ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 19. Juli 2004

zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR Abkommen

(Sache COMP/M.3333 — SONY/BMG)

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 2815)

(Nur der englische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2005/188/EG)

Am 19. Juli 2004 erließ die Kommission eine Entscheidung in einem Zusammenschlussfall nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [1], im Besonderen nach Artikel 8 Absatz 2 dieser Verordnung. Eine nicht verbindliche Version der ungekürzten Entscheidung in der Verfahrenssprache des Falles und den Arbeitssprachen der Kommission kann auf der Website der Generaldirektion Wettbewerb unter der folgenden Adresse gefunden werden: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

(1) Am 9. Januar 2004 hat die Kommission eine Anmeldung nach Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 (Fusionskontrollverordnung) erhalten, wonach die Bertelsmann AG („Bertelsmann") und die Sony Corporation of America („Sony") ihr weltweites Tonträgergeschäft (mit Ausnahme von Sonys Aktivitäten in Japan) in ein Gemeinschaftsunternehmen einbringen, das unter dem Namen SonyBMG operieren soll. SonyBMG wird in der Entdeckung und Entwicklung von Künstlern (so genanntes A&R [2]) und im nachfolgenden Marketing und Verkauf von Tonträgern tätig sein. SonyBMG wird nicht in benachbarten Aktivitäten wie Musikverlag, Produktion und Vertrieb von CDs tätig sein.

(2) Bertelsmann ist ein international tätiges Medienunternehmen mit weltweiten Aktivitäten in den Bereichen Tonträger und Musikverlag, Fernsehen, Radio, Buch- und Zeitschriftenverlag, Druckdienste sowie Buch- und Musikclubs. Bertelsmann ist im Tonträgerbereich durch sein Tochterunternehmen Bertelsmann Music Group („BMG") tätig. BMGs Plattenlabels sind u. a. Arista Records, Jive Records, Zomba und RCA.

(3) Sony ist weltweit aktiv in den Bereichen Tonträger, Musikverlag, Industrie- und Konsumentenelektronik sowie Unterhaltung. Im Musikbereich ist Sony durch Sony Music Entertainment tätig. Sonys Plattenlabels sind u. a. Columbia Records Group, Epic Records Group und Sony Classical.

(4) Der Beratende Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen hat auf seinem 127. Treffen am 9. Juli 2004 eine zustimmende Stellungnahme zu dem ihm von der Kommission vorgelegten Entwurf für eine Freigabeentscheidung abgegeben.

(5) Der Anhörungsbeauftragte hat in seinem Bericht vom 5. Juli 2004 die Ansicht vertreten, dass das rechtliche Gehör der Parteien respektiert wurde.

I. DER RELEVANTE MARKT

Tonträger

(6) Die Kommission hat festgestellt, dass der relevante Produktmarkt für Tonträger (einschließlich „A&R" sowie Werbung, Verkauf und Marketing von Tonträgern) in verschiedene Produktmärkte auf der Basis von Genres (wie internationale Popmusik, lokale Popmusik und klassische Musik) und Kompilationen zu unterteilen sein könnte. Für den gegenwärtigen Fall konnte es jedoch offen gelassen werden, ob die zuvor bezeichneten Genres oder Kategorien eigene Märkte darstellen, da der Zusammenschluss unter keiner der angesprochenen Marktdefinitionen zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde.

(7) Die Marktuntersuchung hat bestätigt, dass eine Reihe von Faktoren (z. B. finden A&R, Preissetzung, Verkauf und Marketing hauptsächlich auf nationaler Ebene statt, es besteht eine starke Nachfrage nach lokalem Repertoire und nur eine begrenzte internationale Präsenz von unabhängigen Plattengesellschaften) dafür sprechen, dass die Märkte für Tonträger als national zu betrachten sind.

Online-Musik

(8) Gestützt auf die Ergebnisse der Marktuntersuchung sieht die Kommission Online-Musik nicht als Teil des Marktes für physische Tonträger an, insbesondere aufgrund von Unterschieden im Produkt und im Vertrieb. Die Kommission hat zwei verschiedene Produktmärkte für Online-Musik identifiziert: i) den Großhandelsmarkt für Lizenzen für Online-Musik und ii) den Einzelhandelsmarkt für den Vertrieb von Online-Musik.

[1] ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1. Verordnung zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 (ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1).

[2] A&R = Artist and Repertoire; Äquivalent der Musikindustrie für Forschung und Entwicklung.

(9) Für den gegenwärtigen Fall ist die Kommission der Ansicht, dass sowohl der Großhandelsmarkt für Lizenzen für Online-Musik als auch der Einzelhandelsmarkt für den Vertrieb von Online-Musik national abzugrenzen ist. Dies kann sich in der Zukunft ändern, abhängig von weiteren grenzüberschreitenden Entwicklungen in Lizenzierung und Vertrieb von Online-Musik.

Musikverlag

(10) Auf der Basis von Überlegungen zur Angebots- sowie zur Nachfrageseite hat die Kommission Anzeichen gefunden, dass separate Produktmärkte für das Musikverlagswesen in Abhängigkeit der Verwertung der einzelnen Rechtekategorien bestehen (d. h. mechanische, Aufführungs-, Synchronisations-, Druck- und andere Rechte). Die genaue Abgrenzung des relevanten Marktes kann jedoch offen bleiben, da die wettbewerbliche Beurteilung bei jeder der in Betracht gezogenen Marktdefinitionen gleich bleibt.

(11) Die Marktuntersuchung hat bestätigt, dass die geografische Abgrenzung des Marktes im Wesentlichen — trotz einiger grenzüberschreitender Elemente — national ist, da die Lizenzgebühren für mechanische und Aufführungsrechte im Allgemeinen auf nationaler Basis eingezogen werden. Für den gegenwärtigen Fall kann die genaue Abgrenzung des relevanten geografischen Marktes offen gelassen werden, da die wettbewerbliche Beurteilung bei jeder der in Betracht gezogenen Marktdefinitionen gleich bleibt.

II. **BEWERTUNG**

A. **Mögliche Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung in den Tonträgermärkten**

Einleitung

(12) Die Marktuntersuchung der Kommission hat nicht genügend Beweise dafür erbracht, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der fünf so genannten „Majors" (Sony, BMG, Universal, EMI and Warner) in den Tonträgermärkten besteht.

(13) Auf der Basis der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte, insbesondere des Airtours-Urteils, ist Voraussetzung für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung unter Marktteilnehmern: i) eine Übereinstimmung über die Bedingungen der Koordination, ii) die Möglichkeit zu überwachen, ob die Bedingungen eingehalten werden, iii) die Existenz eines Abschreckungsmechanismus im Falle von Abweichungen, und iv) Drittparteien (gegenwärtige und potentielle Wettbewerber, Kunden), die nicht in der Lage sind, die von der Koordination versprochenen Vorteile zu gefährden.

(14) In der Bewertung, ob eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung der fünf Musikmajors in den Märkten für Tonträger besteht, hat die Kommission analysiert, ob während der letzten drei bis vier Jahre eine koordinierte Preispolitik der Majors in den EWR-Mitgliedstaaten bestanden hat.

(15) Zu diesem Zweck hat die Kommission die Entwicklung der Preise der fünf Majors für Groß- und Einzelhändler in jedem Mitgliedstaat im Zeitraum 1998—2003 untersucht. Insbesondere hat die Kommission die Entwicklung der durchschnittlichen Netto-Großhandelspreise, der PPDs (Published Prices to Dealers), des Verhältnisses von Brutto- und Nettopreisen wie auch von Rechnungsrabatten und rückwirkenden Rabatten untersucht.

(16) Um eine mögliche Koordinierung der Großhandelspreise der Majors zu analysieren, hat die Kommission die Parallelität der Entwicklung der durchschnittlichen Nettopreise (inflationsbereinigt) für die Top 100 Einzelalben eines jeden Majors in den fünf größten Mitgliedstaaten untersucht (dies ist als repräsentativ anzusehen, da die Top 100 Einzelalben ca. 70—80 % der gesamten Musikverkäufe der Majors ausmachen). Zweitens hat die Kommission untersucht, ob eine Preiskoordinierung durch den Gebrauch von Listenpreisen (PPDs) als Kristallisationspunkte erzielt werden konnte. Drittens hat die Kommission analysiert, ob die Rabatte der verschiedenen Majors angeglichen und transparent genug sind, um eine effektive Überwachung des wettbewerblichen Verhaltens zu erlauben.

Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien, Vereinigtes Königreich

(17) Auf der Basis der durchschnittlichen Nettopreise hat die Kommission eine gewisse Parallelität und eine relativ ähnliche Entwicklung der Preise der fünf Majors in den fünf größeren Märkten Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien und Vereinigtes Königreich festgestellt. Jedoch sind diese Beobachtungen als solche nicht ausreichend, um auf eine Koordination des Preisverhaltens in der Vergangenheit zu schließen.

(18) Daher hat die Kommission weiterhin untersucht, ob andere Elemente, nämlich Listenpreise und Rabatte, angeglichen und ausreichend transparent waren, um hinreichende Beweise für eine Koordinierung darzustellen.

(19) Die Kommission hat Anzeichen gefunden, dass PPDs als Kristallisationspunkte für eine Angleichung der Listenpreise der Majors in allen fünf Mitgliedstaaten gedient haben können. Im Hinblick auf Rabatte hat die Untersuchung gezeigt, dass das Niveau der Rabatte zu einem gewissen Grad unter den verschiedenen Majors variierte and dass gewisse Typen von Rabatten nicht transparent genug waren, um eine bestehende Koordinierung nachzuweisen.

(20) Daneben hat die Kommission analysiert, ob die Märkte für Tonträger durch Merkmale, die eine gemeinsame Marktbeherrschung erleichterten, gekennzeichnet waren, insbesondere unter Berücksichtigung der Homogenität des Produkts, der Transparenz und der Vergeltungsmaßnahmen.

(21) Im Hinblick auf die Produkthomogenität hat die Kommission gefunden, dass der Inhalt der einzelnen Alben unterschiedlich ist, dass aber die Preise und das Marketing zu einem gewissen Grad standardisiert sind. Jedoch hat die Heterogenität des Inhalts auch gewisse Implikationen für die Preissetzung, sie reduziert die Transparenz im Markt und macht stillschweigende Absprachen schwieriger, da dies eine Überwachung auf der Ebene der individuellen Alben erfordert.

(22) Bezüglich der Markttransparenz hat die Kommission festgestellt, dass die wöchentliche Veröffentlichung von Charts, der stabile gemeinsame Kundenstamm und die Beobachtung der Einzelhandelsebene durch die Majors mittels wöchentlicher Berichte die Transparenz erhöhen und die Überwachung des abgestimmten Verhaltens erleichtern. Die Marktuntersuchung offenbarte jedoch auch, dass die Überwachung der Aktionsrabatte eine Überwachung auf der Ebene der Alben erfordert, wodurch die Markttransparenz reduziert und stillschweigende Kollusion erschwert wird. Nach Abwägung aller Faktoren hat die Kommission daher nicht genügend Beweise dafür gefunden, dass die Majors diese Transparenzdefizite in der Vergangenheit überwunden haben.

(23) In Bezug auf die Vergeltungsmechanismen hat die Kommission untersucht, ob die Majors Vergeltungsmaßnahmen gegen abweichende Majors einleiten können, insbesondere mittels einer (vorübergehenden) Rückkehr zu wettbewerblichem Verhalten oder den Ausschluss des Abweichlers aus Joint Ventures oder Vereinbarungen über Kompilationen. Die Kommission hat jedoch keine hinreichenden Beweise dafür gefunden, dass in der Vergangenheit solche Vergeltungsmechanismen eingesetzt wurden oder mit ihrem Einsatz gedroht wurde.

Niederlande, Schweden, Irland, Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Norwegen, Portugal, Griechenland

(24) In den kleineren Mitgliedstaaten fand die Kommission ebenfalls ein beträchtliches Maß an Parallelität hinsichtlich der PPDs der Majors, die grundsätzlich als Kristallisationspunkte für eine Preisabstimmung der Majors hätten dienen können. Die Untersuchung zeigte aber auch für die kleineren Mitgliedstaaten gewisse Unterschiede im Rabattniveau und eine unvollständige Transparenz hinsichtlich einzelner Rabatte.

(25) Die im Hinblick auf die größeren Mitgliedstaaten gemachten Ausführungen der Kommission zur Produkthomogenität, zur Markttransparenz und den Möglichkeiten von Vergeltungsmaßnahmen gelten auch für die kleineren Mitgliedstaaten.

Schlussfolgerung

(26) Die Kommission ist der Ansicht, dass das gefundene Beweismaterial für den Nachweis des Bestehens einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der fünf Majors auf den Tonträgermärkten in irgendeinem EWR-Mitgliedstaat nicht ausreicht.

B. **Mögliche Entstehung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf den Tonträgermärkten**

(27) Die Kommission untersuchte auch, ob der Zusammenschluss zur Entstehung einer gemeinsamen Marktbeherrschung der Majors in irgendeinem EWR-Mitgliedstaat führen würde. In Anbetracht der obigen Ausführungen, insbesondere zur Markttransparenz, zur inhaltlichen Heterogenität des Produktes und zu Vergeltungsmöglichkeiten, folgerte die Kommission, dass die infolge des Zusammenschlusses eintretende Konsolidierung von fünf auf vier Majors nicht erheblich genug ist, um zur Entstehung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der Majors auf den Tonträgermärkten im EWR zu führen.

C. **Mögliche Entstehung einer Einzelmarktbeherrschung auf den Tonträgermärkten**

(28) Drittparteien äußerten Bedenken, dass das Gemeinschaftsunternehmen aufgrund der vertikalen Verbindungen mit Bertelsmanns Medienaktivitäten eine Einzelmarktbeherrschung auf den Tonträgermärkten erlangen könnte. Es wurde vorgebracht, dass Bertelsmann seine Stellung bei Fernseh- und Radiosendern ausnutzen könnte, um SonyBMG zu bevorzugen und Wettbewerber auszuschließen, insbesondere über Vorzugskonditionen für das Joint Venture oder die Zugangsverweigerung für Wettbewerber zur Werbung für ihre Künstler über diese Sendekanäle.

(29) Nach Ansicht der Kommission ist es unwahrscheinlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen eine Einzelmarktbeherrschung auf den Tonträgermärkten in Deutschland, den Niederlanden, Belgien, Luxemburg und Frankreich erlangt, wo Bertelsmann über RTL Fernseh- und Radiosender tätig ist. Die Vorteile einer vertikalen Integration in den Bertelsmann-Medienkonzern (z. B. durch das „Pop-Idol"-Format, das nach Expertenansicht jedoch bereits seinen Höhepunkt überschritten hat) spiegeln sich bereits in BMGs Marktanteilen für 2003 wider. Auf der Grundlage dieser Marktanteile erreicht das Joint Venture jedoch nicht die Schwelle der Einzelmarktbeherrschung. Darüber hinaus hat die Kommission keine Anhaltspunkte dafür gefunden, dass es für Bertelsmann profitabel wäre, Wettbewerbern den Zugang zu seinen Fernseh- und Radiosendern zu verweigern.

D. **Mögliche gemeinsame Marktbeherrschung auf dem (Großhandels-) Markt für Lizenzen für Online-Musik**

(30) Die Kommission stellt fest, dass der Markt für legale Online-Musik sich gegenwärtig in einem frühen Entwicklungsstadium befindet, da die meisten Online-Musik-Sites im EWR erst vor kurzem in Betrieb gegangen sind. Es ist daher schwierig, die genaue Marktstellung der Musikmajors definitiv festzustellen, insbesondere vor dem Hintergrund nationaler Märkte. Zudem geben die verfügbaren Informationen über tatsächlich heruntergeladene und „gestreamte" Musikstücke keinen klaren Überblick über die Marktpositionen der Majors und öffentliche Branchenzahlen sind nicht verfügbar. Auf der Grundlage der der Kommission zugegangenen Informationen kann jedoch festgestellt werden, dass die Marktstellung der Musikmajors auf dem Großhandelsmarkt für Online-Musik-Lizenzen weitgehend mit ihrer Stellung auf den Tonträgermärkten übereinstimmt.

(31) In Anbetracht des frühen Entwicklungsstadiums der Märkte und der Unterschiede bei Preisen und Konditionen in den aktuellen Verträgen hat die Kommission festgestellt, dass keine hinreichenden Beweise für eine bestehende marktbeherrschende Stellung der Majors auf den nationalen Märkten für Lizenzen für Online-Musik oder für die Entstehung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung auf diesen Märkten als Folge des Zusammenschlusses gefunden werden konnten.

E. **Mögliche Einzelmarktbeherrschung auf den Märkten für den Online-Musik-Vertrieb**

(32) Drittparteien haben Bedenken geäußert, dass Sony infolge der Transaktion über seinen Sony Connect Musik-Download-Dienst eine alleinige marktbeherrschende Stellung auf den nationalen Märkten für den Vertrieb von Online-Musik erlangen könnte. Es wurde vorgetragen, dass Sony die Kontrolle über das Joint Venture dazu benutzen könnte, Wettbewerber vom nachgelagerten Markt für den Vertrieb von Online-Musik auszuschließen, insbesondere indem es konkurrierenden Online-Plattformen den Zugang zum Musikkatalog des Gemeinschaftsunternehmens verweigerte oder Wettbewerber diskriminierte, beispielsweise über Nutzungsregeln, den Zeitpunkt der Veröffentlichung neuer Musikstücke oder deren Format.

(33) Die Kommission stellt fest, dass Sony Connect in Europa gerade erst lanciert wird, nachdem es in den USA im Mai 2004 gestartet ist. Daher hält Sony Connect gegenwärtig keinen Anteil am Markt. Zudem haben andere Marktteilnehmer bereits gewisse Stellungen im Markt erlangt (z. B. OD2) und andere Anbieter sind vor kurzem in den Markt eingetreten oder haben ihren baldigen Eintritt angekündigt. Darüber hinaus entgingen dem Joint Venture SonyBMG durch den Ausschluss von Wettbewerbern beträchtliche Lizenzgebühren für über Sony Connects-Wettbewerber verkaufte Musikstücke und es erscheint zweifelhaft, ob eine solche Strategie profitabel wäre.

F. **Mögliche Gruppeneffekte („spill-over") auf den Musikverlagsmärkten**

(34) Drittparteien haben Bedenken geäußert, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien in den eng benachbarten Musikverlagsmärkten zur Folge haben könnte.

(35) Die Kommission ist der Ansicht, dass jegliche Koordinierung nur in eher begrenztem Ausmaße zustande kommen könnte, da die Verwaltung der Verlagsrechte hauptsächlich von den Verwertungsgesellschaften ausgeübt wird (zumindest für die wichtigen mechanischen/phonografischen und Aufführungsrechte). Die Verwertungsgesellschaften erteilen aufgrund nationalen Rechts Lizenzen zu nicht diskriminierenden Bedingungen an Nutzer und vereinbaren die Lizenzgebühren gemeinsam mit Verlegern, Textdichtern und Komponisten. Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass der Zusammenschluss — entgegen den Bedenken mancher Drittparteien — nicht zur Umgehung der Verwertungsgesellschaften durch die Majors führen wird, da keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für eine solche Strategie gefunden wurden.

III. **SCHLUSSFOLGERUNG**

(36) In der Entscheidung wird geschlussfolgert, dass der beabsichtigte Zusammenschluss weder zur Entstehung noch zur Verstärkung einer individuellen oder gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf den nationalen Märkten für Tonträger, Lizenzen für Online-Musik oder den Vertrieb von Online-Musik führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Die Entscheidung schlussfolgert weiter, dass der Zusammenschluss die Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften Sony und Bertelsmann auf den Musikverlagsmärkten weder zum Gegenstand noch zur Folge hat. Deshalb erklärt die Entscheidung den Zusammenschluss nach Artikel 2 Absätze 2 und 4 sowie Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung sowie Artikel 57 des EWR-Abkommens für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar.