



Bertelsmann AG, Sony Corporation of America / Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Commissie, Sony BMG Music Entertainment BV, zaak C-413/06 P, Hof van Justitie, 10 juli 2008, n.n.g. Vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg.¹

(m.n. mr. R.R.R. Hardy en mr. drs. G.G. Heslen)²

Achtergrond en feiten

Zoals bekend,³ meldden Bertelsmann AG en Sony Corporation of America, twee ondernemingen actief in de mediasector, hun voorgenomen concentratie strekkende tot hergroepering van hun wereldwijde activiteiten inzake muziekopnamen onder de naam Sony BMG aan bij de Europese Commissie in 2004. De Commissie deelde partijen in haar punten van bezwaar mee dat zij tot de conclusie kwam dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, in het bijzonder omdat de concentratie een collectieve machtspositie op de markt van muziekopnamen zou versterken. Na partijen te hebben gehoord keurde de Commissie de operatie echter alsnog goed. Impala, een internationale vereniging van onafhankelijke muziekondernemingen, verzocht daarop het Gerecht van eerste aanleg de beschikking nietig te verklaren.

Het Gerecht van eerste aanleg honoreerde dit verzoek. Het Gerecht zocht aansluiting bij zijn arrest inzake *Airtours*. Met betrekking tot de versterking van een bestaande collectieve machtspositie op de markt van muziekopnamen overwoog het Gerecht dat volgens de beschikking van de Commissie het ontbreken van een collectieve machtspositie op die markt kon worden afgeleid uit de heterogeniteit van het betrokken product, het ontbreken van een doorzichtige markt en het ontbreken van vergeldingsmaatregelen tussen de vijf grootste spelers op de markt. Het Gerecht was echter van oordeel dat de stelling dat de markt van muziekopnamen onvoldoende doorzichtig was om een collectieve machtspositie mogelijk te maken rechtens ontoereikend was en tevens ontoereikend was gemotiveerd. Het Gerecht overwoog verder dat de Commissie zich had gebaseerd op het ontbreken van bewijs van uitoefening van vergeldingsmaatregelen in het

verleden, terwijl volgens de rechtspraak het loutere bestaan van doeltreffende mechanismen van afschrikkende werking volstond. Met betrekking tot het mogelijke ontstaan van een collectieve machtspositie na de fusie verweet het Gerecht de Commissie een (te) beknopt onderzoek te hebben verricht en in de beschikking slechts enkele oppervlakkige en formele opmerkingen op dit punt te hebben geformuleerd. Deze zeer beperkte en oppervlakkige analyse was in de ogen van het Gerecht van eerste aanleg extra opmerkelijk gelet op de voorlopige conclusies zoals neergelegd door de Commissie in de punten van bezwaar.

In het kader van het nieuwe mededingingsrechtelijke onderzoek (vergelijk art. 10 lid 5 van de Concentratieverordening⁴) werd de concentratie in januari 2007 opnieuw bij de Commissie aangemeld. In oktober 2007 verklaarde de Commissie de concentratie wederom verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en werd de goedkeuring zonder voorwaarden of verplichtingen verleend.⁵ Het mededingingsrechtelijke onderzoek vond plaats parallel aan het hier te bespreken hoger beroep, aangezien een verzoek tot hogere voorziening geen opschortende werking heeft (art. 60 van het Statuut van het Hof).

In hoger beroep twisten partijen vooral over de vraag welke onderzoeks- en motiveringsinspanning het Gerecht van de Commissie mocht verlangen. In het bijzonder stellen eisers dat het Gerecht van eerste aanleg blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door:

- (i) bij de beoordeling van de beschikking uit te gaan van de punten van bezwaar,

1 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was de Nederlandstalige versie van het arrest (nog) niet beschikbaar.

2 Robert Hardy is advocaat bij Stibbe te Amsterdam; Geerte Heslen is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

3 Zie onze bijdrage in *Markt & Mededinging* 2006, nr. 8, p. 250 e.v.

4 Verordening 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle of concentraties van ondernemingen, *PbEG* L 24/1 van 29 januari 2004.

5 Beschikking van de Commissie van 3 oktober 2007, zaak nr. COMP/M.3333 – Sony / BMG.

- (ii) van de Commissie te verlangen dat zij een nieuw markt-onderzoek uitvoert na het antwoord van de anmeldende partijen op de punten van bezwaar,
- (iii) voor beschikkingen inzake de goedkeuring van een fusie een onjuist en buitensporig hoog bewijsniveau toe te passen,
- (iv) de in de zaak *Airtours* ontwikkelde criteria voor de beoordeling van stilzwijgende afspraken onjuist toe te passen,
- (v) onjuiste en buitensporige eisen te stellen aan de motivering van beschikkingen inzake de goedkeuring van een fusie, en
- (vi) zich te baseren op bewijsmateriaal dat niet aan eisers was overgelegd en waarover de Commissie niet beschikte bij de vaststelling van haar beschikking.

Oordeel van het Hof van Justitie

Eisers bekritisieren het Gerecht van eerste aanleg in de eerste plaats voor het veelvuldig verwijzen naar de punten van bezwaar. Het Gerecht wordt met name verweten dat zijn oordeel dat de eerste goedkeuringsbeschikking onwettig is ten onrechte is gebaseerd op een vergelijking tussen de beschikking en de punten van bezwaar. Het Hof van Justitie benadrukt dat de Commissie niet verplicht is om in haar beschikking vast te houden aan haar bevindingen zoals geformuleerd in de punten van bezwaar. Evenmin hoeft zij in haar beschikking eventuele verschillen met de punten van bezwaar te verklaren, aangezien dit laatste een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen. De omstandigheid dat de Commissie gehouden is aan strikte termijnen in procedures ter controle van concentraties doet hieraan niets af. Een beschikking van de Commissie in zo'n procedure mag bijgevolg niet enkel geacht worden blijf te geven van een onjuiste rechtsopvatting omdat zij zonder nadere verklaring inhoudelijk van de punten van bezwaar afwijkt. Het voorgaande betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de rechter de punten van bezwaar niet mag meenemen bij het interpreteren van een beschikking van de Commissie. Het Gerecht van eerste aanleg gebruikte de punten van bezwaar echter niet alleen om de juistheid van het feitenkader, de volledigheid van het feitenkader en de draagkracht van het feitenkader dat ten grondslag lag aan de beschikking te verifiëren. Het Gerecht behandelde bepaalde elementen in de punten van bezwaar als zijnde vaststaande conclusies, terwijl die enkel aangemerkt mochten worden als zijnde voorlopig. In zoverre heeft het Gerecht van eerste aanleg blijf gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Ten aanzien van het tweede middel overweegt het Hof dat in de procedure ter controle van concentraties het in acht nemen van de rechten van de verdediging een dwingend vereiste is. Betrokken ondernemingen kan daarom niet worden verweten dat zij bepaalde, mogelijk door slaggevende argumenten, feiten of bewijselementen niet reeds bij de aanmelding van de concentratie of tijdens het marktonderzoek door de Commissie, maar pas bij hun verweer tegen de punten van bezwaar naar voren brengen. Pas uit de punten van bezwaar kunnen de partijen bij de concentratie namelijk in

detail opmaken welke bezwaren de Commissie tegen hun voorgenomen concentratie aanvoert en op welke argumenten en bewijselementen zij zich hierbij juist baseert. Aan het verweer van de betrokken ondernemingen in antwoord op de punten van bezwaar mogen ook geen hogere eisen worden gesteld, wat de bewijskracht en de overtuigingskracht ervan betreft, dan aan de argumenten van concurrenten, klanten en overige derden. Tenslotte kan de Commissie niet in elk afzonderlijk geval verplicht zijn om na de punten van bezwaar en na het horen van de betrokken ondernemingen nog nader marktonderzoek te verrichten. De tijdsdruk alleen al, die uit de relatief strikte termijnen voortvloeit, maakt het voor de Commissie onmogelijk om nog omvangrijke verzoeken om inlichtingen over complexe economische vragen aan talrijke marktdeelnemers te verzenden. Dientengevolge is het middel gegrond.

Het derde middel stelt dat het Gerecht miskend heeft dat de Commissie bij goedkeurings- en verbodsbeschikkingen niet aan dezelfde bewijsvoeringvereisten is onderworpen. Volgens eisers bestaat er een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt en was de Commissie dus aan minder strenge bewijsvereisten onderworpen ten aanzien van de beschikking inzake de goedkeuring. Het Hof van Justitie overweegt dat van de Commissie verlangd wordt om een prognose te geven over de toekomstige ontwikkeling van de markt. De Commissie dient te beoordelen of een concentratie een machtspositie in het leven kan roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd. Tussen de juridische vereisten inzake goedkeuringsbeschikkingen enerzijds en verbodsbeschikkingen anderzijds bestaan echter geen verschillen, noch met betrekking tot de mate van aannemelijkheid van de door de Commissie op te stellen prognose, noch met betrekking tot de betrouwbaarheid van het feitenkader waarop zij is gebaseerd.

Met het vierde middel wordt in de kern de vraag opgeworpen of de door het Gerecht ontwikkelde criteria voor het vaststellen van een collectieve machtspositie meer of minder strikt moeten worden toegepast naargelang het gaat om het bewijs te leveren van een reeds bestaande collectieve machtspositie, dan wel voor de toekomst het risico te prognosticeren dat een collectieve machtspositie zal ontstaan. Het belangrijkste strijdpunt vormt hierbij rechtsoverweging 251 van het bestreden arrest. Het Gerecht zet daar uit een dat de aanwezigheid van een (reeds bestaande) collectieve machtspositie

'in voorkomend geval indirect kan worden vastgesteld op basis van een reeks – eventueel zelfs zeer verschillende – aanwijzingen en bewijzen betreffende de tekenen, uitingen en verschijnselen die typisch zijn voor een collectieve machtspositie'.

Het Hof van Justitie bevestigt de door het Gerecht in de zaak *Airtours* ontwikkelde criteria en benadrukt dat

“[i]n applying those criteria, it is necessary to avoid a mechanical approach involving the separate verification of each of those criteria taken in isolation (...)”

en concludeert dat het Gerecht in de onderhavige zaak zijn analyse niet juist heeft uitgevoerd.

Met betrekking tot het vijfde middel overweegt het Hof dat volgens vaste rechtspraak de door art. 253 EG geëiste motivering dient te beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en dat de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet komen, zodat 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. Het Hof vervolgt dat in de onderhavige zaak er inderdaad een zekere ongelukkige onevenwichtigheid was in de beschikking ten aanzien van de presentatie van de aanknopingspunten voor het bestaan van markttransparantie aan de ene kant en de promotionele kortingen (die tegen het bestaan van voldoende markttransparantie pleitten) aan de andere kant. Gelet op de omstandigheden waarin de beschikking was genomen – in het bijzonder de korte periode tussen de schriftelijke reactie op de punten van bezwaar en de hoorzitting enerzijds en de afsluiting anderzijds – kon het Gerecht echter niet, althans niet zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, concluderen dat de Commissie het motiveringsvereiste had geschonden.

Met hun zesde middel verwijten eisers het Gerecht, ten slotte, dat het zijn arrest ten onrechte heeft gebaseerd op bewijselementen die niet aan hen waren overgelegd, waarover zij nooit een standpunt hebben kunnen bepalen en waarover de Commissie evenmin beschikte bij de vaststelling van de eerste goedkeuringsbeschikking. Aangezien de Commissie zich bij haar beschikking niet op dergelijke bewijselementen kon baseren, mocht de vernietiging van de eerste goedkeuringsbeschikking daar evenmin op worden gebaseerd. Wanneer het Gerecht immers bepaalde documenten als dermate vertrouwelijk beschouwt dat de inhoud daarvan volledig aan de partijen bij de concentratie wordt onthouden, dan kan redelijkerwijs ook niet van de Commissie worden verwacht dat zij zich daarop in de administratieve procedure baseert als grondslag voor een eventuele verbodsbeschikking ofwel om enkel bepaalde argumenten van de partijen bij de concentratie te ontkrachten. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Volgt nietigverklaring van het arrest en terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg.

Commentaar

Dit arrest is belangrijk om een aantal redenen.

In de eerste plaats omdat het Hof van Justitie benadrukt dat de mededeling van de punten van bezwaar slechts een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen en er als zodanig geen bewijskracht aan verbonden kan worden. De omstandigheid dat de Europese Commissie haar bezwaren laat varen naar aanleiding van de reacties van betrokken partijen op de punten van bezwaar is geen reden voor verscherpte rechterlijke controle, maar is juist verenigbaar met het doel van de punten van bezwaar, namelijk het ten volle waarborgen van de rechten van de verdediging van betrokkenen. Het oordeel van het Hof lijkt de door het arrest van het Gerecht van eerste aanleg enigszins aangetaste procedurele dynamiek van de controle op concentraties te herstellen. Wel kan door het arrest van het Hof van Justitie mogelijkerwijze een tweedeling ontstaan: indien het Gerecht van eerste aanleg de feitelijke bevindingen van de Commissie wil bekrachtigen dan kan hij refereren aan de punten van bezwaar; indien hij echter twijfelt aan de juistheid van de feiten in de beschikking dan kan hij niet of met grote moeite succesvol een beroep doen op de feitelijke bevindingen in de mededeling van de punten van bezwaar.

De mogelijkheid om succesvol gebruik te maken van de punten van bezwaar door interveniënten lijkt, naar onze mening, met deze uitspraak te zijn verkleind. Het arrest van het Hof benadrukt dat de Commissie nadat de punten van bezwaar zijn medegedeeld geen nieuwe bezwaren kan aandragen, aangezien dit niet strookt met het doel van de mededeling van de punten van bezwaar. Verder is de Commissie misschien, indien daartoe goede redenen bestaan, eerder geneigd af te wijken van haar punten van bezwaar nu zij niet verplicht is om in haar beschikking eventuele verschillen met de punten van bezwaar (uitgebreid) te verklaren. Ten slotte, is ook het ‘gevaar’ afgewend dat de Commissie in complexe, controversiële zaken in zijn geheel afziet van het sturen van punten van bezwaar, omdat zij bang is niet meer van haar standpunt af te kunnen wijken.⁶

Het arrest is ook van belang voor kartelzaken, waar – anders dan bij procedures ter controle van concentraties – geen voortdurende dialoog plaatsvindt tussen partijen, en de Commissie en partijen slechts ten tijde van de mededeling van de punten van bezwaar volledig kennis kunnen nemen van de aantijgingen van de Commissie en hun verweer kunnen voorbereiden. In die omstandigheden is het nog belangrijker dat de Commissie niet vast hoeft te houden aan haar punten van bezwaar. Ook de mogelijkheid om succesvol gebruik te maken van de punten van bezwaar in een particuliere schadevergoedingsactie voor inbreuken op de mededingingsregels lijkt te zijn verkleind. Dit is met name relevant voor kartels met een internationale dimensie, waarbij Ameri-

6 Vergelijk Völcker, S., O’Daly, C. en Israel, A., ‘European Court of Justice Overturns CFI’s *Impala* Judgment and Restores Proper Process in EC Merger Review’, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage beschikbaar via: <http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=8384>.

kaanse eisers door middel van discovery kunnen proberen de punten van bezwaar te achterhalen met als doel het afdwingen van een schikking.

In de tweede plaats omdat het Hof van Justitie voor het eerst in hoofdzaak⁷ de criteria bevestigd die het Gerecht in zijn arrest inzake *Airtours* voor het vaststellen van een collectieve machtspositie heeft ontwikkeld.

Het is overigens interessant te constateren dat, hoewel het verzoek aan het Hof om een hogere voorziening alleen rechtsvragen kan betreffen (art. 58 van het Statuut van het Hof van Justitie), het Hof toch – in het kader van zijn beoordeling van het relevante rechtsmiddel – aandacht lijkt te besteden aan de feitelijke, economische overwegingen van het Gerecht van eerste aanleg. Het Hof concludeert namelijk dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste *rechtsopvatting* door zijn eigen criteria niet goed toe te passen. Kort gezegd, is het Hof van oordeel dat het Gerecht van eerste aanleg vanwege gebrek aan voldoende bewijs niet had mogen concluderen dat de markt voor muziekopnamen voldoende transparant was.

In de derde plaats maakt dit arrest duidelijk dat de Europese procedure ter controle van concentraties ‘waardeneutraal’ is, in die zin dat er geen algemeen vermoeden bestaat dat een aangemelde concentratie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Dit was lang onduidelijk. Art. 10 lid 6 van de Concentratieverordening – dat bepaalt dat indien de Commissie niet binnen de vastgestelde termijnen een beschikking heeft gegeven de concentratie geacht wordt verenigbaar te zijn met de gemeenschappelijke markt – is als zodanig aan te merken als een ‘exception to the general scheme of the Regulation’ (r.o. 175) en bevat dus geen wettelijk vermoeden in welke zin dan ook. Dit heeft belangrijke implicaties voor de bewijsvereisten van de Commissie, die dus in theorie identiek zijn voor goedkeurings- en verbodsbeschikkingen.⁸

In de vierde plaats is nu duidelijk dat aan het verweer van de betrokken ondernemingen in antwoord op de punten van bezwaar geen hogere eisen mogen worden gesteld wat de bewijskracht en de overtuigingskracht ervan betreft dan aan de argumenten van derden.

Vanuit institutioneel perspectief is dit arrest interessant omdat het in mededingingszaken zelden voorkomt dat een arrest van het Gerecht door het Hof wordt vernietigd. In combinatie met de omstandigheid dat het Hof van Justitie Advocaat-Generaal Kokott, die concludeerde tot verwerping van de hogere voorziening,⁹ niet gevolgd is, kan dit er op duiden dat het Hof bereid lijkt te zijn een meer actievare rol te spelen

in mededingingszaken, althans daar waar het een fundamentele kwestie betreft, zoals de rechten van de verdediging van betrokkenen.

Een ding is duidelijk: de saga is nog niet ten einde. Het Hof heeft de zaak terugverwezen naar het Gerecht van eerste aanleg, die opnieuw over de zaak dient te oordelen. Daarbij komt dat het tweede goedkeuringsbeschikking van de Commissie inmiddels ook bij het Gerecht van eerste aanleg is aangevochten door Impala. Er zijn nu dan ook twee zaken ahangig bij het Gerecht die zien op dezelfde transactie, maar waarbij de marktomstandigheden verschillen.

7 Het Hof benadrukt dat ‘*it is necessary to avoid a mechanical approach involving the separate verification of each of those criteria taken in isolation, while taking no account of the overall economic mechanism*’.

8 In de praktijk is het echter maar de vraag of dit ook echt zo is. De NMa motiveert bijvoorbeeld soms slechts zeer summier indien zij van mening is dat een concentratie toelaatbaar is.

9 Conclusie van A-G Kokott van 13 december 2007 in zaak C-413/06 P.