

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

10 juillet 2008<sup>\*</sup>

Table des matières

|   |          |
|---|----------|
| Le cadre juridique .....  | I - 5032 |
| Les faits à l'origine du litige .....   | I - 5035 |
| La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué .....  | I - 5037 |
| Les conclusions des parties .....   | I - 5040 |
| Sur le pourvoi .....  | I - 5043 |
| Sur la recevabilité .....   | I - 5043 |
| Sur l'exception générale d'irrecevabilité .....   | I - 5043 |
| Sur l'exception d'irrecevabilité tirée de ce que les requérantes ont omis d'attaquer un passage décisif de l'arrêt attaqué .....  | I - 5044 |
| Sur le fond .....   | I - 5045 |
| Sur la seconde branche du troisième moyen, tirée d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a appliqué des modalités de preuve excessives en matière de décisions autorisant des opérations de concentration ..... | I - 5046 |
| — Arrêt attaqué .....   | I - 5046 |
| — Argumentation des parties .....   | I - 5046 |
| — Appréciation de la Cour .....   | I - 5048 |
| Sur le premier moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal s'est fondé sur la communication des griefs pour apprécier le contenu de la décision litigieuse .....  | I - 5051 |
| — Arrêt attaqué .....   | I - 5051 |

<sup>\*</sup> Langue de procédure: l'anglais.

|  |          |
|--|----------|
| — Argumentation des parties .....  | I - 5053 |
| — Appréciation de la Cour .....  | I - 5054 |
| Sur le deuxième moyen ainsi que sur la première branche du troisième moyen, tirés d'erreurs de droit en ce que le Tribunal a exigé de la Commission qu'elle engage de nouvelles vérifications à la suite de la réponse à la communication des griefs et a appliqué des modalités de preuve excessives aux éléments produits en réponse à la communication des griefs ..... | I - 5060 |
| — Arrêt attaqué .....  | I - 5060 |
| — Argumentation des parties .....  | I - 5061 |
| — Appréciation de la Cour .....  | I - 5062 |
| Sur le septième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal s'est fondé sur des éléments de preuve qui n'ont pas été divulgués aux parties à l'opération de concentration .....  | I - 5065 |
| — Arrêt attaqué .....  | I - 5065 |
| — Argumentation des parties .....  | I - 5066 |
| — Appréciation de la Cour .....  | I - 5066 |
| Sur le cinquième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a méconnu les critères juridiques pertinents applicables en matière de création ou de renforcement d'une position dominante collective .....  | I - 5067 |
| — Arrêt attaqué .....  | I - 5067 |
| — Argumentation des parties .....  | I - 5070 |
| — Appréciation de la Cour .....  | I - 5073 |
| Sur le quatrième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a dépassé le cadre du contrôle juridictionnel lui incombant .....   | I - 5078 |
| — Arrêt attaqué .....  | I - 5078 |
| — Argumentation des parties .....  | I - 5079 |
| — Appréciation de la Cour .....  | I - 5080 |
|  | I - 5029 |

|   |          |
|---|----------|
| Sur le sixième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a appliqué une norme erronée en matière de motivation des décisions autorisant des opérations de concentration ..... | I - 5082 |
| — Arrêt attaqué .....   | I - 5082 |
| — Argumentation des parties .....   | I - 5086 |
| — Appréciation de la Cour .....   | I - 5089 |
| Sur le pourvoi incident allégué .....   | I - 5094 |
| Sur le renvoi de l'affaire devant le Tribunal .....   | I - 5095 |

Dans l'affaire C-413/06 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 3 octobre 2006,

**Bertelsmann AG**, établie à Gütersloh (Allemagne), représentée par MM. P. Chappatte et J. Boyce, solicitors,

**Sony Corporation of America**, établie à New-York (États-Unis d'Amérique), représentée par M. N. Levy, barrister, ainsi que par M<sup>e</sup> R. Snelders, avocat, et M<sup>e</sup> T. Graf, Rechtsanwalt,

parties requérantes,

les autres parties à la procédure étant:

**Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)**, établie à Bruxelles (Belgique), représentée par M. S. Crosby et M<sup>me</sup> J. Golding, solicitors, ainsi que par M<sup>e</sup> I. Wekstein, advocate,

partie demanderesse en première instance,

**Commission des Communautés européennes**, représentée par M. A. Whelan et M<sup>me</sup> K. Mojzesowicz, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse en première instance,

**Sony BMG Music Entertainment BV**, établie à Vianen (Pays-Bas), représentée par M. N. Levy, barrister, ainsi que par M<sup>e</sup> R. Snelders, avocat, et M<sup>e</sup> T. Graf, Rechtsanwalt,

partie intervenante en première instance,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis et U. Löhmus, présidents de chambre, MM. E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits et A. Ó Caoimh (rapporteur), juges,

avocat général: M<sup>me</sup> J. Kokott,  
greffier: M<sup>me</sup> L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 6 novembre 2007,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 13 décembre 2007,

rend le présent

### **Arrêt**

- <sup>1</sup> Par leur pourvoi, Bertelsmann AG (ci-après «Bertelsmann») et Sony Corporation of America (ci-après «Sony») demandent l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 13 juillet 2006, Impala/Commission (T-464/04, Rec. p. II-2289, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a annulé la décision 2005/188/CE de la Commission, du 19 juillet 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire COMP/M.3333 — Sony/BMG) (JO 2005, L 62, p. 30, ci-après la «décision litigieuse»).

### **Le cadre juridique**

- <sup>2</sup> Le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1, et — rectificatif — JO 1990, L 257, p. 13), tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1, et — rectificatif — JO 1998, L 40, p. 17, ci-après le «règlement»), dispose, en son article 2, paragraphes 2 et 3:

«2. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

3. Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.»

3 L'article 6, paragraphe 1, du règlement prévoit ce qui suit:

«La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception.

[...]

c) [...] si la Commission constate que l'opération de concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure.»

4 L'article 8 du règlement habilite la Commission, respectivement en ses paragraphes 2 et 3, à prendre dans le cadre de la procédure formelle d'examen de la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun engagée en application de l'article 6, paragraphe 1, sous c), dudit règlement (ci-après la «procédure formelle») soit une décision de compatibilité, le cas échéant, après modifications apportées par les entreprises concernées à leur projet de concentration tel que notifié, soit une déci-

sion d'incompatibilité. En vertu de l'article 8, paragraphe 5, sous a), du règlement, la Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise au titre du paragraphe 2 de ce même article si la déclaration de compatibilité repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable, ou si elle a été obtenue frauduleusement.

- 5 Il résulte de l'article 10, paragraphe 1, du règlement que, sauf dans certaines situations qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, la Commission dispose d'un délai d'un mois pour décider d'engager ou non la procédure formelle. Conformément au paragraphe 3 de ce même article, une décision déclarant l'opération de concentration notifiée incompatible avec le marché commun doit intervenir dans un délai maximal de quatre mois à compter de l'engagement de la procédure formelle. Selon l'article 10, paragraphe 6, du règlement, l'opération de concentration notifiée est réputée compatible avec le marché commun lorsque la Commission n'a pas pris dans les délais respectivement déterminés aux paragraphes 1 et 3 du même article 10 soit une décision d'ouverture de la procédure formelle, soit une décision statuant sur la compatibilité de cette opération.
- 6 L'article 11 du règlement porte sur les demandes de renseignements que la Commission, dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le règlement, peut adresser notamment aux parties notifiantes et à d'autres entreprises ou associations d'entreprises, le cas échéant par voie de décision. Les articles 14 et 15 du règlement prévoient l'imposition d'amendes ou d'astreintes lorsque des informations inexactes ou trompeuses sont communiquées.
- 7 L'article 18, paragraphe 3, du règlement dispose:

«La Commission ne fonde ses décisions que sur les objections au sujet desquelles les intéressés ont pu faire valoir leurs observations. Les droits de la défense des intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. L'accès au dossier est ouvert au moins aux parties directement intéressées tout en respectant l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.»

- 8 L'article 19 du règlement concerne la liaison entre la Commission et les autorités compétentes des États membres. En vertu du paragraphe 3 de cette disposition, un comité consultatif en matière de concentrations entre entreprises est consulté préalablement à toute décision en application de l'article 8, paragraphes 2 à 5, du règlement. Conformément au paragraphe 6 de ce même article, ledit comité consultatif émet son avis sur le projet de décision de la Commission, le cas échéant en procédant à un vote.
- 9 En vertu de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, du 1er mars 1998, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement n° 4064/89 (JO L 61, p. 1, ci-après le «règlement d'application»), la notification de l'opération de concentration envisagée doit contenir les informations et documents demandés dans le formulaire CO annexé au même règlement.
- 10 L'article 13, paragraphe 2, du règlement d'application prévoit notamment que la Commission fait part de ses objections par écrit aux parties notifiantes, avec indication du délai dans lequel elles peuvent lui faire connaître leur point de vue par écrit.

### **Les faits à l'origine du litige**

- 11 Les faits à l'origine du litige ont été exposés par le Tribunal aux points 1 à 11 de l'arrêt attaqué de la manière suivante:

«1 L'Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) est une association internationale de droit belge regroupant 2 500 sociétés indépendantes de production musicale.



- 2 Le 9 janvier 2004, la Commission a reçu notification, conformément [au règlement], d'un projet de concentration par lequel les sociétés Bertelsmann [...] et Sony [...] envisageaient de regrouper leurs activités mondiales en matière de musique enregistrée.
- 3 Bertelsmann est une société de médias internationale [...] active dans le domaine de la musique enregistrée par l'intermédiaire de sa filiale qu'elle contrôle entièrement, Bertelsmann Music Group (BMG). [...]
- 4 [...] Dans le secteur de la musique enregistrée, [Sony] est présente par l'intermédiaire de Sony Music Entertainment. [...]
- 5 L'opération proposée consiste à intégrer les activités mondiales des parties à la concentration en matière de musique enregistrée (à l'exclusion des activités de Sony au Japon) dans trois nouvelles sociétés, ou davantage, créées selon un 'Business Contribution Agreement' (accord d'intégration des activités) en date du 11 décembre 2003. Il est projeté que ces entreprises communes soient exploitées ensemble sous le nom de Sony BMG.
- 6 Selon l'accord, Sony BMG sera active dans la découverte et le lancement d'artistes {activité de direction artistique dénommée A & R (Artiste et Répertoire)} et dans la promotion et la vente de disques qui en découlent. Sony BMG ne s'engagera pas dans des activités connexes telles que l'édition musicale, la production et la distribution.
- 7 Le 20 janvier 2004, la Commission a envoyé un questionnaire à un certain nombre d'acteurs du marché. [Impala] a répondu à ce questionnaire et a déposé un mémoire séparé, le 28 janvier 2004 [...], dans lequel elle exposait les motifs qui, selon elle, devaient conduire la Commission à déclarer l'opération incompatible avec le marché commun. [Impala] y exprimait ses craintes quant à la concentration accrue sur le marché et l'impact que cela aurait pour l'accès au

marché, y compris le secteur de la distribution, les médias, l'internet ainsi que pour le choix des consommateurs.

- 8 Par décision du 12 février 2004, la Commission a conclu que l'opération notifiée soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) et a ouvert la procédure [formelle].
- 9 Le 24 mai 2004, la Commission a adressé une communication des griefs aux parties à la concentration, dans laquelle elle concluait provisoirement que l'opération notifiée était incompatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'EEE, puisqu'elle renforcerait une position dominante collective sur le marché de la musique enregistrée et sur le marché en gros des licences pour la musique en ligne et puisqu'elle coordonnerait le comportement des sociétés mères d'une manière incompatible avec l'article 81 CE.
- 10 Les parties à la concentration ont répondu à la communication des griefs et une audition a eu lieu devant le conseiller-auditeur les 14 et 15 juin 2004, en présence, notamment, [d'Impala].
- 11 Par [la décision litigieuse], la Commission a déclaré l'opération de concentration compatible avec le marché commun en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement [...]

### **La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

- 12 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 3 décembre 2004, Impala a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse. À l'appui de ce recours, Impala a avancé cinq moyens, divisés en plusieurs branches.

- 13 Sur le premier moyen du recours, relatif au renforcement d'une position dominante collective préexistante, le Tribunal, ayant préalablement formulé certaines observations quant à la notion de «position dominante collective», a examiné l'argument selon lequel, en substance, la décision litigieuse n'expliquait pas à suffisance de droit les raisons pour lesquelles les remises, en particulier promotionnelles, font obstacle à la transparence nécessaire pour permettre le développement d'une telle position.
- 14 Étant parvenu à la conclusion figurant au point 325 de l'arrêt attaqué, selon laquelle, en substance, la décision litigieuse devait être annulée pour une insuffisance de motivation, le Tribunal a cependant examiné, à titre surabondant, aux points 327 à 458 de cet arrêt, les arguments d'Impala selon lesquels les éléments avancés par la Commission en vue de démontrer l'insuffisance de transparence des marchés concernés de la musique enregistrée étaient entachés d'erreurs manifestes d'appréciation.
- 15 À cet égard, le Tribunal a notamment relevé, au point 373 de l'arrêt attaqué, qu'il ressortait tant de la décision litigieuse que de l'argumentation développée par la Commission devant lui que le seul élément d'opacité du marché allégué résulterait d'une moindre transparence des remises promotionnelles. Il a jugé, aux points 377 et 378 de l'arrêt attaqué, que, d'une part, les éléments de preuve, tels qu'ils sont mentionnés dans la décision litigieuse, ne permettent pas d'étayer les conclusions qui en sont tirées par la Commission et que, d'autre part, ces conclusions se démarquent également très nettement des constatations opérées dans la communication des griefs.
- 16 Aux points 475 et 476 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a présenté ses conclusions sur le premier moyen soulevé devant lui dans les termes suivants:
- «475 [...] l'assertion selon laquelle les marchés de la musique enregistrée ne sont pas suffisamment transparents pour permettre une position dominante collective n'est pas motivée à suffisance de droit et est entachée d'erreur manifeste d'appréciation en ce que les éléments sur lesquels elle est fondée

sont incomplets et ne comprennent pas l'ensemble des données pertinentes qui auraient dû être prises en considération par la Commission, et ne sont pas de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Cette assertion constituant [...] un motif essentiel sur la base duquel la Commission a conclu [...] à l'inexistence d'une position dominante collective, la décision [litigieuse] doit être annulée pour ce seul motif.

476 De même, l'analyse relative aux moyens de rétorsion étant entachée d'erreur de droit ou, à tout le moins, d'erreur manifeste d'appréciation, et cette analyse constituant l'autre motif essentiel sur la base duquel la Commission a conclu, dans la décision [litigieuse], à l'inexistence d'une position dominante collective, ce vice justifie également l'annulation de la décision [litigieuse].»

17 Par son deuxième moyen invoqué devant le Tribunal, Impala a soutenu que, en n'estimant pas que la concentration envisagée créerait une position dominante collective sur le marché de la musique enregistrée, la Commission avait violé l'article 253 CE et commis une erreur manifeste d'appréciation ainsi qu'une erreur de droit.

18 Au point 527 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a reproduit l'analyse du risque de création d'une position dominante collective figurant dans la décision litigieuse, avant d'émettre, au point 528 dudit arrêt, les considérations suivantes:

«[...] ces quelques observations, à ce point superficielles, voire purement formelles, ne sauraient satisfaire à l'obligation pour la Commission d'effectuer une analyse prospective [...], et ce en particulier lorsque, comme en l'espèce, la concentration soulève des difficultés sérieuses. Indépendamment de l'appréciation du Tribunal sur le premier moyen, il ressort en effet tant de la circonstance que la Commission a dû effectuer de longs développements dans la décision [litigieuse] pour conclure à l'inexistence d'une position dominante collective préalable à la concentration que du fait qu'elle avait conclu dans la communication des griefs, après cinq mois d'enquête, à l'existence d'une telle position préalable que la question de savoir si la fusion entre deux des cinq majors [grandes compagnies de disques, ci-après les «majors»] risque

de créer une position dominante collective soulève, a fortiori, des difficultés sérieuses nécessitant un examen approfondi. Cet examen n'ayant pas été effectué, il s'ensuit, déjà pour ce seul motif, que le deuxième moyen est fondé.»

19 À titre surabondant, le Tribunal a jugé, au point 539 de l'arrêt attaqué, que la Commission ne pouvait, sans commettre d'erreur, se fonder sur l'absence de preuve de l'exercice de mesures de rétorsion dans le passé pour conclure que l'opération de concentration en cause ne risquait pas d'entraîner la création d'une position dominante collective.

20 Dans ces conditions, le Tribunal a conclu que les premier et deuxième moyens invoqués devant lui étaient fondés et a annulé la décision litigieuse, sans examiner les troisième à cinquième moyens soulevés devant lui.

### **Les conclusions des parties**

21 Par leur pourvoi, les requérantes demandent à la Cour:

- d'annuler l'arrêt attaqué;
- de débouter Impala de sa demande en annulation de la décision litigieuse ou, subsidiairement, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, et
- de condamner Impala aux dépens de la présente procédure.

Par les sept moyens de ce pourvoi, dont certains se divisent en plusieurs branches, les requérantes soulèvent, respectivement, des erreurs de droit en ce que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal:

- se serait fondé sur la communication des griefs pour apprécier le contenu de la décision litigieuse;
- aurait exigé de la Commission qu'elle engage de nouvelles vérifications à la suite de la réponse à la communication des griefs;
- aurait appliqué des modalités de preuve excessives et erronées en matière de décisions autorisant des opérations de concentration;
- aurait dépassé le cadre du contrôle juridictionnel lui incombant;
- aurait méconnu les critères juridiques pertinents applicables en matière de création ou de renforcement d'une position dominante collective;
- aurait appliqué une norme erronée en matière de motivation des décisions autorisant des opérations de concentration, et
- se serait fondé sur des éléments de preuve qui n'ont pas été divulgués aux parties opérant la concentration.

- 23 Sony BMG Music Entertainment BV adhère entièrement au pourvoi ainsi qu'aux conclusions des requérantes.
- 24 Les conclusions de la Commission rejoignent, en substance, celles des requérantes. La Commission soutient les premier, deuxième et quatrième moyens ainsi que la première branche du troisième moyen.
- 25 Impala demande à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner les requérantes aux dépens. À titre liminaire, elle excipe de l'irrecevabilité du pourvoi en tout ou en partie. Par ailleurs, selon Impala, le pourvoi ne saurait en tout état de cause entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué, les requérantes ayant omis de contester le point 528 de l'arrêt attaqué, lequel, en lui-même, serait suffisant pour justifier l'annulation de la décision litigieuse.
- 26 Les requérantes ainsi que la Commission concluent au rejet tant de l'exception d'irrecevabilité que de l'argumentation relative au point 528 de l'arrêt attaqué, résumée au point précédent du présent arrêt.
- 27 À la fin de son mémoire en réponse, la Commission a formulé des «observations supplémentaires sur les 'motifs essentiels' de la décision» litigieuse. Ces observations sont contestées par Impala, en invoquant l'article 117, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour. Lesdites observations sont soutenues par les requérantes.

## Sur le pourvoi

### *Sur la recevabilité*

#### Sur l'exception générale d'irrecevabilité

<sup>28</sup> Impala excipe, à titre liminaire, de l'irrecevabilité du pourvoi en ce qu'il constitue une tentative de faire examiner à nouveau des questions de fait, relatives à l'insuffisance de la motivation de la décision litigieuse et à une erreur manifeste d'appréciation entachant celle-ci, qui ont été résolues par le Tribunal. En effet, dans une très large mesure, le pourvoi chercherait à faire réexaminer des questions de fait, qui ne relèveraient pas de la compétence de la Cour. Impala soutient en outre, à ce sujet, que la question de savoir si une décision est suffisamment motivée est une question de fait. Enfin, elle ajoute que ses réponses individuelles aux moyens soulevés par les requérantes doivent être entendues comme ayant un caractère subsidiaire.

<sup>29</sup> À cet égard, il convient de rappeler qu'il résulte des articles 225 CE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice que le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est dès lors seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. Lorsque le Tribunal a constaté ou apprécié les faits, la Cour est compétente pour exercer, en vertu de l'article 225 CE, un contrôle sur la qualification juridique de ces faits et les conséquences de droit qui en ont été tirées par le Tribunal. La Cour n'est donc pas compétente pour constater les faits ni, en principe, pour examiner les preuves que le Tribunal a retenues à l'appui de ces faits. En effet, dès lors que ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les principes généraux du droit et les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés, il appartient au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments qui lui ont été soumis. Cette appréciation ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir, notamment, arrêts du 17 décembre 1998,



Baustahlgewebe/Commission, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, points 23 et 24; du 6 avril 2006, General Motors/Commission, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, points 51 et 52, ainsi que du 10 mai 2007, SGL Carbon/Commission, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, point 41).

<sup>30</sup> Par ailleurs, selon la jurisprudence de la Cour, la question de la portée de l'obligation de motivation constitue une question de droit qui est soumise au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi, dès lors que le contrôle de la légalité d'une décision qui est exercé dans ce cadre doit nécessairement prendre en considération les faits sur lesquels le Tribunal s'est fondé pour aboutir à la conclusion selon laquelle la motivation est suffisante ou insuffisante (voir arrêts du 20 novembre 1997, Commission/V, C-188/96 P, Rec. p. I-6561, point 24, ainsi que du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 453).

<sup>31</sup> En ce qui concerne la présente affaire, ainsi qu'il ressort notamment du point 22 du présent arrêt, et contrairement à ce que soutient Impala, par leur pourvoi, les requérantes ne visent pas de manière générale à remettre en cause les appréciations factuelles faites par le Tribunal en tant que telles. En revanche, elles font valoir, pour l'essentiel, des questions de droit qui peuvent légalement faire l'objet d'un pourvoi. Il convient donc de rejeter l'exception générale d'irrecevabilité soulevée par Impala. Cela étant, dans la mesure où Impala excipe de manière plus précise de l'irrecevabilité de certaines parties spécifiques du pourvoi, il y aura lieu d'aborder ces exceptions dans le cadre de l'examen des moyens concernés.

Sur l'exception d'irrecevabilité tirée de ce que les requérantes ont omis d'attaquer un passage décisif de l'arrêt attaqué

<sup>32</sup> Impala fait valoir que, en tout état de cause, au point 528 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que la Commission n'avait pas procédé à une analyse prospective du point de savoir si l'opération de concentration en cause créerait une position dominante collective et a jugé pour ce seul motif que le deuxième moyen invoqué par Impala était fondé, ce qui, en lui-même, serait suffisant pour que la décision litigieuse soit annulée. En conséquence, selon Impala, même si les requérantes réussissent à faire reconnaître le bien-fondé d'un ou de plusieurs de leurs moyens, le pourvoi doit

en tout état de cause être rejeté au motif qu'elles ne contestent pas la constatation suivant laquelle aucune analyse prospective n'a été effectuée.

33 À cet égard, il suffit de constater que, dans le mémoire introductif du pourvoi, il est expressément fait référence, dans l'énumération des passages spécifiquement critiqués de l'arrêt attaqué, au point 528 de cet arrêt ainsi qu'aux points 533, 539 et 541 dudit arrêt, qui sont également consacrés à la question de la création d'une position dominante collective.

34 Dans ces circonstances, il ne saurait valablement être soutenu que le pourvoi est limité aux développements faits par le Tribunal sur la question du renforcement d'une position dominante collective déjà existante de sorte qu'il devrait être rejeté dans son ensemble comme étant irrecevable.

### *Sur le fond*

35 Les sept moyens invoqués par les requérantes se chevauchent sur divers aspects. En substance, les premier à quatrième moyens ainsi que le septième portent sur les modalités du contrôle exercé par le Tribunal, notamment au regard des questions de preuve. Le cinquième moyen porte sur la notion de position dominante collective. Le sixième moyen concerne l'appréciation du Tribunal relative à l'insuffisance de motivation de la décision litigieuse.

36 Il convient de commencer l'examen du fond de ce pourvoi par les moyens ayant trait aux modalités du traitement des éléments de preuve appliquées par le Tribunal et, en premier lieu, par la seconde branche du troisième moyen.

Sur la seconde branche du troisième moyen, tirée d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a appliqué des modalités de preuve excessives en matière de décisions autorisant des opérations de concentration

— Arrêt attaqué

- <sup>37</sup> Il ressort notamment des points 289, 366 et 459 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a recherché si les éléments servant de base à la décision litigieuse étaient de nature à justifier l'appréciation de la Commission figurant dans cette décision selon laquelle les marchés en cause n'étaient pas suffisamment transparents pour permettre une position dominante collective.

— Argumentation des parties

- <sup>38</sup> Par leur troisième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en appliquant des modalités de preuve erronées et excessives en matière de décisions autorisant des opérations de concentration. Dans le cadre de la seconde branche de ce moyen, les requérantes soutiennent que le Tribunal a mal interprété les modalités de preuve applicables à de telles décisions.
- <sup>39</sup> Selon les requérantes, dès lors qu'il appartient à la Commission d'étayer une décision interdisant une opération de concentration, si elle n'a pas pu rassembler des preuves répondant à la norme élevée posée par les juridictions communautaires pour justifier une telle interdiction, particulièrement lorsque la Commission s'appuie sur la thèse d'une position dominante collective, elle doit autoriser l'opération de concentration envisagée. En effet, il résulterait en particulier de l'article 10, paragraphe 6, du règlement que, si la Commission n'est pas en mesure de démontrer un préjudice concurrentiel sur la base de preuves convaincantes, le système du règlement lui impose d'autoriser cette opération.

- 40 De surcroît, les requérantes font valoir à cet égard que le Tribunal a commis une erreur de droit en n'admettant pas que la Commission doit se conformer à des exigences de preuve plus élevées en cas d'interdiction d'une opération de concentration qu'en cas d'autorisation d'une telle opération, l'interdiction constituant une entrave grave à la liberté commerciale des parties notifiantes et les opérations de concentration devant bénéficier d'une présomption de compatibilité avec le marché commun. Il ressortirait de la jurisprudence que la Commission doit prouver le bien-fondé d'une décision interdisant une opération de concentration conformément à un critère plus strict que celui tiré de la simple mise en balance des probabilités et que, par conséquent, la Commission ne serait pas soumise à la même obligation en matière de preuve pour une décision autorisant une opération de concentration et pour une décision interdisant une telle opération. En effet, au titre d'une norme plus stricte que la simple mise en balance des probabilités, la Commission serait en réalité tenue d'apporter uniquement la preuve du bien-fondé d'une décision interdisant une opération de concentration. Selon les requérantes, l'omission d'admettre une telle norme de preuve «asymétrique» imprègne l'appréciation faite par le Tribunal de la décision litigieuse et des preuves sur lesquelles la Commission s'est fondée.
- 41 Les requérantes soutiennent, en outre, que le Tribunal a par conséquent commis une erreur de droit en demandant à la Commission de prouver l'absence de transparence du marché de la musique enregistrée alors qu'il aurait dû examiner si, à la date de la décision litigieuse, des preuves suffisantes permettaient d'établir, à suffisance de droit, l'existence de ladite transparence. Cette erreur entacherait l'ensemble de l'arrêt attaqué, et notamment, sur divers aspects décrits en détail dans le mémoire introductif du pourvoi, les points 381 à 387, 389, 420, 428, 429 ainsi que 433 de celui-ci.
- 42 Selon Impala, suivre l'argumentation développée par les requérantes à l'appui de la seconde branche du troisième moyen et reconnaître l'existence d'une présomption en faveur de l'autorisation des opérations de concentration pourrait avoir de graves répercussions sur le régime de contrôle de ces opérations, telles que le risque d'une exploitation abusive du système. Ladite argumentation méconnaîtrait l'équilibre délicat créé par la réglementation communautaire relative au contrôle des opérations de concentration entre les intérêts privés et les intérêts publics et l'«obligation double symétrique» pour la Commission d'interdire les opérations de concentration qui sont incompatibles avec le marché commun et d'autoriser celles qui sont compatibles avec celui-ci. Les modalités de preuve exigées à cet égard correspondraient à la

mise en balance des probabilités et il appartiendrait à la Commission de démontrer ce qui est le plus probable. Par ailleurs, Impala fait valoir que le Tribunal a conclu, d'une part, que la Commission avait réuni un ensemble d'éléments de preuve convainquants révélateurs de l'existence de la transparence des marchés concernés, mais que celle-ci a cependant finalement estimé que cette transparence était insuffisante, en se fondant sur l'existence de remises promotionnelles «moins transparentes». D'autre part, le Tribunal aurait également constaté que les éléments de preuve censés établir cette insuffisance de transparence ne la corroboraient pas.

- 43 Impala considère par ailleurs que, par les arguments mentionnés au point 41 du présent arrêt, les requérantes semblent inviter la Cour à revenir sur les appréciations de fait effectuées par le Tribunal.

#### — Appréciation de la Cour

- 44 À titre liminaire, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la méconnaissance alléguée des règles applicables en matière de preuve constitue une question de droit qui est recevable au stade du pourvoi (voir, en ce sens, arrêts du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, point 65, ainsi que du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission, C-403/04 P et C-405/04 P, Rec. p. I-729, point 40). Ainsi, dans la mesure où Impala, dans le cadre de son exception générale d'irrecevabilité, excipe spécifiquement de l'irrecevabilité du troisième moyen dans son intégralité, cette argumentation ne saurait être accueillie.

- 45 Sur le fond, ainsi qu'Impala le relève, la seconde branche du troisième moyen est centrée sur la thèse que les exigences en matière de preuve sont différentes suivant qu'il s'agit d'une décision autorisant une opération de concentration ou d'une décision interdisant une telle opération. À ce sujet, il n'est pas contesté par les parties que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a appliqué les mêmes exigences de preuve au regard de la décision litigieuse, qui constitue une décision autorisant une opération de concentration, que celles qu'il aurait appliquées à une décision interdisant une telle opération.

- 46 À cet égard, il convient d'emblée de rappeler qu'il ne ressort pas des termes des paragraphes 2 et 3 de l'article 2 du règlement que celui-ci impose des exigences de preuve différentes en matière de décisions autorisant une opération de concentration, d'une part, et de décisions interdisant une telle opération, d'autre part.
- 47 Ainsi, comme la Cour l'a, en substance, déjà jugé, l'analyse prospective nécessaire en matière de contrôle des opérations de concentration, qui consiste à examiner en quoi une telle opération pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective, requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir celui dont la probabilité est la plus forte (voir, en ce sens, arrêt du 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43).
- 48 Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il ne saurait donc être déduit du règlement une présomption générale de compatibilité ou d'incompatibilité avec le marché commun d'une opération de concentration notifiée.
- 49 Cette interprétation du règlement n'est pas infirmée par l'article 10, paragraphe 6, de celui-ci, en vertu duquel une opération de concentration notifiée est réputée compatible avec le marché commun lorsque la Commission n'a pas pris dans le délai pertinent une décision statuant sur la compatibilité de cette opération. En effet, cette disposition est une expression spécifique de l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement et qui impose à la Commission de respecter des délais stricts pour l'adoption de la décision finale (voir, à cet égard, arrêt du 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie/Commission*, C-202/06 P, Rec. p. I-12129, point 39). Ladite disposition constitue cependant une exception à l'économie générale du règlement, découlant notamment des articles 6, paragraphe 1, et 8, paragraphe 1, de celui-ci, suivant laquelle la Commission statue expressément sur les opérations de concentration qui lui sont notifiées.
- 50 Par ailleurs, il est certes vrai qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que les décisions de la Commission sur la compatibilité des opérations de concentration avec le

marché commun doivent être étayées par des éléments suffisamment significatifs et concordants (voir, en ce sens, arrêt du 31 mars 1998, *France e.a./Commission*, dit «*Kali & Salz*», C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 228) et que, dans le contexte de l'analyse d'une opération de concentration de type «conglomérat», la qualité des éléments de preuve produits par la Commission pour établir la nécessité d'une décision déclarant cette opération incompatible avec le marché commun est particulièrement importante (voir arrêt *Commission/Tetra Laval*, précité, point 44).

51 Toutefois, il ne saurait en être déduit que la Commission doit se conformer, particulièrement lorsque cette dernière s'appuie sur une thèse d'une position dominante collective, à des exigences de preuve plus élevées en matière de décisions interdisant des opérations de concentration qu'en matière de décisions autorisant de telles opérations. En effet, cette jurisprudence reflète simplement la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en matière de contrôle des opérations de concentration, de conforter les appréciations qui sous-tendent les décisions de la Commission (voir, en ce sens, arrêt *Commission/Tetra Laval*, précité, points 41 et 44). En outre, le fait qu'il s'agisse ou non d'une thèse d'une position dominante collective ne saurait avoir, en soi, d'incidence sur les exigences de preuve applicables. À cet égard, la complexité intrinsèque d'une thèse d'entrave à la concurrence postulée à l'égard d'une opération de concentration notifiée constitue un élément dont il convient de tenir compte lors de l'appréciation de la plausibilité des diverses conséquences de cette opération, en vue d'identifier celle dont la probabilité est la plus forte, mais une telle complexité n'a pas, en tant que telle, d'influence sur le niveau de preuve exigé.

52 Il découle de ce qui précède que, lorsqu'elle est saisie d'une opération de concentration en application du règlement, la Commission est, en principe, tenue de prendre position soit dans le sens de l'autorisation de cette opération, soit dans celui de l'interdiction de celle-ci, selon son appréciation de l'évolution économique attribuable à l'opération en cause dont la probabilité est la plus forte.

53 Il s'ensuit que c'est à tort que les requérantes considèrent que, s'agissant d'une décision autorisant une opération de concentration, le Tribunal aurait dû examiner uniquement si la Commission aurait pu, en appliquant des exigences de preuve particulièrement élevées, interdire l'opération litigieuse. En conséquence, sans qu'il soit

besoin de prendre position sur la recevabilité des critiques spécifiques concernant les points de l'arrêt attaqué énumérés au point 41 du présent arrêt, force est de conclure que la prémisse sous-jacente de ces critiques étant dénuée de fondement, celles-ci ne sauraient en tout état de cause être accueillies.

<sup>54</sup> Eu égard à ce qui précède, il convient donc de rejeter la seconde branche du troisième moyen.

Sur le premier moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal s'est fondé sur la communication des griefs pour apprécier le contenu de la décision litigieuse

#### — Arrêt attaqué

<sup>55</sup> Dans de nombreux passages de l'arrêt attaqué, notamment aux points 379, 424 et 446 de celui-ci, le Tribunal a renvoyé à la communication des griefs pour étayer son raisonnement, tant en ce qui concerne le moyen tiré d'une insuffisance de motivation de la décision litigieuse qu'en ce qui concerne celui tiré des erreurs manifestes d'appréciation entachant cette décision.

<sup>56</sup> Dans le cadre de l'examen du moyen tiré d'une insuffisance de motivation de la décision litigieuse, le Tribunal a observé notamment ce qui suit:

«282 Il convient, tout d'abord, d'examiner l'incidence de la circonstance, soulignée par [Impala], que, dans la communication des griefs, la Commission avait conclu de façon très marquée que la concentration était incompatible avec le marché commun au motif, notamment, qu'il existait une position dominante collective préalable à la concentration envisagée et que le marché de la musique enregistrée était très transparent et particulièrement propice à la coordination.



- 283 Ce revirement fondamental de la position de la Commission peut, certes, apparaître étonnant, en particulier eu égard à la tardiveté avec laquelle il est intervenu. En effet, ainsi qu'il ressort du dossier et des débats devant le Tribunal, durant toute la procédure administrative, la Commission, sur la base de l'ensemble des informations reçues, durant cinq mois d'enquête, tant des différents opérateurs du marché que des parties à la concentration, a estimé que le marché était suffisamment transparent pour permettre une coordination tacite des prix et ce n'est qu'à la suite de l'argumentation développée par les parties à la concentration, assistées de leur consultant économique, lors de l'audition des [14] et [15] juin 2004, que, sans procéder à de nouvelles enquêtes concernant le marché, elle a adopté la position inverse et adressé, le 1<sup>er</sup> juillet 2004, le projet de décision au comité consultatif.
- 284 Toutefois, ainsi que le fait valoir à juste titre la Commission, il ressort de la jurisprudence (arrêt [du 17 novembre 1987], [British American Tobacco] et Reynolds [Industries]/Commission, [142/84 et 156/84, Rec. p. 4487]) que, lorsque la Commission rejette une demande introduite en application de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles {81} et {82} du traité (JO 1962, 13, p. 204), il lui suffit d'exposer les motifs pour lesquels elle n'a pas estimé possible d'établir l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence, sans être tenue ni d'expliquer d'éventuelles différences par rapport à la communication des griefs, qui constitue un document préparatoire dont les appréciations sont de caractère purement provisoire et destinées à circonscrire l'objet de la procédure administrative vis-à-vis des entreprises faisant l'objet de cette procédure, ni de discuter tous les points de fait et de droit traités au cours de la procédure administrative. Dans son arrêt [du 7 janvier 2004,] Aalborg Portland e.a./Commission[, C-204/00 P, C-205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123], la Cour a rappelé le caractère provisoire d'une communication des griefs et l'obligation pour la Commission de tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative, pour, notamment, abandonner des griefs qui se seraient révélés mal fondés.
- 285 Il convient, certes, d'observer que cette jurisprudence a été développée à propos de procédures d'application des articles 81 CE et 82 CE et non dans le domaine spécifique du contrôle des concentrations, dans le cadre duquel le respect des délais impératifs régissant l'adoption de décisions par la

Commission ne lui permet pas de prolonger son enquête, rendant ainsi de moins en moins probable un changement fondamental de position au fur et à mesure de l'avancement de la procédure administrative. Dans ses observations finales, la Commission a d'ailleurs souligné que les mesures d'enquête postérieures à l'audition consistent essentiellement à consulter les opérateurs du marché au sujet des engagements proposés et ne portent pas sur les griefs formulés à l'encontre de l'opération de concentration notifiée. Toutefois, il n'en reste pas moins que la communication des griefs ne constitue qu'un acte préparatoire et que la décision finale ne doit être motivée que par rapport à l'ensemble des circonstances et éléments pertinents aux fins de l'appréciation des effets de la concentration envisagée sur le jeu de la concurrence dans les marchés de référence. Il s'ensuit que la seule circonstance que la Commission n'aurait pas expliqué dans le corps de sa décision les modifications de sa position par rapport à celle contenue dans la communication des griefs ne saurait, en tant que telle, être constitutive d'un défaut ou d'une insuffisance de motivation.»

#### — Argumentation des parties

<sup>57</sup> Les requérantes soutiennent que le Tribunal a commis une erreur de droit en utilisant la communication des griefs en tant que point de référence pour évaluer la décision litigieuse au fond, en méconnaissance des droits de la défense.

<sup>58</sup> Dans de telles conditions, les requérantes considèrent que la comparaison effectuée par le Tribunal entre la décision litigieuse et les conclusions provisoires de la Commission contenues dans la communication des griefs ne saurait fonder les conclusions figurant dans l'arrêt attaqué en ce qui concerne la motivation de la décision litigieuse et l'appréciation de la Commission y figurant. Elles citent à cet égard les points 300, 302 et 308 de l'arrêt attaqué en ce qui concerne l'appréciation portée par le Tribunal sur la motivation de la décision litigieuse. En outre, quant à l'examen par le Tribunal des arguments tirés d'erreurs manifestes d'appréciation, les requérantes critiquent dans leur pourvoi les points 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 et 538 dudit arrêt.

59 Au soutien des requérantes sur ce moyen, la Commission fait valoir que, dans une grande partie de l'arrêt attaqué, le Tribunal, contrairement à la jurisprudence citée par lui-même au point 284 de cet arrêt, à laquelle il n'a fait «qu'une référence purement formelle», n'examine pas la décision litigieuse en tant que telle en ce qui concerne les questions de savoir si cette décision a été suffisamment motivée et, s'agissant du moyen tiré d'une erreur de fond, si ladite décision contient des erreurs factuelles ou des erreurs manifestes d'appréciation, mais il se concentre plutôt dans son arrêt sur la question de savoir si la communication des griefs s'est révélée non fondée. Ainsi, selon la Commission, certains faits n'ayant pas été mentionnés dans la communication des griefs, le Tribunal en déduit qu'ils ne peuvent avoir d'importance pour l'appréciation des conséquences de l'opération de concentration en général. En outre, alors que la Commission a précisé dans la décision litigieuse certaines conclusions qui étaient formulées de façon plus affirmative dans la communication des griefs, le Tribunal se serait fondé, pour procéder à son contrôle, sur l'appréciation qui figurait dans ladite communication.

60 Impala fait valoir que le Tribunal s'est borné à mentionner des extraits de la communication des griefs afin de souligner les incohérences intrinsèques de la décision litigieuse elle-même et l'absence de fondement étayant les constatations qui y sont formulées. Le Tribunal aurait explicitement reconnu que la communication des griefs est un document préparatoire, que les constatations qu'elle contient sont purement provisoires et que la Commission n'a pas à s'expliquer sur les divergences entre cette communication et la décision litigieuse.

#### — Appréciation de la Cour

61 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le principe du contradictoire, qui constitue un principe fondamental du droit communautaire faisant, en particulier, partie des droits de la défense, exige que l'entreprise concernée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au traité CE (voir notamment, en ce sens, arrêts du 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, 17/74, Rec. p. 1063, point 15; du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission*, 100/80 à 103/80, Rec.

p. 1825, point 10; Kali & Salz, précité, point 174, ainsi que Aalborg Portland e.a./Commission, précité, point 66).

<sup>62</sup> Pour les procédures de contrôle des opérations de concentration régies par le règlement, ce principe est posé à l'article 18, paragraphe 3, deuxième phrase, de ce dernier ainsi que, de manière plus précise, à l'article 13, paragraphe 2, du règlement d'application. Ces dernières dispositions exigent notamment, en substance, la communication par écrit des objections de la Commission aux parties notifiantes, avec indication à ces dernières du délai dans lequel elles peuvent faire connaître leur point de vue par écrit.

<sup>63</sup> Il ressort par analogie à la jurisprudence sur les articles 81 CE et 82 CE que la communication des griefs est un document de caractère procédural et préparatoire qui, en vue d'assurer l'exercice efficace des droits de la défense, circonscrit l'objet de la procédure administrative engagée par la Commission, empêchant ainsi cette dernière de retenir d'autres griefs dans sa décision mettant fin à la procédure concernée (voir, en particulier, ordonnance du 18 juin 1986, British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 1899, points 13 et 14). Il est donc inhérent à la nature de cette communication d'être provisoire et susceptible de modifications lors de l'évaluation à laquelle la Commission procède ultérieurement sur la base des observations qui lui ont été présentées en réponse par les parties ainsi que d'autres constatations factuelles (voir, en ce sens, arrêt SGL Carbon/Commission, précité, point 62). En effet, la Commission doit tenir compte des éléments résultant de l'intégralité de la procédure administrative soit pour abandonner des griefs qui seraient mal fondés, soit pour aménager et compléter tant en fait qu'en droit son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient. Ainsi, la communication des griefs n'empêche nullement la Commission de modifier sa position en faveur des entreprises concernées (voir ordonnance British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission, précitée, point 13).

<sup>64</sup> Il s'ensuit que la Commission n'est pas liée au maintien des appréciations de fait ou de droit portées dans ce document. Au contraire, elle doit motiver sa décision finale par ses appréciations définitives basées sur les résultats de l'intégralité de son enquête tels qu'ils se présentent au moment de la clôture de la procédure formelle

(voir, par analogie, ordonnance *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, précitée, point 15).

<sup>65</sup> Par ailleurs, la Commission n'est pas tenue d'expliquer les différences éventuelles par rapport à ses appréciations provisoires contenues dans la communication des griefs (voir, en ce sens, ordonnance *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, précitée, point 15, et arrêt *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, précité, point 70).

<sup>66</sup> Le fait que la Commission soit soumise dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, à la différence de ce qui est le cas dans le champ d'application des articles 81 CE et 82 CE, à des délais de procédure stricts ne change rien à la nature provisoire de la communication des griefs. En effet, l'exercice efficace des droits de la défense impose que l'argumentation des parties à une concentration proposée bénéficie, dans la procédure de contrôle des opérations de concentration, de la même prise en compte que celle de l'argumentation des parties concernées dans les procédures intentées en application des articles 81 CE ou 82 CE.

<sup>67</sup> Il est vrai que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a expressément reconnu, notamment aux points 284 et 285 de l'arrêt attaqué, le caractère préparatoire de la communication des griefs, y compris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. Il a en outre reconnu que la Commission n'est, conformément à la jurisprudence sur les articles 81 CE et 82 CE, pas tenue d'expliquer les éventuelles divergences par rapport à la communication des griefs.

<sup>68</sup> Toutefois, eu égard à l'argumentation apportée par les requérantes et par la Commission, exposée aux points 58 et 59 du présent arrêt, il y a lieu d'examiner les reproches de ces dernières exprimés à l'égard d'une série de renvois concrets à la communication des griefs effectués par le Tribunal dans le cadre de son examen de la légalité de la décision litigieuse.

<sup>69</sup> À cet égard, il ressort de la jurisprudence que, si, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, domaine dans lequel la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, le contrôle du Tribunal est limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste

d'appréciation, il n'en demeure pas moins que le caractère correct, complet et fiable des faits à la base d'une décision peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (voir, en ce sens, arrêts *Commission/Tetra Laval*, précité, point 39, ainsi que du 22 novembre 2007, *Espagne/Lenzing*, C-525/04 P, Rec. p. I-9947, points 56 et 57). En effet, c'est notamment ainsi que le juge communautaire peut vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis (voir, en ce sens, arrêt du 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 14). Il s'ensuit que, nonobstant le caractère préparatoire et provisoire de la communication des griefs et malgré le fait que la Commission n'est pas tenue d'expliquer les éventuelles divergences par rapport à la communication des griefs, le Tribunal ne saurait nécessairement être empêché d'utiliser la communication des griefs pour procéder à l'interprétation d'une décision de la Commission, particulièrement en ce qui concerne l'examen de la base factuelle de celle-ci.

<sup>70</sup> Ainsi, par exemple, les renvois à la communication des griefs faits par le Tribunal, aux points 300, 302 et 308 de l'arrêt attaqué, dans le cadre de son appréciation de la motivation de la décision litigieuse, sont, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocat général l'a relevé, en substance, aux points 165 et 166 des ses conclusions, effectués à titre purement illustratif, voire surabondant. Il en va de même pour certains des points dudit arrêt cités par les requérantes qui concernent l'appréciation faite par le Tribunal des arguments tirés d'erreurs manifestes d'appréciation, à savoir les points 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 et 538 de l'arrêt attaqué, qui servent simplement à illustrer et à compléter ce que le Tribunal avait de toute façon déjà déduit directement de la décision litigieuse.

<sup>71</sup> Force est cependant de constater que, dans l'arrêt attaqué, certains des renvois à la communication des griefs font ressortir que le Tribunal, nonobstant ses propres déclarations quant au caractère provisoire de cette communication, a donné un caractère plus fiable et plus décisif à ce qu'il a qualifié, au point 410 dudit arrêt, de «constatations factuelles préalablement opérées» dans ladite communication qu'aux constatations figurant dans la décision litigieuse elle-même.

<sup>72</sup> Le Tribunal s'est fondé, en substance, à cet égard sur une distinction entre, d'une part, de telles «constatations factuelles préalablement opérées» et, d'autre part, des

«appréciations», qui seraient, elles, davantage susceptibles d'être valablement modifiées. En particulier, au point 379 de l'arrêt attaqué, le Tribunal qualifie l'affirmation figurant dans la communication des griefs selon laquelle «il existe suffisamment de preuves que les majors sont au courant de leurs conditions commerciales respectives» comme étant non pas une «appréciation de la Commission, susceptible d'être modifiée, mais plutôt [...] une constatation factuelle résultant de son enquête». Cette affirmation faite par le Tribunal doit se comprendre à la lumière d'autres affirmations effectuées préalablement dans l'arrêt attaqué. Ainsi, au point 335 de cet arrêt, le Tribunal indique notamment que «les appréciations contenues dans la décision [litigieuse] doivent être compatibles avec les constatations factuelles opérées dans la communication des griefs dans la mesure où il n'est pas établi que celles-ci étaient inexactes». En outre, au point 378 dudit arrêt, le Tribunal indique que «les conclusions qui [...] sont tirées [des éléments de preuve, tels qu'ils sont mentionnés] dans la décision [litigieuse] se démarquent également très nettement des constatations opérées dans la communication des griefs».

73

Ainsi, le Tribunal ne s'est pas limité à l'utilisation de la communication des griefs comme instrument pour vérifier le caractère correct, complet et fiable des faits à la base de la décision litigieuse. En effet, il a attribué un caractère établi à une certaine catégorie de conclusions figurant dans cette communication, lesquelles ne sauraient pourtant être considérées que comme provisoires.

74

Cette conception de la communication des griefs ressort en outre d'autres points de l'arrêt attaqué. Ainsi, aux points 409 et 410 de cet arrêt, le Tribunal critique le fait que la Commission n'a pas démenti «des constatations factuelles préalablement opérées» dans la communication des griefs. De plus, au point 424 dudit arrêt, il est reproché aux requérantes et à la Commission de ne pas avoir affirmé «ni a fortiori démontré» qu'une «constatation» figurant dans ladite communication serait inexacte. Au point 446 de l'arrêt attaqué, il est de même indiqué que «l'observation selon laquelle il n'y avait aucune preuve que les remises aient affecté sensiblement les prix constitue plutôt une constatation factuelle qu'une appréciation». Par ailleurs, aux points 398, 419, 447 et 451 de cet arrêt, la Commission est, en substance, critiquée pour s'être appuyée dans une mesure importante, aux fins de la décision litigieuse, sur l'incidence des «remises promotionnelles», alors que, comme le Tribunal l'indique au point 447 dudit arrêt, dans la communication des griefs, la Commission «n'a même pas estimé nécessaire de mentionner [de telles remises]».

75

Or, ainsi que la Commission le relève, il se peut que les parties notifiantes, par leur réponse à la communication des griefs, complètent ou clarifient, à la lumière de cette communication, leur «position» sur le fonctionnement du ou des marchés en cause, de sorte que de nouveaux éléments peuvent être ajoutés ou que les faits déjà examinés par la Commission peuvent être placés dans une toute autre perspective. Dans de telles circonstances, même si l'absence de bien-fondé de certaines constatations provisoires individuelles opérées par la Commission dans la communication des griefs n'est pas démontrée, l'appréciation par la Commission de ces constatations dans le contexte modifié peut être totalement différente. Dans l'arrêt attaqué, il apparaît que le Tribunal, en se focalisant sur les écarts entre la décision litigieuse, objet du recours porté devant lui, et les «constatations factuelles préalablement opérées» dans la communication des griefs, a écarté cette possibilité. En effet, comme la Commission le fait valoir, l'approche opérée par le Tribunal découlant de certains points de l'arrêt attaqué semble reposer sur l'hypothèse que les conclusions provisoires de la Commission dans ladite communication sont invariablement fondées sur des éléments de preuve dénués d'équivoque. Or, à part, éventuellement, des éléments non controversés qui, par exemple, en raison de leur nature empirique et vérifiable, sont à un tel point manifestes qu'ils sont incontestables, il ne saurait être présumé que des affirmations figurant dans une communication de griefs ne sont pas susceptibles d'être modifiées à l'aune des réponses à une telle communication. Par ailleurs, même à supposer que le Tribunal était en droit d'opérer une distinction entre les constatations factuelles et les appréciations figurant dans la communication des griefs, force est de constater que, aux points 379 et 446 de l'arrêt attaqué, il a qualifié de constatations factuelles certaines appréciations complexes qui ne sauraient en tout état de cause être considérées comme des constatations factuelles non susceptibles d'être modifiées.

76

Dans ces conditions, il y a lieu de constater que le Tribunal a commis une erreur de droit dans la mesure où, dans son examen des arguments tirés de l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation, il a donné à certains éléments figurant dans la communication des griefs un caractère établi sans démontrer les raisons pour lesquelles, en dépit de la position finale adoptée par la Commission dans la décision litigieuse, ces éléments devraient être considérés comme incontestablement établis.

77

Cela étant, cette erreur n'est pas, à elle seule, de nature à remettre en question l'appréciation du Tribunal, figurant au point 377 de l'arrêt attaqué, selon laquelle «les éléments de preuve, tels qu'ils sont mentionnés dans la décision [litigieuse], ne permettent pas d'étayer les conclusions qui en sont tirées». Par conséquent, elle n'est pas, à elle seule, susceptible d'aboutir à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il convient dès lors de procéder à l'examen des autres moyens.



Sur le deuxième moyen ainsi que sur la première branche du troisième moyen, tirés d'erreurs de droit en ce que le Tribunal a exigé de la Commission qu'elle engage de nouvelles vérifications à la suite de la réponse à la communication des griefs et a appliqué des modalités de preuve excessives aux éléments produits en réponse à la communication des griefs

— Arrêt attaqué

78 Dans le cadre de son examen du moyen tiré d'erreurs manifestes d'appréciation en ce qui concerne la transparence du marché, le Tribunal, au point 414 de l'arrêt attaqué, affirme notamment que «les parties à la concentration ne sauraient attendre la dernière minute pour soumettre à la Commission des éléments de preuve en vue de réfuter des griefs soulevés en temps utile par la Commission dans la mesure où celle-ci ne serait, dès lors, plus en mesure de procéder aux vérifications nécessaires. À tout le moins convient-il, dans cette hypothèse, que ces éléments de preuve apparaissent comme étant particulièrement fiables, objectifs, pertinents et convaincants pour pouvoir réfuter valablement les griefs soulevés par la Commission».

79 Le Tribunal estime en outre, au point 415 de l'arrêt attaqué, que la Commission ne peut pas «aller jusqu'à déléguer sans contrôle la responsabilité de la conduite de certains aspects de l'enquête aux parties à la concentration, en particulier lorsque, comme en l'espèce, ces aspects constituent l'élément crucial sur lequel la décision [litigieuse] est fondée et les données et appréciations soumises par les parties à la concentration sont diamétralement opposées aux informations recueillies par la Commission durant son enquête ainsi qu'aux conclusions qu'elle en avait tirées».

80 De surcroît, à différents endroits dans l'arrêt attaqué, notamment aux points 398, 428 et 451 de celui-ci, le Tribunal relève que la Commission n'a pas procédé, après la réponse des parties à la concentration à la communication des griefs, à de nouvelles études de marché pour contrôler le bien-fondé de la réorientation de son appréciation de l'opération de concentration projetée.

— Argumentation des parties

- 81 Par le deuxième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant, en substance, que la Commission est tenue d'effectuer de nouvelles enquêtes dans le marché à la suite de la réponse à la communication des griefs. Dès lors, sa conclusion selon laquelle la Commission a commis des erreurs d'appréciation et de motivation parce qu'elle n'a pas procédé à de nouvelles vérifications serait sans fondement.
- 82 Par la première branche du troisième moyen, qu'il convient de traiter ensemble avec le deuxième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal, au point 414 de l'arrêt attaqué, a suggéré en réalité que les preuves à décharge produites par les parties notifiantes en réponse à la communication des griefs sont soumises à des exigences supérieures à celles appliquées aux éléments probants indiqués par la Commission dans la communication des griefs pour étayer ses objections.
- 83 Au soutien des requérantes, la Commission fait valoir, en premier lieu, que, compte tenu des délais brefs auxquels elle est soumise en vertu du règlement, elle doit avoir la possibilité de se fonder sur les éléments de preuve présentés par les requérantes dans la réponse à la communication des griefs, ladite réponse faisant partie de la procédure formelle. À l'instar des requérantes, elle rappelle que le règlement prévoit l'imposition d'amendes ou d'astreintes lorsque des informations inexacts ou trompeuses sont communiquées et habilite la Commission à révoquer une décision qui repose sur des indications inexacts dont une des entreprises est responsable ou qui a été obtenue frauduleusement.
- 84 En second lieu, la Commission considère que le point 414 de l'arrêt attaqué, qui expose l'approche suivie par le Tribunal aux points 415 à 457 de cet arrêt, portant sur un ensemble d'éléments de preuve, révèle une série d'erreurs de droit liées, concernant notamment la force probante des éléments de preuve présentés en réponse à la communication des griefs.

85 Impala soutient que le Tribunal a tenu compte des délais stricts prévus par le règlement. Il aurait simplement constaté le fait que la Commission s'est abstenue de procéder à la moindre enquête complémentaire sur le marché, sans préciser si, après l'audition, des enquêtes sur le marché auraient dû être effectuées. Selon Impala, la Commission aurait dû enquêter sur la problématique de la transparence et des remises avant l'émission de la communication des griefs.

86 Sur la première branche du troisième moyen, Impala soutient qu'il ressort du point 414 de l'arrêt attaqué que le Tribunal fait allusion à une situation théorique dans laquelle les parties à une opération de concentration communiquent des éléments de preuve à la toute dernière minute en ne laissant à la Commission aucune possibilité de procéder aux enquêtes nécessaires. Il ressort également, d'après Impala, de ce même point de l'arrêt attaqué qu'il doit être présumé que le Tribunal estimait non pas que la Commission aurait dû enquêter sur ladite problématique après l'audition, mais qu'elle aurait dû agir en ce sens plus tôt au cours de la procédure formelle.

#### — Appréciation de la Cour

87 Il y a lieu d'emblée de rejeter la thèse d'Impala, exposée au point 86 du présent arrêt, suivant laquelle le point 414 de l'arrêt attaqué viserait une situation hypothétique. En effet, une telle interprétation dudit point 414 est démentie par les termes mêmes de celui-ci, dont il résulte que les remarques du Tribunal critiquées dans le cadre de la première branche du troisième moyen visaient la procédure menant à l'adoption de la décision litigieuse.

88 Ensuite, il convient de rappeler que, ainsi qu'il ressort des points 61 et 62 du présent arrêt, le respect des droits de la défense avant l'adoption de toute décision pouvant faire grief aux entreprises concernées est impératif dans les procédures de contrôle des opérations de concentration.

89 En conséquence, il ne saurait, en principe, être reproché aux parties notifiantes de ne présenter certains arguments, faits ou éléments de preuve, éventuellement

décisifs, que dans le cadre de leur argumentation en réponse à la communication des griefs. En effet, ce n'est qu'avec cette communication que les parties à l'opération de concentration peuvent obtenir des indications détaillées quant aux réserves émises par la Commission à l'égard de leur projet de concentration ainsi qu'aux arguments et aux éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie à cet effet. Ainsi qu'il ressort du point 62 du présent arrêt, il découle des droits de la défense des entreprises notifiantes, consacrés à l'article 18, paragraphe 3, deuxième phrase, du règlement ainsi qu'à l'article 13, paragraphe 2, du règlement d'application, que celles-ci ont le droit de présenter dans le cadre de leur audition écrite et orale après la réception de la communication des griefs, tout ce qu'elles estiment être susceptible de réfuter les griefs de la Commission et d'amener celle-ci à autoriser leur opération de concentration proposée. Contrairement à ce que le Tribunal laisse entendre, notamment au point 414 de l'arrêt attaqué, une argumentation produite en réponse à la communication des griefs fait partie de l'enquête à entreprendre dans le cadre de la procédure formelle. Une telle argumentation n'est pas tardive, mais intervient au moment prévu à cet effet dans la procédure de contrôle des opérations de concentration.

<sup>90</sup> Par ailleurs, il convient également de rappeler que, ainsi qu'il ressort du point 49 du présent arrêt, l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement impose à la Commission de respecter des délais stricts pour l'adoption de la décision finale.

<sup>91</sup> Dans ces conditions, compte tenu en particulier des contraintes de temps qui découlent des délais de procédure prévus par le règlement, la Commission ne saurait, en principe, être tenue, dans chaque cas individuel, d'envoyer, après la communication des griefs et après l'audition des entreprises concernées, à de nombreux opérateurs économiques des demandes de renseignements étendues peu de temps avant la transmission de son projet de décision au comité consultatif pour le contrôle des concentrations d'entreprises, en application de l'article 19 du règlement.

<sup>92</sup> En outre, ainsi que la Commission le relève, la réponse à la communication des griefs peut porter une attention particulière sur des éléments que les parties notifiantes considèrent comme cruciaux pour l'issue de la procédure formelle. De tels éléments peuvent ne pas avoir été considérés comme cruciaux dans la communication des griefs. Or, l'absence de prise en compte de ces éléments peut faire partie des critiques des entreprises notifiantes à l'encontre de l'appréciation préliminaire de la Commission. Compte tenu des exigences des droits de la défense, l'argumentation

des parties notifiantes, présentée en réponse à la communication des griefs, ne saurait être soumise à des exigences plus élevées quant à sa force probante et à son caractère convaincant que celles posées à l'égard de l'argumentation des concurrents, des clients et d'autres tiers interrogés par la Commission au cours de la procédure administrative ou à l'égard des éléments fournis par les entreprises notifiantes à un stade antérieur de l'enquête de la Commission.

93 Par ailleurs, lorsque la Commission examine dans sa décision l'argumentation en défense des entreprises notifiantes et se saisit de l'occasion pour revoir ses conclusions provisoires figurant dans la communication des griefs pour éventuellement s'en écarter, elle ne procède pas à une «délégation» de l'enquête auxdites entreprises. Il convient à cet égard de rappeler que les articles 14 et 15 du règlement prévoient l'imposition d'amendes ou d'astreintes lorsque des informations inexacts ou trompeuses sont communiquées et que l'article 8, paragraphe 5, sous a), du même règlement habilite la Commission à révoquer une décision qui repose sur des indications inexacts dont une des entreprises est responsable ou qui a été obtenue frauduleusement.

94 Certes, la Commission est tenue d'examiner soigneusement l'argumentation des parties à la concentration quant à son exactitude, son caractère complet et convaincant et de l'ignorer en cas de doutes justifiés. Il est également vrai que, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'application, la notification de l'opération de concentration envisagée doit contenir les informations exactes et complètes, et que, conformément à l'article 11 du règlement, les parties notifiantes sont tenues de répondre de manière complète, exacte et dans les délais prescrits à d'éventuelles demandes de renseignements de la Commission, faute de quoi, lorsque les renseignements en cause ont été demandés par voie de décision, la Commission peut, en vertu des articles 14 et 15 du règlement, infliger des amendes et des astreintes. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que celle-ci doit à l'occasion de la réponse à la communication des griefs, sous peine de dévaloriser les droits de la défense des parties notifiantes, appliquer les mêmes critères que ceux suivis aux fins de l'examen de l'argumentation de tiers ou que ceux retenus à un stade plus précoce de son enquête, tout en pouvant tirer des conséquences appropriées dans l'hypothèse où il s'avère à un stade très avancé de la procédure que la notification concernée ne respecte pas les exigences de l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'application.

95 Il s'ensuit que le Tribunal a commis une erreur de droit, d'une part, en imposant, en substance, à la Commission d'être particulièrement exigeante en ce qui concerne le

caractère probant des éléments de preuve et d'argumentation apportés par les parties notifiantes en réponse à une communication de griefs et, d'autre part, en tirant la conclusion que l'absence d'études de marché supplémentaires après la communication des griefs et la reprise par la Commission de l'argumentation en défense des requérantes équivalaient à une délégation illégale de l'enquête aux parties à la concentration.

- <sup>96</sup> Toutefois, cette erreur de droit n'entache pas l'intégralité de l'arrêt attaqué, particulièrement la partie de celui-ci portant sur les insuffisances de motivation de la décision litigieuse ainsi que l'appréciation du Tribunal, figurant au point 377 de l'arrêt attaqué, selon laquelle «les éléments de preuve, tels qu'ils sont mentionnés dans [ladite] décision, ne permettent pas d'étayer les conclusions qui en sont tirées». Dès lors, il y a lieu de procéder à l'examen des autres moyens.

Sur le septième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal s'est fondé sur des éléments de preuve qui n'ont pas été divulgués aux parties à l'opération de concentration

#### — Arrêt attaqué

- <sup>97</sup> Au point 352 de l'arrêt attaqué, dans le cadre de l'examen effectué par le Tribunal portant sur la transparence des prix et, en particulier, sur la possibilité d'une surveillance du marché de détail par les majors à l'aide de rapports de contrôle hebdomadaires établis par leurs représentants de commerce, le Tribunal relève une constatation de la Commission figurant dans la décision litigieuse, selon laquelle les requérantes auraient mis en place un système de rapports hebdomadaires, contenant également des informations sur les concurrents. Aux points 356 à 360 de l'arrêt attaqué, le Tribunal renvoie en complément à ce sujet à certains documents présentés par Impala et qualifiés de confidentiels. Ainsi, les points 356 à 360 de la version de l'arrêt attaqué publié au Recueil sont simplement marqués «[confidentiel]». Il est également fait référence aux rapports hebdomadaires de suivi aux points 389 et 451 de cet arrêt, ledit point 389 comprenant une partie marquée «[confidentiel]» dans sa version publiée au Recueil.

## — Argumentation des parties

98 Les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en se fondant, aux points 356 à 360 de l'arrêt attaqué, sur des éléments de preuve qui n'étaient pas à la disposition de la Commission au moment de l'adoption de la décision litigieuse et qui ne leur avaient jamais été divulgués. À cet égard, il serait difficile d'imaginer pourquoi le Tribunal aurait évoqué ces documents dans cinq points de son arrêt et s'y serait référé à deux autres reprises, aux points 389 et 451 de l'arrêt attaqué, s'il ne les tenait pas pour pertinents pour ce qui concerne le résultat de son contrôle.

99 Impala soutient que les éléments en cause ont été mentionnés au cours de l'audition des 14 et 15 juin 2004 en présence des parties et ont été communiqués à titre confidentiel à la Commission après ces débats. Selon Impala, les requérantes ont été ainsi informées, lors desdits débats, qu'il s'agissait de leurs propres pratiques de suivi des prix en France et elles ont présenté de nombreuses observations sur cet aspect du régime d'établissement des prix au cours tant de la procédure administrative que de la procédure devant le Tribunal. En tout état de cause, d'après Impala, même si les reproches formulés par les requérantes dans le cadre de ce moyen étaient fondés, il ne pourrait en être tenu compte car lesdits éléments n'ont pas eu d'influence sur le résultat de l'arrêt attaqué.

## — Appréciation de la Cour

100 Tout d'abord, il y a lieu de rejeter l'argument d'Impala exposé au point 99 du présent arrêt, selon lequel les requérantes ont été suffisamment informées du contenu des documents faisant l'objet des points 356 à 360 de l'arrêt attaqué lors de l'audition devant la Commission. En effet, il ressort du mémoire en réponse d'Impala devant la Cour que «[c]ette information a été mentionnée au cours de l'audition [...] et a ensuite été communiquée à la Commission à titre confidentiel après l'audition». Dans ces circonstances, il ne saurait être prétendu que le contenu de ces documents a été décrit en temps utile et avec la précision et la cohérence nécessaires pour permettre aux requérantes, le cas échéant, de répondre utilement aux propositions qu'Impala tirait desdits documents devant la Commission.

101 Conformément à l'article 18, paragraphe 3, du règlement, la Commission ne peut fonder ses décisions prises en vertu dudit règlement que sur des objections au sujet desquelles les intéressés ont pu faire valoir leurs observations. Il s'ensuit que, comme les requérantes n'ont pas pu prendre connaissance en temps utile de la teneur des documents confidentiels en question, la Commission ne pouvait pas s'appuyer sur ces documents aux fins de la décision litigieuse.

102 Dès lors, le Tribunal a commis une erreur de droit en s'appuyant, en vue de l'annulation de la décision litigieuse, sur des documents présentés à titre confidentiel par Impala, dès lors que la Commission elle-même n'aurait pas pu les utiliser aux fins de l'adoption de ladite décision en raison de leur caractère confidentiel.

103 Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la question de savoir si la prise en compte desdits documents aurait pu avoir une incidence sur le résultat de l'examen par le Tribunal des arguments relatifs aux erreurs manifestes d'appréciation commises par la Commission, il suffit de relever que, en tout état de cause, l'erreur de droit identifiée dans le cadre de ce septième moyen n'est pas susceptible de mettre en cause la conclusion du Tribunal, figurant au point 325 de l'arrêt attaqué, selon laquelle, en substance, la décision litigieuse doit être annulée en raison d'une insuffisance de motivation. Il convient donc de procéder à l'examen des autres moyens.

Sur le cinquième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a méconnu les critères juridiques pertinents applicables en matière de création ou de renforcement d'une position dominante collective

#### — Arrêt attaqué

104 Aux points 250 à 254 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a formulé les observations suivantes quant à la notion de position dominante collective:



- «250 [...] La détermination de l'existence d'une position dominante collective doit s'appuyer sur une série d'éléments de faits établis, passés ou actuels, attestant de l'entrave significative de la concurrence sur le marché en raison du pouvoir acquis par certaines entreprises d'adopter ensemble une même ligne d'action sur ce marché, dans une mesure appréciable, indépendamment de leurs concurrents, de leur clientèle et des consommateurs.
- 251 Il s'ensuit que, dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective, les trois conditions dégagées par le Tribunal dans l'arrêt [du 6 juin 2002,] *Airtours/Commission*, [T-342/99, Rec. p. II-2585], déduites à partir d'une analyse théorique de la notion de position dominante collective, si elles sont, certes, également nécessaires, peuvent cependant, le cas échéant, être établies indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve, éventuellement même très hétérogènes, relatifs aux signes, manifestations et phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective.
- 252 Ainsi, en particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée, surtout s'ils sont d'un niveau supraconcurrentiel, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pourraient, en l'absence d'autre explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une position dominante collective, quand bien même il n'y aurait pas de preuves directes solides d'une transparence forte du marché, compte tenu de ce que cette dernière peut être présumée dans de telles circonstances.
- 253 Il s'ensuit que, en l'espèce, l'alignement des prix, tant bruts que nets, sur les six dernières années, alors que les produits ne sont pas identiques (chaque disque ayant un contenu différent), ainsi que leur maintien à un niveau assez stable et perçu comme élevé en dépit d'une baisse importante de la demande, joints à d'autres facteurs (puissance des entreprises en situation d'oligopole, stabilité des parts de marché, etc.), tels que constatés par la Commission dans la décision [litigieuse], pourraient, en l'absence d'une autre explication, suggérer, ou constituer un indice, que l'alignement des prix n'est pas le résultat du jeu normal d'une concurrence effective et que le marché est suffisamment transparent en ce qu'il a permis une coordination tacite des prix.

254 Toutefois, [Impala] ayant plutôt fondé son argumentation sur une application erronée des différentes conditions requises pour une position dominante collective, telles que définies dans l'arrêt *Airtours/Commission*, [précité], et, en particulier, celle relative à la transparence du marché, que sur la thèse selon laquelle la constatation d'une politique commune pendant une longue durée associée à la présence d'une série d'autres facteurs caractéristiques d'une position dominante collective pourrait, dans certaines circonstances et en l'absence d'une autre explication, suffire à démontrer l'existence d'une telle position, par opposition à sa création, sans qu'il soit besoin d'établir positivement la transparence du marché, le Tribunal se limitera, dans le cadre de l'examen de moyens soulevés, à vérifier que la décision [litigieuse] a fait une application correcte des conditions ressortant de la jurisprudence *Airtours*. En effet, sans même qu'il soit nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si l'attitude inverse conduirait le Tribunal à dépasser le cadre du litige tel que défini par les parties ou constituerait une simple application du droit dans le cadre d'un moyen soulevé par [Impala], cette démarche s'impose, en vertu du principe du contradictoire, dès lors que cette question n'a pas été débattue devant le Tribunal.»

105 Le point 309 de l'arrêt attaqué se présente dans les termes suivants:

«Par ailleurs, il ressort de la dernière phrase du considérant 77 de la décision [litigieuse] que les remises ne sont pas de nature à affecter réellement la transparence du marché en matière de prix résultant, notamment, des prix publics de catalogue, dans la mesure où il est constaté que, '[s]i les grandes maisons de disques s'étaient sensiblement écartées des politiques convenues en matière de prix en accordant des remises, cet écart serait apparu dans leurs prix moyens nets'.»

106 S'agissant de la question de l'incidence des variations des remises sur la transparence du marché, le Tribunal a notamment indiqué, au point 420 de l'arrêt attaqué, que «[comme] l'a relevé [Impala], les différences dans les gammes de remises dans le temps pourraient être le résultat de différences dans les performances et n'excluent pas que les remises reposent sur un ensemble connu de règles».

107 Au point 427 de l'arrêt attaqué, le Tribunal indique que certains éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuyait «n'excluent pas que [des variations des remises par client] puissent, à tout le moins pour un professionnel du secteur, s'expliquer assez aisément à partir d'un certain nombre de règles générales ou spécifiques gouvernant l'octroi des remises».

108 Le point 428 de l'arrêt attaqué se lit comme suit:

«Si, ainsi que l'a souligné la Commission, [Impala] n'a certes pas exposé de manière précise quelles seraient ces différentes règles régissant l'octroi des remises promotionnelles, ou, selon la Commission, en a mentionné un nombre trop élevé, ce qui rendrait leur application complexe et donc peu transparente, il n'en reste pas moins que, ainsi qu'il a déjà été constaté, la Commission n'a pas effectué d'enquête dans le marché à cet égard ou, à tout le moins, n'a produit aucun élément de preuve de l'opacité des remises promotionnelles, hormis les tableaux des parties à la concentration, lesquels, outre leurs imperfections, n'ont, en tout état de cause pour objet que d'établir l'existence de certaines variations desdites remises, mais ne démontrent pas que ces variations ne pourraient s'expliquer plus ou moins aisément pour un professionnel du secteur. [...]»

109 Au point 429 de l'arrêt attaqué, le Tribunal indique que «[s]i la combinaison des variables a nécessairement pour effet d'accroître les hypothèses, la Commission n'a toutefois pas démontré que l'exercice en serait rendu d'une difficulté excessive pour un professionnel du marché».

#### — Argumentation des parties

110 Les requérantes font valoir que le Tribunal, en concluant que la Commission avait commis des erreurs manifestes d'appréciation et avait insuffisamment motivé la décision litigieuse à propos de la transparence du marché, a méconnu l'état du droit communautaire sur la notion de position dominante collective. Selon les requérantes, le critère relatif à la transparence du marché comme élément indicatif d'une

position dominante collective sur un marché, tel qu'énoncé par le Tribunal dans son arrêt *Airtours/Commission*, précité, et que le Tribunal déclare suivre dans l'arrêt attaqué, imposait à la Commission d'établir, en premier lieu, que les majors disposaient d'un mécanisme plausible de surveillance de leurs prix nets de gros respectifs et, en second lieu, étant donné que la décision litigieuse portait essentiellement sur la question de l'existence de collusion tacite, que les majors avaient en réalité appliqué un tel mécanisme de surveillance.

111 Selon les requérantes, en pratique, le Tribunal a appliqué un critère édulcoré pour établir la transparence du marché, ainsi qu'il ressort notamment du point 251 de l'arrêt attaqué, en ce qu'il a inféré cette transparence d'un certain nombre de facteurs qui, en droit, ne sont pas suffisants pour établir le degré requis de transparence. En particulier, en ignorant la pertinence des remises pour apprécier la transparence au niveau des prix nets de gros, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en omettant d'identifier une méthode permettant de surveiller de manière suffisamment précise et opportune les modifications importantes des prix nets de gros des autres majors pour identifier avec précision et à temps toute déviation dans les niveaux de prix tacitement convenus.

112 Selon les requérantes, l'hypothèse d'une collusion tacite préexistante implique que les requérantes ainsi que les autres majors avaient réellement surveillé leurs prix nets de gros et disposaient d'informations suffisamment précises et opportunes sur les modifications de leurs prix nets de gros respectifs. Or, ni le Tribunal, ni Impala, ni la Commission n'auraient pu identifier un mécanisme de surveillance, par les majors, des prix nets de gros ou prouver qu'un tel mécanisme a été utilisé.

113 Au contraire, le Tribunal a appliqué, selon les requérantes, un critère erroné dans son appréciation du degré de transparence requis pour pouvoir conclure à l'existence d'une position dominante collective sur les marchés de la musique enregistrée en cause. Il aurait en effet retenu des éléments qui ne sont pas pertinents au regard du critère relatif à la transparence du marché et écarté d'autres éléments qui sont pour-

tant manifestement pertinents à ce sujet. À ce dernier égard, les requérantes soutiennent que le Tribunal a notamment commis des erreurs de droit:

- en déduisant, au point 309 de l'arrêt attaqué, la transparence des remises de leur impact sur les prix nets moyens;
- en écartant, au point 429 de l'arrêt attaqué, la pertinence des structures complexes de prix dans son appréciation de la transparence, et
- en écartant, aux points 298, 306, 310 et 395 de l'arrêt attaqué, la pertinence de la variation des prix pour apprécier la transparence.

<sup>114</sup> Impala suggère tout d'abord que le cinquième moyen constitue une tentative de la part des requérantes de remettre en cause les appréciations de fait formulées par le Tribunal, sans faire valoir d'erreurs de droit.

<sup>115</sup> Subsidiairement, Impala soutient que le Tribunal a, dans l'arrêt attaqué, appliqué un critère correct pour établir la transparence du marché, à savoir le critère énoncé au point 62 de l'arrêt du Tribunal *Airtours/Commission*, précité. À cet égard, Impala fait valoir, notamment, que le seul élément dont la Commission a constaté qu'il était «moins» transparent était celui constitué par les remises promotionnelles. Néanmoins, le Tribunal aurait constaté que les éléments de preuve déterminants sur lesquels la Commission a fondé sa constatation n'étaient pas celle-ci, bien qu'il ait été procédé à un examen exhaustif de ces éléments de preuve. En réalité, le cinquième moyen viserait non pas le critère juridique de la transparence du marché, mais plutôt l'évaluation par le Tribunal des éléments factuels établissant cette transparence. Selon Impala, l'arrêt attaqué n'a pas fait une application erronée du critère énoncé au point 62 de l'arrêt du Tribunal *Airtours/Commission*, précité, puisque le Tribunal n'a ni appliqué un critère édulcoré ni omis d'examiner la transparence au niveau requis.

116 Impala conteste en outre les allégations résumées au point 113 du présent arrêt.

— Appréciation de la Cour

117 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la question de savoir si le Tribunal a appliqué une norme juridique correcte lors de l'examen des éléments de preuve constitue une question de droit pouvant, en tant que telle, être invoquée dans le cadre d'un pourvoi (voir arrêt *Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission*, précité, point 40). S'agissant de la présente affaire, les arguments des requérantes exposés aux points 110 à 112 du présent arrêt sont donc recevables au stade du pourvoi.

118 En ce qui concerne les trois critiques ponctuelles résumées au point 113 du présent arrêt, seules les deuxième et troisième sont recevables. En effet, la première critique ponctuelle ne porte pas sur la pertinence d'un élément particulier utilisé pour établir l'existence d'une position dominante collective, mais vise, en réalité, à une nouvelle appréciation des faits, ce qui, en vertu de la jurisprudence constante rappelée au point 29 du présent arrêt, échappe, en principe, à la compétence de la Cour en matière de pourvoi (voir également en ce sens, par analogie, arrêt du 22 novembre 2007, *Sniace/Commission*, C-260/05 P, Rec. p. I-10005, points 34 et 35). En revanche, les deuxième et troisième critiques ponctuelles consistent à invoquer des erreurs de droit.

119 En ce qui concerne le bien-fondé de ce moyen, il convient d'emblée de rappeler que la Cour a déjà jugé, en substance, que la notion de position dominante collective est incluse dans celle de «position dominante» au sens de l'article 2 du règlement (voir, en ce sens, arrêt *Kali & Salz*, précité, points 166 et 178). À cet égard, l'existence d'un accord ou d'autres liens juridiques entre les entreprises concernées n'est pas indispensable à la constatation d'une position dominante collective. Une telle constatation pourrait résulter d'autres facteurs de corrélation et dépendrait d'une appréciation économique et, notamment, d'une appréciation de la structure du marché en cause (voir arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1365, point 45).

- 120 S'agissant d'une allégation de création ou de renforcement d'une position dominante collective, la Commission est tenue d'apprécier, selon une analyse prospective du marché de référence, si l'opération de concentration dont elle est saisie aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché (voir arrêt *Kali & Salz*, précité, point 221) en vue de profiter d'une situation de puissance économique collective, et cela sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.
- 121 De tels facteurs de corrélation incluent en particulier la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon à maximiser leur profit commun en augmentant des prix, en réduisant la production, le choix ou la qualité des biens et des services, en diminuant l'innovation ou en exerçant, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part provoquerait une réaction de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative.
- 122 Une situation de position dominante collective entravant de manière significative la concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci peut donc intervenir à la suite d'une opération de concentration lorsque, compte tenu des caractéristiques mêmes du marché en cause et de la modification qu'apporterait à ces caractéristiques la réalisation de l'opération, celle-ci aurait comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article 81 CE, et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

123 La probabilité d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination.

124 Les conditions énoncées par le Tribunal au point 62 de son arrêt *Airtours/Commission*, précité, dont le Tribunal, au point 254 de l'arrêt attaqué, a conclu qu'elles devaient être appliquées dans le litige devant lui, ne méconnaissent pas les critères exposés au point précédant du présent arrêt.

125 Or, dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite.

126 À cet égard, l'appréciation de, par exemple, la transparence sur un marché donné devrait non pas se faire de façon isolée et abstraite, mais s'effectuer à l'aune d'un mécanisme d'une hypothétique coordination tacite. En effet, c'est uniquement en tenant compte d'une telle hypothèse qu'il est possible de vérifier si d'éventuels éléments de transparence existant sur un marché sont effectivement de nature à faciliter la définition tacite d'une ligne de conduite commune et/ou à permettre aux concurrents concernés de surveiller de manière suffisante si les modalités d'une



telle ligne de conduite sont respectées. À ce dernier égard, aux fins de l'analyse de la durabilité d'une coordination tacite postulée, il est nécessaire de prendre en compte les mécanismes de surveillance éventuellement accessibles aux participants à la coordination tacite alléguée, afin de vérifier si, en raison de tels mécanismes, il leur serait possible de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à une telle coordination.

<sup>127</sup> En ce qui concerne la présente affaire, les requérantes font valoir que, même si, au point 254 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a déclaré suivre la démarche adoptée dans son arrêt *Airtours/Commission*, précité, en pratique, il a commis une erreur de droit en inférant l'existence d'une transparence suffisante d'un nombre de facteurs qui n'étaient cependant pas pertinents aux fins d'une constatation d'une position dominante collective existante. Dans ce contexte, les requérantes critiquent notamment le fait que le Tribunal a admis, au point 251 de l'arrêt attaqué, que les conditions dégagées au point 62 de l'arrêt *Airtours/Commission*, précité, peuvent «le cas échéant, être établies indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve, éventuellement même très hétérogènes, relatifs aux signes, manifestations et phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective».

<sup>128</sup> À cet égard, il convient de relever que, comme la Commission l'a noté lors de l'audience, ledit point 251 n'est pas critiquable en soi, s'agissant d'une déclaration générale qui reflète la libre analyse par le Tribunal de différents éléments de preuve. Il est en effet de jurisprudence constante qu'il appartient, en principe, au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments de preuve produits devant lui (voir, notamment, arrêts du 1er juin 1994, *Commission/Brazzelli Lualdi e.a.*, C-136/92 P, Rec. p. I-1981, point 66, ainsi que du 15 juin 2000, *Dorsch Consult/Conseil et Commission*, C-237/98 P, Rec. p. I-4549, point 50).

<sup>129</sup> De même, la recherche d'une position dominante collective préexistante qui se fonde sur une série d'éléments habituellement considérés comme indicatifs de la présence ou de la probabilité d'une coordination tacite entre concurrents ne peut donc pas, en tant que telle, être remise en cause. Toutefois, ainsi qu'il résulte du point 125 du présent arrêt, il est impératif que cette recherche soit menée avec précaution et, surtout, dans le cadre d'une approche fondée sur l'analyse des éventuelles stratégies plausibles de coordination.

- 130 Or, en l'occurrence, force est de constater que le Tribunal, saisi par Impala des arguments portant en particulier sur les parties de la décision litigieuse consacrées à la transparence du marché, n'a pas effectué son analyse desdites parties à la lumière d'un mécanisme postulé de surveillance s'insérant dans une théorie plausible de coordination tacite.
- 131 Certes, au point 420 de l'arrêt attaqué, le Tribunal se réfère à la possibilité d'un «ensemble connu de règles» régissant l'octroi de remises par les majors. Toutefois, par la suite, comme les requérantes le soulignent à juste titre dans le cadre de la deuxième critique ponctuelle mentionnée au point 113 du présent arrêt, s'agissant de la question de savoir si certaines variations de remises, constatées par la Commission dans la décision litigieuse, étaient de nature à remettre en cause la possibilité d'une surveillance adéquate du respect mutuel des modalités d'une éventuelle coordination tacite, le Tribunal se contente, aux points 427 à 429 de l'arrêt attaqué, d'affirmations non étayées relatives à un hypothétique professionnel du secteur. Or, au point 428 dudit arrêt, le Tribunal avoue lui-même qu'Impala, partie requérante devant lui, «n'a certes pas exposé de manière précise quelles seraient ces différentes règles régissant l'octroi des remises promotionnelles».
- 132 À cet égard, il importe de rappeler qu'Impala représente des entreprises qui, même si elles ne sont pas membres de l'oligopole formé par les majors, sont actives sur les mêmes marchés. Dans ces circonstances, force est de conclure que le Tribunal a méconnu le fait que la charge de la preuve pesait sur Impala en ce qui concerne les prétendues aptitudes de cet hypothétique «professionnel du secteur».
- 133 Eu égard à ce qui précède, sans qu'il soit besoin de prendre position sur le bien-fondé de la troisième critique ponctuelle mentionnée au point 113 du présent arrêt, il y a lieu de conclure que, en méconnaissant les principes devant guider son analyse des arguments soulevés devant lui ayant trait à la transparence du marché dans le contexte d'une position dominante collective alléguée, le Tribunal a commis une erreur de droit.
- 134 Cette erreur entache la partie de l'arrêt attaqué portant sur l'examen par le Tribunal des arguments relatifs aux erreurs manifestes d'appréciation commises par la

Commission, y compris la constatation du Tribunal figurant au point 377 de l'arrêt attaqué. Toutefois, elle n'est pas, en soi, de nature à remettre en cause la conclusion du Tribunal, figurant au point 325 de l'arrêt attaqué, selon lequel, en substance, la décision litigieuse doit être annulée en raison d'une insuffisance de motivation. Il convient donc de procéder à l'examen des autres moyens.

Sur le quatrième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a dépassé le cadre du contrôle juridictionnel lui incombant

#### — Arrêt attaqué

<sup>135</sup> À certains points de l'arrêt attaqué, tels que les points 347 et 361 de celui-ci, le Tribunal utilise des expressions comme «une forte transparence des prix» ou «une grande transparence du marché». Par ailleurs, au point 299 de l'arrêt attaqué, le Tribunal caractérise la conclusion figurant dans la décision litigieuse selon laquelle les prix de catalogue étaient «plutôt alignés» comme étant «pour le moins prudente, l'alignement étant effectivement très marqué». Au point 307 de cet arrêt, le Tribunal a constaté que «la variation des niveaux généraux de remises sur facture pratiquées par les parties à la concentration, telle que relevée au considérant 78 de la décision [litigieuse], n'est que très faible». Au point 317 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a déduit de la décision litigieuse que «les remises promotionnelles n'ont qu'une incidence limitée sur les prix».

<sup>136</sup> Au point 425 de l'arrêt attaqué, le Tribunal indique, à propos de la décision litigieuse, que «le calcul du différentiel entre les remises minimales et maximales par client [...] réalisé pour chacune des parties à la concentration a erronément été effectué». Au point 427 de cet arrêt, le Tribunal indique que les données sur les remises émanant des parties opérant la concentration sont «d'une pertinence douteuse».

137 Au point 434 de l'arrêt attaqué, il est notamment indiqué ce qui suit:

«[...] l'étude préparée par les économistes des parties à la concentration ne présente pas de données suffisamment fiables, pertinentes et comparables [...]. S'il est certes probable que les différents types de détaillants (supermarchés, indépendants, chaînes de magasins spécialisés, etc.) appliquent une politique de marge différente, et qu'il existe des différences au sein de chaque catégorie d'opérateurs, et même pour chaque opérateur individuel des différences selon les types d'album ou leur degré de succès, il est en revanche très peu probable, et l'étude ne contient aucune donnée à cet égard, qu'un détaillant applique une politique de vente différente pour un même type d'album. [...]»

— Argumentation des parties

138 Les requérantes, soutenues à cet égard par la Commission, font valoir que le Tribunal a dépassé la portée du contrôle juridictionnel lui incombant, en violation de l'article 230 CE et d'une jurisprudence constante, en substituant sa propre appréciation à celle de la Commission, et cela sans prouver l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation entachant la décision litigieuse et sans demander d'expertises économiques.

139 En outre, dans son examen de la décision litigieuse, le Tribunal aurait lui-même commis des erreurs manifestes d'appréciation et interprété de manière fondamentalement erronée les éléments de preuve produits devant lui portant sur des aspects essentiels de l'affaire, y compris, en particulier, la pertinence, la complexité et l'opacité des remises.

140 Par ailleurs, les requérantes considèrent que le Tribunal, aux points 425, 427 et 434 de l'arrêt attaqué, a ainsi également dénaturé certains éléments de preuve.

<sup>141</sup> Impala considère que ce moyen constitue, à tout le moins dans une mesure significative, une tentative de remettre en cause l'appréciation factuelle effectuée par le Tribunal, sans que les requérantes établissent que le Tribunal a mal interprété les éléments de preuve à sa disposition.

<sup>142</sup> À titre subsidiaire, Impala soutient que le Tribunal avait à l'esprit la jurisprudence pertinente concernant la portée de son contrôle lorsqu'il a examiné la décision litigieuse en se référant, au point 328 de l'arrêt attaqué, au point 39 de l'arrêt *Commission/Tetra Laval*, précité, et qu'il n'a dès lors pas dépassé le champ du contrôle juridictionnel lui incombant.

#### — Appréciation de la Cour

<sup>143</sup> À titre liminaire, il y a lieu de rejeter l'argumentation d'Impala relative à l'irrecevabilité du quatrième moyen. En effet, contrairement à ce que soutient cette dernière, par le présent moyen, les requérantes ne se limitent pas à remettre en cause l'appréciation des faits opérée en première instance, mais invoquent des questions de droit qui sont recevables au stade du pourvoi.

<sup>144</sup> Sur le fond, il convient de rappeler tout d'abord que la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique aux fins de l'application des règles de fond du règlement, en particulier de son article 2. Il en résulte que le contrôle par le juge communautaire d'une décision de la Commission en matière d'opérations de concentration est limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (voir arrêts précités *Kali & Salz*, points 223 et 224, ainsi que *Commission/Tetra Laval*, point 38).

<sup>145</sup> Cela étant, s'il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de la Commission aux fins de l'application des règles de fond du règlement, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler la qualification juridique, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude

matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (voir, en ce sens, arrêts précités Commission/Tetra Laval, point 39, ainsi que Espagne/Lenzing, points 56 et 57).

146 En ce qui concerne la présente affaire, force est donc de constater que, en tant que le Tribunal, dans le cadre des arguments soulevés devant lui, a procédé à un examen approfondi des éléments de preuve sous-tendant la décision litigieuse, il a agi en conformité avec les exigences de la jurisprudence exposées aux points 144 et 145 du présent arrêt.

147 Toutefois, cette conclusion, en tant que telle, ne suffit pas pour rejeter le quatrième moyen. En effet, outre la question de savoir si le Tribunal a outrepassé la portée du contrôle lui incombant en ce qui concerne le degré d'intensité de son contrôle du fondement factuel de la décision litigieuse, les requérantes font par ailleurs valoir, comme il ressort du point 139 du présent arrêt, que le Tribunal, dans son examen des facteurs sous-tendant la décision litigieuse, a lui-même commis des erreurs manifestes d'appréciation et a interprété de manière fondamentalement erronée les éléments de preuve produits devant lui.

148 Ces dernières allégations coïncident partiellement avec d'autres moyens du présent pourvoi à savoir, d'une part, les premier, deuxième et septième moyens ainsi que la première branche du troisième moyen, relatifs au traitement par le Tribunal de certains éléments de preuve produits devant lui et, d'autre part, le cinquième moyen, tiré d'une méconnaissance par le Tribunal des critères juridiques applicables en matière de position dominante collective.

149 À cet égard, il suffit de relever que, comme il ressort des points 95, 102 et 133 du présent arrêt, le Tribunal, s'agissant de son examen des arguments tirés de l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation, a commis des erreurs de droit en ce qui concerne tant le traitement de certains éléments de preuve que les critères juridiques

applicables en matière de position dominante collective résultant d'une coordination tacite.

150 Par conséquent, sans qu'il soit besoin de se prononcer ni sur les allégations des requérantes tirées de la dénaturation des éléments de preuve ni sur la question de savoir si le Tribunal, dans l'arrêt attaqué, a effectivement substitué sa propre appréciation économique à celle de la Commission, il y a lieu de conclure que, à tout le moins, la partie de l'arrêt attaqué consacrée à l'examen des arguments tirés de l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation est entachée d'erreur de droit. En ce qui concerne la partie de l'arrêt attaqué portant sur l'insuffisance de motivation de la décision litigieuse, il convient encore d'aborder le sixième moyen.

Sur le sixième moyen, tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal a appliqué une norme erronée en matière de motivation des décisions autorisant des opérations de concentration

#### — Arrêt attaqué

151 Aux points 255 à 276 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a résumé les éléments pertinents de la décision litigieuse pour l'examen du premier moyen soulevé devant lui. Le point 275 dudit arrêt se lit comme suit:

«Il ressort de ce qui précède que c'est au regard de l'homogénéité du produit, de la transparence du marché ainsi que de l'exercice des mesures de rétorsion que la Commission a conclu à l'absence de position dominante collective.»

152 Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné diverses rubriques de la décision litigieuse pour vérifier si elle contenait une motivation suffisante pour la constatation

du manque de transparence du marché en cause en répondant à chaque fois par la négative.

153 Le Tribunal a tout d'abord examiné la rubrique de la décision litigieuse spécialement consacrée à la transparence du marché. À cet égard, il a notamment indiqué, aux points 289, 290 et 294 de l'arrêt attaqué, ce qui suit:

«289 S'agissant de la rubrique ad hoc, il convient d'observer, à titre liminaire, qu'elle ne contient que trois considérants, bien que la transparence constitue en l'espèce, selon la décision [litigieuse] et plus encore selon la position défendue par la Commission dans ses mémoires devant le Tribunal, le motif essentiel, voire unique, sur lequel repose l'assertion selon laquelle il n'existe pas de position dominante collective sur les marchés de la musique enregistrée. Il y a lieu de relever, également, qu'il n'y est pas conclu que le marché n'est pas transparent, ni même qu'il n'est pas suffisamment transparent pour permettre une collusion tacite. Tout au plus est-il indiqué, d'une part, au considérant 111 in fine, que la nécessité d'opérer un contrôle au niveau de l'album, en particulier pour les remises promotionnelles, 'pourrait réduire la transparence sur le marché et rendre les ententes tacites plus difficiles' et, d'autre part, au considérant 113 in fine, que la 'Commission n'a cependant pas trouvé assez d'éléments pour démontrer qu'en contrôlant les prix au détail ou en utilisant ces contacts avec les détaillants les grandes maisons de disques ont pu, par le passé, combler le déficit de transparence en matière de remises promotionnelles, évoqué à propos des cinq grands États membres'. À l'évidence, de telles affirmations, vagues et non assorties de la moindre précision relatives, notamment, à la nature des remises promotionnelles, aux circonstances dans lesquelles elles sont susceptibles de s'appliquer, à leur degré d'opacité, à leur amplitude ou à leur impact sur la transparence des prix, ne sauraient motiver à suffisance de droit la constatation selon laquelle le marché n'est pas suffisamment transparent pour permettre une position dominante collective.

290 Il apparaît, ensuite, que, hormis les deux extraits mentionnés ci-dessus, tous les facteurs relevés aux considérants 111 à 113 de la décision [litigieuse], loin de démontrer l'opacité du marché, mettent au contraire en évidence une transparence de celui-ci.



[...]

294 Il ressort de ce qui précède que, dans la rubrique ad hoc de la décision [litigieuse] consacrée à l'examen de la transparence, non seulement la Commission n'a pas conclu que le marché était opaque ou pas suffisamment transparent pour permettre une position dominante collective, mais n'a, en outre, fait état que de facteurs de nature à créer une grande transparence du marché et à faciliter le contrôle du respect d'une collusion, à la seule exception de l'affirmation, de portée assez limitée et non étayée, que les remises promotionnelles pourraient réduire la transparence et rendre les ententes tacites plus difficiles. Force est donc de constater que cette rubrique ne pourrait manifestement pas, à elle seule, être considérée comme motivant à suffisance de droit l'assertion selon laquelle le marché n'est pas suffisamment transparent.»

154 Le Tribunal a ensuite examiné les développements contenus dans la décision litigieuse relatifs à une éventuelle «politique commune des prix» entre les majors et les a analysés, aux points 295 à 324 de l'arrêt attaqué, à la recherche d'indices qui seraient de nature à expliquer l'insuffisance alléguée de transparence sur les marchés en cause. À cet égard, le Tribunal a notamment émis les conclusions suivantes:

«315 Il apparaît ainsi que le seul élément d'opacité relevé dans la décision [litigieuse] consiste dans l'affirmation, au considérant 80 (et aux considérants correspondants pour les autres grands pays), qu'il 'apparaît toutefois que les remises promotionnelles sont moins transparentes que les remises ordinaires et que leur contrôle exige également une observation rigoureuse de l'évolution de ce type de remises sur le marché au détail'.

[...]

318 Il convient également d'observer que la décision [litigieuse] n'indique pas que le marché est opaque, ni même qu'il n'est pas suffisamment transparent

pour permettre une coordination des prix, mais tout au plus que les remises promotionnelles seraient moins transparentes, sans même que la décision [litigieuse] fournisse le moindre élément d'information quant à leur nature, les circonstances dans lesquelles elles sont attribuées ou leur importance concrète sur les prix nets, ni sur leur impact sur la transparence des prix.

319 Il convient de rappeler, par ailleurs, que, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, la Commission a relevé dans la décision [litigieuse] de nombreux éléments et facteurs qui favorisent la transparence du marché et facilitent le contrôle du respect d'une entente.

320 Il s'ensuit que les quelques affirmations relatives aux remises promotionnelles contenues dans la rubrique de la décision [litigieuse] dévolue à l'examen de la coordination des prix dans les grands pays, dans la mesure où elles sont imprécises, non étayées, voire contredites par d'autres observations figurant dans la décision [litigieuse], ne sauraient démontrer l'opacité du marché ni même des remises promotionnelles. Ces affirmations se bornent, en outre, à indiquer que les remises promotionnelles seraient moins transparentes que les remises ordinaires mais n'expliquent pas en quoi elles seraient pertinentes pour la transparence du marché et ne permettent pas de comprendre comment elles pourraient, à elles seules, compenser tous les autres facteurs de transparence du marché identifiés dans la décision [litigieuse] et ainsi supprimer la transparence nécessaire à l'existence d'une position dominante collective.

[...]

324 Il s'ensuit que la rubrique relative aux petits pays ne comporte pas non plus de motivation de la constatation selon laquelle le marché ne serait pas transparent du fait des remises promotionnelles. En tout état de cause, la situation existant dans les petits pays ne saurait constituer une motivation valable de la constatation relative au degré de transparence des marchés des grands pays.

325 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le grief tiré d'une insuffisance de motivation de la constatation relative à la transparence du marché est fondé, ce qui justifie en soi l'annulation de la décision [litigieuse].»

155 Le point 411 de l'arrêt attaqué se lit comme suit:

«Dans son mémoire en défense, la Commission a certes fait valoir qu'elle avait examiné les remises des autres majors, mais que, ces chiffres ne pouvant être révélés aux parties à la concentration, il était impossible de les inclure dans la décision [litigieuse]. Cette argumentation ne saurait toutefois être suivie.»

156 Le point 530 de l'arrêt attaqué est libellé ainsi:

«Il ressort du considérant 157 de la décision [litigieuse], et en particulier de sa dernière phrase, que la conclusion de la Commission selon laquelle la concentration ne représente pas une modification suffisamment importante pour entraîner la création probable d'une position dominante collective est expressément fondée sur les conditions relatives à la transparence du marché et aux mesures de rétorsion.»

#### — Argumentation des parties

157 Les requérantes soutiennent, à titre principal, que le système communautaire de contrôle des opérations de concentration, et plus particulièrement l'article 10, paragraphe 6, du règlement, empêche le Tribunal d'annuler une décision autorisant une telle opération en raison d'une motivation insuffisante.

- 158 Subsidiairement, les requérantes font valoir que le Tribunal a appliqué une norme de motivation excessivement élevée, qui est incompatible avec la jurisprudence établie et ne tient pas compte du contexte particulier et de la nature de la procédure de contrôle des opérations de concentration. D'une part, le Tribunal se serait trompé en imposant à la Commission d'expliquer les écarts par rapport à la communication des griefs.
- 159 D'autre part, le Tribunal se serait trompé, dans son examen de la motivation de la décision litigieuse, en ne tenant pas compte du contexte particulier d'une décision autorisant une opération de concentration. À ce sujet, les requérantes font valoir plusieurs considérations. Premièrement, elles considèrent qu'il convient de poser des exigences moins élevées à l'égard de la motivation d'une décision autorisant une opération de concentration qu'à l'égard de celle d'une décision interdisant une telle opération. Deuxièmement, le Tribunal aurait omis à tort d'examiner la motivation de la décision litigieuse du point de vue des professionnels bien informés du secteur. Troisièmement, la brièveté du délai séparant la communication des griefs de l'intervention de la décision autorisant une opération de concentration appellerait une certaine mesure de retenue dans le contrôle de la motivation d'une telle décision. Quatrièmement, le fait que les requérantes soient autorisées à mettre en œuvre l'opération de concentration notifiée devrait faire obstacle à l'annulation des décisions autorisant des opérations de concentration pour insuffisance de motivation. Cinquièmement, le Tribunal, au point 411 de l'arrêt attaqué, aurait commis une erreur de droit en obligeant la Commission à publier des détails sur les prix et les remises, compte tenu de leur nature confidentielle et sensible.
- 160 En tout état de cause, contrairement à l'appréciation effectuée par le Tribunal, une jurisprudence constante suggère, selon les requérantes, que la décision litigieuse est convenablement motivée puisqu'elle a permis à Impala de vérifier les motifs ayant fondé cette décision et au Tribunal d'exercer son contrôle juridictionnel. À cet égard, les requérantes font notamment valoir que la constatation faite par le Tribunal selon laquelle la décision litigieuse était insuffisamment motivée est difficilement compatible avec son appréciation selon laquelle ladite décision serait entachée d'erreurs manifestes d'appréciation.
- 161 Enfin, les requérantes soutiennent que l'examen par le Tribunal de la motivation de la décision litigieuse est vicié par l'utilisation d'une norme de preuve erronée, la

méconnaissance de la portée correcte du contrôle juridictionnel et l'application d'un critère erroné à propos de la transparence.

162 Sans préjudice de son exception générale d'irrecevabilité, Impala estime, en premier lieu, que les requérantes ne sauraient élever au rang de règle générale la clause d'exception que constitue l'article 10, paragraphe 6, du règlement. En deuxième lieu, selon Impala, les requérantes prétendent erronément, en substance, que l'article 253 CE est applicable ou non selon qu'une décision portant sur une opération de concentration envisagée est négative ou positive. En troisième lieu, Impala soutient que le degré de motivation exigé dépend du contexte et du cadre juridique dans lequel un acte particulier est adopté. Il serait tout à fait conforme à ce principe que les exigences de motivation soient adaptées au type d'affaire considérée. Or, en l'espèce, il s'agirait d'une affaire dans laquelle la procédure formelle était ouverte et qui suscitait une opposition sérieuse de la part d'une partie tierce et une communication des griefs.

163 En ce qui concerne l'argumentation subsidiaire des requérantes relative à la norme de motivation appliquée par le Tribunal, Impala fait valoir, d'une part, que le Tribunal se borne à mentionner des extraits de la communication des griefs afin de souligner l'insuffisance de la motivation de la décision litigieuse et les incohérences intrinsèques de cette dernière et fonde sa constatation de cette insuffisance de la motivation sur l'argumentation exposée dans la décision litigieuse elle-même et non par comparaison avec celle développée dans la communication des griefs. D'autre part, Impala considère que le Tribunal n'a pas méconnu le contexte de la procédure de contrôle des opérations de concentration.

164 En outre, il ne résulterait pas du fait que le Tribunal était en mesure de procéder à un examen exhaustif de la décision litigieuse que la motivation de celle-ci était suffisante. De toute évidence, selon Impala, le Tribunal n'a pas été en mesure de comprendre notamment pourquoi, alors que les éléments de preuve ont fait ressortir l'existence d'une transparence suffisante pour étayer une constatation de l'existence d'une position dominante collective, la Commission a cependant conclu que les éléments de preuve de la transparence étaient insuffisants, parce que les remises promotionnelles étaient moins transparentes que d'autres types de remises. Selon Impala, les véritables motifs de la décision litigieuse demeurent inconnus.

165 En ce qui concerne l'argumentation des requérantes résumée au point 161 du présent arrêt, Impala fait valoir que les observations faites par le Tribunal sur certains aspects de la motivation de la décision litigieuse sont fondées sur un examen approfondi de l'analyse effectuée par la Commission, mais, surtout, sur les incohérences internes de la décision litigieuse elle-même.

— Appréciation de la Cour

166 Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, la motivation exigée par l'article 253 CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires de l'acte ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par celui-ci peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences dudit article 253 doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (voir, notamment, arrêts du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 63; du 22 juin 2004, *Portugal/Commission*, C-42/01, Rec. p. I-6079, point 66, ainsi que du 15 avril 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Rec. p. I-2577, point 79).

167 Toutefois, l'auteur d'un tel acte n'est pas tenu de prendre position sur des éléments clairement secondaires ou d'anticiper des objections potentielles (arrêt du 25 octobre 2005, *Allemagne et Danemark/Commission*, dit «Feta», C-465/02 et C-466/02, Rec. p. I-9115, point 106). De plus, le degré de précision de la motivation d'une décision doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions techniques ou de délai dans lesquelles elle doit intervenir (voir arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1965, *Schwarze*, 16/65, Rec. p. 1081, 1096 et 1097, ainsi que du 14 février 1990, *Delacre e.a./Commission*, C-350/88, Rec. p. I-395, point 16). Ainsi, la Commission ne viole pas son obligation de motivation si, lorsqu'elle exerce son pouvoir de contrôle des opérations de concentration, elle n'inclut pas dans sa décision de motivation précise quant à l'appréciation d'un certain nombre d'aspects de la concentration qui lui semblent manifestement hors de propos, dépourvus de signification ou clairement secondaires

pour l'appréciation de cette dernière (voir, en ce sens, arrêt *Commission/Sytraval et Brink's France*, précité, point 64). Une telle exigence serait en effet difficilement compatible avec l'impératif de célérité et les brefs délais de procédure qui s'imposent à la Commission lorsqu'elle exerce son pouvoir de contrôle des opérations de concentration et qui font partie des circonstances particulières d'une procédure de contrôle de ces opérations.

168 Il en résulte que, lorsque la Commission déclare une opération de concentration compatible avec le marché commun sur la base de l'article 8, paragraphe 2, du règlement, l'exigence de motivation est satisfaite si cette décision expose clairement les raisons pour lesquelles la Commission considère que la concentration en question, le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées, ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

169 À cet égard, s'il est vrai que la Commission n'est pas obligée, dans la motivation des décisions adoptées en application du règlement, de prendre position sur tous les éléments et arguments invoqués devant elle, y compris ceux clairement secondaires pour l'appréciation à livrer, il n'en demeure pas moins qu'elle doit exposer les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision. En outre, la motivation doit être logique, ne présentant notamment pas de contradiction interne (voir, en ce sens, par analogie, arrêts du 18 mai 1962, *Geitling e.a./Haute Autorité*, 13/60, Rec. p. 165, 221; du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, 41/69, Rec. p. 661, point 78; du 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord et Rewe-Markt Steffen*, 158/80, Rec. p. 1805, point 26, ainsi que du 17 mai 1988, *Arendt/Parlement*, 28/87, Rec. p. 2633, points 7 et 8).

170 C'est au vu de ces principes qu'il convient d'examiner les critiques formulées par les requérantes dans le cadre du sixième moyen.

171 À titre principal, les requérantes soutiennent qu'une décision de la Commission autorisant une opération de concentration ne peut être annulée en raison d'une insuf-

fisance de motivation. Elles s'appuient particulièrement à cet égard sur l'article 10, paragraphe 6, du règlement.

172 Il découle du point 49 du présent arrêt que cette dernière disposition vise à assurer la sécurité juridique dans l'hypothèse où, exceptionnellement, la Commission n'aurait pas adopté une décision dans le délai prescrit. Ainsi, les entreprises concernées seraient libres de mettre en œuvre leur concentration dès qu'une autorisation tacite est intervenue.

173 Comme Impala le relève, l'argumentation des requérantes fondée sur l'article 10, paragraphe 6, du règlement laisse entendre que les décisions autorisant des opérations de concentration ne doivent être aucunement motivées, puisqu'elles ne peuvent être attaquées pour absence de motivation.

174 Or, il convient de rappeler qu'une insuffisance de motivation de nature à méconnaître l'article 253 CE relève de la violation des formes substantielles au sens de l'article 230 CE, et constitue d'ailleurs un moyen pouvant, voire devant, être soulevé d'office par le juge communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, C-166/95 P, Rec. p. I-983, point 24). Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, un texte du droit communautaire dérivé doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité et les principes généraux du droit communautaire (arrêt du 4 octobre 2007, *Schutzverband der Spirituosen-Industrie*, C-457/05, Rec. p. I-8075, point 22 ainsi que jurisprudence citée). Il s'ensuit que l'article 10, paragraphe 6, du règlement doit être interprété et appliqué à la lumière des articles 230 CE et 253 CE.

175 Ainsi, comme il ressort du point 49 du présent arrêt, ledit article 10, paragraphe 6, constitue une exception à l'économie générale du règlement, découlant notamment des articles 6, paragraphe 1, et 8, paragraphe 1, de celui-ci, en vertu de laquelle la Commission se prononce expressément sur les opérations de concentration qui lui sont notifiées, et cela que la décision soit négative ou positive. Dès lors, pas plus que l'article 10, paragraphe 6, du règlement ne saurait fonder une présomption générale en faveur de la compatibilité des opérations de concentration avec le marché commun, cette disposition ne saurait davantage fonder une exception à la possibilité



de contester la légalité d'une décision autorisant une telle opération en raison de la violation de l'obligation de motivation. En effet, le besoin légitime de sécurité juridique dans des situations exceptionnelles, reflété dans ladite disposition, ne saurait aller jusqu'à soustraire les décisions relatives à des opérations de concentration en tout ou en partie au contrôle du juge communautaire.

<sup>176</sup> L'argumentation des requérantes tirée de l'article 10, paragraphe 6, du règlement doit donc être rejetée.

<sup>177</sup> À titre subsidiaire, les requérantes font valoir, notamment, que, étant donné que la décision litigieuse a permis à Impala de vérifier la motivation de l'autorisation en cause et au Tribunal d'exercer son contrôle juridictionnel, le Tribunal ne s'est pas conformé à la jurisprudence constante des juridictions communautaires sur les exigences de la motivation.

<sup>178</sup> À cet égard, ainsi qu'il résulte du point 166 du présent arrêt, il est de jurisprudence constante, d'une part, que la motivation exigée par l'article 253 CE vise à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle et, d'autre part, que cette exigence de motivation doit être appréciée en fonction de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté (voir, également, arrêts du 7 avril 1987, SISMA/Commission, 32/86, Rec. p. 1645, point 8; du 4 juin 1992, Consorgan/Commission, C-181/90, Rec. p. I-3557, point 14; du 15 avril 1997, Irish Farmers Association e.a., C-22/94, Rec. p. I-1809, points 39 à 41; du 19 septembre 2002, Espagne/Commission, C-114/00, Rec. p. I-7657, points 62 et 63; du 2 octobre 2003, Krupp Hoesch/Commission, C-195/99 P, Rec. p. I-10937, point 110, ainsi que Aalborg Portland e.a./Commission, précité, point 372).

<sup>179</sup> En l'occurrence, il est vrai qu'une certaine disproportion dans la décision litigieuse entre la présentation des éléments tendant à plaider en faveur d'une transparence suffisante et celle de l'influence des remises promotionnelles, qui plaiderait à l'encontre d'une telle transparence, peut paraître regrettable. Toutefois, compte tenu, premièrement, du contexte dans lequel la décision litigieuse a été adoptée, caractérisé notamment par un laps de temps étroit entre, d'une part, la réponse écrite à

la communication des griefs ainsi que l'audition devant la Commission et, d'autre part, la fin de la procédure formelle et, deuxièmement, des exigences de la jurisprudence exposée aux points 166 à 169 du présent arrêt, particulièrement les points 166 et 167 de celui-ci, le Tribunal ne pouvait, sans commettre une erreur de droit, considérer que la Commission avait manqué, en l'occurrence, à l'obligation de motiver de manière suffisante la décision litigieuse (voir, par analogie, arrêts du 28 octobre 1981, *Krupp Stahl/Commission*, 275/80 et 24/81, Rec. p. 2489, point 13, ainsi que du 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission*, 296/82 et 318/82, Rec. p. 809, point 21).

180 En effet, en premier lieu, la décision litigieuse faisait ressortir le raisonnement suivi par la Commission pour permettre d'en contester ultérieurement, comme l'a fait Impala, le bien-fondé devant la juridiction compétente. Il serait à cet égard excessif d'exiger, à l'instar du Tribunal au point 289 de l'arrêt attaqué, une description détaillée de chacun des aspects sous-tendant la décision litigieuse, tels que la nature des remises promotionnelles, les circonstances dans lesquelles elles étaient susceptibles de s'appliquer, leur degré d'opacité, leur amplitude ou leur impact spécifique sur la transparence des prix (voir en ce sens, par analogie, arrêts du 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commission*, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, points 59 à 61, ainsi que du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, Rec. p. I-4777, point 108). Il en va d'autant plus ainsi qu'Impala a été, comme il ressort notamment des points 7 et 10 de l'arrêt attaqué, étroitement impliquée dans la procédure formelle (voir, par analogie, arrêts du 25 octobre 2001, *Italie/Conseil*, C-120/99, Rec. p. I-7997, point 29, et du 9 septembre 2004, *Espagne/Commission*, C-304/01, Rec. p. I-7655, point 50) et qu'elle a été de surcroît parfaitement à même d'attaquer devant le Tribunal la validité de l'appréciation au fond portée par la Commission dans la décision litigieuse.

181 En second lieu, ainsi qu'il ressort notamment des points 275, 289 et 530 de l'arrêt attaqué, le Tribunal avait connaissance des raisons pour lesquelles la Commission a décidé d'autoriser l'opération de concentration en cause. Il a de surcroît consacré de nombreux points de son arrêt à l'analyse du bien-fondé de ces raisons. Or, il convient de rappeler à cet égard que l'obligation de motiver des décisions constitue une formalité substantielle qui doit être distinguée de la question du bien-fondé de la motivation, celui-ci relevant de la légalité au fond de l'acte litigieux (voir arrêts *Commission/Sytraval et Brink's France*, précité, point 67, ainsi que du 7 mars 2002, *Italie/Commission*, C-310/99, Rec. p. I-2289, point 48). En effet, la motivation d'une décision consiste à exprimer formellement les motifs sur lesquels repose cette décision. Si ces motifs sont entachés d'erreurs, celles-ci entachent la légalité au fond de

la décision, mais non la motivation de celle-ci, qui peut être suffisante tout en exprimant des motifs erronés. Dès lors, il ne saurait être prétendu qu'il était impossible au Tribunal d'exercer son contrôle juridictionnel (voir, par analogie, arrêt Chronopost et La Poste/UFEX e.a., précité, point 112).

182 Il y a donc lieu d'accueillir le sixième moyen soulevé par les requérantes, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les reproches exposés aux points 158, 159 et 161 du présent arrêt.

183 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de déclarer le présent pourvoi fondé.

### **Sur le pourvoi incident allégué**

184 Le mémoire en réponse de la Commission comprend une section distincte contenant des «observations supplémentaires» sur les «motifs essentiels» de la décision litigieuse. La Commission y fait valoir que le Tribunal aurait à tort qualifié, aux points 474 et 476 de l'arrêt attaqué, ses constatations sur les mesures de représailles de motif essentiel de ladite décision. Selon la Commission, s'il s'avérait dans la présente procédure que les constatations effectuées dans la décision litigieuse sur le défaut de transparence du marché n'étaient pas erronées en droit, ladite décision devrait être jugée légale indépendamment du fait qu'elle contienne ou non des erreurs de droit en ce qui concerne les mesures de représailles.

185 Impala a interprété ces développements contenus dans le mémoire en réponse de la Commission comme un pourvoi incident et y a répondu par un mémoire distinct, daté du 23 mars 2007, en invoquant l'article 117, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour. Par la suite, les parties ont été autorisées à déposer des mémoires supplémentaires à ce sujet, dont le dernier a été déposé au greffe de la

Cour le 16 juillet 2007, tout en laissant ouverte la question de savoir si Impala était en droit d'invoquer ledit article 117, paragraphe 2.

<sup>186</sup> La qualification d'un argument en tant que pourvoi incident exige, en vertu de l'article 117, paragraphe 2, du règlement de procédure, que la partie qui l'invoque vise à obtenir l'annulation totale ou partielle de l'arrêt attaqué pour un motif qui n'est pas invoqué dans le pourvoi. Pour établir si tel est le cas en l'espèce, il faut examiner le libellé, l'objectif et le contexte du passage en cause du mémoire en réponse de la Commission.

<sup>187</sup> Or, il importe de souligner à cet égard que la Commission n'utilise nulle part dans son mémoire l'expression de «pourvoi incident». De plus, la Commission a elle-même indiqué clairement au cours de la procédure, notamment à l'audience, qu'elle n'avait nullement l'intention d'introduire un pourvoi incident par ses «observations supplémentaires».

<sup>188</sup> Dans ces circonstances, force est de conclure que lesdites observations ne constituent pas un pourvoi incident. Contrairement à ce qu'Impala soutient, il n'y a donc pas lieu de prendre position à leur égard.

### **Sur le renvoi de l'affaire devant le Tribunal**

<sup>189</sup> En vertu de l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice, lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

- 190 Étant donné que le Tribunal a uniquement examiné deux des cinq moyens invoqués par Impala au soutien de son recours, la Cour considère que le présent litige n'est pas en état d'être jugé. Dès lors, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal.
- 191 L'affaire devant être renvoyée devant le Tribunal, il convient de réserver les dépens afférents à la présente procédure de pourvoi.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête:

- 1) **L'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 13 juillet 2006, Impala/Commission (T-464/04), est annulé.**
- 2) **L'affaire est renvoyée devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes.**
- 3) **Les dépens sont réservés.**

Signatures