

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
de 10 de julio de 2008*

Índice

Marco jurídico	I - 5032
Hechos que originaron el litigio	I - 5035
Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida	I - 5037
Pretensiones de las partes	I - 5040
Sobre el recurso de casación	I - 5043
Sobre la admisibilidad	I - 5043
Sobre la excepción general de inadmisibilidad	I - 5043
Sobre la excepción de inadmisibilidad basada en el hecho de que las recurrentes no han impugnado un pasaje decisivo de la sentencia recurrida	I - 5044
Sobre el fondo	I - 5045
Sobre la segunda parte del tercer motivo, basada en que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al aplicar unas exigencias respecto de la prueba que son desproporcionadas en materia de decisiones de autorización de operaciones de concentración	I - 5046
— Sentencia recurrida	I - 5046
— Alegaciones de las partes	I - 5046
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5048
Sobre el primer motivo, basado en la existencia de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia se basó en el pliego de cargos para apreciar el contenido de la Decisión controvertida	I - 5051
— Sentencia recurrida	I - 5051

* Lengua de procedimiento: inglés.

— Alegaciones de las partes	I - 5053
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5054
Sobre el segundo motivo y la primera parte del tercer motivo, basados en la existencia de errores de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia exigió a la Comisión que llevase a cabo nuevas verificaciones tras la respuesta al pliego de cargos y aplicó exigencias desproporcionadas en relación con los datos aportados en respuesta al pliego de cargos	
	I - 5060
— Sentencia recurrida	I - 5060
— Alegaciones de las partes	I - 5061
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5062
Sobre el séptimo motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia se basó en pruebas que no fueron comunicadas a las partes participantes en la operación de concentración	
	I - 5065
— Sentencia recurrida	I - 5065
— Alegaciones de las partes	I - 5066
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5066
Sobre el quinto motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta los criterios jurídicos pertinentes aplicables en materia de creación o refuerzo de una posición dominante colectiva	
	I - 5067
— Sentencia recurrida	I - 5067
— Alegaciones de las partes	I - 5070
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5073
Sobre el cuarto motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia excedió el marco del control jurisdiccional que le compete	
	I - 5078
— Sentencia recurrida	I - 5078
— Alegaciones de las partes	I - 5079
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5080
	I - 5029

Sobre el sexto motivo, basado en la existencia de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia aplicó una norma errónea en materia de motivación de las decisiones de autorización de operaciones de concentración	I - 5082
— Sentencia recurrida	I - 5082
— Alegaciones de las partes	I - 5086
— Apreciación del Tribunal de Justicia	I - 5089
Sobre la alegada adhesión a la casación	I - 5094
Sobre la devolución del asunto al Tribunal de Primera Instancia	I - 5095

En el asunto C-413/06 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el 3 de octubre de 2006,

Bertelsmann AG, con domicilio social en Gütersloh (Alemania), representada por los Sres. P. Chappatte y J. Boyce, Solicitors,

Sony Corporation of America, con domicilio social en Nueva York (Estados Unidos de América), representada por el Sr. N. Levy, Barrister, el Sr. R. Snelders, avocat, y el Sr. T. Graf, Rechtsanwalt,

partes recurrentes en casación,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), con domicilio social en Bruselas, representada por el Sr. S. Crosby y la Sra. J. Golding, Solicitors, y el Sr. I. Wekstein, advocate,

parte demandante en primera instancia,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. A. Whelan y la Sra. K. Mojzesowicz, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

Sony BMG Music Entertainment BV, con domicilio social en Vianen (Países Bajos), representada por el Sr. N. Levy, Barrister, el Sr. R. Snelders, avocat, y el Sr. T. Graf, Rechtsanwalt,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis y U. Löhmus, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits y A. Ó Caoimh (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott,
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de noviembre de 2007;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de diciembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

- ¹ En su recurso de casación, Bertelsmann AG (en lo sucesivo, «Bertelsmann») y Sony Corporation of America (en lo sucesivo, «Sony») solicitan que se anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2006, Impala/Comisión (T-464/04, Rec. p. II-2289; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que este último anuló la 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) (DO 2005, L 62, p. 30; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

Marco jurídico

- ² El Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1, y corrección de errores DO 1990, L 257, p. 13), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1, y corrección de errores DO 1998, L 40, p. 17) (en lo sucesivo, «Reglamento»), dispone, en su artículo 2, apartados 2 y 3:

«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.»

3 El artículo 6, apartado 1, del Reglamento dispone lo siguiente:

«La Comisión procederá al examen de la notificación a su recepción.

[...]

c) [...] si la Comisión comprobara que la operación de concentración que se notifica entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento.»

4 El artículo 8 del Reglamento faculta a la Comisión, en sus apartados 2 y 3, respectivamente, para adoptar en el marco del procedimiento formal de examen sobre la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común incoado con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del citado Reglamento (en lo sucesivo, «procedimiento formal»), bien una decisión de compatibilidad, llegado el caso, tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas a su proyecto de fusión tal

como fue notificado, bien una decisión de incompatibilidad. Con arreglo al artículo 8, apartado 5, letra a), del Reglamento, la Comisión puede revocar la Decisión adoptada en virtud del apartado 2 de este mismo artículo cuando la declaración de compatibilidad se haya basado en información inexacta de la que sea responsable alguna de las empresas interesadas o cuando haya sido obtenida fraudulentamente.

- 5 Resulta del artículo 10, apartado 1, del Reglamento que, salvo en determinadas situaciones que no son pertinentes en el caso de autos, la Comisión dispone del plazo de un mes para tomar la Decisión de incoar o no el procedimiento formal. Conforme al apartado 3 de este mismo artículo, una decisión por la que se declara incompatible con el mercado común la operación de concentración notificada debe adoptarse en un plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha de incoación del procedimiento formal. Según el artículo 10, apartado 6, del Reglamento, se considera que la operación de concentración ha sido declarada compatible con el mercado común si la Comisión no hubiere tomado, en los plazos determinados en los apartados 1 y 3, respectivamente, de ese mismo artículo 10, bien una decisión de incoación del procedimiento formal, bien una decisión en la que se resuelva sobre la compatibilidad de dicha operación.
- 6 El artículo 11 del Reglamento trata sobre las solicitudes de información que la Comisión, para el cumplimiento de las tareas que le atribuye el Reglamento, puede dirigir en particular a las partes que notifiquen y a otras empresas o asociaciones de empresas, en su caso por vía de decisión. Los artículos 14 y 15 del Reglamento disponen la imposición de multas o de multas coercitivas cuando se suministren datos inexactos o desvirtuados.
- 7 El artículo 18, apartado 3, del Reglamento dispone:

«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. El acceso al expediente será posible al menos para las partes directamente interesadas, siempre y cuando se respete el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos de negocios.»

- 8 El artículo 19 del Reglamento trata de la relación entre la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros. En virtud del apartado 3 de esta disposición, antes de adoptar las decisiones previstas en el artículo 8, apartados 2 a 5, del Reglamento debe consultarse a un Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas. Conforme al apartado 6 de ese mismo artículo, el Comité consultivo emite un dictamen sobre el proyecto de decisión de la Comisión, en su caso, mediante votación.
- 9 En virtud del artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento n° 4064/89 (DO L 61, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento de aplicación»), la notificación de la operación de concentración prevista debe contener todos los datos, incluidos los documentos, solicitados en el formulario CO adjunto al propio Reglamento.
- 10 El artículo 13, apartado 2, del Reglamento de aplicación establece en particular que la Comisión comunica sus objeciones por escrito a las partes notificantes, y fija el plazo en el que éstas pueden darle a conocer sus puntos de vista por escrito.

Hechos que originaron el litigio

- 11 Los hechos que dieron origen el litigio fueron expuestos de la siguiente forma por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 1 a 11 de la sentencia recurrida:

«1 Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) es una asociación internacional de Derecho belga que agrupa a 2.500 sociedades independientes dedicadas a la producción musical.

- 2 El 9 de enero de 2004, la Comisión recibió una notificación, de conformidad con el [...] Reglamento [...], de un proyecto de concentración por el que las sociedades Bertelsmann [...] y Sony [...] preveían agrupar sus actividades mundiales en materia de música grabada.
- 3 Bertelsmann es una empresa internacional de medios de comunicación [que] desarrolla su actividad en el campo de la música grabada a través de su filial, participada al 100 %, Bertelsmann Music Group (BMG). [...]
- 4 En el sector de la música grabada, [Sony] actúa a través de Sony Music Entertainment. [...]
- 5 La operación propuesta consiste en integrar las actividades mundiales de las empresas participantes en la concentración en el campo de la música grabada (salvo las actividades de Sony en Japón) en tres o más nuevas sociedades, creadas según un “Business Contribution Agreement” (acuerdo de integración de actividades) de fecha 11 de diciembre de 2003. Está previsto que estas empresas comunes sean explotadas conjuntamente bajo el nombre de Sony BMG.
- 6 Según el acuerdo, la actividad de Sony BMG comprenderá el descubrimiento y lanzamiento de artistas [actividad de dirección artística denominada A & R (Artista y Repertorio)] y la promoción y venta de los discos que resulten de ella. Sony BMG no se dedicará a actividades conexas tales como la edición musical, la grabación o la distribución.
- 7 El 20 de enero de 2004, la Comisión envió un cuestionario a una serie de operadores del mercado. [Impala] respondió a este cuestionario y el 28 de enero de 2004 presentó 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.

- 8 Mediante Decisión de 12 de febrero de 2004, la Comisión concluyó que la operación notificada suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y el funcionamiento del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) e inició un procedimiento [formal].
- 9 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 coordinaría el comportamiento de las sociedades matrices de forma incompatible con el artículo 81 CE.
- 10 Las empresas participantes en la concentración respondieron al pliego de cargos y los días 14 y 15 de junio de 2004 se celebró una audiencia ante el consejero auditor, con presencia [de Impala].
- 11 Mediante [la Decisión controvertida], la Comisión declaró que la operación de concentración era compatible con el mercado común en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento [...]»

Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

- 12 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 3 de diciembre de 2004, Impala interpuso un recurso con objeto de que se anulara la Decisión controvertida. En apoyo de ese recurso, Impala formuló cinco motivos, divididos en varias partes.

- 13 Sobre el primer motivo de recurso, relativo al refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente, el Tribunal de Primera Instancia, tras hacer ciertas observaciones sobre el concepto de «posición dominante colectiva», examinó la alegación de que, en esencia, la Decisión no explicaba, de forma suficiente en Derecho, las razones por las que los descuentos, en particular los descuentos de promoción, impedían la transparencia necesaria para que fuese posible el desarrollo de semejante posición.
- 14 A pesar de llegar a la conclusión que se recoge en el apartado 325 de la sentencia recurrida, según la cual, en esencia, la Decisión controvertida debía ser anulada por insuficiencia de motivación, el Tribunal de Primera Instancia examinó en los apartados 327 a 458 de su sentencia, a mayor abundamiento, las alegaciones de Impala respecto de si los elementos aportados por la Comisión en orden a demostrar la falta de transparencia de los mercados afectados de música grabada estaban viciados de errores manifiestos de apreciación.
- 15 A este respecto el Tribunal de Primera Instancia señaló en particular, en el apartado 373 de la sentencia recurrida, que resultaba tanto de la propia Decisión controvertida como de la argumentación desarrollada por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia, que el único elemento alegado de opacidad del mercado era una menor transparencia de los descuentos de promoción. En los apartados 377 y 378 de la sentencia recurrida declaró, por una parte, que los elementos de prueba, tal como se mencionan en la Decisión controvertida, no permiten fundamentar las conclusiones que de ellos saca la Comisión y, por otra parte, que esas conclusiones se alejan muy claramente también de las declaraciones realizadas en el pliego de cargos.
- 16 En los apartados 475 y 476 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia presentó sus conclusiones sobre el primer motivo en los términos siguientes:

«475 [...] la afirmación de que los mercados de música grabada no son lo suficientemente transparentes como para permitir una posición dominante colectiva no está motivada de manera suficiente en Derecho e incurre en un error manifiesto de apreciación en la medida en que los elementos sobre los que

se basa son incompletos y no comprenden todos los datos pertinentes que la Comisión hubiera debido tomar en consideración, y no pueden demostrar las conclusiones que se extraen de ellos. Habida cuenta que esta afirmación constituye [...] un motivo esencial sobre cuya base la Comisión llegó a la conclusión [...] de la existencia de una posición dominante colectiva, la Decisión [controvertida] debe ser anulada por esta única razón.

476 Asimismo, puesto que el análisis relativo a los medios de represalia incurre en un error de Derecho o, al menos, en un error manifiesto de apreciación, y que este análisis constituye el otro motivo esencial sobre cuya base la Comisión llegó a la conclusión, en la Decisión [controvertida], de la existencia de una posición dominante colectiva, este vicio justifica también la anulación de la Decisión [controvertida].»

17 En el segundo motivo alegado ante el Tribunal de Primera Instancia, Impala sostuvo que, al no considerar que la concentración prevista crearía una posición dominante colectiva en el mercado de música grabada, la Comisión había infringido el artículo 253 CE y cometido tanto un error manifiesto de apreciación como un error de Derecho.

18 En el apartado 527 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia reproduce el análisis del riesgo de creación de una posición dominante colectiva que figura en la Decisión controvertida, antes de realizar, en el apartado 528 de dicha sentencia, las consideraciones siguientes:

«[...] esas observaciones, en este punto superficiales, incluso meramente formales, no pueden satisfacer la obligación que tiene la Comisión de realizar un análisis prospectivo [...], y ello en concreto porque, en el caso de autos, la concentración produce serias dificultades. Independientemente de la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre el primer motivo, resulta en efecto tanto de la circunstancia de que la Comisión haya tenido que exponer largos desarrollos en la Decisión [controvertida] para concluir en la inexistencia de una posición dominante colectiva previa a la concentración, como del hecho de que hubiese concluido en el pliego de cargos, después de cinco meses de investigación, la existencia de semejante posición previa, que la cuestión de si la fusión entre dos de las cinco empresas principales [grandes compañías discográficas, en lo sucesivo, “empresas principales”] puede crear una

posición dominante colectiva plantea, *a fortiori*, serias dificultades que requieren un examen profundo. Al no haberse efectuado dicho examen, resulta, ya por esta única razón, que el segundo motivo es fundado.»

- 19 A mayor abundamiento, el Tribunal de Primera Instancia estimó, en el apartado 539 de la sentencia recurrida, que la Comisión no podía, sin incurrir en error, basarse en la falta de pruebas sobre el ejercicio de medidas de represalia en el pasado para concluir que la concentración en cuestión no podía inducir la creación de una posición dominante colectiva.
- 20 En estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia concluyó que los motivos primero y segundo invocados ante él eran fundados y anuló la Decisión controvertida sin examinar los motivos tercero a quinto.

Pretensiones de las partes

- 21 Mediante su recurso de casación, las recurrentes solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.

- Desestime el recurso de anulación interpuesto por Impala contra la Decisión controvertida o, con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

- Condene a Impala a pagar las costas del presente procedimiento.

Mediante los siete motivos del presente recurso de casación, algunos de los cuales se dividen en varias partes, las recurrentes alegan, respectivamente, la existencia de errores de Derecho en la medida en que, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia:

- Se basó en el pliego de cargos para apreciar el contenido de la Decisión controvertida.

- Exigió a la Comisión que llevase a cabo nuevas verificaciones tras la respuesta al pliego de cargos.

- Aplicó exigencias respecto de la prueba que son desproporcionadas y erróneas en materia de decisiones de autorización de operaciones de concentración.

- Excedió el marco del control jurisdiccional que le compete.

- No tuvo en cuenta los criterios jurídicos pertinentes aplicables en materia de creación o de refuerzo de una posición dominante colectiva.

- Aplicó una norma errónea en materia de motivación de las decisiones de autorización de operaciones de concentración.

- Se basó en pruebas que no fueron comunicadas a las partes participantes en la concentración.

- 23 Sony BMG Music Entertainment BV se adhiere plenamente al recurso de casación, así como a las pretensiones de las recurrentes.
- 24 Las pretensiones de la Comisión coinciden, en lo fundamental, con las de las recurrentes. La Comisión apoya los motivos primero, segundo y cuarto, así como la primera parte del motivo tercero.
- 25 Impala solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y que condene en costas a las recurrentes. Con carácter preliminar propone una excepción de inadmisibilidad del recurso de casación en todo o en parte. Además, según Impala, el recurso de casación no puede, en ningún caso, tener como resultado la anulación de la sentencia recurrida, dado que las recurrentes no han impugnado el apartado 528 de la sentencia recurrida, el cual sería suficiente, por sí solo, para justificar la anulación de la Decisión controvertida.
- 26 Tanto las recurrentes como la Comisión solicitan que se desestime tanto la excepción de inadmisibilidad como la argumentación relativa al apartado 528 de la sentencia recurrida, que se resume en el apartado anterior de la presente sentencia.
- 27 Al final de su escrito de contestación al recurso de casación, la Comisión formuló unas «Observaciones adicionales sobre los “motivos fundamentales” de la Decisión» controvertida. Estas observaciones han sido impugnadas por Impala, que invoca el artículo 117, apartado 2, del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia. Las recurrentes apoyan dichas observaciones.

Sobre el recurso de casación

Sobre la admisibilidad

Sobre la excepción general de inadmisibilidad

28 Impala propone, con carácter previo, una excepción de inadmisibilidad del recurso de casación en la medida en que constituye un intento de volver a examinar determinadas cuestiones de hecho relativas a la insuficiencia de motivación de la Decisión controvertida y a un error manifiesto de apreciación del que ésta adolece, que ya fueron resueltas por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, según Impala, el recurso de casación pretende, en gran medida, que se vuelvan a examinar determinadas cuestiones de hecho, lo cual no es competencia del Tribunal de Justicia. Impala sostiene a este respecto, además, que la cuestión de si una decisión está suficientemente motivada constituye una cuestión de hecho. Añade, por último, que debe entenderse que sus respuestas individuales a los motivos formulados por las recurrentes tienen carácter subsidiario.

29 A este respecto, procede recordar que de los artículos 225 CE y 58 CE, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia resulta que el recurso de casación está limitado a las cuestiones de Derecho. El Tribunal de Primera Instancia es, por tanto, el único competente, por una parte, para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, para apreciar estos hechos. Una vez que el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de esos hechos y las consecuencias jurídicas que el Tribunal de Primera Instancia haya deducido de los mismos. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que las pruebas se hayan obtenido de forma regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar el valor que debe atribuirse a las pruebas que le hayan sido presentadas. Así pues, esta apreciación no constituye, salvo en caso de desnaturalización de dichas pruebas, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P,

Rec. p. I-8417, apartados 23 y 24; de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartados 51 y 52, así como de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 41).

30 Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance del deber de motivación constituye una cuestión de Derecho sujeta al control del Tribunal de Justicia en el contexto de un recurso de casación, ya que el control de la legalidad de una resolución que se efectúa en este contexto debe tomar necesariamente en consideración los hechos en que se basó el Tribunal de Primera Instancia para llegar a la conclusión de que la motivación es suficiente o insuficiente (véase la sentencia de 20 de noviembre de 1997, Comisión/V, C-188/96 P, Rec. p. I-6561, apartado 24, así como la 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 453).

31 Por lo que se refiere al caso de autos, tal como resulta en particular del apartado 22 de la presente sentencia y contrariamente a lo que sostiene Impala, las recurrentes, mediante su recurso de casación, no pretenden volver a discutir, de forma general, las apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal de Primera Instancia en cuanto tales. Más bien plantean, en lo fundamental, unas cuestiones de Derecho que jurídicamente pueden ser objeto de un recurso de casación. Procede, por tanto, desestimar la excepción general de inadmisibilidad propuesta por Impala. Dicho esto, y en la medida en que Impala propone también, de forma más precisa, excepciones de inadmisibilidad respecto de partes concretas del recurso de casación, procederá abordar esas excepciones en el marco del examen de cada uno de los motivos correspondientes.

Sobre la excepción de inadmisibilidad basada en el hecho de que las recurrentes no han impugnado un pasaje decisivo de la sentencia recurrida

32 Impala alega que, en cualquier caso, el Tribunal de Primera Instancia declaró en el apartado 528 de la sentencia recurrida que la Comisión no había realizado un análisis prospectivo para determinar si la operación de concentración en cuestión crearía una posición dominante colectiva y consideró, que sólo por esta razón, el segundo motivo formulado por Impala era fundado, lo cual era suficiente, por sí mismo, para anular la Decisión controvertida. En consecuencia, según Impala, aunque las recurrentes lograsen el reconocimiento de la procedencia de uno o de varios de sus motivos, el

recurso de casación debería ser igualmente desestimado, puesto que no han impugnado la declaración de que no se llegó a realizar ningún análisis prospectivo.

33 A este respecto, basta comprobar que, en el escrito de interposición del recurso de casación, al enumerar los pasajes específicamente criticados de la sentencia recurrida, se hace referencia expresa, al apartado 528 de dicha sentencia, así como a los apartados 533, 539 y 541 de la misma, que tratan también de la creación de una posición dominante colectiva.

34 En estas circunstancias no cabe válidamente sostener que el recurso de casación se limite a las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia sobre el refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente, y que deba así ser desestimado íntegramente por inoperante.

Sobre el fondo

35 Los siete motivos alegados por las recurrentes se solapan en determinados aspectos. En esencia, los motivos primero a cuarto, así como el séptimo, tratan sobre los medios de control ejercidos por el Tribunal de Primera Instancia, concretamente respecto de las cuestiones de prueba. El quinto motivo se refiere al concepto de posición dominante colectiva. El sexto motivo trata sobre la apreciación del Tribunal de Primera Instancia respecto de la insuficiencia de motivación de la Decisión controvertida.

36 Procede comenzar el examen de fondo de este recurso de casación por los motivos que hacen referencia a las exigencias respecto de la prueba aplicadas por el Tribunal de Primera Instancia y, en primer lugar, por la segunda parte del tercer motivo.

Sobre la segunda parte del tercer motivo, basada en que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al aplicar unas exigencias respecto de la prueba que son desproporcionadas en materia de decisiones de autorización de operaciones de concentración

— Sentencia recurrida

- ³⁷ Resulta en particular de los apartados 289, 366 y 459 de la sentencia recurrida que el Tribunal de Primera Instancia investigó si los elementos que sirvieron de base a la Decisión controvertida podían justificar la apreciación de la Comisión recogida en dicha Decisión, según la cual los mercados de referencia no eran lo suficientemente transparentes como para permitir una posición dominante colectiva.

— Alegaciones de las partes

- ³⁸ Mediante su tercer motivo, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al aplicar exigencias desproporcionadas y erróneas respecto de la prueba en materia de decisiones de autorización de operaciones de concentración. En el marco de la segunda parte de este motivo, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente las exigencias de prueba aplicables a este tipo de decisiones.
- ³⁹ Según las recurrentes, puesto que corresponde a la Comisión sostener una decisión de prohibición de una operación de concentración, si ésta no puede reunir pruebas que respondan al elevado nivel de exigencia impuesto por los tribunales comunitarios para justificar semejante prohibición, en particular cuando se apoya sobre la tesis de una posición dominante colectiva, la Comisión debe autorizar la operación de concentración prevista. En efecto, resulta en particular del artículo 10, apartado 6, del Reglamento que, si la Comisión no puede demostrar la existencia de un perjuicio competitivo sobre la base de pruebas convincentes, el sistema establecido por el Reglamento le impone autorizar dicha operación.

40 Además, las recurrentes alegan, a este respecto, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al no admitir que la Comisión debe ajustarse a unas exigencias en materia de prueba que son más estrictas en el caso de prohibición de una operación de concentración que en el caso de su autorización, puesto que una prohibición constituye una restricción grave de la libertad comercial de las partes notificantes y que las operaciones de concentración deben disfrutar de una presunción de compatibilidad con el mercado común. Según ellas, resulta de la jurisprudencia que la Comisión debe probar la fundamentación de una decisión de prohibición de una operación de concentración conforme a un criterio más estricto que el de la mera ponderación de probabilidades y que, en consecuencia, la Comisión no está sujeta a las mismas obligaciones en materia de prueba respecto de una decisión por la que se autoriza una operación de concentración que respecto de una decisión por la que se prohíbe dicha operación. En efecto, tratándose de una norma más estricta que la mera ponderación de probabilidades, la Comisión está en realidad obligada a aportar únicamente la prueba de la fundamentación de una decisión de prohibición de una operación de concentración. Según las recurrentes, el hecho de no admitir semejante exigencia de prueba «asimétrica» impregna la apreciación hecha por el Tribunal de Primera Instancia respecto de la Decisión controvertida y de las pruebas en que se basó la Comisión.

41 Las recurrentes sostienen, además, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió, por consiguiente, en un error de Derecho al pedir a la Comisión que demostrase la falta de transparencia del mercado de música grabada en lugar de examinar si, a fecha de la Decisión controvertida, había pruebas suficientes para acreditar, de forma bastante en Derecho, la existencia de dicha transparencia. Según ellas, este error vicia la sentencia recurrida en su conjunto, y, en particular, en determinados aspectos tratados con detalle en el escrito de interposición del recurso de casación, los apartados 381 a 387, 389, 420, 428, 429 y 433 de la misma.

42 Según Impala, acoger la argumentación seguida por las recurrentes en apoyo de la segunda parte de su tercer motivo y admitir la existencia de una presunción en favor de la autorización de las operaciones de concentración podría tener graves consecuencias sobre el régimen de control de estas operaciones, como por ejemplo el riesgo de una explotación abusiva del sistema. Esta argumentación ignora el delicado equilibrio creado por la normativa comunitaria sobre control de operaciones de concentración entre los intereses privados y los intereses públicos y la «doble obligación simétrica» que recae sobre la Comisión de prohibir las operaciones de concentración incompatibles con el mercado común y autorizar las compatibles. Añade que las exigencias de prueba aplicadas a este respecto corresponden a una ponderación

de las probabilidades, incumbiendo a la Comisión demostrar qué es lo más probable. Además, Impala alega que el Tribunal de Primera Instancia concluyó, por una parte, que la Comisión había reunido un conjunto de pruebas convincentes reveladoras de la existencia de transparencia en los mercados afectados, pero que finalmente consideró que dicha transparencia era insuficiente, basándose en la existencia de descuentos de promoción «menos transparentes». Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia declaró igualmente que las pruebas que tenían que demostrar esa falta de transparencia no la corroboraban.

⁴³ Impala considera además que, mediante las alegaciones que se mencionan en el apartado 41 de la presente sentencia, las recurrentes parecen solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal de Primera Instancia.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

⁴⁴ Con carácter preliminar, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la inaplicación alegada de normas aplicables en materia de prueba es una cuestión de Derecho que puede ser examinada en un recurso de casación (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartado 65, así como la de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión, C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729, apartado 40). Así, en la medida en que Impala, en el marco de su excepción general de inadmisibilidad, propone una excepción específica contra la admisibilidad del tercer motivo en su conjunto, no puede acogerse esta alegación.

⁴⁵ Sobre el fondo, tal como señala Impala, la segunda parte del tercer motivo se centra sobre la tesis de que las exigencias en materia de prueba son diferentes en función de que se trate de una decisión de autorización de una operación de concentración o de una decisión que la prohíba. A este respecto, es pacífico entre las partes que, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia aplicó las mismas exigencias de prueba respecto de la Decisión controvertida, que es una decisión de autorización de una operación de concentración, que las que habría aplicado a una decisión que prohibiese tal operación.

46 A este respecto, procede recordar de entrada que del tenor de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento no se deduce que éste imponga unas exigencias de prueba diferentes en materia de decisiones de autorización de operaciones de concentración, por una parte, y en materia de decisiones de prohibición de esas operaciones, por otra.

47 Así pues, tal como ya ha declarado, en esencia, el Tribunal de Justicia, el análisis prospectivo necesario en materia de control de las operaciones de concentración, que consiste en examinar de qué modo podría semejante operación modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva, requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquella cuya probabilidad sea mayor (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 43).

48 Contrariamente a lo que sostienen las recurrentes, no es posible deducir del Reglamento una presunción general de compatibilidad o de incompatibilidad con el mercado común de una operación de concentración notificada.

49 Esta interpretación del Reglamento no queda desvirtuada por su artículo 10, apartado 6, según el cual una operación de concentración notificada se considera compatible con el mercado común si la Comisión no adopta en plazo una decisión sobre la compatibilidad de dicha operación. En efecto, esta disposición es una manifestación concreta del imperativo de celeridad que caracteriza la sistemática general del Reglamento y que obliga a la Comisión a respetar plazos estrictos para la aprobación de la decisión final (véase, a este respecto, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, C-202/06 P, Rec. p. I-12129, apartado 39). Dicha disposición constituye sin embargo una excepción a la sistemática general del Reglamento, que se deriva, en particular, de los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de éste, según la cual la Comisión decide expresamente sobre las operaciones de concentración que se le notifican.

50 Además, lo cierto es que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que las decisiones de la Comisión sobre la compatibilidad con el mercado común de las

operaciones de concentración, deben estar sostenidas por elementos suficientemente significativos y concordantes (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, denominada «Kali & Salz», C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 228) y que, en el contexto del análisis de una operación de concentración de tipo «conglomerado», es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común (véase la sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 44).

51 Sin embargo, de ello no puede deducirse que la Comisión deba sujetarse a exigencias de prueba más estrictas en materia de decisiones de prohibición de operaciones de concentración que en materia de decisiones de autorización de dichas operaciones, en particular cuando esta última se apoya en la tesis de la existencia de una posición dominante colectiva. En efecto, esta jurisprudencia refleja simplemente la función esencial de la prueba, que no es otra que convencer del fundamento de una tesis o, como en materia de control de operaciones de concentración, confirmar las apreciaciones que subyacen a las decisiones de la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 47 *supra*, apartados 41 y 44). Además, el hecho de que se trate o no de una tesis de la existencia de una posición dominante colectiva, no puede afectar, por sí sólo, a las exigencias de prueba aplicables. A este respecto, la complejidad intrínseca de una tesis de restricción de la competencia planteada respecto de una operación de concentración notificada, constituye un elemento que procede tener en cuenta para apreciar la probabilidad de las distintas consecuencias de esa operación, al objeto de identificar la que tenga más posibilidades, pero dicha complejidad no tiene, como tal, influencia sobre el nivel probatorio exigido.

52 De las consideraciones anteriores se desprende que, ante una operación de concentración con arreglo al Reglamento, la Comisión debe, en principio, adoptar una decisión, ya sea en el sentido de autorizar dicha operación, ya sea en el sentido de prohibirla, en función de su apreciación de cuál sea la evolución económica atribuible a la operación en cuestión que tiene mayores probabilidades.

53 De ello se desprende que las recurrentes consideran equivocadamente que, por tratarse de una decisión de autorización de una operación de concentración, el Tribunal de Primera Instancia hubiera debido examinar únicamente si la Comisión habría podido prohibir la operación controvertida aplicando exigencias de prueba

particularmente estrictas. En consecuencia, y sin que sea necesario pronunciarse sobre la admisibilidad de las críticas específicas a los apartados de la sentencia recurrida que se enumeran en el apartado 41 de la presente sentencia, es forzoso concluir que, dado que la premisa que subyace a dichas críticas carece de fundamento, éstas no pueden en ningún caso ser admitidas.

54 A la vista de cuanto antecede procede desestimar la segunda parte del tercer motivo.

Sobre el primer motivo, basado en la existencia de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia se basó en el pliego de cargos para apreciar el contenido de la Decisión controvertida

— Sentencia recurrida

55 En diversos pasajes de la sentencia recurrida, concretamente en sus apartados 379, 424 y 446, el Tribunal de Primera Instancia hacía referencia al pliego de cargos para apoyar su razonamiento, tanto por lo que se refiere al motivo basado en la insuficiencia de motivación de la Decisión controvertida como por lo que se refiere al basado en la existencia de errores manifiestos de apreciación que vician esa Decisión.

56 En el marco del examen del motivo basado en la motivación insuficiente de la Decisión controvertida, el Tribunal de Primera Instancia observó, en particular, lo siguiente:

«282 Procede, en primer lugar, examinar la incidencia de la circunstancia, señalada por [Impala], de 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.

- 283 Este giro radical en la posición de la Comisión puede ciertamente parecer sorprendente, en particular a la vista de lo tarde que tuvo lugar. En efecto, tal como resulta del expediente y de los debates antes el Tribunal de Primera Instancia, durante todo el procedimiento administrativo, la Comisión, sobre la base del conjunto de la información recibida, durante los cinco meses de investigación, tanto de los distintos operadores del mercado como de las empresas participantes en la concentración, estimó que el mercado era lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación tácita de los precios, y únicamente después de las alegaciones desarrolladas en la vista de [14] y [15] de junio de 2004 por las empresas participantes en la concentración, con asistencia de su asesor económico, adoptó la postura inversa sin proceder a nuevas investigaciones relativas al mercado, dirigiendo un borrador de Decisión al comité consultivo el 1 de julio de 2004.
- 284 Sin embargo, tal como alega la Comisión fundadamente, resulta de la jurisprudencia (sentencia [de 17 de noviembre de 1987], [British American Tobacco] y Reynolds [Industries]/Comisión, [142/84 y 156/84, Rec. p. 4487]) que, cuando la Comisión desestima una solicitud presentada al amparo del artículo 3 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), basta con que exponga los motivos por los cuales no ha considerado posible demostrar la existencia de una infracción de las normas de la competencia, sin verse obligada ni a explicar eventuales diferencias en relación al pliego de cargos, que constituye un documento preparatorio, cuyas apreciaciones son de carácter puramente provisional y van destinadas a circunscribir el objeto del procedimiento administrativo frente a las empresas contra quienes se dirige la investigación, ni a discutir todos los puntos de hecho y de Derecho tratados durante el procedimiento administrativo. En su 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], el Tribunal de Justicia recordó el carácter meramente provisional del pliego de cargos y la obligación que tiene la Comisión de tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo para, entre otras cosas, retirar los cargos que hayan resultado infundados.
- 285 Procede observar, ciertamente, que esta jurisprudencia se ha desarrollado a propósito de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, y no en el ámbito específico del control de concentraciones, en el marco del cual el respeto de los plazos imperativos que rigen la adopción de decisiones

por parte de la Comisión no le permiten 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. En sus observaciones finales la Comisión destacó, por otra parte, que las medidas de investigación posteriores a la vista consisten esencialmente en consultar a los operadores del mercado en relación con los compromisos propuestos y no versan sobre las reclamaciones formuladas contra la operación de concentración notificada. No obstante, el pliego de cargos no es más que un acto preparatorio y la Decisión final tiene que estar motivada únicamente en relación con el conjunto de las circunstancias y elementos pertinentes para la apreciación de los efectos de la concentración prevista sobre el juego de la competencia en los mercados de referencia. De lo cual se desprende que el sólo hecho de que la mera circunstancia de que la Comisión no haya explicado en el cuerpo de su decisión las modificaciones de su postura en relación con la contenida en el pliego de cargos no constituye, en sí misma, un defecto o una insuficiencia de motivación.»

— Alegaciones de las partes

- 57 Las recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al utilizar el pliego de cargos como punto de referencia para evaluar la Decisión controvertida sobre el fondo, vulnerando el derecho de defensa.
- 58 En estas circunstancias, las recurrentes consideran que la comparación realizada por el Tribunal de Primera Instancia entre la Decisión controvertida y las conclusiones provisionales de la Comisión recogidas en el pliego de cargos no pueden servir de fundamentación para las conclusiones que se contienen en la sentencia recurrida respecto de la motivación de la Decisión controvertida y la apreciación de la Comisión que allí figuran. Citan, a este respecto, los apartados 300, 302 y 308 de la sentencia recurrida en relación con la apreciación de la motivación de la Decisión controvertida realizada por el Tribunal de Primera Instancia. Además, respecto del examen de las alegaciones basadas en errores manifiestos de apreciación realizado por el Tribunal de Primera Instancia, las recurrentes critican en su recurso de casación los apartados 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 y 538 de dicha sentencia.

59 En apoyo de las pretensiones de las recurrentes en este motivo, la Comisión alega que, en una gran parte de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia, contrariamente a la jurisprudencia citada por él mismo en el apartado 284 de esa sentencia, a la que no hizo más «que una referencia puramente formal», no examinó la Decisión controvertida en cuanto tal desde el punto de vista de si la Decisión estaba suficientemente motivada y, en relación con el motivo basado en la existencia de un error de fondo, de si la Decisión contenía errores de hecho o errores manifiestos de apreciación, sino que se centró más bien en su sentencia sobre la cuestión de si el pliego de cargos carecía de fundamento. Así, según la Comisión, del hecho de que determinados hechos no se mencionasen en el pliego de cargos, el Tribunal de Primera Instancia dedujo que éstos no podían tener importancia para la apreciación de las consecuencias de la operación de concentración en general. Además, si bien la Comisión precisó en la Decisión controvertida determinadas conclusiones que habían sido formuladas de modo más tajante en el pliego de cargos, el Tribunal de Primera Instancia se basó, para su control, en la apreciación que figuraba en dicho pliego de cargos.

60 Impala alega que el Tribunal de Primera Instancia se limitó a transcribir extractos del pliego de cargos al objeto de subrayar las incongruencias intrínsecas de la propia Decisión controvertida y la falta de fundamentación de soporte de las declaraciones que en ella se hacen. Según ella, el Tribunal de Primera Instancia ha reconocido expresamente que el pliego de cargos es un documento preparatorio, que las declaraciones que contiene son totalmente provisionales y que la Comisión no tiene que dar explicaciones sobre las discrepancias entre este documento y la Decisión controvertida.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

61 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el principio de contradicción, que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que forma parte, en particular, del derecho de defensa, exige que durante el procedimiento administrativo la empresa afectada haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción del Tratado CE (véanse concretamente, en este sentido, las sentencias de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, 17/74, Rec. p. 1063, apartado 15; de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 10;

Kali & Salz, citada en el apartado 50 *supra*, apartado 174, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 56 *supra*, apartado 66).

- 62 Respecto de los procedimientos de control de las operaciones de concentración reguladas por el Reglamento, este principio se recoge en el artículo 18, apartado 3, segunda frase, de este último, así como, de forma más precisa, en el artículo 13, apartado 2, del Reglamento de aplicación. Esta última disposición exige concretamente, en esencia, comunicar por escrito las objeciones de la Comisión a las partes notificantes, con indicación de los plazos en los que éstas pueden dar a conocer por escrito sus puntos de vista.
- 63 De la jurisprudencia sobre los artículos 81 CE y 82 CE resulta, por analogía, que el pliego de cargos es un acto preparatorio del procedimiento que, con el fin de garantizar el ejercicio eficaz del derecho de defensa, circunscribe el objeto del procedimiento administrativo incoado por la Comisión, impidiendo así a esta última formular otras imputaciones en la decisión que pone fin al procedimiento de que se trate (véase, en particular, el auto de 18 de junio de 1986, *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, 142/84 y 156/84, Rec. p. 1989, apartados 13 y 14). Por tanto, el pliego de cargos, por su propia naturaleza, es intrínsecamente provisional y está sujeto a modificaciones durante la apreciación que realiza posteriormente la Comisión a la luz de las observaciones presentadas por las partes y de otras constataciones fácticas (véase, en este sentido, la sentencia *SGL Carbon/Comisión*, citada en el apartado 29 *supra*, apartado 62). En efecto, la Comisión debe tomar en consideración los elementos que resulten del procedimiento administrativo, en su conjunto, bien para abandonar los cargos que hubieran resultado mal fundados, bien para adaptar o completar, tanto fáctica como jurídicamente, su argumentación en apoyo de los cargos que formule. Así, el pliego de cargos no impide en ningún caso a la Comisión modificar su posición en favor de las empresas de que se trate (véase el auto *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, antes citado, apartado 13).
- 64 De lo que se sigue que la Comisión no está obligada a mantener las valoraciones de hecho y de Derecho contenidas en este documento. Por el contrario, debe motivar su decisión final mediante apreciaciones definitivas basadas en los resultados de la totalidad de su investigación, tal como éstos se presentan en el momento de la clausura

del procedimiento formal (véase, por analogía, el auto *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, citado en el apartado 63 *supra*, apartado 15).

65 Además, la Comisión no está obligada a explicar eventuales diferencias en relación con sus apreciaciones provisionales formuladas en el pliego de cargos (véanse, en este sentido, el auto *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, citado en el apartado 63 *supra*, apartado 15, y la sentencia *British American Tobacco y Reynolds Industries/Comisión*, citada en el apartado 56 *supra*, apartado 70).

66 El hecho de que la Comisión esté sujeta a plazos de procedimiento estrictos en el marco del control de las operaciones de concentración, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, no modifica el carácter provisional del pliego de cargos. En efecto, el ejercicio eficaz del derecho de defensa exige que las alegaciones de las partes participantes en una concentración propuesta disfruten, en un procedimiento de control de operaciones de concentración, de la misma consideración que tienen las alegaciones de las partes interesadas en los procedimientos incoados con arreglo a los artículos 81 CE y 82 CE.

67 Es cierto que el Tribunal de Primera Instancia reconoció expresamente en la sentencia recurrida, en concreto en sus apartados 284 y 285, el carácter preparatorio del pliego de cargos, incluso en el marco del control de las operaciones de concentración. Reconoció además que, en virtud de la jurisprudencia recaída sobre los artículos 81 CE y 82 CE, la Comisión no está obligada a dar explicaciones sobre posibles diferencias respecto del pliego de cargos.

68 Sin embargo, a la vista de las alegaciones formuladas por las recurrentes y por la Comisión, expuestas en los apartados 58 y 59 de la presente sentencia, procede examinar las objeciones planteadas por estas últimas respecto de una serie de remisiones concretas al pliego de cargos hechas por el Tribunal de Primera Instancia en el marco de su examen de la legalidad de la Decisión controvertida.

69 A este respecto, resulta de la jurisprudencia que, si bien es cierto que, en el marco del control de las operaciones de concentración, ámbito en el que la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica, el control por parte del Tribunal de Primera Instancia se limita a la verificación de la exactitud material de los hechos y a la falta de error manifiesto de apreciación, no es menos cierto que la

exactitud, el carácter completo y la aptitud para servir de fundamento de los hechos en los que se basa una decisión pueden ser objeto de control jurisdiccional (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 39, así como de 22 de noviembre de 2007, España/Lenzing, C-525/04 P, Rec. p. I-9947, apartados 56 y 57). En efecto, únicamente de este modo puede el juez comunitario comprobar si concurren los elementos de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, apartado 14). De ello se sigue que, sin perjuicio del carácter preparatorio y provisional del pliego de cargos, y a pesar de que la Comisión no esté obligada a dar explicaciones sobre posibles diferencias respecto del pliego de cargos, no es posible impedir necesariamente al Tribunal de Primera Instancia que utilice el pliego de cargos para interpretar una decisión de la Comisión, en particular cuando se trata del examen de los hechos que le sirven de base.

70 Así, por ejemplo, las remisiones al pliego de cargos que hace el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 300, 302 y 308 de la sentencia recurrida, en el marco de su apreciación de la motivación de la Decisión controvertida, fueron realizadas a título puramente ilustrativo, o a mayor abundamiento, tal como señaló, en esencia, la Abogado General en los puntos 165 y 166 de sus conclusiones. Lo mismo ocurre con determinados apartados de dicha sentencia citados por las recurrentes y relativos a la apreciación hecha por el Tribunal de Primera Instancia de las alegaciones basadas en la existencia de errores manifiestos de apreciación, a saber, los apartados 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 y 538 de la sentencia recurrida, que sirven simplemente para ilustrar y completar lo que, de todas formas, el Tribunal de Primera Instancia había deducido ya directamente de la Decisión controvertida.

71 Es forzoso por tanto hacer constar que, en la sentencia recurrida, algunas de las remisiones al pliego de cargos dejan ver que el Tribunal de Primera Instancia, a pesar de sus propias declaraciones sobre el carácter provisional del pliego de cargos, ha considerado más fiable y decisivo aquello que en el apartado 410 de dicha sentencia ha calificado como «constataciones fácticas previamente realizadas» en dicho pliego, que las declaraciones que figuran en la propia Decisión controvertida.

72 El Tribunal de Primera Instancia se ha basado fundamentalmente, a este respecto, en una distinción entre, por una parte, esas «constataciones fácticas previamente

realizadas» y, por otra, determinadas «apreciaciones», que serían más susceptibles aún de ser modificadas válidamente. En particular, en el apartado 379 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia califica la afirmación recogida en el pliego de cargos según la cual «existen pruebas suficientes de que las empresas principales están al corriente de sus condiciones comerciales respectivas» no como «una apreciación de la Comisión, susceptible de ser modificada, sino más bien [...] una constatación de hecho que resulta de su investigación». Esta afirmación del Tribunal de Primera Instancia debe entenderse a la luz de otras afirmaciones previas realizadas en la sentencia recurrida. Así, en el apartado 335 de esa sentencia, el Tribunal de Primera Instancia indica concretamente que «las apreciaciones contenidas en la Decisión [controvertida] 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». Además, en el apartado 378 de dicha sentencia, el Tribunal de Primera Instancia indica que «las conclusiones que [...] se recogen en [las pruebas, tal como se mencionan en] la Decisión [controvertida] se alejan muy claramente también de las constataciones realizadas en el pliego de cargos».

73 Así, el Tribunal de Primera Instancia no se limitó a utilizar el pliego de cargos como un instrumento para verificar la exactitud, el carácter completo y la aptitud para servir de fundamento de los hechos en los que se basa la Decisión controvertida. En efecto, consideró probadas determinadas conclusiones contenidas en dicho pliego, las cuales no pueden, por tanto, ser consideradas provisionales.

74 Esta concepción del pliego de cargos se desprende igualmente de otros apartados de la sentencia recurrida. Así, en los apartados 409 y 410 de esa sentencia, el Tribunal de Primera Instancia critica el hecho de que la Comisión no hubiese desmentido «las constataciones fácticas previamente realizadas» en el pliego de cargos. Además, en el apartado 424 de dicha sentencia, se reprocha a las demandantes y a la Comisión no haber afirmado «ni *a fortiori* demostrado» que una «constatación» recogida en dicho pliego fuese inexacta. En el apartado 446 de la sentencia recurrida se indica incluso que «la observación de que no había ninguna prueba de que los descuentos hubieran afectado sensiblemente a los precios constituye una constatación de hecho más que una apreciación». Además, en los apartados 398, 419, 447 y 451 de esa sentencia, se critica a la Comisión, en esencia, por haberse apoyado en gran medida, a los fines de la Decisión controvertida, sobre la incidencia de los «descuentos de promoción», a pesar de que, tal como señala el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 447 de dicha sentencia, la Comisión, en el pliego de cargos, «ni siquiera estimó necesario mencionar [tales] descuentos».

- 75 Pues bien, tal como señala la Comisión, es posible que las partes notificantes, en sus respuestas al pliego de cargos, completen o aclaren, a la vista de dicho pliego, su «posición» sobre el funcionamiento del mercado o mercados de referencia, de forma que puedan añadirse nuevos elementos o que hechos ya examinados por la Comisión puedan ser situados en una nueva perspectiva. En tal caso, aunque no se hubiese demostrado la falta de fundamento de determinadas comprobaciones individuales llevadas a cabo de forma provisional por la Comisión en el pliego de cargos, la apreciación de dichas comprobaciones por parte de la Comisión podría ser completamente diferente en el contexto modificado. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia, al centrarse en las divergencias existentes entre la Decisión controvertida, objeto del procedimiento planteado ante él, y las «constataciones fácticas previamente realizadas» en el pliego de cargos, eliminó esa posibilidad. En efecto, tal como alega la Comisión, el enfoque del Tribunal de Primera Instancia que se desprende de determinados apartados de la sentencia recurrida parece basarse en la hipótesis de que las conclusiones provisionales a que llegó la Comisión en dicho pliego estaban invariablemente basadas en pruebas inequívocas. Ahora bien, aparte de los elementos no controvertidos, en su caso, que son hasta tal punto manifiestos, por ejemplo, debido su naturaleza empírica y verificable, que resultan incontestables, no es posible presumir que las afirmaciones que se contienen en un pliego de cargos no puedan ser modificadas a consecuencia de las respuestas dadas a dicho pliego. Además, aún suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia pudiese jurídicamente distinguir entre las constataciones fácticas y las apreciaciones que se recogen en el pliego de cargos, es necesario señalar que, concretamente en los apartados 379 y 446 de la sentencia recurrida, calificó de constataciones fácticas determinadas apreciaciones complejas que no podían ser consideradas, en ningún caso, constataciones fácticas no susceptibles de modificación.
- 76 En estas circunstancias, procede declarar que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho en la medida en que, en su examen de los argumentos basados en la existencia de errores manifiestos de apreciación, consideró probados determinados elementos recogidos en el pliego de cargos, sin demostrar las razones por las que, a pesar de la posición final adoptada por la Comisión en la Decisión controvertida, dichos elementos debían ser considerados incontestablemente probados.
- 77 A pesar de ello, este error no tiene entidad, en sí mismo, para cuestionar la apreciación del Tribunal de Primera Instancia que se recoge en el apartado 377 de la sentencia recurrida, según la cual «los elementos de prueba, tal como se mencionan en la Decisión [controvertida], no permiten fundamentar las conclusiones que de ellos se sacan». En consecuencia, no puede, por sí sólo, tener como resultado la anulación de la sentencia recurrida. Es necesario, por tanto, proceder al examen de los otros motivos.

Sobre el segundo motivo y la primera parte del tercer motivo, basados en la existencia de errores de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia exigió a la Comisión que llevase a cabo nuevas verificaciones tras la respuesta al pliego de cargos y aplicó exigencias desproporcionadas en relación con los datos aportados en respuesta al pliego de cargos

— Sentencia recurrida

- 78 En el marco de su examen del motivo basado en la existencia de errores manifiestos de apreciación respecto de la transparencia del mercado, el Tribunal de Primera Instancia afirma concretamente, en el apartado 414 de la sentencia recurrida, 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 poder refutar válidamente las acusaciones formuladas por la Comisión».
- 79 El Tribunal de Primera Instancia considera además, en el apartado 415 de la sentencia recurrida, que la Comisión no puede «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 [controvertida] 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».
- 80 A mayor abundamiento, en diferentes lugares de la sentencia recurrida, concretamente en los apartados 398, 428 y 451 de ésta, el Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión, tras las respuestas al pliego de cargos de las partes participantes en la concentración, no llevó a cabo nuevos estudios de mercado para examinar el fundamento de la reorientación de su apreciación de la concentración proyectada.

— Alegaciones de las partes

- 81 Mediante el segundo motivo, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al resolver, en esencia, que la Comisión estaba obligada a realizar una nueva investigación sobre el mercado como resultado de la respuesta al pliego de cargos. Por ello, su conclusión de que la Comisión había incurrido en diversos errores de apreciación y de motivación al no haber procedido a realizar nuevas verificaciones carece de fundamento.
- 82 Mediante la primera parte del tercer motivo, que debe examinarse junto con el segundo motivo, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 414 de la sentencia recurrida, sugirió en realidad que las pruebas de descargo presentadas por las partes notificantes como respuesta al pliego de cargos estaban sometidas a exigencias superiores a las aplicadas a las pruebas mencionadas en el pliego de cargos por la Comisión para sostener sus objeciones.
- 83 En apoyo de las demandantes, la Comisión alega, en primer lugar, que, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos a los que se encuentra sometida con arreglo al Reglamento, tiene que tener la posibilidad de basarse en las pruebas presentadas por las recurrentes en sus respuestas al pliego de cargos, ya que dichas respuestas forman parte del procedimiento formal. Al igual que las recurrentes, recuerda que el Reglamento dispone la imposición de multas o de multas coercitivas cuando se suministren datos inexactos o desvirtuados y faculta a la Comisión para revocar una decisión basada en información inexacta de la que sea responsable alguna de las empresas interesadas o que haya sido obtenida fraudulentamente.
- 84 En segundo lugar, la Comisión considera que el apartado 414 de la sentencia recurrida, que expone el enfoque seguido por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 415 a 457 de esa sentencia, y que se refiere a un conjunto de pruebas, revela una serie de errores de Derecho relativos, en particular, a la fuerza probatoria de los medios de prueba presentados como respuesta al pliego de cargos.

85 Impala sostiene que el Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta la brevedad de los plazos establecidos por el Reglamento. Se limitó a comprobar que la Comisión se había abstenido de realizar la más mínima investigación adicional sobre el mercado, sin precisar si, después de la vista, se hubieran debido llevar a cabo investigaciones sobre el mercado. Según Impala, la Comisión habría debido investigar la problemática de la transparencia y de los descuentos antes de emitir el pliego de cargos.

86 Sobre la primera parte del tercer motivo, Impala sostiene que se desprende del apartado 414 de la sentencia recurrida que el Tribunal de Primera Instancia hace alusión a una situación teórica en la que las partes que intervienen en una operación de concentración presentan pruebas en el último minuto sin dejar a la Comisión ninguna posibilidad de proceder a realizar las investigaciones necesarias. Igualmente se deduce de ese mismo apartado de la sentencia recurrida, según Impala, que debe presumirse que el Tribunal de Primera Instancia consideraba, no que la Comisión hubiese debido investigar dicha problemática tras la vista, sino que habría debido actuar antes en este sentido durante el procedimiento formal de investigación.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

87 Procede desestimar de entrada la tesis de Impala, expuesta en el apartado 86 de la presente sentencia, según la cual el apartado 414 de la sentencia recurrida se refiere a una situación hipotética. En efecto, semejante interpretación es desmentida por los propios términos del citado apartado 414, de los que resulta que las observaciones del Tribunal de Primera Instancia que se critican en el marco de la primera parte del tercer motivo iban dirigidas al procedimiento en el que se adoptó la Decisión controvertida.

88 A continuación, procede recordar que, tal como se desprende de los apartados 61 y 62 de la presente sentencia, en los procedimientos de control de operaciones de concentración el respeto del derecho de defensa antes de la adopción de cualquier decisión que pueda lesionar a las empresas afectadas es imperativo.

89 Por consiguiente, no puede, en principio, reprocharse a las partes notificantes que no presentasen determinadas alegaciones, hechos o pruebas, eventualmente deci-

sivos, más que en el marco de sus alegaciones en respuesta al pliego de cargos. En efecto, sólo mediante este pliego pueden las partes que intervienen en la operación de concentración obtener las indicaciones necesarias respecto de las reservas de la Comisión sobre su proyecto de concentración, así como de las alegaciones y las pruebas sobre los que ésta se basa a este respecto. Tal como resulta del apartado 62 de la presente sentencia, se desprende del derecho de defensa de las partes notificantes, consagrado en el artículo 18, apartado 3, segunda frase, del Reglamento así como en el artículo 13, apartado 2, del Reglamento de aplicación, que éstas tienen derecho a presentar, en el marco de su audiencia escrita y oral tras la recepción del pliego de cargos, todo aquello que consideren capaz de refutar las imputaciones de la Comisión y de llevarla a autorizar su operación de concentración propuesta. Contrariamente a lo que deja entender el Tribunal de Primera Instancia, concretamente en el apartado 414 de la sentencia recurrida, una alegación formulada como respuesta al pliego de cargos forma parte de la investigación que ha de desarrollarse en el marco del procedimiento formal de examen. Semejante alegación no es extemporánea, sino que se formula en el momento previsto a estos efectos en el procedimiento de control de operaciones de concentración.

90 Además, procede igualmente recordar que, tal como resulta del apartado 49 de la presente sentencia, el imperativo de celeridad que caracteriza la sistemática general del Reglamento obliga a la Comisión a respetar plazos estrictos para la aprobación de la decisión final.

91 En estas circunstancias, teniendo en cuenta en particular los condicionantes temporales que se derivan de los plazos procedimentales que establece el Reglamento, la Comisión no puede, en principio, estar obligada, en cada caso concreto, a enviar, tras el pliego de cargos y la audiencia de las empresas afectadas, requerimientos de información a múltiples operadores económicos poco antes de la transmisión de su proyecto de decisión al Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas, en aplicación del artículo 19 del Reglamento.

92 Además, tal como señala la Comisión, la respuesta al pliego de cargos puede prestar una atención particular a pruebas que las partes notificantes consideran cruciales para el resultado del procedimiento de investigación formal. Tales pruebas podrían no haber sido considerados cruciales en el pliego de cargos. Pues bien, el hecho de no tomar en consideración estas pruebas puede formar parte de las críticas a la apreciación preliminar de la Comisión de las empresas notificantes. A la vista de las exigencias del derecho de defensa, las alegaciones de las partes notificantes, formuladas en

respuesta al pliego de cargos, no pueden estar sometidas a unas exigencias de prueba más estrictas, respecto de su carácter probatorio y de convicción, que las impuestas a las alegaciones de los competidores, de los clientes y de otros terceros interrogados por la Comisión durante el procedimiento administrativo o que a las pruebas presentadas por las empresas notificantes en un momento anterior de la investigación de la Comisión.

93 Además, cuando la Comisión examina en su Decisión las alegaciones formuladas en su defensa por las empresas notificantes y aprovecha la ocasión para revisar sus propias conclusiones provisionales recogidas en el pliego de cargos y, en su caso, apartarse de ellas, no está realizando con ello una «delegación» de la investigación en las empresas mencionadas. Procede recordar, a este respecto, que los artículos 14 y 15 del Reglamento disponen la imposición de multas o de multas coercitivas cuando se suministren datos inexactos o desvirtuados, y que el artículo 8, apartado 5, letra a), del mismo Reglamento faculta a la Comisión para revocar una decisión basada en información inexacta de la que sea responsable alguna de las empresas interesadas o que haya sido obtenida fraudulentamente.

94 Es cierto que la Comisión está obligada a examinar detenidamente las alegaciones de las partes participantes en la concentración respecto de su carácter exacto, completo y convincente y a no tenerlas en cuenta en caso de que tenga dudas fundamentadas. Es igualmente cierto que, en virtud del artículo 3, apartado 1, del Reglamento de aplicación, la notificación de la operación de concentración prevista debe contener datos exactos y completos, y que, conforme al artículo 11 del Reglamento, las partes notificantes están obligadas a responder a las posibles solicitudes de información de la Comisión de forma completa y exacta y en los plazos establecidos. Si no lo hacen así y los requerimientos en cuestión han sido realizados por vía de decisión, la Comisión puede imponer multas y multas coercitivas con arreglo a los artículos 14 y 15 del Reglamento. Sin embargo, no es menos cierto que ésta, con ocasión de la respuesta al pliego de cargos, tiene que aplicar los mismos criterios que usa para examinar las alegaciones de terceros o que los usados en un momento anterior de su investigación, so pena de vulnerar el derecho de defensa de las partes notificantes, pero puede al mismo tiempo extraer las consecuencias apropiadas en el supuesto de que, en un momento avanzado del procedimiento, resulte que la notificación de que se trate no respeta las exigencias del artículo 3, apartado 1, del Reglamento de aplicación.

95 De ello se deduce que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho, por una parte, al imponer, en esencia, a la Comisión que sea particularmente

exigente por lo que se refiere al carácter probatorio de las pruebas y las alegaciones presentadas por las partes notificantes como respuesta a un pliego de cargos y, por otra, al concluir que la falta de una investigación adicional del mercado tras la notificación del pliego de cargos y el hecho de que la Comisión recogiera las alegaciones de contestación de las recurrentes equivalían a una delegación ilegal de la investigación en las partes participantes en la concentración.

- 96 Este error de Derecho, sin embargo, no vicia la totalidad de la sentencia recurrida, en particular la parte de ésta que se refiere a las insuficiencias de motivación de la Decisión controvertida o a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, recogidas en el apartado 377 de la sentencia recurrida, según la cual «los elementos de prueba, tal como se mencionan en [dicha] Decisión, no permiten fundamentar las conclusiones que de ellos se sacan». Por consiguiente, es necesario proceder a examinar los restantes motivos.

Sobre el séptimo motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia se basó en pruebas que no fueron comunicadas a las partes participantes en la operación de concentración

— Sentencia recurrida

- 97 En el apartado 352 de la sentencia recurrida, en el marco del examen realizado por el Tribunal de Primera Instancia sobre la transparencia de los precios y, en particular, sobre la posibilidad de un control del mercado minorista por parte de las empresas principales por medio de informes semanales de control elaborados por sus representantes comerciales, el Tribunal de Primera Instancia señala una afirmación de la Comisión que se contiene en la Decisión controvertida, según la cual las recurrentes habían establecido un sistema de informes semanales, que incluían también información sobre los competidores. En los apartados 356 a 360 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia se remite, como complemento a este tema, a determinados documentos presentados por Impala y calificados de confidenciales. Así, en los apartados 356 a 360 de la versión de la sentencia recurrida publicada en la Recopilación figura simplemente «*[confidencial]*». También se hace referencia a los informes semanales de seguimiento en los apartados 389 y 451 de esa sentencia, y dicho apartado 389 incluye una parte en la que figura «*[confidencial]*» en la versión publicada en la Recopilación.

— Alegaciones de las partes

- 98 Las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al basarse, en los apartados 356 a 360 de la sentencia recurrida, en pruebas que no estaban a disposición de la Comisión en el momento de adoptar la Decisión controvertida y que nunca les fueron mostradas. A este respecto, resulta difícil imaginar por qué el Tribunal de Primera Instancia evocó esos documentos en cinco apartados de su sentencia y se refirió a ellos en otras dos ocasiones, en los apartados 389 y 451 de la sentencia recurrida, si no los consideraba pertinentes por lo que se refiere al resultado de su control.
- 99 Impala sostiene que las pruebas en cuestión fueron mencionadas en el transcurso de la vista de los días 14 y 15 de junio de 2004, en presencia de las partes, y que fueron comunicadas confidencialmente a la Comisión tras esos debates. Según Impala, las recurrentes fueron informadas así, en los debates mencionados, de que se trataba de sus propias prácticas de seguimiento de los precios en Francia, y éstas presentaron numerosas observaciones sobre este aspecto del régimen de fijación de los precios a lo largo tanto del procedimiento administrativo como del procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia. En cualquier caso, según Impala, aunque los reproches formulados por las recurrentes en el marco de este motivo fuesen fundados, no podrían tenerse en cuenta, dado que dichas pruebas no afectaron al resultado de la sentencia recurrida.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

- 100 En primer lugar, procede rechazar la alegación de Impala que se expone en el apartado 99 de la presente sentencia, según la cual las recurrentes fueron suficientemente informadas del contenido de los documentos objeto de los apartados 356 a 360 de la sentencia recurrida en la vista que se desarrolló ante la Comisión. En efecto, del escrito de contestación de Impala presentado ante el Tribunal de Justicia resulta que «esta información fue mencionada en la vista [...] y fue posteriormente comunicada confidencialmente a la Comisión tras la vista». En estas circunstancias, no se puede pretender que el contenido de dichos documentos haya sido descrito con la antelación suficiente y con la precisión y la coherencia necesarias para permitir a las recurrentes, en su caso, responder eficazmente a las proposiciones que Impala extraía de dichos documentos ante la Comisión.

- 101 Conforme al artículo 18, apartado 3, del Reglamento, la Comisión sólo puede basar las decisiones que adopte en virtud de dicho Reglamento en objeciones sobre las que los interesados hayan podido formular sus alegaciones. De lo que se desprende que, puesto que las recurrentes no pudieron conocer el contenido de los documentos confidenciales en cuestión con antelación suficiente, la Comisión no podía apoyarse en esos documentos a los efectos de la Decisión controvertida.
- 102 Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al basarse, para anular la Decisión controvertida, en documentos presentados confidencialmente por Impala, puesto que ni siquiera la propia Comisión debió haberlos utilizado para adoptar dicha Decisión por ser su carácter confidencial.
- 103 Sin que sea preciso pronunciarse sobre si tener en cuenta dichos documentos pudo haber afectado al resultado del examen de las alegaciones relativas a la existencia de errores manifiestos de apreciación cometidos por la Comisión realizado por el Tribunal de Primera Instancia, es suficiente señalar que, en todo caso, el error de Derecho identificado en el marco de este séptimo motivo no tiene entidad para poner en cuestión la conclusión del Tribunal de Primera Instancia que se recoge en el apartado 325 de la sentencia recurrida, según la cual, en esencia, la Decisión controvertida debía ser anulada por razón de una motivación insuficiente. Procede, por tanto, examinar el resto de los motivos.

Sobre el quinto motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta los criterios jurídicos pertinentes aplicables en materia de creación o refuerzo de una posición dominante colectiva

— Sentencia recurrida

- 104 En los apartados 250 a 254 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia formuló en particular las observaciones siguientes respecto del concepto de posición dominante colectiva:

- «250 [...] La determinación de la existencia de una posición dominante colectiva debe apoyarse sobre una serie de elementos de hecho probados, pasados o presentes, que atestigüen un obstáculo significativo para la competencia en el mercado, debido al poder adquirido por determinadas empresas para adoptar conjuntamente una misma línea de acción sobre este mercado, en forma apreciable, independientemente de sus competidores, de su clientela y de los consumidores.
- 251 Por consiguiente, en el marco de la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva, aunque los tres requisitos señalados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia [de 6 de junio de 2002,] *Airtours/Comisión*, [T-342/99, Rec. p. II-2585], deducidos a partir de un análisis teórico del concepto de posición dominante colectiva, también son, ciertamente, necesarios, pueden, en su caso, ser apreciados indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva.
- 252 Así, concretamente, una estrecha alineación de los precios a largo plazo, sobre todo si están a un nivel superior al que alcanzarían en condiciones de competencia, unida a otros factores típicos de una posición dominante colectiva, podrían bastar, a falta de explicación más razonable, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado, puesto que ésta puede presumirse en tales circunstancias.
- 253 De lo que se sigue que, en el caso de autos, la alineación de precios, tanto brutos como netos, durante los seis últimos años, en productos que no son idénticos (cada disco tiene un contenido diferente), así como su mantenimiento a un nivel estable que se percibe elevado a pesar de un descenso considerable de la demanda, unido a otros factores (potencia de las empresas en situación de oligopolio, estabilidad de las cuotas de mercado, etc.), tal como ha declarado la Comisión en la Decisión [controvertida], podrían, a falta de otra explicación, sugerir o constituir un indicio de que la alineación de los precios no es el resultado del juego normal de una competencia efectiva y de que el mercado es suficientemente transparente y ha permitido una coordinación tácita de los precios.

254 No obstante, dado que [Impala] basa su alegación en la aplicación errónea de los requisitos necesarios para la existencia de una posición dominante colectiva, tal como se definen en la sentencia *Airtours/Comisión*, [antes citada], y, en concreto, del relativo a la transparencia del mercado, más que sobre la tesis de que la constatación de una política común durante un largo período de tiempo unida a la presencia de otros elementos característicos de una posición dominante colectiva podría bastar, en determinadas circunstancias y a falta de mejor explicación, para demostrar la existencia de semejante posición, por oposición a su creación, sin que sea necesario demostrar positivamente la existencia de transparencia en el mercado, el Tribunal de Primera Instancia se limitará, en el marco del examen de los motivos alegados, a verificar si la Decisión [controvertida] aplica correctamente los requisitos de la jurisprudencia *Airtours*. En efecto, sin que sea siquiera necesario preguntarse sobre si la actitud inversa conduciría al Tribunal de Primera Instancia a exceder los límites del litigio fijados por las partes o si constituiría una simple aplicación del Derecho en el marco de un motivo alegado por [Impala], se impone esta actuación en virtud del principio de contradicción, dado que esta cuestión no ha sido debatida ante el Tribunal de Primera Instancia.»

105 El apartado 309 de la sentencia recurrida se presenta en los términos siguientes:

«Además, de la última frase del considerando 77 de la Decisión [controvertida] resulta que los descuentos no pueden afectar realmente a la transparencia del mercado en materia de precios, concretamente de los precios públicos de catálogo, ya que se afirma que “si las grandes empresas discográficas se hubiesen apartado sensiblemente de las políticas acordadas en materia de precios concediendo descuentos, este alejamiento se hubiese reflejado en sus precios netos medios”.»

106 Respecto de la incidencia de las variaciones de los descuentos sobre la transparencia del mercado, el Tribunal de Primera Instancia indicaba concretamente, en el apartado 420 de la sentencia recurrida, que «tal como ha destacado [Impala], las diferencias en las gamas de descuentos en el tiempo podrían ser el resultado de diferencias en los comportamientos y no excluyen que los descuentos de basen en un conjunto de reglas conocido».

107 En el apartado 427 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia señala que determinados elementos probatorios sobre los que se apoyaba la Comisión «no excluyen que [unas variaciones de los descuentos por cliente] puedan explicarse bastante fácilmente, al menos por un profesional del sector, a partir de un determinado número de reglas generales o específicas que rigen la concesión de los descuentos».

108 El apartado 428 de la sentencia recurrida es del siguiente tenor:

«Si bien ciertamente, tal como ha subrayado la Comisión, [Impala] no ha expuesto de manera precisa cuáles son esas distintas reglas que rigen la concesión de los descuentos de promoción, o, según la Comisión, ha mencionado un número demasiado elevado, lo que hace que su aplicación sea compleja y, en consecuencia, poco transparente, no es menos cierto que, como ya se ha señalado, la Comisión no realizó una investigación en el mercado a este respecto ni aportó siquiera un elemento de prueba de la opacidad de los descuentos de promoción, excepto los cuadros de las empresas participantes en la concentración, que, además de sus imperfecciones, en todo caso, sólo tienen por objeto demostrar la existencia de determinadas variaciones de dichos descuentos, pero no demuestran que dichas variaciones no puedan ser explicadas, con mayor o menor facilidad, por un profesional del sector. [...]»

109 En el apartado 429 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia señala que «si bien la combinación de estas variables produce necesariamente el efecto de aumentar las hipótesis, la Comisión no ha demostrado que determinar los descuentos de promoción fuera, por ese motivo, excesivamente difícil para un profesional del mercado».

— Alegaciones de las partes

110 Las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia, al concluir que la Comisión había incurrido en errores manifiestos de apreciación y había motivado insuficientemente la Decisión controvertida respecto de la transparencia del mercado, no tuvo en cuenta el estado actual de la cuestión del concepto de posición dominante colectiva en el Derecho comunitario. Según las recurrentes, el criterio relativo a la

transparencia del mercado como elemento indiciario de una posición dominante colectiva en un determinado mercado, tal como la enuncia el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 104 *supra*, y que el Tribunal de Primera Instancia afirma seguir en la sentencia recurrida, imponía a la Comisión la obligación de probar, en primer lugar, que las empresas principales disponían de un posible mecanismo de vigilancia de sus precios netos al por mayor respectivos y, en segundo lugar, que, puesto que la Decisión controvertida trataba fundamentalmente sobre la existencia de una práctica colusoria tácita, las empresas principales habían aplicado realmente dicho mecanismo de vigilancia.

- 111 Según las recurrentes, el Tribunal de Primera Instancia aplicó en la práctica un criterio edulcorado para probar la transparencia del mercado, tal como resulta en particular del apartado 251 de la sentencia recurrida, en la medida en que dedujo esa transparencia de ciertos factores que, jurídicamente, no son suficientes para probar el grado de transparencia requerido. Concretamente, al ignorar la pertinencia de los descuentos para apreciar la transparencia respecto de los precios netos al por mayor, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al no identificar un método que permitiese controlar de forma suficientemente precisa y oportuna las modificaciones importantes de los precios netos al por mayor de las demás empresas principales para poder identificar con precisión y a tiempo cualquier desviación de los niveles de precios tácitamente acordados.
- 112 Según las recurrentes, la hipótesis de una práctica colusoria preexistente implica que las recurrentes y las demás empresas principales hubiesen vigilado realmente sus precios netos al por mayor y dispusiesen de información suficientemente precisa y oportuna sobre las modificaciones de sus respectivos precios netos al por mayor. Según ellas ni el Tribunal de Primera Instancia, ni Impala, ni la Comisión pudieron identificar un mecanismo de vigilancia, por parte de las empresas principales, de los precios netos al por mayor, ni pudieron tampoco probar que semejante mecanismo hubiese sido utilizado.
- 113 Por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia aplicó, según las recurrentes, un criterio erróneo en su apreciación del grado de transparencia exigido para poder concluir la existencia de una posición dominante colectiva en los mercados de música grabada en cuestión. Tuvo en cuenta, según ellas, elementos que no son pertinentes en relación con el criterio de la transparencia del mercado y dejó de considerar otros

elementos que son, en cambio, manifiestamente pertinentes a este respecto. En este sentido, las recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en errores de Derecho, en particular:

- en el apartado 309 de la sentencia recurrida, al deducir la transparencia de los descuentos de su impacto sobre los precios netos medios;
- en el apartado 429 de la sentencia recurrida, al descartar la pertinencia de las estructuras complejas de precios en su apreciación de la transparencia, y
- en los apartados 298, 306, 310 y 395 de la sentencia recurrida, al descartar la pertinencia de la variación de los precios para apreciar la transparencia.

114 Impala sugiere en primer lugar que el quinto motivo constituye un intento por parte de las recurrentes de poner en cuestión las apreciaciones de hecho formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, sin alegar la existencia de errores de Derecho.

115 Subsidiariamente, Impala sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó un criterio correcto, en la sentencia recurrida, para probar la transparencia del mercado, a saber, el criterio enunciado en el apartado 62 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 104 *supra*. A este respecto, Impala alega, en particular, que el único elemento que la Comisión comprobó que fuese «menos» transparente era el constituido por los descuentos de promoción. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia comprobó que las pruebas determinantes sobre las que la Comisión basó su comprobación no permitían fundamentarla, a pesar de haberse realizado un examen exhaustivo de dichas pruebas. En realidad, el quinto motivo se refiere no tanto al criterio jurídico de la transparencia del mercado como a la evaluación por parte del Tribunal de Primera Instancia de los elementos de hecho que acreditan esa transparencia. Según Impala, la sentencia recurrida no aplicó erróneamente el criterio enunciado en el apartado 62 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 104 *supra*, puesto que el Tribunal de Primera Instancia ni aplicó un criterio edulcorado ni dejó de examinar la transparencia en el nivel exigido.

116 Impala discute además las alegaciones que se resumen en el apartado 113 de la presente sentencia.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

117 Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia aplicó la norma jurídica correcta al examinar las pruebas constituye una cuestión de Derecho que, como tal, puede ser invocada en el marco de un recurso de casación (véase la sentencia Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 40). En el caso de autos, las alegaciones de las partes que se exponen en los apartados 110 a 112 de la presente sentencia son admisibles en el procedimiento de casación.

118 Por lo que se refiere a las tres críticas puntuales que se han resumido en el apartado 113 de la presente sentencia, sólo son admisibles la segunda y la tercera. En efecto, la primera de ellas no trata sobre la pertinencia de un elemento particular utilizado para acreditar la existencia de una posición dominante colectiva, sino que pretende, en realidad, una nueva apreciación de los hechos, lo cual, en virtud de la jurisprudencia reiterada que se recuerda en el apartado 29 de la presente sentencia, escapa, en principio, a la competencia del Tribunal de Justicia en casación (véase igualmente en este sentido, por analogía, la sentencia de 22 de noviembre de 2007, Sniace/Comisión, C-260/05 P, Rec. p. I-10005, apartados 34 y 35). La segunda y la tercera críticas puntuales, en cambio, sí invocan errores de Derecho.

119 Por lo que se refiere al fundamento de este motivo, procede recordar de entrada que el Tribunal de Justicia ya ha resultado, en esencia, que el concepto de posición dominante colectiva está comprendido en el de «posición dominante» en el sentido del artículo 2 del Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia Kali & Salz, citada en el apartado 50 *supra*, apartados 166 y 178). A este respecto, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar la existencia de una posición dominante colectiva. Tal afirmación podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate (véase la 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).

- 120 En el caso de una alegación de creación o refuerzo de una posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar, mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia, si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado (véase la sentencia *Kali & Salz*, citada en el apartado 50 *supra*, apartado 221) para aprovechar una situación de potencia económica colectiva, y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo.
- 121 Tales factores de correlación incluyen, en particular, la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para maximizar sus beneficios comunes aumentando los precios, reduciendo la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuyendo la innovación o influyendo por otros medios en los parámetros de la competencia. En efecto, en ese contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte provocaría una reacción por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa.
- 122 Puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo.

- 123 Las probabilidades de semejante coordinación tácita son mayores si los competidores pueden lograr fácilmente una percepción común de la forma en que debe funcionar la coordinación, en particular de los parámetros que pueden ser objeto de la coordinación pretendida. En efecto, al no ser posible alcanzar de forma tácita una comprensión compartida de los modos de proceder de la coordinación, los competidores tienen que recurrir, en su caso, para poder adoptar una línea común de acción sobre el mercado, a prácticas prohibidas por el artículo 81 CE. Además, teniendo en cuenta en particular las posibles tentaciones de desviarse que pudieran tener cada uno de los participantes en una coordinación tácita al objeto de incrementar sus beneficios a corto plazo, procede apreciar si es posible que semejante coordinación sea duradera. A este respecto, las empresas que coordinan su comportamiento tienen que ser capaces de vigilar de forma suficiente si se respetan los medios de coordinación. La transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir, en particular, a cada una de las empresas participantes, conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de mercado de los demás participantes en la concentración. Además, la disciplina impone que exista algún tipo de mecanismo de disuasión creíble que pueda ser aplicado si se detecta la desviación de una conducta. Además, ni la reacción de empresas que no participan en la coordinación, como es el caso de los competidores actuales o futuros, ni la reacción de los clientes, deberían poner en peligro los resultados esperados de la coordinación.
- 124 Los requisitos señalados por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 62 de su sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, respecto de los cuales el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 254 de la sentencia recurrida, concluyó que debían aplicarse en el litigio de que estaba conociendo, no ignoran los criterios expuestos en el apartado precedente de la presente sentencia.
- 125 Ahora bien, en el marco de la aplicación de tales criterios es necesario evitar el modo de proceder mecánico que consiste en verificar por separado cada uno de ellos tomados aisladamente, ignorando con ello el funcionamiento económico global de una hipotética coordinación tácita.
- 126 A este respecto, la apreciación de la transparencia en un mercado dado, por ejemplo, no debería hacerse de forma aislada y abstracta, sino teniendo presente lo que es el funcionamiento de una posible coordinación tácita. En efecto, sólo teniendo en cuenta semejante hipótesis es posible verificar si los posibles elementos de transparencia existentes en un mercado son efectivamente capaces de facilitar la definición tácita de una línea de actuación común y de permitir a los competidores de que se trate vigilar de forma suficiente si se respetan los modos de proceder de tal línea de

actuación. A este respecto, a los fines del análisis de la sostenibilidad de una coordinación tácita pretendida, es necesario tener en cuenta los mecanismos de vigilancia que pudiesen ser accesibles a los participantes en la coordinación tácita alegada, con el fin de verificar, si, debido a dichos mecanismos, les es posible conocer, de manera suficientemente precisa e inmediata, la evolución del comportamiento de mercado de los demás participantes en esa coordinación.

127 Por lo que se refiere al caso de autos, las recurrentes alegan que, a pesar de que el Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 254 de la sentencia recurrida, que seguía el razonamiento de su sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, en la práctica incurrió en error de Derecho al deducir la existencia de transparencia suficiente de una serie de factores que no eran sin embargo pertinentes para comprobar la existencia de una posición dominante colectiva. En este contexto, las recurrentes critican en particular el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia admitiese, en el apartado 251 de la sentencia recurrida, que los requisitos contemplados en el apartado 62 de la sentencia *Airtours/Comisión*, antes citada, «pueden, en su caso, ser apreciados indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva».

128 A este respecto, procede señalar que, como ha hecho notar la Comisión en la vista, el citado apartado 251 no es criticable en sí mismo, dado que se trata de una declaración general que refleja el libre análisis de distintos elementos de prueba realizado por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, es jurisprudencia reiterada que corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a las pruebas presentadas ante él (véanse, en particular, las sentencias de 1 de junio de 1994, *Comisión/Brazzelli Lualdi* y otros, C-136/92 P, Rec. p. I-1981, apartado 66, y de 15 de junio de 2000, *Dorsch Consult/Consejo y Comisión*, C-237/98 P, Rec. p. I-4549, apartado 50).

129 Del mismo modo, la investigación de una posición dominante colectiva preexistente que se basa en una serie de elementos habitualmente considerados indiciarios de la presencia o de la probabilidad de una coordinación tácita entre competidores, no puede volver a ser cuestionada en cuanto tal. Sin embargo, tal como resulta del apartado 125 de la presente sentencia, es imperativo que dicha investigación sea llevada con precaución y, sobre todo, en el marco de un enfoque basado en el análisis de las eventuales estrategias verosímiles de coordinación.

- 130 Pues bien, es preciso hacer constar que, en el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia, a quien Impala había planteado alegaciones que trataban en particular sobre las partes de la Decisión controvertida dedicadas a la transparencia del mercado, no realizó su análisis de dichas partes a la luz de un mecanismo de vigilancia creíble que se insertase en una teoría verosímil de coordinación tácita.
- 131 Es cierto que, en el apartado 420 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia se refiere a la posibilidad de que la concesión de descuentos por parte de las empresas principales se base en un «conjunto de reglas conocido». Sin embargo, a continuación, como justamente señalan las recurrentes en el marco de la segunda de las críticas puntuales que se mencionan en el apartado 113 de la presente sentencia, respecto de si determinadas variaciones de descuentos, que la Comisión recoge en la Decisión controvertida, tenían entidad para que se volviese a cuestionar la posibilidad de una vigilancia adecuada del respeto mutuo de los modos de proceder de una posible coordinación tácita, el Tribunal de Primera Instancia se limita, en los apartados 427 a 429 de la sentencia recurrida, a realizar afirmaciones sin fundamentar relativas a un hipotético profesional del sector. Ahora bien, en el apartado 428 de dicha sentencia, el propio Tribunal de Primera Instancia confiesa que Impala, parte demandante ante él, ciertamente «no ha expuesto de manera precisa cuáles son esas distintas reglas que rigen la concesión de los descuentos de promoción».
- 132 A este respecto, procede recordar que Impala representa a empresas que, si bien no son ellas mismas miembros del oligopolio formado por las empresas principales, operan en los mismos mercados. En estas circunstancias, es forzoso concluir que el Tribunal de Primera Instancia ignoró el hecho de que la carga de la prueba recaía sobre Impala en lo que se refiere a las supuestas aptitudes de ese hipotético «profesional del sector».
- 133 A la vista de cuanto antecede, y sin que sea necesario pronunciarse sobre la pertinencia de la tercera de las críticas puntuales que se mencionan en el apartado 113 de la presente sentencia, procede concluir que, al ignorar los principios que debían guiar su análisis sobre las alegaciones que le fueron formuladas en relación con la transparencia del mercado en el contexto de la alegación de una posición dominante colectiva, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho.
- 134 Este error vicia la parte de la sentencia recurrida que se refiere al examen por parte del Tribunal de Primera Instancia de las alegaciones relativas a la existencia de errores

manifiestos de apreciación cometidos por la Comisión, incluida la declaración del Tribunal de Primera Instancia que figura en el apartado 377 de la sentencia recurrida. Este error, sin embargo, no tiene entidad, en sí mismo, para poner en cuestión la conclusión del Tribunal de Primera Instancia, que se recoge en el apartado 325 de la sentencia recurrida, según la cual, en esencia, la Decisión controvertida debe ser anulada por razón de su motivación insuficiente. Procede, por tanto, examinar el resto de los motivos.

Sobre el cuarto motivo, basado en un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia excedió el marco del control jurisdiccional que le compete

— Sentencia recurrida

¹³⁵ En determinados lugares de la sentencia recurrida, como en sus apartados 347 y 361, el Tribunal de Primera Instancia emplea expresiones como «una gran transparencia en los precios» o «una gran transparencia en el mercado». Además, en el apartado 299 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia califica la conclusión, recogida en la Decisión controvertida, de que los precios de catálogo estaban «más bien alineados» de ser «cuando menos prudente, al ser la alineación efectivamente muy marcada». En el apartado 307 de dicha sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la variación de los niveles generales de descuentos sobre factura aplicados por las empresas participantes en la concentración, tal como se señala en el considerando 78 de la Decisión [controvertida], es muy pequeña». En el apartado 317 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia dedujo de la Decisión controvertida que «los descuentos de promoción no tienen más que una incidencia limitada sobre los precios».

¹³⁶ En el apartado 425 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia indica, a propósito de la Decisión controvertida, que «el cálculo del diferencial entre descuentos mínimos y máximos por clientes [...] realizado por cada una de las empresas participantes en la concentración se realizó erróneamente». En el apartado 427 de esa sentencia, el Tribunal de Primera Instancia indica que los datos sobre los descuentos ofrecidos por las empresas que tomaron parte en la concentración son «de una pertinencia dudosa».

137 En el apartado 434 de la sentencia recurrida se señala, en particular, lo siguiente:

«[...] 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. [...]»

— Alegaciones de las partes

138 Las recurrentes, apoyadas a este respecto por la Comisión, alegan que el Tribunal de Primera Instancia excedió el alcance del control jurisdiccional que le compete, infringiendo el artículo 230 CE y una jurisprudencia reiterada, al sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia, y ello sin demostrar la existencia de errores manifiestos de apreciación que vicien la Decisión controvertida ni solicitar peritajes económicos.

139 Además, según ellas, el propio Tribunal de Primera Instancia, en su examen de la Decisión controvertida, incurrió en errores manifiestos de apreciación e interpretó incorrectamente las pruebas que le fueron presentadas sobre aspectos esenciales del caso, entre los que se encuentran, en particular, la pertinencia, la complejidad y la opacidad de los descuentos.

140 Las recurrentes consideran, incluso, que el Tribunal de Primera Instancia, en los apartados 425, 427 y 434 de la sentencia recurrida, desnaturalizó así determinadas pruebas.

- 141 Impala considera que este motivo constituye, al menos en una medida significativa, un intento de cuestionar la apreciación de hecho realizada por el Tribunal de Primera Instancia, sin que las recurrentes hayan demostrado que el Tribunal de Primera Instancia malinterpretase las pruebas que estaban a su disposición.
- 142 Con carácter subsidiario, Impala sostiene que el Tribunal de Primera Instancia tenía presente, cuando examinó la Decisión controvertida, la jurisprudencia pertinente sobre el alcance de su control, puesto que en el apartado 328 de la sentencia recurrida se refería al apartado 39 de la sentencia Comisión/Tetra Laval, antes citada, y que, por tanto, no excedió el ámbito del control jurisdiccional que le compete.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

- 143 Con carácter preliminar, procede desestimar las alegaciones de Impala relativas a la inadmisibilidad del cuarto motivo. En efecto, contrariamente a lo que ésta sostiene, mediante el presente motivo las recurrentes no se limitan a cuestionar la apreciación de los hechos realizada en primera instancia, sino que invocan cuestiones de Derecho admisibles en casación.
- 144 Sobre el fondo, es preciso recordar primero que la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica a los fines de la aplicación de las reglas básicas del Reglamento, en particular de su artículo 2. De ello resulta que el control por parte del juez comunitario de una decisión de la Comisión en materia de operaciones de concentración se limita a la verificación de la exactitud material de los hechos y a la inexistencia de error manifiesto de apreciación (véanse las sentencias Kali & Salz, citada en el apartado 50 *supra*, apartados 223 y 224, y Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 38).
- 145 No obstante, si bien no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia a los efectos de la aplicación de las normas materiales del Reglamento, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la calificación jurídica de datos de carácter económico realizada por la Comisión. En efecto, el juez comunitario debe verificar, en particular,

no sólo 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 (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 39, y España/Lenzing, citada en el apartado 69 *supra*, apartados 56 y 57).

- 146 Por lo que se refiere al caso de autos es forzoso hacer constar que, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia, en el marco de las alegaciones que le han sido formuladas, procedió a un examen pormenorizado de las pruebas que sirvieron de base a la Decisión controvertida, actuó de manera conforme a las exigencias de la jurisprudencia que se exponen en los apartados 144 y 145 de la presente sentencia.
- 147 Sin embargo, esta conclusión, en cuanto tal, no basta para desestimar el cuarto motivo. En efecto, aparte de la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia excedió o no el marco del control jurisdiccional que le compete por lo que se refiere al grado de intensidad de su control sobre los hechos de la Decisión controvertida, las recurrentes alegan además, según resulta del apartado 139 de la presente sentencia, que el propio Tribunal de Primera Instancia, en su examen de los factores que sirvieron de base a la Decisión controvertida, incurrió en errores manifiestos de apreciación e interpretó incorrectamente las pruebas que le fueron presentadas.
- 148 Estas últimas alegaciones coinciden parcialmente con otros motivos del presente recurso de casación, a saber, por una parte, los motivos primero, segundo y séptimo, así como la primera parte del tercer motivo, relativos al tratamiento dado por el Tribunal de Primera Instancia a algunas de las pruebas que le fueron presentadas y, por otra, el quinto motivo, basado en que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta los criterios jurídicos aplicables en materia de posiciones dominantes colectivas.
- 149 A este respecto, basta señalar que, como se desprende de los apartados 95, 102 y 133 de la presente sentencia, el Tribunal de Primera Instancia, respecto de su examen de las alegaciones basadas en la existencia de errores manifiestos de apreciación, incurrió en errores de Derecho por lo que se refiere tanto al tratamiento dado a algunas

pruebas como a los criterios jurídicos aplicables en materia de posiciones dominantes colectivas resultantes de una coordinación tácita.

150 En consecuencia, y sin que sea preciso pronunciarse ni sobre las alegaciones de las recurrentes basadas en la desnaturalización de las pruebas ni sobre si el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia recurrida, sustituyó efectivamente la apreciación económica de la Comisión por la suya propia, es preciso concluir que, como mínimo, la parte de la sentencia recurrida dedicada al examen de las alegaciones sobre la existencia de errores manifiestos de apreciación incurre en error de Derecho. Por lo que se refiere a la parte de la sentencia recurrida que trata de la motivación insuficiente de la Decisión controvertida, procede abordar aún el sexto motivo.

Sobre el sexto motivo, basado en la existencia de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia aplicó una norma errónea en materia de motivación de las decisiones de autorización de operaciones de concentración

— Sentencia recurrida

151 En los apartados 255 a 276 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia resumió los elementos de la Decisión controvertida pertinentes para examinar el primero de los motivos que le fueron planteados. El apartado 275 de dicha sentencia recoge lo siguiente:

«De lo que antecede resulta que la Comisión descartó la existencia de una posición dominante colectiva a la vista de la homogeneidad del producto, así como del ejercicio de las medidas de represalia.»

152 En la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia examinó diversos apartados de la Decisión controvertida para verificar si contenía una motivación

suficiente de la declaración de la falta de transparencia del mercado de referencia, respondiéndolo en cada caso de forma negativa.

153 El Tribunal de Primera Instancia examinó en primer lugar el apartado de la Decisión controvertida especialmente dedicado a la transparencia del mercado. A este respecto, en los apartados 289, 290 y 294 de la sentencia recurrida indicó, en particular, lo siguiente:

«289 Con respecto a la rúbrica *ad hoc*, procede observar, a título preliminar, que no contiene más que tres considerandos, aunque en el caso de autos la transparencia constituye, según la Decisión [controvertida] y más aún según la posición defendida por la Comisión en sus escritos ante el Tribunal de Primera Instancia, 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. Es necesario señalar, igualmente, que en ellos no se concluye que el mercado no sea transparente, ni siquiera que no sea lo suficientemente transparente como para permitir una colusión tácita. A lo sumo se indica, por una parte, en el considerando 111, *in fine*, que la necesidad de llevar a cabo un control al nivel del álbum, en concreto de los descuentos de promoción, “podría reducir la transparencia del mercado y hacer más difíciles las prácticas colusorias tácitas” y, por otra, en el considerando 113, *in fine*, que “sin embargo, la Comisión no ha encontrado suficientes elementos como para demostrar que, al controlar los precios minoristas o al utilizar esos contactos con los minoristas, las grandes empresas discográficas pudieron suplir, en el pasado, la falta de transparencia en materia de descuentos de promoción, evocada a propósito de los cinco grandes Estados miembros”. Semejantes afirmaciones, evidentemente vagas y sin la menor precisión, relativas concretamente 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, no pueden justificar de forma suficiente en Derecho la constatación de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva.

290 Además, excepto los dos extractos antes mencionados, todos los factores señalados en los considerandos 111 y 113 de la Decisión [controvertida], lejos de demostrar la opacidad del mercado, revelan por el contrario su transparencia.

[...]

294 Resulta de cuanto antecede que, en la rúbrica *ad hoc* que la Decisión [controvertida] dedica al examen de la transparencia, la Comisión no sólo no concluyó que el mercado fuese opaco o no lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva, sino que además 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. Es forzoso, por ello, constatar que esta rúbrica manifiestamente no puede ser considerada, en sí misma, una motivación jurídica suficiente de la afirmación de que el mercado no es lo suficientemente transparente.»

154 El Tribunal de Primera Instancia examinó a continuación los desarrollos que se contienen en la Decisión controvertida sobre una posible «política común de precios» entre las empresas principales, analizándolas, en los apartados 295 a 324 de la sentencia recurrida, en busca de indicios capaces de explicar la alegada falta de transparencia en los mercados de que se trata. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia llegó en particular a las siguientes conclusiones:

«315 Resulta así que el único elemento de opacidad señalado en la Decisión [controvertida] consiste en la afirmación, en el considerando 80 (y en los considerandos respectivos de los otros países grandes) de que “resulta, sin embargo, que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su control exige igualmente una observación rigurosa de la evolución de este tipo de descuentos en el mercado minorista”.

[...]

318 Es necesario igualmente observar que la Decisión [controvertida] no indica que el mercado sea opaco, ni siquiera que no sea lo suficientemente transpa-

rente como para permitir una coordinación de los precios, sino únicamente que los descuentos de promoción son menos transparentes, sin que la Decisión [controvertida] proporcione la más mínima información sobre su naturaleza, las circunstancias en que fueron aplicados o su importancia concreta sobre los precios netos, ni sobre su impacto sobre la transparencia de los precios.

319 Además procede recordar que, tal como se ha expuesto anteriormente, la Comisión señala en la Decisión [controvertida] numerosos elementos y factores que favorecen la transparencia y facilitan el control del respeto de una práctica colusoria.

320 De ello se desprende que las pocas afirmaciones relativas a los descuentos de promoción incluidas en la rúbrica que la Decisión [controvertida] dedica al examen de la coordinación de los precios en los países grandes, en la medida en que son imprecisas, no fundamentadas, e incluso se ven refutadas por otras observaciones incluidas en la Decisión [controvertida], no pueden demostrar la opacidad del mercado ni siquiera respecto de los descuentos de promoción. Estas afirmaciones 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 ellas solas podrían compensar el resto de los elementos de transparencia del mercado identificados en la Decisión [controvertida] y de este modo suprimir la transparencia necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva.

[...]

324 De ello se desprende que 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. En cualquier caso, la situación existente en los países pequeños no constituye una motivación válida de la constatación del grado de transparencia de los mercados de los países grandes.

325 Del conjunto de cuanto antecede resulta que la imputación de insuficiencia de motivación de la constatación relativa a la transparencia del mercado está fundada, lo que en sí mismo justifica la anulación de la Decisión [controvertida].»

155 El apartado 411 de la sentencia recurrida es del tenor siguiente:

«Ciertamente, en su escrito de contestación, la Comisión alegó que había examinado las entregas de las demás empresas principales, pero que, puesto que estas cifras no podían revelarse a las empresas participantes en la concentración, fue imposible incluirlas en la Decisión [controvertida]. Sin embargo, no puede estimarse esta alegación.»

156 El apartado 530 de la sentencia recurrida está redactado así:

«Resulta del considerando 157 de la Decisión [controvertida], y en particular de su última frase, que la conclusión de la Comisión de que la concentración no representa una modificación suficientemente importante como para inducir la creación probable de una posición dominante colectiva se basa expresamente en los requisitos relativos a la transparencia del mercado y a las medidas de represalia.»

— Alegaciones de las partes

157 Las recurrentes sostienen, con carácter principal, que el sistema comunitario de control de las operaciones de concentración, y más particularmente el artículo 10, apartado 6, del Reglamento, impide al Tribunal de Primera Instancia anular una decisión de autorización de una operación de este tipo por razón de una motivación insuficiente.

- 158 Con carácter subsidiario, las recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia aplicó unas exigencias de motivación demasiado estrictas, lo cual es incompatible con la jurisprudencia asentada y no tiene en cuenta el contexto propio y la naturaleza del procedimiento de control de las operaciones de concentración. Por una parte, el Tribunal de Primera Instancia se equivocó, según ellas, al exigir a la Comisión una explicación sobre las divergencias respecto del pliego de cargos.
- 159 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia se equivocó, según las recurrentes, en su examen de la motivación de la Decisión controvertida, al no tener en cuenta el contexto propio de una decisión de autorización de una operación de concentración. A este respecto, las recurrentes realizan diversas consideraciones. Primero, consideran que respecto de la fundamentación de una decisión de autorización de una operación de concentración procede aplicar unas exigencias menos estrictas que respecto de la motivación de una decisión de prohibición de tal operación. Segundo, consideran que el Tribunal de Primera Instancia omitió indebidamente examinar la motivación de la Decisión controvertida desde el punto de vista de un profesional del sector bien informado. Tercero, consideran que la brevedad del plazo que separa el pliego de cargos de la adopción de la decisión de autorización de una operación de concentración requeriría una cierta medida de retención en el control de la motivación de tal decisión. Cuarto, consideran que el hecho de que las recurrentes estén autorizadas a poner en práctica la operación de concentración notificada debería servir de obstáculo para la anulación de las decisiones de autorización de operaciones de concentración por razón de una motivación insuficiente. Y, quinto, consideran que el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 411 de la sentencia recurrida, incurrió en un error de Derecho al obligar a la Comisión a publicar ciertos detalles sobre los precios y los descuentos, a la vista de su carácter confidencial y sensible.
- 160 En cualquier caso, y contrariamente a la apreciación realizada por el Tribunal de Primera Instancia, una jurisprudencia reiterada sugiere, según las recurrentes, que la Decisión controvertida estaba suficientemente motivada, puesto que permitió a Impala verificar los motivos que sirvieron de fundamento a dicha decisión, y al Tribunal de Primera Instancia ejercer su control jurisdiccional. A este respecto, las recurrentes alegan, en particular, que la declaración del Tribunal de Primera Instancia de que la Decisión controvertida estaba insuficientemente motivada es difícilmente compatible con su apreciación de que dicha Decisión incurría en errores manifiestos de apreciación.
- 161 Por último, las recurrentes sostienen que el examen de la motivación de la Decisión controvertida realizado por el Tribunal de Primera Instancia está viciado por

la aplicación de unas exigencias erróneas en materia de prueba, el desconocimiento del alcance correcto del control jurisdiccional y la aplicación de un criterio erróneo respecto de la transparencia.

162 Sin perjuicio de su excepción general de inadmisibilidad, Impala considera, en primer lugar, que las recurrentes no pueden elevar a la categoría de regla general la cláusula de excepción que constituye el artículo 10, apartado 6, del Reglamento. En segundo lugar, según Impala, las recurrentes pretenden en esencia, erróneamente, que el artículo 253 CE es aplicable o no en función de que la decisión sobre una operación de concentración prevista sea negativa o positiva. En tercer lugar, Impala sostiene que el grado de motivación exigido depende del contexto y del marco jurídico en el que un acto particular es adoptado. Es totalmente conforme a este principio que las exigencias de motivación estén adaptadas al tipo de asunto considerado. Ahora bien, en el caso de autos se trataba de un asunto en el que el procedimiento formal estaba abierto y que suscitaba una fuerte oposición por parte de un tercero y un pliego de cargos.

163 Por lo que se refiere a la alegación subsidiaria de las recurrentes respecto del grado de motivación exigido por el Tribunal de Primera Instancia, Impala alega, por una parte, que el Tribunal de Primera Instancia se limita a mencionar ciertos extractos del pliego de cargos al objeto de subrayar la insuficiencia de motivación de la Decisión controvertida y las incongruencias intrínsecas de esta última y fundamenta su declaración de esta insuficiencia de motivación en la argumentación que se expone en la propia Decisión controvertida, y no en su comparación con la desarrollada en el pliego de cargos. Por otra parte, Impala considera que el Tribunal de Primera Instancia no ignoró el contexto del procedimiento de control de las operaciones de concentración.

164 Además, del hecho de que el Tribunal de Primera Instancia hubiese podido proceder a realizar un examen exhaustivo de la Decisión controvertida no se deduce que su motivación fuese insuficiente. Es del todo evidente, según Impala, que el Tribunal de Primera Instancia no podía comprender, en particular, porqué, si las pruebas mostraban la existencia de transparencia suficiente para sostener una declaración de la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión concluyó sin embargo que las pruebas de transparencia eran insuficientes, porque los descuentos de promoción eran menos transparentes que otros descuentos. Según Impala, los verdaderos motivos de la Decisión controvertida siguen aún sin conocerse.

165 Por lo que se refiere a la alegación de las recurrentes que se resume en el apartado 161 de la presente sentencia, Impala alega que las observaciones del Tribunal de Primera Instancia sobre determinados aspectos de la motivación de la Decisión controvertida están basados en un examen pormenorizado del análisis realizado por la Comisión, pero también, y sobre todo, en las incoherencias internas de la propia Decisión controvertida.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

166 Tal como resulta de una 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 manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. 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 (véanse, en particular, 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 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión, C-42/01, Rec. p. I-6079, apartado 66, así como de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Rec. p. I-2577, apartado 79).

167 Sin embargo, el autor de tal acto no está obligado a definir su postura sobre elementos claramente secundarios ni a prever potenciales objeciones (sentencia de 25 de octubre de 2005, Alemania y Dinamarca/Comisión, denominada «Feta», C-465/02 y C-466/02, Rec. p. I-9115, apartado 106). Además, el grado de precisión de la motivación de una decisión debe ser proporcionado a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse (véanse las sentencias de 1 de diciembre de 1965, Schwarze, 16/65, Rec. pp. 1081, 1096 y 1097, y de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión, C-350/88, Rec. p. I-395, apartado 16). Así, la Comisión tampoco incumple su obligación de motivación si, cuando ejerce su facultad de control de una operación de concentración, no ofrece en su decisión una motivación precisa respecto de la apreciación de determinados aspectos de la

concentración que le parecen manifiestamente fuera de contexto, carentes de sentido o claramente secundarios para la apreciación de ésta última (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Sytraval y Brink's France, citada en el apartado 166 *supra*, apartado 64). Semejante exigencia sería en efecto difícilmente compatible con el imperativo de celeridad y los breves plazos de procedimiento a que la Comisión está sometida cuando ejerce su facultad de control de las operaciones de concentración y que forman parte de las circunstancias propias de un procedimiento de control de estas operaciones.

168 De lo que resulta que, cuando la Comisión declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común sobre la base del artículo 8, apartado 2, del Reglamento, la obligación de motivación queda satisfecha si esta decisión expone claramente las razones por las que la Comisión considera que la concentración en cuestión, tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, en su caso, no crea ni refuerza una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

169 A este respecto, si bien es cierto que la Comisión no está obligada, en la motivación de las decisiones adoptadas con arreglo al Reglamento, a definir su posición sobre todos los elementos y alegaciones formulados ante ella, incluidos aquéllos claramente secundarios para la apreciación que deba realizarse, no es menos cierto que debe exponer los hechos y las consideraciones jurídicas que revistan una importancia esencial en la sistemática de la Decisión. Además, la motivación debe ser lógica, sin que presente contradicción interna (véanse, en este sentido, por analogía, las sentencias de 18 de mayo de 1962, Geitling y otros/Alta Autoridad, 13/60, Rec. pp. 165 y ss., especialmente p. 221; de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 78; de 7 de julio de 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord y Rewe-Markt Steffen, 158/80, Rec. p. 1805, apartado 26, así como de 17 de mayo de 1988, Arendt/Parlamento, 28/87, Rec. p. 2633, apartados 7 y 8).

170 Procede examinar a la luz de estos principios las críticas formuladas por las recurrentes en el marco del sexto motivo.

171 Con carácter principal, las recurrentes sostienen que una decisión de la Comisión de autorización una operación de concentración no puede ser anulada por razón de

una motivación insuficiente. Se apoyan en particular a este respecto en el artículo 10, apartado 6, del Reglamento.

- 172 Del apartado 49 de la presente sentencia se desprende que esta última disposición pretende garantizar la seguridad jurídica en el caso de que, excepcionalmente, la Comisión no hubiese adoptado una decisión en el plazo prescrito. Así, las empresas afectadas serían libres de ejecutar su concentración a partir del momento en que tuvo lugar una autorización tácita.
- 173 Tal como señala Impala, los argumentos de las recurrentes basados en el artículo 10, apartado 6, del Reglamento dan a entender que las decisiones de autorización de una operación de concentración no tienen que ser motivadas en absoluto, puesto que no pueden ser impugnadas por falta de motivación.
- 174 Ahora bien, es preciso señalar que una insuficiencia de motivación que infrinja el artículo 253 CE es un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 230 CE, y constituye un motivo que puede, e incluso debe, ser examinado de oficio por el juez comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de febrero de 1997, Comisión/Daffix, C-166/95 P, Rec. p. I-983, apartado 24). Además, 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 (sentencia de 4 de octubre de 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, C-457/05, Rec. p. I-8075, apartado 22 y jurisprudencia citada). De lo que se deduce que el artículo 10, apartado 6, del Reglamento debe interpretarse y aplicarse a la luz de los artículos 230 CE y 253 CE.
- 175 Así, tal como resulta del apartado 49 de la presente sentencia, el citado artículo 10, apartado 6, constituye una excepción a la sistemática general del Reglamento, que se deriva, en particular, de los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de éste, según la cual la Comisión decide expresamente sobre las operaciones de concentración que se le notifican, tanto si la decisión es negativa como si es positiva. Por consiguiente, así como el artículo 10, apartado 6, del Reglamento no puede fundamentar una presunción general a favor de la compatibilidad con el mercado común de las operaciones de concentración, esta disposición tampoco puede fundamentar una excepción a la

posibilidad de impugnar la legalidad de una decisión de autorización de tal operación por razón del incumplimiento del deber de motivar. En efecto, la legítima necesidad de seguridad jurídica en situaciones excepcionales, que se recoge en dicha disposición, no puede llegar a sustraer al control del juez comunitario, total o parcialmente, las decisiones relativas a las operaciones de concentración.

- 176 Por consiguiente, debe desestimarse la alegación de las recurrentes basada en el artículo 10, apartado 6, del Reglamento.
- 177 Con carácter subsidiario, las recurrentes alegan, en particular, que, dado que la Decisión controvertida permitió a Impala verificar la motivación de la autorización en cuestión, y al Tribunal de Primera Instancia ejercer su control jurisdiccional, el Tribunal de Primera Instancia no se ajustó a la jurisprudencia reiterada de los tribunales comunitarios sobre las exigencias de motivación.
- 178 A este respecto, tal como resulta del apartado 166 de la presente sentencia, es jurisprudencia reiterada, por una parte, que la motivación exigida por el artículo 253 CE tiene por finalidad que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y que el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control y, por otra parte, que esta exigencia de motivación debe apreciarse en función de la naturaleza del acto en cuestión y del contexto en el que éste fue adoptado (véanse también las sentencias de 7 de abril de 1987, SISMA/Comisión, 32/86, Rec. p. 1645, apartado 8; de 4 de junio de 1992, Consorgan/Comisión, C-181/90, Rec. p. I-3557, apartado 14; de 15 de abril de 1997, Irish Farmers Association y otros, C-22/94, Rec. p. I-1809, apartados 39 a 41; de 19 de septiembre de 2002, España/Comisión, C-114/00, Rec. p. I-7657, apartados 62 y 63; de 2 de octubre de 2003, Krupp Hoesch/Comisión, C-195/99 P, Rec. p. I-10937, apartado 110, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 56 *supra*, apartado 372).
- 179 En el caso de autos, es cierto que cabe lamentar una cierta desproporción existente, en la Decisión controvertida, entre la presentación de las pruebas que abogan a favor de una transparencia suficiente y la de la influencia de los descuentos de promoción, que aboga en contra de tal transparencia. Sin embargo, habida cuenta, primero, del contexto en el que se adoptó la Decisión controvertida, que se caracteriza, en particular, por la existencia de un lapso de tiempo reducido entre, por una parte, la

respuesta escrita al pliego de cargos así como la audiencia ante la Comisión y, por otra, la terminación del procedimiento formal y, segundo, de las exigencias de la jurisprudencia que se ha expuesto en los apartados 166 a 169 de la presente sentencia, concretamente en los apartados 166 y 167, el Tribunal de Primera Instancia no podía considerar, sin incurrir en error de Derecho, que en el caso de autos la Comisión había incumplido la obligación de motivar suficientemente la Decisión controvertida (véase, por analogía, las sentencias de 28 de octubre de 1981, *Krupp Stahl/Comisión*, 275/80 y 24/81, Rec. p. 2489, apartado 13, así como de 13 de marzo de 1985, *Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comisión*, 296/82 y 318/82, Rec. p. 809, apartado 21).

180 En efecto, en primer lugar, la Decisión controvertida recogía el razonamiento seguido por la Comisión para poder rebatir posteriormente su pertinencia ante la jurisdicción competente, como ha hecho Impala. Sería excesivo exigir, a este respecto, como hace el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 289 de la sentencia recurrida, una descripción detallada de cada uno de los aspectos que sirvieron de base a la Decisión controvertida, como la naturaleza de los descuentos de promoción, las circunstancias en las que éstos podían aplicarse, su grado de opacidad, su amplitud o su impacto específico sobre la transparencia de los precios (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartados 59 a 61, y de 1 de julio de 2008, *Chronopost y La Poste/UFEX y otros*, C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-4777, apartado 108). Sobre todo si se tiene en cuenta que Impala, tal como se desprende de los apartados 7 y 10 de la sentencia recurrida, estuvo estrechamente implicada en el procedimiento formal (véanse, por analogía, las sentencias de 25 de octubre de 2001, *Italia/Consejo*, C-120/99, Rec. p. I-7997, apartado 29, y de 9 de septiembre de 2004, *España/Comisión*, C-304/01, Rec. p. I-7655, apartado 50) y que pudo perfectamente impugnar ante el Tribunal de Primera Instancia la validez de la apreciación sobre el fondo efectuada por la Comisión en la Decisión controvertida.

181 En segundo lugar, tal como resulta en particular de los apartados 275, 289 y 530 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia conocía las razones por las que la Comisión decidió autorizar la operación de concentración en cuestión. Dedicó, además, diversos apartados de su sentencia a analizar la pertinencia de estas razones. Ahora bien, procede recordar, a este respecto, que la obligación de motivar las decisiones constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo (véanse las sentencias *Comisión/Sytraval y Brink's France*, citada en el apartado 166 *supra*, apartado 67, y de 7 de marzo de 2002, *Italia/Comisión*, C-310/99, Rec. p. I-2289, apartado 48). En efecto, la motivación de una decisión consiste en expresar formalmente los fundamentos en los que se basa dicha

decisión. Si estos fundamentos incurrían en errores, éstos vician la legalidad de la decisión sobre el fondo, pero no su motivación, que puede ser suficiente aunque exprese una fundamentación equivocada. Por lo tanto, no puede pretenderse que al Tribunal de Primera Instancia le fuera imposible ejercer su control jurisdiccional (véase, por analogía, la sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, citada en el apartado 181 *supra*, apartado 112).

182 Procede estimar, por tanto, el sexto motivo formulado por las recurrentes, sin que sea necesario pronunciarse sobre los reproches que se exponen en los apartados 158, 159 y 161 de la presente sentencia.

183 Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede estimar el presente recurso de casación.

Sobre la alegada adhesión a la casación

184 El escrito de contestación de la Comisión contiene una sección específica en la que se recogen «observaciones adicionales» sobre los «motivos fundamentales» de la Decisión controvertida. En él, la Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia, en los apartados 474 y 476 de la sentencia recurrida, calificó erróneamente sus declaraciones sobre las medidas de represalia como el motivo esencial de dicha Decisión. Según la Comisión, aún de resultar en el presente procedimiento que las declaraciones vertidas en la Decisión controvertida sobre la opacidad del mercado no adolecían de error de Derecho, dicha Decisión debería seguir siendo considerada legal con independencia de que contuviese o no errores de Derecho en lo relativo a las medidas de represalia.

185 Impala interpretó estas declaraciones contenidas en el escrito de contestación de la Comisión en el sentido de que ésta se adhería al recurso de casación y presentó un escrito de contestación mediante escrito separado de 23 de marzo de 2007, invocando el artículo 117, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Posteriormente, las partes fueron autorizadas a presentar más escritos

relativos a este tema, el último de los cuales se presentó en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 16 de julio de 2007, dejando abierta la cuestión de si Impala estaba legalmente facultada para invocar el citado artículo 117, apartado 2.

186 Conforme al artículo 117, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, para que una alegación pueda ser calificada de adhesión a la casación es necesario que la parte que la invoque solicite la anulación, total o parcial, de la sentencia recurrida por un motivo no contemplado en el recurso de casación. Para determinar si éste es el caso en el presente asunto es preciso examinar el tenor, el objetivo y el contexto del correspondiente pasaje del escrito de la Comisión de contestación al recurso de casación.

187 Pues bien, es preciso subrayar a este respecto que la Comisión no emplea en ninguna parte de su escrito de contestación la expresión «adhesión a la casación». Además, la propia Comisión indicó claramente en el transcurso del procedimiento, concretamente en la vista, que no tenía ninguna intención de adherirse a la casación mediante sus «observaciones adicionales».

188 En tales circunstancias, debe llegarse a la conclusión de que dichas observaciones no constituyen una adhesión a la casación. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene Impala, no procede pronunciarse a este respecto.

Sobre la devolución del asunto al Tribunal de Primera Instancia

189 En virtud del artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal de Primera Instancia. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que este último resuelva.

190 Dado que el Tribunal de Primera Instancia únicamente ha examinado dos de los cinco motivos alegados por Impala en apoyo de su recurso, el Tribunal de Justicia considera que el estado del presente litigio no permite resolver sobre el mismo. Por lo tanto, procede devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

191 Al haberse devuelto el asunto ante el Tribunal de Primera Instancia, debe reservarse la Decisión sobre las costas correspondientes al presente procedimiento de casación.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

- 1) **Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2006, Impala/Comisión (T-464/04).**

- 2) **Devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.**

- 3) **Reservar la decisión sobre las costas.**

Firmas