DÉCISION DE LA COMMISSION

du 19 juillet 2004

déclarant une concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE

(Affaire COMP/M.3333 — SONY/BMG)

[notifiée sous le numéro C(2004) 2815]

(Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2005/188/CE)

Le 19 juillet 2004, la Commission a adopté une décision dans une affaire de concentration en vertu du règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises [1], et en particulier son article 8, paragraphe 2. Une version complète et non confidentielle de la décision peut être trouvée dans la langue authentique de l'affaire et dans les langues de travail de la Commission sur le site Internet de la direction générale de la concurrence, à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

(1) Le 9 janvier 2004, la Commission a reçu une notification en vertu du règlement (CEE) nº 4064/89 (ci-après dénommé le «règlement concentration») d'un projet de concentration par lequel Bertelsmann AG (Bertelsmann) et Sony Corporation of America, appartenant au groupe Sony (Sony), apportent leurs activités d'enregistrement musical (à l'exception des activité de Sony au Japon) dans une entreprise commune qui opérera sous la désignation commerciale de SonyBMG. SonyBMG sera active dans la découverte et le développement des artistes [ci-après dénommés «A & R» [2]] et la commercialisation et la vente ultérieures de la musique enregistrée. SonyBMG ne s'engagera pas dans les activités connexes telles que l'édition musicale, la fabrication et la distribution.

(2) Bertelsmann est une société internationale de médias avec des activités mondiales dans l'enregistrement et l'édition musicale, la télévision, la radio, la publication de livres et de revues, les services d'impression, les clubs de livres et de musique. Bertelsmann est présente dans la musique enregistrée à travers sa filiale «BMG» détenue à 100 %. Les labels d'enregistrement de BMG comprennent en particulier Arista, mais aussi des labels comme Jive, Zomba et RCA.

(3) Sony est présent globalement dans l'enregistrement et l'édition musicale, l'électronique industrielle et celle destinée à la grande consommation, et dans le divertissement. Dans la musique enregistrée, Sony est présent à travers sa filiale Sony Music Entertainment. Les labels de Sony comprennent Columbia, Epic et Sony classique.

(4) Le comité consultatif en matière de concentration, lors de sa cent vingt-septième réunion, le 9 juillet 2004, a émis un avis favorable sur le projet de décision accordant l'autorisation que lui a soumis la Commission.

(5) Le conseiller-auditeur, dans un rapport du 5 juillet 2004, a considéré que le droit des parties à être entendu avait été respecté.

I. LES MARCHÉS EN CAUSE

La musique enregistrée

(6) La Commission a constaté que le marché de produits pertinent pour la musique enregistrée (c'est-à-dire l'A & R et la promotion, les ventes et la commercialisation de la musique enregistrée) pourrait être subdivisé en marchés de produits distincts basés sur le genre (la pop internationale, la pop locale, la musique classique) ou les compilations. Cependant, aux fins de la présente affaire, la question de savoir si les genres ou les catégories susmentionnés constituent des marchés distincts peut être laissée ouverte, puisque la concentration ne conduira pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sous aucune définition de marché considérée.

(7) L'enquête de marché a confirmé qu'un certain nombre de facteurs (par exemple: l'A & R, la pratique tarifaire, les ventes et la commercialisation ayant lieu principalement au niveau national, la forte demande du répertoire local et la présence limitée de maisons de disques indépendantes au niveau international) indiquent que les marchés géographiques pertinents pour la musique enregistrée sont nationaux.

La musique en ligne

(8) Soutenue par les résultats de son enquête de marché, la Commission considère que la musique en ligne ne fait pas partie du marché de la musique enregistrée sur support physique, en particulier à cause des différences dans le produit et dans sa distribution. Elle a identifié deux marchés de produits distincts pour la musique en ligne: i) le marché de grossiste pour les licences destinées à la musique en ligne, et ii) le marché de détail pour la distribution de la musique en ligne.

[1] JO L 395 du 30.12.1989, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) nº 1310/97 (JO L 180 du 9.7.1997, p. 1).

[2] A & R = Artiste et Répertoire; c'est l'équivalent de la «recherche et développement» dans l'industrie musicale.

(9) Aux fins de la présente affaire, la Commission considère que l'étendue, à la fois du marché de gros pour les licences destinées à la musique en ligne et du marché de détail pour la distribution de musique en ligne, est nationale. Cela pourrait changer à l'avenir, selon d'éventuels développements transfrontaliers dans les licences de musique et la distribution de musique en ligne.

L'édition musicale

(10) Sur la base à la fois des considérations de la demande et de l'offre, la Commission a trouvé des indications de l'existence de marchés de produits distincts pour l'édition musicale selon l'exploitation des différentes catégories de droits (c'est-à-dire les droits de reproduction mécanique, de représentation publique, de synchronisation, d'impression et d'autres droits). Néanmoins, la définition précise du marché de produits en cause peut être laissée ouverte puisque l'évaluation concurrentielle est identique sous toute définition de marché considérée.

(11) L'enquête de marché a confirmé que l'étendue géographique du marché est essentiellement nationale, malgré l'existence de certains éléments transfrontaliers, étant donné que la perception des droits de licence pour la reproduction mécanique et la représentation publique est généralement effectuée sur une base nationale. Aux fins de la présente affaire, la définition précise du marché géographique en cause peut être laissée ouverte puisque l'évaluation concurrentielle est identique sous toute définition de marché considérée.

II. **APPRÉCIATION**

A. **Possible renforcement d'une position dominante collective sur les marchés de la musique enregistrée**

Introduction

(12) L'enquête menée par la Commission n'a pas fourni de preuves suffisamment concluantes de l'existence d'une position dominante collective des cinq «Majors» (Sony, BMG, Universal, EMI et Warner) dans les marchés de la musique enregistrée.

(13) Sur la base de la jurisprudence des juridictions européennes, notamment le jugement Airtours, des conditions préalables à l'existence d'une position dominante collective parmi les acteurs du marché consistent en: i) une compréhension mutuelle sur les termes de la coordination; ii) la capacité de contrôler si ces termes sont maintenus; iii) l'existence d'un mécanisme dissuasif en cas de déviations, et iv) des tiers (concurrents actuels et potentiels, clients) ne pouvant pas compromettre efficacement les avantages escomptés de la coordination.

(14) Dans l'évaluation de l'existence d'une position dominante collective sur les marchés pour la musique enregistrée parmi les cinq «Majors», la Commission a analysé si, au cours des trois à quatre dernières années, une politique coordonnée des prix mise en place par les «Majors» pouvait être établie dans les États membres de l'EEE.

(15) À cet effet, la Commission a analysé le développement des prix de gros pratiqués par les «Majors» aux grossistes et détaillants dans chaque État membre pour la période 1998-2003. L'analyse de la Commission s'est concentrée en particulier sur le développement des prix de gros moyens nets, des PPDs (des prix publiés aux commerçants), des ratios de prix nets et de gros, ainsi que des remises sur facture et remises rétrospectives.

(16) Pour évaluer une coordination possible des prix de gros des «Majors», la Commission a analysé le parallélisme dans le développement des prix moyens nets (avec les corrections liées à l'inflation) des «top-100» albums de chaque «Major», dans les cinq plus grands États membres (ceci est considéré comme un échantillon représentatif puisque les 100 premiers albums, au regard des ventes, représentent approximativement 70-80 % des ventes totales de musique des «Majors»). Deuxièmement, la Commission a examiné si la coordination des prix pouvait avoir été atteinte dans l'utilisation des prix de catalogue (PPDs) comme des points de référence. Troisièmement, la Commission a analysé si les remises des différents «Majors» ont été alignées et suffisamment transparentes afin de permettre un contrôle efficace du comportement concurrentiel.

France, Allemagne, Italie, Espagne, Royaume-Uni

(17) Sur la base des prix moyens nets, la Commission a trouvé un certain parallélisme et un développement des prix relativement similaire des «Majors» sur les cinq plus grands marchés: France, Allemagne, Italie, Espagne et Royaume-Uni. Néanmoins, ces observations ne suffisent pas, en soi, pour conclure que le comportement coordonné des prix a existé par le passé.

(18) Par conséquent, la Commission a étudié si des éléments supplémentaires, à savoir les prix des catalogues et des remises, ont été alignés et suffisamment transparents pour fournir les preuves d'une coordination.

(19) La Commission a trouvé certains éléments indiquant que les PPDs ont pu être utilisés comme des points de référence pour un alignement des prix des catalogues des «Majors» dans chacun des cinq États membres. À l'égard des remises, l'enquête de marché a indiqué que le niveau des remises variait dans une certaine mesure entre les différentes «Majors» et que certaines remises n'étaient pas suffisamment transparentes pour établir l'existence d'une collusion.

(20) En outre, la Commission a analysé les marchés de la musique enregistrée afin de savoir s'ils étaient caractérisés par des éléments facilitant la position dominante collective, notamment en considérant l'homogénéité des produits, la transparence et les éventuels mécanismes de représailles.

(21) Quant à l'homogénéité du produit, la Commission a constaté que le contenu des albums individuels est différencié, mais également que la tarification et le *marketing* sont standardisés d'une certaine manière. Cependant, l'hétérogénéité du contenu conduit à des implications pour la tarification, ce qui réduirait la transparence sur le marché et rendrait la collusion tacite plus difficile puisqu'elle requiert un contrôle au niveau de l'album individuel.

(22) À l'égard de la transparence, la Commission a découvert que la publication hebdomadaire des «tops», la stabilité de la base de clients commune et la surveillance des «Majors» du marché de détail par le biais de rapports hebdomadaires augmente la transparence du marché et facilite le contrôle d'une politique coordonnée. Cependant, l'enquête de marché indique également que le contrôle des remises de campagne exige également un contrôle au niveau de l'album individuel, lequel réduit la transparence sur le marché et rend la collusion tacite plus difficile. Il en résulte que la Commission n'a pas trouvé d'éléments de preuve suffisants démontrant que les «Majors» n'ont pas surmonté cette carence de transparence par le passé.

(23) Quant aux mécanismes de représailles, la Commission a exploré si les «Majors» pouvaient exercer des représailles contre la «triche» d'une «Major», notamment par un retour (temporaire) à un comportement concurrentiel ou par l'exclusion de l'entreprise déviante des entreprises communes de compilation et des accords liés à cette activité. Néanmoins, la Commission n'a pas trouvé de preuves suffisantes que ces mécanismes de représailles aient été mis en œuvre ou utilisés comme menace par le passé.

Pays-Bas, Suède, Irlande, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Norvège, Portugal, Grèce

(24) Dans les plus petits États membres, la Commission a également constaté qu'il existe un degré considérable de parallélisme entre les PPDs des «Majors», qui, en principe, pourraient être utilisés comme points de référence par les «Majors» pour aligner leurs prix. Néanmoins, l'enquête de marché a également révélé, dans les petits États membres, des différences au niveau des remises et une carence de la transparence à l'égard de certaines remises.

(25) Les considérations de la Commission quant à l'homogénéité du produit, à la transparence du marché et à la possibilité d'exercer des représailles, spécifiées ci-dessus pour les plus grands États membres, sont également valides pour les plus petits États membres.

Conclusion

(26) La Commission considère qu'elle n'a pas trouvé de preuves suffisantes pour établir l'existence d'une position dominante collective des cinq «Majors» dans le marché de la musique enregistrée, dans aucun des États membres de l'EEE.

B. **Possible création d'une position dominante collective sur les marchés de la musique enregistrée**

(27) La Commission a également examiné si la fusion conduirait à la création d'une position dominante collective des «Majors» dans les États membres de l'EEE. Néanmoins, à la lumière des remarques mentionnées ci-dessus, notamment en ce qui concerne la transparence des marchés, l'hétérogénéité du contenu du produit, le mécanisme de représailles, la Commission considère que l'effet d'une réduction de cinq à quatre des «Majors» après la fusion ne serait pas assez substantielle au point de créer une position dominante collective des «Majors» sur les marchés de la musique enregistrée.

C. **Possible création d'une position dominante individuelle sur les marchés de la musique enregistrée**

(28) Les tiers ont évoqué certaines inquiétudes relatives à la possibilité pour l'entreprise commune de parvenir à une position dominante individuelle sur les marchés de la musique enregistrée grâce aux relations verticales entre l'entreprise commune et les activités de Bertelsmann dans les médias. Il a été mis en avant que Bertelsmann pourrait utiliser sa position dans la télévision et les stations de radio pour favoriser SonyBMG et entraver la concurrence, notamment en accordant des taux préférentiels ou par un traitement préférentiel ou encore en empêchant les concurrents d'effectuer la promotion de leurs artistes via ces mêmes voies.

(29) La Commission conclut qu'il n'est pas probable que l'entreprise commune proposée aboutirait à une position dominante sur les marchés de la musique enregistrée en Allemagne, aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg et en France, où Bertelsmann est active via RTL. Les avantages dérivés de l'intégration verticale du groupe de médias Bertelsmann (par exemple, à travers le format Pop Idole, lequel, d'après les experts de l'industrie a déjà dépassé son pic d'activité) sont déjà incorporés dans les parts de marché de BMG pour 2003. Sur la base de ces parts de marché, l'entreprise commune proposée n'atteint pas le seuil d'une éventuelle position dominante. En outre, la Commission n'a trouvé aucune preuve attestant qu'il pourrait être stratégiquement rentable pour Bertelsmann d'empêcher ses concurrents d'accéder à ses chaînes de télévision et ses stations de radio.

D. **Possible position dominante collective sur le marché de gros des licences pour la musique en ligne**

(30) La Commission note que le marché de la musique en ligne licite est actuellement à un stade de développement embryonnaire comme la plupart des sites destinés à la musique en ligne n'ont commencé que récemment leurs opérations dans l'EEE. Il est ainsi difficile de conclure définitivement sur les positions de chaque «Majors» sur ce marché, particulièrement par rapport aux marchés nationaux. En outre, les informations sur les chansons téléchargées ou celles destinées au «streaming» ne semblent pas donner une image claire des positions des différents acteurs dans le marché et aucune donnée publique de l'industrie n'est disponible. Néanmoins, sur la base des informations reçues par la Commission, il peut être conclu que la situation des «Majors» sur le marché de gros pour les licences destinées à la musique en ligne semble être généralement similaire à leur position respective sur les marchés pour la musique enregistrée.

(31) Étant donné l'état d'émergence des marchés et les différences existant dans les systèmes de tarification et dans les conditions définies dans les accords actuels, la Commission a conclu qu'il n'y a pas de preuves suffisantes ni pour établir qu'une position dominante collective des «Majors» existe sur les marchés nationaux pour les licences destinées pour la musique en ligne ni pour affirmer que la concentration aurait pour résultat la création d'une position dominante collective sur ces marchés.

E. **Possible position dominante individuelle sur les marchés de la distribution de musique en ligne**

(32) Les tiers ont évoqué des inquiétudes quant à la possibilité pour Sony d'obtenir, à la suite de la transaction, une position dominante sur les marchés nationaux de la distribution de la musique en ligne via son service de téléchargement de musique, Sony Connect. Il a été supposé que Sony pourrait utiliser son contrôle de l'entreprise commune pour empêcher ses concurrents de se développer sur le marché en aval de la distribution de la musique en ligne, notamment en niant l'accès des plates-formes concurrentes au catalogue de l'entreprise commune ou en mettant en œuvre une politique de discrimination vis-à-vis de ses concurrents, par exemple au moyen de règles d'utilisation plus contraignantes, d'une mise à disposition des nouvelles chansons plus tardive ou du format des titres.

(33) La Commission considère que Sony Connect se trouve actuellement en phase de prélancement en Europe, après son lancement aux États-Unis d'Amérique en mai 2004. Il n'a donc actuellement aucune part du marché. En outre, d'autres acteurs ont déjà gagné une certaine position sur ce marché (par exemple: OD2) et d'autres acteurs sont récemment entrés sur ce marché ou ont annoncé qu'ils y entreraient prochainement. En outre, en entravant le développement de ses concurrents, l'entreprise commune SonyBMG renoncerait à des recettes considérables provenant des licences des titres vendus par les concurrents; il semble donc improbable que cette stratégie soit rentable.

F. **Possible effets de groupe («spill-over») dans l'édition musicale**

(34) Les tiers ont fait part de leurs craintes selon lesquelles la création de l'entreprise commune aurait comme effet la coordination du comportement concurrentiel des parties dans le marché connexe de l'édition musicale.

(35) La Commission considère que toute coordination ne pourrait se matérialiser que dans une mesure limitée, puisque la gestion des droits d'édition est principalement effectuée par les sociétés de gestion collective (tout au moins pour les plus importants, à savoir les droits de reproduction mécanique et de représentation publique). Les sociétés de gestion de droits accordent, sur la base de la législation nationale en vigueur, des licences à des conditions non discriminatoires et les redevances sont fixées en accord avec les éditeurs, les auteurs et les compositeurs. La Commission considère également, contrairement aux inquiétudes de quelques tiers, que la concentration n'aboutirait pas au contournement des sociétés de gestion collective par les «Majors» puisqu'il n'y a pas de preuve concrète d'une telle stratégie.

III. **CONCLUSION**

(36) La décision conclut que la concentration proposée ne crée ni ne renforce une position dominante individuelle ou collective dans les marchés de la musique enregistrée, des licences pour la musique en ligne ou de la distribution en ligne de musique, qui aurait pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. La décision conclut en outre que la concentration proposée n'a ni pour objet ni pour effet la coordination du comportement concurrentiel des sociétés mères, Sony et Bertelsmann, dans les marchés de l'édition musicale. Par conséquence, la décision déclare la concentration compatible avec le marché commun, conformément à l'article 2, paragraphes 2 et 4, et l'article 8, paragraphe 2, du règlement «concentrations», et conformément à l'article 57 de l'accord EEE.