschillende maatschappijen op één album een sleutelelement in het succes van een verzamelalbum lijkt te zijn, zet de Commissie immers in punt 117 van de beschikking uiteen dat „[i]dien een van de majors voortdurend afwijkend gedrag vertoont, [...] de andere majors de betrokkene [...] van nieuwe samenwerkingsovereenkomsten kunnen uitsluiten, of [kunnen] weigeren hem een licentie te verlenen voor het gebruik van hun nummers in een verzamelalbum, of zelfs bepaalde bestaande samenwerkingsovereenkomsten [kunnen] beëindigen”. Ten slotte wordt in punt 118 van de beschikking verklaard dat de Commissie evenwel geen aanwijzingen heeft gevonden dat andere majors in het verleden waren uitgesloten van een gezamenlijke onderneming die verzamelalbums uitbracht, noch dat enige dreiging in die zin was geuit, en tegelijkertijd gepreciseerd dat „deze maatregelen algemeen beschouwd geloofwaardige vergeldingsmiddelen op de markt voor muziekopnames zouden kunnen vormen”.

468 Aangezien dit middel evenwel betrekking heeft op de vaststelling van het bestaan, en niet van de totstandkoming, van een collectieve machtspositie, zou ervan kunnen worden uitgegaan dat het criterium betreffende de vergeldingsmiddelen niet, zoals in de zaak arrest *Airtours/Commissie* (zie hierboven, punt 45), inhoudt dat louter moet worden nagegaan of er vergeldingsmechanismen bestaan, maar dat wordt onderzocht of er in bepaalde gevallen van de gemeenschappelijke gedragslijn is afgeweken zonder dat hiertegen vergeldingsmaatregelen zijn getroffen. Hoewel in de beschikking niet wordt aangegeven dat het bestaan van een collectieve machtspositie volgens een ander criterium dient te worden vastgesteld en de Commissie dit ook niet in haar memories heeft gesteld, zal het Gerecht niettemin onderzoeken of de in de beschikking verrichte vaststellingen aan dit criterium voldoen.

469 Het feit dat geen vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, betekent slechts dat niet aan het criterium betreffende de vergeldingsmiddelen is voldaan indien twee cumulatieve voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet het bewijs worden geleverd dat van de gemeenschappelijke gedragslijn is afgeweken; zonder dit bewijs is er geen enkele reden om na te gaan of er vergeldingsmaatregelen zijn getroffen. Ten tweede dient

het daadwerkelijke bewijs te worden geleverd dat geen vergeldingsmaatregelen zijn getroffen. Voor geen van deze twee punten is evenwel in de beschikking het nodige bewijs aangevoerd.

- 470 In de eerste plaats heeft de Commissie noch in de punten van de beschikking die specifiek betrekking hebben op de vergeldingsmiddelen, noch zelfs in de rest van de beschikking duidelijk gewezen op enige schending van het gemeenschappelijke prijsbeleid. In haar verweerschrift heeft de Commissie weliswaar twee gevallen aangehaald waarin er volgens de beschikking van de gemeenschappelijke gedragslijn was afgeweken (in het Verenigd Koninkrijk in 2000 en 2001, punt 74, en in Duitsland, waar een van de majors trager evolueerde, punt 88), maar uit de beschikking blijkt niet dat deze gevallen als schendingen van het gemeenschappelijke beleid werden opgevat, maar enkel dat zij werden beschouwd als een teken dat de prijzen niet op elk moment gelijk evolueerden.
- 471 In de tweede plaats moet hoe dan ook worden vastgesteld dat de Commissie, toen haar ter terechtzitting door het Gerecht werd gevraagd welke onderzoeksmaatregelen zij had genomen om tot de conclusie te komen dat zij geen bewijs had gevonden dat er in het verleden vergeldingsmaatregelen waren getroffen, en zelfs niet dat er bedreigingen in die zin waren geuit, geen enkele maatregel kon noemen die zij daartoe had genomen. Aangezien het onderzoek van de Commissie in het stadium van de mededeling van de punten van bezwaar was toegespitst op de vraag of er geloofwaardige vergeldingsmechanismen bestonden en niet of er daadwerkelijk vergeldingsmaatregelen waren getroffen, en de Commissie pas na de hoorzitting haar beoordeling van de concentratie heeft gewijzigd, valt bovendien moeilijk in te zien wanneer en hoe de Commissie daadwerkelijk kan hebben gezocht naar bewijzen dat er vergeldingsmaatregelen zijn getroffen. Overigens blijkt uit de stukken dat de Commissie na de hoorzitting geen marktonderzoek heeft verricht. De enige onderzoeksmaatregel die zij nog zou hebben kunnen verrichten, zou dus hebben kunnen bestaan in het verzenden van een vraag aan de aanmeldende partijen, waarvan zij geen enkel bewijs aan het Gerecht heeft overgelegd, en het is vanzelfsprekend onwaarschijnlijk dat deze partijen de Commissie bewijzen zouden verschaffen van het feit dat zij vergeldingsmaatregelen hebben genomen.
- 472 Ten slotte dient het argument van de Commissie te worden verworpen dat „[d]uidelijke bewijzen dat de andere majors als reactie op een ‚afwijking‘ van het gebruikelijke niveau van de gemiddelde nettoprijzen of de gemiddelde kortingen op

factuur [...] vergeldingsmaatregelen hebben getroffen, een (zij het vanzelfsprekend niet doorslaggevende) aanwijzing van het bestaan van coördinatie [hadden] kunnen vormen”. Deze stelling is immers in tegenspraak met de beschikking, volgens welke „elke aanwijzing dat er vergeldingsmaatregelen zijn getroffen zou [...] kunnen worden gezien als een teken van het bestaan van een collectieve machtspositie op deze markten” (punt 114 van de beschikking) en „zij [...] dus in casu geen aanwijzingen heeft gevonden dat in het verleden dergelijke middelen zijn gebruikt of dat daarmee bedreigd is, wat het bewijs zou hebben gevormd van het bestaan van een collectieve machtspositie”. Verder komt het betoog van de Commissie erop neer dat zij het criterium betreffende de vergeldingsmaatregelen niet op passende wijze heeft onderzocht, aangezien zelfs „duidelijke bewijzen dat [...] vergeldingsmaatregelen [zijn] getroffen” slechts een „vanzelfsprekend niet doorslaggevende” aanwijzing hadden kunnen vormen.

473 Uit het voorgaande volgt dat de grief van verzoekster dat het standpunt dat de Commissie in de beschikking met betrekking tot de vergeldingsmaatregelen heeft ingenomen, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en berust op een kennelijke beoordelingsfout, gegrond is.

474 Aangezien dit standpunt, zoals met name uit punt 157 van de beschikking blijkt, een van de hoekstenen vormt waarop de beschikking berust, dient deze laatste nietig te worden verklaard.

## 7. Conclusie betreffende het eerste middel

475 Uit het voorgaande volgt dat de stelling dat de markten voor muziekopnames onvoldoende transparant zijn om een collectieve machtspositie mogelijk te maken, rechtens ontoereikend gemotiveerd is en berust op een kennelijke beoordelingsfout, aangezien zij gebaseerd is op onvolledige gegevens die niet alle relevante factoren omvatten die door de Commissie in aanmerking hadden moeten worden genomen,

en de conclusies die daaruit zijn getrokken, niet kunnen schragen. Aangezien deze stelling, zoals zowel uit de beschikking, in het bijzonder punt 157 ervan, als uit de mondelinge behandeling voor het Gerecht blijkt, een belangrijke grond vormt voor de door de Commissie in de beschikking verrichte vaststelling dat er geen collectieve machtspositie bestaat, dient de beschikking alleen reeds op deze grond nietig te worden verklaard.

476 Aangezien ook de analyse betreffende de vergeldingsmiddelen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting of althans berust op een kennelijke beoordelingsfout en deze analyse de andere belangrijke grond vormt op basis waarvan de Commissie in de beschikking heeft geconcludeerd dat er geen collectieve machtspositie bestaat, rechtvaardigt dit gebrek eveneens de nietigverklaring van de beschikking.

477 Ten slotte dient, voorzover nodig, te worden vastgesteld dat, zoals uitdrukkelijk of impliciet uit al het bovenstaande blijkt, geen van de door de interveniënten aangevoerde argumenten deze conclusies kunnen weerleggen en dat verschillende ervan zelfs uitdrukkelijk door de beschikking worden tegengesproken.

478 Wat in de eerste plaats de voorafgaande opmerkingen van de interveniënten betreft, dient te worden vastgesteld dat zij reeds zijn verworpen of irrelevant zijn. Zo toont de omstandigheid dat de Commissie een buitengewoon grondig onderzoek heeft verricht op zich niet aan dat de Commissie daadwerkelijk alle relevante gegevens heeft verzameld en geanalyseerd en correct heeft beoordeeld. De interveniënten stellen dat zij reeds bij de aanmelding zeer degelijke informatie en een grondige uitleg hebben verstrekt over de muziekindustrie in Europa. Uit de stukken blijkt evenwel dat de Commissie op basis van deze informatie en andere gegevens die zij gedurende het ongeveer vijf maanden durende onderzoek op de markt heeft verzameld, in de mededeling van de punten van bezwaar tot de conclusie was gekomen dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, en dat zij pas nadat de partijen en hun economen tijdens de hoorzitting van 14 en 15 juni 2004 hun argumenten hadden uiteengezet, haar beoordeling heeft gewijzigd en, twee weken later, aan het raadgevend comité een ontwerpbeschikking heeft

gezonden waarin de concentratie werd goedgekeurd. Verder is het feit dat mededingingsautoriteiten in de hele wereld de concentratie hebben goedgekeurd, irrelevant. Ten slotte dient ook het argument dat de concentratie een mededingingsbevorderend antwoord vormt op de terugval in de muziekindustrie, en in het bijzonder op de daling van de verkoopprijzen van cd's, te worden verworpen. Niet alleen berust de beschikking niet, zoals gesteld, op een afweging van de voordelen en de nadelen van de concentratie, maar bovendien zijn de argumenten van de interveniënten in verband met de evolutie van de vraag uitdrukkelijk verworpen in de punten 55 tot en met 59 van de beschikking.

479 Wat in de tweede plaats het betoog van de interveniënten betreft dat de grieven van verzoekster betreffende de promotionele kortingen, de onderlinge afstemming van de prijzen en de transparantie ongegrond zijn, kan worden volstaan met de vaststelling dat hun argumenten overeenstemmen met die van de Commissie en hierboven reeds verworpen zijn of dat zij niet in aanmerking kunnen worden genomen omdat zij uitdrukkelijk door de vaststellingen in de beschikking worden tegengesproken. Zo zijn de argumenten dat de prijzen niet op elkaar waren afgestemd en dat een groot deel van de 100 meest succesvolle albums wordt verkocht zonder toepassing van de in de beschikking vastgestelde PPD's, uitdrukkelijk in de beschikking verworpen. Het argument dat de beschikking de kracht van het onderliggende bewijsmateriaal waaruit blijkt dat er onvoldoende transparantie is, te zwak weergeeft, is eveneens irrelevant. Het Gerecht dient zich immers niet uit te spreken over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, maar de wettigheid te controleren van de in de beschikking verrichte vaststellingen. Bovendien dient andermaal te worden vastgesteld dat de stelling van de interveniënten, dat de PPD's noch bekend noch toegankelijk zijn of dat de gewone kortingen onvoldoende transparant zijn, uitdrukkelijk door de vaststellingen in de beschikking wordt tegengesproken.

480 Wat ten slotte in de derde plaats de argumenten betreffende verschillende niet in de beschikking genoemde punten betreft, kan worden volstaan met de vaststelling dat zij volkomen irrelevant zijn, aangezien het onderzoek van het Gerecht beperkt is tot het controleren van de wettigheid van de beschikking.

481 Het Gerecht zal evenwel ten overvloede het tweede middel onderzoeken.

III — *Tweede middel: totstandkoming van een collectieve machtspositie op de markten voor muziekopnames*

A — *Argumenten van verzoekster*

482 Verzoekster merkt op dat de Commissie de vraag of de concentratie een collectieve machtspositie in het leven zou roepen, op minder dan één bladzijde heeft onderzocht. De Commissie heeft weliswaar gesteld dat de vermindering van het aantal actoren op bepaalde oligopolistische markten zou kunnen leiden tot de totstandkoming van een collectieve machtspositie voor de resterende ondernemingen en dat dit voornamelijk zou afhangen van de kenmerken van de markt, maar zij heeft deze bepalende kenmerken niet genoemd. Zij heeft enkel verwezen naar haar analyse betreffende het bestaan van een collectieve machtspositie vóór de concentratie en heeft in punt 157 van de beschikking geconcludeerd dat zij „onvoldoende bewijs [heeft] gevonden dat de vermindering van het aantal platenmaatschappijen van vijf tot vier een voldoende belangrijke wijziging vormde om naar alle waarschijnlijkheid te leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie”, in het bijzonder wat de transparantie en de vergeldingsmaatregelen betreft.

1. Onjuiste rechtsopvatting

483 Volgens verzoekster heeft de Commissie bij de beoordeling van de vraag of er een collectieve machtspositie in het leven zou worden geroepen, op vier punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.



## a) Geen prospectieve analyse

484 De Commissie heeft bij de toepassing van de regels inzake collectieve machtsposities blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen prospectieve analyse te verrichten teneinde vast te stellen of de concentratie zou leiden tot de totstandkoming van een collectieve machtspositie. De vraag of een concentratie al dan niet leidt tot het ontstaan van een dergelijke machtspositie, dient evenwel op een geheel andere wijze te worden onderzocht dan de vraag of een dergelijke positie daadwerkelijk bestaat. Deze laatste vraag vereist een ex post-analyse, terwijl eerstgenoemde vraag een ex ante-analyse vereist, waarbij dient te worden uitgegaan van het mededingingsniveau op de markt vóór de concentratie.

485 Uit het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest Airtours/Commissie blijkt dat bij de prospectieve analyse niet alleen rekening moet worden gehouden met de machtspositie op het ogenblik dat de concentratie plaatsvindt, maar deze positie ook dynamisch moet worden beoordeeld, met name rekening houdend met „de interne coherentie en de stabiliteit ervan en het feit of de eventueel daardoor ontstane, de mededinging beperkende parallelle gedragingen lange tijd kunnen worden volgehouden”. Uit punt 157 van de beschikking blijkt evenwel dat de Commissie, in plaats van een afzonderlijke prospectieve analyse te verrichten, zoals vereist, haar vaststellingen heeft verricht op basis van dezelfde bewijzen — ex post — als die op basis waarvan zij tot de conclusie was gekomen dat er vóór de concentratie geen collectieve machtspositie bestond.

486 De ex post-analyse is evenwel niet sluitend. De Commissie heeft weliswaar vastgesteld dat „de markten voor muziekopnames bepaalde kenmerken vertonen die het bestaan van een collectieve machtspositie bevorderen” (punt 157 van de beschikking), maar heeft daarnaast enkel gesteld dat zij onvoldoende bewijs heeft

gevonden dat er reeds aan collectieve machtspositie bestond, zodat elke wijziging van de factoren die de kans vergrootten dat stilzwijgende afspraken zouden worden gemaakt, met grote omzichtigheid diende te worden onderzocht. Het enige door de Commissie onderzochte bewijs bestaat in een rapport over wat er in het verleden is gebeurd, waarmee de Commissie stilzwijgend toegeeft dat zij geen prospectieve analyse heeft verricht.

#### b) Transparantie

<sup>487</sup> Verzoekster stelt dat de Commissie bij de beoordeling van de vraag of er een collectieve machtspositie in het leven zou worden geroepen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, en dit om dezelfde redenen als uiteengezet in het kader van het eerste middel, door een totale markttransparantie te eisen, terwijl volgens het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie* enkel hoeft te worden nagegaan of de markt voldoende transparant is om een gecoördineerd gedrag mogelijk te maken.

#### c) Afschrikmiddelen

<sup>488</sup> Verzoekster verwijt de Commissie dat zij geen prospectieve analyse heeft verricht om na te gaan of er afschrikmiddelen bestaan, maar op grond van de conclusies waartoe zij was gekomen bij het onderzoek of er sprake was van een versterking van een vooraf bestaande collectieve machtspositie — door zich ten onrechte te baseren op het feit dat er geen bewijs was dat er in het verleden vergeldingsmaatregelen waren getroffen — elk argument heeft verworpen dat de vermindering van vijf tot vier majors het gebruik van vergeldingsmaatregelen op de markt zou vergemakkelijken.

489 In het kader van de prospectieve analyse die zij had moeten verrichten, had de vaststelling dat er maatregelen bestonden die geloofwaardige vergeldingsmiddelen voor de majors konden vormen (punt 118 van de beschikking) als een voldoende bewijs moeten worden opgevat, in het bijzonder omdat het aantal majors zou worden beperkt tot vier.

#### d) Tegenwicht

490 Verzoekster stelt dat de Commissie blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de beoordeling of er sprake was van een collectieve machtspositie helemaal niet te onderzoeken of was voldaan aan de derde voorwaarde van het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest *Airtours/Commissie*, namelijk dat de klanten of de concurrenten door hun acties de resultaten van elk door de majors vastgesteld gemeenschappelijk beleid in gevaar kunnen brengen.

## 2. Schending van de motiveringsplicht

491 Volgens verzoekster vereist de prospectieve analyse die de Commissie dient te verrichten om na te gaan of een collectieve machtspositie zou kunnen ontstaan, een grondig onderzoek van de omstandigheden die het effect van een concentratie op de markt bepalen. De Commissie heeft evenwel in de mededeling van de punten van bezwaar niet eens onderzocht of er een collectieve machtspositie zou kunnen ontstaan, en de analyse die zij in de beschikking heeft verricht, is prospectief noch gedetailleerd. De Commissie heeft uit het feit dat zij niet heeft vastgesteld dat een collectieve machtspositie bestaat, afgeleid dat er onvoldoende bewijs is dat er in de toekomst een dergelijke machtspositie tot stand zal komen.

492 Verzoekster stelt dat de Commissie, indien zij de vereiste prospectieve analyse had verricht, de volgende vragen had moeten onderzoeken:

- in hoeverre de vermindering van het aantal majors tot gevolg zou hebben:
  - dat de onderlinge afhankelijkheid tussen de majors zou toenemen door de vermindering van het aantal actoren van vijf tot vier;
  - dat de markt die naar alle maatstaven vóór de concentratie geconcentreerd was, erna nog veel geconcentreerder zou worden;
  - dat de coördinatie tussen de majors nog gemakkelijker te controleren en te handhaven zou zijn en dat de prijstransparantie eveneens nog groter zou worden door de symmetrie, die de controle zou vergemakkelijken, ook op de zeer belangrijke markt van de hitparades;
  - dat het gemakkelijker zou worden om een richtpunt te vinden en op één lijn te blijven over wat in het gemeenschappelijke belang van de majors is, omdat hun aantal beperkt zou zijn;
  - dat het evenwicht tussen de voordelen die de majors op lange termijn kunnen behalen door zich te houden aan de afspraken en de voordelen die zij op korte termijn kunnen behalen door lagere prijzen te hanteren dan de concurrenten, zou verschuiven doordat er minder ondernemingen op de markt zouden overblijven;

- in hoeverre de symmetrie op de markt zou toenemen, aangezien Sony BMG in termen van omvang en marktaandeel vergelijkbaar zou zijn met Universal, en op de hielen zou worden gevolgd door de twee andere majors EMI en Time Warner, die eveneens over symmetrische marktaandelen beschikken. Dit punt is belangrijk, omdat symmetrie op het gebied van de omvang en de marktaandelen het gemakkelijker maakt de stilzwijgende afspraken te handhaven. Sony BMG en Universal zouden een gezamenlijk aandeel van 50 % van de wereldmarkt voor muziekopnames bezitten en dit deel zou eerder 60 tot 70 % bedragen voor de zeer belangrijke markt van de hitparades, waarvan de Commissie het belang niet heeft onderzocht. Dit marktsegment is niet alleen van belang voor de huidige mededinging, maar ook als indicator voor marktmacht op lange termijn, aangezien nieuw uitgebrachte albums deel zullen uitmaken van de titelcatalogus;
- in hoeverre de symmetrie zou toenemen en de mededinging zou worden beperkt doordat twee majors die de laatste jaren verschillende resultaten behaalden, voortaan nog maar één major zouden vormen;
- in hoeverre de beschikbare afschrikmiddelen doeltreffender zouden worden;
- in hoeverre de onafhankelijke maatschappijen nog afhankelijker van de majors zouden worden, met name omdat het aantal onmisbare handelspartners voor hen met 20 % zou worden beperkt;
- in hoeverre elk concurrentieel tegenwicht tegenover de majors zou worden verzwakt.

<sup>493</sup> De Commissie heeft geen van deze vragen in detail onderzocht, zodat haar vaststelling dat er geen collectieve machtspositie in het leven zou worden geroepen (punt 158 van de bestreden beschikking) door geen enkele redenering wordt ondersteund of op een kennelijke onjuiste redenering berust.

### 3. Kennelijke beoordelingsfout

- <sup>494</sup> Het verzuim om een prospectieve analyse te verrichten vormt volgens verzoekster ook een beoordelingsfout. De Commissie heeft zich gebaseerd op vroegere bewijzen betreffende de vooraf bestaande collectieve machtspositie, zonder de invloed van de wijzigingen die uit de concentratie zouden voortvloeien, in detail te onderzoeken. Bovendien zijn deze zogenaamde bewijzen reeds op zich gebrekkig, en dit om de in het kader van het eerste middel uiteengezette redenen.
- <sup>495</sup> De Commissie merkt weliswaar kort op dat de transparantie zal toenemen, doch verstrekt geen gedetailleerde aanwijzingen over de mate waarin dit zal gebeuren of de gevolgen die hieruit zullen voortvloeien, maar stelt enkel dat er onvoldoende bewijzen zijn. De Commissie had bovendien moeten onderzoeken in welke mate de vermindering van het aantal actoren op de markt stilzwijgende afspraken zou vergemakkelijken en aantrekkelijker zou maken, aangezien de winsten door een kleiner aantal ondernemingen zouden worden gedeeld. De Commissie geeft niet aan welke bewijzen zijn verzameld, waarom zij onvoldoende zijn en welke bewijzen dan wel vereist zouden zijn.
- <sup>496</sup> Wat de vergeldingsmaatregelen betreft, berust de analyse op oude bewijzen betreffende een periode waarin er volgens de Commissie geen collectieve machtspositie bestond. De Commissie heeft niet onderzocht of er na de concentratie vergeldingsmaatregelen zouden kunnen worden toegepast.
- <sup>497</sup> Verzoekster merkt op dat de Commissie bijna had vastgesteld dat er vóór de concentratie een collectieve machtspositie bestond, maar dat zij ten onrechte de bewijzen ontoereikend heeft geacht. Het feit dat zij dezelfde conclusie heeft bereikt met betrekking tot de markt na de concentratie, die transparanter is geworden, wijst op een kennelijke beoordelingsfout.

498 Ten slotte stelt verzoekster dat de conclusie van de Commissie grote verbazing wekt, gelet op het feit dat zij vier jaar eerder had vastgesteld dat de fusie tussen EMI en Time Warner een collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames zou doen ontstaan (punt 57 van de mededeling van de punten van bezwaar in die zaak, opgenomen in bijlage A.13).

## B — *Argumenten van de Commissie*

### 1. Onjuiste rechtsopvatting

#### a) Geen prospectieve analyse

499 De Commissie stelt dat de grief van verzoekster dat zij geen prospectieve analyse heeft verricht en zich op dezelfde bewijzen uit het verleden heeft gebaseerd als in haar onderzoek naar het voorafgaande bestaan van een collectieve machtspositie, terwijl de criteria voor beide onderzoeken grondig verschillen, ongegrond is. Zij maakt om te beginnen twee principiële opmerkingen.

500 Ten eerste moeten concentratiebeschikkingen steeds berusten op een prospectieve analyse, aangezien het antwoord op de vraag of een concentratie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt afhangt van de veranderingen die de nog niet verrichte operatie in de markt zou kunnen teweegbrengen (arrest Kali & Salz, aangehaald in punt 245, punten 109-111). De prospectieve analyse dient dus steeds te berusten op een duidelijk beeld van de mededingingsvoorwaarden vóór de concentratie. De reeds verzamelde en beoordeelde bewijselementen met betrekking tot de huidige marktsituatie (die bezwaarlijk als bewijzen uit het verleden kunnen worden aangemerkt) blijven relevant als vertrekpunt voor het onderzoek.

501 Ten tweede dienen bij de beoordeling van de vraag of er op een bepaald tijdstip een collectieve machtspositie bestaat, dezelfde vier voorwaarden in aanmerking te worden genomen als bij de beoordeling van de vraag of een dergelijke machtspositie in het leven kan worden geroepen: aanwijzingen van stilzwijgende coördinatie, voldoende transparantie, risico van vergeldingsmaatregelen, tegenwicht van concurrenten en klanten (arrest Gerecht van 26 januari 2005, Piau/Commissie, T-193/02, Jurispr. blz. II-209, punt 111). Wanneer zoals in casu reeds is vastgesteld dat de huidige situatie niet voldoet aan een of meer van deze voorwaarden, zal de prospectieve analyse zich noodzakelijkerwijs concentreren op de vraag of dan wel hoe de concentratie in een afzienbare toekomst ertoe zou kunnen leiden dat hier wel aan is voldaan.

502 Aangezien de conclusie dat er onvoldoende bewijs was van het bestaan van een collectieve machtspositie voornamelijk gebaseerd was op het feit dat niet was voldaan aan de voorwaarde van voldoende transparantie, was de Commissie vooral geïnteresseerd in het effect van de concentratie op deze parameter. De concentratie zou weliswaar automatisch leiden tot een vermindering van het aantal bilaterale verhoudingen van tien tot zes, wat in beginsel het toezicht zou vergemakkelijken, maar deze in wezen wiskundige vaststelling is niet doorslaggevend, vooral omdat de transparantie niet wordt belemmerd door het aantal te controleren majors, maar door de complexiteit van de individuele beslissingen van elke platenmaatschappij waarbij de nettoprijzen van individuele albums, met een heterogene inhoud en een variabel commercieel succes, voor individuele klanten worden vastgesteld op basis van een combinatie van PPD's, gewone kortingen en promotionele kortingen. Wat de kortingen op factuur betreft, zal de weinige beschikbare informatie (die voornamelijk betrekking heeft op de gewone kortingen) in elk geval eerder van de klanten worden verkregen dan van de andere majors, en de concentratie zal geen verandering brengen in de relaties tussen de resterende majors en het cliënteel, die door deze operatie niet zullen worden gewijzigd. Daarom heeft de Commissie — op basis van een prospectieve analyse — geconcludeerd dat er onvoldoende bewijs was dat de wijziging van de marktstructuur die allicht uit de concentratie zou



voortvloeiën, de transparantie dermate zou bevorderen dat het vereiste niveau van transparantie voor de totstandkoming van een collectieve machtspositie zou worden bereikt (punt 157, in fine, van de beschikking).

503 De Commissie meent aldus voldoende te hebben onderzocht of is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden om te kunnen spreken van een collectieve machtspositie.

#### b) Transparantie

504 Aangezien verzoeksters argument een loutere herhaling vormt van het argument dat zij in het kader van het eerste middel heeft aangevoerd, is dit argument in de onderhavige context eveneens ongegrond.

#### c) Afschrikmiddelen en tegenwicht

505 De Commissie heeft weliswaar in punt 157 van de beschikking overwogen dat er onvoldoende bewijs was dat de concentratie het gebruik van vergeldingsmaatregelen zou vergemakkelijken, maar heeft hierover geen definitief standpunt ingenomen waarop zij haar beoordeling zou hebben gebaseerd. Zodra zij had geconcludeerd dat zij niet beschikte over bewijzen dat de prijsvaststelling voldoende transparant zou zijn om een doeltreffend toezicht mogelijk te maken, was het immers niet meer nodig om de kwestie van de vergeldingsmaatregelen of van het tegenwicht nog uit het oogpunt van de „totstandkoming” — veeleer dan uit het oogpunt van de „versterking” — van een collectieve machtspositie te onderzoeken.

## 2. Schending van de motiveringsplicht

- 506 De Commissie stelt dat de meeste door verzoekster geformuleerde punten van kritiek niets te maken hebben met een motiveringsgebrek. Het zogenaamde verzuim van de Commissie om met verschillende factoren rekening te houden betreft de wettigheid van de beoordeling en niet de motivering ervan. Wanneer de Commissie op bepaalde punten niet tot een conclusie is gekomen, hoeft zij deze niet-bestaande conclusie ook niet met redenen te omkleden.
- 507 Verzoekster kan niet in een later stadium van de onderhavige procedure de grond van haar beroep wijzigen en een formele grond (motiveringsgebrek) vervangen door een materiële grond (onjuiste rechtsopvatting of kennelijke beoordelingsfout). Haar specifieke argumenten betreffende de toepassing van artikel 253 EG zijn duidelijk irrelevant, wat volstaat om deze grond tot nietigverklaring te verwerpen.
- 508 De Commissie onderwerpt deze argumenten dan ook louter subsidiair aan een kort onderzoek.
- 509 Wat de stelling van verzoekster betreft dat de analyse gedetailleerd dient te zijn, verwijst de Commissie naar haar opmerkingen in het kader van het vorige middel.
- 510 Het feit dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar geen aandacht heeft besteed aan de mogelijke totstandkoming van een machtspositie

staat los van het feit dat de beschikking voldoende met redenen is omkleed. Wat de zogenaamde veronderstelling van de Commissie betreft dat zij niet over voldoende bewijs beschikte om tot een conclusie over het ontbreken van een bestaande machtspositie te komen, verwijst de Commissie naar haar bespreking betreffende de aard van de prospectieve analyse.

- 511 De versterking van de concentratie op de markten voor muziekopnames, de grotere symmetrie van de marktaandelen en de eventuele toename van de onderlinge afhankelijkheid dragen niet aanzienlijk bij tot de opheffing van de belemmeringen voor coördinatie die in het kader van het onderzoek naar het bestaan van een collectieve machtspositie zijn opgesomd, namelijk de complexiteit en het gebrek aan bewijzen dat het gehele prijsbepalingsproces (PPD plus gewone korting plus promotionele korting), per album, per klant en in de tijd beschouwd, voldoende transparant is.
- 512 Een grotere marktconcentratie kan weliswaar de stimulans om een gemeenschappelijke gedragslijn te volgen in abstracto versterken, maar neemt in casu de voornaamste afschrikkende factor niet weg, namelijk het feit dat de oligopolistische ondernemingen niet in staat zijn om afwijkingen op te sporen en dus te bestraffen en te ontmoedigen. Bij gebreke van voldoende transparantie kunnen de majors er niet zeker van zijn dat een van hen niet zal trachten om zowel van de lange-termijnvoordelen van de stilzwijgende coördinatie te genieten als van de korte-termijnvoordelen die voortvloeien uit de toepassing van prijzen die lager zijn dan die van de concurrenten. Deze onzekerheid maakt de stilzwijgende coördinatie instabiel en onmogelijk vol te houden.
- 513 De argumenten van verzoekster betreffende de symmetrie dienen eveneens te worden verworpen, omdat er geen duidelijk verband is tussen symmetrie en transparantie.
- 514 De overige argumenten van verzoekster, ten slotte, hebben in wezen betrekking op de tweede en de derde cumulatieve voorwaarde om te kunnen spreken van een duurzame collectieve machtspositie. De Commissie hoefde geen standpunt over

deze voorwaarden in te nemen, aangezien zij reeds had vastgesteld dat er onvoldoende bewijs was dat aan de eerste voorwaarde was voldaan.

### 3. Kennelijke beoordelingsfout

- 515 De stelling van verzoekster dat geen prospectieve analyse is verricht, dient te worden verworpen om de in de overwegingen betreffende de onjuiste rechtsopvatting uiteengezette redenen.
- 516 Zo ook dient het argument van verzoekster dat ondernemingen in een oligopolistische situatie ertoe worden aangezet een gemeenschappelijke gedragslijn te volgen, te worden verworpen, omdat het geen rekening houdt met het feit dat er onvoldoende transparantie is.
- 517 De stelling van verzoekster dat, aangezien de vermindering van het aantal majors in het algemeen de kans op stilzwijgende coördinatie doet toenemen, de Commissie had moeten concluderen dat een collectieve machtspositie in het leven zou worden geroepen, tenzij de concentratie andere kenmerken zou vertonen die de kans op stilzwijgende coördinatie zouden verkleinen, gaat volledig voorbij aan het feit dat de verschillende voorwaarden om te kunnen spreken van een collectieve machtspositie los van elkaar dienen te worden beschouwd. Een verhoging van de concentratiegraad op de betrokken markten kan niet leiden tot een overeenkomstige versoepeling van de vereisten die worden gesteld aan het bewijs dat is voldaan aan de afzonderlijke voorwaarde van voldoende transparantie, indien niet is aangetoond dat deze verhoogde concentratie een aanzienlijke invloed heeft op de beoordeling van deze derde voorwaarde.

- 518 Ten slotte merkt de Commissie op dat de wettigheid van de beschikking niet kan worden beoordeeld in het licht van de voorlopige conclusies van de twee mededelingen van punten van bezwaar, waarvan er een vier jaar geleden in een andere zaak is opgesteld.

### *C — Argumenten van de interveniënten*

- 519 De interveniënten stellen dat uit de beslissing van de Commissie om fase II van het onderzoek te starten blijkt dat zij reeds vanaf het begin zowel de mogelijkheid van de totstandkoming als die van de versterking van een collectieve machtspositie heeft onderzocht. De Commissie heeft zich terecht geconcentreerd op de intrinsieke kenmerken van de markt en in het bijzonder op de vraag of de prijzen voldoende transparant waren om stilzwijgende coördinatie mogelijk te maken (arrest Gencor/Commissie, aangehaald in punt 246, punt 227). Aangezien op basis van de kenmerken van de markt op het gebied van de prijzen niet kon worden geconcludeerd dat er in het verleden geheime afspraken waren geweest, is de Commissie terecht tot de conclusie gekomen dat de vermindering van het aantal majors van vijf tot vier niet zou volstaan om de materiële belemmeringen voor het maken van stilzwijgende afspraken op te heffen (arrest Airtours/Commissie, aangehaald in punt 45, punten 75 en 76).
- 520 De kenmerken van de markt blijven onverenigbaar met stilzwijgende coördinatie op het gebied van prijzen en andere factoren (aantal, originaliteit, creativiteit, culturele diversiteit van de nieuw uitgebrachte platen, ondertekening door de artiesten). De interveniënten wijzen op de volgende kenmerken: muziekopnames vormen een heterogeen product; de majors worden er sterk toe aangezet de verkoop van „hits” te maximaliseren; de beslissingen betreffende prijzen en kortingen worden genomen per album, zowel bij de release als tijdens de verdere levensloop ervan, alsook per individuele handelaar; de platenmaatschappijen stellen de PPD’s discretionair vast, zowel bij de release van een album als daarna, en hun keuze weerspiegelt het subjectieve oordeel van het marketingpersoneel; alle maatschappijen verlenen verschillende kortingen en vergoedingen die onbekend zijn voor hun concurrenten en variëren in de tijd, van het ene album tot het andere en van de ene detailhandelaar tot de andere; ten slotte kunnen geen betrouwbare conclusies over

de nettoprijzen worden getrokken uit de PPD's doordat de kortingen onvoorspelbaar en onzichtbaar zijn, zodat zelfs in de veronderstelling dat er coördinatie van de PPD's zou plaatsvinden, deze geen invloed op de reële prijzen zou hebben (zie ook bijlage C.4, blz. 6).

## D — *Beoordeling door het Gerecht*

521 Verzoekster betoogt in wezen dat de stelling dat de concentratie geen collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames doet ontstaan, onvoldoende gemotiveerd is, berust op een kennelijke beoordelingsfout en blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

522 Wanneer de Commissie het risico onderzoekt dat een collectieve machtspositie in het leven zal worden geroepen, moet zij „op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt oordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de verbruikers kunnen handelen” (arresten *Kali & Salz*, aangehaald in punt 245, punt 221, *Gencor/Commissie*, aangehaald in punt 246, punt 163, en *Airtours/Commissie*, aangehaald in punt 45, punt 59). De prospectieve analyse die de Commissie in het kader van de controle van concentraties met betrekking tot een collectieve machtspositie moet maken, „vereist een nauwgezet onderzoek van met name de omstandigheden die in het concrete geval relevant blijken te zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de referentiemarkt” (arresten *Kali & Salz*, aangehaald in punt 245, punt 222, en *Airtours/Commissie*, aangehaald in punt 45, punt 63).

- 523 Dit geldt temeer daar „het er niet om gaat gebeurtenissen uit het verleden te onderzoeken, waarvoor meestal talrijke gegevens voorhanden zijn die toelaten de oorzaken ervan te begrijpen, en evenmin om actuele gebeurtenissen te onderzoeken, maar wel om in te schatten hoe waarschijnlijk toekomstige gebeurtenissen zijn indien een beschikking achterwege blijft waarbij de geplande concentratie wordt verboden of daaraan voorwaarden worden verbonden” (arrest Commissie/Tetra Laval, aangehaald in punt 232, punt 42). „Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn” (arrest Commissie/Tetra Laval, aangehaald in punt 232, punt 43).
- 524 In het licht van deze overwegingen dient te worden onderzocht of de Commissie het risico dat een collectieve machtspositie in het leven zou worden geroepen, correct heeft geanalyseerd.
- 525 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat het onderzoek dat dienaangaande in de beschikking is verricht, buitengewoon kort is.
- 526 De Commissie zet in punt 156 uiteen dat „het antwoord op de vraag of de concentratie in casu zal leiden tot de totstandkoming van een collectieve machtspositie voornamelijk afhangt van de kenmerken van de markt”.
- 527 De analyse die de Commissie dienaangaande verricht, is beperkt tot de volgende overwegingen in punt 157 van de beschikking, dat luidt als volgt:

„Zoals blijkt uit het onderzoek betreffende de versterking van een collectieve machtspositie kan uit het waarneembare parallellisme tussen de nettoprijzen niet worden afgeleid dat de majors thans een collectieve machtspositie op de markten voor muziekopnames bekleden. De vermindering van het aantal majors van vijf tot vier vergroot de transparantie, aangezien het aantal bilaterale concurrentiële relaties

daalt van tien tot zes. Dit zou in beginsel de controle van de betrokken markt moeten vergemakkelijken. Zoals is besproken in de afdeling betreffende de versterking van een collectieve machtspositie, vertonen de markten voor muziekopnames bepaalde kenmerken die erop kunnen wijzen dat zij bevorderlijk zijn voor het bestaan van een collectieve machtspositie. De Commissie heeft evenwel onvoldoende bewijs gevonden dat de vijf majors in het verleden een collectieve machtspositie innamen; dit is met name te wijten aan het feit dat er in werkelijkheid onvoldoende transparantie is, dat het product voor een deel heterogene kenmerken vertoont en dat er onvoldoende bewijs is dat in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn gebruikt. Wat de totstandkoming van een collectieve machtspositie tussen de majors op de markt voor muziekopnames betreft, heeft de Commissie weliswaar rekening gehouden met het feit dat de majors over het geheel beschouwd hun gedrag gemakkelijker zullen kunnen coördineren, maar onvoldoende bewijs gevonden dat de vermindering van het aantal majors van vijf tot vier een voldoende belangrijke wijziging zou vormen om naar alle waarschijnlijkheid te leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie. De Commissie heeft met name onvoldoende bewijs gevonden dat de vermindering van het aantal majors van vijf tot vier de transparantie dermate zou bevorderen en het gebruik van vergeldingsmaatregelen dermate zou vergemakkelijken dat dient te worden verwacht dat de vier resterende majors een collectieve machtspositie zullen verwerven.”

528 Met deze enkele, bijzonder oppervlakkige, zelfs zuiver formele overwegingen voldoet de Commissie niet aan haar verplichting om een prospectieve analyse te verrichten en de omstandigheden die in het concrete geval relevant blijken te zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de referentiemarkt, aandachtig te onderzoeken, in het bijzonder wanneer de concentratie, zoals in casu, ernstige vragen doet rijzen. Ongeacht de beoordeling van het eerste middel door het Gerecht, blijkt immers zowel uit het feit dat de Commissie in de beschikking pas na een lange redenering tot de conclusie is gekomen dat er vóór de concentratie geen collectieve machtspositie bestond, als uit het feit dat zij in de mededeling van de punten van bezwaar, na een onderzoek van vijf maanden, had vastgesteld dat er vóór de concentratie wel een dergelijke machtspositie bestond, dat de mogelijkheid dat de fusie tussen twee van de vijf majors zal leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie a fortiori ernstige vragen doet rijzen die een grondig onderzoek vereisen. Aangezien dit onderzoek niet is verricht, is het tweede middel, alleen reeds om deze reden, gegrond.



529 Het Gerecht zal niettemin ten overvloede onderzoeken of de vaststellingen betreffende de transparantie en de vergeldingsmaatregelen niet tevens blijken geven van een onjuiste rechtsopvatting of berusten op een kennelijke beoordelingsfout.

530 Uit punt 157 van de beschikking en met name uit de laatste zin ervan blijkt dat de conclusie van de Commissie dat de concentratie geen voldoende belangrijke wijziging inhoudt om naar alle waarschijnlijkheid te leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie, uitdrukkelijk is gebaseerd op de voorwaarden dat de markt transparant is en dat er vergeldingsmiddelen bestaan.

531 Wat de transparantie betreft, dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat bij de behandeling van het eerste middel is vastgesteld dat de stelling van de Commissie dat de promotionele kortingen de transparantie dermate verminderen dat er geen collectieve machtspositie kan bestaan, ontoereikend is gemotiveerd en op kennelijke beoordelingsfouten berust.

532 Wat verder de beoordeling van het risico op het ontstaan van een collectieve machtspositie betreft, kon de Commissie zich niet louter op de bestaande situatie baseren, maar diende zij een prospectieve analyse te verrichten en de wijzigingen die uit de betrokken concentratie zouden voortvloeien, in aanmerking te nemen. In punt 157 wordt dienaangaande bovendien — zij het erg laconiek — verklaard dat de coördinatie tussen de vier resterende spelers zal worden vergemakkelijkt. In de beschikking wordt evenwel niet onderzocht of de concentratie de markt voldoende transparant zal maken om het ontstaan van een collectieve machtspositie mogelijk te maken, met name doordat het aantal te controleren albums daardoor zal verminderen. Bovendien had de Commissie dienaangaande in de mededeling van de punten van bezwaar het volgende vastgesteld:

„De voorgenomen concentratie zou ook het toezicht op de prijscoördinatie vergemakkelijken, aangezien elke major slechts rekening zou hoeven te houden met de praktijken van de drie andere majors. Bijgevolg zouden de PPD's voor het merendeel van de best verkochte albums nog meer binnen zeer nauwe prijsmarges komen te liggen. De transparantie van de kortingen zou ook toenemen, aangezien de majors tijdens hun winkelbezoeken en contacten met de detailhandelaars nog slechts toezicht zouden hoeven te houden op de drie andere majors.”

533 De opmerkingen betreffende de transparantie kunnen dus niet de conclusie wettigen dat de concentratie niet het risico meebrengt dat een collectieve machtspositie zal ontstaan.

534 Wat de vergeldingsmaatregelen betreft, dient om te beginnen te worden vastgesteld dat de verklaring van de Commissie in haar verweerschrift dat zij geen standpunt heeft ingenomen over de vraag of er voldoende potentiële vergeldingsmiddelen bestaan en dat zij dit punt niet in haar beoordeling heeft betrokken, niet in overeenstemming is met de beschikking, zoals blijkt uit 157 hiervan.

535 Zo ook dient het argument van de Commissie en de interveniënten dat de kwestie van de vergeldingsmaatregelen niet hoefde te worden onderzocht aangezien de Commissie had vastgesteld dat zij niet beschikte over bewijzen dat de prijsbepaling voldoende transparant zou zijn om een doeltreffend toezicht mogelijk te maken, te worden verworpen aangezien de beschikking uitdrukkelijk is gebaseerd op het feit dat vergeldingsmaatregelen ontbreken en het Gerecht zijn oordeel niet in de plaats kan stellen van dat van de Commissie en de beschikking niet kan rectificeren. Hoe dan ook kan dit argument niet worden aanvaard, aangezien is geoordeeld dat de

stelling dat de markt onvoldoende transparant is, en zeker de stelling dat dit na de concentratie zo zou blijven, rechtens onvoldoende is gemotiveerd en berust op een kennelijke beoordelingsfout.

536 Verder heeft de Commissie in de beschikking enkel verwezen naar het onderzoek naar het bestaan van een collectieve machtspositie en verklaard dat zij onvoldoende bewijs had gevonden dat de concentratie „het gebruik van vergeldingsmaatregelen dermate zou vergemakkelijken dat [diende] te worden verwacht dat de vier resterende majors een collectieve machtspositie zouden verwerven”.

537 In het kader van dit onderzoek heeft de Commissie, zoals blijkt uit het eerste middel, niet onderzocht of er doeltreffende vergeldingsmiddelen bestaan, maar gezocht naar bewijzen dat er in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn getroffen. Deze aanpak berust hoe dan ook op een verkeerde interpretatie van de voorwaarden die in het hierboven in punt 45 aangehaalde arrest Airtours/Commissie zijn gesteld aan het onderzoek naar het ontstaan van een collectieve machtspositie, aangezien een prospectieve analyse dient te worden verricht. Het is immers duidelijk dat de juiste methode er in deze context niet in kan bestaan, te zoeken naar bewijzen dat er in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, aangezien perfect aan de voorwaarde kan zijn voldaan zonder dat in het verleden dergelijke maatregelen zijn genomen. Aangezien de beoordeling van het risico dat een concentratie een collectieve machtspositie in het leven zal roepen, per definitie niet afhangt van het bestaan van een voorafgaand gemeenschappelijk beleid, is de vaststelling dat in het verleden geen vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, volkomen irrelevant. De beschikking geeft dan ook blijk van een onjuiste opvatting op dit punt.

538 Bovendien blijkt uit de beschikking en uit de stukken dat er in casu wel degelijk geloofwaardige en doeltreffende afschrikmiddelen bestaan, met name de mogelijk-

heid om de afvallige major te bestraffen door hem van verzamelalbums uit te sluiten. In de mededeling van de punten van bezwaar had de Commissie overigens duidelijk vastgesteld dat dit afschrikmiddel doeltreffend is en de beschikking verstrekt geen enkele reden waarom dit uiteindelijk niet het geval zou zijn. Integendeel, de analyse in de punten 115 tot en met 118 van de beschikking bevestigt dat dit afschrikmiddel doeltreffend is. Na in de punten 115 en 116 van de beschikking te hebben gewezen op het economische belang van verzamelalbums, die verschillende artiesten of labels bundelen en ongeveer 15 tot 20 % van de totale markt voor muziekopnames vertegenwoordigen, en te hebben opgemerkt dat het feit dat er artiesten van verschillende platenmaatschappijen op één album staan een sleutelrol speelt in het succes van verzamelalbums, zet de Commissie immers in punt 117 van de beschikking uiteen dat „[i]ndien een van de majors voortdurend afwijkend gedrag vertoont, [...] de andere majors de betrokkene dus van nieuwe samenwerkingsovereenkomsten kunnen uitsluiten, of [kunnen] weigeren hem een licentie te verlenen voor het gebruik van hun nummers in een verzamelalbum, of zelfs bepaalde bestaande samenwerkingsovereenkomsten [kunnen] beëindigen”. Ten slotte merkt de Commissie in punt 118 van de beschikking op dat zij evenwel geen bewijzen heeft gevonden dat andere majors in het verleden waren uitgesloten van gemeenschappelijke ondernemingen die verzamelalbums uitbrachten, of dat daar ooit mee was bedreigd, waarbij zij tegelijkertijd stelt dat „deze maatregelen algemeen beschouwd geloofwaardige afschrikmiddelen op de markten voor muziekopnames kunnen vormen”.

539 Bijgevolg heeft de Commissie zich vergist door haar conclusie dat de concentratie geen collectieve machtspositie in het leven kon roepen, te baseren op het feit dat er geen bewijs was dat in het verleden vergeldingsmaatregelen waren getroffen.

540 Bovendien wordt, zoals bij de bespreking van het eerste middel is uiteengezet, in de beschikking geen enkel geval vermeld waarin een major van het gemeenschappelijke beleid is afgeweken zonder dat dit tot vergeldingsmaatregelen heeft geleid, en de Commissie kon op een desbetreffende vraag van het Gerecht totaal niet aangeven op basis van welk onderzoek zij tot de conclusie is gekomen dat er geen aanwijzingen zijn dat in het verleden vergeldingsmaatregelen zijn gebruikt of dat daarmee is bedreigd.

541 Uit het bovenstaande volgt dat ook het tweede middel tot nietigverklaring gegrond is.

#### IV — *Algemene conclusie*

542 Uit al het bovenstaande volgt dat het eerste en het tweede middel gegrond zijn en dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd en berust op een kennelijke beoordelingsfout, voorzover de elementen waarop de beschikking berust, niet alle relevante gegevens omvatten die in aanmerking dienden te worden genomen, en op zich de conclusies die eruit zijn getrokken, niet kunnen schragen.

543 Bijgevolg dient de beschikking nietig te worden verklaard, zonder dat het middel betreffende de versterking of het ontstaan van een collectieve machtspositie op de groothandelsmarkt voor onlinemuzieklicenties of het middel betreffende de coördinatie van de activiteiten van de partijen bij de concentratie op het gebied van de muziekuitgeverij hoeft te worden onderzocht.

#### **Kosten**

544 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voorzover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 87, lid 3, van het Reglement kan het Gerecht evenwel de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen. Volgens artikel 87, lid 4, van het Reglement ten slotte kan het Gerecht bepalen dat interveniënten hun eigen kosten zullen dragen.

- 545 In casu dient de beschikking nietig te worden verklaard en heeft verzoekster gevorderd dat de Commissie wordt verwezen in de kosten. Evenwel dient rekening te worden gehouden met de volgende omstandigheden.
- 546 Wat verzoekster betreft, dient te worden vastgesteld dat zij er weliswaar sterk op heeft aangedrongen dat de zaak, ondanks de — door de Commissie terecht aangehaalde — complexiteit ervan, zou worden behandeld volgens de versnelde procedure, maar zich niet dienovereenkomstig heeft gedragen, hoewel het Gerecht in zijn beschikking waarbij het verzoek om toepassing van de versnelde procedure werd ingewilligd, uitdrukkelijk had vastgesteld dat deze beslissing naar gelang van het verloop van de zaak kon worden ingetrokken. Hoewel het Gerecht dus de versnelde procedure kon beëindigen, diende rekening te worden gehouden met de objectieve spoedeisendheid van de zaak en met de aanzienlijke inspanningen die de andere partijen reeds hadden geleverd, waardoor het steeds minder aangewezen was om van deze mogelijkheid gebruik te maken naarmate de tijd verstreek. Verzoekster heeft evenwel, naarmate de procedure vorderde, meer en meer een houding aangenomen die moeilijk te verzoenen valt met de letter en de geest van de versnelde procedure.
- 547 In de eerste plaats overschreden de omvang van het verzoekschrift en het aantal middelen en argumenten ruimschoots de aanbevolen grenzen om gebruik te kunnen maken van de versnelde procedure en heeft verzoekster geen verkorte versie van haar verzoekschrift ingediend en evenmin bepaalde middelen laten vallen.
- 548 In de tweede plaats heeft verzoekster verzocht om wijziging van de maatregel tot organisatie van de procesgang die ertoe strekte toegang te verlenen tot bepaalde vertrouwelijke stukken of elementen, vlak nadat de Commissie, de interveniënten en het Gerecht hierover via een uitwisseling van nota's en tijdens een informele vergadering hadden onderhandeld en deze maatregel hadden uitgewerkt. De andere partijen hebben hiertegen heftig bezwaar gemaakt, waarop verzoekster haar verzoek heeft ingetrokken.

- 549 In de derde plaats heeft verzoekster zich, nadat haar op haar verzoek was toegestaan om in antwoord op de door de Commissie in haar verweerschrift aangevoerde bewijzen opmerkingen in te dienen, hetgeen ongebruikelijk is in een versnelde procedure, ten onrechte ertegen verzet dat aan de Commissie overeenkomstig het beginsel van hoor en wederhoor werd toegestaan om aanvullende opmerkingen in te dienen teneinde op deze opmerkingen te antwoorden.
- 550 In de vierde plaats heeft verzoekster weliswaar aangedrongen op een snelle zitting, maar kon zij zich op geen van de vier door het Gerecht voorgestelde dagen vrijmaken, waardoor de terechtzitting met verschillende maanden diende te worden uitgesteld.
- 551 In de vijfde plaats heeft verzoekster, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, nadat haar uitzonderlijk was toegestaan om na de terechtzitting opmerkingen in te dienen, op voorwaarde dat deze strikt beperkt zouden blijven tot de opmerkingen van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht, meer dan 50 bladzijden opmerkingen, exclusief bijlagen, ingediend, waarin zij met name talrijke argumenten en bewijzen die totaal geen verband houden met deze vragen, alsook nieuwe argumenten en bewijzen heeft aangevoerd.
- 552 Verder heeft verzoekster weliswaar gelijk gekregen wat de collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames betreft, maar haar verzoek om alle door de Commissie bij haar verweerschrift gevoegde bewijsstukken uit het dossier te weren, is afgewezen. Zo ook is haar vordering met betrekking tot de individuele machtspositie die Sony op de markten voor de distributie van onlinemuziek zou innemen, volkomen ongegrond, al was het maar omdat SonyConnect ten tijde van

de vaststelling van de beschikking geen enkel marktaandeel had, terwijl andere spelers, met name Apple, reeds een belangrijke positie innamen.

553 Wat de Commissie betreft, dient te worden betreurd dat haar opmerkingen op verschillende punten, soms vrij aanzienlijk, afwijken van de analyse in de beschikking, waardoor verzoekster en het Gerecht voortdurend gedwongen werden om ongebruikelijke verificaties te verrichten. Zo stemt de verklaring dat de Commissie niet heeft kunnen vaststellen dat de vergeldingsmaatregel die erin bestaat een lid dat van het gemeenschappelijke beleid afwijkt, van verzamelalbums uit te sluiten, een geloofwaardige maatregel is, of dat zij geen standpunt over de kwestie van de vergeldingsmaatregelen heeft ingenomen, omdat de toepassing van deze maatregel ertoe kan leiden dat de door een verzamelalbum gegenereerde winst wordt opgeofferd, kennelijk niet overeen met de vaststellingen in de punten 115 tot en met 118 van de beschikking, waarin zij de doeltreffendheid van dit vergeldingsmiddel heeft erkend (wat zij overigens reeds uitdrukkelijk had gedaan in de punten 128 tot en met 132 van de mededeling van de punten van bezwaar), maar anderzijds heeft verklaard dat zij geen bewijs heeft gevonden dat dit middel ook is toegepast. Zo ook stemt de verklaring van de Commissie dat zij in punt 169 van de beschikking heeft geconcludeerd dat de transparantie op de markten voor licenties voor onlinemuziek beperkt was omdat er geen algemeen bekende groothandelsprijzen voor deze licenties bestaan, niet overeen met de verklaring, elders in de beschikking, dat „de transparantie [...] hoe dan ook groter [is] op de markt voor licenties voor onlinemuziek dan op de traditionele markt voor muziekopnames”.

554 Gelet op het bovenstaande is het Gerecht van oordeel dat een billijke beoordeling van de omstandigheden van de zaak eist dat de Commissie haar eigen kosten en drie vierde van de kosten van verzoekster draagt en dat de interveniënten overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering hun eigen kosten dragen.



HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Beschikking C(2004) 2815 van de Commissie van 19 juli 2004 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak nr. COMP/M.3333 — Sony/BMG), wordt nietig verklaard.**
- 2) **De Commissie draagt haar eigen kosten en drie vierde van de kosten van verzoekster.**
- 3) **Verzoekster draagt een vierde van haar eigen kosten.**
- 4) **De interveniënten dragen hun eigen kosten.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 juli 2006.

De griffier

De president van de Derde kamer

E. Coulon

M. Jaeger

## Inhoud

Feiten .....	II - 2300
Procesverloop en conclusies van partijen .....	II - 2303
In rechte .....	II - 2307
I — Bij het verweerschrift gevoegde bewijsstukken .....	II - 2308
A — Argumenten van partijen .....	II - 2308
B — Beoordeling door het Gerecht .....	II - 2309
II — Eerste middel: versterking van een reeds bestaande collectieve machtspositie op de markt voor muziekopnames .....	II - 2311
A — Argumenten van verzoekster .....	II - 2312
1. Eerste onderdeel .....	II - 2312
a) Schending van de motiveringsplicht .....	II - 2313
Homogeniteit van het product .....	II - 2314
Transparantie .....	II - 2314
Afschrikmiddelen .....	II - 2315
Tegenwicht .....	II - 2315
b) Kennelijke beoordelingsfout .....	II - 2316
Producthomogeniteit .....	II - 2316
Transparantie .....	II - 2317
— Algemene argumenten .....	II - 2317
— Algemene opmerkingen over de nieuwe bewijzen .....	II - 2320
— Individueel onderzoek van de verschillende bewijsstukken .....	II - 2324
	II - 2487

Afschrikmiddelen .....	II - 2333
Tegenwicht .....	II - 2333
Geen werkelijke analyse van het gemeenschappelijke beleid ..	II - 2334
c) Onjuiste toepassing van het recht inzake collectieve machtsposities .....	II - 2335
2. Tweede onderdeel .....	II - 2336
B — Argumenten van de Commissie .....	II - 2337
1. Beschikking van de Commissie en bewijselementen waarop zij zich heeft gebaseerd .....	II - 2337
a) Context .....	II - 2337
b) Vijf grote markten (Duitsland, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Italië, Spanje) .....	II - 2338
Onderlinge afstemming van de gemiddelde nettoprijzen en de PPD's .....	II - 2338
Complexiteit en PPD's .....	II - 2339
Onderlinge afstemming en complexiteit van de kortingen ....	II - 2341
Transparantie van de kortingen .....	II - 2350
Structurele banden .....	II - 2353
Vergeldingsmaatregelen .....	II - 2354
c) Andere lidstaten .....	II - 2355
2. Onjuiste voorstelling van de beschikking in het verzoekschrift ....	II - 2356
3. Eerste onderdeel .....	II - 2357
a) Schending van de motiveringsplicht .....	II - 2357
Producthomogeniteit .....	II - 2359
Transparantie .....	II - 2360
Afschrikmiddelen .....	II - 2361
Tegenwicht .....	II - 2361

b)	Kennelijke beoordelingsfout en onjuiste rechtsopvatting .....	II - 2362
	Producthomogeniteit .....	II - 2363
	Transparantie .....	II - 2363
	Afschrikmiddelen en tegenwicht .....	II - 2373
	Analyse van de gemeenschappelijke gedragslijn .....	II - 2373
4.	Tweede onderdeel .....	II - 2375
C —	Argumenten van de interveniënten .....	II - 2375
1.	Voorafgaande opmerkingen .....	II - 2375
2.	Onderzoek van de argumenten van verzoekster .....	II - 2378
a)	Promotionele kortingen .....	II - 2378
b)	Geen onderlinge afstemming .....	II - 2379
c)	Geen transparantie .....	II - 2380
3.	Verschillende niet in de beschikking vermelde punten .....	II - 2380
D —	Beoordeling door het Gerecht .....	II - 2381
1.	Algemene beschouwingen .....	II - 2381
2.	Begrip collectieve machtspositie .....	II - 2382
3.	Beschikking van de Commissie .....	II - 2385
4.	Transparantie .....	II - 2392
a)	De grief inzake ontoereikende motivering .....	II - 2392
b)	De grief inzake een kennelijke beoordelingsfout .....	II - 2407
	In de beschikking genoemde factoren die de markt transparant maken .....	II - 2411
	Factoren die de markt ondoorzichtig kunnen maken .....	II - 2418
	— Ondoorzichtigheid van de promotionele kortingen .....	II - 2430
	— Relevantie van de promotionele kortingen .....	II - 2444
c)	Conclusie inzake de transparantie .....	II - 2453
		II - 2489

5. Homogeniteit .....	II - 2453
6. Vergeldingsmaatregelen .....	II - 2454
7. Conclusie betreffende het eerste middel .....	II - 2458
III — Tweede middel: totstandkoming van een collectieve machtspositie op de markten voor muziekopnames .....	II - 2461
A — Argumenten van verzoekster .....	II - 2461
1. Onjuiste rechtsopvatting .....	II - 2461
a) Geen prospectieve analyse .....	II - 2462
b) Transparantie .....	II - 2463
c) Afschrikmiddelen .....	II - 2463
d) Tegenwicht .....	II - 2464
2. Schending van de motiveringsplicht .....	II - 2464
3. Kennelijke beoordelingsfout .....	II - 2467
B — Argumenten van de Commissie .....	II - 2468
1. Onjuiste rechtsopvatting .....	II - 2468
a) Geen prospectieve analyse .....	II - 2468
b) Transparantie .....	II - 2470
c) Afschrikmiddelen en tegenwicht .....	II - 2470
2. Schending van de motiveringsplicht .....	II - 2471
3. Kennelijke beoordelingsfout .....	II - 2473
C — Argumenten van de interveniënten .....	II - 2474
D — Beoordeling door het Gerecht .....	II - 2475
IV — Algemene conclusie .....	II - 2482
Kosten .....	II - 2482