

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 13 de diciembre de 2007<sup>1</sup>

Índice

I.	Introducción .....	I - 4963
II.	Marco jurídico .....	I - 4963
III.	Antecedentes del litigio y desarrollo del procedimiento .....	I - 4966
	A. Operación de concentración .....	I - 4966
	B. Problema de la posición dominante colectiva .....	I - 4967
	C. Procedimiento administrativo y primera Decisión de autorización de la Comisión ..	I - 4969
	D. Procedimiento judicial en primera instancia .....	I - 4970
	E. Recurso de casación .....	I - 4970
	F. Nuevo procedimiento administrativo y segunda Decisión de autorización de la Comisión .....	I - 4971
IV.	Cuestiones previas al examen del recurso de casación .....	I - 4972
	A. Admisibilidad de cada uno de los motivos .....	I - 4972
	1. Admisibilidad del quinto motivo .....	I - 4973
	2. Admisibilidad de los demás motivos del recurso de casación .....	I - 4974
	3. Conclusión provisional .....	I - 4974
	B. Adecuación del recurso de casación para alcanzar el objetivo perseguido .....	I - 4975
	1. Sobre la falta alegada de las recurrentes de impugnar un apartado decisivo de la sentencia recurrida .....	I - 4975
	2. Sobre los motivos de la sentencia recurrida que no constituyen el fundamento del fallo .....	I - 4976

1 — Lengua original: alemán.

3. Conclusión provisional .....	I - 4977
C. Subsistencia del interés en ejercitar la acción .....	I - 4977
V. Fundamentación del recurso de casación .....	I - 4981
A. Grado de investigación y motivación que cabe exigir a la Comisión en las decisiones de autorización (motivos primero, segundo, tercero y sexto) .....	I - 4982
1. Sobre la motivación de decisiones de autorización en el control de las concentraciones (partes primera y tercera del sexto motivo) .....	I - 4982
a) Posibilidad de impugnar decisiones de autorización por falta de motivación ..	I - 4983
b) Alcance de la obligación de motivación .....	I - 4985
— Sentencia recurrida .....	I - 4986
— Apreciación .....	I - 4987
c) Otros aspectos .....	I - 4991
d) Conclusión provisional .....	I - 4993
2. Sobre la remisión del Tribunal de Primera Instancia a la notificación del pliego de cargos (primer motivo y segunda parte del sexto motivo) .....	I - 4993
a) Sobre la interpretación general que hace el Tribunal de Primera Instancia de la relación entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos .....	I - 4994
— Sentencia recurrida .....	I - 4994
— Apreciación .....	I - 4994
b) Sobre las remisiones concretas del Tribunal de Primera Instancia al pliego de cargos .....	I - 4997
c) Conclusión provisional .....	I - 5002
3. Sobre el valor probatorio de hechos alegados en respuesta a los cargos (segundo motivo y primera parte del tercer motivo) .....	I - 5002
a) Sentencia recurrida .....	I - 5002
b) Apreciación .....	I - 5003
4. Sobre el nivel de exigencia en materia de prueba impuesta a la autorización de las concentraciones (segunda parte del tercer motivo). .....	I - 5006
	I - 4961

a)	Sobre la pretendida asimetría de las exigencias que el Reglamento de concentraciones impone a las decisiones de autorización y de prohibición .....	I - 5007
—	Las decisiones en materia de control de concentraciones son decisiones sobre pronósticos .....	I - 5007
—	Simetría de las exigencias impuestas a autorizaciones y prohibiciones ....	I - 5009
—	Inexistencia de una presunción general de compatibilidad con el mercado común .....	I - 5011
—	Conclusión provisional .....	I - 5013
b)	Sobre las exigencias en materia de prueba que impone el Tribunal de Primera Instancia en el presente asunto .....	I - 5013
c)	Conclusión provisional .....	I - 5014
B.	Límites a la libre apreciación de los hechos y las pruebas del Tribunal de Primera Instancia (cuarto motivo) .....	I - 5014
1.	El margen de apreciación de la Comisión y su control jurisdiccional .....	I - 5015
a)	Sentencia recurrida .....	I - 5015
b)	Apreciación .....	I - 5016
2.	Sobre la imputación de haber desnaturalizado elementos probatorios .....	I - 5018
a)	Sobre el apartado 425 de la sentencia recurrida .....	I - 5019
b)	Sobre el apartado 427 de la sentencia recurrida .....	I - 5020
c)	Sobre el apartado 434 de la sentencia recurrida .....	I - 5021
3.	Conclusión provisional .....	I - 5022
C.	Sobre el uso de información confidencial en la sentencia recurrida (séptimo motivo) .....	I - 5023
D.	Conclusión provisional .....	I - 5025
VI.	Sobre la posible adhesión a la casación .....	I - 5025
VII.	Costas .....	I - 5026
VIII.	Conclusión .....	I - 5027
I -	4962	

## I. Introducción

1. El presente asunto permite seguir desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del control de las operaciones de concentración de la CE. En esencia, se trata de la cuestión, de extrema importancia práctica, de cuál es el grado de investigación y motivación que cabe exigir a la Comisión cuando ésta *autoriza* una operación de concentración entre empresas.

2. El contexto de este asunto es un procedimiento de control de una concentración relativa a los mercados de música grabada, música en línea y edición musical. A finales de 2003, los grupos Bertelsmann y Sony acordaron agrupar sus actividades mundiales en materia de música grabada. Tras unas dudas iniciales, la Comisión autorizó dicho proyecto de concentración mediante Decisión de 19 de julio de 2004<sup>2</sup> (en lo sucesivo, «primera Decisión de autorización»).

3. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), una asociación internacional de Derecho belga que agrupa a 2.500 sociedades independientes dedicadas a la producción musical, se opuso a la concentración. A raíz de la demanda presentada

por ésta, el Tribunal de Primera Instancia anuló la primera Decisión de autorización mediante sentencia de 13 de julio de 2006<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

4. El Tribunal de Justicia debe resolver ahora un recurso de casación interpuesto por Bertelsmann y Sony contra la sentencia recurrida. En esencia, las recurrentes consideran que el Tribunal de Primera Instancia se excedió al apreciar las exigencias jurídicas relativas a una Decisión de autorización de la Comisión y a su control jurisdiccional.

5. Sin embargo, como cuestión preliminar procede examinar si las recurrentes siguen teniendo interés en ejercitar la acción, dado que, en el entretanto, el 3 de octubre de 2007, la Comisión autorizó nuevamente su concentración.

## II. Marco jurídico

6. El marco jurídico del presente asunto está formado por el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en lo sucesivo, «Reglamento de concentraciones»)

2 — Decisión 2005/188/CE de la Comisión, de 19 de julio de 2004, por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.3333 — SONY/BMG), notificada con el número C(2004) 2815 (DO 2005, L 62, p. 30).

3 — Sentencia Impala/Comisión (T-464/04, Rec. p. II-2289).

o «RC»),<sup>4</sup> en la versión del Reglamento (CE) n.º 1310/97.<sup>5</sup>

7. Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en el sentido del Reglamento de concentraciones están sujetas a una prohibición de ejecución y deben ser notificadas a la Comisión (artículos 4 y 7 del RC). Ésta examinará su compatibilidad con el mercado común (artículo 2, apartado 1, del RC).

8. La autorización o denegación de una operación de concentración dependerá de si ésta supone un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo. A este respecto, el artículo 2, apartados 2 y 3, del RC establece lo siguiente:

«2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo.»

9. El *procedimiento de control de las concentraciones* se compone de dos fases. En una primera fase únicamente se lleva a cabo un examen preliminar del proyecto de concentración. Si en dicho examen preliminar se plantean serias dudas en cuanto a la compatibilidad de la concentración con el mercado común, le seguirá en la segunda fase un procedimiento de examen formal que llevará a cabo la Comisión de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del RC.<sup>6</sup>

10. Los *poderes de decisión* de la Comisión en el procedimiento de examen formal se recogen del siguiente modo en el artículo 8 del RC:

«1. Todo procedimiento incoado en aplicación de la letra c) del apartado 1 del artículo 6 se concluirá mediante decisión con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 5 del presente artículo [...].

4 — DO L 395, p. 1; tras su corrección, ha sido nuevamente publicado en DO 1990, L 257, p. 13.

5 — Reglamento del Consejo de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento n.º 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 180, p. 1; corrección de errores en DO 1998, L 3, p. 16, y DO 1998, L 40, p. 17).

6 — Cuando, como ocurre con frecuencia en la práctica, una concentración no suscita serias dudas respecto de su compatibilidad con el mercado común, se autoriza, *sin* que se inicie un procedimiento formal de control, sobre la mera base de un examen preliminar. En tales casos, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra b), del RC, la Comisión adopta una *decisión de no formular objeciones* y declara la compatibilidad de la concentración con el mercado común.

2. Cuando la Comisión compruebe que una operación de concentración notificada, llegado el caso tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, responde al criterio definido en el apartado 2 del artículo 2 [...], tomará una decisión en la que declarará que la concentración es compatible con el mercado común.

[...]

3. Cuando la Comisión compruebe que una operación de concentración responde al criterio definido en el apartado 3 del artículo 2 [...], tomará una decisión en la que declarará que la concentración es incompatible con el mercado común.

[...]»

11. Antes de adoptar una posible decisión denegatoria con arreglo al artículo 8, apartado 3, del RC, se oír a las empresas que participan en la concentración. Para ello, la Comisión les hará llegar un *pliego de cargos* respecto del que pueden presentar sus observaciones por escrito y, en su caso, oralmente. A este respecto, el artículo 18 del RC dispone lo siguiente:<sup>7</sup>

«1. Antes de adoptar las decisiones previstas en [...] los apartados 3, 4 y 5 del artículo 8, [...] la Comisión ofrecerá a las personas,

7 — Véanse, además, los artículos 11 a 15 del Reglamento (CE) n.º 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 61, p. 1).

empresas y asociaciones de empresas interesadas la oportunidad de ser oídas en todas las fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo en relación con las objeciones formuladas respecto a ellas.

[...]

3. La Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones sobre las que los interesados hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de la defensa de los interesados. [...]»

12. Todo el procedimiento de control de las concentraciones se caracteriza por un *imperativo de celeridad*, plasmado sobre todo en un sistema de plazos muy preciso y estricto, en comparación con otros, y que persigue limitar la duración de los procedimientos de control de las fusiones.<sup>8</sup> En el caso de que la Comisión no decida dentro de plazo sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común, se produce una *ficción de autorización* que se formuló de la siguiente manera en el artículo 10, apartado 6, del RC:

8 — Sentencias de 25 de septiembre de 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser y otros/Comisión (C-170/02 P, Rec. p. I-9889), apartado 33, y de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión (C-42/01, Rec. p. I-6079), apartado 51; véanse también las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión (T-290/94, Rec. p. II-2137), apartado 113, y de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión (T-251/00, Rec. p. II-4825), apartado 108, así como mis conclusiones de 26 de abril de 2007 en el asunto en el que recayó la sentencia de 18 de diciembre de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión (C-202/06 P, pendiente ante el Tribunal de Justicia), punto 41.

«Si la Comisión no hubiere tomado una decisión con arreglo a las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 6, o con arreglo a los apartados 2 o 3 del artículo 8, en los plazos determinados [...], la operación de concentración será considerada [...] compatible con el mercado común [...]»

13. Sobre las consecuencias de la anulación de una decisión de la Comisión por el juez comunitario, el artículo 10, apartado 5, del RC dispone lo siguiente:

«Cuando el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que anule total o parcialmente una Decisión de la Comisión adoptada en virtud del presente Reglamento, los plazos fijados en el presente Reglamento se aplicarán de nuevo a partir de la fecha en que se haya dictado la sentencia.»

14. En la mayoría de los procedimientos de control de las concentraciones, la Comisión actúa también como autoridad de control de las concentraciones del Espacio Económico Europeo<sup>9</sup> y decide sobre la compatibilidad de las concentraciones con el Acuerdo EEE.

15. En el año 2004 se modificó el Reglamento de concentraciones en varios puntos esenciales. Según se desprende de su artículo 26, apartado 1, el *nuevo Reglamento CE*

*de concentraciones*<sup>10</sup> se aplica, no obstante, desde el 1 de mayo de 2004, por lo que no resulta aplicable al caso de autos; según el artículo 26, apartado 2, en asuntos como el presente sigue siendo aplicable la normativa anterior.

### III. Antecedentes del litigio y desarrollo del procedimiento

#### A. Operación de concentración

16. Bertelsmann AG<sup>11</sup> es una empresa internacional de medios de comunicación con actividades a escala mundial que comprenden la grabación y edición musical, televisión, radio, edición de libros, revistas y prensa, servicios de impresión y de medios, y clubes literarios y musicales. Bertelsmann desarrolla su actividad en el campo de la música grabada a través de su filial, participada al 100 %, Bertelsmann Music Group (BMG).<sup>12</sup>

9 — Artículo 57, apartados 1 y 2, letra a), del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE», DO 1994, L 1, p. 3).

10 — Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), DO L 24, p. 1.

11 — En lo sucesivo, «Bertelsmann».

12 — Véanse a este respecto y en relación con lo siguiente, los apartados 3 a 6 de la sentencia recurrida.

17. Sony Corporation of America<sup>13</sup> pertenece al grupo Sony y tiene actividad a nivel internacional en los campos de producción y edición musical, aparatos electrónicos industriales y de consumo, y ocio. En el sector de la música grabada actúa a través de Sony Music Entertainment.

18. Bertelsmann y Sony acordaron, según el Business Contribution Agreement (acuerdo de integración de actividades) de 11 de diciembre de 2003, agrupar sus actividades mundiales en el campo de la música grabada (salvo las actividades de Sony en Japón) e integrarlo en tres o más nuevas sociedades. Dichas actividades de joint-venture se iban a llevar a cabo con el nombre de «Sony BMG».

19. Según el acuerdo, la actividad de Sony BMG comprendería el descubrimiento y lanzamiento de artistas<sup>14</sup> y la promoción y venta de los discos que resultasen de ella. Sony BMG no se dedicaría a actividades conexas tales como la edición musical, la grabación o la distribución.

20. Como Bertelsmann y Sony confirmaron en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la concentración se realizó por completo en el año 2004.

## B. Problema de la posición dominante colectiva

21. Al igual que todas las concentraciones de dimensión comunitaria, procedía examinar el proyecto de Bertelsmann y Sony teniendo en cuenta el artículo 2 del RC para saber si podía suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante colectiva en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

22. En concreto, no se trataba de una posible posición dominante única de Sony BMG, sino del riesgo de creación o refuerzo de una *posición dominante colectiva* entre cinco productores de música grabada que actuaban a escala mundial,<sup>15</sup> las llamadas «empresas principales» («majors») del mercado mundial de la música, cuyo número se veía reducido de cinco a cuatro por la concentración.

23. El Tribunal de Justicia ya precisó en su sentencia «Kali & Salz»<sup>16</sup> el hecho de que la expresión posición dominante en el sentido del Reglamento de concentraciones se refiere no solamente a la posición dominante única sino también a la colectiva. En posición

13 — En lo sucesivo, «Sony».

14 — Denominado «A & R» («Artistas y Repertorio»).

15 — Tanto en la primera Decisión de autorización como en la sentencia recurrida se considera que integran dicho grupo los siguientes productores: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) y EMI Group (originalmente: Electric and Musical Industries).

16 — Sentencia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, «Kali & Salz» (C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375), apartados 164 a 178; véase, además, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, Rec. p. II-753), apartados 123 a 156.



dominante colectiva pueden encontrarse dos (duopolio) o varias (oligopolio) empresas.<sup>17</sup>

24. Una posición dominante colectiva no significa necesariamente que los miembros de un oligopolio tengan que colaborar de forma *colusoria*, por ejemplo, celebrando entre ellos acuerdos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 81 CE,<sup>18</sup> sino que la posición dominante colectiva puede basarse también en una *coordinación tácita del comportamiento competitivo*<sup>19</sup> de todos los miembros del oligopolio. En ese caso, los miembros del oligopolio se conforman con las cuotas de mercado alcanzadas por lo que ya no se produce competencia eficaz entre ellos.<sup>20</sup>

25. Sin embargo, para considerar que existe una posición dominante colectiva es necesario que el mercado de que se trate permita una coordinación tácita duradera del comportamiento competitivo de todos los miembros del oligopolio. En dicho contexto deben verse los tres criterios que el Tribunal de Primera Instancia desarrolló en su sentencia *Airtours*<sup>21</sup> con el objetivo

de determinar la existencia de una posición dominante colectiva y que ha resumido en la sentencia recurrida del siguiente modo:

«En primer lugar, hace falta que el mercado sea lo suficientemente transparente como para que las empresas que coordinan su comportamiento puedan vigilar de forma suficiente si se respetan los medios de coordinación. En segundo lugar, la disciplina impone que exista algún tipo de mecanismo de disuasión en el supuesto de que una conducta se desvíe. En tercer lugar, ni la reacción de empresas que no participan en la coordinación, como son los competidores actuales o futuros, ni la reacción de los clientes, deberían poner en peligro los resultados esperados de la coordinación.»<sup>22</sup>

26. En el presente asunto, el interés se centra en el primero de estos tres llamados «criterios *Airtours*», es decir, la cuestión de si los mercados de música grabada son lo suficientemente transparentes como para permitir una coordinación tácita entre las empresas principales. En esencia, las partes en el procedimiento discuten cuál es el grado de investigación y motivación que el Tribunal de Primera Instancia puede exigir a la Comisión a este respecto.

17 — Sentencias *Gencor/Comisión* (citada en la nota 16), apartados 276 y 277, y de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión* (T-342/99, Rec. p. II-2585), apartados 59 a 61.

18 — Sentencia de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión* (C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365), apartado 45, en relación con el artículo 82 CE.

19 — Normalmente, esto se produce mediante un *comportamiento paralelo contrario a la competencia*. Sin embargo, en el asunto *COMP/M.2201 — MAN/Auwärter*, la Comisión examinó si una concentración facilitaba a los miembros del duopolio una coordinación tácita duradera de su comportamiento competitivo distinto de las formas clásicas de comportamiento paralelo contrario a la competencia (Decisión 2002/335/CE, DO 2000, L 116, p. 35; véanse, en particular, los considerandos 33 a 35).

20 — Véase a este respecto también la sentencia *Gencor/Comisión* (citada en la nota 16), apartado 276.

21 — Sentencia *Airtours/Comisión* (citada en la nota 17), apartado 62.

22 — Apartado 247 de la sentencia recurrida. En este mismo sentido, sentencia de 8 de julio de 2003, *Verband der freien Rohrwerke y otros/Comisión* (T-374/00, Rec. p. II-2275), apartado 186, y, en lo relativo al artículo 82 CE, sentencia de 26 de enero de 2005, *Piau/Comisión* (T-193/02, Rec. p. II-209), apartado 111.

*C. Procedimiento administrativo y primera Decisión de autorización de la Comisión*

27. El 9 de enero de 2004, la Comisión recibió la notificación del proyecto de concentración en virtud del artículo 4 del RC.<sup>23</sup>

28. En la fase de examen preliminar («fase I» del procedimiento de control de las concentraciones), la Comisión envió el 20 de enero de 2004 un cuestionario a una serie de operadores económicos.

29. Impala respondió a este cuestionario y el 28 de enero de 2004 presentó, además, un informe separado en el que exponía los motivos por los que, según ella, la Comisión debía declarar la operación incompatible con el mercado común. Impala expresaba en él sus temores sobre el aumento de la concentración del mercado y el impacto que ello podría suponer para el acceso al mismo, incluyendo el sector de la distribución, los medios de comunicación e Internet, así como para la oferta de los consumidores.

30. A continuación, el 12 de febrero de 2004, la Comisión inició, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra c), del RC, el procedimiento formal de examen («fase II» del procedimiento de control

de las concentraciones), habida cuenta de que la operación notificada suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el EEE.

31. De conformidad con el artículo 11, apartado 5, del RC, se suspendió el procedimiento entre el 7 de abril y el 5 de mayo de 2004, pues las empresas participantes en la concentración no habían respondido exhaustivamente a una petición de información que les fue remitida por la Comisión.<sup>24</sup>

32. El 24 de mayo de 2004, la Comisión dirigió un pliego de cargos a las empresas participantes en la concentración, en el cual concluía provisionalmente que la operación notificada era incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el EEE, dado que reforzaba una posición dominante colectiva sobre el mercado de música grabada y sobre el mercado al por mayor de las licencias para la música en línea, y dado que coordinaba el comportamiento de las sociedades matrices de forma incompatible con el artículo 81 CE.

33. Las empresas participantes en la concentración respondieron al pliego de cargos y los días 14 y 15 de junio de 2004 se les dio audiencia ante el consejero auditor de la Comisión, audiencia en la que también participó Impala.

23 — Véanse, a este respecto y en lo relativo a lo siguiente, los apartados 2 y 7 a 11 de la sentencia recurrida.

24 — Véase, a este respecto, el Informe final del consejero auditor (DO 2005, C 59, p. 2).

34. Mediante su primera Decisión de autorización de 19 de julio de 2004, la Comisión declaró finalmente, en virtud del artículo 8, apartado 2, del RC, que la operación de concentración era compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE. Esta autorización se concedió sin condiciones ni obligaciones.

a cargar con una cuarta parte de sus costas. Las partes coadyuvantes fueron condenadas a cargar con sus propias costas.

*D. Procedimiento judicial en primera instancia*

35. El 3 de diciembre de 2004, Impala presentó ante el Tribunal de Primera Instancia una demanda contra la primera Decisión de autorización y solicitó que se anulase dicha Decisión<sup>25</sup> y que se condenase en costas a la Comisión. La Comisión, por su parte, solicitó que se desestimase la demanda y se condenase en costas a Impala. La apoyaban Bertelsmann y Sony, así como Sony BMG Music Entertainment, cuya intervención había admitido el Tribunal de Primera Instancia mediante auto del Presidente de su Sala Tercera de 4 de febrero de 2005.

*E. Recurso de casación*

37. Mediante su recurso de casación interpuesto conjuntamente, recibido en la secretaría del Tribunal de Justicia el 13 de julio de 2006, Bertelsmann y Sony (en lo sucesivo, «las recurrentes») solicitan que:

- Se anule la sentencia recurrida.
- Se desestime la pretensión de Impala de que se anule la Decisión de la Comisión o, subsidiariamente, que se devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste lo examine de nuevo.
- Se condene a Impala a cargar con las costas correspondientes al presente recurso de casación.

36. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia anuló la primera Decisión de autorización y condenó a la Comisión a cargar con sus propias costas y con tres cuartas partes de las costas de Impala. Impala, por su parte, fue condenada

38. Sony BMG Music Entertainment se adhirió al recurso de casación, así como a las pretensiones de Bertelsmann y Sony en toda su extensión.

<sup>25</sup> — Con carácter subsidiario, Impala solicitó que se anulasen determinados puntos de la primera Decisión de autorización. Véase, a este respecto, el apartado 29, guión tercero, de la sentencia recurrida.

39. La Comisión solicita que:

— Se anule la sentencia recurrida.

— Se desestime el recurso de anulación presentado contra la primera Decisión de autorización o, subsidiariamente, que se devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste lo examine de nuevo.

— Se condene a Impala a cargar con las costas de la Comisión en el presente asunto.

40. Impala, por su parte, solicita que:

— Se desestime el recurso de casación por infundado y/o por ser parcial o totalmente inadmisibles.

— Se confirme la sentencia recurrida.

— Se condene a las recurrentes a cargar con las costas del presente recurso de casación.

41. Ante el Tribunal de Justicia se tramitó en primer lugar la fase escrita del recurso de casación y más tarde, el 6 de noviembre de 2007, se celebró la vista oral.

*F. Nuevo procedimiento administrativo y segunda Decisión de autorización de la Comisión*

42. Como consecuencia de la anulación de la primera Decisión de autorización por la sentencia recurrida, la Comisión llevó a cabo un nuevo procedimiento de control de la concentración<sup>26</sup> (véase a este respecto el artículo 10, apartado 5, del RC), que necesariamente tuvo lugar *de forma paralela al presente recurso de casación*, habida cuenta de que el recurso de casación no tiene efecto suspensivo (artículo 60, apartado 1, del Estatuto del Tribunal de Justicia).

43. Por lo tanto, a efectos de su nuevo examen en lo relativo a la competencia, se notificó la concentración el 31 de enero de 2007 a la Comisión y ésta inició el procedimiento formal de examen («fase II») el 1 de marzo de 2007 conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del RC.

44. Mediante Decisión de 3 de octubre de 2007, en la que, según el artículo 8, aparta-

<sup>26</sup> — Véanse, a este respecto, y en lo relativo a los datos sucesivos, los comunicados de prensa de la Comisión de 1 de marzo de 2007 (IP/07/272) y de 3 de octubre de 2007 (IP/07/1437).

do 2, del RC, la Comisión volvió a declarar la concentración compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE (en lo sucesivo, «segunda Decisión de autorización»), se puso fin al procedimiento de control de la concentración. Esta autorización se concedió sin condiciones ni obligaciones.

#### IV. Cuestiones previas al examen del recurso de casación

45. Antes de examinar el recurso de casación en cuanto al fondo, debe precisarse si es admisible cada uno de los motivos en él invocados (véase, a este respecto, el punto A *infra*), si con ellos puede alcanzarse el objetivo de las recurrentes (véase el punto B *infra*) y si no ha desaparecido el interés de las recurrentes en continuar el recurso de casación, habida cuenta de la segunda Decisión de autorización que la Comisión ha adoptado mientras tanto (véase el punto C *infra*).

##### A. Admisibilidad de cada uno de los motivos

46. Impala niega la admisibilidad del recurso de casación en su totalidad, habida cuenta de que con él únicamente se pretende que se examine la apreciación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal de Primera Instancia.

47. A la vista de esta alegación, resulta apropiado recordar el criterio de examen que se deriva del artículo 225 CE, apartado 1, y del artículo 58, apartado 1, del Estatuto del Tribunal de Justicia y que el Tribunal de Justicia utiliza, según jurisprudencia reiterada, en los procedimientos de recurso de casación:<sup>27</sup> el recurso de casación se limita a las cuestiones de Derecho. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para comprobar y apreciar los hechos pertinentes, así como para valorar las pruebas, y dicha apreciación de los hechos y de las pruebas no constituye, salvo en caso de su desnaturalización, una cuestión de Derecho que esté sometida como tal al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

48. Sin embargo, sí son cuestiones de Derecho que pueden ser objeto de recurso de casación<sup>28</sup> las de si el Tribunal de Primera Instancia impuso exigencias excesivas en relación con la motivación de una decisión de la Comisión, si tomó como base para la apreciación de los hechos y de las pruebas los criterios adecuados y, en general, si en su sentencia aplicó el Derecho de forma acertada. Asimismo constituye una cuestión de Derecho que puede ser objeto de control por

27 — Véanse, entre otras, las sentencias de 22 de junio de 2006, Storck/OAMI (C-24/05 P, Rec. p. I-5677), apartado 36, y de 22 de junio de 2006, Storck/OAMI (C-25/05 P, Rec. p. I-5719), apartado 40; véanse también las sentencias de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (C-105/04 P, Rec. p. I-8725), apartados 69 y 70; de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión (C-328/05 P, Rec. p. I-3921), apartado 41, y de 25 de octubre de 2007, Kominou y otros/Comisión (C-167/06 P), apartado 40.

28 — Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries/Comisión (C-403/04 P, Rec. p. I-735), apartado 40; véanse también mis conclusiones de 23 de febrero de 2006 en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, Rec. p. I-2331), apartado 113. Particularmente, por lo que respecta a las exigencias en relación con la obligación de motivación, véanse las sentencias de 20 de noviembre de 1997, Comisión/V (C-188/96 P, Rec. p. I-6561), apartado 24, y de 20 de febrero de 1997, Comisión/Daffix (C-166/95 P, Rec. p. I-983), apartado 35.

el Tribunal de Justicia la de si el Tribunal de Primera Instancia calificó hechos y pruebas acertadamente desde el punto de vista legal y llegó a conclusiones legalmente aceptables,<sup>29</sup> así como si observó las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba.<sup>30</sup>

49. Si se toma como base este criterio de examen, no cabe considerar, en contra de la opinión de Impala, que el presente recurso de casación sea inadmisibile en su totalidad. Antes bien, procede diferenciar entre el quinto motivo, por una parte, y los demás motivos, por otra.

## 1. Admisibilidad del quinto motivo

50. En primer lugar, por lo que respecta al quinto motivo, que trata de los requisitos para comprobar la existencia de una posición dominante colectiva, éste se compone de una parte introductoria<sup>31</sup> y de varios puntos de crítica en detalle.<sup>32</sup>

29 — Sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 23; Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (citada en la nota 27), apartado 69; Sumitomo Metal Industries/Comisión (citada en la nota 28), apartado 39, y SGL Carbon/Comisión (citada en la nota 27), apartado 41.

30 — Sentencias Baustahlgewebe/Comisión (citada en la nota 29), apartado 24; Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (citada en la nota 27), apartado 70; Sumitomo Metal Industries/Comisión (citada en la nota 28), apartados 38 y 39; SGL Carbon/Comisión (citada en la nota 27), apartado 41, y Komninou y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 40.

31 — Apartados 65 a 69 del escrito de interposición del recurso de casación.

32 — Apartados 70 a 80 del escrito de interposición del recurso de casación.

51. Mediante la *parte introductoria* se plantea, esencialmente, si los criterios para determinar la existencia de una posición dominante colectiva, que el propio Tribunal de Primera Instancia desarrolló en su momento en la sentencia *Airtours*,<sup>33</sup> deben aplicarse con distinto rigor según que deba demostrarse que concurre una posición dominante colectiva ya existente o según que proceda hacer un pronóstico para el futuro sobre el riesgo de que se produzca una posición dominante colectiva como consecuencia de una concentración. Por consiguiente, esta parte introductoria del quinto motivo se refiere a la interpretación de los criterios *Airtours*. Esta es una cuestión de Derecho que puede ser legalmente objeto de un recurso de casación.

52. No ocurre lo mismo con los restantes *puntos de crítica en detalle* que se alegan en el marco del quinto motivo y que cabe resumir como sigue: el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta los precios netos al por mayor, decisivos para la transparencia del mercado, ni la importancia de los descuentos, sino que en su lugar se conformó meramente con tener en cuenta los precios de catálogo y los precios al por menor. Además, el Tribunal de Primera Instancia dedujo erróneamente la transparencia de los descuentos de los efectos que éstos tienen sobre los precios medios netos. Por otro lado, al apreciar la transparencia, el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que unas estructuras de precios complejas carecían de relevancia. Por último, el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que, en relación con la cuestión de la transparencia, las diferencias y variaciones de precios eran irrelevantes.

33 — Véanse, a este respecto, el punto 25 de estas conclusiones, así como la sentencia *Airtours/Comisión* (citada en la nota 17), apartado 62.

53. En realidad, estos puntos de crítica en detalle no tienen por objeto el examen de cuestiones de Derecho, sino que más bien cuestionan la concreta apreciación de los hechos y de las pruebas efectuada por el Tribunal de Primera Instancia en el presente asunto. No cabe responder de manera general a la cuestión del valor informativo que tienen los precios de catálogo, los precios al por menor, los precios netos al por mayor, los precios medios netos, los descuentos, la complejidad de las estructuras de los precios, así como determinadas diferencias y variaciones de precios, sino que dicho valor informativo depende de la apreciación concreta de todas las circunstancias de cada caso, en particular, de las circunstancias especiales del mercado de que se trate.

54. Dicho de otro modo, en el presente asunto se pretende que el Tribunal de Justicia sustituya la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por su propia apreciación de los hechos y de las pruebas en el caso concreto. Sin embargo, esto no es admisible en el procedimiento de recurso de casación. A lo sumo cabría invocar ante el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó hechos o elementos de prueba o que vulneró las reglas de la lógica en el marco de su apreciación de los hechos y las pruebas. Sin embargo, en el presente asunto *no* se ha alegado ninguna de las dos cosas y, salvo estas excepciones, no puede ser función del Tribunal de Justicia en cuanto instancia de apelación valorar él mismo qué valor informativo tienen los precios de catálogo, los precios al por menor, los precios netos al por mayor, los precios medios netos, los descuentos, la complejidad de las estructuras de los precios, así como determinadas diferencias y variaciones de precios.

55. De cuanto precede resulta que el quinto motivo únicamente puede admitirse en cuanto a su parte introductoria, pero no respecto de los puntos de crítica en detalle.

## 2. Admisibilidad de los demás motivos del recurso de casación

56. Sin embargo, considero que los demás motivos del recurso de casación son admisibles sin limitación, habida cuenta de que no tienen por objeto la apreciación en sí de los hechos y las pruebas por parte del Tribunal de Primera Instancia. Antes bien, aquellos motivos se refieren a los *criterios* que el Tribunal de Primera Instancia aplicó al examinar la licitud de la primera Decisión de autorización. Además, se trata de las *exigencias en materia de prueba* a las que la Comisión está sometida al autorizar concentraciones. Todas éstas son cuestiones jurídicas que de manera legítima pueden ser objeto de un recurso de casación.

## 3. Conclusión provisional

57. Mientras el quinto motivo únicamente es admisible en cuanto a su parte introductoria, los demás motivos son admisibles íntegramente.

B. *Adecuación del recurso de casación para alcanzar el objetivo perseguido*

58. Aparte de la cuestión de la admisibilidad de cada uno de los motivos que acabo de analizar, en el presente asunto se plantea la cuestión adicional de si el recurso de casación es adecuado para alcanzar el objetivo que persigue la recurrente, esto es, la anulación de la sentencia recurrida. Por un lado, puede que las recurrentes no hayan impugnado un apartado decisivo de la sentencia recurrida [véase, a este respecto, el número 1, *infra*], por otro lado, su recurso de casación posiblemente esté dirigido contra partes de la motivación de la sentencia que no contienen motivos fundamentales para el fallo de la sentencia recurrida [véase, a este respecto, el número 2. *infra*].

1. Sobre la falta alegada de las recurrentes de impugnar un apartado decisivo de la sentencia recurrida

59. En primer lugar, Impala alega que el recurso de casación en su conjunto no es adecuado para conducir a la anulación de la sentencia recurrida, habida cuenta de que las recurrentes no impugnaron en él un apartado decisivo de la sentencia.

60. En opinión de Impala, el recurso de casación se limita a impugnar las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas a la cuestión del *refuerzo* de una posición dominante colectiva preexistente, mientras que no impugna las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia en el aparta-

do 528 de la sentencia recurrida relativas a la posible *emergencia* de una posición dominante colectiva. Por tanto, aunque el recurso de casación prosperara íntegramente no podría conducir, en opinión de Impala, a la anulación de la sentencia recurrida, puesto que seguirían siendo válidas las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia, hechas en el apartado 528, relativas a otros errores de Derecho que contiene la primera Decisión de autorización.

61. Esta argumentación no me parece convincente.

62. Aunque es cierto que las recurrentes están obligadas a indicar de manera precisa los elementos impugnados de la sentencia cuya anulación se solicita, así como los fundamentos jurídicos que apoyen de manera específica dicha pretensión,<sup>34</sup> esto no significa que, al redactar su recurso de casación, tengan que orientarse, en todos los detalles, en la estructura de la sentencia recurrida y estén obligados a impugnar cada apartado de dicha sentencia con un motivo separado.

63. En el caso de autos, las recurrentes no han limitado en absoluto su recurso de casación a la primera de las partes de dicha sentencia que aquí se discuten, es decir, a las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas al refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente en el mercado de la música grabada.<sup>35</sup> Tal limitación tampoco se correspondería con su objetivo de invalidar mediante su recurso

34 — Jurisprudencia reiterada, véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (C-266/05 P, Rec. p. I-1233), apartado 23, y de 11 de septiembre de 2007, Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), apartado 45.

35 — Véanse los apartados 44 a 481 de la sentencia recurrida.



de casación la sentencia recurrida en su integridad. Este objetivo únicamente puede alcanzarse si se considera que con el recurso de casación se impugnan las dos partes controvertidas de la sentencia recurrida,<sup>36</sup> esto es, tanto la parte sobre el refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente, como la relativa a la emergencia de tal posición.

64. Las observaciones iniciales de las recurrentes al principio del escrito de interposición del recurso también abogan por entender que el recurso de casación no se refiere solamente a una parte de la sentencia. En una enumeración de los apartados especialmente criticados de la sentencia recurrida se hace una remisión expresa al apartado 528 que aquí se discute y, además, a los apartados 533, 539 y 541, que también tratan la cuestión de la *emergencia* de una posición dominante colectiva.<sup>37</sup> Además, en las consideraciones hechas en su recurso de casación, las recurrentes incluyen reiteradamente de manera expresa la conclusión global formulada por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 542 y 543 de la sentencia recurrida.<sup>38</sup>

65. En estas circunstancias no cabe alegar que el recurso de casación se limite a las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas a la cuestión del *refuerzo* de una posición dominante colectiva preexistente y que deba, por lo tanto, ser desestimado íntegramente por inoperante (en francés: «inopérant»).

2. Sobre los motivos de la sentencia recurrida que no constituyen el fundamento del fallo

66. Sin embargo, ocurre lo contrario con la parte introductoria del quinto motivo que, como ya indiqué,<sup>39</sup> constituye la única parte admisible de dicho motivo.

67. Esencialmente se plantea en ella la cuestión de si los criterios<sup>40</sup> para determinar la existencia de una posición dominante colectiva desarrollados por el propio Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Airtours*, deben aplicarse con distinto rigor según que deba demostrarse que concurre una posición dominante colectiva ya existente o según que proceda hacer un pronóstico para el futuro sobre el riesgo de que se produzca una posición dominante colectiva como consecuencia de una concentración. En el primero de los casos, el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia a favor de aplicar los criterios *Airtours* de manera menos estricta que en el segundo.<sup>41</sup>

68. El principal punto de impugnación de las recurrentes es el apartado 251 de la sentencia recurrida. El Tribunal de Primera Instancia declara en él que una posición dominante colectiva (preexistente) puede, «en su caso, ser apreciada indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos,

36 — Véanse tanto los apartados 44 a 481 como los apartados 482 a 541 de la sentencia recurrida.

37 — Apartado 17 del escrito de interposición del recurso de casación. Referencias similares se encuentran también particularmente en los apartados 26 y 94 y en la nota 6 del escrito de interposición del recurso de casación.

38 — Apartados 17, 59 y 81 del escrito de interposición del recurso de casación.

39 — Véanse los puntos 50 a 55 de estas conclusiones.

40 — Véase, a este respecto, el punto 25 de estas conclusiones, así como la sentencia *Airtours*/Comisión (citada en la nota 17), apartado 62.

41 — Véanse, en este sentido, los apartados 249 a 253 de la sentencia recurrida.

manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva».

69. Sin embargo, como señalaron acertadamente las propias recurrentes,<sup>42</sup> el apartado que se discute, así como la fundamentación jurídica del Tribunal de Primera Instancia que guarda relación con él, son consideraciones efectuadas *obiter dicta*. En toda la parte que va desde el apartado 245 hasta el apartado 253 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia no examina un motivo de anulación alegado por Impala en primera instancia, sino que emite consideraciones *obiter dicta* sobre la aplicación de los criterios para determinar la existencia de una posición dominante colectiva.

70. Esto se pone especialmente de manifiesto si se le lee la parte litigiosa de la sentencia en relación con el apartado 254 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal de Primera Instancia limita expresamente su examen de la primera Decisión de autorización a la cuestión de si se cumplen los criterios Airtours: «[...] el Tribunal de Primera Instancia se limitará, en el marco del examen de los motivos alegados, a verificar si la Decisión aplica correctamente los requisitos de la jurisprudencia Airtours.» Por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia optó expresamente por no examinar en su sentencia la cuestión de si también puede considerarse que existe una posición dominante en el mercado «sin que sea necesario demostrar positivamente la existencia de transparencia en el mercado». Esta cuestión «no ha sido debatida» en primera instancia.

42 — Apartado 67 del escrito de interposición del recurso de casación.

71. Habida cuenta de que la parte introductoria del quinto motivo no se refiere a fundamentos esenciales, sino meramente a consideraciones adicionales del Tribunal de Primera Instancia, no puede conducir a la anulación de la sentencia recurrida. Según una jurisprudencia reiterada, procede desestimar por inoperante («inopérant») esta parte del recurso.<sup>43</sup>

### 3. Conclusión provisional

72. De este modo, únicamente procede desestimar por inoperante en la medida en que sea admisible, el quinto motivo. Sin embargo, todos los demás motivos son adecuados para alcanzar el objetivo que persiguen las recurrentes.

#### C. Subsistencia del interés en ejercitar la acción

73. Respecto de los motivos admisibles y operantes queda por analizar si no ha desaparecido en el entretanto el interés de las recurrentes en proseguir el recurso.

43 — Sentencias de 18 de marzo de 1993, Parlamento/Fredriksen (C-35/92 P, Rec. p. I-991), apartado 31; de 8 de mayo de 2003, T. Port/Comisión (C-122/01 P, Rec. p. I-4261), apartado 17; de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 148, y de 13 de septiembre de 2007, Common Market Fertilizers/Comisión (C-443/05 P, Rec. p. I-7209), apartado 137.

74. La exigencia de un interés en ejercitar la acción tiene como objetivo evitar que se sometan a los tribunales cuestiones jurídicas de carácter meramente hipotético. El interés en ejercitar la acción constituye, por lo tanto, un requisito ineludible de admisibilidad, que debe ser examinada de oficio y que puede ser relevante en varias fases del proceso. Así, debe concurrir de manera indubitada ya en el momento de la interposición de la demanda o el recurso y también deberá subsistir hasta que recaiga la resolución judicial.<sup>44</sup>

75. Existe un interés en ejercitar la acción mientras que el recurso de casación pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto.<sup>45</sup>

76. No se discute que en el momento de interposición de su recurso de casación las recurrentes tenían un interés en ejercitar la acción. Desde la anulación de la primera Decisión de autorización por el Tribunal de Primera Instancia, Bertelsmann y Sony carecían retroactivamente de la autorización para su concentración, necesaria según el Reglamento de concentraciones. Con la anulación de la sentencia recurrida que se solicita mediante el recurso de casación, dicha autorización podría haber vuelto a tener validez. Por tanto, ésta es la ventaja que podría haberles proporcionado el recurso de casación.

77. Sin embargo, desde la adopción de la segunda Decisión de autorización las empresas participantes en la concentración vuelven a disponer de una autorización con arreglo al Reglamento de concentraciones. En su parte dispositiva, esta segunda autorización es igual a la primera autorización, pues ambas declaran la concentración compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE sin supeditarla a ninguna condición u obligación. Además, mediante la nueva autorización, ante todo se ha puesto fin al *estado de incertidumbre*, existente desde la anulación de la primera Decisión de autorización, en el que ni las empresas participantes en la concentración ni los mercados podían estar seguros de si la concentración se había producido legalmente. Según la consideración jurídica<sup>46</sup> contenida en el artículo 7, apartado 5, del RC, los efectos de la segunda Decisión de autorización se retrotraen al momento de realización de los negocios jurídicos celebrados para llevar a cabo dicha concentración («eficacia *ex tunc*»).

78. Es cierto que todo esto no significa necesariamente que el presente recurso *carezca de objeto*, pues no se dirige directamente contra la primera Decisión de autorización de la Comisión, sino contra la sentencia recurrida del Tribunal de Primera Instancia, que sigue vigente. De este modo, tampoco cabe hacer uso en el recurso de casación (véase el artículo 118 del Reglamento de Procedimiento) de la posibilidad de declarar el

44 — Véase, sobre la necesidad de un interés en ejercitar la acción en el procedimiento de recurso de casación, la sentencia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión (C-19/93 P, Rec. p. I-3319), apartado 13; véase en este mismo sentido, en lo relativo al interés en ejercitar la acción en primera instancia, la sentencia de 7 de junio de 2007, Wunenburger/Comisión (C-362/05 P, Rec. p. I-4333), apartado 42, y el auto de 17 de octubre de 2005, First Data y otros/Comisión (T-28/02, Rec. p. II-4119), apartados 35 a 37.

45 — Sentencias Rendo y otros/Comisión (citada en la nota 44), apartado 13; de 13 de julio de 2000, Parlamento/Richard (C-174/99 P, Rec. p. I-6189), apartado 33, y de 3 de abril de 2003, Parlamento/Samper (C-277/01 P, Rec. p. I-3019), apartado 28.

46 — Habida cuenta de que la concentración objeto del litigio tuvo lugar en un momento en que la primera Decisión de autorización aún era eficaz, el supuesto previsto en el artículo 7, apartado 5, del Reglamento de concentraciones no es aplicable al caso de autos. No obstante, puede aprovecharse para el caso de autos la idea subyacente a esta disposición de la ineficacia suspendida y de la subsanación con carácter retroactivo del estado de suspensión mediante una decisión de autorización.

sobreseimiento (artículo 92, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento).<sup>47</sup>

79. No obstante, la existencia de la segunda Decisión de autorización plantea la cuestión de si el recurso de casación aún puede resultar en un beneficio para las recurrentes, es decir, si siguen teniendo un interés en la prosecución del recurso de casación.

80. El mero hecho de que en la sentencia recurrida se condenase a las recurrentes a cargar con sus propias costas en el procedimiento de primera instancia no fundamenta su interés en ejercitar la acción. Un recurso de casación interpuesto únicamente para impugnar la decisión sobre las costas es inadmisibles en virtud del artículo 58, apartado 2, del Estatuto del Tribunal de Justicia. Por el mismo motivo, el Tribunal de Justicia declara la inadmisibilidad de un motivo de casación relativo a la decisión sobre las costas en primera instancia en el supuesto de que sea el único motivo restante de varios

y haya quedado acreditado que todos los demás motivos no prosperarán.<sup>48</sup> Asimismo, según el espíritu y la finalidad del artículo 58, apartado 2, del Estatuto, el mero interés en eliminar la decisión sobre las costas en primera instancia no puede justificar la continuación de un recurso de casación. Por lo tanto, para la continuación del recurso de casación es necesario que las recurrentes tengan un interés en ejercitar la acción que vaya más allá de lo relativo a las costas de primera instancia.

81. Sin embargo, en el caso de autos, las recurrentes tienen interés manifiesto en obtener lo antes posible, no sólo una autorización sino también una autorización *firme* de su concentración. Tan sólo en ese momento las empresas participantes en la concentración y los mercados en general tendrán seguridad jurídica sobre si la concentración se ha producido de manera legal.

82. En la actualidad, la segunda Decisión de autorización no puede ofrecer dicha seguridad jurídica, habida cuenta de que no es probable que adquiera firmeza en un plazo previsible. Además de ser notificada a sus destinatarios (artículo 254 CE, apartado 3), la

47 — No obstante, el Tribunal de Justicia en algunas ocasiones declara el sobreseimiento de recursos de casación si queda acreditado que el recurrente ya ha alcanzado su objetivo (autos de 23 de octubre de 2001, *Una Film «City Revue»/Parlamento y Consejo*, C-281/00 P), apartados 4 y 5, y *Davidoff/Parlamento y Consejo*, C-313/00 P), apartados 4 y 5, o cuando ha quedado acreditado que ya no puede alcanzar su objetivo (sentencia de 15 de febrero de 2005, *Comisión/Tetra Laval*, C-13/03 P, Rec. p. I-1113), apartados 21 a 23; autos de 27 de febrero de 2002, *Reisebank/Comisión*, C-477/01 P [R], Rec. p. I-2117), apartados 24 a 28, y *Commerzbank/Comisión*, C-480/01 P [R], Rec. p. I-2129), apartados 23 a 27. Como mostraré a continuación, el caso de autos no entra dentro de ninguno de los dos supuestos.

48 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de septiembre de 1995, *Henrichs/Comisión* (C-396/93 P, Rec. p. I-2611), apartado 66; de 12 de julio de 2001, *Comisión y Francia/TF1* (C-302/99 P y C-308/99 P, Rec. p. I-5603), apartado 31; de 30 de septiembre de 2003, *Freistaat Sachsen y otros/Comisión* (C-57/00 P y C-61/00 P, Rec. p. I-9975), apartado 124, y de 26 de mayo de 2005, *Tralli/BCE* (C-301/02 P, Rec. p. I-4071), apartado 88.

decisión tiene que ser publicada en el *Boletín Oficial de la Unión Europea* (artículo 20, apartado 1, del RC). Sólo después de tal publicación,<sup>49</sup> que no se ha producido hasta la fecha, empieza a correr el plazo de recurso para terceros.<sup>50</sup> Únicamente cabría considerar la posibilidad de adelantar con carácter general el comienzo del plazo de recurso para terceros si el público hubiese tenido acceso de otro modo, por ejemplo a través de Internet, al texto íntegro de la segunda Decisión de autorización en un momento anterior y esta circunstancia se hubiese indicado adecuadamente en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.<sup>51</sup> Por el contrario, la mera circunstancia de que el tenor de la decisión se ponga en conocimiento de determinados terceros, a saber, Impala, de manera anticipada en forma de una versión no confidencial no afecta al comienzo del plazo de

recurso<sup>52</sup> ni, por tanto, al momento en que la decisión, en su caso, adquiere firmeza.<sup>53</sup>

83. En el caso de que el Tribunal de Primera Instancia anulase también la segunda Decisión de autorización como consecuencia de la demanda de un tercero, volvería a producirse un estado de incertidumbre en el que las empresas participantes en la concentración carecerían, conforme al Reglamento de concentraciones, de toda autorización para su concentración. Tal estado de inseguridad durante varios meses o incluso años podría tener consecuencias negativas para las empresas participantes en la concentración y para los mercados en general.

84. Para evitar en la medida de lo posible un nuevo estado de incertidumbre con sus consecuencias negativas, tiene especial importancia para las recurrentes proseguir el presente recurso de casación y alcanzar con la mayor rapidez posible una resolución definitiva del juez comunitario sobre la legalidad

49 — Más concretamente, el plazo de recurso del artículo 230 CE, párrafo quinto, empieza a correr, en virtud del artículo 102, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, el decimoquinto día siguiente al de su inserción en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Obviamente, lo anterior requiere que la versión no confidencial de los motivos de la decisión haya sido publicada íntegramente en el Boletín Oficial o hubiese estado accesible al público en Internet al mismo tiempo. Si no es éste el caso, el plazo de recurso no empieza a correr hasta que el posible recurrente haya recibido tal versión íntegra, si ello no se ha producido anteriormente (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de julio de 1988, Dillinger Hüttenwerke/Comisión, 236/86, Rec. p. 3761), apartado 14.

50 — Sentencias de 6 de octubre de 1999, Kneissl Dachstein/Comisión (T-110/97, Rec. p. II-2881), apartados 41 y 42; Salomon/Comisión (T-123/97, Rec. p. II-2925), apartados 42 y 43, y el auto de 25 de mayo de 2004, Schmoltdt y otros/Comisión (T-264/03, Rec. p. II-1515), apartados 51 a 53 y 56.

51 — Sentencia de 15 de junio de 2005, Olsen/Comisión (T-17/02, Rec. p. II-2031), apartado 80 (confirmado por el auto de 4 de octubre de 2007, Olsen/Comisión, C-320/05 P), y auto de 19 de septiembre de 2005, Air Bourbon/Comisión (T-321/04, Rec. p. II-3469), apartados 34 y 37.

52 — Sentencia Olsen/Comisión (citada en la nota 51), apartado 81. Sobre el carácter subsidiario del momento en que el demandante tiene conocimiento de una decisión que haya de ser publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* véanse, entre otras, las sentencias de 10 de marzo de 1998, Alemania/Consejo (C-122/95, Rec. p. I-973), apartado 35, de 12 de diciembre de 2000, Alitalia/Comisión (T-296/97, Rec. p. II-3871), apartado 61, así como el auto de 11 de diciembre de 2006, MMT/Comisión (T-392/05), apartado 25.

53 — Únicamente en aras de la exhaustividad, procede añadir que no puede tomarse en consideración una *puesta en conocimiento formal* (notificación) de la decisión a un tercero a partir de la cual pudiera empezar a correr el plazo de recurso al que está sujeto. De conformidad con el artículo 254 CE, apartado 3, las decisiones únicamente «se notificarán a sus destinatarios». Éstas son, en el caso del control de las concentraciones, las empresas participantes en la concentración y las autoridades competentes de los Estados miembros. Véase, en el mismo sentido, para casos futuros, el artículo 8, apartado 8, del Reglamento n.º 139/2004.

de la *primera Decisión de autorización*. Incluso si el Tribunal de Justicia, en caso de que el recurso de casación prosperase, devolviera el presente asunto al Tribunal de Primera Instancia por no poder decidir por sí mismo habida cuenta del estado del litigio (artículo 61, apartado 1, del Estatuto del Tribunal de Justicia), sería probable que la resolución judicial firme sobre la legalidad de la *primera Decisión de autorización* recayera antes de la relativa a la *segunda*.

85. En estas circunstancias, el imperativo de celeridad, característico del control de las concentraciones a escala comunitaria,<sup>54</sup> también aboga por la prosecución del presente recurso de casación. Además, de este modo puede evitarse que los recursos de anulación de terceros retrasen más de lo necesario el establecimiento de seguridad jurídica para las empresas participantes en una concentración.

86. Por lo tanto, en general considero que la resolución del Tribunal de Justicia aún puede resultar en una ventaja para las recurrentes, por lo que éstas tienen un interés suficiente en la prosecución del presente recurso de casación.

87. Sin embargo, si la segunda Decisión de autorización alcanzase firmeza una vez terminada la fase oral pero antes de que recayera una resolución del Tribunal de Justicia en el presente asunto, esto debería conducir, según la información de la que dispongo, a la desaparición del interés de las recurrentes en ejercitar la acción. No obstante, en ese caso consideraría necesario volver a oír a las

partes en el procedimiento sobre la cuestión del interés en ejercitar la acción.

88. En cualquier caso, no me parece convincente la idea tratada de manera sucinta en la vista oral de que procede continuar el presente procedimiento únicamente porque la Comisión apoya algunos de los motivos invocados por Bertelsmann y Sony. Es cierto que las instituciones comunitarias disfrutaban de un privilegio en lo relativo a los motivos que invocan ellas mismas (artículo 56, párrafos segundo y tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia), en particular, no tienen que justificar ningún interés en ejercitar la acción.<sup>55</sup> Sin embargo, si una institución no es recurrente sino sólo otra parte, su mero interés en el resultado del recurso y en el esclarecimiento de determinadas cuestiones jurídicas por el Tribunal de Justicia no puede compensar la posible falta de interés de los recurrentes.

## V. Fundamentación del recurso de casación

89. Las recurrentes invocan un total de siete motivos contra la sentencia recurrida. En ellos plantean cuestiones jurídicas de importancia fundamental para el sistema del control de las concentraciones a escala comunitaria. Aunque es cierto que dichas

54 — Véase, a este respecto, el punto 12 de estas conclusiones.

55 — Sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 171, y de 22 de febrero de 2005, Comisión/max.mobil (C-141/02 P, Rec. p. I-1283), apartado 48.

cuestiones jurídicas se plantean en relación con el «antiguo» Reglamento de concentraciones, su resolución también es aplicable al Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento n° 139/2004) en su nueva redacción, habida cuenta de que los Reglamentos no presentan diferencias substanciales en los puntos que se discuten.

90. Habida cuenta de que los motivos se solapan parcialmente, resulta oportuno agruparlos según sus puntos de conexión relativos al contenido y examinarlos en el consiguiente orden alterado. Únicamente el quinto motivo no requiere, en lo sucesivo, análisis alguno, por ser, como ya he indicado, en parte inadmisibles y en parte inoperantes («inopérants»).<sup>56</sup>

*A. Grado de investigación y motivación que cabe exigir a la Comisión en las decisiones de autorización (motivos primero, segundo, tercero y sexto)*

91. Los motivos primero, segundo, tercero y sexto se refieren concretamente al grado de investigación y motivación que puede exigirse a la Comisión cuando autoriza una operación de concentración entre empresas.

<sup>56</sup> — Véanse los puntos 50 a 55 y 66 a 71 de estas conclusiones.

92. En esencia, las recurrentes consideran que el Tribunal de Primera Instancia se excedió al apreciar las exigencias jurídicas relativas a una Decisión de autorización de la Comisión y a su control jurisdiccional. La Comisión las apoya en parte en este punto.<sup>57</sup> Impala, por el contrario, defiende íntegramente la sentencia recurrida del Tribunal de Primera Instancia.

1. Sobre la motivación de decisiones de autorización en el control de las concentraciones (partes primera y tercera del sexto motivo)

93. Comienzo mi examen con las partes primera y tercera del sexto motivo.<sup>58</sup> En ellas, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia impuso unas exigencias erróneas y excesivamente elevadas a la motivación de decisiones de autorización de la Comisión en el control de las concentraciones.

94. En primer lugar, procede esclarecer si las decisiones de autorización de la Comisión

<sup>57</sup> — Como se desprende de su escrito de contestación, la Comisión apoya los motivos primero y segundo, así como la primera parte del tercer motivo.

<sup>58</sup> — En la medida en que mediante el sexto motivo se alega que las remisiones del Tribunal de Primera Instancia a la notificación del pliego de cargos incurren en error de Derecho (segunda parte del sexto motivo), lo examinaré posteriormente en relación con el primer motivo (véanse los puntos 145 a 183 de estas conclusiones). En la medida en que mediante el sexto motivo se discuten las exigencias materiales que se imponen a una decisión de autorización (cuarta parte del sexto motivo), éste se solapa con la segunda parte del tercer motivo y con el cuarto motivo y se examinará en relación con ellos (puntos 201 a 232 y 233 a 268 de estas conclusiones).

pueden anularse por falta de motivación. En caso afirmativo, ha de examinarse el alcance de la obligación de motivación y si en el caso de autos el Tribunal de Primera Instancia ha incurrido a este respecto en error de Derecho.

a) Posibilidad de impugnar decisiones de autorización por falta de motivación

95. Las recurrentes consideran que una decisión de autorización de la Comisión en el control de las concentraciones no puede anularse por falta de motivación.

96. Esta alegación no me parece convincente.

97. En virtud del artículo 253 CE, las decisiones de la Comisión deberán ser motivadas. Esta obligación de motivación es un corolario del principio del Estado de Derecho y también se ha plasmado en relación con el derecho a una buena administración en el artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>59</sup> Dicha obligación no sólo tiene por objeto facilitar

59 — DO 2000, C 364, p. 1. Aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión aún no tenga, como tal, efectos jurídicos vinculantes comparables a los del Derecho primario, ofrece indicaciones, como fuente de conocimiento jurídico, sobre los derechos fundamentales garantizados por el Derecho comunitario; véanse, a este respecto, entre otras, la sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/ Consejo, «reagrupación familiar» (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 38, y el punto 108 de mis conclusiones de 8 de septiembre de 2005 en dicho asunto, y además, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 37.

un control externo de la actuación de las instituciones por los órganos jurisdiccionales comunitarios, sino también incitar a las instituciones al autocontrol y evitar que adopten medidas precipitadas o que no hayan sido suficientemente meditadas. Además, la fundamentación de las decisiones contribuye a la transparencia de las actuaciones de la administración.<sup>60</sup>

98. La obligación de motivación no se limita en modo alguno a las decisiones que supongan un perjuicio para sus destinatarios. Al contrario, los principios del Estado de Derecho y de buena administración obligan a que también se motiven las decisiones que benefician a sus destinatarios, máxime cuando tales decisiones pueden tener efectos desfavorables para los derechos e intereses de terceros, especialmente en el ámbito del Derecho de la competencia. De este modo, ni el artículo 253 CE ni el tercer guión del apartado 2 del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales distinguen entre decisiones que benefician a sus destinatarios y aquellas que tienen efectos desfavorables para ellos. Esto significa, en particular para el control de las concentraciones, que las decisiones de autorización de la Comisión han de motivarse igual que sus decisiones de prohibición.

99. En cuanto vicio sustancial de forma, un incumplimiento de la obligación de motivación puede impugnarse, en las circunstancias indicadas en el artículo 230 CE, ante los órganos jurisdiccionales comunitarios, entre otras cosas, mediante el recurso de anulación.

60 — Véase respecto del principio de transparencia, entre otros, el artículo 1 UE, párrafo segundo, según el cual en la Unión Europea «las decisiones serán tomadas de la forma más abierta [...] que sea posible».



100. El artículo 10, apartado 6, del RC, en el que se basan las recurrentes en el presente asunto, no contiene excepción alguna a la impugnabilidad de decisiones por incumplimiento de la obligación de motivación. Ya del principio de jerarquía de las normas resulta que las disposiciones de Derecho derivado no pueden limitar el alcance del Derecho primario, al que pertenecen, entre otros, los artículos 230 CE y 253 CE. Al contrario, el artículo 10, apartado 6, del RC debe interpretarse y aplicarse a la luz del Derecho de rango superior, en particular, de los artículos 230 CE y 253 CE.<sup>61</sup>

101. Sin embargo, de todos modos, no se corresponde con el tenor ni con los objetivos o el contexto normativo del artículo 10, apartado 6, del RC introducir una excepción a la obligación de motivación o incluso «inmunizar» las decisiones de autorización de la Comisión contra la impugnación por falta de motivación.

102. El artículo 10, apartado 6, del RC únicamente introduce una *ficción de autorización* para el caso de que la Comisión no decida en tiempo útil sobre la compatibilidad de una concentración notificada con el mercado común.<sup>62</sup> Por lo tanto, dicha disposición no

exime a la Comisión de su obligación legal<sup>63</sup> de decidir de manera expresa mediante una decisión motivada sobre todas las concentraciones que se le notifican.<sup>64</sup> Por el contrario, la disposición establece un remedio para el caso de que la Comisión no cumpla con dicha obligación dentro de plazo.

103. Al margen de eso, ciertamente, el artículo 10, apartado 6, del RC también es expresión del imperativo de celeridad que caracteriza todo el procedimiento de control de las concentraciones. Junto con los plazos procesales estrictos recogidos en el mismo artículo, esta disposición contribuye a crear seguridad jurídica lo más rápidamente posible, cosa que beneficia no sólo a las empresas participantes en la concentración sino también a los mercados en general.

104. No obstante, la necesidad legítima de seguridad jurídica no puede llegar a sustraer la decisión sobre una concentración, en todo o en parte, al control judicial. Tan sólo después de extinguido el plazo para presentar un recurso conforme al artículo 230 CE, párrafo quinto, o tras no prosperar un recurso de anulación que haya podido presentarse, la autorización de la concentración adquiere firmeza y crea definitivamente seguridad jurídica para todas las partes.

61 — Según jurisprudencia reiterada, una norma de Derecho comunitario derivado debe interpretarse, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecue a las disposiciones del Tratado CE y a los principios generales del Derecho comunitario. Véanse las sentencias de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros (201/85 y 202/85, Rec. p. 3477), apartado 21; de 27 de enero de 1994, Herbrink (C-98/91, Rec. p. I-223), apartado 9; de 1 de abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Rec. p. I-3219), apartado 30, y de 4 de octubre de 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Rec. p. I-8075), apartado 22.

62 — Entonces se aplicará la *presunción* de que la concentración es compatible con el mercado común (sobre el concepto de presunción, véase, entre otros, el artículo 7, apartados 1 y 5, del RC).

63 — Dicha obligación resulta, para la fase de examen preliminar, del artículo 6, apartado 1, del RC, y para el procedimiento formal de examen, del artículo 8, apartado 1, del RC.

64 — La Comisión únicamente estará exenta de dicha obligación en la medida en que reenvíe la concentración a una autoridad nacional de defensa de la competencia de conformidad con el artículo 9 del RC y, además, en caso de retirada de la notificación por abandono del proyecto de concentración.

105. Contrariamente a lo que estiman las recurrentes, el artículo 10, apartado 6, del RC no pierde en absoluto su eficacia práctica («*effet utile*») sólo porque la autorización —expresa o presunta— de concentraciones pueda ser examinada judicialmente. La ficción de autorización que puede producirse en caso de incumplimiento del plazo («efecto guillotina») tiene más bien en todos los procedimientos de control de las concentraciones un efecto de disciplina no desdeñable para la Comisión en cuanto autoridad de control de las concentraciones.<sup>65</sup> Además, las empresas que participan pueden llevar a cabo su concentración en cuanto la Comisión lo autorice o se haya producido una ficción de autorización;<sup>66</sup> según indican ellas mismas, las recurrentes también han hecho uso de esta posibilidad.

106. En suma, llego por tanto a la conclusión de que puede anularse una autorización de concentración por incumplimiento de la obligación de motivación, con independencia de que ésta se haya producido de manera expresa o tácita.

65 — Según parece, sólo ha ocurrido una vez en la larga historia del control europeo de concentraciones que la Comisión haya incumplido, debido a un error de cálculo, un plazo procesal (asunto IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); véase, a este respecto, von Koppenfels, U: *EU Competition Law*, Tomo II — *Mergers and Acquisitions*, Drauz/Jones (editor), Leuven 2006, apartado 6.27.

66 — Según el artículo 242 CE, frase primera, los posibles recursos de anulación de terceros no tienen efecto suspensivo alguno.

b) Alcance de la obligación de motivación

107. Además, las recurrentes consideran que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que la primera Decisión de autorización no estaba suficientemente motivada. De este modo, el Tribunal de Primera Instancia adoptó una postura contraria a la jurisprudencia reiterada de los Tribunales comunitarios.

108. En esencia, el litigio gira en torno a la cuestión del grado en el que la Comisión tenía que motivar, en la primera Decisión de autorización, su constatación de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación de los precios.<sup>67</sup>

109. Dicha constatación tenía importancia para la apreciación de la Comisión de que no había indicios suficientes de que existiese una posición dominante colectiva de las cinco empresas principales en diversos mercados nacionales de música grabada y de que tampoco era previsible que la concentración condujera a tal posición dominante colectiva.<sup>68</sup> La autorización de la concentración se basa principalmente en dicha apreciación.

67 — Véanse, a este respecto, los apartados 278 a 325 y, en particular, los apartados 287 y 325 de la sentencia recurrida.

68 — Considerandos 153, 158 y 183 de la primera Decisión de autorización.

## — Sentencia recurrida

110. En la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia examinó diversos apartados de la primera Decisión de autorización para determinar si contenían una motivación suficiente de la constatación de la falta de transparencia en el mercado y lo negó en cada caso.

111. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia examinó la rúbrica *ad hoc* que la primera Decisión de autorización dedica a la transparencia del mercado<sup>69</sup> y declaró que la Comisión «no concluyó que el mercado fuese opaco o no lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva». Además, el Tribunal de Primera Instancia declaró que, en dicha rúbrica, la Comisión únicamente mencionó «factores capaces de crear una gran transparencia del mercado y facilitar el control del respeto de la colusión, con la única excepción de la afirmación, de alcance bastante limitado y no fundamentada, de que los descuentos de promoción podrían reducir la transparencia y hacer las prácticas colusorias más difíciles». Según el Tribunal de Primera Instancia, esta rúbrica particular «manifiestamente no puede ser considerada, en sí misma, una motivación jurídica suficiente de la afirmación de que el mercado no es lo suficientemente transparente».<sup>70</sup>

112. Acto seguido, el Tribunal de Primera Instancia se ocupa de las explicaciones de la

Comisión relativas a una posible «política común en materia de precios»<sup>71</sup> de las cinco empresas principales<sup>72</sup> y la examina para determinar si existen indicios que pudiesen explicar la pretendida falta de transparencia en el mercado.<sup>73</sup> Examinó tanto los datos que la Comisión facilitó respecto de los precios de catálogo como aquellos relativos a los descuentos (descuentos ordinarios y descuentos de promoción). A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia declaró, por una parte, que «según los propios términos de la Decisión, los precios de catálogo [...] constituyen un factor de transparencia del mercado».<sup>74</sup> Por otra parte, «las pocas afirmaciones relativas a los descuentos de promoción, [...] en la medida en que son imprecisas, no fundamentadas, e incluso se ven refutadas por otras observaciones incluidas en la Decisión, no pueden demostrar la opacidad del mercado ni siquiera respecto de los descuentos de promoción».<sup>75</sup> Por último, «la rúbrica relativa a los países pequeños tampoco contiene la motivación que justifique la afirmación de que el mercado no es transparente a causa de los descuentos de promoción».<sup>76</sup>

113. Especialmente por lo que respecta a los descuentos de promoción a los que alude la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia echa en falta explicaciones más

71 — La traducción alemana del considerando 69 de la primera Decisión de autorización es imprecisa en este punto, habida cuenta de que para «common price policy» utiliza la palabra «Preisabsprachen».

72 — El núcleo de dichas explicaciones de la Comisión se encuentra en los considerandos 74 a 80 de la primera Decisión de autorización y el Tribunal de Primera Instancia examina los datos que allí se facilitan sobre la situación en el Reino Unido, que se considera representativa, para fundamentar la Decisión por lo demás.

73 — Apartados 295 a 324 de la sentencia recurrida.

74 — Apartado 303 de la sentencia recurrida.

75 — Apartado 320 de la sentencia recurrida.

76 — Apartado 324 de la sentencia recurrida.

69 — Considerandos 111 a 113 de la primera Decisión de autorización.

70 — Apartado 294 de la sentencia recurrida.

concretas en la primera Decisión de autorización, relativas particularmente «a la naturaleza de los descuentos de promoción, a las circunstancias en las que éstos pueden aplicarse, a su grado de opacidad, a su amplitud o a su impacto sobre la transparencia de los precios». <sup>77</sup> Como el Tribunal de Primera Instancia además critica, «estas afirmaciones [de la Comisión sobre los descuentos de promoción en los países grandes] se limitan, además, a indicar que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios, pero no explican por qué son pertinentes para la transparencia del mercado y no permiten comprender cómo [ellos solos] podrían compensar el resto de los elementos de transparencia del mercado identificados en la Decisión y de este modo suprimir la transparencia necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva». <sup>78</sup>

#### — Apreciación

114. En un recurso de casación, el Tribunal de Justicia no está facultado para sustituir la apreciación hecha por el Tribunal de Primera Instancia de la primera Decisión de autorización por la suya propia. En consecuencia, el Tribunal de Justicia no debe examinar y apreciar por sí mismo si la motivación de la Decisión de autorización es suficiente o adolece de deficiencias. Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha de decidir si, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al examinar la motivación de la Decisión de autorización, en particular, si el Tribunal de Primera Instancia aplicó en su examen criterios adecuados o excesivamente estrictos.

115. Debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de modo que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. <sup>79</sup>

116. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias de dicho artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. <sup>80</sup>

117. Forma parte de las circunstancias particulares de un procedimiento de control de las concentraciones la presión de tiempo

79 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France (C-367/95 P, Rec. p. I-1719), apartado 63; de 24 de noviembre de 2005, Italia/Comisión (C-138/03, C-324/03 y C-431/03, Rec. p. I-10043), apartado 54, y Sison/Consejo (citada en la nota 34), apartado 80.

80 — Sentencias Comisión/Sytraval y Brink's France (citada en la nota 79), apartado 63; Italia/Comisión (citada en la nota 79), apartado 55, y Sison/Consejo (citada en la nota 34), apartado 80.

77 — Apartado 289, última frase, de la sentencia recurrida.

78 — Apartado 320, última frase, de la sentencia recurrida.

a que está sometida la Comisión debido al imperativo de celeridad y los estrictos plazos procesales que rigen en él.<sup>81</sup> Asimismo, en la motivación de sus decisiones en materia de competencia, la Comisión puede basarse en el grado de dificultad de cada caso y considerar el estado de conocimiento de los operadores económicos perspicaces, que conocen las condiciones del mercado,<sup>82</sup> máxime cuando se ven afectados los derechos o intereses de operadores económicos que, como Impala en el caso de autos, participaron en el procedimiento.<sup>83</sup> Las recurrentes han señalado acertadamente ambos aspectos.

118. Por esta razón, no cabe exigir a la Comisión que, en su decisión sobre una concentración notificada, también defina su postura sobre elementos que estén manifiestamente fuera de contexto, carezcan de significado o sean claramente secundarios.<sup>84</sup> No es necesario aludir de modo especial en la decisión a lo evidente. Además, la Comisión no está obligada a motivar su decisión de manera más detallada de lo que resulte adecuado según el grado de dificultad de cada caso y de lo que sea absolutamente necesario desde

el punto de vista de un operador económico perspicaz que conoce las condiciones del mercado.

119. No obstante, en todo caso es necesario que de la motivación puedan deducirse las consideraciones esenciales de hecho y de Derecho en las que se basa una decisión.<sup>85</sup> Por esta razón, la motivación no puede ser tan sucinta que se vean afectadas su claridad y su carácter concluyente.<sup>86</sup> Además, tiene que ser lógica<sup>87</sup> y no puede contener contradicciones internas.<sup>88</sup>

120. Sin embargo, en el presente asunto el Tribunal de Primera Instancia echa en falta precisamente tal motivación concluyente, comprensible y no contradictoria.

121. Esencialmente, el Tribunal de Primera Instancia critica en este caso una desproporción en la motivación de la primera Decisión de autorización: ésta contiene una serie de indicios *a favor* de que el mercado es transparente y lo explica ampliamente,<sup>89</sup> mientras que sobre el factor de los descuentos

81 — Véase, en lo relativo a la influencia sobre la obligación de motivación de las condiciones temporales en las que recae una decisión, las sentencias de 1 de diciembre de 1965, *Schwarze* (16/65, Rec. pp. 1152 y ss., especialmente p. 1167); de 14 de febrero de 1990, *Delacre y otros/Comisión* (C-350/88, Rec. p. I-395), apartado 16, y *Verband der freien Rohrwerke y otros/Comisión* (citada en la nota 22), apartado 186.

82 — En este sentido, véanse las sentencias de 28 de octubre de 1981, *Krupp Stahl/Comisión* (275/80 y 24/81, Rec. p. 2489), apartado 13, y, respecto del ámbito de la política de los medios de comunicación, la sentencia de 19 de febrero de 1998, *DIR International Film y otros/Comisión* (T-369/94 y T-85/95, Rec. p. II-357), apartados 119 a 121.

83 — Sentencias de 7 de abril de 1987, *SISMA/Comisión* (32/86, Rec. p. 1645), apartado 9, y de 22 de octubre de 1996, *Skibsværftsforeningen y otros/Comisión* (T-266/94, Rec. p. II-1399), apartado 239.

84 — Sentencias *Comisión/Sytraval y Brink's France* (citada en la nota 79), apartado 64, última frase; véanse también las sentencias de 25 de octubre de 2005, *Alemania y Dinamarca/Comisión*, «Feta» (C-465/02 y C-466/02, Rec. p. I-9115), apartado 106, y *Verband der freien Rohrwerke y otros/Comisión* (citada en la nota 22), apartado 186, última frase.

85 — Sentencias de 21 de marzo de 1955, *Países Bajos/Alta Autoridad* (6/54, Rec. pp. 215 y ss., especialmente p. 232); de 4 de julio de 1963, *Alemania/Comisión* (24/62, Rec. pp. 143 y ss., especialmente p. 155); de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma/Comisión* (41/69, Rec. p. 661), apartado 78, y de 21 de marzo de 2001, *Métropole télévision/Comisión* (T-206/99, Rec. p. II-1057), apartado 44, última frase.

86 — Sentencia *Alemania/Comisión* (citada en la nota 85), p. 155.

87 — Sentencia *ACF Chemiefarma/Comisión* (citada en la nota 85), apartado 78.

88 — Sentencias *Alemania/Comisión* (citada en la nota 85), p. 156, y de 7 de julio de 1981, *Rewe-Markt Steffen, «Butterfahrten»* (158/80, Rec. p. 1805), apartado 26.

89 — Véanse, por ejemplo, los apartados 294, 303, 319, 320, segunda frase, y 321, última frase, de la sentencia recurrida.

de promoción, que supuestamente aboga *en contra* de la existencia de transparencia suficiente en el mercado, sólo se hacen vagas afirmaciones.<sup>90</sup> No explica por qué los descuentos de promoción son pertinentes para la transparencia del mercado y no permite comprender cómo ellos solos podrían compensar el resto de los elementos de transparencia del mercado identificados en la Decisión y de este modo suprimir la transparencia necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva.<sup>91</sup> Además, el Tribunal de Primera Instancia señala la existencia de contradicciones internas en la motivación de la decisión.<sup>92</sup>

122. Estoy de acuerdo con el Tribunal de Primera Instancia en que la Comisión no puede, en una decisión en la que en un primer momento describe detalladamente una serie de indicios *a favor* de la existencia de transparencia en el mercado, considerar sin más motivación que existe falta de transparencia en el mercado. Precisamente si sólo existe un único factor considerable, en este caso, los descuentos de promoción, que abogue *en contra* de la existencia de transparencia suficiente en el mercado y de este modo en contra de considerar que existe una posición dominante colectiva, tiene que motivarse aún con mayor detalle qué influencia tiene dicho factor en el mercado y en qué medida precisamente ese factor puede compensar todos los demás factores que abogan por la transparencia del mercado.

123. En particular, no es suficiente exponer que un determinado factor conduce o *podría conducir* a una *menor* transparencia del mercado. Por el contrario, es necesario explicar al menos por qué precisamente ese factor provoca tal opacidad del mercado que no puede considerarse que exista una posición dominante colectiva. De lo contrario, los motivos de la Decisión no tienen carácter concluyente y son inconcebibles. De manera acertada, el Tribunal de Primera Instancia señaló precisamente esta circunstancia en su sentencia recurrida.<sup>93</sup>

124. Expresado de manera simplificada, en una decisión en materia de control de las concentraciones que en largos pasajes se lee como una decisión de prohibición, es necesaria, incluso para el lector perspicaz que conoce las condiciones de mercado, una exposición lo suficientemente detallada de aquellas consideraciones por las cuales finalmente el asunto toma otro cariz.

125. Las deficiencias de motivación constatadas por el Tribunal de Primera Instancia tienen aún mayor peso si se tiene en cuenta que la cuestión controvertida de la transparencia del mercado no tenía carácter accesorio para las partes en el procedimiento sino que tiene una importancia notable para el resultado del procedimiento de control de la concentración.<sup>94</sup> La constatación de la Comisión de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación de los precios constituía

90 — Apartado 289, última frase, de la sentencia recurrida.

91 — Apartado 320, segunda frase, de la sentencia recurrida; véase en este mismo sentido el apartado 289, última frase, de la sentencia recurrida.

92 — Apartado 320, primera frase, de la sentencia recurrida.

93 — Véanse nuevamente, en particular, la última frase de los apartados 289, 294 y 320 de la sentencia recurrida.

94 — Esto diferencia el caso de autos del asunto *Kaysersberg/Comisión* (sentencia citada en la nota 8, apartados 159 y 160), en el que la falta de motivación invocada no se refería, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, a un elemento fundamental de la Decisión de la Comisión.

el núcleo de sus consideraciones para su primera Decisión de autorización.<sup>95</sup> Por lo tanto, a este respecto el Tribunal de Primera Instancia impuso acertadamente exigencias elevadas a la motivación de la primera Decisión de autorización y sometió dicha motivación a un examen exhaustivo.

126. En este caso, las exigencias elevadas también se justificaban por el hecho de que se exigía a la Comisión la apreciación de complejos contextos económicos respecto de la transparencia del mercado para lo que dispone de un considerable margen de apreciación, como ocurre normalmente en el control de las concentraciones.<sup>96</sup> Sin embargo, si la Comisión dispone de tal margen de apreciación, la observancia de las garantías que el ordenamiento jurídico comunitario confiere en procedimientos administrativos tiene una importancia aún mayor. Entre dichas garantías se encuentra, especialmente, la obligación de motivar una decisión de manera suficiente.<sup>97</sup>

127. Si en el marco de su margen de apreciación la Comisión tiene en cuenta factores

que pueden influir en el funcionamiento del mercado, no sólo tendrá que identificar dichos factores en su decisión sino que también deberá precisar su impacto.<sup>98</sup>

128. También cabe trasladar esta consideración sin más al Derecho de la competencia y al control de las concentraciones: si en el marco de su apreciación en relación con el Derecho de la competencia la Comisión atribuye especial importancia a determinados factores vinculados con el mercado, no sólo tendrá que identificar dichos factores en su decisión sino que también deberá precisar de manera suficientemente exacta el impacto que tienen sobre el funcionamiento de los mercados de que se trate.

129. En un caso en el que todos los demás factores apuntan hacia la transparencia del mercado, no puede enunciarse al margen el factor que, desde el punto de vista de la Comisión, aboga de modo determinante *en contra* de que el mercado es lo suficientemente transparente. Por el contrario, como subraya acertadamente el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión tiene que fundamentar en su decisión los efectos de dicho factor con explicaciones concretas,<sup>99</sup> no puede limitarse a expresar de manera vacilante «que dicho factor *podría* reducir la transparencia del mercado y dificultar las prácticas colusorias tácitas»,<sup>100</sup> ni a suponer meramente que «los descuentos de

95 — Véanse, a este respecto, los apartados 286 y 289 de la sentencia recurrida, según los cuales, incluso después de la posición defendida por la Comisión en el procedimiento en primera instancia, «la transparencia constituye [...] el motivo esencial, e incluso único, sobre el que descansa la afirmación de que no existe posición dominante colectiva en los mercados de música grabada» (apartado 289).

96 — Sentencias «Kali & Salz» (citada en la nota 16), apartado 223, y de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987), apartado 38; véanse, además, las sentencias Gencor/Comisión (citada en la nota 16), apartado 246, y del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión (T-210/01, Rec. p. II-5575), apartado 60.

97 — Sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München (C-269/90, Rec. p. I-5469), apartado 14; de 7 de mayo de 1992, Pesquerías De Bermeo y Naviera Laida/Comisión (C-258/90 y C-259/90, Rec. p. I-2901), apartado 26, y de 22 de noviembre de 2007, España/Lenzing (C-525/04 P, Rec. p. I-9947), apartado 58. Véase además la sentencia de 15 de julio de 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft y otros/Alta Autoridad (36/59 a 40/59, Rec. p. 887, 921 y 922).

98 — Véase, en este sentido, el ejemplo de un caso de la política agrícola en la sentencia de 7 de abril de 1992, Compagnia italiana alcool/Comisión (C-358/90, Rec. p. I-2457), apartado 42.

99 — Apartado 289, última frase, de la sentencia recurrida.

100 — Véase, a este respecto, el considerando 111 de la primera Decisión de autorización, citado en la nota 289 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío).

promoción *son* menos transparentes que los descuentos ordinarios». <sup>101</sup>

130. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia explicó acertadamente que, respecto de los factores decisivos para su decisión, la Comisión no puede limitarse a hacer «afirmaciones vagas», <sup>102</sup> que «no están fundamentadas» y «son de alcance bastante limitado» <sup>103</sup> e incluso se ven refutadas. <sup>104</sup>

131. En este contexto, considero que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho al entender que la Comisión había fundamentado de forma insuficiente la primera Decisión de autorización por lo que respecta a la constatación relativa a la (falta de) transparencia del mercado. <sup>105</sup>

c) Otros aspectos

132. Sólo en aras de la exhaustividad quiero tratar a continuación algunos argumentos más que las recurrentes en casación invocaron en el marco de su sexto motivo.

133. En primer lugar, las recurrentes en casación alegan que a la fundamentación de una decisión de autorización han de imponerse menores exigencias que a una decisión de denegación, porque, debido a su posición más débil en el procedimiento, los terceros no pueden esperar el mismo grado de exactitud en la fundamentación que pueden esperar las partes participantes en la concentración en el caso de denegación.

134. Dicha alegación carece de toda pertinencia. Ni el artículo 253 CE ni el tercer guión del apartado 2 del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales distinguen, por lo que respecta a las exigencias de motivación, entre decisiones que benefician al correspondiente destinatario y aquellas que tienen efectos negativos para éste.

135. En todo caso, cuando se incluye a un tercero en el proceso de control de las concentraciones y la Comisión le da audiencia formalmente, como es el caso de Impala en el presente asunto, la obligación de motivación también pretende proteger los derechos e intereses de éste. En ese caso, el tercero puede esperar cuando menos una motivación concluyente, comprensible y no contradictoria relativa a las consideraciones esenciales de hecho y de Derecho hechas por la Comisión en su Decisión de autorización. En el caso de autos se trata precisamente de tales exigencias mínimas. <sup>106</sup>

101 — Véase, a este respecto, el considerando 80 de la primera Decisión de autorización, citado en los apartados 315 y 316 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío).

102 — Apartado 289, última frase, de la sentencia recurrida.

103 — Apartado 294 de la sentencia recurrida.

104 — Apartado 320 de la sentencia recurrida.

105 — Apartado 325 de la sentencia recurrida.

106 — Véanse los puntos 119 y ss. de estas conclusiones.



136. Es cierto que la posición procesal de terceros en el control de las concentraciones es, *por lo que respecta a su audiencia*, menos importante que la de las partes participantes en la concentración.<sup>107</sup> Sin embargo, no cabe deducir de ello que un tercero también esté sometido a limitaciones *en lo relativo a la alegación de falta de motivación*. Quien en cuanto tercero puede superar la barrera de la legitimación procesal por estar afectado directa e individualmente, puede interponer recurso en las mismas condiciones que los demás recurrentes (artículo 230 CE, párrafo cuarto) y puede alegar los mismos motivos de anulación que ellos, incluida la falta de motivación.

137. En segundo lugar, las recurrentes en casación alegan que, en el caso de autos, tanto Impala como el Tribunal de Primera Instancia comprendieron sin dificultad los motivos de la primera Decisión de autorización. De ello deducen que la referida decisión estaba suficientemente motivada.

138. Este argumento tampoco conduce al objetivo perseguido. Aunque el hecho de que el demandante haya podido alegar de manera suficiente los demás motivos ante el Tribunal de Primera Instancia sea ciertamente un primer indicio a favor de una motivación suficiente,<sup>108</sup> éste no puede considerarse más que una presunción refutable.

139. Que una motivación cumpla en definitiva con las exigencias del artículo 253 CE, depende de criterios objetivos entre los que figuran, en particular, el carácter concluyente, comprensible y no contradictorio de las consideraciones de hecho y de Derecho esenciales.<sup>109</sup> Cuando, como en el presente asunto, una motivación no es concluyente ni comprensible ni está libre de contradicciones en un punto esencial, procede anular la decisión de que se trate, aunque la tutela jurídica del demandante no se haya visto afectada en lo relativo a los demás motivos. En caso contrario, sería prácticamente imposible que un demandante alegase con éxito la falta de motivación por la vía del recurso de anulación además de otros motivos de anulación.

140. A diferencia de lo que consideran las recurrentes, no es contradictorio en sí el hecho de que en el presente asunto el Tribunal de Primera Instancia constataste al mismo tiempo una falta de motivación y un error de apreciación manifiesto de la Comisión. Una decisión de la Comisión puede adolecer tanto de defectos formales como materiales. El hecho de que la motivación de una decisión sea insuficiente, por ejemplo por no tener carácter concluyente, no excluye que la misma decisión adolezca, además, de errores de contenido.

141. En tercer lugar, las recurrentes alegan que al determinar las exigencias impuestas a la motivación de una decisión de control de una concentración debe tenerse en cuenta la confidencialidad de datos comerciales sensibles. Por esta razón, consideran que el Tribunal de Primera Instancia incurrió

107 — Sentencia Kaysersberg/Comisión (citada en la nota 8), apartado 105.

108 — Véanse en este sentido, por ejemplo, las sentencias de 10 de marzo de 2005, España/Consejo (C-342/03, Rec. p. I-1975), apartado 59, y Kaysersberg/Comisión (citada en la nota 8), apartado 160.

109 — Véase el punto 119 de estas conclusiones.

en error de Derecho al exigir a la Comisión en el apartado 411 de la sentencia recurrida que revelase detalles sobre la política de precios y descuentos de las demás empresas principales.

142. Esta alegación tampoco es convincente. Se basa manifiestamente en una interpretación incorrecta del apartado 411 de la sentencia recurrida. En él, el Tribunal de Primera Instancia no exigió a la Comisión que revelase secretos comerciales de operadores económicos particulares, sino que únicamente desestimó, acertadamente, el argumento de la Comisión de que determinadas cifras no podían haberse recogido en la primera Decisión de autorización debido a su carácter confidencial. La obligación de respetar el secreto profesional (artículo 287 CE) no puede interpretarse de manera tan amplia que vacíe de contenido la exigencia de motivar las decisiones.<sup>110</sup>

143. En la medida en que los datos contengan secretos comerciales, es práctica habitual de la Comisión en el Derecho de la competencia sustituir dichos datos en su decisión por márgenes o resumirlos o describirlos de cualquier otra forma. El Tribunal de Primera Instancia señala, acertadamente,<sup>111</sup> que en otros puntos de su primera Decisión de autorización la Comisión sí facilitó datos numéricos relativos a la política de precios de determinados operadores económicos.<sup>112</sup>

110 — Sentencia de 13 de marzo de 1985, Países Bajos y otros/ Comisión (296/82 y 318/82, Rec. p. 809), apartado 27.

111 — Apartado 413 de la sentencia recurrida.

112 — Véanse, a este respecto, los considerandos 74, 81, 88, 95 y 102 de la primera Decisión de autorización.

#### d) Conclusión provisional

144. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia no ha incurrido, en conjunto, en error de Derecho alguno, al concluir en los apartados 325 y 542 de la sentencia recurrida que la primera Decisión de autorización carece de motivación suficiente y debe anularse por este motivo. Por lo tanto, la primera y tercera parte del sexto motivo carecen de fundamento.

2. Sobre la remisión del Tribunal de Primera Instancia a la notificación del pliego de cargos (primer motivo y segunda parte del sexto motivo)

145. Mediante su primer motivo y la segunda parte de su sexto motivo, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia tomó erróneamente el pliego de cargos como criterio para examinar judicialmente la primera Decisión de autorización y exigió erróneamente a la Comisión que motivase en su resolución las posibles diferencias con los cargos.

146. No se discute que la sentencia recurrida contiene numerosas referencias al pliego de cargos. En lo sucesivo, en una primera fase, trataré de manera general la interpretación que el Tribunal de Primera Instancia hace de la relación entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos para después, en una segunda fase, examinar en detalle las referencias concretas del Tribunal de Primera

instancia a determinados apartados del pliego de cargos.

a) Sobre la interpretación general que hace el Tribunal de Primera Instancia de la relación entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos

147. De manera general, las recurrentes impugnan, con apoyo de la Comisión, las consideraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas a la relación entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos. En su opinión, el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta la naturaleza y función de un pliego de cargos, lo que «tiñó» el resto de la sentencia.

— Sentencia recurrida

148. Con ocasión del examen de la alegación de falta de motivación, el Tribunal de Primera Instancia recuerda, en el marco de una consideración previa, que, en el pliego de cargos, la Comisión «concluyó de forma muy clara que la concentración era incompatible con el mercado común debido, en particular, a que existía una posición dominante colectiva previa a la concentración proyectada y el mercado de música grabada era muy transparente y particularmente propicio a la coordinación».<sup>113</sup>

113 — Apartado 282 de la sentencia recurrida.

149. El Tribunal de Primera Instancia califica la autorización que se produjo finalmente de «giro radical en la posición de la Comisión» que «puede ciertamente parecer sorprendente, en particular a la vista de lo tarde que tuvo lugar»;<sup>114</sup> además, se remite a la necesidad de respetar plazos imperativos en el procedimiento de control de las concentraciones, lo cual, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, no le permite a la Comisión «prolongar su investigación, de modo que es cada vez más improbable que se produzca un cambio fundamental de posición a medida que avanza el procedimiento administrativo».<sup>115</sup>

— Apreciación

150. Al igual que en los procedimientos en materia de competencia, en los procedimientos de control de las concentraciones también se impone el respeto del derecho de defensa antes de la adopción de cualquier Decisión que pueda perjudicar a las empresas afectadas.<sup>116</sup>

151. Forma parte de dicho derecho de defensa, particularmente, el principio relativo al derecho a ser oído, que constituye un principio fundamental del Derecho comuni-

114 — Apartados 282 y 283 de la sentencia recurrida.

115 — Apartado 285 de la sentencia recurrida.

116 — Sentencia de 4 de marzo de 1999, Assicurazioni Generali y Unicredito/Comisión (T-87/96, Rec. p. II-203), apartado 88.

tario<sup>117</sup> y que ha sido recogido en el artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales. Por lo que respecta a los procedimientos de control de las concentraciones, este principio viene recogido con rango de ley en el artículo 18, apartado 3, frase segunda, del RC.

152. El hecho de comunicar por escrito el denominado pliego de cargos a las empresas afectadas en procedimientos en materia de competencia y en procedimientos de control de las concentraciones<sup>118</sup> se deriva de su derecho a ser oídas. Esta notificación del pliego de cargos les permite tener conocimiento de los elementos de prueba de los que dispone la Comisión y confiere al derecho de defensa su plena efectividad.<sup>119</sup> Obtienen la oportunidad de exponer su punto de vista por escrito y, si lo hubieren solicitado motivadamente, en forma verbal.<sup>120</sup> Además, el artículo 18, apartado 3, primera frase, del RC, deja claro que la Comisión únicamente puede basar sus decisiones en objeciones respecto de las que los interesados pudieron expresar su punto de vista.

153. De su función en el procedimiento administrativo resulta que el pliego de cargos constituye un documento preparatorio cuyas apreciaciones de hecho y de Derecho son de carácter meramente provisional. Por esta razón, la Comisión tiene que tener en

cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo para, entre otras cosas, retirar los cargos que hayan resultado infundados.<sup>121</sup>

154. Este carácter provisional del pliego de cargos no se ve modificado por el hecho de que la Comisión esté sometida a plazos procesales estrictos a diferencia de lo que sucede en el ámbito de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE. Naturalmente, el imperativo de celeridad del procedimiento de control de las concentraciones conduce, también para las empresas, a plazos muy breves dentro de los cuales éstas pueden ejercer su derecho de defensa. Sin embargo, el pleno respeto del derecho de defensa exige que las alegaciones en defensa de los interesados en el procedimiento de control de las concentraciones no se valoren menos que en el procedimiento en materia de competencia. De este modo, tal alegación en el control de las concentraciones puede conducir, al igual que en el procedimiento en materia de competencia, a una modificación del punto de vista de la Comisión incluso poco antes de expirar el plazo para adoptar una decisión de autorización o de prohibición.

155. En este contexto, seguramente fue desafortunado el hecho de que en la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia considerase «sorprendente» el «giro radical en la posición de la Comisión»

117 — Jurisprudencia reiterada desde las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartados 9 y 11, y de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 10.

118 — Según el artículo 13, apartado 2, del Reglamento n° 447/98, la Comisión comunicará por escrito a las partes notificadas y a las otras partes interesadas sus puntos de vista al respecto y fijará el plazo en el que dichas partes interesadas podrán darle a conocer sus puntos de vista por escrito.

119 — Sentencia SGL Carbon/Comisión (citada en la nota 27), apartado 55.

120 — Véanse los artículos 13, apartado 2, y 14, del Reglamento n° 447/98.

121 — Sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartado 67; en el mismo sentido, véanse las sentencias Musique Diffusion française y otros/Comisión (citada en la nota 117), apartado 14, y de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión (142/84 y 156/84, Rec. p. 4487), apartado 70.

que se produjo antes de la primera Decisión de autorización, a la vista de «lo tarde que tuvo lugar»<sup>122</sup> y que, de manera general, calificase de «cada vez más improbable» que se produzca un cambio fundamental de posición «a medida que avanza el procedimiento administrativo».<sup>123</sup>

156. Si la Comisión modifica su apreciación de una concentración notificada después de que las partes presentaran su defensa en relación con los cargos, dicha nueva orientación del caso no se produce en modo alguno de forma «tardía» sino en un momento habitual en el procedimiento de control de las concentraciones. Tal proceder tampoco es «sorprendente» ni «improbable»,<sup>124</sup> sino expresión del respeto del derecho de defensa y demuestra que la fase de audiencia a las partes no es mera farsa.

157. Sin embargo, a diferencia de las recurrentes y de la Comisión, no considero que la sentencia recurrida, debido a tal formulación algo desafortunada del Tribunal de Primera Instancia, adolezca de un error de Derecho en el que encuentra expresión un entendimiento esencial jurídicamente erróneo de la naturaleza y función de un pliego de cargos.

158. Paralelamente a su exposición sobre el carácter «sorprendente» y «tardío» del «giro radical en la posición de la Comisión», el Tribunal de Primera Instancia destaca expresamente el carácter preparatorio del pliego de cargos también en el control de las concentraciones; además reconoce que, en virtud de la jurisprudencia recaída sobre los artículos 81 CE y 82 CE, la Comisión no está obligada a explicar eventuales diferencias en relación con el pliego de cargos.<sup>125</sup>

159. Por esta razón estimo que, en definitiva, en sus consideraciones generales sobre la relación entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos, en último lugar el Tribunal de Primera Instancia no ha interpretado erróneamente la naturaleza y función de dicho pliego.

160. Sin embargo, aunque se considerase que existe tal error de Derecho, éste no justificaría la anulación de la sentencia recurrida, porque, como mostraré a continuación,<sup>126</sup> no se plasma en una apreciación de la primera Decisión de autorización que incurra en error de Derecho, por lo que no podía tener, desde un primer momento, efectos sobre el fallo de la sentencia recurrida.<sup>127</sup>

122 — Apartado 283 de la sentencia recurrida.

123 — Apartado 285 de la sentencia recurrida.

124 — En la historia del control europeo de las concentraciones existen numerosos ejemplos de decisiones de autorización precedidas de un pliego de cargos. A modo de ejemplo, en este contexto las recurrentes se remiten acertadamente a los siguientes asuntos: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Siemens/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals y COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Apartados 284 y 285 de la sentencia recurrida; en este mismo sentido, los apartados 300, 335, 410 y 446 de la sentencia recurrida.

126 — Puntos 161 a 182 de estas conclusiones.

127 — Según jurisprudencia reiterada, aunque los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia revelen una infracción del Derecho comunitario, si su fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, el recurso de casación debe desestimarse (véase, entre otras, la sentencia de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión, C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartado 186, y en términos semejantes, Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 89.

b) Sobre las remisiones concretas del Tribunal de Primera Instancia al pliego de cargos

161. Queda por analizar la objeción que las recurrentes y la Comisión hacen a una serie de remisiones concretas del Tribunal de Primera Instancia al pliego de cargos en el marco de su examen de la legalidad de la primera Decisión de autorización. Se reprocha al Tribunal de Primera Instancia que su consideración de que la primera Decisión de autorización es ilegal se basa erróneamente en una comparación de la Decisión con el pliego de cargos en lugar de basarse únicamente en la Decisión.

162. Esta tesis también resulta infundada.

163. Es cierto que en la sentencia recurrida se hacen varias remisiones al pliego de cargos. En particular, el Tribunal de Primera Instancia destaca reiteradamente que la Comisión atenuó<sup>128</sup> o modificó<sup>129</sup> en la primera Decisión de autorización su exposición y evaluación de determinados hechos en comparación con el pliego de cargos.

164. Sin embargo, sólo en apariencia el Tribunal de Primera Instancia se basó, por lo que respecta a los errores de Derecho que

detectó en la primera Decisión de autorización, en tales meras divergencias con el pliego de cargos. Si se analiza más detalladamente resulta que tanto la falta de motivación como el error manifiesto de apreciación que detectó el Tribunal de Primera Instancia se derivan de la propia Decisión de autorización.

165. Por lo que respecta a la *falta de motivación*, las consideraciones del Tribunal de Primera Instancia no contienen, respecto del apartado concreto de la primera Decisión de autorización que trata de la transparencia del mercado,<sup>130</sup> remisión alguna al pliego de cargos.<sup>131</sup> También en las demás consideraciones del Tribunal de Primera Instancia sobre la falta de motivación<sup>132</sup> son escasas las remisiones al pliego de cargos; éstas únicamente se encuentran en los apartados 300, 302 y 308 de la sentencia recurrida y ninguna de ellas es determinante para que el Tribunal de Primera Instancia considerase que la primera Decisión de autorización carece de motivación suficiente en lo relativo a la falta de transparencia del mercado que allí se alega:

- En el apartado 308 de la sentencia recurrida, que trata de la evolución de los precios de venta brutos y netos para los distribuidores, el Tribunal de Primera Instancia se basa en el contenido de la primera Decisión de autorización. No hace ningún tipo de comparación entre dicha Decisión y el pliego de cargos, por lo que tampoco determina la existencia de diferencias entre ellos. Antes

128 — Véanse, por ejemplo, los apartados 300, 302 y 338 de la sentencia recurrida.

129 — Véanse, por ejemplo, los apartados 378, 379, 398 y 447 de la sentencia recurrida.

130 — Considerandos 111 a 113 de la primera Decisión de autorización.

131 — Apartados 289 a 294 de la sentencia recurrida.

132 — Apartados 295 a 324 de la sentencia recurrida.

bien, el Tribunal de Primera Instancia parece deducir de ambos documentos una declaración tendencialmente idéntica; de este modo, el pliego de cargos sirve al Tribunal de Primera Instancia únicamente de ilustración adicional de las conclusiones que extrae de la propia Decisión.

- También en el apartado 302 de la sentencia recurrida la remisión al pliego de cargos tiene carácter puramente ilustrativo, habida cuenta de que, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, incluso de la apreciación atenuada de los precios de venta al público en la primera Decisión de autorización aún resulta «un elemento adicional que favorece la transparencia del mercado.»
- El hecho de que la remisión al pliego de cargos en el apartado 300 de la sentencia recurrida no fue determinante para la argumentación del Tribunal de Primera Instancia fue puntualizado por el propio Tribunal en el siguiente apartado: «En cualquier caso, *incluso sin tener en cuenta más que las observaciones que se reprodujeron en la Decisión*, la Comisión concluyó que los precios de catálogo estaban más bien alineados.»<sup>133</sup>

166. Por consiguiente, carecieron de importancia las posibles divergencias entre dicha Decisión y el pliego de cargos para la consideración del Tribunal de Primera Instancia de que existe falta de motivación, que por sí misma ya condujo a la anulación de la

primera Decisión de autorización.<sup>134</sup> En contra de la opinión de las recurrentes y de la Comisión, el pliego de cargos no sirvió aquí de criterio para examinar la primera Decisión de autorización.

167. Por lo que respecta al *error manifesto de apreciación* declarado por el Tribunal de Primera Instancia, es cierto que las remisiones de la sentencia recurrida al pliego de cargos son más numerosas; éstas se encuentran en los apartados 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 y 538 de la sentencia recurrida.<sup>135</sup>

168. No suscitan problemas las remisiones al pliego de cargos contenidas en los apartados 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 y 538 de la sentencia recurrida, que sirven meramente para ilustrar y completar lo que el Tribunal de Primera Instancia ya había deducido de todas formas directamente de la primera Decisión de autorización. El carácter meramente complementario de dichas remisiones al pliego de cargos en los citados apartados se precisa mediante complementos lingüísticos tales como «por otra parte», «por lo demás», «dado que», «además», «véase igualmente» y «[e]llo es así tanto más cuanto que [...]». En ningún punto se critica contradicción alguna entre la Decisión de autorización y el pliego de cargos. El pliego de cargos

<sup>134</sup> — Apartado 325 de la sentencia recurrida.

<sup>135</sup> — Si bien es cierto que el apartado 491 de la sentencia recurrida, que las recurrentes y la Comisión también impugnan, contiene igualmente, sin que se discuta este extremo, una remisión al pliego de cargos, no puede invocarse como base de error de Derecho alguno del Tribunal de Primera Instancia, porque en dicho apartado únicamente se resumen las alegaciones de Impala. Por esta razón, en lo sucesivo no examinaré más detenidamente dicho apartado de la sentencia recurrida.

<sup>133</sup> — Apartado 301 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío).

*no* se tomó como criterio para el examen judicial de la Decisión de autorización.

169. Lo mismo ocurre con los apartados 378 y 379 de la sentencia recurrida. Si se leen en relación con el apartado 377 de la sentencia recurrida, que les precede inmediatamente, éstos también sirven únicamente para ilustrar y completar lo que el Tribunal de Primera Instancia dedujo con anterioridad, en lo relativo a la transparencia de los descuentos, única y exclusivamente de la Decisión de autorización y que resumió del siguiente modo: «Por ello es forzoso constatar que los elementos de prueba, tal como se mencionan en la Decisión, no permiten fundamentar las conclusiones que de ellos se sacan».<sup>136</sup>

170. Más dificultad parecen plantear, sin embargo, las remisiones al pliego de cargos que se hacen en los apartados 335, 398, 408 a 410, 419, 424, 446, 447, 451 y 528 de la sentencia recurrida. Es cierto que a primera vista parece que el Tribunal de Primera Instancia pretende reprochar a la Comisión el hecho de haberse apartado en su primera Decisión de autorización del pliego de cargos sin haberlo motivado suficientemente.<sup>137</sup>

171. Según jurisprudencia a la que también se han remitido en el presente asunto las recurrentes y la Comisión, ésta *no está obligada* a explicar en su decisión eventuales diferencias con su pliego de cargos, habida cuenta de que

se trata de un documento preparatorio cuyas apreciaciones son de carácter meramente provisional.<sup>138</sup> Por consiguiente, no cabe considerar que una decisión de la Comisión en un procedimiento en materia de competencia o de control de las concentraciones adolece de un error de Derecho y debe ser anulada por el mero hecho de que se aparte, sin más explicaciones, en cuanto a su contenido, del pliego de cargos.

172. No obstante, esto no excluye que una decisión que se aparte del pliego de cargos pueda adolecer de un error de Derecho *por otros motivos* basados en la propia decisión y pueda ser anulada como consecuencia de una demanda.

173. En este contexto, procede recordar en particular que en el marco del control de las concentraciones se exige a la Comisión la apreciación de relaciones económicas complejas. Aunque es cierto que para ello dispone de un considerable margen de apreciación,<sup>139</sup> como ya se ha indicado, está sometida en todo momento al control del juez comunitario. Éste tiene la función no sólo de examinar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y coherencia, sino también si tales elementos constituyen el conjunto de datos permitientes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja

136 — Apartado 377 de la sentencia recurrida.

137 — En lo sucesivo prestaré especial atención al apartado 335 de la sentencia recurrida porque las recurrentes lo impugnan con especial énfasis. Sin embargo, mis consideraciones son aplicables de modo análogo a los demás apartados de la sentencia recurrida que aquí se discuten.

138 — Sentencia BAT y Reynolds/Comisión (citada en la nota 121), apartado 70.

139 — Véase a este respecto la jurisprudencia citada en la nota 96.



y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.<sup>140</sup>

para sostener las conclusiones que se deduzcan de los mismos (*aptitud de la base fáctica para sostener las conclusiones*).<sup>141</sup>

174. Por lo tanto, aunque la Comisión no tenga que explicar en su decisión sobre la compatibilidad de una concentración con el mercado común las razones por las que se ha apartado del contenido de su pliego de cargos, sí que deben poder deducirse de su decisión los siguientes tres aspectos:

— En primer lugar, que los hechos en los que se basa la decisión son materialmente exactos y, en particular, que se determinan con arreglo a una prueba fiable y coherente (*exactitud de la base fáctica*).

— En segundo lugar, que en la decisión no dejaron de tomarse en consideración datos pertinentes que procedía tener en cuenta en la apreciación de la concentración (*carácter completo de la base fáctica*).

— Y, en tercer lugar, que los hechos en que se basa la decisión son adecuados

175. Para saber si la Comisión ha tenido en cuenta en un caso concreto todos los datos pertinentes pueden extraerse indicios de todas las circunstancias del caso, en particular, de todos los escritos que formaban parte del expediente en el procedimiento administrativo. Entre dichos escritos se encuentra específicamente el pliego de cargos, dado que de dicho documento se desprende un resumen de todos los hechos y elementos probatorios que la Comisión consideró relevantes para la decisión según el estado del procedimiento en dicho momento.

176. En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia podía considerar en la sentencia recurrida, sin incurrir en error de Derecho, que el pliego de cargos no estaba «totalmente desprovisto de valor o pertinencia» a pesar de su carácter provisional.<sup>142</sup>

177. Sin duda alguna puede resultar en alguna fase posterior del procedimiento —en particular por las alegaciones de las empresas

140 — Sentencia Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39, y sentencia España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 57.

141 — Véanse, respecto de estos tres puntos, nuevamente las sentencias Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39, y España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 57. En lo relativo al carácter completo de la base fáctica véanse, en particular, las sentencias Technische Universität München (citada en la nota 97), apartado 14; España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 58, y Komminou y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 51, en las que se destaca la obligación del órgano competente de examinar de forma diligente e imparcial todos los aspectos relevantes del caso concreto.

142 — Apartado 335, penúltima frase, de la sentencia recurrida; véanse también los apartados 410, 419 y 446 de dicha sentencia.

participantes— que los hechos y las pruebas en que se basaba el pliego de cargos eran incompletos o erróneos o que no eran aptos para sostener las conclusiones que de ellos se dedujeron. El Tribunal de Primera Instancia también reconoce acertadamente este punto al considerar en la sentencia recurrida que la Comisión «tiene la obligación de tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo, así como las alegaciones formuladas por las empresas afectadas para retirar los cargos que en definitiva hayan resultado infundados».<sup>143</sup>

178. No obstante, el juez comunitario puede y tiene que asegurarse de que la Comisión calificara y descartara, por inexactas o no fiables, en una fase posterior del procedimiento, ciertos hechos que había constatado y en los que se basaba su pliego de cargos. Asimismo, el juez comunitario puede y debe examinar si los posibles hechos nuevos, en los que se base ahora la Comisión, son materialmente exactos, si los hechos determinados de este modo son completos y si son adecuados para sostener las conclusiones que la Comisión deduce de los mismos.

179. La exactitud, el carácter completo y la aptitud para servir de fundamento de los hechos en los que se basa una decisión tienen que poder ser objeto de examen judicial.<sup>144</sup> Sin tal examen de la base fáctica de la decisión no cabría valorar de modo razonable

si la Comisión se ha atendido a los límites del margen de apreciación del que dispone o si ha incurrido en un error manifiesto de apreciación.

180. Precisamente por esta razón el Tribunal de Primera Instancia llevó a cabo de manera acertada dicho examen y consideró que la Comisión tenía que «explicar [...] al menos en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia [...], las razones por las que estima que sus apreciaciones provisionales eran erróneas» y que «en todo caso, las apreciaciones contenidas en la decisión deben ser compatibles con las constataciones de hecho recogidas en el pliego de cargos en la medida en que no se haya determinado que éstas fueran inexactas».<sup>145</sup>

181. Al contrario de lo que opinan las recurrentes y la Comisión, la autoridad de control de las concentraciones no se expone por ello a una doble carga ante el Tribunal de Primera Instancia. No se le exige que defienda su decisión y que además invalide el pliego de cargos eventualmente divergente. Únicamente tiene que poder explicar, a raíz de una alegación fundamentada de un demandante, que la base fáctica de su *decisión* fue correcta y completa y que era apta para sostener las conclusiones a las que llega en la decisión. Las posibles explicaciones de por qué se completaron, descartaron o calificaron de nuevo determinados elementos de hecho durante el procedimiento administrativo guardan una relación inseparable con la cuestión de la exactitud y el carácter completo de la base

143 — Apartado 335, segunda frase, de la sentencia recurrida.

144 — Véanse, a este respecto, nuevamente las sentencias Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39, y España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 56; en el mismo sentido, las sentencias Technische Universität München (citada en la nota 97), apartado 14; España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 58, y Komninou y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 51.

145 — Apartado 335, última frase, de la sentencia recurrida; en este mismo sentido, los apartados 410, 419 y 446 de dicha sentencia.

fáctica de la decisión, y de su adecuación para sostener las conclusiones.

182. Por tanto, en suma, el Tribunal de Primera Instancia tomó en consideración de modo admisible el pliego de cargos *como punto de apoyo* al examinar si la primera Decisión de autorización se adoptó sobre una base fáctica exacta y completa, apta para sostener las conclusiones que extrajo la Comisión. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia no *anuló* de la primera Decisión de autorización por posibles diferencias con el pliego de cargos, sino por su falta de motivación y por un error manifiesto de apreciación. El Tribunal de Primera Instancia consideró que existe error de apreciación porque la base fáctica de la decisión era incompleta y carecía de aptitud para sostener las conclusiones relativas a la falta de transparencia del mercado que dedujo la Comisión.<sup>146</sup>

### c) Conclusión provisional

183. En resumen, debe señalarse que el primer motivo y la segunda parte del sexto motivo carecen de fundamento.

3. Sobre el valor probatorio de hechos alegados en respuesta a los cargos (segundo motivo y primera parte del tercer motivo)

184. El segundo motivo guarda estrecha relación con la primera parte del tercer motivo, por lo que propongo examinarlos juntos. En esencia, en este punto las recurrentes imputan al Tribunal de Primera Instancia haber impuesto exigencias excesivas a la fuerza probatoria de sus alegaciones en respuesta al pliego de cargos. Además, el Tribunal de Primera Instancia considera erróneamente que, tras la notificación del pliego de cargos, la Comisión estaba obligada a llevar a cabo nuevas investigaciones relativas al mercado.

### a) Sentencia recurrida

185. En el marco de su examen de la primera Decisión de autorización para saber si contenía errores manifiestos de apreciación en relación con la transparencia del mercado, el Tribunal de Primera Instancia consideró, entre otras cosas, «que las partes que participan en la concentración no pueden esperar al último minuto para presentar a la Comisión elementos de prueba con objeto de rechazar las acusaciones formuladas en tiempo oportuno por la Comisión en la medida en que ésta no podría, por ello, realizar las verificaciones necesarias. Como mínimo es necesario, en este supuesto, que estos elementos de prueba parezcan particularmente fiables, objetivos, pertinentes y convincentes para

<sup>146</sup> — Apartados 459 y 475 de la sentencia recurrida.

poder refutar válidamente las acusaciones b) *Apreciación*  
 formuladas por la Comisión». <sup>147</sup>

186. Además, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión «tampoco puede, por el contrario, llegar hasta el extremo de delegar sin control la responsabilidad de la ejecución de determinados aspectos de la investigación en las empresas participantes en la concentración, en particular cuando, como en el caso de autos, estos aspectos constituyen el elemento crucial en el que se basa la decisión y los datos y apreciaciones presentados por las partes que participan en la concentración son diametralmente opuestos a las informaciones recogidas por la Comisión durante su investigación y a las conclusiones que extrajo de la misma». <sup>148</sup>

187. Además, el Tribunal de Primera Instancia reprocha a la Comisión en varios puntos de la sentencia recurrida no haber llevado a cabo, tras la respuesta de las partes participantes en la concentración al pliego de cargos, investigación alguna relativa al mercado para examinar el fundamento de la reorientación de su calificación del proyecto de concentración. <sup>149</sup>

188. Como ya se ha indicado en relación con el primer motivo, es imperativo en el procedimiento de control de las concentraciones el respeto del derecho de defensa antes de adoptar cualquier decisión que pueda perjudicar a las empresas afectadas <sup>150</sup> (véase también el artículo 18, apartado 3, segunda frase, del RC).

189. Por esta razón no cabe reprochar a las empresas afectadas que no presentaran determinados argumentos, hechos o pruebas posiblemente decisivos para el caso al notificar la concentración o durante la investigación del mercado efectuada por la Comisión, sino tan sólo en el marco de sus alegaciones de defensa contra el pliego de cargos, <sup>151</sup> pues únicamente a través de dicho pliego de cargos las partes participantes en la concentración pueden conocer detalladamente cuáles son las objeciones de la Comisión frente a su proyecto de concentración y en

147 — Apartado 414 de la sentencia recurrida.

148 — Apartado 415 de la sentencia recurrida; en términos similares, el apartado 452 de la sentencia recurrida.

149 — Véanse, por ejemplo, los apartados 398, 428 y 451 de la sentencia recurrida.

150 — Véanse a este respecto, en particular, los puntos 150 a 152 de estas conclusiones.

151 — Está claro que esto no afecta a la obligación de las empresas interesadas de presentar una notificación de contenido exacto y completo de su concentración (véase, a este respecto, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 447/98). Además, las partes participantes en la concentración están obligadas a responder de manera completa, veraz y dentro de plazo a las posibles solicitudes de información de la Comisión (artículo 11, apartado 1, en relación con los apartados 4 y 5, del RC).

qué argumentos y elementos probatorios se basa concretamente para ello.<sup>152</sup>

190. Por lo tanto, el mero hecho de que las partes participantes en la concentración únicamente presenten determinados argumentos, hechos o elementos probatorios como respuesta al pliego de cargos, no justifica en modo alguno que se considere que retuvieron dicha información «hasta el último momento».<sup>153</sup> Del derecho de defensa de las empresas afectadas resulta más bien su derecho de alegar, en el marco de la audiencia escrita y oral, es decir, tras haber recibido el pliego de cargos, todo aquello que consideren oportuno para refutar los cargos y convencer a la Comisión para que autorice su concentración. Tales alegaciones no son tardías sino que se producen en el momento previsto especialmente para ello durante el procedimiento de control de las concentraciones.

191. Asimismo, tampoco pueden imponerse a las alegaciones de las empresas afectadas al responder al pliego de cargos mayores

152 — Aunque es cierto que antes de notificarse el pliego de cargos también se informa a las partes participantes en la concentración del curso del procedimiento [se celebran reuniones, además se informa a los notificantes al iniciar el procedimiento de control formal conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del RC, de cuáles son los ámbitos en los que la Comisión tiene *serias dudas* respecto de la compatibilidad de la concentración con el mercado común], sin embargo, dicha información es mucho menos detallada que un pliego de cargos y puede cambiar en cualquier momento dependiendo de la investigación de mercado.

153 — Sin embargo, si resultase que las empresas afectadas han facilitado datos falsos o incompletos en el marco de la notificación de su concentración o al responder a solicitudes de información de la Comisión, esto constituiría un incumplimiento de su obligación de cooperar con la Comisión en el procedimiento de control de las concentraciones y podría tener, entre otras, las consecuencias recogidas en el artículo 8, apartado 5, letra a), del RC y en el artículo 14, apartado 1, letras b) y c), del RC (revocación de la Decisión de autorización e imposición de multas).

exigencias respecto del valor probatorio y fuerza de convicción que a las alegaciones de competidores, clientes y otros terceros, a los que la Comisión consulte durante el procedimiento de control de las concentraciones. Si bien es cierto que la Comisión está obligada a examinar detenidamente las alegaciones de las partes participantes en la concentración en lo relativo a su carácter exacto, completo y convincente y a no tenerlas en cuenta en caso de duda fundamentada, tiene que aplicar a ello los mismos criterios que usa para examinar las alegaciones de terceros.

192. El derecho de defensa de las empresas afectadas quedaría desvirtuado si no tuvieran en cuenta sus alegaciones respecto de cargos concretos que les imputa la Comisión o si, desde un principio, se atribuyera a sus alegaciones de defensa menor valor probatorio y menos capacidad de convicción que, por ejemplo, a los datos facilitados por terceros en el marco de la investigación de mercado.

193. Además, el hecho de que la Comisión tenga en cuenta en su decisión las alegaciones de defensa de las empresas interesadas y las utilice para replantearse los resultados de la investigación alcanzados hasta el momento y las conclusiones provisionales extraídas del pliego de cargos y, en su caso, se aparte de los mismos no tiene nada que ver con una «delegación» de la investigación a dichas empresas interesadas.

194. Por último, la Comisión no puede estar obligada en cada caso concreto a llevar a cabo investigaciones de mercado adicionales tras haber notificado el pliego de cargos y

haber oído a las empresas interesadas. Las meras limitaciones de tiempo resultantes de los plazos procesales relativamente estrictos hacen imposible que la Comisión envíe, poco antes del traslado de su proyecto de decisión al comité consultivo para el control de concentraciones de empresas,<sup>154</sup> extensas solicitudes de información relativas a cuestiones económicas complejas a numerosos operadores. Siendo realistas, rara vez cabrá esperar resultados de investigación útiles en el breve período de tiempo restante. Además, tendría que volver a oírse a las empresas afectadas si se pretendiese, por ejemplo, basar en ellos una decisión de prohibición. Por esta razón, las recurrentes han indicado acertadamente que la consecuencia jurídica de unas pruebas que no son concluyentes *después* de haberse oído a las empresas interesadas no puede ser el inicio de una nueva investigación de mercado sino la adopción de una decisión sobre la base de los datos que obren en el expediente. Por esta idea aboga también el artículo 10, apartado 6, del RC, que prevé una autorización por defecto para el caso de que la Comisión no adopte una decisión dentro del plazo previsto.

195. En este contexto, considero que el Tribunal de Primera Instancia ha apreciado erróneamente la situación de Derecho al declarar que las partes participantes en la concentración no pueden «esperar al último minuto para presentar a la Comisión elementos de prueba con objeto de rechazar las acusaciones formuladas en tiempo oportuno por la Comisión» y que tales elementos de prueba tienen que ser «*particularmente* fiables, objetivos, pertinentes y convincentes» para refutar válidamente los cargos

formulados por la Comisión. Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia criticó erróneamente la falta de una investigación adicional del mercado después de notificarse el pliego de cargos y comparó erróneamente el hecho de que la Comisión recogiera la alegación de las recurrentes con una delegación ilegal de la investigación en las partes participantes en la concentración.<sup>155</sup>

196. De este modo, el segundo motivo y la primera parte del tercer motivo están esencialmente fundamentados.

197. Sin embargo, de ello no resulta que proceda anular la sentencia recurrida.<sup>156</sup> El Tribunal de Primera Instancia no sólo objeta que, en su apreciación de la transparencia del mercado, la Comisión se basara en las alegaciones de defensa de Bertelsmann y Sony y omitiera llevar a cabo una nueva investigación del mercado, sino que, por el contrario, también examina el contenido de las consideraciones de la Comisión sobre la transparencia del mercado para saber si contienen errores manifiestos de apreciación.

198. En este contexto ha de destacarse que el Tribunal de Primera Instancia no detecta la existencia de un error manifiesto de apreciación en los apartados de la sentencia recurrida que aquí se discuten sino mucho antes, en el apartado 377: «Por ello es forzoso constatar que los elementos de prueba, tal como se mencionan en la Decisión, no permiten

154 — Artículo 19, apartados 3 a 7, del RC.

155 — Véanse a este respecto nuevamente, en particular, los apartados 414 y 415 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío).

156 — Véase, a este respecto, nuevamente la jurisprudencia citada en la nota 127.

fundamentar las conclusiones que de ellos se sacan.» Sin embargo, dicha declaración no guarda relación alguna con la alegación de las partes participantes en la concentración sobre los descuentos de promoción que aquí se discute ni con el hecho de que la Comisión la tuviera en cuenta.

199. En los apartados 384 a 387 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia también declara la existencia de un error manifiesto de apreciación de la Comisión que no resulta del hecho de tener en cuenta la alegación de defensa relativa a los descuentos de promoción de las partes participantes en la concentración, sino del análisis erróneo en cuanto a su contenido de los resultados de la investigación de mercado que hizo la Comisión, en particular, de las respuestas de minoristas.

200. Cada uno de estos dos errores manifiestos de apreciación justifica de por sí la anulación de la primera Decisión de autorización por el Tribunal de Primera Instancia. Aparte de lo dicho, la falta de motivación que el Tribunal de Primera Instancia declaró sin incurrir en error de Derecho también justifica, como ya he indicado, la anulación de la primera Decisión de autorización.<sup>157</sup>

4. Sobre el nivel de exigencia en materia de prueba impuesta a la autorización de las concentraciones (segunda parte del tercer motivo).

201. Mediante la segunda parte de su tercer motivo, las recurrentes alegan que, incurriendo en error de Derecho, el Tribunal de Primera Instancia impuso a la autorización de las concentraciones por la Comisión exigencias en materia de prueba erróneas y demasiado estrictas.<sup>158</sup>

202. Las recurrentes motivan su impugnación de la sentencia recurrida del siguiente modo: en general, el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta que la Comisión no está sometida a las mismas exigencias en materia de prueba en el caso de decisiones de autorización y en el de decisiones de prohibición; alegan que existe asimetría en las exigencias en materia de prueba y una presunción general de compatibilidad de las concentraciones con el mercado común. Las recurrentes afirman, concretamente, que en el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia exigió a la Comisión de manera errónea que presentase la prueba positiva de la *falta de transparencia en el mercado*. En opinión de las recurrentes, lo correcto habría sido que el Tribunal de Primera Instancia sólo hubiera examinado si la Comisión disponía de pruebas suficientes de la *existencia de transparencia en el mercado* en el momento de la primera Decisión de autorización.

<sup>157</sup> — Véanse los puntos 93 a 144 de estas conclusiones.

<sup>158</sup> — Las siguientes consideraciones también son aplicables a la parte del sexto motivo contenido en los apartados 98 a 100 y 102 del recurso de casación.

a) Sobre la pretendida asimetría de las exigencias que el Reglamento de concentraciones impone a las decisiones de autorización y de prohibición

203. En primer lugar, trataré el argumento de las recurrentes de que las exigencias en materia de prueba previstas en el Reglamento de concentraciones son asimétricas y de que existe una presunción general de compatibilidad de las concentraciones con el mercado común.

— Las decisiones en materia de control de concentraciones son decisiones sobre pronósticos

204. Con carácter preliminar, procede señalar que las decisiones de la Comisión en materia de control de concentraciones se diferencian de aquéllas que se adoptan en procedimientos en materia de competencia conforme al artículo 81 CE y en procedimientos para sancionar los abusos de posiciones dominantes conforme al artículo 82 CE en un punto esencial: en el control de las concentraciones no se exige a la Comisión que evalúe y, en su caso, sancione el comportamiento —supuestamente ilícito— de empresas en el pasado, sino que haga un *pronóstico* sobre la evolución futura del mercado. Tiene que valorar si una concentración puede crear o reforzar una posición dominante que pueda obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial de éste (artículo 2, apartados 2 y 3, así como artículo 8, apartados 2 y 3, del RC).

205. Por lo tanto, la decisión de la Comisión de autorizar o prohibir una determinada concentración, se basa necesariamente en una valoración de probabilidad efectuada *ex ante*. El Tribunal de Justicia también reconoció este extremo en la sentencia Comisión/Tetra Laval, al declarar que en el control de las concentraciones se trata de prever «hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor».<sup>159</sup>

206. El examen judicial de tal valoración de probabilidad no puede referirse tanto a si es *demonstrable* como a si es *plausible* el pronóstico de la Comisión de que una concentración tendrá efectos positivos o negativos sobre la competencia. La Comisión únicamente tiene que poder presentar pruebas relativas a los hechos en los que basó su pronóstico, por ejemplo, relativas a los elementos que definen la estructura del mercado (en el caso de autos, entre otros, los diversos factores que abogan por o en contra de considerar que existe transparencia del mercado). En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Comisión/Tetra Laval que las «pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales [...] resultaría *plausible* una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución».<sup>160</sup>

207. El criterio según el cual debe considerarse que un pronóstico de la Comisión relativo a la evolución del mercado que

159 — Citada en la nota 96, apartado 42; véase también la sentencia General Electric/Comisión (citada en la nota 96), apartado 64.

160 — Citada en la nota 96, apartado 44 (el subrayado es mío).



cabe esperar es *plausible* o *no plausible* debe definirse teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento de control de las concentraciones. Según el artículo 8 del RC, la Comisión no impone sanciones en sus decisiones de control de las concentraciones, tampoco interfiere en la libre circulación física ni en la integridad física de personas naturales. Por el contrario, la Comisión únicamente concede o deniega autorizaciones de naturaleza administrativa para una actividad económica, la concentración de empresas. Además, esto se produce en un procedimiento que se caracteriza por un imperativo de celeridad y un régimen de plazos relativamente estrictos que se encuentran en un fino equilibrio.<sup>161</sup>

208. A la vista de dichas características del procedimiento de control de las concentraciones me parece una pauta adecuada que la Comisión deba tener en cuenta la evolución de mercado que al final de un examen en profundidad de varios meses de duración considere más probable (en inglés: «*balance of probabilities*»). Por ejemplo, en fecha relativamente reciente, el Tribunal de Primera Instancia concretó este extremo muy acertadamente en la sentencia General Electric/Comisión: «el análisis prospectivo [...] requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para *dar prioridad a aquéllas cuya probabilidad sea mayor*».<sup>162</sup>

161 — Véase el punto 12 de estas conclusiones.

162 — Citada en la nota 96, apartado 64, última frase; el subrayado es mío.

209. Por consiguiente, si la creación o el refuerzo de una posición dominante es más probable que la posibilidad de que no se produzca, procede prohibir la concentración; sin embargo, si la creación o el refuerzo de tal posición es menos probable que la posibilidad de que no se produzca, procede autorizar la concentración. Corresponde al juez comunitario examinar si los pronósticos de la Comisión adolecen de errores manifiestos de apreciación, es decir, si la Comisión partió de una base fáctica correcta y completa y si dicha base fáctica es apta para sostener el pronóstico.<sup>163</sup>

210. No considero muy adecuado elevar el listón en el control de las concentraciones y exigir, por ejemplo, que la evolución del mercado que pronostica la Comisión tenga que producirse «muy probablemente» o «con especial probabilidad» para subsistir ante el Tribunal de Primera Instancia.<sup>164</sup> Por una parte, tal nivel de probabilidad incrementado debilitaría notablemente a la Comisión en su función relativa a la política en materia de competencia. En ese caso, la Comisión tendría que autorizar concentraciones a pesar de que éstas probablemente condujesen a la creación o refuerzo de una posición dominante y tuvieran, por tanto, efectos anticompetitivos. La Comisión únicamente podría intervenir en aquellos casos en los que una concentración tuviera «muy probablemente» o «con especial probabilidad»

163 — Sentencias Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39; España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 57, y General Electric/Comisión (citada en la nota 96), apartado 63; véanse, además, los puntos 173 y 174 de estas conclusiones.

164 — Una tesis distinta sostiene el Abogado General Tizzano en sus conclusiones de 25 de mayo de 2004 en el asunto Comisión/Tetra Laval (citado en la nota 96), punto 74, quien exige que para una prohibición la Comisión tiene que llegar a la convicción de que la operación notificada creará o reforzará, *muy probablemente*, una posición dominante.

tales efectos anticompetitivos. Por otra parte, tal nivel de probabilidad más elevado sería difícilmente compatible con el margen de apreciación del que dispone la Comisión al evaluar complejos contextos económicos<sup>165</sup> a cuyo núcleo pertenece su pronóstico relativo a la evolución del mercado que cabe esperar como consecuencia de la concentración.

211. Con mayor motivo, no puede ser decisivo que la Comisión, al término de su examen en profundidad de varios meses de duración de una concentración, pueda considerar o excluir *con certeza absoluta* que se creará o reforzará una posición dominante.<sup>166</sup> Este nivel de exigencia especialmente elevado se aplica, sobre todo, en procedimientos penales o cuasi-penales. En el procedimiento de control de las concentraciones únicamente es de aplicación en la fase de examen preliminar (fase I), para compensar el hecho de que en dicha fase únicamente cabe examinar una concentración de manera sumaria. Las «serias dudas» en cuanto a la compatibilidad de la concentración con el mercado común únicamente evitan que la concentración *se autorice de manera prematura*, y obligan a la Comisión, en un primer lugar, a llevar a cabo un examen en profundidad en el procedimiento formal de examen (fase II) [artículo 6, apar-

tado 1, letras b) y c), del RC].<sup>167</sup> Sin embargo, tras tal examen en profundidad, tiene que autorizarse la concentración a pesar de que puedan persistir dudas, siempre que la creación o el refuerzo de una posición dominante sea, según el pronóstico de la Comisión, menos probable que la posibilidad de que no se produzca. Por el contrario, habrá de prohibirse la autorización a pesar de que puedan persistir dudas, si la Comisión, tras un examen en profundidad, considera que la creación o el refuerzo de una posición dominante es más probable que la posibilidad de que no se produzca.

— Simetría de las exigencias impuestas a autorizaciones y prohibiciones

212. Por lo que respecta a las exigencias legales impuestas a las decisiones de autorización por una parte, y a las decisiones de prohibición por otra, no encuentro diferencia alguna entre ellas. En contra de lo que consideran las recurrentes, no existe tal diferencia respecto del grado de plausibilidad del pronóstico que debe dar la Comisión ni respecto de la solidez de la base fáctica en que se fundamentan las decisiones.

213. Tanto el artículo 2 del RC, que establece el programa de examen general para el control de un proyecto de concentración que

165 — Véanse, a este respecto, los apartados 126 y 173 de la sentencia recurrida.

166 — En términos similares se pronunció el Abogado General Tizzano en sus conclusiones de 25 de mayo de 2004 en el asunto Comisión/Tetra Laval (citado en la nota 96), punto 74: «Así pues, no se puede exigir a la Comisión que, para prohibir una operación de concentración, determine *con certeza absoluta* que la misma creará o reforzará una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo» (el subrayado es mío).

167 — Véase, como ejemplo del Derecho medioambiental, la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, Rec. p. I-7405), apartados 44 y 55 a 59.

realiza la Comisión, como el artículo 8 del RC, en el que se enumeran las facultades de decisión de la Comisión, tienen una estructura completamente simétrica en sus apartados 2 y 3.

214. En dicha simetría se refleja en definitiva el hecho de que, en cada caso concreto, la Comisión tiene que alcanzar un justo equilibrio entre bienes del mismo rango protegidos por el Derecho primario,<sup>168</sup> a saber, por una parte, los derechos e intereses de los participantes en la concentración y, por otra parte, el interés público en que se defienda la competencia frente a todo intento de falseamiento [artículo 3 CE, apartado 1, letra g)].<sup>169</sup> De este modo, es cierto que la libertad de empresa de las empresas participantes, así como los derechos de propiedad de los accionistas (artículos 16 y 17 de la Carta de los derechos fundamentales), incluyen sin duda alguna el derecho a realizar concentraciones, sin embargo, esto sólo es válido en la medida en que, en aras de la defensa de la competencia frente a todo intento de falseamiento, no esté justificada la imposición de determinadas condiciones o requisitos, o incluso la prohibición de la concentración de que se trate.

215. La sentencia Comisión/Tetra Laval alegada por las recurrentes no constituye

un argumento en contra de dicha simetría de las exigencias que se imponen a las decisiones de autorización y de prohibición. En la exigencia de «pruebas sólidas» (en inglés: «convincing evidence»)<sup>170</sup> que allí se impone, únicamente se exige que la Comisión fundamente su valoración de probabilidad en una base fáctica segura. Este extremo también se desprende de otro apartado de la sentencia Comisión/Tetra Laval, donde el Tribunal de Justicia califica la «calidad» de las pruebas presentadas por la Comisión de «sumamente importante», «puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales [...] resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución».<sup>171</sup>

216. La necesidad de pruebas «sólidas» no puede malinterpretarse en el sentido de que con ella se eleva el listón para decisiones de prohibición en comparación con las decisiones de autorización. Como precisó el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Tetra Laval, la necesidad de pruebas «sólidas» «no añadió en modo alguno un requisito relativo al grado de exigencia probatoria, limitándose a recordar la función esencial de la prueba, que no es otra que la de *convencer* del fundamento de una tesis o [...] de una decisión [...]».<sup>172</sup>

168 — Véanse, a este respecto, por una parte, los considerandos tercero y cuarto del Reglamento de concentraciones, así como, por otra, su quinto considerando.

169 — Véanse, además, los considerandos primero, segundo y quinto del Reglamento de concentraciones. La defensa de la competencia frente a falseamientos beneficia a todos los operadores, incluidos los consumidores (véanse, a este respecto, las sentencias de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 25; de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 125, y de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, apartado 106).

170 — Citada en la nota 96, apartado 41; véase, además, la sentencia «Kali & Salz» (citada en la nota 16), apartado 228, en la que se habla de «elementos suficientemente significativos y concordantes» (en inglés: «cogent and consistent evidences»). Considero que la traducción en lengua alemana de la sentencia Comisión/Tetra Laval, en la que se habla de «eindeutige Beweise», no reproduce correctamente la expresión inglesa «convincing evidence»; por esta razón utilizo aquí y en lo sucesivo siempre el término «überzeugend» para referirse a «convincing»).

171 — Citada en la nota 96, apartado 44.

172 — Citada en la nota 96, apartado 41; el subrayado es mío.

217. Tampoco cabe deducir de los citados apartados de la sentencia Comisión/Tetra Laval, ni de la advertencia del Tribunal de Justicia de que la Comisión ha de proceder «con atención» en su pronóstico, que para la *prohibición* de una concentración existan exigencias más estrictas que para su autorización.<sup>173</sup> En ningún caso puede la Comisión proceder «sin atención» en la *autorización* de una concentración y basarse en pruebas menos «sólidas» que en el caso de la prohibición. De lo contrario no cumpliría su función principal de proteger la competencia dentro del mercado común de ser falseada.

218. Por lo tanto, si la creación o el refuerzo de una posición dominante es más probable que la posibilidad de que no se produzca, procede prohibir la concentración; sin embargo, si la creación o el refuerzo de tal posición es menos probable que la posibilidad de que no se produzca, procede autorizar la concentración. Estas dos valoraciones de probabilidad son las dos caras de la misma moneda. Cada una de ellas tiene que hacerse con atención y fundamentarse en una base fáctica que no solamente sea correcta y completa, para lo que se requieren pruebas «sólidas», sino que también tiene que ser adecuada para sostener las conclusiones que se deducen de ella.<sup>174</sup>

173 — Citada en la nota 96, apartado 42.

174 — Sentencias Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39, y General Electric/Comisión (citada en la nota 96), apartado 63; véanse, además, los puntos 173 y 174 de estas conclusiones.

— Inexistencia de una presunción general de compatibilidad con el mercado común

219. De la simetría antes descrita y de la igualdad de rango de los bienes protegidos<sup>175</sup> de que se trata también resulta que el Reglamento de concentraciones desconoce una *presunción general* de compatibilidad de concentraciones con el mercado común. La Comisión tiene que decidir de manera expresa en cada caso concreto sobre la compatibilidad o incompatibilidad de cada concentración con el mercado común,<sup>176</sup> y antes de tal decisión se prohíbe expresamente a las empresas llevar a cabo su concentración (artículo 7, apartados 1 y 5, del RC).

220. De la sentencia EDP/Comisión, a la que se remiten las recurrentes, no se deduce otra cosa.<sup>177</sup> Aunque es cierto que el Tribunal de Primera Instancia precisa en ella que las meras dudas de la Comisión no justifican la prohibición de una concentración, de ello no puede deducirse *a contrario sensu* una presunción general de que las concentraciones son compatibles con el mercado común. Esto también lo muestra una lectura del decimoquinto considerando del Reglamento de concentraciones, según el cual cabe considerar, a lo sumo, respecto a las concentraciones con una cuota de mercado pequeña

175 — Estos bienes protegidos son, por una parte, los derechos e intereses de las partes participantes en la concentración y, por otra, el interés público en proteger la competencia de ser falseada. Véase, a este respecto, nuevamente el punto 214 de estas conclusiones.

176 — En el mismo sentido se pronuncia la sentencia General Electric/Comisión (citada en la nota 96), apartado 61.

177 — Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (T-87/05, Rec. p. II-3745), apartado 64.

que éstas son compatibles con el mercado común.

221. Considero que sólo muy excepcionalmente cabe considerar en los dos supuestos siguientes que las concentraciones son compatibles con el mercado común.

222. El primer supuesto se refiere a concentraciones notificadas sobre las que la Comisión, contrariamente a su obligación legal, no ha decidido dentro de plazo. La compatibilidad de tales concentraciones con el mercado común se presume por ley de conformidad con el artículo 10, apartado 6, del RC (véase también el artículo 7, apartados 1 y 5, del RC). Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 10, apartado 6, del RC no cabe deducir una presunción *general* más amplia de compatibilidad de las concentraciones con el mercado común debido a su carácter excepcional y su situación sistemática en relación con la regulación de los plazos procesales.<sup>178</sup>

223. El segundo supuesto se refiere a concentraciones cuyo examen por la Comisión resultó en una situación probatoria tan poco clara que no es posible hacer un pronóstico seguro sobre si en definitiva conducirán a la creación o el refuerzo de una posición dominante o no. El Abogado

General Tizzano acuñó para estos casos la expresión «zona gris».<sup>179</sup> Sin embargo, en mi opinión no cabe malinterpretar dicha expresión en el sentido de que se trata de un número bastante elevado de casos. Considero que únicamente puede tratarse de unos pocos y raros casos fronterizos en los que, incluso tras una exhaustiva investigación de mercado, no está claro hacia qué lado se inclina la balanza. Únicamente tales casos de «*non liquet*» deberían declararse compatibles con el mercado común y ser autorizados de conformidad con el principio «*in dubio pro libertate*». Sin embargo, la existencia de este supuesto tampoco puede llevar consigo una presunción *general* de compatibilidad de las concentraciones con el mercado común que tenga mayor alcance.

224. No obstante, con independencia del alcance exacto de los últimos dos supuestos, está claro que el caso de autos no está comprendido en ninguno de ellos. Ni la Comisión ha dejado transcurrir el plazo para decidir sobre la concentración en incumplimiento de sus obligaciones, ni existía, según ha declarado el Tribunal de Primera Instancia, una situación probatoria que no fuese clara.<sup>180</sup> Aunque es cierto que la propia Comisión ha hablado en varias ocasiones en su primera Decisión de autorización de una falta de prueba relativa a determinados hechos,<sup>181</sup> según entiendo, nunca ha calificado el caso de autos de supuesto fronterizo

178 — Véase también, en lo relativo al artículo 10, apartado 6, del RC, lo dicho en el punto 102 de estas conclusiones.

179 — Conclusiones del Abogado General Tizzano, de 25 de mayo de 2004, en el asunto Comisión/Tetra Laval (citado en la nota 96), puntos 76 a 81, y, en particular, el punto 76.

180 — Véanse, entre otros, los apartados 290, 294, 303, 347, 362, 407 y 435 de la sentencia recurrida.

181 — Véanse, por ejemplo, los considerandos 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 y 158 de la primera Decisión de autorización.

en el que se hubiese producido un «*non liquet*». Antes bien, en la vista oral celebrada ante el Tribunal de Justicia subrayó expresamente que la discusión sobre casos fronterizos en los que la situación probatoria carece de claridad es meramente hipotética.<sup>182</sup>

— Conclusión provisional

225. Por lo tanto, procede desestimar en su conjunto las alegaciones de las recurrentes de que el Reglamento de concentraciones se basa en una asimetría de las exigencias que se imponen a decisiones de autorización y de prohibición, así como en una presunción general de que las concentraciones son compatibles con el mercado común. Tampoco ha de considerarse que el caso de autos podría estar comprendido dentro de uno de los dos supuestos en los que, excepcionalmente, se aplica una presunción de compatibilidad de la concentración con el mercado común.

b) Sobre las exigencias en materia de prueba que impone el Tribunal de Primera Instancia en el presente asunto

226. Queda por examinar si el Tribunal de Primera Instancia impuso a las declaraciones de la Comisión relativas a la transparencia del mercado las exigencias adecuadas en materia de prueba.

227. Las recurrentes argumentan que el Tribunal de Primera Instancia no podía exigir a la Comisión la prueba positiva de la *falta de transparencia del mercado*, antes bien, el Tribunal de Primera Instancia tenía que haberse contentado con examinar si, en el momento de adoptar la primera Decisión de autorización, la Comisión disponía de pruebas suficientes de la *existencia de transparencia del mercado*.<sup>183</sup> Esta alegación se basa claramente en la idea de que las exigencias en materia de prueba para la autorización de una concentración tienen que ser inferiores a las que se imponen para su prohibición.

228. Esta alegación no convence por dos razones.

229. Por una parte, de la simetría de las exigencias en materia de prueba en lo relativo a decisiones de autorización y de prohibición<sup>184</sup> resulta que no puede haber diferencias entre el hecho de que la Comisión examine la transparencia de un mercado para una posible autorización o para una posible prohibición de una concentración. La declaración negativa de que un mercado *no es lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva* conduce al mismo resultado y requiere las mismas exigencias en materia de prueba que la declaración positiva de que el referido mercado es *lo suficientemente opaco como para excluir una posición dominante*

182 — También en el procedimiento de primera instancia, la Comisión destacó que podía defender su primera Decisión de autorización según el principio de «balance of probabilities» (véase el apartado 7 de su contestación a la demanda de primera instancia).

183 — En concreto, las recurrentes se remiten a los apartados 289, 366, 381 a 387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449 a 457 y 459 de la sentencia recurrida.

184 — Véanse los puntos 212 a 218 de estas conclusiones.

*colectiva*. Ambas declaraciones son las dos caras de la misma moneda y ambas justifican que se excluya el riesgo de crear o reforzar una posición dominante, siempre que los hechos en los que se fundamenten sean correctos, completos y adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.

230. Por otra parte, me parece que la crítica que las recurrentes hacen de las exigencias en materia de prueba puestas por el Tribunal de Primera Instancia se basa en una interpretación errónea de la sentencia recurrida. Al examinar la sentencia con mayor atención, el Tribunal de Primera Instancia no reprocha a la Comisión no haber cumplido las exigencias en materia de prueba al hacer su evaluación de la concentración respecto de la competencia. Antes bien, al examinar la primera Decisión de autorización, el propio Tribunal de Primera Instancia se basa en la declaración de la Comisión de que el mercado «no es lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva».<sup>185</sup> Es decir, el Tribunal de Primera Instancia incluso examinó, como solicitaron las recurrentes, si realmente faltaban, como se alegaba, pruebas suficientes para la existencia de transparencia del mercado.

231. El error de apreciación manifiesto cuya existencia declaró el Tribunal de Primera Instancia no consistía en la omisión de presentar una prueba positiva relativa a la falta de transparencia del mercado, sino más bien en que en la primera Decisión de autorización no se habían tenido en cuenta todos los datos pertinentes y en que los hechos que la Comisión había tomado en consideración no eran aptos para sostener las conclusiones extraídas por la propia Comisión.<sup>186</sup>

185 — Apartados 289 y 459 de la sentencia recurrida. Véanse, además, los apartados 287, 366 y 371 de dicha sentencia.

186 — Véanse, en particular, los apartados 377, 390, 459 y 542 de la sentencia recurrida.

### c) Conclusión provisional

232. Por lo tanto, la segunda parte del tercer motivo carece de fundamento. Lo mismo cabe decir de las alegaciones hechas en los apartados 98 a 100 y 102 del recurso de casación que coinciden en cuanto a su contenido con la segunda parte del tercer motivo.

### B. Límites a la libre apreciación de los hechos y las pruebas del Tribunal de Primera Instancia (cuarto motivo)

233. Mediante su cuarto motivo, las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia haber excedido el alcance del examen judicial de la decisión de la Comisión, al no haber tenido en cuenta el margen de apreciación de la Comisión y haber sustituido su apreciación de los hechos y las pruebas en varias ocasiones por la suya propia cometiendo errores manifiestos y desnaturalizando los elementos de prueba.<sup>187</sup>

234. Mientras la Comisión apoya dicho motivo, Impala defiende la sentencia recurrida.

187 — Las siguientes consideraciones también son aplicables a la parte del sexto motivo contenida en los apartados 101 y 102 del escrito de interposición del recurso de casación.

1. El margen de apreciación de la Comisión y su control jurisdiccional

— El Tribunal de Primera Instancia no atribuyó a los descuentos de promoción «más que una incidencia limitada sobre los precios».<sup>190</sup>

a) Sentencia recurrida

— El Tribunal de Primera Instancia habla de una «gran transparencia en los precios» o de una «gran transparencia en el mercado»<sup>191</sup> y considera que los informes semanales de los representantes comerciales constituyen un «elemento adicional de transparencia del mercado»;<sup>192</sup> el Tribunal de Primera Instancia considera que los descuentos de promoción parecen «tener por naturaleza vocación de carácter público»<sup>193</sup> y tienen «carácter más bien público y transparente».<sup>194</sup>

235. Como prueba de su alegación de que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta el margen de apreciación de la Comisión y substituyó su apreciación de los hechos y las pruebas en varias ocasiones por la suya propia, las recurrentes se remiten a los siguientes ejemplos de la sentencia recurrida:

— El Tribunal de Primera Instancia calificó la alineación de los precios de catálogo de «efectivamente muy marcada», mientras que la Comisión únicamente habló de que los precios de catálogo parecen estar «más bien alineados».<sup>188</sup>

— Según el Tribunal de Primera Instancia, las diferencias en las gamas de descuentos pueden ser el «resultado de diferencias en los comportamientos» y no cabe excluir «que los descuentos se basen en un conjunto de reglas conocido».<sup>195</sup>

— El Tribunal de Primera Instancia calificó de «muy pequeña» la variación de los niveles generales de los descuentos concedidos por las partes participantes en la concentración.<sup>189</sup>

— El Tribunal de Primera Instancia niega erróneamente que los datos económicos presentados tengan relevancia para la cuestión de si los descuentos de

190 — Apartado 317 de la sentencia recurrida.

191 — Apartados 347 y 361 de la sentencia recurrida.

192 — Apartado 354 de la sentencia recurrida.

193 — Apartado 402 de la sentencia recurrida. Procede señalar que dicho reproche se basa en la versión auténtica en lengua inglesa de la sentencia («destined to become *public knowledge*»), mientras que en la versión en lengua francesa se dice que un descuento de promoción «semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de publicité», lo cual tiene más bien poco que ver con la expresión inglesa «*public knowledge*» (el subrayado es mío).

194 — Apartados 403, 405, 406 y 436 de la sentencia recurrida.

195 — Apartado 420 de la sentencia recurrida.

188 — Apartado 299 de la sentencia recurrida.

189 — Apartado 307 de la sentencia recurrida. Las recurrentes se remiten, además, a los apartados 421, 419, 424, 444 y 457 de la sentencia recurrida, donde identifican declaraciones similares del Tribunal de Primera Instancia.



promoción también tienen importancia respecto a los álbumes más vendidos.<sup>196</sup>

ciones respecto a los *errores manifiestos de apreciación*.<sup>199</sup>

## b) Apreciación

236. Como ya se indicó en otro momento,<sup>197</sup> la Comisión dispone, en el control de las concentraciones, de un considerable margen de apreciación para la evaluación de complejos contextos económicos. Según reiterada jurisprudencia, el control ejercido a este respecto por el órgano jurisdiccional comunitario ha de limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder.<sup>198</sup>

237. Mediante su crítica de los pasajes citados en el apartado 235 de la sentencia recurrida, las recurrentes plantean en definitiva la cuestión de cuáles son los límites que el margen de apreciación del que dispone la Comisión impone al examen judicial de sus decisiones de control de las concentra-

238. A este respecto, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente en la sentencia Comisión/Tetra Laval del siguiente modo:

«Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.»<sup>200</sup>

239. Habida cuenta de este criterio de examen, sería erróneo considerar que el

196 — Apartado 456 de la sentencia recurrida.

197 — Véanse, en particular, las consideraciones relativas al primer y sexto motivo en los apartados 126 y 173 de la sentencia recurrida.

198 — Sentencias de 3 de abril de 2003, Petrolesence y SG2R/Comisión (T-342/00, Rec. p. II-1161), apartado 101; EDP/Comisión (citada en la nota 177), apartado 151, y de 4 de julio de 2006, easyJet/Comisión (C-177/04, Rec. p. II-1931), apartado 44.

199 — Ha de señalarse, con carácter marginal, que algunas de las declaraciones que impugnan las recurrentes, en concreto, aquellas contenidas en los apartados 299, 307 y 317 de la sentencia recurrida, pertenecen, por su situación sistemática, al *examen formal* de la primera Decisión de autorización respecto a las deficiencias de motivación. A dichas declaraciones es de aplicación, en primer lugar, lo dicho respecto de la tercera parte del sexto motivo (véanse, en particular, los puntos 114 a 131 de las presentes conclusiones). Sin embargo, habida cuenta de que las recurrentes parecen entender que los apartados 299, 307 y 317 de la sentencia recurrida contienen, además, elementos relativos a un examen del fondo de la primera Decisión de autorización respecto a los errores de apreciación manifiestos, los examino en lo sucesivo también desde este punto de vista.

200 — Citada en la nota 96, apartado 39; véanse también las sentencias España/Lenzing (citada en la nota 97), apartados 56 y 57, y General Electric/Comisión (citada en la nota 96), apartado 63.

margen de apreciación de la Comisión impide, de entrada, al juez comunitario toda apreciación propia de los hechos y las pruebas. Antes al contrario, tal apreciación propia hecha por el juez comunitario es imprescindible cuando se trata de determinar si los hechos en los que se fundamenta la decisión de la Comisión eran correctos, fiables, coherentes y completos y si dichos hechos eran adecuados para sostener las conclusiones que deduce la Comisión. De no ser así, el juez comunitario no podría valorar de modo razonable si la Comisión se ha atenido a los límites del margen de apreciación del que dispone o si ha incurrido en un error manifiesto de apreciación.<sup>201</sup>

240. El Tribunal de Primera Instancia únicamente excede los límites del examen judicial de una decisión de la Comisión en materia de control de las concentraciones cuando los hechos y pruebas permiten defender diferentes apreciaciones y la Comisión se ha decidido por una de ellas y el Tribunal de Primera Instancia la sustituye por la suya propia.

241. Si se examinan desde este punto de vista los ejemplos de la sentencia recurrida que alegaron las recurrentes, resulta que aunque es cierto que el Tribunal de Primera Instancia hizo en cada caso su propia valoración de los hechos y de las pruebas, no es menos cierto que se atuvo a los límites del control judicial de una decisión de la Comisión en materia de control de las concentraciones.

242. Por una parte, es conforme a Derecho que el Tribunal de Primera Instancia examinara los hechos constatados por la Comisión para saber si contenían indicios a favor o en contra de la existencia de transparencia del mercado y, en su caso, en qué medida. Por consiguiente, declaraciones como las de los apartados 299, 307, 317, 347, 354 y 361 de la sentencia recurrida, impugnadas por las recurrentes, son conformes a Derecho, así, entre otras, la declaración de «que tres de los factores señalados en la Decisión [...] tienden naturalmente a inducir una gran transparencia en los precios» (apartado 347).

243. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia también podía formarse su propia opinión sobre la cuestión de si los hechos constatados por la Comisión en lo relativo a los descuentos, en particular, respecto de los descuentos de promoción, bastaba para excluir la existencia de una transparencia del mercado suficiente para poder considerar que existe una posición dominante colectiva y, en su caso, en qué medida. Por lo tanto, declaraciones del Tribunal de Primera Instancia, como las de los apartados 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 y 457 de la sentencia recurrida, impugnadas por las recurrentes, también son conformes a Derecho, por ejemplo la declaración de que los descuentos de promoción sólo representan una parte muy pequeña del precio de venta bruto de los álbumes (apartado 457).

244. En esencia, el Tribunal de Primera Instancia aplicó en los apartados controvertidos de la sentencia recurrida los criterios desarrollados por el propio Tribunal de Justicia<sup>202</sup> y, en particular, examinó si el

201 — Véase en este sentido, en otro contexto, el punto 179 de las presentes conclusiones.

202 — Véase nuevamente la sentencia Comisión/Tetra Laval (citada en la nota 96), apartado 39, recientemente confirmada en la sentencia España/Lenzing (citada en la nota 97), apartado 57.

supuesto de hecho en el que se basa la primera Decisión de autorización es adecuado para sostener la conclusión de la Comisión de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva.

245. El Tribunal de Primera Instancia no ha sustituido la evaluación de la transparencia del mercado realizada por la Comisión, también defendible, por la suya propia, ni ha pretendido decidir por sí mismo sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la concentración controvertida con el mercado común.<sup>203</sup> Únicamente ha llegado a la conclusión de que la base fáctica de la primera Decisión de autorización de la Comisión no fundamentaba las conclusiones que ésta extrae en el caso de autos.<sup>204</sup> Esta última consideración del Tribunal de Primera Instancia es parte de su apreciación de los hechos y las pruebas llevada a cabo en el procedimiento de primera instancia, por lo que no puede examinarse en cuanto tal en el procedimiento de casación con la salvedad de la cuestión relativa a la desnaturalización de hechos y elementos probatorios, que procede analizar a continuación.

246. En suma, llego a la conclusión de que el Tribunal de Primera Instancia no ha ignorado el margen de apreciación de la Comisión al examinar el contenido de la primera Decisión de autorización.

203 — Véase el apartado 479 de la sentencia recurrida: «En efecto, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia pronunciarse sobre la compatibilidad de la concentración, sino efectuar un control de la legalidad de las constataciones realizadas en ésta.»

204 — Apartado 452 de la sentencia recurrida.

2. Sobre la imputación de haber desnaturalizado elementos probatorios

247. Las recurrentes sostienen además que, en los apartados 45, 427 y 434 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó elementos probatorios. En los apartados controvertidos de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia trata la consideración de la Comisión de que los descuentos de promoción son opacos.

248. Antes de tratar cada uno de los citados apartados de la sentencia recurrida, me permito recordar los criterios estrictos que el Tribunal de Justicia aplica, según reiterada jurisprudencia, al examinar la imputación de desnaturalización de elementos probatorios. Según los mismos, existe desnaturalización de los elementos de prueba cuando, *sin necesidad de practicar nuevas pruebas*, la apreciación de los que constan en autos resulta *manifiestamente errónea*.<sup>205</sup> Por lo tanto, no se trata de examinar si la apreciación de las pruebas realizada por el Tribunal de Primera Instancia resulta *convinciente* desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, porque en ese caso el Tribunal de Justicia sustituiría la apreciación de la prueba realizada por el Tribunal de Primera Instancia por la suya propia, cosa que no le corresponde en el recurso de casación. Mientras la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal de Primera Instancia sea al menos *defendible*, no existe desnaturalización de los elementos probatorios.

205 — Sentencias de 18 de enero de 2007, PKK y KNK/Consejo (C-229/05 P, Rec. p. I-439), apartado 37; de 18 de julio de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comisión (C-326/05 P, Rec. p. I-6557), apartado 60, y de 22 de noviembre de 2007, Sniace/Comisión (C-260/05 P, Rec. p. I-10005), apartado 37.

249. El Tribunal de Justicia lleva a cabo su examen exclusivamente sobre la base de los datos que constan en autos.<sup>206</sup>

a) Sobre el apartado 425 de la sentencia recurrida

250. En el apartado 425 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia analizó algunas de las tablas presentadas por la Comisión y declaró:

«[...] El cálculo del diferencial entre descuentos mínimos y máximos por clientes [...] se realizó erróneamente en la mayor parte de los casos, teniendo en cuenta los descuentos concedidos por la otra empresa, cuando [...] dicho cálculo debe realizarse sobre la base del diferencial entre descuentos mínimos y máximos concedidos por una única y misma parte a sus distintos clientes.»

251. En opinión de las recurrentes, esto constituye una desnaturalización de los elementos de prueba. La Comisión declaró en el procedimiento de primera instancia ante el Tribunal de Primera Instancia que había calculado el diferencial entre descuentos mínimos y máximos sobre la

base de los descuentos sobre factura que una parte participante en la concentración había concedido a un mismo cliente por cada uno de sus álbumes que se encontraba entre los 20 mayores éxitos. Esto se desprende de los apartados 19 a 22 del escrito de la Comisión de 21 de septiembre de 2005<sup>207</sup> y resulta claramente del anexo E.2 a dicho escrito.

252. Para poder examinar adecuadamente la imputación de la desnaturalización procede identificar, en primer lugar, cuáles son las tablas a las que se refiere exactamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 425 de la sentencia recurrida. Desafortunadamente, la versión auténtica en lengua inglesa de la sentencia es sumamente imprecisa en este punto. No obstante, de esta versión en lengua inglesa del apartado 425 se desprende que el Tribunal de Primera Instancia se refiere a los cuadros «que tienen por objeto mostrar los descuentos de promoción máximos concedidos por Sony y BMG por sus álbumes más vendidos»<sup>208</sup> y en los que se calcula el diferencial entre descuentos mínimos y máximos por clientes.

253. Más precisa es en este aspecto la versión en lengua francesa de la sentencia recurrida. Pese a que en el caso de autos no es auténtica, esta versión en la lengua en la que se redactó y debatió la sentencia recurrida puede ofrecer un punto de apoyo adicional respecto de la cuestión de a qué quería referirse realmente el Tribunal de Primera Instancia en

206 — Sentencias de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), apartado 54; JCB Service/Comisión (citada en la nota 127), apartado 108, y Wunnenburger/Comisión (citada en la nota 44), apartado 67.

207 — Escrito de la Comisión, de 21 de septiembre de 2005, presentado en respuesta a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia.

208 — «As regards the tables, *which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums, [...]*». (El subrayado es mío.)

el apartado 425, a saber, a «los cuadros del anexo E.4.2».<sup>209</sup> De hecho, en la carátula del anexo E.4.2 que consta en autos figura un título que guarda gran similitud con la introducción al apartado 425 de la sentencia recurrida,<sup>210</sup> y en los cuadros del anexo E.4.2 se muestra el diferencial entre descuentos mínimos y máximos por cliente citado en el apartado 425.

254. Por este motivo considero que el apartado 425 de la sentencia recurrida hace referencia a los cuadros del anexo E.4.2. Sin embargo, de dicho anexo no cabe extraer dato alguno que fundamente que las consideraciones que el Tribunal de Primera Instancia hace en el apartado 425 sean *manifiestamente erróneas*. Es cierto que los cuadros contenidos en dicho anexo, a excepción del título que figura en la carátula del anexo, no contienen nota explicativa alguna. Sin embargo, una mera lectura rápida de los cuadros primero y segundo del anexo E.4.2 muestra que la crítica del Tribunal de Primera Instancia está justificada: al calcular el diferencial entre descuentos mínimos y máximos por clientes se han mezclado a veces los valores de Bertelsmann y los de Sony; de manera coloquial podría decirse que se han comparado peras con manzanas.<sup>211</sup>

255. De las consideraciones de la Comisión, hechas en los apartados 19 a 22 de su escrito de 21 de septiembre de 2005, tampoco se desprende que el Tribunal de Primera Instancia interpretara los cuadros del anexo E.4.2. incurriendo en error manifiesto. Por su propio tenor, dichas consideraciones de la Comisión se refieren únicamente a los anexos B.6, B.8 y E.2. Por el contrario, en el apartado del escrito de la Comisión citado por las recurrentes no se encuentran aclaraciones relativas a los cuadros del anexo E.4.2 que aquí se discuten.

256. En este contexto, considero que la imputación de desnaturalización de elementos probatorios respecto del apartado 425 de la sentencia recurrida carece de fundamento.

b) Sobre el apartado 427 de la sentencia recurrida

257. El Tribunal de Primera Instancia declara en el apartado 427 de la sentencia recurrida:

«En todo caso, incluso suponiendo que los distintos cuadros elaborados por las empresas participantes en la concentración y aportados por la Comisión puedan efectivamente demostrar las variaciones más o menos importantes alegadas, no es menos cierto que [...] estas variaciones son de una pertinencia dudosa, ya que [...] sólo muestran las horquillas sin analizar las medias ponderadas y las variaciones respecto de las medias [...]».

209 — En la versión en lengua francesa, el apartado 425 de la sentencia recurrida comienza como sigue: «S'agissant des tableaux de l'annexe E.4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, [...]». (El subrayado es mío.)

210 — El título que figura en la carátula del anexo E.4.2 es: «Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums».

211 — Por ejemplo, en la tercera columna del primer cuadro del anexo E.4.2 se compara el descuento mínimo concedido por Sony (SMEI) con el descuento máximo concedido por Bertelsmann (BMG); del mismo modo se procede en la tercera columna del segundo cuadro del anexo E.4.2.

258. Sin embargo, en opinión de las recurrentes, muchos de los datos contenidos en los cuadros y gráficos que la Comisión presentó al Tribunal de Primera Instancia en su contestación a la demanda de 11 de febrero de 2005 en primera instancia, se basan en valores medios ponderados. A este respecto se remiten a los anexos B.4, B.8, B.9, B.10 y B.13, así como a las aclaraciones adicionales de la Comisión en su escrito, de 14 de marzo de 2007, presentado en primera instancia.

259. A este respecto, debe señalarse que el Tribunal de Primera Instancia diferencia lingüísticamente con claridad entre *cuadros* y *gráficos*.<sup>212</sup> En el apartado 427 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia se refiere expresamente a los diferentes *cuadros* presentados por la Comisión. Por este motivo habría esperado que las recurrentes, para demostrar su imputación de desnaturalización de los elementos probatorios, se hubiesen referido también a aquellas partes de los autos que contengan *cuadros*. Sin embargo, tras el examen de los anexos B.4, B.8, B.9, B.10 y B.13 constato que aunque contienen un gran número de *gráficos*, ninguno de los anexos mencionados contiene *cuadro* alguno. En estas circunstancias, los anexos indicados son tan poco adecuados para demostrar la desnaturalización de los elementos de prueba alegada como las aclaraciones de la Comisión relativas a dichos anexos.

260. Mucho más probable es que el Tribunal de Primera Instancia se remitiese en el

apartado 427 a cuadros como, por ejemplo, los contenidos en los anexos B.6 y B.7 que tratan de los descuentos sobre factura (*«invoice discounts»*) en los que, además, también se encuentran las «horquillas» de las que habla el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, las recurrentes no hacen alegaciones a este respecto.

261. En este contexto, considero que la imputación de desnaturalización de los elementos de prueba carece de fundamento por lo que respecta al apartado 427 de la sentencia recurrida.

c) Sobre el apartado 434 de la sentencia recurrida

262. En los apartados 431 a 434 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia analiza la cuestión de si cabe determinar los precios netos de venta aplicados a los minoristas a partir de los correspondientes precios al por menor mediante un «razonamiento inverso» (*«reverse engineering»*). El motivo es la alegación de Impala en primera instancia de que los márgenes de los minoristas son generalmente transparentes y se conocen en detalle.<sup>213</sup>

263. El apartado 434 de la sentencia recurrida tiene, por lo que aquí interesa, el siguiente tenor:

212 — Véanse, por ejemplo, los apartados 393, 401, 415, 416, 420 a 428 y 455 a 457 de la sentencia recurrida en los que se habla de cuadros (en inglés: *«tables»*), mientras que, por ejemplo, en los apartados 129 y 419 de dicha sentencia se habla de gráficos (en inglés: *«charts»*).

213 — Este contexto resulta de los apartados 431 y 433 de la sentencia recurrida.

«[...] el estudio preparado por los economistas de las empresas participantes en la concentración no presenta datos suficientemente fiables, pertinentes y comparables [...]. Si bien, ciertamente, es probable que los diferentes tipos de minoristas (supermercados, independientes, cadenas de tiendas especializadas, etc.) apliquen una política de márgenes diferente, y que existan diferencias dentro de cada categoría de operadores, e incluso, respecto de cada operador individual, diferencias según los tipos de álbum o su nivel de éxito, por el contrario resulta poco probable, y el estudio no contiene ningún dato a este respecto, que un minorista aplique una política de venta diferente para un mismo tipo de álbum. [...]»

264. Las recurrentes impugnan que el Tribunal de Primera Instancia ignore el estudio elaborado por sus expertos económicos y presentado por la Comisión como anexo B.17, <sup>214</sup> en particular el apartado 2 de dicho anexo. Dicho anexo contenía extensos datos comerciales de los que resultaba que el Tribunal de Primera Instancia había considerado erróneamente que los minoristas tienen una política de márgenes uniforme.

265. Esta argumentación no me parece convincente. De la mera lectura del apartado 434 que aquí se discute resulta que el Tribunal de Primera Instancia de ningún modo ignora el citado estudio sino que, por el contrario, lo analiza.

266. Por lo que respecta al contenido del estudio, es cierto que en su apartado 2 trata de la *política de márgenes* de los minoristas y, en particular, la cuestión de si los minoristas aplican márgenes estandarizados («*standard mark-ups*»). Sin embargo, en el estudio el Tribunal de Primera Instancia echa de menos datos relativos a la cuestión de si «un minorista [aplica] una *política de venta* diferente para un mismo tipo de álbum». <sup>215</sup> Tras analizar el estudio contenido en el anexo B.17, llego, a este respecto, a la misma conclusión que el Tribunal de Primera Instancia.

267. En este contexto, considero que la impugnación de desnaturalización de los elementos de prueba carece de fundamento en lo relativo al apartado 434 de la sentencia recurrida.

### 3. Conclusión provisional

268. De este modo, procede declarar infundado en su totalidad el cuarto motivo. Lo mismo cabe decir respecto de las alegaciones hechas en los apartados 101 y 102 del escrito de contestación a la demanda que coinciden en cuanto a su contenido con el cuarto motivo.

214 — Se trata del anexo B.17 al escrito de contestación a la demanda de la Comisión en primera instancia.

215 — Apartado 434 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío).

C. *Sobre el uso de información confidencial en la sentencia recurrida (séptimo motivo)*

269. Mediante su séptimo motivo, las recurrentes imputan al Tribunal de Primera Instancia haber basado su sentencia erróneamente en pruebas que no se habían puesto en su conocimiento y respecto de las cuales nunca pudieron presentar sus observaciones y de las que la Comisión tampoco disponía al adoptar la primera Decisión de autorización. Habida cuenta de que la Comisión no podía basarse en tales elementos de prueba, la anulación de la primera Decisión de autorización tampoco podía fundamentarse en ellos.

270. El principal punto de impugnación de dicho motivo son las consideraciones del Tribunal de Primera Instancia relativas a la transparencia de los precios y, en particular, a la posibilidad, controvertida, de las grandes empresas discográficas de controlar el mercado minorista con la ayuda de informes semanales de seguimiento de sus representantes comerciales.<sup>216</sup> A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia destaca en primer lugar una declaración de la Comisión según la cual Sony y Bertelsmann tienen un *sistema de informes semanales* que incluyen también informaciones sobre los competidores.<sup>217</sup> Además, con carácter complementario, el Tribunal de Primera Instancia se refiere en su sentencia a determinados escritos presentados por Impala que se clasificaron de confidenciales.<sup>218</sup>

216 — Apartados 352 a 361 y 451 de la sentencia recurrida.

217 — Véase el apartado 352 de la sentencia recurrida en el que se cita parte del considerando 113 de la primera Decisión de autorización.

218 — Apartados 356 a 360, 389 y 451 de la sentencia recurrida.

271. Habida cuenta de que las recurrentes alegan, entre otras cosas, que no pudieron presentar sus observaciones respecto de dichos escritos *ante el Tribunal de Primera Instancia*, procede examinar en primer lugar una posible infracción del principio de contradicción *ante el Tribunal de Primera Instancia*.

272. Está claro que una resolución judicial no puede basarse en hechos y documentos de los cuales *las propias partes*, o una de ellas, no hayan podido tener conocimiento, y sobre los cuales, por tanto, no hayan podido presentar sus observaciones.<sup>219</sup> Sin embargo, en el presente asunto, las recurrentes no eran *parte* en el proceso de primera instancia, sino que meramente intervinieron como *coadyuvantes* en apoyo de la Comisión. En cuanto tales tienen en el procedimiento una posición más débil que la de la demandante y la demandada.

273. En particular, en el artículo 116, apartado 2, segunda frase del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia se prevé expresamente que, a instancia de parte, el Presidente podrá excluir del traslado al coadyuvante los documentos secretos o confidenciales, cosa que se produce con frecuencia en procedimientos en materia de competencia.<sup>220</sup> La aparta-

219 — Sentencias de 22 de marzo de 1961, *Snupat/Alta Autoridad* (42/59 y 49/59, Rec. pp. 103 y ss., especialmente p. 169; de 10 de enero de 2002, *Plant y otros/Comisión y South Wales Small Mines* (C-480/99 P, Rec. p. I-265), apartado 24, y de 2 de octubre de 2003, *Corus UK/Comisión* (C-199/99 P, Rec. p. I-11177), apartado 19. Véanse también las sentencias del TEDH, *Feldbrugge y Países Bajos* de 29 de mayo de 1986 (serie A, n° 99, p. 16, § 44), y *Aksoy (Eroglu) c. Turquía* de 31 de octubre de 2006 (n° 59741/00, § 21) y la jurisprudencia que allí se cita.

220 — Véase, por ejemplo, el auto de 15 de junio de 2006, *Deutsche Telekom/Comisión* (T-271/03, Rec. p. II-1747).



ción de la prueba en asuntos pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario de la competencia se caracteriza especialmente por el hecho de que los documentos examinados contienen a menudo secretos comerciales u otro tipo de informaciones que no pueden revelarse en absoluto o sólo con grandes reservas.<sup>221</sup> Por lo tanto, ya está establecido en el sistema del Reglamento de Procedimiento que en su sentencia el Tribunal de Primera Instancia puede basarse, en su caso, en elementos de prueba que no se trasladaron a los coadyuvantes (véase a este respecto también el artículo 67, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia; además, el artículo 287 CE).

274. Por lo tanto, el trato confidencial de los documentos presentados por Impala es, a diferencia de lo que parece a primera vista, no tanto un problema del procedimiento contradictorio *ante el Tribunal de Primera Instancia*, como una cuestión de observancia del derecho de defensa de las partes participantes en la concentración *en el procedimiento administrativo*.

275. Las recurrentes alegan acertadamente que, para anular la primera Decisión de autorización, el Tribunal de Primera Instancia no podía basarse en los documentos controvertidos presentados por Impala, habida cuenta de que la Comisión, por su parte, no podía utilizarlos debido a su carácter confidencial. Si el Tribunal de Primera Instancia considera que determinados documentos son de tal confidencialidad que no informa de su contenido a las empresas participantes en la concentración,<sup>222</sup> tampoco cabe esperar

razonablemente que la Comisión se basase en ellos en el procedimiento administrativo para fundamentar en ellos una posible decisión de prohibición o meramente para refutar determinados argumentos de las partes participantes en la concentración.

276. En este contexto, el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia se basase, para anular la primera Decisión de autorización, en los documentos confidenciales presentados por Impala es contrario a Derecho.

277. Sin embargo, este error de Derecho no conduce a la anulación de la sentencia recurrida. Las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia también se basaban en otras razones que no tenían nada que ver con los documentos confidenciales presentados por Impala. De este modo, las referencias a dichos documentos únicamente representaban, en definitiva, uno de los varios factores de los que, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, resulta «que la gran transparencia [...] se ve así acrecentada».<sup>223</sup> Es decir que, incluso si el Tribunal de Primera Instancia hubiese renunciado a los documentos confidenciales presentados por Impala teniendo en cuenta el derecho de defensa, esto de ningún modo restaría fundamento a las conclusiones a las que llegó en la sentencia recurrida.<sup>224</sup>

278. Por consiguiente, el séptimo motivo también carece de fundamento.

221 — Sentencia de 25 de enero de 2007, Salzgitter Mannesmann/ Comisión (C-411/04 P, Rec. p. I-959), apartado 43.

222 — Pese a que tras el examen de los autos de primera instancia tengo serias dudas sobre si estaba justificado tal proceder en el caso de autos, en el presente recurso de casación no corresponde al Tribunal de Justicia cuestionar la apreciación del Tribunal de Primera Instancia relativa a la confidencialidad de dichos documentos.

223 — Apartados 348 a 362, en particular el apartado 362 de la sentencia recurrida.

224 — En este mismo sentido, véanse las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 121), apartado 72; Musique Diffusion française y otros/Comisión (citada en la nota 117), apartado 30, y de 29 de junio de 1995, Solvay/ Comisión (T-30/91, Rec. p. II-1775), apartado 58.

### D. *Conclusión provisional*

279. Por lo tanto, procede desestimar el recurso en su totalidad.

## VI. Sobre la posible adhesión a la casación

280. En el escrito de la Comisión de contestación al recurso de casación figura hacia el final un apartado especial con «observaciones adicionales»<sup>225</sup> relativas a los que el Tribunal de Primera Instancia denomina «motivos esenciales» de la primera Decisión de autorización.

281. En dicho escrito, la Comisión alega que en los apartados 474 y 476 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia calificó erróneamente sus declaraciones relativas a las medidas de represalia<sup>226</sup> de motivo esencial de la primera Decisión de autorización. De resultar en el presente procedimiento que las declaraciones de la Comisión relativas a la opacidad del mercado, a diferencia de lo que opina el Tribunal de Primera Instancia, no adolecían de errores de Derecho, debería seguir siendo válida la primera Decisión de autorización, independientemente de si contiene errores de Derecho en lo relativo a las medidas de represalia.

225 — Apartados 37 a 39 del escrito de la Comisión de contestación al recurso de casación que llevan el título «6. *Additional observations: On the "essential grounds" of the Decision*».

226 — Apartados 114 a 118 de la primera Decisión de autorización.

282. Impala consideró que mediante dichas declaraciones la Comisión se adhería al *recurso de casación* y, remitiéndose al artículo 117, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, presentó un escrito de contestación mediante escrito separado. Con autorización del Presidente del Tribunal de Justicia se presentaron más escritos relativos a este tema.

283. Sin embargo, este hecho por sí sólo no significa en modo alguno que en el caso de autos el Tribunal de Justicia hubiese confirmado de manera vinculante la existencia de un recurso de casación. De conformidad con el artículo 117, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, para que una alegación sea calificada de recurso de casación es necesario que se solicite la anulación, total o parcial, de la sentencia recurrida sobre un extremo no contemplado en el recurso de casación. Habrá que determinar si éste es el caso en el presente asunto teniendo en cuenta el tenor, el objetivo y el contexto del correspondiente pasaje del escrito de la Comisión de contestación al recurso de casación.

284. A este respecto, procede subrayar que la Comisión no hace uso del término «recurso de casación» en ningún punto de su escrito. Antes bien, el título «observaciones adicionales» indica que se trata de consideraciones adicionales destinadas a que se comprenda mejor la alegación real de la Comisión en contestación al recurso de Bertelsmann y Sony. En particular, sus «observaciones adicionales» tienen por objeto aclarar las consecuencias que tendría la anulación (en su caso, parcial) de la sentencia recurrida a instancia de Bertelsmann y Sony respecto a la validez de la primera Decisión de autorización.<sup>227</sup>

227 — Véase, en particular, el apartado 39, última frase, del escrito de la Comisión de contestación al recurso de casación.

285. A lo largo del posterior desarrollo del procedimiento, la propia Comisión aclaró que con sus «observaciones adicionales» no pretendía adherirse al recurso de casación, y se ha defendido expresamente frente a la asunción de eventuales costas; además, subrayó que sus «observaciones adicionales» no tienen alcance autónomo, sino que únicamente tienen relevancia en el caso de que prospere (en su caso, parcialmente) el recurso interpuesto por Bertelsmann y Sony.<sup>228</sup>

286. En este contexto, procede considerar que las «observaciones adicionales» de la Comisión no contienen recurso de casación alguno y que no es necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ellas mediante resolución autónoma, cosa que sería incluso *ultra petita*.

## VII. Costas

287. En caso de desestimarse el recurso de casación, como propongo en el presente asunto, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas (artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento); los detalles se derivan del artículo 69 en relación con el artículo 118 del Reglamento de Procedimiento.

228 — Escrito de la Comisión, de 15 de mayo de 2007, al Secretario del Tribunal de Justicia.

288. Según el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte; cuando la parte que pierda esté compuesta de varias personas, el Tribunal de Justicia decidirá sobre la distribución de las costas. Apartándose de lo antes expuesto, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas, de conformidad con el artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, en caso de que se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte; esto también será aplicable cuando se desestime un recurso pero se estime parcialmente un motivo del recurrente.<sup>229</sup>

289. Habida cuenta de que las recurrentes Bertelsmann y Sony han perdido en definitiva el proceso, pero que una parte de sus motivos estaba fundada en cuanto a su contenido, procede repartir las costas. Por esta razón propongo que Bertelsmann y Sony carguen con sus propias costas y con tres cuartas partes de las costas de Impala; en la medida en que carguen con las costas de Impala, resulta además adecuado declarar que Bertelsmann y Sony sean responsables solidarios.<sup>230</sup> Por el contrario, Impala debería cargar con una cuarta parte de sus propias costas.

290. En aplicación análoga del artículo 69, apartado 4, podrá condenarse a cargar con sus propias costas a las otras partes en el procedimiento que apoyen un recurso de casación formulando pretensiones ante el Tribunal de Justicia. Habida cuenta de que

229 — Sentencias de 30 de septiembre de 2003, Biret Internacional/Consejo (C-93/02 P, Rec. p. I-10497), apartado 72, y Biret y Cie/Consejo (C-94/02 P, Rec. p. I-10565), apartado 75.

230 — Sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo (C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319), apartado 65.

la Comisión y Sony BMG Music Entertainment han apoyado con sus pretensiones el recurso de casación de Bertelsmann y Sony y han perdido en definitiva el proceso, resulta adecuado condenarlas a cargar con sus propias costas.<sup>231</sup>

## VIII. Conclusión

291. Como consecuencia de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

- 1) Desestimar el recurso de casación.
  
- 2) Condenar a Bertelsmann AG y a Sony Corporation of America a cargar con sus propias costas, así como, con carácter solidario, con tres cuartas partes de las costas de Independent Music Publishers and Labels Association; Independent Music Publishers and Labels Association cargará con una cuarta parte de sus propias costas.
  
- 3) Condenar a la Comisión de las Comunidades Europeas y a Sony BMG Music Entertainment BV a cargar con sus propias costas.

231 — Véanse en este sentido, por ejemplo, las sentencias de 26 de febrero de 2002, Consejo/Boehringer (C-23/00 P, Rec. p. I-1873), apartado 56, y de 2 de octubre de 2003, International Power y otros/NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P y C-180/01 P, Rec. p. I-11421), apartado 187.