

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)
de 13 de julio de 2006 *

En el asunto T-464/04,

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

parte demandante,

contra

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

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

apoyada por

Bertelsmann AG, con domicilio social en Gütersloh (Alemania), representada por el Sr. J. Boyce, Solicitor, y los Sres. P. Chappatte y D. Loukas, abogados,

y por

Sony BMG Music Entertainment BV, con domicilio social en Vianen (Países Bajos),

y

Sony Corporation of America, con domicilio social en Nueva York (Estados Unidos),

representadas por el Sr. N. Levy, Barrister, y los Sres. R. Snelders y T. Graf, abogados,

partes coadyuvantes en el asunto,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión C(2004) 2815 de la Comisión, de 19 de julio de 2004, por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/M.3333 — Sony/BMG),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y el Sr. J. Azizi y la Sra. E. Cremona, Jueces;
Secretario: Sr. I. Natsinas, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de septiembre de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que originaron el litigio

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

- 2 El 9 de enero de 2004, la Comisión recibió una notificación, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1), en su versión rectificada (DO 1990, L 257, p. 13) y modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1)

(en lo sucesivo, «Reglamento»), de un proyecto de concentración por el que las sociedades Bertelsmann AG y Sony Corporation of America, perteneciente al grupo Sony (en lo sucesivo, «Sony»), preveían agrupar sus actividades mundiales en materia de música grabada.

- 3 Bertelsmann es una empresa internacional de medios de comunicación con actividades a escala mundial que comprenden la grabación y edición musical, televisión, radio, edición de libros, revistas y prensa, servicios de impresión y de medios y clubes literarios y musicales. Bertelsmann desarrolla su actividad en el campo de la música grabada a través de su filial, participada al 100 %, Bertelsmann Music Group (BMG). Entre los sellos de BMG figuran Arista Records, Jive Records, Zomba y Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Sony tiene actividad a nivel internacional en los campos de producción y edición musical, aparatos electrónicos industriales y de consumo, y ocio. En el sector de la música grabada actúa a través de Sony Music Entertainment. Entre los sellos de Sony figuran Columbia Records Group, Epic Records Group y Sony Classical.
- 5 La operación propuesta consiste en integrar las actividades mundiales de las empresas participantes en la concentración en el campo de la música grabada (salvo las actividades de Sony en Japón) en tres o más nuevas sociedades, creadas según un «Business Contribution Agreement» (acuerdo de integración de actividades) de fecha 11 de diciembre de 2003. Está previsto que estas empresas comunes sean explotadas conjuntamente bajo el nombre de Sony BGM.
- 6 Según el acuerdo, la actividad de Sony BGM comprenderá el descubrimiento y lanzamiento de artistas [actividad de dirección artística denominada A & R (Artista y Repertorio)] y la promoción y venta de los discos que resulten de ella. Sony BGM no se dedicará a actividades conexas tales como la edición musical, la grabación o la distribución.

- 7 EL 20 de enero de 2004, la Comisión envió un cuestionario a una serie de operadores del mercado. La demandante respondió a este cuestionario y el 28 de enero de 2004 presentó un informe separado (anexo A.5) en el que exponía los motivos por los que, según ella, la Comisión debía declarar la operación incompatible con el mercado común. La demandante expresaba en él sus temores sobre el aumento de la concentración del mercado y el impacto que ello podría suponer para el acceso al mismo, incluyendo el sector de la distribución, los medios de comunicación e Internet, así como para la oferta de los consumidores.
- 8 Mediante Decisión de 12 de febrero de 2004, la Comisión concluyó que la operación notificada suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y el funcionamiento del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) e inició un procedimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento.
- 9 El 24 de mayo de 2004, la Comisión dirigió un pliego de cargos a las empresas participantes en la concentración, en el cual concluía provisionalmente que la operación notificada era incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el EEE, dado que reforzaba una posición dominante colectiva sobre el mercado de música grabada y sobre el mercado al por mayor de las licencias para la música en línea, y dado que coordinaría el comportamiento de las sociedades matrices de forma incompatible con el artículo 81 CE.
- 10 Las empresas participantes en la concentración respondieron al pliego de cargos y los días 14 y 15 de junio de 2004 se celebró una audiencia ante el consejero auditor, con presencia de la demandante.
- 11 Mediante Decisión de 19 de julio de 2004, la Comisión declaró que la operación de concentración era compatible con el mercado común en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento (en lo sucesivo, «Decisión»).

- 12 Tras su demanda de 26 de julio de 2004, la demandante recibió una copia no confidencial de la Decisión el 23 de septiembre de 2004.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 13 Mediante demanda presentada en la secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 3 de diciembre de 2004, la demandante interpuso el presente recurso.
- 14 Mediante escrito separado presentado el mismo día, la demandante presentó una solicitud para que el Tribunal de Primera Instancia sustanciase el recurso mediante el procedimiento acelerado, de conformidad con el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 15 Mediante escrito de 17 de diciembre de 2004, la Comisión manifestó sus dudas en relación con la procedencia del procedimiento acelerado en el caso de autos, subrayando, en particular, además de la complejidad del asunto, las dificultades derivadas de que, para explicar los motivos de su Decisión, tendría que utilizar datos muy abundantes y complejos y que semejante línea de defensa necesitaría, además, unas negociaciones delicadas con las empresas participantes en la concentración y los terceros relativas al grado de divulgación de las informaciones confidenciales que la Comisión pudiera llegar a tener que revelar.
- 16 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia los días 10, 11 y 19 de enero de 2005, Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment y Sony Corporation of America solicitaron, respectivamente, intervenir en el proceso en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Estas solicitudes fueron aceptadas por auto del Presidente de la Sala Tercera de 4 de febrero de 2005.

- 17 Entre tanto, mediante Decisión de 13 de enero de 2005, el Tribunal de Primera Instancia había acordado, como diligencia de ordenación del procedimiento establecida en el artículo 64, apartado 3, letra e), del Reglamento de Procedimiento, invitar a las partes a participar en una reunión informal el 24 de enero de 2005 con el fin de examinar la posibilidad de sustanciar el asunto por el procedimiento acelerado teniendo en cuenta, en particular, la cuestión de la confidencialidad de ciertos elementos del expediente suscitada por la Comisión.
- 18 Mediante escrito presentado el 18 de enero de 2005, la Comisión, de acuerdo con la demandante, propuso la práctica de una diligencia de ordenación del procedimiento consistente esencialmente en permitir a la Comisión aportar los documentos e informaciones que le habían sido transmitidos a título confidencial y comunicárselos únicamente a los letrados de la demandante, con exclusión de la propia demandante.
- 19 Mediante Decisión de 24 de enero de 2005, el Tribunal de Primera Instancia, teniendo en cuenta, en particular, el acuerdo alcanzado entre la demandante y las partes coadyuvantes, estimó la solicitud de diligencia de ordenación del procedimiento. Estimó igualmente la solicitud de sustanciación por el procedimiento acelerado, al tiempo que precisaba que dicha Decisión podría ser revisada en cualquier momento a la luz del desarrollo del expediente y del procedimiento mismo. Se estableció igualmente un calendario para la presentación de los escritos.
- 20 Mediante escrito de 22 de febrero de 2005, la demandante presentó una solicitud de modificación de la diligencia de ordenación del procedimiento. En su escrito de 18 de febrero de 2005, la parte demandada y las partes coadyuvantes presentaron sus observaciones sobre esta solicitud. Mediante escrito de 22 de febrero de 2005, la demandante retiró su solicitud de modificación de dicha diligencia.
- 21 Mientras tanto, el 22 de febrero de 2005, la Comisión había presentado su escrito de contestación a la demanda. El 25 de febrero de 2005, Bertelsmann, Sony BMG y Sony presentaron su escrito de formalización de la intervención.

- 22 En el intervalo, la demandante había solicitado en un escrito de 15 de febrero de 2005 poder formular observaciones sobre las informaciones nuevas contenidas en el escrito de contestación de la Comisión. Mediante Decisión de 21 de febrero de 2005, el Tribunal de Primera Instancia estimó dicha solicitud, y otorgó a la demandada la posibilidad de solicitar, hasta el 4 de marzo de 2005, la formulación de observaciones complementarias, lo que ésta efectivamente hizo. Mediante escrito de 1 de marzo de 2005, la demandante se opuso a dicha solicitud. La Comisión presentó sus observaciones complementarias el 14 de marzo de 2005.
- 23 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) decidió iniciar la fase oral e invitó a la Comisión, como diligencia de ordenación del procedimiento, a aportar diversos documentos y a responder por escrito a una serie de preguntas escritas.
- 24 Mediante escrito de 19 de septiembre de 2005, la Comisión solicitó la ampliación del plazo para presentar sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia, lo que le fue concedido. Mediante escrito de 21 de septiembre de 2005, la Comisión presentó sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia.
- 25 En la vista celebrada el 22 de septiembre de 2005 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.
- 26 Después de la vista, mediante escrito de 26 de septiembre de 2005, la Comisión presentó determinados documentos y solicitó poder comentar por escrito las eventuales observaciones que presentase la demandante sobre sus respuestas de 21 de septiembre de 2005 a las preguntas escritas. Dicha solicitud fue estimada.
- 27 El 29 de septiembre de 2005, la demandante presentó un escrito en relación con las respuestas de la Comisión a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia.

28 El 11 de octubre de 2005, la Comisión presentó sus observaciones finales sobre las observaciones de la demandante sobre sus respuestas a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia.

29 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Inadmita los documentos aportados por la Comisión como anexo a su escrito de contestación.

— Anule la Decisión.

— Con carácter subsidiario, anule la Decisión en la medida en que se refiera a alguno de los puntos siguientes:

— la posición dominante colectiva en el mercado de licencias para música en línea;

— la posición dominante individual en el mercado de distribución de música en línea;

— la coordinación de las actividades respectivas de las empresas participantes en la concentración en el campo de la edición musical.

— Condene en costas a la Comisión.

30 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso por infundado.

- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

31 En apoyo de su recurso de anulación, la demandante propone cinco motivos, divididos en varias partes. En su primer motivo, la demandante sostiene que, al no constatar la existencia de una posición dominante colectiva en el mercado de música grabada antes de la concentración prevista ni el refuerzo de dicha posición, la Comisión vulneró el artículo 253 CE y cometió tanto un error manifiesto de apreciación como un error de Derecho. En su segundo motivo, la demandante sostiene que, al no estimar que la concentración prevista crearía una posición dominante colectiva sobre el mercado de música grabada, la Comisión vulneró el artículo 253 y cometió tanto un error manifiesto de apreciación como un error de Derecho. El tercer motivo se refiere a una infracción del artículo 2 del Reglamento, porque la Comisión no consideró que estuviera en presencia de la creación o del refuerzo de una posición dominante colectiva en el mercado mundial de licencias de música en línea. En su cuarto motivo, la demandante sostiene que, al no estimar que Sony alcanzaría una posición dominante individual en el mercado de distribución de música en línea, la Comisión vulneró el artículo 253 CE y cometió un error manifiesto de apreciación. En su quinto motivo, la demandante sostiene que, al concluir que la concentración prevista no tiene el efecto de coordinar las actividades respectivas en el campo de la edición musical de las empresas participantes en la concentración, la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación y vulneró el artículo 81 CE, interpretado conjuntamente con el artículo 2, párrafo cuarto, del Reglamento.

I — *Sobre los elementos probatorios adjuntos al escrito de contestación a la demanda*

A — *Alegaciones de las partes*

- 32 La demandante hace notar que del escrito de contestación a la demanda resulta que, en el procedimiento administrativo, la Comisión se apoyó en documentos e informaciones a los que ella no tuvo acceso más que a través del escrito de contestación, a pesar de haber tenido una importancia preponderante, en la medida en que fueron utilizados por la Comisión como justificación para apartarse de la posición adoptada en el pliego de cargos, según el cual la concentración prevista creaba o reforzaba una posición dominante colectiva y era incompatible con el mercado común.
- 33 La demandante alega que, de haber visto esos documentos, equívocos y con informaciones incompletas, durante el procedimiento administrativo, hubiese podido demostrar sus defectos fundamentales, en cuyo caso la Decisión podría haber sido diferente o, al menos, hubiera debido contener una motivación expresa de rechazo de sus observaciones. Reprocha a la Comisión haber retenido esos documentos y haberse basado en ellos sin haberlos sometido ni a un examen contradictorio ni al escrutinio de terceros.
- 34 Al tiempo que reconoce que la Comisión está obligada a proteger los secretos comerciales y que no está sometida a ninguna obligación de divulgación a terceros del expediente durante el procedimiento administrativo de control de las concentraciones, la demandante sostiene que ello no permite a la Comisión privar a estos últimos de la posibilidad de presentar su visión sobre el caso, por ejemplo preparando una versión no confidencial y resumida de las informaciones en cuestión.
- 35 La demandante precisa que no invoca ningún motivo relativo a la violación de requisitos procedimentales esenciales, pero estima que los nuevos elementos de

prueba aportados por la Comisión llegan demasiado tarde para convalidar la Decisión sobre el fondo y que constituyen un intento de regularización *a posteriori* de la Decisión. Recordando que la falta de presentación de documentos en el procedimiento administrativo no puede ser subsanada en el procedimiento jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hercules Chemicals/Comisión, C-51/92 P, Rec. p. I-4235, apartado 78), la demandante sostiene que los documentos en cuestión deben ser inadmitidos.

36 La Comisión se opone a esta pretensión.

B — *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

37 Es necesario constatar, a título preliminar, que los elementos probatorios cuya inadmisión la demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia han sido aportados como anexo al escrito de contestación a la demanda presentado por la Comisión de conformidad con las disposiciones del artículo 46 del Reglamento de Procedimiento. La demandante no señala en qué la aportación de estos documentos por parte de la Comisión es contraria al Reglamento de Procedimiento.

38 Hay que constatar, a continuación, que no están claros ni los motivos por los que la demandante solicita la inadmisión de estos documentos del expediente ni tampoco el sentido de su pretensión.

39 En primer lugar, si bien la demandante sostiene que los documentos aportados constituyen un intento de regularización *a posteriori* de la Decisión, no pretende sin embargo que dichos documentos hayan sido obtenidos o elaborados con posterioridad a la adopción de la Decisión, sino que afirma, por el contrario, que tuvieron una importancia preponderante en el procedimiento administrativo, puesto

que la Comisión basó en ellos su Decisión. Ahora bien, esta circunstancia, suponiendo que sea cierta, no es suficiente, en ningún caso, para inadmitir los citados documentos. Además, aunque la demandante censura a la Comisión que intente regularizar la Decisión *a posteriori*, no alega, al menos en apoyo de la presente pretensión, una vulneración del principio según el cual la motivación debe figurar en el cuerpo mismo de la Decisión y no puede ser explicada por primera vez y *a posteriori* ante el órgano jurisdiccional (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services* y otros/Comisión, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 95). En cualquier caso, la eventual insuficiencia de motivación se sanciona mediante la anulación del acto impugnado, y no mediante la inadmisión de documentos. La cuestión de si la Decisión está suficientemente motivada en el caso de autos será examinada en el marco de los distintos motivos alegados por la demandante.

40 En segundo lugar, la demandante, al indicar que la Comisión no está sometida a ninguna obligación de divulgar a los terceros todas las informaciones que figuran en el expediente en el curso del procedimiento administrativo de control de las concentraciones, recuerda que, según la jurisprudencia, la falta de presentación de documentos durante el procedimiento administrativo no puede subsanarse en el procedimiento jurisdiccional. Pues bien, sin que sea necesario examinar el alcance de los derechos de defensa o de acceso al expediente de los terceros en los procedimientos de concentración, es suficiente constatar que la demandante subraya expresamente que no pretende introducir un nuevo motivo derivado de un quebrantamiento sustancial de forma. La pretensión no puede, por tanto, ser admitida en la medida en que se basa en dicho motivo. En todo caso, la vulneración del derecho de defensa no puede admitirse más que en el supuesto de que la falta de divulgación de los documentos haya podido influir en el contenido de la Decisión en cuestión en detrimento de la demandante, lo cual no puede llevarse a cabo sin un examen de los citados documentos.

41 En tercer lugar, la demandante sostiene que los documentos son equívocos y contienen informaciones incompletas, y que, de haber tenido acceso a ellos en el curso del procedimiento administrativo hubiese podido demostrar los defectos fundamentales que contienen, lo que habría podido conducir a una decisión diferente. Ahora bien, aunque esta circunstancia puede llevar a apreciar con prudencia las pruebas aportadas por la Comisión, no permite, en cambio, que se estime la medida solicitada por la demandante. Al contrario, dicha medida privaría a

la demandante de la posibilidad de demostrar la supuesta falta de fiabilidad o de pertinencia de los documentos controvertidos en el marco de sus motivos, en los que alega un error manifiesto de apreciación.

⁴² Por último, la pretensión subsidiaria de la demandante dirigida a que el Tribunal de Primera Instancia declare que los documentos no son convincentes o están desprovistos de pertinencia debe ser igualmente desestimada, por las mismas razones. En todo caso, esta pretensión constituye una cuestión de fondo que será examinada en el marco de los distintos motivos y alegaciones del recurso.

⁴³ De las observaciones que anteceden resulta que debe desestimarse la pretensión de la demandante de que se inadmitan los documentos aportados por la Comisión en apoyo de su escrito de contestación a la demanda, o que se declaren desprovistos de pertinencia.

II — *Sobre el primer motivo, relativo al refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente en el mercado de música grabada*

⁴⁴ Este primer motivo se divide en dos partes. La primera se refiere al carácter erróneo de la afirmación de la Comisión según la cual no existía una posición dominante colectiva en el mercado de música grabada con anterioridad a la concentración prevista; la segunda se refiere al error derivado de no constatar el refuerzo de dicha posición dominante colectiva preexistente por parte de la concentración prevista.

A — Alegaciones de la demandante

1. Sobre la primera parte

- ⁴⁵ Con carácter preliminar, la demandante señala que tanto el pliego de cargos como la Decisión contienen numerosas pruebas de que el mercado de música grabada reunía, antes de la concentración, todas las características de un mercado en el que imperaba una posición dominante colectiva que cumplía todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/99, Rec. p. II-2585).
- ⁴⁶ En primer lugar, la demandante destaca, a este respecto, que se describe a las empresas principales del sector (en lo sucesivo, «empresas principales») con las características de un grupo en una posición dominante: grandes cuotas de mercado, un considerable poder financiero (considerando 53 de la Decisión), mantenimiento de precios elevados (considerando 56 de la Decisión), estructura de oligopolio (considerando 148 de la Decisión) y, por lo tanto, interdependencia.
- ⁴⁷ En segundo lugar, subraya que la Comisión constató que el mercado reunía todas las características propicias a la existencia de prácticas colusorias tácitas y facilitaba la vigilancia de dicha coordinación (puntos 93 a 116 del pliego de cargos) y examinó diez factores que indicaban la existencia una práctica colusoria tácita (véase el anexo A.15), que no han cambiado desde el pliego de cargos. El producto es homogéneo en su formato y el consumidor compra discos de diversos artistas y de diversos géneros, lo que crea un «espacio de sustituibilidad» (considerando 110 de la Decisión). El mercado es muy propicio a la coordinación y ésta tiene lugar de forma efectiva (considerando 112 de la Decisión). Existe una base estable de clientes (considerando 112 de la Decisión) y las empresas participantes en la concentración controlan el mercado de la distribución (considerando 113 de la Decisión).

- 48 En tercer lugar, los precios sugieren la existencia de una posición dominante colectiva. Existe un paralelismo entre precios netos reales (apartados 76 a 80 del pliego de cargos y considerandos 75, 82, 89, 96 y 103 de la Decisión). Los precios de venta al público (en lo sucesivo, «PVP») son conocidos y el número de precios de referencia es limitado (considerandos 111 y 112 de la Decisión). Los precios netos de venta están estrechamente relacionados con los PVP (considerandos 77, 84, 91, 98 y 105 de la Decisión). Los PVP y los precios netos reales son transparentes y están estrechamente alineados y los descuentos no afectan a la transparencia de los precios netos reales medios (puntos 88, 90 y 92 del pliego de cargos y notas a pie de página n^{os} 45, 49, 52, 55 y 57 de la Decisión).
- 49 En cuarto lugar, la Comisión constató la existencia de mecanismos de disuasión potencialmente eficaces (puntos 128 a 132 del pliego de cargos y considerando 118 de la Decisión) y que las empresas principales no están sometidas a presiones de competencia eficaces.
- 50 La demandante afirma que las razones alegadas por la Comisión, basadas en la heterogeneidad del contenido de los álbumes, en la insuficiente transparencia de los precios a causa de los descuentos de promoción y en la ausencia de pruebas sobre la más mínima represalia, no permiten descartar la conclusión de una posición dominante colectiva y que el análisis de la Comisión incurre en falta de motivación, error manifiesto de apreciación y error de Derecho.

a) Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar

- 51 La Decisión infringe el artículo 253 CE, ya que no contiene una exposición de los elementos de hecho y de Derecho en los que se ha basado la institución, de forma que el Tribunal de Justicia pueda ejercer su control y que tanto los Estados miembros como los interesados puedan conocer las circunstancias en las que las instituciones comunitarias han aplicado el Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1987, Comisión/Consejo, 45/86, Rec. p. 1493).

Homogeneidad del producto

- 52 En primer lugar, en lo que se refiere a la homogeneidad del producto, la demandante reprocha a la Comisión no haber indicado la razón por la que el factor relativo a la heterogeneidad del contenido debe prevalecer sobre el relativo a la existencia de un «espacio de sustituibilidad», según el cual la mayoría de los consumidores compran música de una gran variedad de artistas y de géneros, o sobre el relativo a la homogeneidad del formato en lo que atañe a los precios y a la transparencia. La Comisión tampoco indica por qué la constatación según la cual los precios de los álbumes están muy estandarizados debe quedar invalidada por la afirmación general de que los precios dependen del «éxito del álbum». El considerando 110 de la Decisión contiene constataciones contradictorias a este respecto.

Transparencia

- 53 En segundo lugar, en lo que atañe a la transparencia, la demandante sostiene que las afirmaciones y alegaciones de la Comisión sobre los descuentos, que refutan todas las pruebas relativas a la transparencia, no están motivadas adecuadamente.
- 54 Así, la Comisión afirma que, en los países grandes, la transparencia de los precios que resulta de los PVP queda anulada por los descuentos de promoción, sin explicar, sin embargo, la función y el significado de éstos en el sistema de precios.
- 55 Asimismo, en lo que atañe a los países pequeños, no se expresan claramente las razones por las que la Comisión da tanta importancia a las campañas de descuentos y no a los descuentos ordinarios, cuando en el punto 150 del pliego de cargos había afirmado que, «al igual que en los territorios más grandes, los descuentos más

importantes en todos los países son los descuentos ordinarios». Por otro lado, tampoco hay una descripción precisa de lo que son los descuentos ordinarios. Al apreciar la transparencia en los países pequeños, la Comisión recurrió alternativamente, sin precisión, a la comparación de los descuentos ordinarios y los descuentos de promoción, de forma que no es fácil determinar si el estudio examina los descuentos de promoción o los descuentos ordinarios.

- 56 La demandante sostiene, además, que la Decisión sólo hace referencia a las pruebas relativas a los descuentos aplicados por Sony y BMG y no incluye al resto de las empresas principales (considerando 71 y nota a pie de página nº 43 de la Decisión). Por lo tanto, la motivación es incompleta.

Medios de disuasión

- 57 En tercer lugar, en lo que se refiere a los medios de disuasión, la demandante señala que la Comisión no explica por qué el hecho de que no haya podido demostrar si se han utilizado medidas de represalia, aunque fuese cierto, permite que sean rechazadas todas las pruebas de la existencia de medios disuasorios eficaces.

Poder de contrapeso

- 58 En cuarto lugar, por último, la Decisión, a diferencia del pliego de cargos, no contiene, según la demandante, ninguna apreciación de la existencia de un poder de contrapeso en el mercado, ni explicaciones sobre dicha ausencia, lo que equivale a una falta total de motivación.

b) Sobre el error manifiesto de apreciación

- 59 La demandante recuerda la jurisprudencia según la cual la Comisión comete un error manifiesto de apreciación cuando, en una situación en la que debe sopesar alegaciones contradictorias, otorga un peso excesivo a una de ellas [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de octubre de 2001, *British American Tobacco International (Investments)/Comisión*, T-111/00, Rec. p. II-2997, apartado 58] o cuando las razones aducidas para justificar una decisión no apoyan de hecho tal decisión. Asimismo, cuando una apreciación de la Comisión no se apoya en ciertos elementos o en determinados hechos, debe considerarse que no se ha realizado de manera apropiada y no irrazonable (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1991, *Nölle*, C-16/90, Rec. p. I-5163). Pues bien, la afirmación de la inexistencia de una posición dominante colectiva no se apoya en hechos pertinentes, en un razonamiento o en pruebas, incumpliendo la Comisión su obligación de apreciar la totalidad de los factores pertinentes.
- 60 La demandante afirma que la Decisión contiene errores manifiestos de apreciación en relación con la determinación de la homogeneidad del producto, la transparencia, la existencia de medios de disuasión, la evaluación de los poderes de contrapeso y el análisis de la política común.

Homogeneidad del producto

- 61 La Comisión cometió un error de apreciación al considerar que la heterogeneidad del contenido debía prevalecer sobre la homogeneidad del formato, al tiempo que aceptaba la tesis de que el consumidor compra discos de distintos artistas y de diversos géneros y que existe, en consecuencia, un «espacio de sustituibilidad». En todo caso, el parámetro relativo a la heterogeneidad del producto sólo es pertinente si los precios se establecen sobre la base de títulos individuales y no, como es el caso,

sobre la base de determinados precios de referencia (considerandos 110 y 111 de la Decisión). Si se sigue la lógica de la Comisión, nunca podrá crearse una posición dominante colectiva en las industrias relacionadas con la propiedad intelectual, ya que nunca podrá existir una homogeneidad completa del contenido.

Transparencia

— Alegación general

⁶² La demandante sostiene que las pruebas aportadas indican que los precios aplicados por las empresas principales son sin duda lo suficientemente transparentes como para permitirles alinear sus precios. La Comisión no ha aportado ninguna prueba que contradiga este análisis, sino que se ha limitado a deducir de la supuesta variedad de los descuentos que la transparencia podía eliminarse o reducirse hasta el punto de no permitir la alineación de precios.

⁶³ El error de apreciación resulta de las propias conclusiones de la Comisión según las cuales:

— existe un paralelismo y una evolución de los precios relativamente similar por parte de las empresas principales respecto de los precios netos medios (considerandos 75, 82, 89, 96 y 103 de la Decisión);

— los PVP pueden utilizarse como punto de referencia para la alineación de precios (considerandos 76, 83, 90, 97 y 104 de la Decisión);

- los PVP y los precios netos medios han evolucionado de forma paralela (considerandos 77, 84, 91, 98 y 105 de la Decisión).

⁶⁴ La demandante alega que los PVP son transparentes, que los precios de venta al por menor son conocidos, que los precios netos medios evolucionan de forma paralela con los PVP y que los márgenes de los distribuidores se conocen de forma bastante precisa. De ello resulta que los precios netos minoristas (es decir, los PVP una vez deducidos los descuentos) son transparentes a pesar de los descuentos. Por otra parte, esto es lo que se deduce del pliego de cargos (puntos 81 a 92) y del considerando 77 de la Decisión según el cual, «si las empresas principales se hubiesen apartado sensiblemente de las políticas acordadas en materia de precios concediendo descuentos, esas diferencias habrían aparecido en los precios netos medios».

⁶⁵ La demandante alega que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al conceder una importancia excesiva a los descuentos y, en particular, a los descuentos de promoción, ya que:

- se basó en la información sobre los descuentos proporcionada por Sony y BMG, en lugar de hacerlo en la información relativa al paralelismo entre PVP y precios netos respecto de todas las empresas principales (nota a pie de página nº 43 de la Decisión);
- según la información facilitada por los minoristas los descuentos son transparentes: 20 de los 26 minoristas interrogados por la Comisión afirmaron que las empresas principales conocían los descuentos aplicados por las demás. Éste es particularmente el caso de los descuentos ordinarios, los más importantes, ya que se negocian todos los años;

- Sony y BMG presentaron informes semanales de seguimiento del mercado de la distribución en los que se incluían informaciones sobre sus competidores (considerando 113 de la Decisión);

- en cuanto a las compilaciones, las empresas principales tienen acuerdos de distribución conjunta y de asociación en cuyo marco aparecen los descuentos ordinarios;

- existe una importante tasa de transferencia entre los directores de las empresas discográficas;

- las listas semanales de éxitos facilitan información sobre las ventas por título y permiten detectar fácilmente los discos que se convierten en «grandes éxitos» que son los que generan la mayor parte de las ventas (considerando 73 de la Decisión);

- según el informe del Office of Fair Trading (autoridad de competencia del Reino Unido), es más fácil disponer de información sobre los competidores en el mercado de música grabada que en cualquier otra industria (anexo A 16 de la demanda).

⁶⁶ La demandante señala que, sobre la base de estos elementos, la Comisión concluyó además, en el punto 81 del pliego de cargos, que «los descuentos son, en gran parte, estables y no se utilizan para modificar eficazmente la política de precios». Pues bien, los hechos no han cambiado desde entonces.

- 67 En todo caso, los descuentos de promoción no se utilizan generalmente respecto de los discos que se encuentran en las listas de éxitos, que generan alrededor del 80 % de los ingresos, sino sólo para incitar a los consumidores a comprar del catálogo de títulos («back catalogue») (anexo A 17 de la demanda) y no tienen impacto en la muestra examinada por la Comisión (considerandos 70 y 71 de la Decisión). Además, puesto que los datos examinados por la Comisión sobre los descuentos de promoción sólo afectan a Sony y a BMG, su pertinencia es aún más reducida.
- 68 Por lo tanto, la parte de la estructura de precios de las empresas principales potencialmente afectada por una falta de transparencia es pequeña, tal como resulta del informe adjunto a la demanda en el que se explica el sistema de precios y descuentos en Europa (anexo A 17).
- 69 La demandante sostiene que la Comisión disponía de suficientes documentos respecto de los cuales podía cotejar sus análisis, pero que no lo hizo, en particular en lo que atañe a los elementos de prueba que se refieren a los minoristas. Al no apreciar correctamente los hechos y al atribuir una importancia excesiva a los descuentos, en concreto a los descuentos de promoción, la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación.

— Observaciones generales sobre los nuevos elementos de prueba

- 70 Sobre la base de las nuevas informaciones aportadas por la Comisión en anexo a su escrito de contestación a la demanda, la demandante deduce que la Comisión parece haber basado su apreciación sobre la no transparencia del mercado en la complejidad de las variaciones individuales en los descuentos que tienen lugar entre clientes, entre títulos individuales y en el tiempo. Pues bien, la existencia de tales variaciones individuales, en ocasiones considerables, no excluye la posibilidad de que la fijación de los precios se rija por un número limitado de estructuras y de reglas conocidas que hagan previsible los precios medios y de que toda desviación significativa y sistemática sea aparente.

- 71 Tales reglas no permiten quizá predecir el precio de cada lanzamiento individual facturado a cada minorista individual y en todo momento, pero permiten, sin embargo, conocer con un grado de certeza suficiente los precios netos que resultan de un grupo de PVP y determinar si los competidores se han conformado a estas reglas. Por lo tanto, proporcionan la transparencia requerida para la existencia de la posición dominante colectiva. La coordinación de comportamientos que resulta del movimiento paralelo de los PVP y de los precios netos medios puede, por lo tanto, nacer simplemente de estructuras o de reglas comúnmente conocidas y bien comprendidas que pueden controlarse, más que sobre la base de un conocimiento perfecto y completo de cada decisión individual relativa a los precios.
- 72 La Comisión no ha investigado si el paralelismo observado entre los precios medios (brutos y netos) ha podido resultar de la coordinación de comportamientos procedentes de tales reglas, sino que, al contrario, llegó a la conclusión de que no era el caso, ya que existían variaciones individuales, sin examinar si éstas eran significativas desde un punto de vista estadístico y si tenían un impacto material sobre las medias.
- 73 Tales reglas no se aplican en todos los casos, sino en una parte significativa de las ventas en cada categoría de discos de cada una de las grandes empresas discográficas (nuevos lanzamientos, nuevo artista, catálogo «full price», «mid price», «budget», etc.) para cada una de las cuales existe un número limitado de estrategias generales de venta que rigen la gran mayoría de las ventas (sustitución de un disco en la lista de éxitos, participación en campañas de promoción, compra de un espacio en escaparate, etc.). Estas estrategias de venta pueden, ciertamente, variar en cada territorio y en función de los clientes (supermercados, cadenas especializadas, tiendas independientes, etc.), pero, sin embargo, son más limitadas en número y son conocidas por los responsables de las ventas. Estas reglas y estructuras son suficientes para permitir la coordinación de los precios sin que sean necesarios conocimientos específicos sobre los precios netos y brutos de los lanzamientos individuales y ofrecen, además, en un entorno en que la demanda de títulos individuales varía y en que el éxito de los álbumes no puede predecirse con certeza, la flexibilidad necesaria para adaptarse en casos individuales sin poner en peligro el conjunto de la estructura de precios.

- 74 Las variaciones individuales no deberían hacer que se ignore que los precios netos, en conjunto, son muy similares a los precios brutos y que la razón es probablemente que todas las sociedades siguen determinadas reglas generales que hacen que los precios sean, en conjunto, extremadamente previsibles y las divergencias sistemáticas aparentes. En consecuencia, hay transparencia.
- 75 El examen de los nuevos elementos de prueba que figuran en anexo al escrito de contestación a la demanda muestra que la Comisión se concentró en las variaciones individuales sin examinar si éstas eran estadísticamente significativas. La Comisión no realizó un análisis estadístico correcto de los datos subyacentes ni examinó el significado de las gamas de precios o de los descuentos o de la pertinencia de las variaciones en el seno de las horquillas habituales de precios, ni interrogó a los minoristas para comprobar si las variaciones individuales se encontraban o no en el marco de las reglas generales del sistema de precios. La Comisión se equivocó al concluir que la mera existencia de variaciones excluía la posibilidad de que dichas variaciones estuviesen provocadas por algunos casos aislados, mientras que la masa de las ventas estaba sometida a precios determinados sobre la base de reglas conocidas y previsibles.
- 76 Además, la Comisión examinó los elementos de prueba con un método erróneo y sin realizar los análisis necesarios.
- 77 La demandante formula las siguientes observaciones generales sobre los nuevos elementos probatorios presentados por la Comisión:
- gran parte de los datos no están ajustados en función de las ventas para poder apreciar el significado de las gamas de precios y de descuentos. Allí donde los datos están correctamente combinados —es decir, entre todos los actores y ajustados en función de las ventas— las variaciones son mucho menos significativas;

- en la mayoría de los casos, los datos no están analizados desde un punto de vista estadístico y, por lo tanto, no es posible apreciar si las variaciones son significativas respecto de las diferentes categorías de productos;

- exceptuando algunos datos utilizados en el pliego de cargos, los datos sólo comparan los precios de las empresas participantes en la concentración. La alegación de la Comisión, según la cual el hecho de constatar prácticas de descuentos opacos entre dos empresas principales es suficiente para minimizar la transparencia, es falsa, habida cuenta de que Sony y BMG habían tenido comportamientos muy diferentes en el mercado y que, con comportamientos diferentes a través de una serie de lanzamientos, la horquilla de precios y de rebajas variaría incluso en un sistema de precios uniforme. Además, las empresas participantes en la concentración son históricamente las dos empresas principales que más difieren entre ellas, de forma que la concentración no sólo reduce el número de actores, sino que también los hace más parecidos;

- la Comisión no investigó si había datos de las empresas principales que contradijesen directamente la alegación relativa a la variedad y a la complejidad de los precios, a saber, los presupuestos u otros datos que prevén precisamente los precios netos y brutos y los descuentos, cuya elaboración es paralela entre los competidores y estable en el tiempo;

- los testimonios de los directivos de las empresas participantes en la concentración no se refieren a las cuestiones clave –como la existencia de reglas generales sobre precios y su vigilancia– y no se han controlado.

78 Es erróneo el punto de vista de la Comisión según el cual los precios netos medios son la expresión de una multitud de decisiones individuales más bien diversas y ello debe poder observarse con suficiente certeza para poder permitir una coordinación real de los precios netos, ya que bastaría que cada empresa fuese capaz de verificar si

las decisiones sobre los precios de todas las sociedades, a través de sus lanzamientos, se ajustan a determinadas reglas sobre precios con objeto de hacer que éstos sean conocidos para todos ellos y mantener así la práctica colusoria tácita.

79 Las variaciones observadas por la Comisión a partir de los datos facilitados por las empresas participantes en la concentración, además de ser menos concretas de lo que parece pensar la Comisión, no pueden tomarse como prueba de la opacidad de los precios, ya que, como en toda industria del sector de la propiedad intelectual, en la que el comportamiento de un título individual es variable y sujeto a una variedad de actividades de comercialización, pero donde la agregación de series de tales títulos se adecuan a reglas conocidas generalmente, es perfectamente posible explicar cualquier variación en el alcance de los descuentos y de los precios por referencia a algunos principios conocidos generalmente.

80 Por otra parte, la demandante parece extrañarse de que la Comisión sólo haya incluido unos pocos elementos de prueba en el pliego de cargos, algunos de los cuales estaban ponderados y cubrían el conjunto de la industria, y en su lugar se haya concentrado en la información aportada por Sony y BMG, que no reunía esas características. En consecuencia, es necesario conciliar las diferencias antes de desestimar el primer conjunto de datos y que parezca que la Comisión no ha realizado una apreciación equilibrada.

— Examen individual de los diferentes elementos de prueba

81 Los testimonios de los directivos de Sony y de BMG, que figuran en el anexo B.2, se limitan a afirmar la existencia de descuentos a distintos clientes, pero no se refieren a la cuestión de si esos descuentos están o no mayoritariamente determinados por una serie de reglas generales. Mientras que las declaraciones subrayan el carácter muy complejo del mecanismo de fijación de los precios, el anexo B.14 que tiene por objeto demostrar la complejidad de los descuentos de promoción, en realidad refuta dicha complejidad, al describir su funcionamiento en una sola página. Hubiera sido

necesario preguntarse si existían márgenes estándar asociados a las distintas categorías de precios y si la mayoría de los descuentos tendía a concentrarse en horquillas estrechas. Las preguntas parecen haber sido concebidas para evitar revelar que los márgenes podían ser conocidos como reglas generales y no precisaban, por tanto, ser conocidos sobre una base regular, lanzamiento por lanzamiento, y que la ingeniería en sentido contrario al de los precios individuales no era en absoluto necesaria para que una gran empresa discográfica controlase el precio aplicado por sus competidores. Estas preguntas tampoco fueron planteadas a los minoristas, lo que hubiera permitido, sin embargo, contrastar las respuestas.

82 Respecto del anexo B.3, que muestra el porcentaje de las ventas al por mayor de las empresas participantes en la concentración en sus diez PVP más elevados entre 1998 y 2003, que, según la Comisión, demuestra el carácter imprevisible del éxito y, por tanto, la necesidad que tiene cada una de las empresas principales de controlar los PVP de más de 80 álbumes de sus competidores, la demandante señala ciertas incoherencias en los datos (como las variaciones en los períodos) y alega que lo único que muestran éstos es que las empresas participantes en la concentración venden sus productos a PVP diferentes. Esto carece de pertinencia en la medida en que la Decisión indica que los PVP son más bien transparentes. Además, al contrario de lo que sostiene la Comisión, del considerando 111 de la Decisión resulta que «sin embargo, las empresas principales sólo deben controlar los precios de referencia de un número limitado de álbumes entre los de más éxito para seguir el grueso de las ventas». Estas informaciones tampoco contradicen las consideraciones alegadas por la Comisión en la comparecencia, según las cuales una gran mayoría de las ventas de cada una de las empresas principales mostraba la existencia de muy pocos PVP. No es necesario controlar los precios de más de 80 álbumes, ya que, puesto que existen principios y reglas conocidos de forma general, para controlar el respeto global de la coordinación basta determinar, sólo con relación a algunos títulos, si estas reglas se han respetado y si las anomalías son sistemáticas. En consecuencia, la conclusión a la que llega la Comisión sobre la variación en el porcentaje de las ventas brutas de las empresas participantes en la concentración tampoco está justificada.

83 Además, esos cuadros parecen poner énfasis en un factor, a saber, el carácter imprevisible del éxito, que contrasta con las declaraciones clave de la Decisión, según las cuales, en primer lugar los PVP son transparentes y constituyen el punto focal para la alineación de precios (considerandos 76, 83, 90, 97 y 104 de la Decisión); en segundo lugar, es posible el control de las listas de precios del resto de

las empresas principales (considerandos 76, 83, 90, 97 y 104 de la Decisión) y, en tercer lugar, las empresas principales sólo necesitan controlar los precios de referencia de un número limitado de los álbumes más vendidos para hacer el seguimiento del grueso de las ventas (considerando 111 de la Decisión). Para terminar, incluso suponiendo que fuera necesario controlar los PVP de más de 80 álbumes (o 60 después de la concentración), ello no parece tan oneroso como sugiere la Comisión.

84 Respecto de los anexos B.4 y B.5, relativos a los descuentos medios sobre factura concedidos por Sony y BMG a sus diez mejores clientes en cuatro de los cinco grandes Estados miembros, la demandante declara que le surgen dudas, en primer lugar, respecto de en qué medida las diferencias en los descuentos medios sobre factura revelan diferencias de trato a distintos clientes más que diferencias en el resultado relativo de la cartera de las empresas participantes en la concentración, habida cuenta que la fuerza de los lanzamientos de una gran empresa discográfica y la combinación de sus actividades (lanzamiento en la lista de éxitos, actividades en los supermercados, catálogo, actividades especializadas y de promoción) afectan a los descuentos medios concedidos a los clientes. En segundo lugar, las eventuales diferencias de trato a los clientes por las empresas participantes en la concentración no significan que sus decisiones sobre los precios sean opacas, ya que las diferencias pueden ser sistemáticas, previsibles y estables en el tiempo.

85 El anexo B.5, que supuestamente muestra ejemplos en los que no existen correlaciones ni movimientos paralelos, carece de pertinencia, ya que puede explicarse por el diferente resultado de las carteras de las empresas participantes en la concentración y muestra, además, similitudes significativas (descuentos más bajos concedidos al mismo cliente o que varían al mismo tiempo o diferencias estables en el tiempo). Sólo el ejemplo del cliente número uno en Alemania se ajusta al punto de vista según el cual una de las empresas principales puede bajar sus precios reales sin que sus competidores le sigan, pero una única variación específica en un año determinado en un territorio dado respecto de un cliente concreto no es convincente. Además, puesto que los cuadros sólo examinan los datos de Sony y BMG, y estos datos no están ponderados, las variaciones son excesivas. Esto es especialmente el caso en lo que se refiere al análisis prospectivo que la Comisión hubiera debido realizar ya que, al combinarse en la concentración sociedades con comportamientos muy diferentes, se podría incrementar la simetría y la homogeneidad y, en consecuencia, la probabilidad de que se produjeran colusiones tácitas.

- 86 En cuanto a los anexos B.6 y B.7, que supuestamente presentan pruebas de variaciones en los descuentos sobre factura concedidos por las empresas participantes en la concentración a sus mejores clientes durante un período de cinco años sobre sus 20 mejores discos compactos (en lo sucesivo, «CD»), la demandante señala que los cuadros sólo presentan horquillas y que éstas pueden resultar engañosas, ya que muestran los extremos y no las medias y las variaciones estadísticamente significativas alrededor de estas medias. Las horquillas amplias de descuentos pueden explicarse como algunas raras excepciones ya que la gran mayoría de los descuentos se sitúan en el mismo nivel. Además, más allá de sus insuficiencias metodológicas, estos cuadros muestran regularidades interesantes. Por ejemplo, en el anexo B.6, en el país A, las dos empresas participantes en la concentración ofrecen en general descuentos mayores a los mayoristas que a los supermercados y a los minoristas generalistas, y el anexo B.7 del escrito de contestación muestra una relación sorprendentemente bien alineada entre las gamas de descuentos.
- 87 Respecto de los anexos B.8 y B.9, que muestran, según la Comisión, que las empresas participantes en la concentración no siguieron una práctica uniforme de descuentos, que sus prácticas evolucionan con el tiempo y que en el año 2003 la distribución de los descuentos respectivos de las empresas participantes en la concentración no era muy similar, la demandante subraya, de nuevo, que las diferencias detectadas en las gamas de descuentos en el tiempo y entre las empresas participantes en la concentración podía ser el resultado de diferencias de comportamiento y que esto no sugiere en absoluto que los descuentos no sean el resultado de un conjunto de reglas conocido. Además, los datos presentados en el anexo B.8 apuntan más bien en la dirección opuesta a la indicada por la Comisión (estructura de descuentos más bien estables y similares, o que se aproximan, elevado factor de correlación).
- 88 La demandante considera que las estructuras de descuentos no varían en el tiempo tanto como sugiere el análisis de la Comisión. Las cifras expuestas en el anexo D.3 muestran el coeficiente de correlación de la estructura de descuentos de cada una de las empresas participantes en la concentración en un año dado y la estructura de descuentos del año precedente. Aunque la mezcla de actividades afecte a los descuentos, los elevados coeficientes globales de correlación sugieren que las estructuras de descuentos permanecen relativamente estables en el tiempo, produciendo así precios netos más bien previsibles a partir de PVP transparentes.

- 89 Además, la presentación de los datos en columnas muy estrechas, unida a delimitaciones particulares, puede acentuar las diferencias (por ejemplo, si el descuento pasa de un poco menos del 15 % a un poco más del 15 %, hay un cambio de columna sin modificación importante). Por último, la demandante subraya que, si el comportamiento se basase en el éxito de los 20 productos de mayor facturación de las empresas participantes en la concentración, se percibiría una modificación de los precios en un mercado muy competitivo. Al no ser éste el caso, deduce de ello que el mecanismo de los descuentos no es verdaderamente un elemento fuertemente competitivo o una fuente de opacidad.
- 90 En cuanto al anexo B.10, que muestra la distribución de los precios netos en 2003 para los cinco mejores clientes de Sony y de BMG, la demandante estima que la conclusión que de él saca la Comisión, según la cual clientes distintos realizan proporciones muy diferentes de sus compras a una empresa principal en las diferentes gamas de precios netos, es de una pertinencia discutible, ya que la transparencia y la previsibilidad de los precios no requieren que las tendencias de compra sean idénticas o similares entre clientes de dos empresas discográficas. Dado que los factores determinantes del nivel de descuento necesario para alcanzar los objetivos de venta son la combinación de los productos y el resultado de los nuevos lanzamientos de punta entre los clientes, resulta difícil entender cómo la Comisión llegó a la conclusión de que había una diferencia en la distribución de los precios netos en general para las dos empresas principales.
- 91 Por otra parte, si bien estos datos sólo se refieren a Sony y a BMG, son más apropiados por el hecho de estar ponderados. Pues bien, un examen más detallado de los repartos por países muestra similitudes notables que se presentan en forma de diagrama en el anexo D.4.
- 92 Además, la conclusión de la Comisión, según la cual el anexo B.10 muestra la diferencia entre las dos empresas participantes en la concentración no es compatible con la apreciación, efectuada en los considerandos 74 y 75 de la Decisión, de que los precios netos medios de Sony y de BMG eran relativamente similares, lo cual, tras el equilibrio de probabilidades, sugiere la utilización de reglas de fijación de precios que garanticen que la mayoría de los precios se concentra alrededor de algunos

precios de referencia. Estos elementos de prueba, más que apoyar el punto de vista de que la compleja fijación de los precios los transforma en opacos, parece apoyar el punto de vista contrario, según el cual los precios son más bien previsibles y similares a pesar de la aparente complejidad de las decisiones individuales de fijación de precios.

- 93 La demandante estima que el anexo B.11, que muestra los precios netos medios trimestrales de Sony por álbum en los PVP más utilizados no aporta ninguna indicación sobre la opacidad, ya que el cuadro presenta el problema de las horquillas, a saber, que sólo muestra los extremos sin analizar las medias ponderadas ni las variaciones respecto de las medias. Además, el anexo carece de pertinencia, ya que sólo concierne a Sony y no es comparativo.
- 94 El anexo siguiente (B.12) carece igualmente de pertinencia, puesto que no es comparativo y su único objeto es mostrar que BMG ofrece distintos niveles de descuentos a los minoristas.
- 95 La demandante acusa también a la Comisión de no haber indicado si las aparentes variaciones en el nivel de los descuentos de promoción podían explicarse por algunos principios sencillos. Esto es sorprendente, ya que los principios planteados por la Comisión en uno de los anexos de su escrito de contestación en el anexo B.14, evocaban la existencia y la simplicidad de las reglas relativas a los descuentos de promoción, a saber que:
- los descuentos de promoción varían en función del tamaño de los pedidos (salvo en el caso concreto de Francia);

- los descuentos de promoción varían en función del tipo de consumidor (por ejemplo, en Alemania, los mayoristas y los clubs de música obtienen en general descuentos más importantes);

- los descuentos de promoción varían en función del tipo de título o de lanzamiento (por ejemplo en función de la popularidad del artista, del público al que se dirige);

- los descuentos de promoción se concentran en clientes que son conocidos por vender un género particular, sobre la base de la naturaleza del minorista y de las características demográficas de su base de clientes;

- los descuentos de promoción varían en función de la naturaleza de la campaña (por ejemplo, un sólo título o un conjunto de títulos, normalmente un catálogo);

- los descuentos de promoción varían en función del nivel de los gastos de comercialización que el minorista esté dispuesto a ofrecer a cambio.

⁹⁶ La demandante opina que si estas reglas son conocidas de forma general, no debe ser difícil predecir con una precisión razonable el nivel de los descuentos que uno puede esperar de una empresa principal respecto de un cliente dado, por un título particular, en el marco de una campaña concreta, y en consecuencia determinar si los descuentos efectivos se adecuan o no a estas reglas. No parece que la Comisión haya investigado este punto.

- 97 Además, como el anexo B.13 sólo contiene datos respecto de un único año, no es concluyente, ya que no permite apreciar si los niveles de descuentos son estables y, en consecuencia, previsibles.
- 98 Respecto del anexo B.15, que agrupa determinados informes de vigilancia (monitoring) presentados al Tribunal de Primera Instancia por las empresas participantes en la concentración, la demandante señala que estos elementos de prueba no sugieren que no exista un mecanismo de fijación de los precios consistente en una serie de reglas generales y de orientación sobre la forma en que se fijan los precios. Por lo tanto, la Comisión no habría debido centrarse en la cuestión de si existe una vigilancia específica de los descuentos individuales, sino más bien en si tal vigilancia es necesaria, en la medida en que las variaciones en el sistema de fijación de precios son excepciones a las referencias de precios que se aplican a la gran mayoría de las ventas.
- 99 Respecto del anexo B.17, que contiene en estudio de la sociedad de asesoramiento económico RBB Economics (en lo sucesivo, «estudio RBB»), según el cual una empresa discográfica no puede deducir los precios al por mayor a partir de los precios de venta observados a los que se ofrecen los productos de los competidores, la demandante alega que este estudio se concentra esencialmente en los precios de los lanzamientos individuales y no en la cuestión de si durante un período razonable existe una relación sistemática entre los PVP y los precios netos al por mayor en la gran mayoría de los lanzamientos. Minoristas diferentes podrían, ciertamente, seguir estrategias diferentes para la fijación de sus precios de venta, pero sería sorprendente que no hubiera una relación clara y sistemática entre los precios netos medios de los lanzamientos en una categoría particular, vendidos a un minorista particular, y sus precios al por mayor reales en una gama suficientemente amplia de títulos y durante un período razonable. La circunstancia de que no exista un margen único y uniforme aplicado de forma automática a los precios al por mayor no significa que los precios de venta al por menor y los precios al por mayor sean distintos hasta el punto de que resulte imposible controlar el cumplimiento de los principios generales de fijación de precios. Existe un nivel general de márgenes para las distintas categorías de productos (top price, super top price, mid price, developing artists, budget, etc.).

100 La demandante señala que el estudio elude cualquier examen de las reglas del régimen de fijación de precios y declara que duda que la Comisión haya sometido el estudio a examen por parte de los minoristas o de terceros, o que haya solicitado los datos agregados sobre los precios y los descuentos que toda gran empresa discográfica debe tener en sus presupuestos. Tampoco hay una comparación con otros datos ya recogidos. Tal examen hubiera revelado que, al contrario de lo que se afirma en el estudio:

- existe una relación sistemática entre las categorías de productos, si estos productos se definen correctamente de forma que se refleje su comportamiento, su madurez y su importancia para la base de clientes;

- la afirmación según la cual los minoristas no aplican un margen estándar a los precios al por mayor es engañosa, ya que ignora a propósito la existencia de categorías de productos y de campañas de venta, conocidas y coherentes, entre las empresas principales. El estudio ignora la necesidad de explicar la concentración de los niveles de descuento agregados alrededor de un limitado número de niveles de precios y de descuentos. Las variaciones de los márgenes sólo reflejan la adaptación de las reglas en función de la demanda;

- de forma más general, la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que examina la industria del sector de la propiedad intelectual en el mercado de música grabada. La evolución de los lanzamientos individuales a través de las diferentes categorías conocidas y entendidas de precios y de descuentos durante su ciclo de vida no implica necesariamente que no pueda haber en ella transparencia e incluso coordinación.

Medios de disuasión

- 101 La demandante afirma que la Comisión no examinó en detalle todas las formas posibles de medidas de represalia, sino sólo las relacionadas con los acuerdos de colaboración para las compilaciones. Así, si una gran empresa discográfica tuviera que poner en marcha una política de bajada de precios respecto de los minoristas, las demás podrían castigar a esta gran empresa discográfica incitando a los minoristas a rechazar esta política de precios más bajos ofreciéndoles mayores descuentos y un aumento de la publicidad cooperativa. Otro medio de disuasión sería restringir la elegibilidad para la lista de éxitos a los productos de precios más bajos de la empresa discográfica «desviada» o a los productos que constituyan una innovación unilateral. Los criterios de elegibilidad para las listas nacionales de éxitos se determinan generalmente por comités, totalmente integrados por empresas discográficas, algunas veces en colaboración con los minoristas, y se refieren, en particular, a los formatos o los precios mínimos.
- 102 La demandante estima que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación en la medida en que, a pesar de que constató la existencia de mecanismos creíbles de disuasión, concluyó que no los había porque no había encontrado pruebas de su utilización. Pues bien, el medio de disuasión más eficaz es el que no necesita utilizarse.

Poder de contrapeso

- 103 La demandante afirma que el análisis de la Comisión es incompleto en la medida en que la Decisión no contiene un examen de los poderes de contrapeso existentes en el mercado. Subraya, además, que la Comisión constató en el pliego de cargos que ni los independientes ni los minoristas imponían a las empresas principales una presión efectiva desde el punto de vista de la competencia.

Inexistencia de un auténtico análisis de la política común

- 104 La Comisión concentró su análisis de la competencia en los precios y dejó completamente de lado otra serie de cuestiones, a pesar de que, según las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales (DO 2004, C 31, p. 5), la coordinación puede adoptar distintas formas.
- 105 Así, la Comisión hubiera debido examinar si era o no más beneficioso para las empresas principales mantener una fuerte competencia para obtener cuotas de mercado en lugar de adherirse a una política común. El hecho de que las cuotas de mercado de las empresas principales sean relativamente estables y que las modificaciones sean principalmente consecuencia de adquisiciones de empresas independientes, o de fusiones entre ellas, indica una ausencia real de competencia en los precios o una política común consistente sobre todo en no iniciar acciones competitivas allí donde el mercado es oligopolístico (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 43).
- 106 La Comisión tampoco examinó si las empresas principales tenían políticas paralelas de licencias para la música en línea o en lo que atañe a la contratación de los artistas. Tampoco examinó todas las características que constituían pruebas detalladas en los puntos 96 a 116 del pliego de cargos, de que el mercado de música grabada es «especialmente propicio a la coordinación y facilita el control de tal coordinación» (punto 94 del pliego de cargos). Sin embargo, la Comisión identificó diez factores que señalaban una práctica colusoria tácita que incluía los lazos estructurales, los acuerdos de licencia y de distribución y los acuerdos de colaboración y las compilaciones (véase la lista adjunta como anexo A.15 a la demanda).
- 107 Igualmente, la Comisión se abstuvo de examinar si la concentración podía conducir a reducir la oferta en términos del número de nuevos títulos o en términos de originalidad de los nuevos lanzamientos, o si la concentración empobrecía la

creatividad, la calidad y la diversidad en la elección musical [véase la Decisión 2004/422/CE de la Comisión, de 7 de enero de 2004, por la que se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE una operación de concentración (Asunto COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (DO L 125, p. 54; considerando 674)] o pudiera tener un impacto sobre la elección de los consumidores, como lo hizo en el pliego de cargos del asunto Time Warner/EMI (Asunto COMP/M.1852 Time Warner/EMI) (DO 2000, C 136, p. 4) (véase el punto 55, relativo a la marginación de los independientes, y al impacto en la elección y la diversidad de la música ofrecida al público). Por último, el análisis no tuvo en cuenta el artículo 151 CE, apartado 4, ni la diversidad cultural.

c) Aplicación incorrecta de la normativa sobre posiciones dominantes colectivas

108 La demandante afirma que la Comisión cometió tres errores de Derecho.

109 En primer lugar, la Comisión concluyó que los precios no eran transparentes porque no era seguro que la transparencia fuera total a pesar de que, según el apartado 62 de la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, la prueba es una «prueba de transparencia suficiente del mercado» para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer «de manera suficientemente precisa e inmediata» la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado. Pues bien, en el caso de autos, existía una transparencia suficiente.

110 En segundo lugar, la Comisión estimó que no había una política común a causa de los descuentos, sin constatar, sin embargo, que dichos descuentos habían conducido a unas reducciones significativas de los precios de forma que la competencia a través de los descuentos es sólo marginal. Pues bien, según el apartado 60 de la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, una competencia marginal no invalida por sí misma la constatación de una posición dominante colectiva. Es necesario que el operador sepa que «una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a

incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás». En particular, la Comisión sólo debe probar «la falta de competencia efectiva entre los operadores [...] miembros del oligopolio dominante» y no la eliminación de toda competencia (véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 645).

- 111 En tercer lugar, la Comisión cometió un error de Derecho al basar su análisis en la falta de pruebas anteriores respecto de medidas de represalia, cuando, conforme al apartado 195 de la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, la Comisión no tiene que acreditar necesariamente la existencia de un «mecanismo de represalia» determinado y más o menos estricto, sino que debe probar que existen factores de disuasión.

2. Sobre la segunda parte

- 112 La demandante recuerda que, para apreciar si una concentración refuerza una posición dominante, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo su impacto sobre los mercados de referencia (sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, apartados 58 y 59). Pues bien, la Comisión no realizó ningún análisis prospectivo y no examinó en absoluto la cuestión del refuerzo de la posición dominante, ya que, al término de su análisis retrospectivo, declaró equivocadamente que no existía una posición dominante preexistente que pudiera verse reforzada.
- 113 En la medida en que el refuerzo de la posición dominante se examinó sobre la base de un análisis retrospectivo, la Decisión está viciada por una falta de motivación o por un error manifiesto de apreciación, mientras que la falta de análisis prospectivo constituye un error de Derecho.

B — *Alegaciones de la Comisión*

- 114 La Comisión estima que los tres motivos de anulación invocados por la demandante respecto del mercado de música grabada en buena parte se solapan entre sí y que, en consecuencia, resulta útil empezar por presentar una exposición de la motivación de la Decisión y de las pruebas en que basa sus conclusiones antes de examinar, en segundo lugar, determinadas exposiciones erróneas del contenido de la Decisión que figuran en la demanda y, finalmente, analizar las alegaciones específicas invocadas por la demandante.

1. Decisión de la Comisión y pruebas en que se basa

a) Contexto

- 115 Respecto del sistema de fijación de precios aplicable a la música grabada, la Comisión expone que cada una de las empresas principales, y cada empresa discográfica independiente, fija periódicamente para sus álbumes CD una gama de varios precios de catálogo previsible, denominados «precios de venta». Cada gran empresa dispone normalmente de más de 50 PVP de este tipo, de importancia variable, que pueden atribuirse a categorías de precios «altos», «medios» y «de bajo presupuesto», y determina el precio de catálogo de cada álbum CD que produce respecto de uno de esos PVP. Sin embargo, el precio neto realmente aplicado a un cliente (minorista o mayorista) es inferior al precio del catálogo, por el hecho de la existencia de descuentos sobre factura (descuentos ordinarios y de promoción) que pueden variar de un cliente a otro en el tiempo, o de un álbum a otro (en el caso de los descuentos de promoción). Cada empresa discográfica negocia con cada uno de sus clientes un descuento ordinario anual (con porcentajes eventualmente distintos para la música pop, la música clásica o los álbumes que son objeto de publicidad en televisión), aplicable a todas las ventas del cliente en cuestión. Por el contrario, los descuentos de promoción se deciden caso por caso, por duración variable, para álbumes individuales o conjuntos de álbumes que la empresa discográfica desea

promocionar; no se conceden necesariamente a todos los clientes y su importe no es necesariamente el mismo. La Comisión llama la atención sobre el hecho de que el precio neto de un álbum dado para un cliente determinado debe distinguirse del precio neto medio del conjunto de los álbumes vendidos por una gran empresa discográfica dada en un año determinado, precio que es igual al cociente de la división de la suma de todos los precios netos (potencialmente muy variados) de los álbumes individuales vendidos a los clientes individuales partido por el número total de álbumes vendidos por la empresa discográfica en cuestión.

116 La Comisión constató una disminución significativa de la demanda y de los precios de la música grabada en CD a partir de 1999 (considerandos 55 a 59 de la Decisión).

b) Cinco grandes mercados (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España)

117 En primer lugar, la Comisión examinó si era posible identificar la existencia de una práctica colusoria tácita respecto de los precios entre las empresas principales en los cinco grandes Estados miembros (considerandos 69 a 108 de la Decisión). Verificó si existía un paralelismo entre los precios observando la evolución de los precios netos medios reales de las empresas principales y si, de ser observable, podía explicarse un eventual paralelismo por la existencia de una coordinación. A estos efectos, la Comisión examinó primero los PVP como posibles puntos centrales, y posteriormente verificó si los descuentos estaban alineados y eran lo suficientemente transparentes como para permitir un seguimiento eficaz de una eventual coordinación de precios netos (considerando 73 de la Decisión).

Alineación de los precios netos medios y de los PVP

118 En los cinco grandes mercados, la Comisión sólo constató en parte una evolución parecida de los precios netos medios reales. En cada país, los precios netos medios reales de cada gran empresa discográfica fluctuaron la mayor parte del tiempo, los unos respecto de los otros, dentro de una horquilla de alrededor del 10 % o más. La

Comisión consideró que tal grado de evolución similar no era concluyente (considerandos 75, 82, 89, 96 y 103 de la Decisión), por razones evidentes. En primer lugar, el paralelismo de los precios netos medios reales no se ha demostrado en absoluto. En segundo lugar, los comportamientos paralelos en general no bastan para demostrar la existencia de una coordinación, si los mecanismos de esta coordinación no pueden identificarse. En tercer lugar, en el caso de autos la Comisión no llegó a la conclusión de que la evolución de los precios netos medios de cada una de las empresas principales fuera o pudiera ser conocida por las demás. Los precios netos medios son el reflejo de una gran variedad de decisiones individuales de fijación de precios (véase, por ejemplo, el anexo B.10) y estas decisiones deberían poder ser identificadas con suficiente certeza para permitir una coordinación significativa de los precios netos.

- 119 La Comisión descubrió efectivamente algunos elementos que indicaban que los precios de catálogo (es decir, los PVP) podían utilizarse como base para un alineamiento. En cada uno de los cinco grandes Estados miembros, la mayor parte de las ventas totales de cada gran empresa discográfica (más del 55 %, e incluso el 85 % en uno de los países) se realizó utilizando 5 PVP e incluso de 1 a 3 PVP para la mitad, o más, de los 100 álbumes CD sencillos de mayor facturación en 2003 (exceptuando España). Además, los PVP son relativamente transparentes, ya que figuran en los catálogos de las empresas principales (considerandos 76, 83, 90, 97 y 104 de la Decisión).
- 120 Sin embargo, la Comisión constató dos tipos de obstáculos a la utilización de los PVP como punto de referencia para una coordinación tácita de los precios netos y como medio de control del respeto de dicha coordinación –uno tiene su origen en el grado de complejidad inherente a los propios PVP, el otro en la complejidad y opacidad de las relaciones entre los precios de catálogo y los precios netos.

Complejidad y PVP

- 121 Respecto de los PVP, los álbumes CD no constituyen un producto perfectamente homogéneo a causa de la diferencia de su contenido (considerando 110 de la

Decisión). Aunque un «espacio de sustituibilidad» permite al menos considerar que los álbumes de un mismo género pertenecen a un único mercado de productos (considerandos 9 a 13 y 110 de la Decisión), los álbumes CD no dejan por ello de ser productos heterogéneos diferenciados. En consecuencia, incluso si la tarificación y la comercialización de los CD están relativamente normalizadas en cuanto a la venta al por mayor (los elementos de normalización de la fijación de precios al por mayor son los siguientes: las tres grandes categorías de precios, la serie normalizada de PVP de cada gran empresa discográfica, y el hecho de que los descuentos habituales fijados anualmente para cada cliente y las tasas de retorno convenientes para aquellos que no se venden están normalmente fijadas en función de un número limitado de parámetros), los álbumes individuales tienen grados distintos de éxito, anticipado o real, lo que influye sobre la fijación inicial de los PVP en el momento de la salida del álbum y sobre su evolución posterior.

122 Además, la imprevisibilidad del éxito obligaría probablemente a cada una de las grandes empresas discográficas deseosas de controlar minuciosamente el respeto global de la coordinación de los precios netos por las otras grandes empresas a vigilar los PVP de más de 80 álbumes producidos cada año por sus competidores en un país dado (o de más de 60 álbumes de este tipo por año después de la operación de concentración, en la medida en que los 20 álbumes más vendidos de cada gran empresa discográfica representa al menos el 30 % de sus ventas globales, y más del 50 % en muchos casos) (considerando 111 de la Decisión). Una empresa que quisiera tener una visión más completa del mercado se vería confrontada a un fuerte incremento de la actividad de seguimiento, dado que los 100 álbumes de mayor retribución de cada año por cada una de las grandes empresas cubriría normalmente entre el 70 y el 80 % de sus ventas totales de música (considerando 71 de la Decisión) este estudio exhaustivo implicaría el seguimiento de cerca de 400 álbumes. Las empresas participantes en la concentración han presentado pruebas que demuestran que las combinaciones de PVP correspondientes a sus 20 mejores álbumes CD simples a menudo variaban considerablemente de un trimestre a otro (véase el anexo B.3). Aunque las listas semanales de éxitos facilitan dicho seguimiento al poner delante los títulos que se convierten en «grandes éxitos» (considerando 112 de la Decisión), no acaban con el problema.

123 En relación con la constatación que se hace en la Decisión relativa a que «ciertos elementos [indican] que los PVP podrían haber sido utilizados como base para alinear los precios de las grandes empresas discográficas», la Comisión subraya que no se trata de una constatación definitiva. Aunque ha constatado que la vigilancia de

los precios de catálogo parecía posible, las variaciones en la utilización de los distintos PVP que figuran en el anexo B.3 del escrito de contestación muestran que dicha vigilancia, asociada a los esfuerzos para descubrir las prácticas en materia de descuentos, sería cuando menos una gran consumidora de recursos.

Alineación y complejidad de los descuentos

124 En los cinco grandes Estados miembros, la Comisión constató un estrecho vínculo entre la evolución de los precios medios brutos y de los precios netos reales de Sony y de BMG a lo largo de un período de seis años, con una gran estabilidad del cociente entre precios netos y precios brutos, en el tiempo, y teniendo en cuenta todos los álbumes (considerandos 77, 84, 91, 98 y 105 de la Decisión). Sin embargo, el vínculo estable que existe entre los precios brutos y los precios netos medios (es decir, el descuento medio) de cada una de las empresas participantes en la concentración del conjunto de los álbumes en un país concreto nivela inevitablemente los efectos de los distintos tipos de descuento sobre factura (ordinarios y de promoción), de las diferencias entre los descuentos sobre factura (ordinarios y de promoción) concedidos a los distintos clientes, y de las diferencias entre los descuentos sobre factura (fundamentalmente de promoción) otorgados por álbumes individuales. La alegación relativa a la estabilidad del cociente entre precios netos y brutos medios debería también matizarse por las limitaciones metodológicas del análisis. La Comisión precisa, a este respecto, por una parte, que únicamente fueron tenidos en cuenta los datos de Sony y de BMG, porque las otras empresas principales indicaron que no facturaban más que precios netos y, por otra, que para resolver el problema vinculado al hecho de que un álbum determinado pueda tener varios PVP en el transcurso de un año, las empresas participantes en la concentración atribuyeron un precio bruto único a cada álbum, correspondiente al PVP al que el álbum se vendió más durante el año en cuestión (las ventas brutas por álbum se calcularon, por tanto, multiplicando simplemente el PVP por el número de álbumes vendidos). El precio bruto registrado para cada álbum y utilizado para calcular el precio bruto medio de cada gran empresa no es por tanto más que una aproximación.

125 Además, un cociente estable entre precios brutos medios y precios netos medios no basta para demostrar la existencia de una coordinación pasada, o de una coordinación futura probable, a falta de un mecanismo demostrado que permita a

las empresas principales controlar la aparición de este vínculo entre precios brutos y precios netos a partir de una multitud de decisiones individuales de fijación de precios. La Comisión no encontró pruebas suficientes de la existencia de semejante mecanismo.

126 La Comisión comprobó en primer lugar que los descuentos sobre factura (descuentos ordinarios y de promoción) de Sony y de BMG eran con mucho los mayores descuentos en cada uno de los grandes Estados miembros (salvo en Francia, en el caso de BMG). Los niveles generales de descuentos sobre factura aplicados respectivamente por las empresas participantes en la concentración varían en cierta medida cuando son expresados en proporción a las ventas brutas totales respectivas a sus 20 mejores clientes en esos Estados miembros (la diferencia entre estos niveles era de [confidencial] puntos porcentuales de sus ventas brutas totales respectivas en Italia, de [confidencial] puntos porcentuales en el Reino Unido y en España, de [confidencial] puntos porcentuales en Alemania y de [confidencial] puntos porcentuales en Francia).

127 Además, la Comisión no encontró pruebas que indicaran que los descuentos sobre factura estuviesen lo suficientemente alineados de un cliente a otro entre las empresas participantes en la concentración como para que fuese posible deducir la coordinación y la transparencia. Los considerandos 79, 86, 93, 100 y 107 de la Decisión acreditan las diferencias entre los descuentos sobre factura totales de las dos empresas participantes en la concentración por lo que se refiere a los clientes individuales, expresados en proporción a las ventas brutas a cada uno de esos clientes. La Comisión constató que los descuentos medios sobre factura concedidos respectivamente por las empresas participantes en la concentración a cada uno de sus diez mejores clientes comunes en los grandes Estados miembros, salvo Francia, variaron durante el período 2000-2003 entre un 2 y un 5 % (Reino Unido, Alemania, España) o entre un 1 y un 3 % (Italia). En el Reino Unido, en Alemania y en España los descuentos medios anuales de las dos empresas participantes en la concentración aplicados a algunos de sus clientes más importantes han conocido, en determinados años, una variación de más del 5 % de sus ventas brutas respectivas a dichos clientes. En Francia (considerando 86 de la Decisión), los descuentos medios sobre factura concedidos por las empresas participantes en la concentración a cada uno de sus

quince mejores clientes comunes sufrieron variaciones más marcadas, de hasta el 10 %. Dada la importancia de los descuentos posteriores y de los «descuentos contractuales» de BMG en Francia, la Comisión examinó igualmente los descuentos globales. Constató unas diferencias, entre las empresas participantes en la concentración, que en 2003 llegaban al 3 % en este grupo de clientes, y aproximadamente un 5 % en el caso de tres de ellos. En el conjunto de los grandes Estados miembros, estas fluctuaciones son esencialmente atribuibles a los descuentos de promoción.

128 La Comisión también tuvo en cuenta (considerandos 79, 86, 93, 100 y 107 de la Decisión) informaciones que provenían de todos los Estados miembros y que indicaban que los descuentos concedidos por las dos empresas participantes en la concentración tenían tres tipos de variaciones (estas conclusiones se basan en los datos contenidos en los anexos B.A a B.14):

- para un cliente dado, los descuentos variaban con el tiempo;
- para un cliente dado, los descuentos variaban de un álbum a otro;
- para un álbum dado, los descuentos variaban de un cliente a otro.

129 Si bien el anexo B.4, compuesto por gráficos adjuntos al pliego de cargos, que recoge los descuentos medios sobre factura concedidos por las empresas participantes en la concentración a cada uno de sus diez mejores minoristas comunes (es decir, en cada año, los descuentos totales sobre factura concedidos a un cliente dado, divididos por el total de ventas brutas a ese cliente) en el Reino Unido, en Alemania, en Italia y en España mostraba, entre 2000 y 2003, la estabilidad global de los descuentos en el tiempo (punto 88 del pliego de cargos), las empresas participantes en la concentración han alegado, sobre la base de esos mismos gráficos, que los tratamientos respectivos de determinados clientes en el Reino Unido, en Alemania y en España mostraban diferencias notables (véase el anexo B.5, respuesta al pliego de cargos, punto 4.21).

- 130 En relación con la observación de la demandante según la cual «está lejos de resultar claro que las diferencias entre los descuentos obtenidos por los diez mejores clientes sean la expresión de diferencias de tratamiento más que de diferencias en los resultados relativos de las carteras de cada una de las empresas participantes en la concentración», la Comisión hace notar que, si bien está lejos de resultar claro, incluso para un observador que tenga acceso al conjunto de los datos, es difícil imaginar cómo las empresas principales, en unas condiciones de coordinación tácita y de información imperfecta sobre el mercado, pudieron eliminar las «interferencias» causadas por la composición de la cartera con el fin de hacerse una idea exacta de la práctica o de la política subyacente en materia de descuentos.
- 131 El anexo B.6 del escrito de contestación, que recoge las pruebas aportadas por las empresas participantes en la concentración, que cubren un período de cinco años, muestra, en cada uno de los cinco grandes Estados miembros, las variaciones de una horquilla, en ocasiones muy grande, de descuentos sobre factura concedidos por cada una de las empresas participantes en la concentración a sus diez mejores clientes para sus 20 mejores álbumes CD simples a lo largo de un año dado, los cuales representan una parte importante del volumen de negocios global de las empresas principales, de modo que un trato visible y equivalente en relación con los PVP y con los descuentos constituye uno de los elementos esenciales de una eventual coordinación de los precios netos. Cada cuadro tiene que mostrar, para una empresa discográfica determinada en un país dado, tanto que ciertos clientes disfrutaron de descuentos muy diferentes a lo largo de un año concreto o durante un cierto número de años en relación con los álbumes más vendidos, como que existen diferencias marcadas entre los mayores descuentos y/o los más pequeños concedidos a diferentes clientes a lo largo de un determinado ejercicio, y ello incluso para clientes pertenecientes a una misma categoría (como por ejemplo los mayoristas, los revendedores especializados o los supermercados).
- 132 Además, la comparación entre los cuadros del mencionado anexo de Sony y BGM en cualquier país permiten concluir que los descuentos concedidos por cada uno de ellos a cualquier cliente en cualquier ejercicio a menudo variaban considerablemente, en lo que se refiere tanto a los importes de descuento mayores y menores concedidos en ese período, como a la separación entre ambas cifras.

- 133 La Comisión duda de la pertinencia de la conclusión de la demandante según la cual los cuadros muestran «regularidades interesantes», y hace notar que toda «regularidad» de ese tipo no resta importancia a la variación de los descuentos en tanto que prueba de la complejidad y opacidad de la fijación de los precios netos.
- 134 El anexo B.8, que muestra un desglose por tramos de los descuentos concedidos entre 1988 y 2003 en los cinco grandes Estados miembros por las empresas participantes en la concentración en relación con sus 20 mejores álbumes CD respectivos, permitió a la Comisión comprobar cual era la proporción de las ventas de estos 20 mejores álbumes CD simples de cada una de ellas, referidos el conjunto de sus clientes, que cada una de las dos empresas principales había llevado a cabo aplicando un determinado descuento (expresado en tramos estrechos del 2,25 % en relación con los precios de catálogo de los álbumes en cuestión. De forma más general, la columna vertical de los cuadros correspondiente a cada año muestra que, en cualquier año o país, ninguna de esas dos empresas principales siguió una práctica uniforme en materia de descuentos, ni siquiera para esa selección limitada de sus álbumes más vendidos. Las líneas horizontales, relativas a los diferentes tramos estrechos de descuentos, muestran igualmente que las prácticas respectivas en materia de descuentos de las dos empresas participantes en la concentración variaron en el tiempo, de un año a otro.
- 135 Además, uno de los anexos del escrito de contestación a la demanda (anexo B.9) muestra que la distribución de los descuentos concedidos respectivamente por Sony y por BMG en relación con sus 20 mejores álbumes era sensiblemente diferente.
- 136 La observación de la demandante relativa a que las diferencias entre los distintos tipos de descuento no excluye que los descuentos se basen en un conjunto conocido de reglas descansa en la presunción errónea de que basta que un conjunto de reglas sea conocido para que las empresas principales tengan la certeza de que dichas reglas se respetan.

- 137 La Comisión hace notar que el análisis de correlación llevado a cabo por la demandante en el anexo D.3 trata de los descuentos en el tiempo de una sola parte, y no de la alineación de las empresas participantes en la concentración. Además, incluso si ese análisis mostrase que las estructuras de descuento de cada una de las empresas participantes en la concentración eran relativamente estables en el tiempo, a pesar de los cambios en las actividades desarrolladas, ello confirmaría de hecho el razonamiento de la Comisión según el cual las cifras de los precios netos medios pueden ocultar fluctuaciones considerables en relación con los álbumes o con los clientes. Por último, y contrariamente a lo que sostiene la demandante, las horquillas estrechas de descuento (del 2,5 %) en los gráficos reducen de hecho la precisión de análisis sobre las pequeñas modificaciones de los descuentos.
- 138 Además, la Comisión estima que las observaciones de la demandante sobre determinados gráficos, según las cuales éstos muestran más bien una estabilidad de los descuentos o un elevado factor de correlación entre las empresas participantes en la concentración, son infundadas.
- 139 El anexo B.10, que presenta, en relación con los cinco grandes Estados miembros, la distribución de los precios netos entre los cinco principales clientes de cada una de las dos empresas participantes en la concentración, muestra que:
- la distribución de los precios netos varía fuertemente entre las dos empresas principales, tanto en general como en relación con clientes específicos;
 - la forma en que se distribuyen, entre los diferentes tramos de precios, las compras de distintos clientes a una empresa dada es muy variable. Esta observación vale incluso para clientes que pertenecen a una misma categoría (como los mayoristas, los minoristas especializados o los supermercados) en la medida en que en el cuadro figure más de un cliente de una categoría determinada.

- 140 La Comisión coincide con la demandante en que las variaciones en la distribución de los precios netos pagados por clientes importantes a las distintas empresas principales pueden ser atribuibles a las diferencias en sus hábitos de compra y en el surtido de discos de la empresa discográfica. Pero no por eso están desprovistas de pertinencia. En efecto, aunque una gran empresa discográfica pudiera descubrir los distintos precios netos pagados por un cliente común por distintos álbumes de otra gran empresa discográfica (lo cual no parece probable, según las pruebas disponibles), no podría decir si esos precios son la expresión de la adhesión a las reglas necesariamente complejas postuladas por la demandante o de una desviación en relación con esas mismas reglas sin disponer, al menos, de mucha más información sobre los álbumes a los que dichos precios se refieren.
- 141 Además, si el surtido de productos y el grado variable de éxito tuvieran que explicar la totalidad o una gran parte de las variaciones ponderadas de la distribución de los precios que figuran en ese anexo, ello mostraría igualmente la futilidad de cualquier intento de coordinación basado en el conjunto de los precios medios netos, tal como postula la demandante.
- 142 La Comisión discute la pertinencia de los elementos de prueba aportados por la demandante con el fin de demostrar que los documentos anexos al escrito de contestación no prueban una variación importante de los precios.
- 143 Además, la Comisión dispone también de pruebas en relación con los PVP de la categoría de los precios altos (véase el anexo B.11), que indican que determinados clientes muy importantes de una de las dos empresas participantes en la concentración le habían pagado a ésta, en el curso de un año (2003), precios netos diferentes por álbumes que tenían el mismo PVP (o, dicho de otro modo, habían disfrutado de descuentos diferentes). La separación entre los precios netos más altos y más bajos pagados por álbumes de un PVP determinado es a menudo considerable.

- 144 De las pruebas presentadas por BMG sobre la parte del descuento medio total aplicado a cada uno de sus diez mejores clientes (véase el anexo B.12) se desprende que en un país (país F), los descuentos de promoción medios por cliente fluctúan aproximadamente entre un 8,5 y un 13 %, superando ampliamente los descuentos de promoción medios (que varían del 3 al 10 %) aplicados a la casi totalidad de los clientes, mientras que en otro país (país C), el descuento de promoción medio (que fluctúa entre el 2 y el 5 %) representa aproximadamente la mitad, o incluso aún más, del descuento más alto globalmente aplicable, es decir, excluido el descuento específico al por mayor. En los tres restantes países (países B, D y A), el nivel medio de los descuentos de promoción conoció variaciones marcadas de un cliente a otro, fluctuando respectivamente entre el 0,5 y el 12,5 %; el 0,5 y el 13 % y aproximadamente el 2,5 y el 14,5 %. En los tres países, los descuentos de promoción medios superaron los descuentos ordinarios medios en el caso de uno de los mejores clientes, mientras que fueron mucho menores en el de los otros.
- 145 A diferencia de lo que afirma la demandante, la circunstancia de que cada uno de estos anexos no muestre diferencias más que en los precios netos o en los descuentos de una de las partes notificantes no significa que estén privados de pertinencia. El que los descuentos de una misma gran empresa discográfica varíen en función de los clientes (incluidos los clientes de un mismo tipo, de los que puede esperarse que se interesen por elementos similares de su gama de productos) indica en efecto que, incluso si un competidor tuviese que conocer los descuentos concedidos a un cliente por esa gran empresa discográfica, dicho conocimiento no puede extrapolarse a las prácticas generales de la empresa mencionada en materia de descuentos. Además, las formas de ejercicio de una coordinación que incluyese tanto a clientes individuales como a tipos de clientes serían demasiado complejas.
- 146 La Comisión recogió también «declaraciones de los testigos» que indican que, para una misma empresa discográfica, los descuentos de promoción se conceden tanto a los álbumes de presentación como al catálogo de títulos (anexo B.2).
- 147 Ello se confirma en el anexo B.13, compuesto por gráficos presentados por las empresas participantes en la concentración que indican los descuentos sobre factura concedidos por cada una de ellas en cada uno de los cinco grandes países a sus

mejores clientes comunes por los álbumes más vendidos en 2002, con PVP muy similares en la categoría de precios altos. Recordando que, para toda empresa discográfica y para todo cliente, el descuento ordinario debería ser estable respecto de todos los álbumes de un año dado, la Comisión deduce que la variación de los descuentos sobre factura concedidos por una gran empresa discográfica a un cliente dado respecto de diversos álbumes de un mismo PVP debe atribuirse a descuentos de promoción concedidos en un momento dado a los álbumes de presentación en cuestión. Los gráficos revelan este tipo de variaciones en las prácticas de facturación de cada una de las empresas discográficas notificantes en todos los países afectados, al menos en relación con determinados clientes.

148 La Comisión subraya que la demandante reprocha a la Comisión no haber examinado «ciertos principios sencillos que diferencian los álbumes de un mismo precio de referencia y que podrían explicar las diferencias en los descuentos de promoción» pero, para describirlos, cita seis criterios que, al no ser en principio mutuamente excluyentes, elevan considerablemente el número de combinaciones posibles de reglas potencialmente aplicables sólo a los descuentos de promoción. La demandante no lleva a cabo ningún otro intento de cuantificación, siendo así que ello es esencial si las formas de ejercicio de la coordinación de precios de un título dado tienen que poder permitir predecir, con exactitud razonable, el nivel de descuento de un título dado a lo largo de una campaña de promoción determinada –y, evidentemente, establecer si los descuentos efectivos son conformes con estas reglas, o bien si se separan de los principios comunes de fijación de precios.

149 Algunos ejemplos muestran la variación de los descuentos de promoción: determinados tipos de clientes disfrutaron de distintos tipos de descuentos en álbumes pertenecientes a un mismo género musical; algunos clientes disfrutaron de descuentos diferentes sobre un mismo álbum; un mismo cliente disfrutó de descuentos diferentes en álbumes diferentes; un mismo cliente disfrutó de descuentos limitados en el tiempo sobre un álbum concreto.

150 Por último, la conclusión general de la Comisión que constata una «determinada variación del nivel de descuentos aplicados por las grandes empresas» en los grandes mercados (considerandos 78, 85, 92, 99 y 106 de la Decisión) vendría también

corroborada por pruebas de carácter económico relativas a los descuentos de las cinco empresas principales. Sobre la base de informaciones obtenidas por la Comisión de estas cinco empresas principales en relación con los descuentos sobre factura que aplicaron en 2003, los expertos económicos de las empresas participantes en la concentración concluyeron, en el estudio RBB, lo siguiente:

«Comparamos también la distribución de los descuentos sobre factura concedidos por las partes A, B, C, D y E en cada uno de los cinco principales países en 2003. El análisis pone de relieve las diferencias significativas en la distribución de los descuentos de este tipo concedidos por las empresas principales. Ello confirma que sus políticas de tarifas no se encuentran actualmente alineadas.»

Transparencia de los descuentos

- ¹⁵¹ La Decisión subraya que, según algunos de los clientes de los cinco grandes Estados miembros, las empresas principales tenían un «cierto conocimiento» de los descuentos ordinarios (más estables) aplicados por sus competidores (véanse las notas a pie de página números 45, 49, 52, 55 y 57 de la Decisión). Esta cuestión fue ampliamente debatida en la audiencia organizada por la Comisión. Las empresas participantes en la concentración alegaron que un determinado número de respuestas positivas sólo hacían referencia a los PVP, o bien no hacían distinción entre los PVP y los descuentos. Únicamente cinco respuestas (procedentes de Bélgica, Francia e Italia) sobre un total de 36 respuestas accesibles procedentes de todos los países indicaron expresamente que existía una cierta transparencia en los descuentos; el punto de vista opuesto fue defendido expresamente en 11 respuestas. Sobre la base de las respuestas de los minoristas, de las «declaraciones de testigos» de dirigentes nacionales de Sony y de BMG (véanse los extractos correspondientes en el anexo B.2) y de la falta de información sobre los descuentos constatada en los informes de seguimiento de los representantes comerciales que le fueron remitidos (véase el anexo B.15), la Comisión concluyó que, si bien algunos minoristas percibieron en las empresas principales un cierto conocimiento de la política de tarifas de las otras grandes empresas, ese conocimiento podía versar sobre los PVP, relativamente transparentes, y en cierta medida sobre los descuentos ordinarios,

negociados anualmente, pero probablemente no se extendía a los descuentos de promoción, que se negocian caso por caso. Las relaciones entre las empresas principales y una clientela estable (considerando 112 de la Decisión) pueden permitir obtener cierta información sobre los descuentos anuales, pero no parece que puedan favorecer la transparencia en relación con campañas de promoción de corta duración.

- 152 La Comisión constató que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su seguimiento requiere una observación minuciosa de las promociones en el mercado minorista (considerandos 80, 87, 94, 101 y 108 de la Decisión). El sistema de informes semanales producidos por el personal de ventas de Sony y de BMG (que incluyen observaciones relativas a los competidores) no alcanza sin embargo el grado de transparencia requerido en relación con dichos descuentos. En particular, la Comisión no ha descubierto pruebas suficientes que demuestren que el seguimiento de los precios minoristas, o los contactos con los minoristas, permita a las empresas principales paliar la falta de transparencia de los descuentos, en particular de los descuentos de promoción.
- 153 Los informes de seguimiento del mercado elaborados por las empresas participantes en la concentración que se recogen en el anexo B.15 no contienen el tipo de información detallada sobre los descuentos de los competidores que permite un seguimiento eficaz de los precios netos aplicados a los diferentes clientes en los álbumes individuales. Además, en otros países serían aún más breves, o incluso inexistentes. Los representantes de BMG, en concreto, no presentan informes formales de seguimiento más que en Francia y en Austria.
- 154 Si bien la Comisión reconoce no poder probar con facilidad que no exista un mecanismo de fijación de precios consistente en una serie de reglas generales, hace notar que la demandante no se ha tomado la molestia de aportar una prueba positiva sobre el modo de concebir semejante mecanismo de fijación de precios, aplicado después a innumerables contratos individuales, ni sobre la forma de garantizar su respeto.
- 155 La Comisión expresa su sorpresa, además, por el hecho de que la demandante discuta directamente la necesidad de vigilancia para poder determinar la existencia de una posición dominante colectiva.

- 156 La conclusión de la Comisión sobre la ineficacia del seguimiento de las ventas minoristas se basa igualmente en la complejidad y opacidad de la fijación de los precios al por menor. Un estudio presentado por las empresas participantes en la concentración (anexo B.17) muestra que existen grandes variaciones de los precios al por menor aplicados por los principales minoristas en álbumes CD comparables de cada gran segmento de precios (precios altos, medios y de bajo presupuesto) y que la fijación de los precios minoristas es tan compleja como la de los precios al por mayor. Además, para un álbum dado de esta misma selección de los cinco productos de mayor facturación, los precios minoristas varían a menudo tanto en el tiempo, respecto de cualquier minorista, como de forma más pronunciada de un minorista a otro, en cualquier momento.
- 157 Las pruebas (recogidas en el anexo B.17, sección 2) muestran que el seguimiento intensivo realizado por las empresas principales de los precios al por menor aplicados por cada minorista a cada uno de los álbumes importantes no permite a una gran empresa discográfica poder deducir las prácticas de fijación de precios netos (PVP menos descuento sobre factura) de sus competidores principales respecto de un álbum dado. Los minoristas no aplican todos sistemáticamente, en efecto, el mismo incremento sobre los precios al por mayor, en un momento dado, ni a todas las categorías de álbumes ni tampoco a todos los álbumes de la categoría más limitada de álbumes de precio alto (cuadro 2.1).
- 158 Por último, la Comisión no constató ninguna conexión demostrable entre los precios al por menor y los descuentos sobre factura aplicados a los álbumes de un mismo PVP. Por el contrario, el estudio presentado por las empresas participantes en la concentración tiende a demostrar que, tanto en el caso de álbumes de precio alto como en el caso de los otros álbumes, las variaciones de precios al por menor de un álbum determinado, en un momento dado, en diferentes puntos de venta minorista, no guardan ninguna relación precisa con los descuentos sobre factura aplicados a esos minoristas respecto de dicho álbum (cuadro 3.1).
- 159 Frente a prácticas de fijación de precios minoristas tan variadas e imprevisibles, una gran empresa discográfica no puede concluir con certeza si un minorista determinado aplica a álbumes equivalentes de las otras grandes discográficas el mismo nivel o patrón de incremento que a sus propios álbumes, y no puede tampoco hacerse una idea fiable de los precios netos de sus competidores, ni

respecto de un álbum concreto ni globalmente, sobre la base de la relación precio minorista/precio mayorista aplicada por un minorista determinado a sus propios álbumes, considerados individual o globalmente.

- 160 La Comisión subraya que la afirmación de la demandante según la cual «sería sorprendente que no hubiese una relación bien definida y sistemática entre los precios al por menor medios de los álbumes de una categoría determinada, vendidos a un minorista determinado, y sus precios al por mayor efectivos, en una gama lo suficientemente amplia de títulos y durante un plazo razonable» no se acompaña de ninguna prueba en que apoyarse. Un grado suficientemente elevado de agregación en los álbumes y en el tiempo tiende a enmascarar las variaciones que se producen en los títulos individuales –a menudo con niveles de venta importantes– por las que una coordinación tácita sobre precios debería inevitablemente interesarse. Una gran empresa discográfica no puede fijar de forma fiable a partir de la relación precio minorista/precio mayorista de sus propios álbumes –que, como subraya la demandante a lo largo de sus observaciones, representan en todo momento un surtido específico de productos– si esta relación vale igualmente para las otras empresas principales.
- 161 La Comisión alega que las críticas de la demandante respecto del Estudio RBB y del hecho de que la Comisión no lo sometiera a los operadores del mercado se limitan a un cierto número de afirmaciones no fundamentadas.

Vínculos estructurales

- 162 Respecto de las compilaciones, las empresas participantes en la concentración han mostrado que los socios de una empresa común no reciben más que una cifra media de descuento (sin desglosar por tipo de descuento o por cliente) sobre las ventas del álbum de compilación en cuestión. Habida cuenta de las variaciones observadas en la práctica de los descuentos en función de los álbumes y del tiempo, de la importancia de los descuentos de promoción y de las diferencias probables de descuentos de promoción entre las compilaciones y los álbumes simples, las compilaciones no pueden garantizar la transparencia necesaria y no son por ello pertinentes a los fines de su análisis.

163 Del mismo modo, los acuerdos de distribución o de licencia raramente agrupan a más de dos empresas principales, por lo que no constituyen un vector apropiado para el intercambio multilateral de las informaciones muy complejas sobre las prácticas de fijación de precios netos de todas las empresas principales que serían necesarias para una coordinación tácita sobre esta base. Por último, dado que las negociaciones sobre los cánones en materia de edición musical son colectivas y tienen lugar entre las asociaciones nacionales de empresas discográficas (grandes discográficas y discográficas independientes) y las sociedades nacionales de gestión colectiva (que representan a los editores y a los autores) y no tratan sobre la fijación de precios de la música grabada, la Comisión concluyó que no son pertinentes a los efectos del análisis de la transparencia.

Medidas de represalia

164 De los considerandos 114 y 118 de la Decisión resulta que la Comisión no intentó verificar la existencia de eventuales mecanismos de represalia creíbles (detectó un cierto número de mecanismos potencialmente creíbles), sino más bien determinar ante todo si el paralelismo y la estabilidad de los descuentos observados en determinados niveles de análisis muy generales eran o no atribuibles a una coordinación tácita, a pesar de la complejidad de las decisiones individuales de fijación de precios netos, de la dispersión de los precios netos individuales en diversas dimensiones y de la aparente falta de transparencia suficiente. La existencia de pruebas manifiestas de medidas de represalia aplicadas por las otras empresas principales como reacción a una «desviación» respecto de los niveles habituales de precios netos medios o de descuentos medios sobre factura hubiese podido constituir un indicio (si bien evidentemente no decisivo) de la existencia de una coordinación. La falta de pruebas de medidas de represalia, bajo la forma del recurso generalizado a un incremento de la competencia al nivel de los precios o de las compilaciones, de la música en línea o de la edición musical, puede considerarse un indicio «negativo» de que el grado de alineación observado a un nivel global no es fruto de una coordinación tácita.

165 En cuanto a la cuestión más general de si existen mecanismos de represalia lo suficientemente creíbles como para garantizar una coordinación duradera en el mercado de música grabada, la Comisión consideró manifiestamente la eventual

exclusión de los álbumes de compilación de la empresa que se desvía, o el rechazo a tomar parte en las compilaciones de ésta, como el método potencial más digno de interés (dejando aparte el regreso a una competencia de precios). Los elementos expuestos por la Comisión en los considerandos 116 y 117 de la Decisión no son concluyentes. Por un parte, las empresas principales disponen efectivamente de una red de empresas comunes de compilación (considerando 116 de la Decisión) y estos álbumes representan una parte importante del mercado de música grabada (entre un 15 y un 20 %) realizando la mayoría de ellos unas ventas considerables (considerando 115 de la Decisión). Por otra parte, la mezcla de artistas pertenecientes a distintas empresas discográficas parece ser un factor clave de este éxito (considerando 115 de la Decisión), siendo con diferencia las compilaciones en las que intervienen dos o tres empresas principales las que mejor se venden (considerando 116 de la Decisión). Es evidente que el recurso a este mecanismo de represalia conlleva el sacrificio de los beneficios que podrían ser generados por una compilación que incluyese a los artistas de la empresa que se desvía. A la vista de esta mezcla de elementos incitadores y disuasorios, y a falta de elementos de prueba que indiquen que se aplicaron unas medidas de represalia de este tipo o se utilizaron como amenaza en el pasado, la Comisión no pudo concluir que un mecanismo que puede «representar en general unos medios de represalia creíbles para las empresas principales» sea, o será, lo suficientemente creíble como para garantizar una coordinación pasada o futura.

c) Otros Estados miembros

¹⁶⁶ En los otros Estados miembros, más pequeños, la mayor parte de las ventas totales de cada una de las grandes empresas (desde el 50 o el 60 % hasta el 90 o el 100 %) se realizaron utilizando cinco PVP y (a excepción de Austria) dos PVP de cada una de las grandes empresas representaron porcentajes que van desde el 30 o el 40 % hasta el 60 o el 70 % de las ventas totales de CD de cada una de las grandes empresas discográficas en 2003.

¹⁶⁷ Además, los descuentos sobre factura presentan variaciones importantes de un cliente a otro en cada una de las empresas participantes en la concentración. La menor de las diferencias entre los descuentos medios más altos y los más bajos aplicados por una de las empresas participantes en la concentración a sus diez

mejores clientes (en Irlanda, a los cinco mejores) es del 5,7 %, mientras que la diferencia entre los descuentos medios más altos y más bajos concedidos a un cliente que forma parte de los diez mejores no es inferior al 10 % en ningún país, respecto de las dos partes notificantes.

168 La Comisión constató (considerandos 148 a 152 de la Decisión) un cierto número de similitudes entre los mercados de los países pequeños y los cinco grandes mercados. Sobre la base de las pruebas aportadas en relación con los países pequeños, es imposible demostrar la existencia de una verdadera coordinación tácita entre las empresas principales en esos mercados.

2. Presentación deformada de la Decisión en el escrito de demanda

169 La Comisión recuerda, a título preliminar, que un pliego de cargos no es más que un acto preparatorio de carácter provisional (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639) y que no está particularmente obligada a indicar por qué se separa de su punto de vista provisional. No es suficiente que la demandante observe que las características del mercado no han cambiado en el período de tiempo que separa el pliego de cargos de la adopción de la Decisión. Aunque ello pueda ser en gran medida exacto bajo un punto de vista objetivo, no lo es ciertamente en lo que respecta al alcance del conocimiento y la comprensión que la Comisión tiene del mercado. Para adoptar su posición final, la Comisión tomó debidamente en consideración las observaciones detalladas presentadas por las empresas participantes en la concentración en respuesta al pliego de cargos.

170 La Comisión hace notar que, en determinados puntos, la demandante presenta una visión deformada de la Decisión.

- 171 En primer lugar, la Decisión no indica que las empresas principales presenten «todas las características de un grupo en posición dominante».
- 172 Después, la Decisión no constata que las empresas principales estén en situación de mantener unos precios elevados. El considerando 56 de la Decisión indica más bien que los precios han disminuido, si bien de forma menos marcada de lo que pretenden las empresas participantes en la concentración, y el considerando 58 de la Decisión sólo trata del nivel de precios de los CD percibido como alto.
- 173 Por último, la Comisión no constató en la Decisión que el mercado presentara todas las características propicias de una coordinación tácita. La Decisión no afirma que tuviera lugar efectivamente una coordinación (considerando 109 de la Decisión). A pesar de que la Comisión subraya, en los considerandos 112 y 113 de la Decisión, una cierta estabilidad de la clientela y la existencia de un control, no estima que este control sea suficiente para paliar la falta de transparencia de los descuentos, concretamente de los descuentos de promoción.

3. Sobre la primera parte

a) Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar

- 174 La Comisión considera útil exponer las exigencias generales del artículo 253 CE antes de examinar las alegaciones específicas desarrolladas por la demandante.

- 175 En primer lugar, la Comisión subraya que es necesario distinguir entre una supuesta falta de motivación suficientemente clara de la adopción de un acto y la indicación de los motivos basados en errores de hecho, de apreciación o de Derecho, tratándose en este segundo caso de una cuestión de fondo más que de vicios sustanciales de forma, lo que no constituye una violación del artículo 253 CE (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartados 46 y 47, y de 14 de mayo de 1998, Buchmann/Comisión, T-295/94, Rec. p. II-813, apartados 44 y 45).
- 176 En segundo lugar, la Comisión recuerda que, según una reiterada jurisprudencia, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, y que la Comisión no está obligada a comentar todos los puntos de hecho y de Derecho que han sido planteados por cada uno de los interesados en el curso del procedimiento administrativo, pero debe tener en cuenta el contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que rigen la materia en cuestión.
- 177 Entre los factores contextuales pertinentes figura, según la Comisión, el grado de conocimiento previo de consideraciones o de hechos pertinentes por parte de las personas afectadas por un acto, entendiéndose que de ciertas personas puede esperarse un conocimiento del sector o que éste pueda haberse adquirido por la estrecha participación de las personas afectadas en el procedimiento dirigido a la adopción del acto o en un procedimiento conexo. El imperativo de celeridad en el control de las concentraciones se ha juzgado también pertinente para determinar el carácter apropiado de la motivación.
- 178 Cuando determinados hechos pertinentes están amparados por la obligación de guardar el secreto profesional a que se hace referencia en el artículo 287 CE, la institución competente debe sin embargo velar por que lo esencial de su motivación sea comunicada a las personas afectadas.

- 179 Cuando el sentido del texto no aparece en una primera lectura, el artículo 253 CE no se ve vulnerado si un esfuerzo normal de interpretación permite suprimir las ambigüedades que contiene la motivación.
- 180 Ha de tenerse igualmente en cuenta, a juicio de la Comisión, que el Tribunal de Justicia ha considerado que «la Comisión no está obligada a explicar eventuales diferencias en relación al pliego de cargos, que constituye un documento preparatorio, cuyas apreciaciones son de carácter puramente provisional y van destinadas a circunscribir el objeto del procedimiento administrativo frente a las empresas contra quienes se dirige la investigación».
- 181 Por último, si una concentración no modifica o modifica en una medida muy limitada la situación competitiva de un mercado dado, no se puede exigir a la Comisión que proporcione una motivación específica sobre esta cuestión. La Comisión considera que tampoco incumple su obligación de motivación si, en su decisión, no ofrece una motivación precisa respecto a la apreciación de determinados aspectos de la concentración que le parecen manifiestamente fuera de contexto, carentes de sentido o claramente secundarios a efectos de la apreciación de ésta última.

Homogeneidad del producto

- 182 En relación con la imputación de la demandante según la cual la constatación relativa a la homogeneidad del producto está insuficientemente motivada, la Comisión afirma que no señaló que «la heterogeneidad del contenido deba tener más peso que la homogeneidad del formato», sino que simplemente concluyó que los dos aspectos debían ser tenidos en cuenta. Del mismo modo, la estandarización de numerosos aspectos del proceso de fijación de los precios de venta al por mayor de CD (mediante el empleo de PVP más corrientes y los descuentos ordinarios aplicados a cada cliente) no queda «invalidada», sino más bien relativizada, por la

mención del papel desempeñado por el éxito en la fijación de los precios de los álbumes individuales. Dicho brevemente, los álbumes de CD simples no son comparables con los barriles de petróleo, y la posibilidad de considerar varios álbumes como pertenecientes a un mismo mercado (por la vía de un «*continuum* de sustituibilidad») no los hace perfectamente homogéneos, ni desde el punto de vista del producto mismo, ni del proceso de fijación de precios. El resultado no es una «serie de constataciones contradictorias», sino el reflejo de una realidad compleja.

Transparencia

- 183 La demandante no puede pretender que no comprendió la Decisión impugnada por el hecho de que la Comisión no diera una definición de lo que entiende por «descuentos de promoción», toda vez que ella misma es una asociación sectorial que participó activamente en las discusiones en la audiencia organizada y afirma estar familiarizada con el funcionamiento de estos descuentos. En todo caso, la Decisión explica de manera suficiente en Derecho lo que comprenden los distintos tipos de descuento (considerandos 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 y 113).
- 184 Del mismo modo, la demandante afirma sin razón que el análisis general de los países más pequeños, efectuado por la Comisión en los considerandos 148 y siguientes, no trata más que de los descuentos ordinarios. La Comisión se limita a señalar en el considerando 150 de la Decisión que los descuentos ordinarios son los más importantes en todos los países, pero analiza a continuación la categoría más amplia de los descuentos sobre factura (que comprende los descuentos ordinarios y los descuentos de promoción), como había hecho anteriormente país por país en los considerandos 119 a 146. No hay aquí ni confusión ni incertidumbre.
- 185 En la Decisión, la Comisión concede una gran importancia a los descuentos de promoción, dado que lo relevante para una coordinación eficaz son los precios netos. Un «cierto conocimiento» de los descuentos ordinarios no es suficiente si los descuentos de promoción son responsables de una fluctuación de los descuentos

aplicados a determinados clientes, en el tiempo y de un álbum a otro, tan elevada como las mencionadas en los considerandos 79, 86, 100 y 107 de la Decisión.

- 186 La Comisión examinó también los descuentos de las otras empresas principales pero, al no poder comunicar estas cifras a las partes notificantes, no fue posible incluirlas en la Decisión. Ello no era necesario, por otra parte, puesto que las prácticas opacas en materia de descuentos de dos empresas principales son suficientes para obstaculizar el seguimiento eficaz de los precios netos por parte de todas las empresas principales. Además, las afirmaciones de la demandante relativas a la fijación de precios que figuran en el anexo A.17 se basan en la idea de que todas las empresas discográficas fijan sus precios netos de la misma manera.

Medios de disuasión

- 187 Resulta de la Decisión (concretamente del considerando 114) que la Comisión examinó la amenaza de utilización o la utilización real de eventuales mecanismos de represalia en el pasado como medio complementario para verificar si un cierto grado de alineación de precios a un nivel global era atribuible a una coordinación tácita. A falta de pruebas de su utilización efectiva, la Comisión no pudo adoptar una posición definitiva en relación con la suficiencia de los eventuales mecanismos distintos de represalia mencionados en la Decisión.

Poder de contrapeso

- 188 Siendo acumulativos los requisitos que permiten constatar la existencia de una posición dominante colectiva, presente o futura, la Comisión no pudo establecer conclusiones relativas al poder vinculante de los competidores y de los consumidores, por lo que tampoco podía aportar una motivación a este respecto.

b) Sobre el error manifiesto de apreciación y sobre el error de Derecho

189 Considerando que se solapan, la Comisión examina conjuntamente los motivos de anulación relativos al error manifiesto de apreciación y al error de Derecho.

190 A título preliminar, la Comisión formula dos observaciones.

191 Por una parte, respecto de la alegación de que, cuando la Comisión ha de sopesar dos alegaciones contradictorias no debe conceder demasiado peso a ninguna de ellas, la Comisión recuerda el margen de discrecionalidad de que dispone cuando se trata de proceder a realizar apreciaciones económicas complejas y alega que la Decisión es sin embargo extraordinariamente ponderada en sus conclusiones y que la demandante no menciona sobre este punto, de entre los elementos de prueba de que disponía la Comisión, ningún elemento al que, en su opinión, le hubiese sido concedido demasiado, o demasiado poco, peso.

192 Por otra parte, en relación con la afirmación según la cual una Decisión que no hace mención de pruebas de hecho suficientemente detalladas en apoyo de sus pretensiones está viciada de un error de apreciación manifiesto, la Comisión precisa que se trata esencialmente de una cuestión de motivación, y sostiene que no tiene ninguna obligación de exponer en sus decisiones el detalle de los elementos de prueba, a menudo voluminosos (y confidenciales) que ha tomado en consideración. Basta que indique claramente el tenor general de las pruebas que ha examinado y los motivos de las conclusiones que ha extraído de ellas, de modo que se permita a las partes interesadas, en particular a las que tienen conocimiento del sector y estuvieron ya estrechamente asociadas al procedimiento administrativo, forjarse su propia opinión sobre la legalidad de esas conclusiones. En el caso de autos, las diversas apreciaciones contenidas en la Decisión acerca del funcionamiento de los mercados de música grabada están apoyadas en abundantes pruebas complejas.

Homogeneidad del producto

- 193 La Comisión sostiene que la demandante se equivoca cuando afirma que la heterogeneidad del contenido no es pertinente porque los precios se fijan tomando como base un número limitado de precios de referencia. Los precios de referencia no se refieren en efecto más que a los precios de catálogo de los álbumes, y no a los descuentos sobre factura. En concreto, los descuentos de promoción varían de un álbum a otro.
- 194 La Comisión alega que una posición dominante colectiva puede ser más difícil de detectar en mercados caracterizados por una diferenciación de los productos, concretamente cuando esta diferenciación «acentúa las dificultades de información sobre los mercados no transparentes» [véanse las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, C 31, p. 5), apartado 45].

Transparencia

- 195 Antes de examinar las distintas afirmaciones de la demandante, la Comisión estima necesario comentar cuatro errores fundamentales que contiene el escrito de demanda, dos de naturaleza jurídica y conceptual y dos de interpretación de la Decisión.
- 196 En primer lugar, a juicio de la Comisión, la demandante comete un error conceptual fundamental al presumir que la constatación de un paralelismo importante entre los precios netos medios de las empresas principales o de una estabilidad importante en los descuentos medios de una empresa discográfica determinada constituyen una

prueba suficiente de la existencia tanto de una coordinación tácita como de la transparencia necesaria para asegurar duraderamente esta coordinación cuyos requisitos se han identificado. Un cierto grado de alineación o de estabilidad a nivel global no puede reemplazar las pruebas significativas y concordantes de la existencia de una transparencia suficiente para permitir a las empresas en situación de oligopolio controlar mutuamente sus comportamientos en el mercado y, a falta de pruebas de una transparencia suficiente, no es posible presumir que cada empresa en situación de oligopolio haya decidido su comportamiento en el mercado teniendo un conocimiento suficientemente preciso del comportamiento de sus competidores.

197 En segundo lugar, la demandante comete un error jurídico fundamental al reprochar a la Comisión haberse apoyado en elementos de prueba relativos a los descuentos sin por ello constatar que los descuentos aplicados han llevado a reducciones significativas de precios, y al afirmar que en lo que se refiere a los descuentos la competencia es en realidad del todo marginal. Esta afirmación no encuentra ningún fundamento en los hechos: los descuentos medios sobre factura de las empresas participantes en la concentración representan por el contrario una proporción muy importante de sus ventas brutas medias (considerandos 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 y 146 de la Decisión) y determinados clientes y álbumes disfrutaban de descuentos aún más grandes (considerandos 79, 86, 93, 100 y 107 de la Decisión). Los descuentos representan, pues, un elemento extremadamente importante del proceso de formación de precios y es posiblemente el medio más probable y ciertamente el menos transparente por el que una empresa principal podría emprender «una acción fuertemente competitiva destinada a incrementar su cuota de mercado (como por ejemplo una reducción de los precios)». El interés de la Comisión en la transparencia de los descuentos no tiene directamente por objeto verificar si las empresas principales habían seguido una hipotética línea de actuación común en el pasado, sino si las propias empresas en situación de oligopolio pudieron seguir de forma duradera (o pudieron seguir de forma duradera después de la concentración) semejante línea de actuación común para una vigilancia mutua adecuada. No era por tanto necesario, según la Comisión, demostrar que una o varias empresas principales habían bajado de hecho sus precios respecto de los de las otras por la vía de considerables descuentos adicionales.

198 En tercer lugar, la Comisión señala que la demandante cometió un error fundamental de interpretación de la Decisión al reprochar a dicha institución haber confundido la «transparencia suficiente del mercado» del asunto que dio lugar a la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, con la exigencia de transparencia

total que se aplica en la Decisión. La Decisión menciona constantemente, en efecto, un «grado de transparencia suficiente» (considerandos 73, 80, 87, 94, 108 y 120 de la Decisión). La demandante ignoró, además, el carácter del estudio llevado a cabo por la Comisión en relación con el sistema de fijación de precios. La Comisión examinó los elementos del precio neto de un álbum individual vendido a un cliente individual (PVP, descuento ordinario, eventual descuento promocional) y concluyó que sería necesario un grado de transparencia suficiente de todos los elementos para que una gran empresa discográfica pudiera tener una certeza razonable de que conoce las verdaderas prácticas de fijación de los precios netos de otra empresa discográfica, tal como se expresan respecto de los clientes y de los álbumes. La Comisión alega que no pudo llegar a semejante conclusión en presencia de pruebas de una relativa transparencia de los PVP, de algunas pruebas de una cierta transparencia de los descuentos ordinarios, y de pruebas sólidas del carácter opaco y complejo de los descuentos de promoción.

199 En cuarto lugar, la demandante cometió también un error fundamental de interpretación al afirmar que los PVP y los precios netos medios tuvieron una evolución paralela. Esta afirmación es falsa. La Comisión constató que, en cada uno de los grandes mercados, los precios brutos reales medios y los precios netos reales medios de las partes notificantes tuvieron una evolución paralela (considerandos 77, 84, 91, 98 y 105 de la Decisión), pero no que los descuentos medios fuesen idénticos para las dos empresas participantes en la concentración (considerandos 78, 85, 92 y 99 de la Decisión y observaciones relativas al anexo B.6). La Comisión subraya que los descuentos varían en función de los clientes y de los álbumes, y en el tiempo (considerandos 79, 86, 93, 100 y 107 de la Decisión y comentarios a los elementos de prueba subyacentes). Los elementos de prueba en cuestión no muestran que un PVP determinado vaya a reducirse sistemáticamente por un descuento fijo y previsible independientemente de estas variables (véase, en particular, el anexo B.13).

200 La Comisión estima, a continuación, que deben hacerse ciertas correcciones o aclaraciones sobre las afirmaciones de la demandante:

- las evoluciones similares de precios de las empresas fundamentales se sitúan en una horquilla que normalmente sobrepasa el 10 % (véase, por ejemplo, el anexo B.10);

- el empleo de un número limitado de PVP clave como base debe matizarse por la necesidad de vigilar cada año más de 80 álbumes de éxito, como mínimo, cuyos PVP fluctúan;

- los precios al por menor son públicos y por lo tanto en principio observables, pero es difícil para las empresas principales seguir las evoluciones constantes de un minorista a otro y en el tiempo;

- no existe ninguna prueba de que los informes de las empresas participantes en la concentración respecto del seguimiento de ciertos mercados contengan informaciones útiles sobre los precios netos de los competidores o sobre los márgenes de los minoristas;

- la demandante no aporta la más mínima prueba cuando afirma que los márgenes de los minoristas son transparentes y conocidos con gran detalle; esta afirmación no fundamentada se contradice con las pruebas incluidas en el informe (anexo B.17), que muestran que la fijación de los precios minoristas es compleja e imprevisible. La constatación de la Comisión de que los precios medios netos de una gran empresa discográfica muestran una desviación importante de la política de precios a causa de los descuentos no guarda relación con esta cuestión. Está doblemente desprovista de pertinencia, en efecto: en primer lugar, se refiere a un fenómeno que, de haberse producido, la Comisión habría podido observar haciendo uso de sus facultades de investigación, pero que ninguna gran empresa discográfica individualmente considerada habría podido percibir, porque ni los niveles generales de descuento de las empresas principales ni sus precios netos medios son transparentes y, en segundo lugar, porque la interacción de los niveles generales de descuento y los precios netos medios no indica que exista un vínculo fijo y transparente entre los precios minoristas y los precios netos mayoristas;

- existen pocos elementos de prueba fiables que indiquen que las empresas principales conocen con detalle sus niveles recíprocos de descuentos ordinarios

y de promoción, mientras que existen considerables pruebas en sentido contrario, entre ellas la complejidad objetiva de los descuentos de promoción, que varían en función de los clientes y de los álbumes así como en el tiempo;

- la Comisión se ha centrado lo suficiente en los descuentos aplicados por las empresas participantes en la concentración como para concluir que no existe el grado de transparencia mutua entre empresas en situación de oligopolio necesario para que pueda funcionar la coordinación tácita;

- la cooperación entre algunas empresas principales respecto de las compilaciones y la distribución no es en absoluto capaz de revelar suficiente información sobre las decisiones individuales complejas de todas las empresas principales en materia de descuentos;

- la demandante no aporta ninguna prueba de que exista una importante tasa de transferencia de directivos entre empresas principales, de que dicha tasa sea superior a la de otros sectores concentrados, o incluso de que el conocimiento que pueda tener un directivo, en el momento de dejar una gran empresa discográfica, de las prácticas en materia de descuentos, que son complejas y varían al nivel de los álbumes individuales y que tienen una «vida» limitada, sea útil durante largo tiempo o permita una coordinación duradera entre todas las empresas principales;

- aunque las listas de éxitos que se publican faciliten la identificación de los álbumes que mejor se venden, raramente proporcionan información sobre los PVP, y nunca sobre los descuentos;

- no puede criticarse la Decisión por el mero hecho de diferir del pliego de cargos.

- 201 Contrariamente a lo que afirma la demandante, no es «relativamente fácil» fijar los niveles de descuento; de hecho es prácticamente imposible en el caso de los descuentos de promoción. La afirmación de la demandante de que los descuentos de promoción representan entre un cuarto y un tercio del conjunto de los descuentos podría admitirse en general como base para la discusión, pero tiene que ser matizada en varios aspectos.
- 202 En primer lugar, el nivel global de estos descuentos varía probablemente de una gran empresa discográfica a otra, tal como ocurre con el nivel de descuentos en general.
- 203 En segundo lugar, las cifras medias que figuran en el expediente indican que los descuentos de promoción representaban en 1998 una proporción relativamente más elevada que los descuentos sobre factura en varios países; los descuentos sobre factura son los que tienen una mayor incidencia inmediata sobre las decisiones de compra de determinados álbumes por los clientes.
- 204 En tercer lugar, esta cifra media no refleja con exactitud la extraordinaria complejidad y la opacidad de la distribución de los descuentos de promoción en función de los álbumes y de los clientes, así como en el tiempo. Aunque es posible que las otras condiciones de participación en campañas estén relativamente estandarizadas y sean simples, las pruebas de que dispone la Comisión refutan manifiestamente toda noción de estandarización o de simplicidad en la negociación semanal del importe y de la duración de dichas campañas y de la admisibilidad de determinados álbumes o clientes.
- 205 En cuarto lugar, el hecho mismo de que los descuentos de promoción se centren en determinados álbumes y campañas y de que cada minorista ajuste el importe permite probablemente que dichos descuentos tengan un efecto superior sobre las ventas de los álbumes en cuestión.

- 206 Más importante aún es el hecho de que la demandante no haya presentado pruebas irrefutables de que la Comisión cometiese un error al considerar que los descuentos de promoción tenían una gran importancia en mercados en los que los 100 mejores álbumes de cada gran empresa discográfica representan la mayor parte de sus ventas totales en un año y en un país dado, dado que muchos de dichos álbumes no figuraban en las listas de éxitos.
- 207 Por el contrario, la Comisión dispuso de pruebas (anexo B.13) que indicaban que se aplicaron descuentos de promoción incluso a alguno de los álbumes de precio alto de mayor éxito de Sony y de BGM.
- 208 La Comisión añade que las pruebas relativas a la práctica efectiva de los descuentos de promoción en un momento dado no son pertinentes para apreciar el grado efectivo de alineación de los precios netos (por el contrario estimó en su Decisión que los descuentos no estaban lo suficientemente alineados como para poder deducir la existencia de una línea de actuación común). No obstante, la transparencia de los descuentos tiene su importancia a la hora de determinar si el sistema de fijación de precios presenta una transparencia inherente suficiente como para que las empresas principales puedan detectar con precisión y a tiempo si una de ellas se separa de la línea de actuación común en materia de precios netos de álbumes aumentando los descuentos de promoción. Aparte de comentarios sin fundamento sobre la transparencia de los márgenes de los minoristas, la demandante no ha presentado alegaciones ni pruebas concretas sobre este último punto, de modo que este motivo está, en cualquier caso, abocado al fracaso.
- 209 Según la Comisión, es manifiesto que la constatación relativa al grado de transparencia de los precios netos sobre el mercado de música grabada no se basaba en la «especulación» o sobre una «duda no fundamentada y subjetiva» sino, al contrario, sobre pruebas concretas de la forma muy compleja e insuficientemente transparente en que se determinan los elementos del precio neto final (PVP, descuento ordinario y promocional) en la venta de un álbum dado, con un contenido específico, a un cliente dado. En estas circunstancias no podía interpretarse que las pruebas disponibles demostrasen con toda probabilidad la existencia de la suficiente transparencia como para permitir una vigilancia adecuada y a tiempo del respeto de la línea de actuación común en materia de precios.

210 En relación con la alegación de la demandante de que un número finito de estructuras y de reglas comunes y conocibles hacen previsibles los precios medios, la Comisión recuerda que un cierto grado de evolución similar de los precios medios de los álbumes no basta para probar la coordinación, en la medida en que los precios medios pueden presentar una alineación considerable en contextos tanto competitivos como colusorios, dado que las empresas reaccionan a factores exteriores similares (por ejemplo, los precios de los insumos comunes) así como a sus comportamientos recíprocos en el mercado. La Comisión mantiene que la demandante confunde la identificación de las formas de ejercicio de la coordinación («reglas conocidas y conocibles») con los medios para vigilar el respeto de estas formas («transparencia requerida»), tanto más cuanto que ninguna de las grandes empresas discográficas tiene normalmente acceso a todos los datos, ni siquiera a los más importantes, de fijación de precios de todas las grandes empresas discográficas en todas las categorías de álbumes y de clientes estudiados que serían necesarios para la fijación de lo precios netos medios.

211 Además, la demandante, después de admitir que estas reglas y estrategias de ventas pueden conducir a precios y descuentos que varían considerablemente según las categorías de discos y los clientes, no indica cuáles son tales reglas ni cómo pueden fijarse por coordinación tácita en una variedad de circunstancias tan grande. Ahora bien, las empresas principales no pueden determinar si las variaciones de sus respectivos precios netos medios son atribuibles a una desviación o a variaciones de la gama de productos o del éxito de éstos sin disponer en tiempo oportuno información detallada sobre estos cambios en la composición y en el éxito de su oferta de productos respectivos, y la Comisión no ha descubierto pruebas suficientes de que hayan tenido acceso a una información tan detallada.

212 La demandante no puede limitarse a afirmar que la coordinación se sitúa de hecho al nivel de las grandes decisiones estratégicas adoptadas sobre los márgenes y los presupuestos generales de descuentos por cada una de las grandes empresas discográficas sin indicar cual es el contenido de semejantes decisiones o la forma en que las empresas principales pueden deducir las formas de ejercicio de la coordinación, o pueden controlar si se respetan. La Comisión no tiene ninguna obligación de investigar unas alegaciones tan vagas y poco fundamentadas.

- 213 Respecto de la crítica de la demandante sobre el método, según la cual la mayoría de los datos aportados por la Comisión no se ponderaron en función del volumen, la Comisión subraya que la cuestión de la adecuación de un método concreto es inseparable de la hipótesis que dicho método tiene que confirmar o descartar. Ahora bien, si la compilación de datos ponderados es efectivamente importante para detectar si existe o no una alineación subyacente entre las grandes empresas discográficas, ya sea de forma general o para determinados tipos de álbumes (por ejemplo, los 20 álbumes más vendidos), esta ponderación de datos no es pertinente a los fines del examen de la complejidad y de sus efectos sobre la transparencia. Sigue siendo necesario examinar la variabilidad de los precios de los títulos individuales para comprender el nivel de complejidad de la fijación de precios y el grado de transparencia del mercado.
- 214 La Comisión recuerda que no es realista pretender basar las formas de ejercicio de la coordinación en los precios netos medios. Observa, sin embargo, que las cifras relativas al grado de similitud observable (en ausencia de paralelismo) de los precios netos medios de las grandes empresas discográficas que aportó en su Decisión estaban ponderadas en función del volumen, y que lo mismo ocurre con los gráficos del anexo B.4, que se basan en los descuentos sobre factura anuales medios concedidos a diferentes clientes comunes de las empresas participantes en la concentración. Una cantidad importante del resto de los datos aportados en el escrito de contestación, en particular los de los anexos B.8, B.9, B.10 y B.13, están igualmente ponderados en función del volumen y ello se desprende, en cada caso, de la naturaleza del ejercicio.
- 215 Todos las pruebas antes mencionadas, ponderadas en función del volumen, son potencialmente pertinentes para determinar si existe o no un alto grado de alineación de las prácticas de las grandes empresas discográficas o si la fijación de los precios es o no compleja, cuestión que reviste importancia para apreciar la transparencia. En este último contexto, la cuestión de la ponderación en función del volumen no tiene una gran importancia. La variabilidad de los precios netos o de los descuentos en función de los títulos y de los clientes (aún del mismo tipo) y en el tiempo es importante, sean cuales fuesen las respectivas cantidades vendidas. Así, los anexos B.6 y B.7 del escrito de contestación muestran que existen variaciones importantes en los descuentos, incluso respecto de los 20 álbumes más vendidos de

cada una de las empresas participantes en la concentración. Si las empresas principales no están preparadas para llevar a cabo una vigilancia lo suficientemente estrecha de estas variaciones, una de las empresas principales podría apartarse de cualquier forma de ejercicio de coordinación sobre los precios netos, aplicando descuentos considerables, en particular descuentos de promoción, sin ser detectada, máxime si se supone que la forma de ejercicio de la coordinación es flexible, de modo que sería necesario detectar una práctica importante de descuentos más allá de las reglas tácitamente convenidas para que otras grandes empresas discográficas estuviesen suficientemente seguras de que su autor se ha apartado de ellas.

216 En relación con el análisis de correlación efectuado por la demandante, en particular en sus anexos D.2 y D.3, y con la crítica implícita a la Comisión por no haber sometido los datos a estas verificaciones, la Comisión recuerda que la cuestión del método no puede ser apreciada de forma abstracta, sin tener en cuenta el objeto de la investigación, que es saber si existe un grado de alineación que revele la existencia de coordinación y si existe una transparencia que permita la vigilancia del comportamiento en el mercado.

217 La Comisión observa, en primer lugar, que las empresas participantes en la concentración aportaron en el procedimiento administrativo una cantidad considerable de datos que mostraban la existencia de factores de correlación en general pequeños y que, no obstante, ella trató esas aportaciones con gran prudencia.

218 Del mismo modo, un cierto grado de estabilidad en el tiempo de los descuentos aplicados por una gran empresa discográfica no es en sí mismo una prueba de coordinación (véase el anexo D.3), dado que podría, también aquí, deberse en gran medida a factores estables, como el tamaño del cliente, los tipos de música comprados, etc. Ni siquiera un elevado grado de previsibilidad estadística prueba la existencia de una coordinación, por diversas razones: las decisiones racionales individuales pueden ser altamente previsibles; sin las informaciones que permitan estimar tales niveles de previsibilidad, ello sería sin duda una posibilidad intelectual

interesante pero desprovista de consecuencias prácticas y, por ello, sin acceso a la información sobre la práctica real no es posible verificar la veracidad de la predicción (persecución de la puesta en práctica de una supuesta práctica colusoria tácita). Aunque las empresas principales estuviesen en condiciones de aplicar semejantes instrumentos estadísticos a sus prácticas recíprocas de fijación de precios en el pasado, ello no puede suplir la vigilancia del mercado.

- 219 La Comisión hace notar que, contrariamente a lo que afirma la demandante, no «rechazó» los datos utilizados en el pliego de cargos, ponderados en función del volumen y a escala del sector, en beneficio de los datos de las empresas participantes en la concentración, que no estaban ni lo uno ni lo otro. Una gran parte de esos datos se citan en la Decisión (por ejemplo, sobre el parecido grado de evolución de los precios netos medios) y algunos se adjuntan al escrito de contestación (anexo B.4). La Comisión más bien modificó sus conclusiones provisionales respecto de lo que dichos datos podían probar, a la vista de la información y de las alegaciones adicionales presentadas por Sony y BMG.

Medios de disuasión y poder de contrapeso

- 220 La Comisión mantiene que, puesto que constató que uno de los tres requisitos acumulativos no se cumplía (la transparencia), no pudo cometer ningún error manifiesto de apreciación, ni ningún error de Derecho, al no pronunciarse sobre los otros dos requisitos.

Análisis de la línea de actuación común

- 221 La Comisión alega en primer lugar que la imputación de la demandante descansa sobre una premisa de hecho errónea, a saber, que la alegación relativa a la transparencia versa exclusivamente sobre «una sola forma de descuento, el

descuento promocional». Aunque los descuentos de promoción ocupan un lugar esencial en el análisis, éste trata en general sobre el modo de fijación de los precios, globalmente muy complejo respecto de los álbumes y los clientes, y en el tiempo y, a este respecto, también sobre los PVP y los descuentos de promoción.

222 La Comisión mantiene, a continuación, que la demandante comete un error manifiesto en la medida en que parece afirmar que, si la Comisión fuese capaz de probar que es ventajoso para las empresas principales seguir una línea de actuación común, el déficit de transparencia sería menos importante. Esta tesis no es conforme a la jurisprudencia. Salvo la transparencia suficiente para permitir el funcionamiento de la vigilancia y de la disuasión, la Comisión no tiene conocimiento de otros medios –y la demandante no ha propuesto ninguno más– para probar que una línea de actuación anticompetitiva común tácitamente definida sea beneficiosa para un grupo de empresas en situación de oligopolio y, por consiguiente, racional.

223 Aunque partes del mercado relativamente estables puedan crear un contexto favorable a la emergencia de una posición dominante colectiva, ello no es suficiente, sin embargo, para determinar la existencia de una coordinación tácita, efectiva o probable, a falta de pruebas suficientes de que dicha coordinación es racional, conforme a los requisitos económicos acumulativos de la posición dominante colectiva contemplados en la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*. La demandante no aporta pruebas adicionales de la existencia de una línea de actuación común consistente en evitar las «acciones altamente competitivas». Nada permite sostener, por ello, que la Comisión haya cometido un error de apreciación manifiesto al no detectar semejante línea de actuación común por parte de las empresas principales.

224 En relación con la posibilidad de elección de los consumidores y la diversidad cultural, la Comisión hace notar, en primer lugar, que si en una decisión final no está obligada a exponer las razones por las que se aparta de sus conclusiones provisionales del pliego de cargos de un asunto determinado, menos aún lo está

cuando se aparta de las conclusiones de un pliego de cargos emitido cuatro años antes en un asunto diferente. Señala, a continuación, que la demandante no cita expresamente ninguna alegación de fondo ni elemento de prueba que demuestre un empobrecimiento coordinado de la creatividad, de la calidad o de la diversidad de la oferta musical.

4. Sobre la segunda parte

²²⁵ La Comisión considera que los tres motivos de recurso relativos al hecho de no haber concluido que una posición dominante colectiva se vería reforzada por la concentración no añaden nada a los relativos a la existencia previa de tal posición dominante colectiva. En efecto, si uno de estos últimos motivos de la demandante prosperase, la Decisión sería completamente anulada, mientras que si no prosperasen, la Comisión habría tenido razón al no examinar los efectos alegados de refuerzo de la concentración.

C — Alegaciones de las partes coadyuvantes

1. Observaciones preliminares

²²⁶ Antes de examinar los diferentes motivos y alegaciones de la demandante, las partes coadyuvantes consideran que es necesario formular cuatro observaciones relativas al contexto en el que se adoptó la Decisión y en que ésta debe ser apreciada, y cuatro observaciones generales sobre el recurso.

- 227 En primer lugar, la Comisión llevó a cabo una investigación extraordinariamente profunda que duró más de seis meses. Desde el comienzo, las empresas participantes en la concentración proporcionaron datos y explicaciones muy sólidas relativas a la industria musical en Europa y al impacto de la concentración sobre la competencia, en particular sobre los precios de los CD, la diversidad cultural, la variedad de elección ofrecida a los consumidores, las oportunidades competitivas para las empresas discográficas independientes, el desarrollo de la música en línea o el riesgo de coordinación de las actividades conservadas por Sony y BMG (véase el anexo C.1). Mediante diversos cuestionarios que contenían más de 250 preguntas, enviados a cerca de 1.240 operadores del mercado (empresas participantes en la concentración, otras empresas principales, independientes, minoristas, autores, editores, artistas, distribuidores de música por Internet), la Comisión buscó y obtuvo pruebas y datos de gran calidad sobre todas las cuestiones pertinentes. Las empresas participantes en la concentración proporcionaron más de 30 millones de referencias de precios, y unos economistas llevaron a cabo una apreciación detallada de los precios de venta netos medios de las cinco empresas principales en los cinco países grandes. Varios independientes no compartían las inquietudes de la demandante sino que consideraban que la concentración aumentaría sus oportunidades competitivas. Sobre la base de todos estos datos, de los informes de dos economistas industriales de gran reputación, de los análisis detallados sobre precios mayoristas y de venta que figuran en el Estudio RBB y de las explicaciones detalladas proporcionadas en la respuesta al pliego de cargos o en la vista (véase el anexo C.3), la Comisión se vio abocada a concluir que sus preocupaciones iniciales, en particular el riesgo de posición dominante colectiva, no eran fundadas.
- 228 En segundo lugar, la demandante se confunde sobre el objeto y la naturaleza jurídica del pliego de cargos, cuya función principal es permitir a las empresas participantes en la concentración comprender las objeciones iniciales de la Comisión con el fin de que puedan presentar alegaciones y pruebas en contrario (véase el artículo 18, apartados 1 y 3, del Reglamento). Confrontada a las pruebas de sus errores, la Comisión debe retirar los cargos que se hayan revelado infundados (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), tal como ha hecho en 14 asuntos de 62 en el transcurso de los cinco últimos años (véase el anexo C.5). La actuación administrativa de la Comisión fue sometida a controles internos completos, el procedimiento administrativo garantizó que todas las partes interesadas pudiesen presentar alegaciones y pruebas (véase el informe de consejero-auditor, anexo C.6) y el comité consultivo votó a favor de una autorización incondicional (anexo C.7).

- 229 En tercer lugar, autoridades de competencia de diferentes Estados (Estados Unidos, Australia, Canadá, República Checa, Hungría, Polonia, Rumanía, Rusia, Suiza, México, Sudáfrica) llegaron todas a la conclusión de que la operación debía ser autorizada incondicionalmente y ninguna de dichas decisiones fue impugnada. Del mismo modo, ninguna autoridad nacional de competencia que hubiese examinado anteriormente el mercado de la industria musical en Europa estimó que estuviese sujeto a coordinación tácita [véase, en particular, el informe del Office of Fair Trading de septiembre de 2002, según el cual la situación dominante colectiva no se había probado (anexo A.16, apartado 6.11)].
- 230 En cuarto lugar, la concentración representa una respuesta a favor de la competencia frente al declive (caída del precio de venta de los CD de un 20 % en tres años, descargas no autorizadas de música a través de Internet, incremento de la competencia de ocio alternativo como la películas en DVD) y a la transformación continua de la industria musical. La inestabilidad de la demanda y la incertidumbre en lo que se refiere a los modelos comerciales futuros hacen que la colusión tácita –ya improbable a la vista de las características del mercado– sea todavía más difícil de realizar o de mantener (sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, apartado 139, y apartado 45 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales). Del mismo modo, al ser las condiciones reinantes en la industria muy diferentes de las que se daban en el momento del examen de la concentración entre EMI y Time Warner llevada a cabo por la Comisión en el año 2000, las conclusiones de la Comisión en dicho asunto, por naturaleza provisionales, no son pertinentes.
- 231 En quinto lugar, la motivación de la Decisión es clara, convincente y está sustentada por el peso abundante de las pruebas subyacentes, teniendo en cuenta, además, que la Comisión no está obligada a justificar todos los elementos de hecho o de Derecho de su apreciación (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2003, *Verband der freien Rohrwerke y otros/Comisión*, T-374/00, Rec. p. II-2275, apartados 185 a 187). El escrito de demanda muestra que la demandante comprendió los motivos de la autorización.
- 232 En sexto lugar, las decisiones de prohibición requieren algo más que un mero equilibrio de las posibilidades, ya que, de existir incertidumbre sobre la

compatibilidad o no de una operación, debe prevalecer el interés de las empresas que se proponen realizar la concentración (conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, puntos 74 a 79).

233 En séptimo lugar, las partes coadyuvantes recuerdan que, si bien el Tribunal de Primera Instancia procede a un control completo de las cuestiones de hecho y de Derecho, no ejercita más que un control del error manifiesto respecto de las apreciaciones complejas de orden económico como las que se requieren para la evaluación de la creación o refuerzo de una posición dominante colectiva (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, Petrolessence y SG2R/Comisión, T-342/00, Rec. p. II-1161, apartado 101). Pues bien, en distintas ocasiones la demandante invita al Tribunal de Primera Instancia a sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia, por ejemplo al sostener que la Comisión otorgó una importancia indebida a la heterogeneidad del producto y a los descuentos.

234 En octavo lugar, en relación con la prueba de la posición dominante colectiva, la cuestión no es saber si se incita a las sociedades a actuar de forma colusoria, sino más bien si éstas tienen la posibilidad, a la vista de las características del mercado, de alcanzar y mantener tácitamente los términos de la coordinación (sentencia Airtours/Comisión, apartado 45 *supra*, apartado 62). Es particularmente importante evaluar si el mercado es suficientemente transparente.

2. Examen de las alegaciones de la demandante

a) Sobre los descuentos de promoción

235 Las coadyuvantes alegan que en la medida en que la coordinación de los precios no puede alcanzarse o mantenerse sin la suficiente transparencia de los precios netos al por mayor actuales, la constatación de que los descuentos de promoción no son transparentes es en sí misma insuficiente para fundamentar la Decisión.

236 La Decisión estableció correctamente el nexo entre la heterogeneidad del contenido de los álbumes, por una parte, y las grandes variaciones de los descuentos de promoción en relación con los precios netos al por mayor, y la falta de transparencia que de ello se deriva, por otra (véase igualmente el anexo C.4, p. 27). Las supuestas pruebas demuestran que los descuentos de promoción son significativos tanto en el caso de los álbumes que figuran en las listas de éxitos como de los del catálogo de títulos, que varían considerablemente en función del cliente, del álbum, y en el tiempo, y que no están alineados entre las empresas principales (anexos B.2, B.4 a B.14, e informe confidencial «data room»). Al ser variables los descuentos, no es posible hacer deducciones fiables mediante la simple observación de los PVP. Del mismo modo, los márgenes de los minoristas varían enormemente de un lanzamiento a otro y en el tiempo y por ello no es posible deducir los precios netos a partir de los precios de venta (véase el anexo B.17). Además, ni Sony ni BMG vigilan sistemáticamente los precios de venta de sus competidores, ni obtuvieron de forma sistemática informaciones fiables de los minoristas sobre los descuentos concedidos por sus competidores. Por último, las pruebas aportadas demuestran que las empresas discográficas no llevaron a cabo acciones de represalia, ni siquiera frente a movimientos altamente volátiles de precios, lo que priva de credibilidad a todo mecanismo sancionador (véase el anexo C.4, pp. 5 y 10).

b) Ausencia de alineación

237 Los datos relativos a los precios netos medios, a los PVP y a los descuentos sobre factura no sólo no muestran una alineación, sino, a lo sumo, una evolución en parte similar, no permitiendo constatar una coordinación de precios.

238 Los datos sobre los precios netos medios revelan, en primer lugar, un alto grado de complejidad; en segundo lugar, una gran dispersión y variabilidad; en tercer lugar, una volatilidad importante de las clasificaciones jerárquicas de las empresas principales; en cuarto lugar, una gran libertad de precios de las empresas principales y, en quinto lugar, una falta de paralelismo.

239 Una gran parte de los 100 productos de mayor facturación se genera fuera de los PVP identificados en la Decisión (considerandos 76, 83, 90, 97 y 107 de la Decisión).

240 De los anexos al escrito de contestación (B.4 a B.14) resulta que los descuentos sobre factura y los precios netos han variado de forma importante entre las empresas principales.

c) Falta de transparencia

241 La Decisión no reveló ninguna prueba convincente de transparencia, ni siquiera sobre los elementos de precio, salvo respecto de los descuentos de promoción. Las prudentes afirmaciones de la Decisión minimizaron la verdadera fuerza de las pruebas subyacentes sobre la falta de suficiente transparencia. De este modo, además de que en ciertos países los PVP no son ni conocidos ni fácilmente accesibles, las empresas discográficas no tienen información precisa sobre los PVP utilizados en un álbum concreto en un momento dado. Los descuentos ordinarios no son lo suficientemente transparentes como para estar coordinados tácitamente. De los 161 minoristas interrogados, únicamente 5 afirmaron que los competidores tenían un cierto conocimiento de los descuentos de los demás, mientras que 10 afirmaron lo contrario.

3. Sobre diferentes aspectos no mencionados en la Decisión

242 Las coadyuvantes alegan que las teorías examinadas sobre un perjuicio potencial a la competencia fracasan igualmente respecto de distintos aspectos que no se mencionan en la Decisión. En primer lugar, la Comisión se centró indebidamente sobre los precios netos mínimos siendo así que la concentración no podía tener lugar al nivel de los precios medios, al no estar fijado el precio de los álbumes

individuales con vistas a obtener un precio neto medio concreto, y que dicha media no podía en ningún caso ser observada por las restantes empresas principales. Las medias pueden ocultar divergencias significativas en los precios individuales de los álbumes (véase el anexo C.4, nota 12). En segundo lugar, los PVP no sirven como punto focal de alineación. Cada una de las grandes empresas discográficas utilizó, incluso en sus mejores álbumes, una gran variedad de PVP, los cuales no variaron en el tiempo para un mismo disco. En tercer lugar, las partes del mercado no son estables y una pequeña evolución puede traducirse en una diferencia enorme de rentabilidad.

D — *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

1. Consideraciones generales

²⁴³ La demandante sostiene que las consideraciones relativas a la homogeneidad del producto, la transparencia del mercado, los métodos de represalia y la falta de un poder de contrapeso, sobre las que descansa la constatación de que las empresas principales no disponían de una posición dominante colectiva previa a la concentración prevista en los mercados de música grabada, incurren en los vicios de insuficiencia de motivación, error manifiesto de apreciación y error de Derecho.

²⁴⁴ Antes de examinar las distintas imputaciones realizadas por la demandante, conviene, en primer lugar, formular ciertas observaciones en relación con el concepto de posición dominante colectiva, exponer brevemente a continuación el método de examen seguido por la Comisión para llegar a la conclusión objeto de litigio, así como los distintos factores y elementos pertinentes relativos a la aplicación en el caso de autos del concepto de posición dominante colectiva, tales como los suscitados en la Decisión y, por último, precisar los motivos sobre los que descansa la conclusión de la inexistencia de una posición dominante preexistente recogida en la Decisión.

2. Concepto de posición dominante colectiva

²⁴⁵ De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas participantes en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, France y otros/Comisión, «Kali & Salz», C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 221).

²⁴⁶ El Tribunal de Primera Instancia estimó que puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec. p. II-753, apartado 276).

²⁴⁷ En la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra* (apartado 62), el Tribunal de Primera Instancia, tal como se expone en el considerando 68 de la Decisión, estimó que para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva así definida es necesario que se cumplan tres requisitos. En primer lugar, hace falta que

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

248 Además, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia *Kali & Salz*, apartado 245 *supra*, apartado 222), y del Tribunal de Primera Instancia (sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, apartado 63) que el análisis prospectivo que la Comisión ha de realizar en el marco del control de las concentraciones respecto a una posición dominante colectiva requiere un examen atento, en particular, de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia y que recae sobre la Comisión la carga de aportar pruebas sólidas.

249 Es necesario tener en cuenta que, tal como resulta de los propios términos antes expuestos, esta jurisprudencia ha sido desarrollada en el marco de la apreciación del riesgo de creación de una posición dominante colectiva por una concentración y no, como se afirma en el marco de la primera parte del presente motivo, de la determinación de la existencia de una posición dominante colectiva.

250 Ahora bien, si, para apreciar el riesgo de la creación de semejante posición, la Comisión tiene, por ejemplo, que efectuar un pronóstico delicado en relación con el desarrollo probable del mercado y de las condiciones de competencia, basándose en un análisis prospectivo, lo que implica la realización de apreciaciones económicas complejas sobre las que la Comisión dispone de un amplio margen discrecional, la constatación de la existencia de una posición dominante colectiva descansa, por su parte, sobre el análisis concreto de la situación existente en el momento de adoptarse la decisión. La determinación de la existencia de una posición dominante colectiva debe apoyarse sobre una serie de elementos de hecho probados, pasados o

presentes, que atestigüen un obstáculo significativo para la competencia en el mercado, debido al poder adquirido por determinadas empresas para adoptar conjuntamente una misma línea de acción sobre este mercado, en forma apreciable, independientemente de sus competidores, de su clientela y de los consumidores.

251 Por consiguiente, en el marco de la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva, aunque los tres requisitos señalados por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, deducidos a partir de un análisis teórico del concepto de posición dominante colectiva, también son, ciertamente, necesarios, pueden, en su caso, ser apreciados indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva.

252 Así, concretamente, una estrecha alineación de los precios a largo plazo, sobre todo si están a un nivel superior al que alcanzarían en condiciones de competencia, unida a otros factores típicos de una posición dominante colectiva, podrían bastar, a falta de explicación más razonable, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado, puesto que ésta puede presumirse en tales circunstancias.

253 De lo que se sigue que, en el caso de autos, la alineación de precios, tanto brutos como netos, durante los seis últimos años, en productos que no son idénticos (cada disco tiene un contenido diferente), así como su mantenimiento a un nivel estable que se percibe elevado a pesar de un descenso considerable de la demanda, unido a otros factores (potencia de las empresas en situación de oligopolio, estabilidad de las cuotas de mercado, etc.), podrían, a falta de otra explicación, sugerir o constituir un indicio de que la alineación de los precios no es el resultado de juego normal de una competencia efectiva y de que el mercado es suficientemente transparente y ha permitido una coordinación tácita de los precios.

254 No obstante, dado que la demandante basa su alegación en la aplicación errónea de los requisitos necesarios para la existencia de una posición dominante colectiva, tal como se definen en la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, y, en concreto, del relativo a la transparencia del mercado, más que sobre la tesis de que la constatación de una política común durante un largo período de tiempo unida a la presencia de otros elementos característicos de una posición dominante colectiva podría bastar, en determinadas circunstancias y a falta de mejor explicación, para demostrar la existencia de semejante posición, por oposición a su creación, sin que sea necesario demostrar positivamente la existencia de transparencia en el mercado, el Tribunal de Primera Instancia se limitará, en el marco del examen de los motivos alegados, a verificar si la Decisión aplica correctamente los requisitos de la jurisprudencia *Airtours*. En efecto, sin que sea siquiera necesario preguntarse sobre si la actitud inversa conduciría al Tribunal de Primera Instancia a exceder los límites del litigio fijados por las partes o si constituiría una simple aplicación del Derecho en el marco de un motivo alegado por la demandante, se impone esta actuación en virtud del principio de contradicción, dado que esta cuestión no ha sido debatida ante el Tribunal de Primera Instancia.

3. Decisión de la Comisión

255 Los elementos pertinentes de la Decisión para el examen del primer motivo pueden resumirse de la siguiente forma.

256 Las constataciones de la Comisión relativas a los distintos mercados, de productos y geográficos, no son discutidas por las partes. En el considerando 12 de su Decisión, la Comisión estimó que «no [era] necesario determinar si existen mercados de productos distintos según los géneros y si existe un mercado de productos separados para las compilaciones». En el considerando 15, constató que «los mercados geográficos en cuestión [se consideraban] nacionales».

- 257 Es pacífico igualmente que los distintos mercados nacionales tienen una estructura oligopolística, en los que las cinco empresas principales tienen entre el 72 y el 93 % del mercado, según el país, y numerosas empresas discográficas considerablemente más pequeñas (en lo sucesivo, «empresas discográficas independientes») representan aproximadamente del 15 al 20 % del mercado.
- 258 Además, las cinco empresas principales se caracterizan, en primer lugar, por tener presencia mundial; en segundo lugar, por una integración vertical parcial; en tercer lugar, por una inversión previa en el campo de la edición musical y en los mercados de radiodifusión y de explotación de música en línea; en cuarto lugar, una potencia financiera considerable que les permite ofrecer a los artistas unas ventajas económicas más atractivas y, en quinto lugar, una cartera amplia y diversificada de artistas contratados y un catálogo importante de títulos ya producidos.
- 259 La evolución de la demanda muestra, además, que las ventas están en retroceso desde 1999 (caída del 13 % en el EEE entre 1999 y 2002, y más del 7 % entre 2002 y 2003). Los precios, sin embargo, se han mantenido bastante estables. La investigación sobre el mercado de la Comisión señala también otras explicaciones sobre estas bajadas de precios distintas de las proporcionadas por las empresas participantes en la concentración, a saber: el nivel de los precios –que se percibe elevado– de los CD, la ralentización de la actividad económica en general, la incapacidad de las empresas discográficas para satisfacer los gustos de los consumidores, la ausencia de contenidos de calidad y de artistas innovadores y la incapacidad de las empresas discográficas para adaptarse al desafío tecnológico de Internet.
- 260 Sobre la metodología seguida por la Comisión, se expone en el considerando 69 de la Decisión que, para determinar la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión examinó si las cinco grandes empresas habían llevado a cabo efectivamente una política de coordinación de precios en el curso de los últimos tres o cuatro años.

- 261 A este fin, la Comisión analizó en primer lugar la evolución trimestral de los precios netos medios, en los cinco mayores estados miembros, de los 100 álbumes simples de mayor facturación de cada una de las empresas discográficas, los cuales representan como mínimo de un 70 a un 80 % de sus ventas totales de música, al ser la Comisión de la opinión que los precios medios constituyen un buen instrumento para determinar si las grandes empresas discográficas tienen un comportamiento paralelo en materia de precios. La Comisión examinó así la evolución de los precios netos medios, de los PVP, de la relación entre precios brutos y precios netos así como los descuentos sobre factura y los descuentos *a posteriori* (considerando 72 de la Decisión).
- 262 En segundo lugar, la Comisión examinó la eventualidad de que, sobre la base de un paralelismo de los precios medios, los precios de catálogo hubiesen podido servir de punto de referencia para una coordinación de precios.
- 263 En tercer lugar, la Comisión estudió si los descuentos concedidos por las distintas grandes empresas discográficas estaban alineados y eran lo suficientemente transparentes para permitir un control eficaz de toda coordinación sobre los precios, también al nivel de los precios netos (considerando 73 de la Decisión).
- 264 Las constataciones así operadas por la Comisión en términos casi idénticos para cada uno de los cinco países grandes pueden resumirse de la forma siguiente:
- la Comisión señala que «ha constatado un cierto paralelismo de los precios netos reales medios y una evolución bastante comparable de los precios de las empresas principales», pero que «estas observaciones no son sin embargo, en sí mismas, lo suficientemente concluyentes como para poder demostrar que las empresas principales hubieran coordinado sus precios en el pasado»; «por eso la Comisión examinó a continuación si otros elementos adicionales, como los precios de catálogo y los descuentos, estaban alineados y eran lo suficientemente transparentes como para proporcionar pruebas que confirmasen la existencia de coordinación»;

- la Comisión «ha encontrado ciertos elementos mediante los que los PVP podrían haber sido utilizados como base para alinear los precios de las empresas principales». Cada una de las grandes empresas discográficas generó con tres de sus principales PVP entre el 55 y el 80 %, según los países, del total de los 100 productos de mayor facturación neta de álbumes simples en 2003. La Comisión estima así que «a la luz de estas observaciones, los precios de catálogo de los álbumes mejor vendidos parecen estar bastante alineados» (Reino Unido, Francia e Italia), o alineados en cierta medida en Alemania y en España.

- la Comisión constató además que los PVP eran bastante transparentes, puesto que figuraban en los catálogos de las empresas principales. Parece por ello posible que se puedan controlar los precios de catálogo de las otras empresas principales;

- los precios de venta netos están estrechamente unidos a los precios brutos (PVP), dada la evolución parcial, estos seis últimos años, de los precios brutos medios y de los precios netos medios reales de Sony y de BMG, así como la gran estabilidad, en todo momento, del cociente entre precios netos y precios brutos, tomando todos los álbumes en su conjunto;

- la Comisión constató, sin embargo, una cierta variación del nivel de los descuentos concedidos por las grandes empresas discográficas y también diferencias de 2 a 5 puntos porcentuales entre los descuentos sobre factura de Sony y de BMG para la mayor parte de sus diez principales clientes, y de más de 5 puntos porcentuales para determinados clientes en ciertos años (la situación es algo diferente en el mercado francés);

- las empresas participantes en la concentración presentaron una serie de datos de los que resulta que los descuentos sobre factura concedidos a un cliente determinado variaban en el tiempo y de un álbum a otro y que los descuentos aplicados a un álbum dado fluctuaban de un cliente a otro. La investigación realizada sobre el mercado evidenció que esas fluctuaciones resultaban en lo

esencial de los descuentos de promoción, utilizados de forma más flexible que los descuentos ordinarios, que por lo general se fijan anualmente. Sobre la base de estas observaciones no puede demostrarse que los descuentos sobre factura estén suficientemente alineados entre las empresas participantes en la concentración (la situación es algo diferente en el caso de Francia);

- por lo que se refiere a la transparencia de los descuentos, las respuestas de los clientes a la investigación sobre el mercado llevada a cabo por la Comisión mostraron, mayoritariamente, que las empresas principales tenían un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios aplicados por sus competidores, dada su interacción permanente con la misma clientela. Resultó también, sin embargo, que los descuentos de promoción eran menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su control exigía igualmente una observación rigurosa de la evolución de este tipo de descuentos en el mercado minorista. A pesar de haber constatado que tanto Sony como BMG habían creado un sistema de informes semanales producidos por su personal de ventas, la Comisión no pudo demostrar que esos informes garantizaran un nivel de transparencia suficiente sobre los descuentos de promoción concedidos por los competidores.

²⁶⁵ La Comisión concluyó después, en el considerando 109 de la Decisión, que «al haber revelado el análisis detallado de la evolución de los precios de las empresas en los cinco principales Estados miembros ciertos indicios de coordinación que no bastaban, por sí mismos, para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión prosiguió con el análisis, al objeto de determinar si los mercados de música grabada presentaban unas características capaces de facilitar este tipo de posición dominante».

²⁶⁶ A este fin, la Comisión examinó la homogeneidad del producto (considerando 110 de la Decisión impugnada), la transparencia del mercado (considerandos 111 a 113 de la Decisión), y el ejercicio de medidas de represalia (considerandos 114 a 118 de la Decisión).

- 267 En relación con la homogeneidad del producto, la Comisión constató que la heterogeneidad del contenido y sus efectos sobre los precios reducen la transparencia sobre el mercado y hacen más difíciles las prácticas colusorias tácitas, dado que éstas requieren un cierto control al nivel del producto individual, es decir, del álbum.
- 268 En lo que se refiere a la transparencia del mercado, la Comisión consideró que las empresas principales no deben controlar más que los precios de referencia de un número limitado de álbumes de entre los más vendidos para poder realizar el seguimiento del conjunto de las ventas. Sin embargo, la Comisión indica que un control al nivel de los álbumes es igualmente necesario, en particular, por lo que se refiere a los descuentos de promoción, y que esta necesidad podría dificultar las prácticas colusorias tácitas (considerando 111 de la Decisión).
- 269 En relación con las medidas de represalia, el considerando 118 de la Decisión indica que la Comisión no encontró pruebas del ejercicio de tales medidas en el pasado, lo que habría constituido la prueba de una posición dominante colectiva.
- 270 Sin llegar a formular ninguna conclusión sobre la existencia de una posición dominante colectiva en los cinco países grandes en esta fase de la Decisión, la Comisión procedió a continuación al examen de los mercados en los países pequeños, llegando a conclusiones similares.
- 271 En particular, observó que existe un elevado nivel de paralelismo entre los PVP de las distintas empresas principales. Señaló que, igual que en los países grandes, los principales descuentos aplicados son los descuentos ordinarios. Los descuentos sobre factura ni son la norma ni se hacen públicos y dan lugar a una disminución de la transparencia. Teniendo en cuenta la importancia de los descuentos sobre factura y las divergencias entre estos, la Comisión no encontró elementos de prueba suficientes que demostrasen que el paralelismo de los precios netos medios pudiese imputarse a una práctica colusoria tácita entre las empresas principales, aunque los PVP están fuertemente alineados y pueden, en principio, ser utilizados como base de colusión tácita (considerando 150 de la Decisión).

272 Además, las consideraciones que se hacen sobre los países grandes en relación con la homogeneidad del producto, la transparencia del mercado y las medidas de represalia son igualmente válidas para los países pequeños del EEE.

273 La Comisión dedujo de ello, en el considerando 153, que «en estas condiciones, no existen elementos de prueba suficientes para determinar la existencia de una posición dominante colectiva de las [empresas principales] en los mercados nacionales de música grabada [de los países pequeños]».

274 Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Comisión concluyó, en el considerando 154, que no existen elementos de prueba suficientes para demostrar que el proyecto de operación implica el refuerzo de una posición dominante colectiva en los mercados de música grabada en un país cualquiera del EEE.

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

276 Ello se confirma en el considerando 157, en el que se expone lo siguiente:

«[...] tal como se examinó en la sección relativa al refuerzo de una posición dominante colectiva, los mercados de música grabada presentan determinadas características que pueden hacer suponer la presencia de condiciones favorables para la existencia de una posición dominante colectiva. Ahora bien, la Comisión no ha encontrado elementos suficientes para probar que las [empresas principales]

mantuvieron en el pasado una posición dominante colectiva; ello es debido concretamente a las carencias constatadas en lo que respecta a la transparencia real, a las características parcialmente heterogéneas del producto y a la falta de elementos que confirmen la existencia de medidas de represalia en el pasado».

277 A la luz de estas consideraciones es necesario examinar las diferentes imputaciones formuladas por la demandante.

4. Transparencia

a) Sobre la imputación relativa a la insuficiencia de motivación

278 La demandante sostiene, en esencia, que la Decisión no explica de forma suficiente en Derecho las razones por las que los descuentos, en particular los descuentos de promoción, impiden la transparencia necesaria para que sea posible el desarrollo de una posición dominante colectiva.

279 A título preliminar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63, y jurisprudencia allí citada).

- 280 La cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 190 del Tratado debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1996, Bélgica/Comisión, C-56/93, Rec. p. I-723, apartado 86, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión, T-290/94, Rec. p. II-2137, apartado 150).
- 281 Cuando la Comisión declara una operación de concentración compatible con el mercado común sobre la base del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento constituye una condición necesaria y suficiente en relación con el deber de motivación que dicha decisión exponga de manera clara y sin equívocos las razones por las cuales la Comisión considera que la concentración controvertida no suscita serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común. No obstante, no puede deducirse de esta obligación que, en un caso como el presente, la Comisión esté obligada a justificar todos los elementos de hecho o de Derecho de su apreciación que pueden tener un vínculo con la operación de concentración notificada o que se han suscitado en el curso del procedimiento administrativo (véase la sentencia *Verband der freien Rohrwerke* y otros/Comisión, apartado 231 *supra*, apartado 185 y jurisprudencia allí citada).
- 282 Procede, en primer lugar, examinar la incidencia de la circunstancia, señalada por la demandante, de que, en el pliego de cargos, la Comisión concluyó de forma muy clara que la concentración era incompatible con el mercado común debido, en particular, a que existía una posición dominante colectiva previa a la concentración proyectada y el mercado de música grabada era muy transparente y particularmente propicio a la coordinación.
- 283 Este giro radical en la posición de la Comisión puede ciertamente parecer sorprendente, en particular a la vista de lo tarde que tuvo lugar. En efecto, tal como resulta del expediente y de los debates antes el Tribunal de Primera Instancia, durante todo el procedimiento administrativo, la Comisión, sobre la base del conjunto de la información recibida, durante los cinco meses de investigación, tanto de los distintos operadores del mercado como de las empresas participantes en la

concentración, estimó que el mercado era lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación tácita de los precios, y únicamente después de las alegaciones desarrolladas en la vista de 15 y 16 de junio de 2004 por las empresas participantes en la concentración, con asistencia de su asesor económico, adoptó la postura inversa sin proceder a nuevas investigaciones relativas al mercado, dirigiendo un borrador de Decisión al comité consultivo el 1 de julio de 2004.

284 Sin embargo, tal como alega la Comisión fundadamente, resulta de la jurisprudencia (sentencia BAT y Reynolds/Comisión, apartado 105 *supra*) que, cuando la Comisión desestima una solicitud presentada al amparo del artículo 3 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), basta con que exponga los motivos por los cuales no ha considerado posible demostrar la existencia de una infracción de las normas de la competencia, sin verse obligada ni a explicar eventuales diferencias en relación al pliego de cargos, que constituye un documento preparatorio, cuyas apreciaciones son de carácter puramente provisional y van destinadas a circunscribir el objeto del procedimiento administrativo frente a las empresas contra quienes se dirige la investigación, ni a discutir todos los puntos de hecho y de Derecho tratados durante el procedimiento administrativo. En su sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 228 *supra*, el Tribunal de Justicia recordó el carácter meramente provisional del pliego de cargos y la obligación que tiene la Comisión de tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo para, entre otras cosas, retirar los cargos que hayan resultado infundados.

285 Procede observar, ciertamente, que esta jurisprudencia se ha desarrollado a propósito de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, y no en el ámbito específico del control de concentraciones, en el marco del cual el respeto de los plazos imperativos que rigen la adopción de decisiones por parte de la Comisión no le permiten prolongar su investigación, de modo que es cada vez más improbable que se produzca un cambio fundamental de posición a medida que avanza el procedimiento administrativo. En sus observaciones finales la Comisión destacó, por otra parte, que las medidas de investigación posteriores a la vista consisten esencialmente en consultar a los operadores del mercado en relación con los compromisos propuestos y no versan sobre las reclamaciones formuladas contra la operación de concentración notificada. No obstante, el pliego de cargos no es más que un acto preparatorio y la decisión final tiene que estar motivada únicamente en

relación con el conjunto de las circunstancias y elementos pertinentes para la apreciación de los efectos de la concentración prevista sobre el juego de la competencia en los mercados de referencia. De lo cual se desprende que el sólo hecho de que la mera circunstancia de que la Comisión no haya explicado en el cuerpo de su decisión las modificaciones de su postura en relación con la contenida en el pliego de cargos no constituye, en sí misma, un defecto o una insuficiencia de motivación.

286 Además, la Comisión alega igualmente la jurisprudencia según la cual, si una concentración no modifica la situación competitiva de un mercado dado más que de forma muy limitada, no está obligada a proporcionar una motivación específica sobre esta cuestión, ni tampoco incumple su obligación de motivar si no incluye en su decisión una motivación precisa sobre la apreciación de ciertos aspectos de la concentración que le parecen manifiestamente irrelevantes o carentes de sentido. Si bien estas afirmaciones son exactas, es preciso señalar que no son pertinentes en el marco de la presente imputación. En efecto, por una parte, la presente imputación no se refiere a una modificación limitada introducida por la concentración, sino a la situación anterior a la misma, y, por otra, no es discutible que la falta de transparencia suficiente del mercado constituye el motivo esencial, si no el único, sobre el que descansa la apreciación controvertida de falta de posición dominante colectiva preexistente.

287 A la luz de estas observaciones preliminares, procede examinar si la Decisión contiene una motivación suficiente de la constatación de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación de los precios.

288 El examen de la cuestión de la transparencia del mercado es objeto de una rúbrica *ad hoc* en los considerandos 111 a 113 de la Decisión. Resulta, sin embargo, que la Decisión contiene también argumentaciones relativas a la transparencia en la rúbrica relativa al examen de la política común de las empresas principales en materia de precios en los cinco grandes Estados miembros; en los considerandos 69 a 108, a la que la rúbrica *ad hoc* hace referencia; así como en la rúbrica relativa a la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva en los mercados de los países pequeños, en los considerandos 148 a 153, a la que la rúbrica *ad hoc* no hace remisión alguna. Procede, pues, examinar sucesivamente los motivos expuestos en estas tres rúbricas.

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

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

291 Se señala así, en el considerando 111, el número limitado de precios de referencia y el hecho de que las empresas principales sólo deben controlar los precios de referencia de un número limitado de álbumes entre éxitos para seguir el conjunto de las ventas, en la medida en que los 20 títulos más vendidos representan al menos la mitad de las ventas anuales del conjunto de todos los países.

292 Más aún, el considerando 112 expone que «existen en el mercado otros dispositivos que incrementan la transparencia y que pueden facilitar el control del respeto de un acuerdo colusorio». Entre ellos figuran, primero, la publicación de las listas semanales de éxitos que proporcionan información sobre las ventas por título y permiten detectar muy fácilmente los títulos que se convierten en «grandes éxitos», lo cual, se aclara, «facilita considerablemente el control por parte de las grandes empresas discográficas». A continuación se expone que la naturaleza de la música grabada es tal que, para «tener éxito económicamente, un minorista de música debe proponer productos de todas las grandes empresas» y que el «sector se caracteriza, pues, por unas relaciones estables y duraderas entre minoristas y grandes empresas discográficas». La Comisión señala igualmente que, «además, una gran parte de las ventas de música grabada de las [grandes empresas] está dirigida hacia un número limitado de clientes» y de ello concluye que «esta situación, caracterizada por la presencia de un pequeño número de actores en el mercado, favorece la adopción de estrategias de cooperación que sirven a los intereses de las grandes empresas discográficas, al igual que facilita el control y la circulación de información».

293 Es necesario constatar aún que esta enumeración de dispositivos y de factores que acrecientan la transparencia del mercado y facilitan el control del respeto de los acuerdos colusorios se encuentra en el último considerando de la rúbrica *ad hoc* sobre la transparencia del mercado. La Comisión expone, en efecto, en el considerando 113, que «otra fuente de transparencia es el control del mercado minorista». Precisa, a este respecto, que «el estudio de mercado ha revelado que Sony y BMG [habían] establecido un sistema de informes semanales [...] que incluía informaciones sobre los competidores». La Comisión indica, por último, que la investigación «ha confirmado también que el personal de ventas de las grandes empresas discográficas [mantenían] contactos regulares y permanentes con minoristas y mayoristas, desarrollándose a menudo las negociaciones sobre los apoyos y los descuentos de promoción sobre una base semanal».

294 Resulta de cuanto antecede que, en la rúbrica *ad hoc* que la Decisión dedica al examen de la transparencia, la Comisión no sólo no concluyó que el mercado fuese opaco o no lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva, sino que además únicamente mencionó factores capaces de crear una gran transparencia del mercado y facilitar el control del respeto de la colusión, con la única excepción de la afirmación, de alcance bastante limitado y no

fundamentada, de que los descuentos de promoción podrían reducir la transparencia y hacer las prácticas colusorias más difíciles. Es forzoso, por ello, constatar que esta rúbrica manifiestamente no puede ser considerada, en sí misma, una motivación jurídica suficiente de la afirmación de que el mercado no es lo suficientemente transparente.

295 Procede a continuación examinar si semejante motivación figura en la rúbrica relativa al análisis de la política común de las empresas principales en materia de precios.

296 A título preliminar, es útil recordar que el método seguido y las constataciones realizadas son idénticas a las de los mercados de los cinco países grandes, salvo muy ligeras variaciones, de modo que las observaciones siguientes realizadas respecto del Reino Unido valen también, *mutatis mutandis*, para los cinco grandes mercados.

297 Después de constatar una evolución en parte parecida de los precios netos medios reales y una evolución comparable de los precios de las empresas principales en el Reino Unido, la Comisión indicó, en el considerando 75 de la Decisión, que había examinado a continuación si existían elementos adicionales, a saber, precios de catálogo y descuentos, alineados y lo suficientemente transparentes como para proporcionar elementos de prueba suficientes para acreditar la coordinación.

298 Procede observar, a título preliminar, que en dicha rúbrica la Comisión intentó examinar si el comportamiento de las empresas principales puede probar la existencia de una coordinación. Pues bien, en sus escritos ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión destacó en repetidas ocasiones la necesidad de no confundir la política común de los operadores del mercado con la prueba de la transparencia del mercado, precisando que ni siquiera una alineación sustancial de las condiciones practicadas puede demostrar la transparencia del mercado. De ello se sigue que, según esa misma tesis de la Comisión, las constataciones relativas a las

prácticas de las empresas principales en materia de precios y de descuentos están desprovistas de pertinencia al objeto de apreciar la transparencia del mercado. En estas condiciones, las observaciones contenidas en esta rúbrica no deberían permitir suplir la falta de motivación señalada anteriormente. Sin embargo, al no ser esta tesis conforme con la Decisión, el Tribunal de Primera Instancia estima necesario examinar si las constataciones realizadas en esta rúbrica pueden proporcionar una motivación suficiente de la constatación de falta de transparencia del mercado.

299 Respecto de los PVP, en primer lugar, la Comisión constató que cada una de las grandes empresas discográficas generó con sus tres principales PVP más del 80 % del total de los 100 productos de mayor facturación neta de álbumes simples en 2003 y que, además uno o dos PVP comprendidos en una horquilla de 17 peniques (entre 8,98 y 9,15 libras esterlinas) representaron más del 47 % de los productos de mayor facturación (las cifras son bastante parecidas en los otros países grandes; uno o dos PVP comprendidos en una horquilla de 0,36 euros –entre 12,55 y 12,91 euros– representaron, por ejemplo, más del 60 % de los 100 productos de mayor facturación en Italia). Concluyó que «los precios [de] catálogo de los álbumes de mayor facturación parecen estar más bien alineados». Es necesario constatar que se trata de una conclusión cuando menos prudente, al ser la alineación efectivamente muy marcada.

300 Hay que señalar a este respecto, por otra parte, que en el pliego de cargos la Comisión no había señalado que los precios estuviesen simplemente «más bien alineados», sino más bien que estaban «sustancialmente alineados» (según el punto 82 del pliego de cargos, «los PVP están situados muy cerca los unos de los otros» y el punto 87 habla de una «alineación sustancial»). En lo que se refiere a los 20 discos de mayor facturación, la Comisión había incluso puesto de relieve una alineación casi total (véanse los puntos 85 y 86 del pliego de cargos), pero este elemento de análisis no fue recogido en la Decisión, sin que la Comisión, no obstante, interrogada a este respecto en la vista, sostuviese que el análisis era inexacto o no pudiera explicar las razones de la supresión de dicho elemento. Además, el considerando 72 de la Decisión no menciona más que cuatro elementos sobre los que se basa el análisis de la política común en materia de precios, aunque el punto 75 del pliego de cargos mencionaba un quinto elemento. Ahora bien, si tal

como se ha recordado anteriormente, el pliego de cargos no es más que un documento provisional, y si la Comisión tiene perfecto derecho, o incluso obligación, de modificar su posición a la vista de las informaciones obtenidas en el curso de su investigación, no puede por el contrario suprimir ciertos elementos pertinentes por la única razón de que no serían eventualmente compatibles con su nueva apreciación.

301 En cualquier caso, incluso sin tener en cuenta más que las observaciones que se reprodujeron en la Decisión, la Comisión concluyó que los precios de catálogo estaban más bien alineados.

302 Del mismo modo, el considerando 76 de la Decisión indica que los PVP son «bastante transparentes, puesto que figuran en los catálogos de las grandes empresas discográficas» y que «parece por ello posible que se puedan controlar los precios [de] catálogo de las otras grandes empresas discográficas». Aunque esta apreciación es, también en este punto, muy prudente y está fuertemente atenuada en relación a la expresada en el pliego de cargos (el punto 81 de esta última indicaba en efecto que «la Comisión estima que es extremadamente fácil para las empresas principales vigilar los PVP a los que se han puesto en el mercado los nuevos éxitos, dado que estos PVP están a disposición del público en los catálogos de las empresas principales»), destaca un elemento adicional que favorece la transparencia del mercado. El carácter público de los precios brutos (precios de catálogo) tiene sin duda una importancia considerable para la transparencia en materia de precios.

303 Por consiguiente, según los propios términos de la Decisión, los precios de catálogo, en los dos aspectos examinados por la Comisión, alineación y transparencia, constituyen un factor de transparencia del mercado.

304 En segundo lugar, respecto de los descuentos el considerando 78 de la Decisión indica que la Comisión constató «una cierta variación de los descuentos aplicados por las grandes empresas» y que «en relación a los otros tipos de descuento (los acuerdos de cooperación comercial y los descuentos *a posteriori*), los descuentos sobre factura son con mucho las mayores reducciones de precio aplicadas». A continuación verifica la alineación de los descuentos sobre factura, por una parte, y su transparencia, por otra.

- 305 Respecto de la alineación de los descuentos, el considerando 79 de la Decisión expone que «la Comisión ha constatado un cierto grado de fluctuación de un cliente a otro e, igualmente, diferencias de 2 a 5 puntos porcentuales entre los descuentos sobre factura aplicados por Sony y BMG a la mayor parte de sus [diez] clientes principales, y de más de 5 puntos porcentuales a ciertos clientes en determinados años». El considerando hace mención, además, a que «estas fluctuaciones resultan por lo general de los descuentos de promoción, utilizados de forma más flexible que los descuentos ordinarios que se fijan anualmente» y que de ello se deduce que «sobre la base de estas observaciones, no [podía] demostrarse que los descuentos sobre factura [estuviesen] suficientemente alineados entre las empresas [participantes en la concentración]».
- 306 Es preciso señalar, a título preliminar, que, tal como se ha indicado anteriormente, el análisis trata del comportamiento adoptado por las empresas principales y no de las características objetivas del mercado, de forma que su pertinencia es sólo relativa para apreciar el grado de transparencia del mercado. La Comisión destacó, a este respecto, que la constatación de un paralelismo entre los precios medios netos de una gran empresa discográfica determinada no constituía la prueba ni de una coordinación tácita ni de la transparencia necesaria y que el «grado de alineación o de estabilidad a nivel global no puede reemplazar las pruebas significativas y concordantes de la existencia de una transparencia suficiente para permitir a las [empresas en situación de oligopolio] controlar mutuamente su comportamiento en el mercado». Es necesario concluir que la verificación de la alineación de los descuentos no constituye, según la Comisión, un examen apropiado para apreciar la transparencia del mercado en la medida en que, según la Comisión, ni siquiera la alineación de los descuentos podría demostrar su existencia. El examen sólo puede resultar apropiado, en efecto, si permite constatar tanto la transparencia como la falta de transparencia. Sin embargo, en la medida en que esta tesis de la Comisión, tal como se ha indicado anteriormente, no encuentra un apoyo suficiente en la Decisión, el Tribunal de Primera Instancia examinará si las observaciones contenidas en los considerandos 78 y 79 demuestran, de forma suficiente en Derecho, la falta de transparencia del mercado.
- 307 Procede constatar, en primer lugar, que la variación de los niveles generales de descuentos sobre factura aplicados por las empresas participantes en la concentración, tal como se señala en el considerando 78 de la Decisión, es muy pequeña, a saber [*confidencial*] del 2 al 5 % de sus ventas brutas totales respecto del

Reino Unido. En Italia esta variación es casi nula, incluso, a saber *[confidencial]* entre el 0 y el 5 % (considerando 99 de la Decisión). Asimismo, las diferencias de 2 a 5 % *[confidencial]* entre los descuentos sobre factura de las empresas participantes en la concentración aplicados a la mayoría de sus clientes principales, señaladas en el considerando 79 de la Decisión, son muy pequeñas. De ello se sigue que los datos que se recogen en los considerandos 78 y 79, y en los considerandos correspondientes al resto de los países grandes, no permiten justificar la conclusión de que los descuentos sobre factura no están suficientemente alineados.

308 Resulta, a continuación, que según el tenor de la Decisión, esta pequeña variación parece desprovista de significación. Según el considerando 77 de la Decisión, en efecto, «el análisis de la Comisión muestra que los precios de venta netos están estrechamente vinculados a los precios brutos (PVP), dada la evolución paralela, estos seis últimos años, de los precios brutos medios y de los precios netos reales de Sony y de BMG, así como la enorme estabilidad, en todo momento, del cociente entre precios netos y precios brutos de los álbumes tomados en su conjunto». Además, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el considerando 77 de la Decisión no se limita a describir una evolución paralela de los precios brutos y netos medios únicamente del conjunto de los álbumes (es decir, la estabilidad del descuento medio sobre el total de ventas), la cual enmascararía así las eventuales diferencias en los descuentos concedidos por álbum individual y en el tiempo. En efecto, si la segunda parte de la frase del considerando 77 se refiriese, como sostiene la Comisión, al cociente entre precios medios brutos y netos, sería superflua, al ser dicho cociente sinónimo de la distancia entre los precios brutos y netos, cuya estabilidad se ha observado en la primera parte de la frase. Ello se desprende de forma muy clara de la versión auténtica de la Decisión, puesto que ésta utiliza el término «cocientes» en plural (cocientes entre los precios brutos y netos por álbumes y en el tiempo, muy estables). El punto 90 del pliego de cargos indica igualmente además que la Comisión constató que «los cocientes entre los precios brutos y netos eran muy estables por álbumes y en el tiempo para los lanzamientos individuales examinados por la Comisión». Asimismo, además, el punto 75, apartado iv), del pliego de cargos expone que la Comisión analizó el desarrollo de las ventas brutas y netas de los álbumes individuales, precisando, en la nota a pie de página nº 46, que «se había realizado un análisis individual de los precios brutos y netos de los diez productos de mayor facturación de BMG y de Sony en 2002».

- 309 Además, de la última frase del considerando 77 de la Decisión resulta que los descuentos no pueden afectar realmente a la transparencia del mercado en materia de precios, concretamente de los precios públicos de catálogo, ya que se afirma que «si las grandes empresas discográficas se hubiesen apartado sensiblemente de las políticas acordadas en materia de precios concediendo descuentos, este alejamiento se hubiese reflejado en sus precios netos medios».
- 310 Además, si bien la Comisión alegó en sus escritos que los datos relativos a los precios medios netos o a los descuentos medios no pueden probar una alineación o una coordinación y que únicamente las decisiones individuales de fijación de precios son importantes, es necesario constatar que esta alegación no encuentra apoyo en la Decisión. Así se expone, concretamente, en el considerando 70 de la Decisión que «la Comisión es de la opinión que los precios medios constituyen un buen instrumento para determinar si las grandes empresas discográficas tienen un comportamiento paralelo». Además, si tal como ha sostenido la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia las observaciones relativas a la política de precios no son pertinentes para apreciar la transparencia, de ello se sigue que las observaciones sobre los descuentos que figuran en los considerandos 78 a 80 de la Decisión (y en los considerandos correspondientes a los mercados de los otros países grandes) no pueden incluir la motivación de falta de transparencia, puesto que los descuentos constituyen un componente de los precios y se analizan en el marco del examen de la coordinación en materia de precios.
- 311 Resulta de cuanto antecede que las observaciones relativas a la alineación de los descuentos sobre factura, contenidas en los considerandos 78 y 79 de la Decisión (y en los considerandos correspondientes a los otros países grandes), no permiten motivar la afirmación de falta de transparencia del mercado.
- 312 En lo que se refiere a la transparencia de los descuentos, el considerando 80 de la Decisión indica que «las respuestas de los clientes británicos a la investigación sobre el mercado realizada por la Comisión han mostrado, mayoritariamente, que las grandes empresas discográficas tenían un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios aplicados por sus competidores, dada su interacción permanente con la

misma clientela». Esta constatación se repite, con idéntica formulación, a propósito de los cinco países grandes (considerandos 87, 94, 101 y 108 de la Decisión). Sin que sea necesario examinar el fundamento de esta constatación en el marco del examen de la imputación de un incumplimiento de la obligación de motivar, es necesario señalar que parece presentar el grado de transparencia del mercado de forma muy atenuada, a la vista de los elementos sobre los que descansa. Respecto de Italia, en particular, no es posible comprender como la Comisión pudo estimar que las respuestas de los clientes revelaron «mayoritariamente» que las empresas principales no tenían más que «un cierto conocimiento» de los descuentos concedidos por sus competidores, cuando la nota a pie de página nº 55 de la Decisión indica que «los cinco minoristas italianos que respondieron a la pregunta indicaron que las grandes empresas discográficas conocían los PVP y los descuentos aplicados por sus competidores». Del mismo modo, en el caso de Francia, de la nota a pie de página nº 49 de la Decisión resulta que tres de cuatro minoristas indicaron que las grandes empresas discográficas conocían los PVP y los descuentos aplicados en el mercado por sus competidores.

- 313 Procede observar, a continuación, que en ninguna de las notas explicativas a pie de página, en relación con ningún país, se muestra distinción alguna entre los descuentos ordinarios y los de promoción, de forma que no se ven las razones por las que la Comisión dedujo de las respuestas de los clientes que las empresas principales tenían un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios, únicamente, y no de los descuentos de promoción.
- 314 En cualquier caso, es necesario constatar que, según la propia Decisión, la Comisión estimó que existía una cierta transparencia en los descuentos ordinarios.
- 315 Resulta así que el único elemento de opacidad señalado en la Decisión consiste en la afirmación, en el considerando 80 (y en los considerandos respectivos de los otros países grandes) de que «resulta, sin embargo, que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su control exige igualmente una observación rigurosa de la evolución de este tipo de descuentos en el mercado minorista».

- 316 Es necesario señalar en primer lugar, a este respecto, que no se indica que los descuentos de promoción sean opacos, sino únicamente que son «menos transparentes que los descuentos ordinarios» y que su control exige una observación rigurosa. Se precisa, además, que la Comisión constató que Sony y BMG habían establecido un sistema de informes semanales producidos por su personal de ventas, sin que sin embargo haya podido demostrarse que dichos informes garanticen un grado de transparencia suficiente en los mencionados descuentos de promoción.
- 317 A continuación, procede recordar que, tal como resulta de la segunda frase del considerando 150 de la Decisión, los principales descuentos aplicados en la totalidad del país son los descuentos ordinarios. De ello se sigue, según la propia Decisión, que los descuentos de promoción no tienen más que una incidencia limitada sobre los precios. Del mismo modo, del considerando 77 resulta que los descuentos (tanto ordinarios como de promoción) no afectaron, en los seis últimos años, a las políticas convenidas en materia de precios.
- 318 Es necesario igualmente observar que la Decisión no indica que el mercado sea opaco, ni siquiera que no sea lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación de los precios, sino únicamente que los descuentos de promoción son menos transparentes, sin que la Decisión proporcione la más mínima información sobre su naturaleza, las circunstancias en que fueron aplicados o su importancia concreta sobre los precios netos, ni sobre su impacto sobre la transparencia de los precios.
- 319 Además procede recordar que, tal como se ha expuesto anteriormente, la Comisión señala en la Decisión numerosos elementos y factores que favorecen la transparencia y facilitan el control del respeto de una práctica colusoria.
- 320 De ello se desprende que las pocas afirmaciones relativas a los descuentos de promoción incluidas en la rúbrica que la Decisión dedica al examen de la

coordinación de los precios en los países grandes, en la medida en que son imprecisas, no fundamentadas, e incluso se ven refutadas por otras observaciones incluidas en la Decisión, no pueden demostrar la opacidad del mercado ni siquiera respecto de los descuentos de promoción. Estas afirmaciones se limitan, además, a indicar que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios, pero no explican por qué son pertinentes para la transparencia del mercado y no permiten comprender cómo ellas solas podrían compensar el resto de los elementos de transparencia del mercado identificados en la Decisión y de este modo suprimir la transparencia necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva.

321 En relación, finalmente, con las observaciones que figuran en la rúbrica de la Decisión consagrada a la apreciación de la situación en los países pequeños, la Comisión señala primero en el considerando 149 de la Decisión que los PVP se utilizan de forma muy parecida en los países grandes. Señala, a este respecto, que el grueso de las ventas se realiza sobre algunos PVP y que las empresas principales utilizan los PVP de forma paralela, precisando que «tal como atestiguan las cifras indicadas en cada uno de los países pequeños, por lo que se refiere a los Países Bajos y Bélgica los dos PVP principales de Sony y de BMG son prácticamente idénticos». Concluyó que entre los PVP de las grandes empresas discográficas existía un elevado y parecido nivel de evolución. Del considerando 149 resulta, pues, que la Comisión constató una transparencia y una alineación aún más marcada en los países pequeños que en los países grandes.

322 Respecto de los descuentos concedidos en los países pequeños, es forzoso constatar que la rúbrica en cuestión no contiene ninguna observación sobre los descuentos de promoción, que ni siquiera se mencionan. Por el contrario, la Comisión indica en el considerando 150 de la Decisión que, al igual que en los cinco países grandes, los principales descuentos aplicados en la totalidad de los países pequeños son los descuentos ordinarios.

323 Además, aunque la Comisión indica que existen muy importantes descuentos sobre factura concedidos por Sony y por BMG, que su importe varía de un cliente a otro y que su nivel difiere también entre BMG y Sony, que no han sido hechos públicos y

que desembocan en una disminución de la transparencia, no aporta sin embargo ninguna indicación numérica de dicha importancia o variación. Tampoco se explica si, en caso afirmativo, las características del mercado no hacen transparentes al menos los descuentos ordinarios, como ocurre en los grandes Estados. Del mismo modo, tampoco se indica si los descuentos, ordinarios y/o de promoción, dan lugar a precios netos diferentes, por lo que la indicación de que «la Comisión no ha demostrado la existencia de elementos de prueba suficientes como para acreditar que un paralelismo de los precios netos medios pudiese ser imputado a una colusión tácita» parece más bien indicar que este no es el caso.

324 De ello se desprende que la rúbrica relativa a los países pequeños tampoco contiene la motivación que justifique la afirmación de que el mercado no es transparente a causa de los descuentos de promoción. En cualquier caso, la situación existente en los países pequeños no constituye una motivación válida de la constatación del grado de transparencia de los mercados de los países grandes.

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

326 Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia examinará además, a mayor abundamiento, las imputaciones y alegaciones de la demandante respecto de si los elementos aportados por la Comisión en orden a demostrar la falta de transparencia del mercado están viciados de un error manifiesto de apreciación.

b) Sobre la imputación de error manifiesto de apreciación

327 Es necesario recordar, en primer lugar, que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional,

especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. En consecuencia, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación subyacente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (sentencias *Kali & Salz*, apartado 245 *supra*, apartados 223 y 224, y Comisión/*Tetra Laval*, apartado 232 *supra*, apartado 38; sentencias del Tribunal de Primera Instancia *Gencor/Comisión*, apartado 246 *supra*, apartados 164 y 165; *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, apartado 64; de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval/Comisión*, T-80/02, Rec. p. II-4519, apartado 119, y de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión*, T-210/01, Rec. p. II-5575, apartado 60).

328 El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha precisado lo siguiente:

«Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos» (sentencia *Comisión/Tetra Laval*, apartado 232 *supra*, apartado 39).

329 A la luz de estas consideraciones procede examinar si las apreciaciones de la Comisión relativas a la transparencia del mercado están viciadas de error manifiesto.

330 La demandante observa, en primer lugar, que antes de la adopción de la Decisión, los mercados de música grabada eran considerados lo suficientemente transparentes como para permitir una posición dominante colectiva.

- 331 La demandante recuerda, a este respecto, que en el marco del examen del proyecto de concentración entre EMI y Time Warner la Comisión constató que el mercado de música grabada se caracterizaba por la existencia de productos de precio estándar (standardised pricing products) y era «muy transparente» (véanse los puntos 37, 38 y 57 del pliego de cargos relativo al proyecto de concentración EMI/Time Warner).
- 332 Añade que el Office of Fair Trading, en su informe de septiembre de 2002 sobre el mercado de música grabada en el Reino Unido («Wholesale supply of compact discs»), también estimó que el mercado presentaba un elevado grado de transparencia e identificó una serie de factores (concretamente la publicación semanal de la lista de éxitos, la venta en común y las visitas regulares a los minoristas para verificar las existencias) que hacían que la información sobre los competidores estuviese más disponible que en otras muchas industrias (véase el apartado 114 del pliego de cargos).
- 333 Por último, la demandante alega que, en el caso de autos, después de un primer examen del proyecto de concentración entre Sony y Bertelsmann, notificado el 9 de enero de 2004, y de una primera investigación en el mercado, concretamente a través de los minoristas y de las empresas principales, la Comisión concluyó, mediante la Decisión de 12 de febrero de 2004, que la operación suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, iniciando por ello un procedimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento. En el curso de dicho procedimiento la Comisión continuó su investigación y dirigió una serie de solicitudes de información a las empresas participantes en la concentración (los días 19 de febrero, 5 de marzo, 17 de marzo, 23 de marzo, 1 de abril y 10 de mayo de 2004), a las otras empresas principales (el 11 de marzo y el 10 de mayo de 2004) así como a los distintos operadores del mercado (véase en particular el cuestionario enviado el 16 de abril de 2004 a los minoristas). A la vista del examen del conjunto de los datos e informaciones obtenidas, así como de las discusiones con Sony y BMG, la Comisión emitió un pliego de cargos el 24 de mayo de 2004 en el que concluyó provisionalmente que la operación era incompatible con el mercado común, concretamente porque reforzaba una posición dominante colectiva en el mercado de música grabada.

334 La demandante subraya que, en el pliego de cargos la Comisión, por una parte, constató un paralelismo de los precios de las empresas principales, tanto brutos como netos y, por otra, estimó que el mercado era lo suficientemente transparente como para permitir el desarrollo de una posición dominante colectiva de las empresas principales y la vigilancia de una coordinación de precios (véase, en particular, el punto 93 del pliego de cargos). En los puntos 94 a 115 del pliego de cargos la Comisión analizó, a este respecto, diez factores que hacen que el mercado de música grabada sea particularmente propicio a la coordinación facilitando el control de ésta. La Comisión señaló así a) la homogeneidad del producto; b) el número limitado de PVP; c) el número limitado de álbumes pertinentes; d) la publicación semanal de las listas de éxitos; e) la estabilidad de la clientela; f) la relativa estabilidad de las empresas que forman parte del mercado; g) el elevado número de contactos debidos a la integración vertical de las empresas principales; h) el elevado número de vínculos estructurales entre las empresas principales, tales como las empresas comunes para las compilaciones y la distribución así como los acuerdos de licencia y distribución; i) la participación conjunta en las asociaciones de la industria; y j) la negociación conjunta de los derechos de autor.

335 Si resulta así que, contrariamente a la apreciación hecha por la Comisión en la Decisión, el mercado en cuestión había sido considerado muy transparente, tanto por la Comisión como por la autoridad de competencia del Reino Unido, respecto del mercado británico, y, en todo caso, lo suficiente como para permitir la vigilancia necesaria para una coordinación tácita de precios, esta circunstancia, por sí sola, no implica sin embargo que la posición opuesta adoptada por la Comisión en su Decisión esté viciada de un error manifiesto de apreciación. En efecto, por una parte, las apreciaciones realizadas por una autoridad nacional de competencia no pueden en modo alguno vincular a la Comisión en su análisis y, por otra, tal como se ha recordado anteriormente, el pliego de cargos no constituye más que un documento preparatorio cuyas apreciaciones son de carácter meramente provisional y la Comisión tiene la obligación de tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo, así como las alegaciones formuladas por las empresas afectadas para retirar los cargos que en definitiva hayan resultado infundados. Esta observación se aplica con mayor motivo, naturalmente, respecto de apreciaciones provisionales realizadas varios años antes en el marco de otra operación de concentración, o de apreciaciones emitidas por otra autoridad de competencia en un contexto diferente. Ello no significa sin embargo que el pliego de cargos esté totalmente desprovisto de valor o pertinencia. En efecto, salvo si se priva de todo valor al procedimiento administrativo de investigación, no sólo debe la Comisión estar en situación de explicar, —es cierto que, si no en la decisión, al menos en el

marco del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia–, las razones por las que estima que sus apreciaciones provisionales eran erróneas, sino que, en todo caso, las apreciaciones contenidas en la decisión deben ser compatibles con las constataciones de hecho recogidas en el pliego de cargos en la medida en que no se haya determinado que éstas fueran inexactas.

336 La demandante sostiene a continuación, a título principal, que todas las pruebas obtenidas por la Comisión y contenidas tanto en el pliego de cargos como en la Decisión indican que los precios aplicados por las empresas principales son transparentes y en concreto lo suficientemente transparentes como para permitir una coordinación tácita. La Comisión no presentó ninguna prueba que acreditase la opacidad del mercado, sino que se limitó a deducir de las variaciones de descuentos alegadas que éstos podrían reducir la transparencia. La demandante formula una serie de imputaciones relativas a las consideraciones sobre los descuentos y sostiene que la Comisión concedió una importancia decisiva a los descuentos, en particular a los de promoción, sin haber examinado siquiera su pertinencia.

337 Es necesario examinar sucesivamente las imputaciones y alegaciones relativas a los factores de transparencia del mercado señalados en la Decisión y, a continuación, las que tienen por objeto desvirtuar los factores de opacidad alegados, confrontándolos simultáneamente a las alegaciones y elementos probatorios presentados por la demandada y las coadyuvantes, pese a que numerosos elementos o alegaciones están relacionados entre ellos y la apreciación de la transparencia del mercado debe reposar sobre un análisis global del conjunto de los elementos pertinentes.

Factores de transparencia señalados en la Decisión

338 En primer lugar, es necesario recordar que los precios brutos de venta aplicados por las empresas principales a sus clientes (minoristas, supermercados, etc.) son públicos, puesto que figuran en sus catálogos. Esto es, incontestablemente, una

fuente muy importante de transparencia en materia de precios. Ciertamente, el considerando 76 de la Decisión menciona únicamente que «los PVP son bastante transparentes, puesto que figuran en los catálogos de las empresas principales» y que «parece por lo tanto posible controlar los precios [de] catálogo de las otras empresas principales». Sin embargo, esta formulación atenuada no puede relativizar la constatación de la transparencia de los precios brutos, dado que la Comisión no alegó, ni en la Decisión ni en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, ningún elemento para explicar que los precios brutos no eran más que «bastante transparentes». En el pliego de cargos (punto 81), por otra parte, la Comisión tenía en cuenta, a este respecto, lo siguiente:

«La Comisión estima que para las empresas principales es extraordinariamente fácil vigilar los PVP a los que los nuevos álbumes de éxito son puestos en el mercado, dado que esos PVP están a disposición del público en los catálogos de las empresas principales».

339 En segundo lugar, procede subrayar que en la Decisión se indica que, aunque las empresas participantes en la concentración afirmaron que utilizaban más de 100 PVP, la Comisión constató que cada una de las empresas principales había generado con sus tres principales PVP entre el 55 y el 80 % del total de sus 100 productos de mayor facturación, según los países. Esta concentración del grueso de las ventas de álbumes en un número muy limitado de precios de referencia, confirmada por las respuestas de las empresas principales, tiene por efecto facilitar la coordinación de los precios, tal como ha subrayado por otra parte la Comisión en el punto 96 del pliego de cargos: «este sistema de precios facilita la coordinación desde el momento que proporciona una información de fácil interpretación respecto del nivel al que las empresas principales fijan el precio de la mayor parte de sus títulos».

340 En su escrito de contestación, la Comisión hizo referencia, ciertamente, a la complejidad de la fijación de los precios mayoristas, porque los álbumes individuales tienen diferentes grados de éxito, lo que influye sobre la fijación inicial del PVP en el momento del lanzamiento del álbum y sobre su evolución ulterior, de modo que es difícil determinar si el PVP de un álbum se modifica para sostener un éxito que declina o en el marco de una estrategia de «desviación». Es necesario constatar, en primer lugar, que esta alegación no encuentra ningún apoyo en la Decisión,

entrando incluso en contradicción con las constataciones que allí se realizan. En efecto, tal como se ha mencionado anteriormente, la Comisión constató, en el considerando 76 de la Decisión (y en los considerandos correspondientes a los otros países) que, si bien las empresas principales afirmaron utilizar más de 100 PVP, no utilizan en realidad más que dos o tres PVP para el grueso de sus ventas. Además, en el considerando 110 de la Decisión se expone que «a pesar de esta heterogeneidad de contenidos, las modalidades de tarificación y de comercialización de los álbumes en los mercados mayoristas parecen bastante estandarizadas». Procede observar, a continuación, que al ser conocido en todo momento el grado de éxito de un álbum gracias a las listas de éxitos, las empresas principales pueden, a diferencia de lo que sostiene la Comisión, determinar fácilmente si la modificación del PVP de un álbum se inscribe o no en la política de precios convenida.

341 En tercer lugar, el considerando 111 de la Decisión indica lo siguiente:

«[...] Aunque las ventas de álbumes se hacen sobre un número limitado de precios de referencia, la variedad de los álbumes propuestos a diferentes precios de catálogo podrían complicar el control del respeto de una práctica colusoria. La empresas principales no tienen que controlar, sin embargo, más que los precios de referencia de un número limitado de álbumes de entre los de más éxito para hacer un seguimiento del grueso de las ventas. De los datos proporcionados por las empresas participantes en la concentración resulta que los 20 títulos mejor vendidos cada año representan al menos la mitad de las ventas anuales de BMG, tomando a todos los países en su conjunto, salvo Alemania» (véase igualmente el punto 85 del pliego de cargos).

342 En su escrito de contestación, la Comisión alegó sin embargo que, dado que el grado de éxito futuro no es previsible con total certeza antes del lanzamiento de un álbum concreto (como tampoco lo es la duración de su éxito después de su lanzamiento), para que una coordinación tenga éxito es necesario un seguimiento constante de los PVP de un número de álbumes individuales mucho más importante que el número de álbumes contabilizados *a posteriori* como los de mayor facturación de cada una de las empresas principales.

343 Es necesario constatar que esta argumentación no encuentra ningún apoyo en la Decisión, según la cual las empresas principales no tienen que controlar más que los

precios de referencia de un número limitado de álbumes de entre los mejor vendidos para realizar el seguimiento del grueso de las ventas. Por lo demás, las listas de éxitos facilitan enormemente este seguimiento, ya que proporcionan en todo momento una indicación muy precisa sobre la evolución del éxito de los distintos álbumes.

344 Además, como subraya acertadamente la demandante, la Decisión indica también que la «Comisión encontró ciertos elementos por los cuales los PVP podrían haber sido utilizados como base para una alineación de precios». Es evidente que la afirmación de la Comisión de que esta constatación no es definitiva no puede admitirse, ya que la Decisión constituye, por definición, la última fase del procedimiento de examen de la concentración y la Comisión no hace referencia a ningún otro elemento de la Decisión que invalide o matice esta constatación. A lo sumo la Comisión alega el hecho de que las empresas participantes en la concentración presentaron elementos probatorios que demostraban que las combinaciones de PVP correspondientes a los 20 mejores álbumes respectivos cambiaban a menudo en una fuerte proporción de un trimestre a otro y que la imprevisibilidad del éxito obliga a cada una de las empresas principales a vigilar los PVP de más de 80 álbumes producidos por sus competidores (60 después de la concentración). Pues bien, precisamente esta constatación no fue incluida en la Decisión, siendo así que las constataciones que se hacen en la Decisión la contradicen.

345 Es necesario señalar también que los datos preparados por los economistas de las empresas participantes en la concentración ni son claros ni parecen fiables, además de que no se entiende cómo es posible llegar a la conclusión que la Comisión saca de ellos. Por ello es como mínimo sorprendente que los PVP pudieran aumentar, de un trimestre a otro, en las proporciones indicadas [*confidencial*].

346 En cualquier caso, el número de álbumes que, según la Comisión, tiene que ser vigilado, no parece tan elevado como para que esta actividad resulte imposible, ni siquiera particularmente pesado o costoso, sobre todo teniendo en cuenta que, tal como reconoce la Comisión, las listas semanales de éxitos facilitan considerablemente el seguimiento.

- 347 De lo que precede resulta que tres de los factores señalados en la Decisión –el carácter público de los precios brutos (PVP), el número limitado de precios de referencia y el número limitado de álbumes a vigilar– tienden naturalmente a inducir una gran transparencia en los precios.
- 348 Además, tal como se indica en el considerando 112 de la Decisión, «existen en el mercado otros dispositivos que incrementan la transparencia y pueden facilitar el control del respeto de una práctica colusoria».
- 349 En primer lugar, la Decisión indica en su considerando 112 que «la publicación semanal [de la lista de éxitos] que proporciona información sobre las ventas por título permite detectar muy fácilmente qué títulos se convierten en “grandes éxitos” y generan la mayor parte de las ventas». Las listas de éxitos constituyen de este modo una fuente importante de transparencia, ya que permiten no sólo identificar en cualquier momento los álbumes más vendidos, sino también verificar si los álbumes se venden a un precio correspondiente a su nivel de éxito, al ser públicos los PVP. La Decisión precisa además que esta «publicación semanal de las ventas por título facilita considerablemente el control de las empresas principales».
- 350 En segundo lugar, el mercado «se caracteriza por la existencia de relaciones estables entre los minoristas y las empresas principales», dado que cada minorista tiene que ofrecer productos de todas las empresas principales (considerando 112 de la Decisión).
- 351 En tercer lugar, en el mercado no hay, según la Decisión, más que un número limitado de actores, ya que una gran parte de las ventas se dirige a un número limitado de clientes. Tal como expone el considerando 112 *in fine*, esta situación «favorece la adopción de estrategias de cooperación que sirven a los intereses de las grandes empresas discográficas, al igual que facilita el control y la circulación de información».

352 En cuarto lugar, la Comisión constató la existencia de un control del mercado minorista. Según el considerando 113, «la investigación reveló que Sony y BMG [habían] establecido un sistema de informes semanales que incluían informaciones sobre los competidores».

353 En su escrito de contestación a la demanda, la Comisión alega, ciertamente, que los informes que le fueron remitidos por las empresas participantes en la concentración no contenían informaciones sobre los descuentos y que no pudo demostrar que dichos informes garantizaran un grado de transparencia suficiente de los descuentos de promoción aplicados por los competidores.

354 Es necesario señalar, a este respecto, que sea cual fuese el grado de precisión de las informaciones sobre los precios de venta brutos, netos o minoristas o sobre los descuentos contenidos en esos informes, constituyen, tal como indica por otra parte la Decisión, un elemento adicional de transparencia del mercado. Resulta además de los informes semanales aportados por la Comisión que éstos contienen información sobre las existencias de álbumes de los competidores y sobre su evolución.

355 Es necesario señalar, a continuación, que no se trata más que de ciertos ejemplares de informes semanales producidos por las propias empresas participantes en la concentración.

356 *[Confidencial]*

357 *[Confidencial]*

358 *[Confidencial]*

359 [Confidencial]

360 [Confidencial]

361 En quinto lugar, el considerando 113 de la Decisión señala que el personal de ventas de las empresas principales mantiene contactos regulares y permanentes con los minoristas y los mayoristas, y que las negociaciones sobre los apoyos y los descuentos de promoción se desarrollan a menudo semanalmente. Si la existencia de contactos con los minoristas no tiene nada de extraordinario, la frecuencia de los contactos permite sin embargo a su personal de ventas obtener informaciones más precisas sobre la competencia y las condiciones aplicadas por ésta y seguir casi en tiempo real la evolución del éxito de los distintos álbumes de sus competidores. Con mayor motivo en el caso de autos puesto que, como se expone en el considerando 112 de la Decisión, la naturaleza del mercado es tal que cada minorista tiene que ofrecer productos de todas las empresas principales, de modo que cada una de ellas está en contacto permanente con todos los clientes de sus competidores, pudiendo así obtener información precisa sobre las condiciones que éstos aplican. Se afirma igualmente que una parte esencial de las ventas se dirige a un número limitado de clientes. Estos elementos tienden por naturaleza a crear una gran transparencia en el mercado. La Comisión concluyó además, en el considerando 112 de su Decisión, que esta situación «favorece la adopción de estrategias de cooperación que sirven a los intereses de las grandes empresas discográficas, al igual que facilita el control y la circulación de información».

362 De estos cinco elementos adicionales se desprende que la gran transparencia resultante de los tres primeros factores mencionados anteriormente (en particular de la publicación de los precios de venta) se ve así acrecentada. Procede tener en cuenta, a este respecto, que en el punto 116 del pliego de cargos la Comisión ya había concluido, por otra parte, que «la estructura del mercado es tal que la información circula fácilmente y que el control, por parte de las empresas principales, de los principios directores de cada una de ellas es una simple rutina».

363 Procede ahora examinar si los elementos invocados por la Comisión como fuente de opacidad son tan importantes a este respecto como para invalidar la conclusión de que el mercado es lo suficientemente transparente para permitir la vigilancia del respeto de una política común adoptada en materia de precios.

Elementos que tienden por naturaleza a hacer más opaco el mercado

364 A pesar de las numerosas fuentes de transparencia del mercado a que se ha hecho referencia anteriormente, la Comisión, tal como resulta del considerando 157 de la Decisión, concluyó sin embargo la ausencia de posición dominante colectiva en razón de las carencias constatadas en relación con la transparencia real.

365 De la rúbrica *ad hoc* consagrada al examen de la transparencia del mercado se desprende que esta apreciación descansa sobre la afirmación, expuesta en el considerando 111 de la Decisión, de que «es igualmente necesario un cierto control sobre el producto individual, es decir, el álbum, en particular en lo que concierne a los descuentos de promoción». Este considerando indica además que «la investigación sobre el mercado muestra que esta necesidad puede reducir la transparencia del mercado y hacer más difíciles las prácticas colusorias tácitas» y que «la Comisión no ha encontrado elementos de prueba suficientes para concluir que estas dificultades hubiesen podido ser superadas en el pasado». Se precisa, a este respecto, en el considerando 113 de la Decisión, que la Comisión no había «encontrado suficientes elementos para demostrar que al controlar los precios minoristas, o al utilizar esos contactos con los minoristas, las grandes empresas discográficas, pudieron suplir, en el pasado, el déficit de transparencia en materia de descuentos, concretamente de promoción». De lo que se deduce que son los descuentos, o, al menos, los descuentos de promoción lo que llevó a la Comisión a afirmar que el mercado no era lo suficientemente transparente como para permitir la instauración de una posición dominante colectiva.

- 366 Procede observar a este respecto, a título preliminar, que la Comisión no concluyó en su Decisión que, a causa de los descuentos, el mercado no fuese transparente, ni siquiera que los descuentos afectasen a la transparencia o al grado de transparencia necesaria para permitir una posición dominante colectiva, sino todo lo más que éstos podrían «hacer más difíciles las prácticas colusorias tácitas». En estas condiciones, y a la vista del carácter público, y por tanto transparente, de los PVP y del resto de los elementos que, según los propios términos de la Decisión, acrecientan la transparencia del mercado y facilitan el control del respeto de una práctica colusoria, las observaciones y consideraciones contenidas en la rúbrica *ad hoc* consagrada al examen de la transparencia del mercado no permiten, tal como se ha estimado en el marco de la imputación relativa a la motivación, justificar la apreciación de que el mercado no es lo suficientemente transparente.
- 367 Sin embargo, en el marco de la sección dedicada al examen de la política común de precios, la Comisión constató, en términos idénticos para los cinco grandes países, fluctuaciones de los descuentos, básicamente como resultado de los descuentos de promoción, e indicó no haber podido demostrar un grado de transparencia suficiente en los descuentos de promoción (considerandos 79 y 80 de la Decisión sobre el Reino Unido y considerandos 86 y 87, 93 y 94, 100 y 101 y 107 y 108 sobre los otros países, respectivamente).
- 368 La apreciación de la Comisión se basa en la idea, alegada explícitamente en sus escritos y subyacente a la Decisión, de que una coordinación tácita en materia de precios sólo puede ser eficaz si se refiere a los precios de venta netos, es decir, a los precios brutos –en el caso de autos, los PVP menos los descuentos. No serviría efectivamente para nada seguir una política común sobre PVP y vigilar su respeto, si unos descuentos secretos y opacos pudiesen acabar con los efectos de esta coordinación de los precios de catálogo.
- 369 Según la Decisión (considerando 73), las empresas principales otorgan descuentos de varios tipos: descuentos sobre factura (ordinarios y extraordinarios), descuentos *a posteriori* y pagos derivados de acuerdos de cooperación comercial. Consta que únicamente los descuentos sobre factura fueron considerados pertinentes por la

Comisión para apreciar la transparencia. En efecto, por una parte, según el considerando 73 (e igualmente el considerando 151), la investigación mostró que los gastos derivados de acuerdos de cooperación comercial constituían una forma de remuneración de las acciones de comercialización más que un verdadero descuento, y por otra, los descuentos *a posteriori* son, según los considerandos 78, 92, 99 y 106 de la Decisión, inexistentes o escasos y, como se expone en el considerando 151 de la Decisión, tienen «vocación de ser una forma de “descuento de fidelidad”, no tienen efecto inmediato sobre la competitividad de los precios». Todos los considerandos de la Decisión relativos a la transparencia de los descuentos (considerandos 111 y 113 en la rúbrica *ad hoc* sobre la transparencia y considerandos 79 y 80 en la rúbrica relativa a la política común en materia de precios en el Reino Unido, así como los considerandos correspondientes a los otros grandes Estados) no contienen por otra parte más que observaciones sobre la transparencia de los descuentos sobre factura (ordinarios y de promoción), únicamente. Del mismo modo, en sus escritos ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión únicamente alegó la falta de transparencia de los descuentos sobre factura.

370 Es necesario señalar, en primer lugar, que los considerandos 111 y 113 no contienen constataciones específicas, sino que en realidad se limitan a remitirse a las observaciones desarrolladas en la rúbrica consagrada al examen de la política común en materia de precios (es decir, a los considerandos 79 y 80 sobre el Reino Unido y a los considerandos correspondientes a los otros países, que están formulados exactamente en los mismos términos).

371 Procede sin embargo destacar que la remisión, al menos expresamente, afecta sólo a los descuentos de promoción y no a los descuentos ordinarios. En efecto, por una parte el considerando 111 hace referencia a la necesidad de un control sobre el álbum «en particular por lo que se refiere a los descuentos de promoción» y, por otra, el considerando 113, *in fine*, menciona la «falta de transparencia en materia de descuentos, en concreto de promoción, evocado a propósito de los cinco grandes Estados miembros». De las observaciones contenidas en la rúbrica *ad hoc* sobre la transparencia se deriva así que la opacidad resulta sólo de los descuentos de promoción. Confirman este análisis los considerandos 79 y 80. Así, en el considerando 79 de la Decisión se constata que las fluctuaciones de los descuentos «resultan por lo general de los descuentos de promoción, utilizados de forma más

flexible que los descuentos ordinarios, que se fijan anualmente». Del mismo modo, en el considerando 80 de la Decisión se indica que las empresas principales tienen «un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios aplicados por sus competidores, dada su interacción permanente con la misma clientela» y que «los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios». Pero, por otra parte, en ningún lugar de la Decisión se afirma, ni menos aún se demuestra, que los descuentos ordinarios sean opacos o insuficientemente transparentes.

372 En sus escritos ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión admitió también que los descuentos ordinarios son bastante transparentes en la medida en que, en particular, se fijan anualmente y se aplican a todas las ventas del cliente (con porcentajes que pueden ser diferentes para la música pop, la música clásica o los álbumes objeto de publicidad televisiva) y presentó alegaciones únicamente para demostrar la opacidad de los descuentos de promoción. En su escrito de contestación a la demanda explicó también que había concedido semejante importancia a los descuentos de promoción por la necesidad de controlar todos los componentes de los precios netos, al no ser suficientes unos PVP relativamente transparentes y un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios si importantes descuentos de promoción opacos eran la fuente de fluctuación de los precios netos. Del mismo modo, indicó en dicho escrito que no pudo llegar a la conclusión de que las empresas principales conociesen con certeza las verdaderas prácticas de fijación de precios netos de las otras empresas principales «en presencia de pruebas de una relativa transparencia de los PVP, de algunas pruebas de una cierta transparencia de los descuentos ordinarios, y de pruebas sólidas del carácter opaco y complejo de los descuentos de promoción». Por último, en sus observaciones finales, la Comisión indicó expresamente haber concluido en la Decisión que existía «un grado importante de transparencia tanto en los PVP como en los descuentos ordinarios».

373 Resulta por ello, tanto de la propia Decisión como de la argumentación desarrollada por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia, que el único elemento alegado de opacidad del mercado es la menor transparencia de los descuentos de promoción.

374 Es necesario constatar, en primer lugar, que sólo el considerando 80 de la Decisión (y los considerandos 87, 94, 101 y 108, correspondientes a los otros cuatro grandes

Estados, redactados de forma idéntica) tiene expresamente por objeto la transparencia de los descuentos. En él se expone lo siguiente:

«Por lo que se refiere a la transparencia de los descuentos, las respuestas de los clientes [...] a la investigación sobre el mercado realizada por la Comisión muestran, mayoritariamente, que las grandes empresas discográficas tenían un cierto conocimiento de los descuentos ordinarios aplicados por sus competidores, dada su interacción permanente con la misma clientela. Resulta sin embargo que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su control exige igualmente una observación rigurosa de la evolución de este tipo de descuentos en el mercado minorista».

375 Es necesario observar, a este respecto, que en la mayoría de los grandes países, las respuestas mencionadas en las notas a pie de página de los considerandos 80, 87, 94, 101 y 108 de la Decisión indican un grado de transparencia superior al mencionado en la Decisión. Así, la nota a pie de página n° 55 precisa que «los cinco minoristas italianos que respondieron a la pregunta indicaron que las grandes empresas discográficas conocían los PVP y los descuentos aplicados por sus competidores», siendo esta proporción de tres a cuatro en el caso de los minoristas franceses, respondiendo el cuarto que no podía pronunciarse (véase la nota a pie de página n° 49). Con la excepción de un único cliente del Reino Unido, en ninguno de los países restantes indica la nota a pie de página que al menos un minorista respondiera que las empresas principales no conocían los descuentos. Del mismo modo, en Alemania, salvo un minorista de ocho, ninguno precisó, según las notas a pie de página, que las empresas principales no tuviesen más que un cierto conocimiento de los descuentos aplicados por sus competidores.

376 Por otra parte, procede destacar que ninguna de las notas a pie de página precisa que los minoristas respondiesen que las empresas principales no conocían más que los descuentos ordinarios y no los descuentos de promoción, ya que las respuestas se referían sólo a los descuentos, sin distinciones.

377 Por ello es forzoso constatar que los elementos de prueba, tal como se mencionan en la Decisión, no permiten fundamentar las conclusiones que de ellos se sacan.

378 Además resulta que las conclusiones que se recogen en la Decisión se alejan muy claramente también de las constataciones realizadas en el pliego de cargos.

379 El pliego de cargos señala así, en el punto 81, que «la Comisión considera que existen pruebas suficientes de que las empresas principales están al corriente de sus condiciones comerciales respectivas». Más aún, de éste se desprende que no se trata tanto de una apreciación de la Comisión, susceptible de ser modificada, sino más bien de una constatación de hecho que resulta de su investigación. En efecto, el punto 92 del pliego de cargos precisa que «la información obtenida de los minoristas indica que las empresas principales no sólo tienen conocimiento de sus listas de precios respectivas, sino que también conocen sus descuentos y prácticas comerciales respectivas. Algunos de los minoristas más importantes de Francia, el Reino Unido y Alemania informaron a la Comisión de que a su juicio las empresas principales tenían un buen conocimiento de sus respectivas condiciones comerciales». Del mismo modo, la nota n° 54 del pliego de cargos informa que los minoristas habían declarado que «las empresas principales están muy familiarizadas con las horquillas de descuentos aplicadas por sus competidores. Es público y notorio que los descuentos sobre las operaciones comerciales concedidos por las empresas discográficas son conocidos por los equipos comerciales de las empresas principales. Un cliente declaró que las empresas principales conocían sus descuentos respectivos con una precisión del 0,5 al 1 %.» En el punto 92 del pliego de cargos la Comisión prosigue en los términos siguientes: «Numerosos minoristas piensan también que es práctica habitual utilizar las condiciones obtenidas de una de las empresas principales para negociar con las otras» citando, en la nota n° 55, la siguiente respuesta de un minorista: «Con ocasión de negociaciones comerciales, se hace referencia a las condiciones y descuentos aplicados por otras empresas principales. El número reducido de proveedores permite fácilmente a las empresas principales tener una imagen completa de las condiciones que se aplican y alinearse en

consecuencia». Por último, aunque se trata de una apreciación más que de una constatación, la Comisión indica en el punto 129 del pliego de cargos que «la investigación sobre el mercado confirmó que el personal de ventas de las empresas principales está regular y permanentemente en contacto con los minoristas y los mayoristas [...]. Habiéndose publicado por lo demás distintas clasificaciones, las empresas principales pueden vigilar fácilmente de este modo si las otras empresas principales ofrecen descuentos adicionales respecto de sus mejores álbumes.»

380 La lectura del escrito de contestación a la demanda de la Comisión plantea, por otra parte, aún más interrogantes. En la nota a pie de página nº 45 del considerando 51 del escrito de contestación a la demanda de la Comisión, ésta expone que «las partes notificantes alegaron que un determinado número de respuestas positivas no se referían más que a los PVP o no distinguían entre los PVP y los descuentos. Únicamente 5 de un total de 36 respuestas accesibles procedentes de todos los países indicaron expresamente que existía una cierta transparencia en los descuentos; el punto de vista opuesto fue defendido expresamente en once respuestas». Si bien la primera frase indica que se trata tan sólo de un argumento formulado por las empresas participantes en la concentración, la segunda frase se presenta en cambio como una constatación fáctica de la Comisión. Ahora bien, ha de reconocerse que esta afirmación está en contradicción manifiesta con las respuestas de los minoristas recogidas en la Decisión, dado que las notas a pie de página números 49, 52, 55 y 57 de la Decisión indican, tal como se ha expuesto anteriormente, que la gran mayoría de los minoristas respondieron que las empresas principales conocían los descuentos de sus competidores, que no afirmaron que se tratase de un conocimiento parcial o aproximado, y que ninguno (salvo un minorista británico) indicó que los descuentos no fuesen transparentes. La alegación de la Comisión no puede por tanto ser admitida. Por otra parte, el escrito de contestación a la demanda de la Comisión se refiere únicamente a las respuestas de 36 minoristas, cuando existen al menos 42, lo que comentaron las empresas participantes en la concentración en su nota sobre la transparencia de 17 de junio de 2004.

381 De las respuestas de la Comisión a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia resulta, además, que las conclusiones que ésta sacó de la investigación realizada sobre los minoristas se explican, en parte, por el hecho de que siguió la argumentación desarrollada por las empresas participantes en la concentración en sus respuestas al pliego de cargos y en la nota sobre la transparencia presentada el

17 de junio de 2004, después de la audiencia oral ante la Comisión, según la cual debían descartarse aquellas respuestas afirmativas de los minoristas que no precisasen si hacían referencia a los PVP y/o a los descuentos.

- 382 Antes de entrar a examinar el fundamento de esta explicación sorprende, en primer lugar, lo tardío de su aportación. Al constituir el grado de transparencia la cuestión esencial en el caso de autos resulta difícil comprender que esta explicación relativa al elemento principal de prueba no figurase ni en la Decisión ni, sobre todo, en el escrito de contestación a la demanda, ni tan siquiera en el escrito de observaciones complementarias, sino que fue aportada en la víspera de la vista en respuesta a una pregunta concreta de Tribunal de Primera Instancia.
- 383 Respecto del fundamento de la alegación, es necesario recordar que en el cuestionario dirigido a los minoristas la Comisión planteaba la siguiente pregunta: «Según la experiencia de su servicio de compras, ¿conocen las empresas discográficas los PVP y los descuentos de sus competidores?» Como alega con razón la demandante, no existe ninguna razón válida para considerar que las respuestas afirmativas de los minoristas que no precisaron si se referían a los precios y/o a los descuentos (expresadas a veces, por lo demás, de forma muy categórica, con términos como «evidentemente», «absolutamente» o «ciertamente»), no deban ser tomadas en consideración. Debe entenderse, en efecto, que una respuesta a la cuestión tal como estaba formulada, sea afirmativa o negativa, comprende lógicamente, si no contiene otras restricciones o precisiones, los dos puntos en cuestión. En el supuesto de que la Comisión hubiese estimado, sin embargo, que subsistían dudas sobre el significado exacto de tales respuestas, era a ella a quien correspondía verificar este extremo con los minoristas en cuestión, en particular a la vista de la importancia que este punto revestía para la Decisión, lo que por otra parte podría haber hecho en un plazo muy breve.
- 384 En cualquier caso, es necesario constatar que la afirmación de las partes notificantes, avalada por la Comisión, de que «cinco respuestas únicamente de un total de 36 indicaron expresamente que existía una cierta transparencia mientras que el punto de vista contrario fue defendido expresamente en once respuestas» es manifiestamente errónea.

385 Respecto de las once respuestas que supuestamente indican de forma expresa que no existe transparencia sobre los descuentos, es necesario constatar que de la nota de Sony y BMG de 17 de junio de 2004 (anexo C.9 del escrito de intervención) resulta, en primer lugar, que la cifra alegada son diez respuestas negativas, y no once (véase p. 213) y que, en realidad, la nota no menciona más que siete, de las cuales cuatro relativas a los grandes países objeto del examen principal de la Decisión. Resulta, además, que casi ninguna de estas cuatro respuestas puede ser considerada como una respuesta expresamente negativa. Está claro que no puede entenderse que la respuesta [*confidencial*] «en nuestra opinión, conocen los PVP de los competidores» afirme expresamente que las empresas principales no conocían los descuentos de los competidores. La otra respuesta relativa al mercado alemán dice «no en detalle, pero conocen los precios mínimos de la competencia», lo que no constituye tampoco una respuesta expresamente negativa. La respuesta que se recoge en la página 61 [*confidencial*] relativa al mercado del Reino Unido es la única respuesta expresamente negativa «PVP — Sí. Descuentos — No», pero a continuación precisa, sin embargo, que «no obstante, si un álbum es objeto de un descuento general para los minoristas, la disminución del precio de venta minorista medio que resulte será evidente para todo el mercado». Por último, la otra respuesta supuestamente negativa [*confidencial*] mencionada en la nota de 17 de junio de 2004 («no somos conscientes de que las empresas discográficas estén al corriente de los PVP y de los descuentos de sus competidores») no figura en el expediente. En efecto, las otras cuatro respuestas relativas al mercado del Reino Unido (tanto según la Decisión como según los documentos transmitidos por la Comisión al Tribunal de Primera Instancia, respondieron cinco minoristas británicos) indican respectivamente «PVP — Sí. Descuentos — En una horquilla del 0,5 al 1 %» (p. 56), «Por supuesto» (p. 58), «Sí» (p. 63), «Las empresas discográficas conocen perfectamente los PVP de sus competidores [...] cree que están también familiarizadas con las horquillas de descuentos aplicadas por sus competidores» (p. 65) (este minorista, en su respuesta a la siguiente cuestión, señala también que «en las negociaciones comerciales se hace referencia a las condiciones y descuentos aplicados por las otras empresas principales» y que «el número reducido de proveedores permite fácilmente a las empresas principales tener una imagen completa de las condiciones que aplican y alinearse en consecuencia»). Es necesario hacer notar que todas las respuestas de los clientes británicos, lejos de ser expresamente negativas, indican claramente, por el contrario, que existe una transparencia bastante importante tanto en los PVP como en los descuentos.

386 Del examen de las mencionadas respuestas de los minoristas aportadas por la Comisión la víspera de la vista resulta, además, que éstas no corroboran las conclusiones que la Comisión ha sacado de ellas. Numerosas respuestas reconocen que los descuentos eran transparentes o que las empresas principales los conocían.

- 387 Resulta de cuanto antecede que la apreciación de las respuestas de los minoristas realizada por la Comisión está viciada de un error manifiesto.
- 388 A continuación, respecto de la distinción que hace la Decisión entre la transparencia de los descuentos ordinarios y la de los descuentos de promoción, del escrito de contestación a la demanda se desprende que la Decisión se apoyó en el análisis de las respuestas de los minoristas hecho por las empresas participantes en la concentración, en las declaraciones de los directivos nacionales de Sony y de BMG (anexo B.2) y en los informes de seguimiento de los representantes comerciales, para concluir que si bien los PVP y, en cierta medida, los descuentos ordinarios podían considerarse transparentes, ello no era probablemente el caso de los descuentos de promoción, que se negocian caso por caso.
- 389 Pues bien, ninguna de estas tres fuentes permite sostener la conclusión de la Comisión. En primer lugar, tal como se ha expuesto anteriormente, la apreciación de las respuestas de los minoristas realizada por la Comisión conforme al análisis de las empresas participantes en la concentración, está viciada de error manifiesto. Además, ninguna de las respuestas de los minoristas, sean positivas o negativas, hace distinción alguna entre los descuentos ordinarios y los descuentos de promoción. En segundo lugar, está claro que las meras declaraciones de los representantes de las empresas participantes en la concentración no pueden constituir una prueba válida de la opacidad de los descuentos de promoción. En tercer lugar, los informes semanales de seguimiento de los representantes comerciales que incluyen informaciones sobre los competidores constituyen, tal como se expone en el considerando 113 de la Decisión, una fuente complementaria de transparencia del mercado. Por ello, incluso suponiendo que no contengan informaciones muy precisas sobre los descuentos, en particular sobre los descuentos de promoción, por su propia naturaleza no pueden en ningún caso determinar la opacidad de éstos. Además, tal como se ha constatado anteriormente [*confidencial*].
- 390 Resulta de cuanto antecede que la apreciación de la transparencia del mercado realizada en la Decisión está viciada de un error manifiesto en la medida en que se apoya en elementos que, por su propia naturaleza, no pueden servir de fundamento a las conclusiones que de ellos se sacan.

391 A mayor abundamiento, sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia examinará también las alegaciones relativas a la variación y complejidad de los descuentos de promoción.

392 En los considerandos 79, 86, 93, 100 y 107 de la Decisión, la Comisión constató un cierto grado de fluctuación así como diferencias entre los descuentos sobre factura de Sony y de BMG en relación con la mayor parte de sus principales clientes en los cinco grandes países (del 2 al 5 % en el Reino Unido, en Alemania y en España; del 1 al 3 % en Italia, siendo la situación algo diferente en Francia, pero de la misma magnitud si se tiene en cuenta el conjunto de los descuentos). Se indica igualmente lo siguiente:

«Además, las empresas [participantes en la concentración] han transmitido una serie de datos que revelan que los descuentos sobre factura aplicados a un cliente dado varían en el tiempo y de un álbum a otro, y que los descuentos concedidos a un álbum determinado fluctúan de un cliente a otro. La investigación sobre el mercado revela que estas fluctuaciones son por lo general descuentos de promoción, utilizados de forma más flexible que los descuentos ordinarios.»

393 En su escrito de contestación a la demanda, la Comisión incluyó numerosos cuadros con objeto de mostrar la variación y complejidad de los descuentos. De ellos se desprende que los descuentos de promoción son menos transparentes que los descuentos ordinarios y que su seguimiento exige una observación minuciosa de las promociones en el mercado minorista, y la Comisión no encontró pruebas suficientes de que las empresas principales hayan actuado así. En su escrito de contestación a la demanda la Comisión explicó que había examinado los elementos del precio neto de un álbum (PVP, descuento ordinario, eventual descuento de promoción) y que había concluido que era necesario un grado de transparencia suficiente de todos estos elementos para que una gran empresa discográfica pudiese tener una certeza razonable de conocer las verdaderas prácticas de fijación de los precios netos de otra empresa discográfica, tal como se expresan tanto al nivel de los clientes como de los álbumes, y que «no pudo llegar a semejante conclusión en presencia de pruebas de una relativa transparencia de los PVP, de algunas pruebas de una cierta transparencia de los descuentos ordinarios, y de pruebas sólidas del carácter opaco y complejo de los descuentos de promoción».

394 Esta alegación de la Comisión exige las siguientes observaciones

395 En primer lugar, es sorprendente que la Comisión se apoye sobre las variaciones de los descuentos para determinar la falta de transparencia. En efecto, en sus escritos ante el Tribunal de Primera Instancia la Comisión subrayó en numerosas ocasiones la irrelevancia de la estabilidad o del paralelismo de los precios netos o de los descuentos para apreciar la transparencia del mercado. Así sostuvo, concretamente, que una estabilidad importante de los descuentos (medios) de una empresa discográfica no puede constituir la prueba de la necesaria transparencia; que el interés de la Comisión por la transparencia de los descuentos no tiene por objeto verificar si las empresas principales han seguido una línea de actuación común; que los elementos de prueba relativos a la práctica efectiva de los descuentos de promoción en un momento dado no son pertinentes para apreciar el grado efectivo de alineación de los precios; que una alineación estricta en el nivel que sea no puede en ningún caso considerarse una prueba suficiente de coordinación; que un cierto grado de estabilidad en el tiempo de los descuentos concedidos por una gran empresa discográfica no es en sí mismo una prueba; y que ni siquiera un elevado grado de previsibilidad estadística prueba la existencia de coordinación.

396 Del mismo modo, las empresas participantes en la concentración sostuvieron en su nota de 17 de junio de 2004 sobre las pruebas relativas a la transparencia, enviada después de la audiencia ante la Comisión, que la pregunta 28 de la Fase II del cuestionario dirigido a los clientes («¿Ha observado en las [empresas principales] alguna alineación de PVP, de los descuentos o de otros términos o condiciones?») no tenía ninguna conexión con la transparencia de los precios («Claramente, a la vista de sus propios términos, esta cuestión no se refiere al problema de la transparencia del precio»).

397 En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que las únicas observaciones relativas a los descuentos contenidas en la sección *ad hoc* de la Decisión dedicada al examen de la transparencia del mercado (considerandos 111 a 113 de la Decisión) se limitan, en lo que se refiere a los descuentos de promoción, a remitirse a las constataciones realizadas en la sección relativa al examen de la política común de precios de los cinco grandes países (es decir, los considerandos 77 a 80 en el caso del Reino Unido y los considerandos correspondientes a los otros grandes países). Pues bien, la

Comisión, para determinar si las empresas principales habían seguido efectivamente una política de coordinación de precios, indicó en el considerando 70 de la Decisión que «los precios medios constituyen un buen instrumento para determinar si las grandes empresas discográficas tienen un comportamiento paralelo en materia de precios». De lo que se sigue que, según la propia Decisión, la Comisión consideró que para apreciar la transparencia podía basarse en los datos medios, y no en las variaciones puntuales, incluso respecto de los descuentos promocionales.

398 Se puede decir, como mínimo, que no parece que la Comisión procediera a un examen serio de las variaciones puntuales de los descuentos de promoción y del impacto de éstos sobre la transparencia del mercado o sobre los precios. Resulta sin embargo del considerando 72 de la Decisión, que menciona los distintos elementos analizados por la Comisión, que sólo se examinaron los datos medios de los descuentos sobre factura (véase la nota a pie de página nº 43 de la Decisión). La Comisión consideró, tanto en el pliego de cargos como a lo largo de todo el procedimiento administrativo, que los datos relativos a los precios brutos y netos, y a los descuentos medios, permitían apreciar la existencia de una posición dominante colectiva y por tanto, igualmente, si el mercado era lo suficientemente transparente. Sólo después de la audiencia de 14 y 15 de junio de 2004 modificó la Comisión su apreciación y adoptó la tesis, defendida por las empresas participantes en la concentración, según la cual la complejidad y las variaciones de los descuentos de promoción suprimen la transparencia necesaria, pero sin proceder luego a realizar nuevas investigaciones sobre el mercado para comprobar el fundamento de las nuevas conclusiones.

399 En tercer lugar, las alegaciones y elementos de prueba relativos a las supuestas variaciones en los descuentos promocionales que la Comisión incluye en la Decisión y en los escritos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia exigen, además, una serie de observaciones relativas, por una parte, a su grado de opacidad y, por otra, a su pertinencia.

— Sobre la opacidad de los descuentos de promoción

400 Debe tenerse en cuenta, a título preliminar, que ni en la Decisión, ni en ninguno de los escritos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia, ha definido la

Comisión con exactitud los descuentos de promoción, las condiciones en los que se conceden y a las que están sometidos, su frecuencia, su importe o el tipo de álbumes a los que se aplican. Parece sin embargo resultar del expediente, y en particular de los pocos extractos de las respuestas de los competidores aportados por la Comisión, que se trata de descuentos puntuales, de porcentaje relativamente elevado, que se conceden por un volumen determinado de álbumes particulares y por duración limitada, en casos específicos, normalmente para dar salida a un volumen de existencias considerable.

401 Según el considerando 79 de la Decisión (y los considerandos correspondientes a los otros grandes países), «las empresas [participantes en la concentración] aportaron una serie de datos de los que resulta que los descuentos sobre factura aplicados a un cliente determinado varían en el tiempo y de un álbum a otro, y que los descuentos concedidos por un álbum determinado fluctúan de un cliente a otro». Aunque en este punto la Decisión menciona la categoría más general de los descuentos sobre factura, ha de tenerse en cuenta que las observaciones se refieren en realidad sólo a los descuentos de promoción. En efecto, tal como resulta de la Decisión y de los escritos de la Comisión, los descuentos ordinarios se negocian con cada uno de los clientes por un año completo, y se aplican al conjunto de las ventas del cliente en cuestión. La Comisión continúa precisando, no obstante, en el considerando 79 de la Decisión, que estas fluctuaciones resultan fundamentalmente de los descuentos de promoción. La Comisión sostiene que estas variaciones, de tres tipos diferentes (por cliente, por álbum y en el tiempo), hacen opacos los descuentos de promoción. En apoyo de esta afirmación la Comisión aportó como anexo a su escrito de contestación a la demanda una serie de cuadros que supuestamente demuestran esas distintas variaciones (en lo sucesivo, «nuevas pruebas»).

402 Procede observar a este respecto, en primer lugar, que tal como alega justamente la demandante, el descuento de promoción (campaign discount) parece tener por naturaleza vocación de carácter público. Un descuento de promoción, que tiene un porcentaje elevado y se añade al descuento ordinario, no se concede por la empresa discográfica a un minorista más que con la condición, lógicamente, de que lo repercute sobre el consumidor final (mediante una disminución clara de los precios o una mejor situación en la tienda) al objeto de mejorar las ventas del álbum en cuestión. Ello es así tanto más cuanto que, como resulta del punto 115 del pliego de cargos, los «royalties» (derechos de autor) se calculan sobre el PVP de un álbum y no sobre el precio neto, de modo que las empresas principales tienen interés en limitar al máximo la concesión de descuentos.

403 Es necesario constatar, a continuación, que los tres únicos extractos presentados por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia de respuestas de competidores a la solicitud de información que dispone el artículo 11 del Reglamento, lejos de confirmar la afirmación de la Comisión, revelan por el contrario el carácter más bien público y transparente de los descuentos de promoción.

404 Así, según la respuesta de una de las empresas principales:

«[Los descuentos de promoción] pueden ser utilizados para un nuevo lanzamiento, con el fin de promocionar a un nuevo artista, apoyar un nuevo establecimiento, sostener un programa o una campaña de ventas en particular (lo más frecuente es que afecte a una categoría entera de discos) o para promover un acontecimiento específico. Este tipo de descuentos puede representar una proporción significativa del PVP [*confidencial*] y es importante en cuanto que tiene por objeto desarrollar determinadas ventas.»

405 Las precisiones en cuanto a las condiciones en que se conceden estos descuentos, que figuran en la única otra respuesta de una empresa principal aportada por la Comisión, tienden igualmente a indicar que se refieren a acontecimientos muy específicos fácilmente detectables por los competidores. Esta empresa principal expone, en efecto:

«[Los descuentos de promoción] son descuentos ofrecidos en el marco de campañas de promoción específicas. Están vinculados a lanzamientos, o grupos de lanzamientos, particulares. Si, por ejemplo, un artista está de gira promocionando un nuevo álbum, puede ofrecerse un descuento para maximizar las ventas de ese álbum durante el período de gira del artista. Del mismo modo, ciertas existencias estacionales (música navideña) pueden asociarse a una campaña en particular. Los descuentos de promoción se dirigen a veces a grabaciones más antiguas que ya no tienen mucho éxito. Normalmente [...] intentará vender un gran número de copias de un disco en particular (o de una serie de discos) que son objeto de un descuento a

un minorista el cual, a continuación, los revende bajo la forma de una oferta especial. A veces se conceden descuentos en los lanzamientos con el fin de asegurarse una presencia importante en el punto de venta. [...] Este tipo de descuento tiende a concederse a los nuevos artistas o a los artistas en alza, cuando [...] quiere dar un fuerte impulso a las ventas mediante una campaña de promoción específica.»

406 Para terminar, de la respuesta del productor independiente resulta que, por una parte, los descuentos de promoción se traducen de forma visible en un precio de venta al consumidor inferior y un mejor posicionamiento en tienda de los álbumes que son objeto de los mismos y, por otra, que las campañas las lanzan a menudo los propios minoristas que invitan a los diferentes productores a participar en ellas (véanse también, en este sentido, las declaraciones de los representantes de Sony y de BMG, anexo B.2), lo que les permite, de esta forma, estar al corriente de la existencia de dichas campañas de descuento.

407 Resulta de ello que ninguna información de terceros, ni en la Decisión ni en las nuevas pruebas presentadas por la Comisión, confirma el carácter opaco de los descuentos de promoción.

408 Sin embargo, se deduce del considerando 79 de la Decisión y de los escritos presentados por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia que las empresas participantes en la concentración proporcionaron datos que muestran que los descuentos de promoción no están suficientemente alineados en la medida en que varían en el tiempo por cliente y por álbum. La Comisión y las coadyuvantes sostienen, en esencia, que a causa de las variaciones y de la complejidad de dichas promociones, el mercado no es suficientemente transparente.

409 En primer lugar, es necesario recordar a este respecto que la Comisión concluyó, en los puntos 88 a 90 del pliego de cargos, sobre la base del examen de los datos de todas las empresas principales, que los descuentos variaban pero eran estables, que salvo algunas excepciones las diferencias eran muy reducidas, que no había

absolutamente ninguna prueba de que se utilizasen para modificar fundamentalmente las políticas de precios ni, en particular, para afectar a los precios netos medios de los lanzamientos de éxito (new hit releases), al ser muy estables los cocientes entre precios brutos y netos en el tiempo y por álbumes.

410 Si bien, tal como se ha recordado más arriba, la Comisión tiene ciertamente derecho a modificar sus apreciaciones realizadas durante el procedimiento administrativo, en particular para tener en cuenta las observaciones de las partes afectadas, y no está obligada a facilitar una motivación a este respecto en la Decisión, es necesario, por el contrario, que las constataciones realizadas en la Decisión puedan justificarse, al menos en la fase procesal ante el Tribunal de Primera Instancia, respecto de las constataciones fácticas previamente realizadas, en su caso, demostrando en qué éstas eran erróneas. Pues bien, en el caso de autos, tal como subraya con razón la demandante, la Comisión no ha reexaminado los datos relativos a los descuentos de todas las empresas principales, sino que se ha limitado a justificar sus conclusiones basándose únicamente en los datos facilitados por las empresas participantes en la concentración.

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

412 En primer lugar, resulta claramente de la Decisión (véase, en particular, el considerando 79 y la nota a pie de página nº 43 de la Decisión), de otros puntos de los escritos de la Comisión (véase, en particular, el pasaje del escrito de contestación en el que la Comisión indica expresamente que «sólo han sido tenidos en cuenta los datos de Sony y de BMG, porque las otras empresas principales indicaron que no facturaban más que precios netos») y de las nuevas pruebas presentadas por la Comisión, que la apreciación deducida en la Decisión de las variaciones de los descuentos se basa únicamente en datos relativos a los descuentos correspondientes a las empresas participantes en la concentración, únicamente. Además, ningún

considerando de la Decisión indica que la Comisión examinara los datos relativos a los descuentos de las demás empresas principales, ni *a fortiori* que éstas mostrasen la complejidad y las variaciones de los descuentos de promoción.

- 413 En segundo lugar, es evidente que en el marco del examen de un proyecto de concentración la Comisión no puede sostener que no le está permitido tomar en consideración, y en su caso basar sus conclusiones en, los datos de los demás operadores del mercado. Esta tesis haría imposible, en la mayor parte de los casos, el examen de la compatibilidad de un proyecto de concentración con el mercado común. Por otra parte, es necesario constatar que la mayoría de los factores distintos de los descuentos examinados en la Decisión (cuotas de mercado, precios brutos y netos, etc.) se basan en los datos de los distintos operadores del mercado.
- 414 En tercer lugar, al subrayar, en sus observaciones finales presentadas después de la vista, las limitaciones que resultan de los plazos estrictos que rigen el procedimiento de examen de los proyectos de concentración y la necesidad de respetar el derecho de defensa de las partes que notifican la concentración, la Comisión señaló que numerosas alegaciones de la demandante, relativas a que la Comisión no había investigado debidamente determinadas cuestiones esenciales respecto de las imputaciones identificadas y hubiera debido también investigar otras imputaciones, se apoyan en una concepción errónea del procedimiento de control de las concentraciones, en la medida en que la investigación que se realiza sobre los problemas de competencia que suscita una concentración tiene lugar esencialmente antes del pliego de cargos. Si bien la demandante no puede, efectivamente, acusar a la Comisión de no haber investigado determinados problemas denunciados por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia, algunos de los cuales son, por otra parte, manifiestamente inadmisibles al haber sido desarrollados únicamente en la réplica o en las observaciones presentadas después de la vista, esta observación de la Comisión descuida dos aspectos. Por una parte, consta que la Comisión identificó la problemática de la transparencia y de los descuentos desde el principio del procedimiento y que interrogó a este respecto tanto a terceros como a las empresas participantes en la concentración. Por otra parte, las limitaciones de tiempo también producen el efecto de que las partes que participan en la concentración no pueden esperar al último minuto para presentar a la Comisión elementos de prueba con objeto de rechazar las acusaciones formuladas en tiempo oportuno por la Comisión en la medida en que ésta no podría, por ello, realizar las verificaciones necesarias. Como mínimo es necesario, en este supuesto, que estos elementos de prueba parezcan particularmente fiables, objetivos, pertinentes y convincentes para poder refutar válidamente las acusaciones formuladas por la Comisión.

415 Es necesario señalar de entrada a este respecto que, tanto del tenor del considerando 79 de la Decisión («las empresas [participantes en la concentración] aportaron una serie de datos») como del examen de las nuevas pruebas (aportadas en anexo al escrito de contestación) resulta no sólo que las constataciones relativas a los descuentos de promoción sólo se basan en los datos relativos a las empresas participantes en la concentración, sino además que los cuadros que las recogen fueron preparados por dichas empresas (o sus economistas) según una metodología y sobre la base de datos seleccionados por ellas mismas, sin que parezca que la Comisión haya realizado un control respecto de su exactitud, su pertinencia o su carácter objetivo y representativo. Si bien, tal como ha alegado en la vista, el procedimiento de control de las concentraciones necesariamente se apoya, en gran medida, en la confianza, ya que la Comisión no puede estar obligada a verificar por sí misma, hasta el menor detalle, la fiabilidad y la exactitud de todas las informaciones transmitidas, tampoco puede, por el contrario, llegar hasta el extremo de delegar sin control la responsabilidad de la ejecución de determinados aspectos de la investigación en las empresas participantes en la concentración, en particular cuando, como en el caso de autos, estos aspectos constituyen el elemento crucial en el que se basa la decisión y los datos y apreciaciones presentados por las partes que participan en la concentración son diametralmente opuestos a las informaciones recogidas por la Comisión durante su investigación y a las conclusiones que extrajo de la misma.

416 En cuarto lugar, la demandante subrayó, sin que la Comisión se haya opuesto, y tal como se reconoce en el punto 146 del pliego de cargos, que Sony y BMG habían obtenido resultados muy diferentes en los años cubiertos por la investigación. Dado que la fuerza de los lanzamientos puede influir en los precios y en los descuentos, los cuadros que sólo examinan los datos de estas dos partes tienden a incrementar las variaciones.

417 En quinto lugar, el examen de las nuevas pruebas presentadas por la Comisión, a la luz de las consideraciones anteriores, exige además una serie de observaciones.

418 En su escrito de contestación a la demanda, la Comisión afirma que se basó en los datos presentados con su contestación para llegar a la conclusión de que los descuentos tenían una triple variación (en el tiempo, por álbum y por cliente).

419 A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar que, entre todas estas supuestas pruebas, sólo uno de los anexos ha sido elaborado por la propia Comisión (B.4), aunque también basándose únicamente en los datos relativos a los descuentos concedidos por Sony y BMG. El anexo en cuestión se compone de gráficos que recogen los descuentos sobre factura medios concedidos por las empresas participantes en la concentración, durante los años 2000 a 2003, a cada uno de los diez mejores clientes comunes en los países grandes, con excepción de Francia, al haber constatado la Comisión que los datos correspondientes a Francia presentaban incoherencias. En el pliego de cargos (punto 88), la Comisión se apoyó en estos gráficos para demostrar la estabilidad global de los descuentos. La Comisión no ha negado la exactitud de esta apreciación ante el Tribunal de Primera Instancia, sino que se ha limitado a indicar que las empresas participantes en la concentración habían alegado que su respectivo trato a determinados clientes mostraba diferencias notables y adjuntó un extracto de sus observaciones en el anexo B.5. Sin embargo, es necesario señalar que estas observaciones no pueden poner en duda la impresión general que se desprende de dichos gráficos. Así, respecto del mercado italiano, que muestra una estabilidad y un paralelismo contrastado, si bien es cierto que a dos clientes se les aplicaron descuentos netamente inferiores a los de los demás clientes, tal como señalan las empresas participantes en la concentración, lo que es realmente significativo es que esos descuentos inferiores fueran concedidos por Sony y BMG precisamente a esos dos mismos clientes, que fueran de un nivel casi idéntico respecto de las dos empresas principales y que variaran de forma paralela.

420 Respecto de los cuadros presentados en los anexos B.8 y B.9 del escrito de contestación a la demanda, que muestran, según la Comisión, que la distribución de los descuentos sobre factura concedidos respectivamente por Sony y BMG para sus 20 mejores álbumes en cada uno de los cinco grandes Estados miembros era sensiblemente diferente, es necesario señalar, en primer lugar, que se refieren a la categoría más general de los descuentos sobre factura y no sólo a los descuentos de promoción y que, tal como ha destacado la demandante, las diferencias en las gamas de descuentos en el tiempo podrían ser el resultado de diferencias en los comportamientos y no excluyen que los descuentos se basen en un conjunto de reglas conocido.

421 Además, es necesario constatar que, si bien la distribución entre las gamas de descuentos aplicados entre 1998 y 2003 varía efectivamente en el tiempo y por países, varía de forma similar respecto de las dos empresas participantes en la

concentración, tanto en el tiempo como por país. Esto se desprende aún más claramente del cuadro que compara la distribución de los descuentos concedidos en el año 2003 en cada uno de los cinco grandes países (anexo B.9), en la medida en que, si bien la distribución varía de un país a otro, los descuentos de las dos empresas participantes en la concentración evolucionan de forma paralela (véanse, en particular, los datos relativos a los países A y C). Así, mientras que, en el país A, los descuentos de Sony y BMG se concentran esencialmente en la gama *[confidencial]*, se sitúan principalmente en el tramo *[confidencial]* y *[confidencial]* en el país B, en el tramo *[confidencial]* en el país C y en los tramos superiores en los países D y E. Así, de estos cuadros de los anexos resulta no sólo que la distribución de los precios entre las distintas horquillas en cada país es bastante similar, sino, además, que las variaciones según el país son muy similares.

422 En lo que atañe más específicamente a los descuentos de promoción, la Comisión se refiere en lo esencial a dos de sus anexos (B.13 y E.4.2) para apoyar su tesis según la cual los descuentos de promoción son opacos por el hecho de su extrema complejidad y de su importancia. Pues bien, resulta de los cuadros que figuran en dichos anexos, que sólo se refieren a los descuentos de Sony y de BMG en un solo año y que fueron elaborados íntegramente por ellas mismas, no pueden ser considerados suficientemente pertinentes y fiables.

423 Así, respecto de los cuadros del anexo B.13 que comparan los descuentos sobre factura concedidos por las empresas participantes en la concentración a sus seis mejores clientes por sus álbumes de mayor facturación en el año 2002 «que figuran en las listas de PVP a precios muy similares» (listed at similar prices), es necesario constatar, en particular, que en sus respuestas a las preguntas escritas al Tribunal de Primera Instancia la Comisión señaló que el PVP elegido para cada país representaba uno de los PVP más importantes de las partes respectivas en términos de ventas generadas, precisando, sin embargo, que en el caso de Alemania, por ejemplo, se trataba de los PVP tercero y cuarto para BMG y el más importante y el sexto PVP para Sony. Pues bien, puesto que en la Decisión se expuso que las empresas participantes en la concentración realizaban lo esencial de sus ventas utilizando uno, dos o, como máximo, tres PVP, se plantea la cuestión de en qué

medida los álbumes tomados en consideración representan efectivamente sus álbumes más vendidos. Además, de una nota a pie de página relativa a los cuadros resulta que numerosos álbumes han visto modificada su PVP a lo largo del año, lo que parece que puede tener una incidencia en los descuentos concedidos y, en consecuencia, aumentar las variaciones comparativas. Asimismo, resulta de dichos cuadros que los datos de BMG se refieren al año 2002, mientras que los de Sony se refieren al ejercicio contable 2002/2003.

424 Para terminar, en todo caso, a pesar de que la lectura de estos cuadros es complicada por el hecho de que yuxtaponen alternativamente los datos de Sony y de BMG, cuando la comparación debe hacerse entre los descuentos concedidos por todas las empresas participantes en la concentración a sus diferentes clientes y no entre los descuentos concedidos por los álbumes de una de esas empresas respecto de los descuentos concedidos por los álbumes de la otra empresa, un atento examen de los cuadros muestra que las variaciones son, en definitiva, bastante limitadas. Además, es necesario recordar a este respecto que del punto 75 del pliego de cargos y de su nota a pie de página n° 47 resulta que la Comisión había realizado un análisis de los precios brutos y netos de Sony y de BMG de forma individual respecto de sus diez mejores álbumes y había llegado a la conclusión, en el punto 90 del pliego de cargos, que «los cocientes entre precios brutos y netos son muy estables por álbum y en el tiempo respecto de los lanzamientos individuales examinados». Pues bien, ni la Comisión ni las coadyuvantes han afirmado, ni *a fortiori* demostrado, que esta constatación sea inexacta.

425 Respecto de los cuadros del anexo E.4.2 que tienen por objeto mostrar los descuentos de promoción máximos concedidos por Sony y BMG por sus álbumes más vendidos, resulta obligado constatar que contienen muchos errores que tienen como efecto aumentar dichos descuentos. En efecto, debe señalarse que el cálculo del diferencial entre descuentos mínimos y máximos por clientes (que, según la Comisión, equivale al descuento de promoción) realizado por cada una de las empresas participantes en la concentración se realizó erróneamente en la mayor parte de los casos, teniendo en cuenta los descuentos concedidos por la otra empresa, cuando, tal como explica la propia Comisión, dicho cálculo debe realizarse sobre la base del diferencial entre descuentos mínimos y máximos concedidos por una única y misma parte a sus distintos clientes.

- 426 Resulta de estos dos ejemplos que, además de la necesaria prudencia con la que es necesario considerar los distintos cuadros aportados por las empresas participantes en la concentración, en la medida en que fueron elaborados según los parámetros elegidos por ellas mismas, que, por lo demás, no son siempre evidentes, se añade a ello la posibilidad de que adolezcan de errores materiales que, en el presente caso, incluso un examen superficial permite detectar.
- 427 En todo caso, incluso suponiendo que los distintos cuadros elaborados por las empresas participantes en la concentración y aportados por la Comisión puedan efectivamente demostrar las variaciones más o menos importantes alegadas, no es menos cierto que, tal como ha señalado con razón la demandante, estas variaciones son de una pertinencia dudosa, ya que, por una parte, sólo muestran las horquillas sin analizar las medias ponderadas y las variaciones respecto de las medias y, por otra, no excluyen que esas variaciones puedan explicarse bastante fácilmente, al menos por un profesional del sector, a partir de un determinado número de reglas generales o específicas que rigen la concesión de los descuentos, respecto de las cuales la Comisión no ha realizado las investigaciones necesarias.
- 428 Si bien ciertamente, tal como ha subrayado la Comisión, la demandante no ha expuesto de manera precisa cuáles son esas distintas reglas que rigen la concesión de los descuentos de promoción, o, según la Comisión, ha mencionado un número demasiado elevado, lo que hace que su aplicación sea compleja y, en consecuencia, poco transparente, no es menos cierto que, como ya se ha señalado, la Comisión no realizó una investigación en el mercado a este respecto ni aportó siquiera un elemento de prueba de la opacidad de los descuentos de promoción, excepto los cuadros de las empresas participantes en la concentración, que, además de sus imperfecciones, en todo caso, sólo tienen por objeto demostrar la existencia de determinadas variaciones de dichos descuentos, pero no demuestran que dichas variaciones no puedan ser explicadas, con mayor o menor facilidad, por un profesional del sector. Por otra parte, no puede reprocharse a la demandante no haber realizado ella misma esta demostración, ya que los cuadros no precisan los álbumes, los clientes, los importes ni los momentos en que se concedieron esos descuentos y ni la demandante ni el Tribunal de Primera Instancia pueden, por ello, verificar si dichos descuentos se concedieron conforme a las reglas generales del sector alegadas por la demandante.

429 En cuanto a la alegación de la Comisión según la cual los criterios en función de los cuales se conceden generalmente los descuentos de promoción son tan numerosos que harían opaca su aplicación, es necesario señalar, en primer lugar, que la demandante ha expuesto que, respecto de las diferentes categorías de discos [nuevos lanzamientos, nuevo artista, catálogo de «precio alto» (full price), catálogo de «precio medio» (mid price), catálogo de «bajo presupuesto» (budget)], existía un número limitado de estrategias generales de venta (sustitución de un disco en la lista de éxitos, participación en campañas de promoción, compra de posicionamiento en tienda), que pueden diferir en determinada medida según los tipos de clientes (supermercados, cadenas especializadas, tiendas independientes). Si bien la combinación de estas variables produce necesariamente el efecto de aumentar las hipótesis, la Comisión no ha demostrado que determinar los descuentos de promoción fuera, por ese motivo, excesivamente difícil para un profesional del mercado. En segundo lugar, es necesario señalar que la exposición realizada en el anexo B.14 por las propias empresas participantes en la concentración de los pocos principios que rigen la concesión de los descuentos de promoción tiende más bien a confirmar la existencia de las reglas generales alegadas por la demandante y su falta de excesiva complejidad. Para terminar, es necesario observar que incluso un número bastante elevado de reglas, aparentemente complejas, en su caso, incluso difíciles de enumerar de forma exhaustiva, no impide necesariamente a un profesional determinar con bastante facilidad si éstas son respetadas, *a priori* o en su totalidad. Así, las reglas de educación o de etiqueta requerirían voluminosos trabajos para ser expuestas en detalle, pero a poco que una persona que esté mínimamente familiarizada con ellas puede, sin embargo, determinar fácilmente si el comportamiento de otra persona se adecua a ellas en lo esencial.

430 En todo caso, tal como ha subrayado la demandante, no resulta ni de la Decisión ni de los elementos de prueba presentados por la Comisión que ésta haya investigado la existencia de reglas generalmente conocidas que gobiernen los descuentos de promoción, ni si las empresas principales tienen la posibilidad de determinar si los descuentos concedidos por las otras empresas principales son conformes a estas reglas o si se alejan de sus principios comunes.

431 Además, la demandante ha afirmado también que los precios minoristas netos son transparentes en la medida en que los márgenes de los minoristas son generalmente transparentes y conocidos con un elevado grado de precisión.

432 En su escrito de contestación a la demanda, la Comisión sostuvo, a este respecto, que su conclusión relativa a la ineficacia del seguimiento de las ventas al por menor se basaba también en la complejidad y la opacidad de los precios al por menor. Alega que del informe presentado como anexo a dicha contestación se desprende que el seguimiento intensivo de las ventas al por menor no permite a una de las empresas principales deducir las prácticas de fijación de los precios netos (PVP menos descuentos por factura) de sus competidores para un álbum dado, porque no todos los minoristas aplican sistemáticamente el mismo incremento a todos los precios al por mayor en un momento dado, ni a todas las categorías de álbumes y ni siquiera a todos los álbumes de la categoría más limitada de precios altos. No constató ninguna relación demostrable entre los precios al por menor y los descuentos sobre factura concedidos a los álbumes de un mismo PVP.

433 A este respecto, basta constatar que ningún considerando de la Decisión menciona esta supuesta imposibilidad de determinar los precios netos de venta a los minoristas a partir de los precios al por menor mediante un razonamiento inverso (reverse engineering). Además, ningún elemento del expediente indica que durante el procedimiento administrativo previo, la Comisión realizara el más mínimo examen respecto de la relación entre los precios de venta al por menor y los precios de venta al por mayor, y ni siquiera recogiera información sobre los precios de venta al por menor. En consecuencia, no pueden tomarse en consideración ni los argumentos desarrollados por la Comisión ni el estudio adjunto al escrito de contestación a la demanda como anexo.

434 Además, es necesario señalar que, tal como ha alegado la demandante, el estudio preparado por los economistas de las empresas participantes en la concentración no presenta datos suficientemente fiables, pertinentes y comparables y no permite sostener las conclusiones que de éstos deduce la Comisión. La circunstancia, suponiendo que se hubiera demostrado, de que no todos los minoristas apliquen siempre de forma sistemática el mismo incremento sobre el precio al por mayor carece de pertinencia en cualquier caso. Si bien, ciertamente, es probable que los diferentes tipos de minoristas (supermercados, independientes, cadenas de tiendas especializadas, etc.) apliquen una política de márgenes diferente, y que existan diferencias dentro de cada categoría de operadores, e incluso, respecto de cada operador individual, diferencias según los tipos de álbum o su nivel de éxito, por el contrario resulta poco probable, y el estudio no contiene ningún dato a este

respecto, que un minorista aplique una política de venta diferente para un mismo tipo de álbum. Pues bien, al ser todos los minoristas clientes de todas las empresas principales, cada una de ellas puede pues observar el margen aplicado por un minorista concreto a sus propios álbumes y, de esta forma, deducir el margen que éste aplica normalmente a los álbumes de características similares de sus competidores. Finalmente, es necesario destacar que, según la declaración de los directores de ventas para Francia de Sony y de BMG (anexo B.2), el precio de venta al por menor se fija en general añadiendo el IVA al precio al por mayor.

435 De las consideraciones anteriores se deduce que las nuevas pruebas presentadas por la Comisión no parecen lo suficientemente fiables, pertinentes y convincentes como para demostrar el carácter opaco de los descuentos de promoción.

436 Para terminar, es necesario además señalar, a mayor abundamiento, que en la hipótesis de que el descuento de promoción no fuera transparente porque el minorista, suponiendo que estuviera autorizado para ello, no lo repercutiera sobre el consumidor final, sino que lo conservase para aumentar su beneficio, la Comisión no ha explicado en qué podría ser pertinente esta circunstancia en el caso de autos. Si bien, en el caso de productos perfectamente homogéneos, un descuento secreto y opaco concedido por un productor a un minorista puede ser pertinente para apreciar la transparencia necesaria para una coordinación tácita, en la medida en que dicho descuento permite a este productor aumentar sus ventas en detrimento de los demás miembros del oligopolio, no sucede necesariamente lo mismo en el caso de ventas de productos diferentes a estos intermediarios. Así, en el caso de autos, puesto que cada disco es diferente, un minorista que sólo compra a las empresas principales para revender al consumidor final, sólo comprará, en principio, menos discos a una determinada empresa principal si el consumidor final se ve incitado, como resultado del descuento de promoción, a comprar preferentemente el disco de la empresa principal competidora que concedió a dicho minorista el descuento de promoción. Además, aunque eso fuese posible, o incluso probable, ni la Comisión ni las coadyuvantes han sostenido, sin embargo, ni menos aún demostrado, que cuando se concede un descuento de promoción el minorista no pueda devolver los discos no vendidos. En estas circunstancias, un descuento de promoción concedido por una de las empresas principales a un minorista, que no es transparente por el hecho de que no se repercute sobre el consumidor final, no parece que pueda tener un efecto sobre el volumen de ventas del álbum de que se trata ni perjudicar una política

común de precios derivada de la coordinación tácita. La Comisión hubiera debido al menos examinar y explicar en qué un descuento de promoción, opaco porque el minorista no lo repercute, puede constituir un obstáculo a la necesaria transparencia del mercado en la medida en que no disimula un comportamiento que puede perjudicar la coordinación tácita.

— Sobre la pertinencia de los descuentos de promoción

⁴³⁷ La demandante formula una serie de imputaciones con las que afirma, en esencia, que la Comisión se equivocó al basarse en la necesidad de una transparencia total del mercado, que no examinó la pertinencia de los descuentos de promoción en su apreciación de la transparencia del mercado y que no se ha demostrado que los descuentos de promoción eliminen o reduzcan la transparencia necesaria puesto que sólo afectan de forma marginal a los álbumes incluidos en las listas de éxitos o a los álbumes más vendidos y no afectan realmente a los precios netos, en particular porque sólo representan entre un cuarto y un tercio de todos los descuentos.

⁴³⁸ En primer lugar, en lo que se refiere a la imputación según la cual la Comisión confundió la exigencia de transparencia suficiente del mercado, tal como se definió en el asunto que dio lugar a la sentencia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 45 *supra*, con la exigencia de transparencia total aplicada en la Decisión, es necesario constatar que, tal como subraya con razón la Comisión, ningún considerando de la Decisión menciona la necesidad de que la transparencia sea total.

⁴³⁹ Sin embargo, es necesario comprobar si la Comisión ha exigido en la práctica una transparencia total, o al menos superior a la necesaria, para permitir una posición dominante colectiva.

440 Tal como resulta del apartado 62 de la sentencia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 45 *supra*, la transparencia necesaria es la que permite que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; es decir que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de mercado de cada uno de los demás miembros. La transparencia requerida no implica que cada miembro pueda conocer en todo momento y hasta en los más mínimos detalles las condiciones exactas de las ventas efectuadas por los demás miembros del oligopolio, sino que debe, por una parte, permitir identificar los términos de la coordinación tácita y, por otra, generar un grave riesgo de que una conducta que se desvíe y pueda poner en peligro la coordinación tácita sea descubierta por los demás miembros del oligopolio.

441 La Comisión expone que «examinó los elementos del precio neto de un álbum individual vendido a un cliente individual (PVP, descuento ordinario, eventual descuento promocional) y concluyó que sería necesario un grado de transparencia suficiente de todos los elementos para que una gran empresa discográfica pudiera tener una certeza razonable de que conoce las verdaderas prácticas de fijación de los precios netos de otra empresa discográfica, tal como se expresan respecto de los clientes y de los álbumes». Se desprende de esta explicación que, aunque la Decisión sólo haga referencia a la transparencia suficiente, sin más precisiones, la Comisión parece haber exigido un nivel particularmente elevado de transparencia.

442 Asimismo, la Comisión sostiene, en particular, que la importancia de los descuentos de promoción resulta de que, «para poder coordinar los precios netos, las grandes empresas discográficas deben poder controlar todos los componentes de los mismos, los PVP relativamente transparentes y los diferentes descuentos sobre factura». A este respecto, la Comisión precisa que «un “cierto conocimiento” de los descuentos ordinarios no es suficiente si los descuentos de promoción son responsables de una fluctuación de los descuentos (es decir, de inestabilidad de los precios netos) aplicados a determinados clientes, en el tiempo y de un álbum a otro, tan elevada como las mencionadas en los considerandos 79, 86, 100 y 107 [de la Decisión] y si resulta que dichos descuentos son menos transparentes».

443 Por una parte, es necesario observar, a este respecto, que además de los numerosos factores de transparencia mencionados en los considerandos 111 a 113 de la Decisión (en particular los contactos permanentes con una clientela estable, limitada y común a todas las empresas principales, así como la publicación semanal de las listas de éxitos), la Comisión estimó, en la Decisión, que se encontraba en presencia de una transparencia tanto de los precios brutos como de los descuentos ordinarios. A pesar de que, en sus escritos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión haya relativizado, por lo demás, en proporciones bastante variables según las alegaciones a las que respondía, el grado de transparencia de estos dos elementos constitutivos esenciales de los precios netos, la Comisión incluso indicó expresamente, en sus observaciones finales, que había llegado a la conclusión de que existía «un elevado grado de transparencia tanto en los PVP como en los descuentos ordinarios».

444 Por otra parte, las fluctuaciones de los descuentos de las que son responsables los descuentos de promoción difícilmente pueden calificarse de «tan significativas», ya que la Decisión mencionaba diferencias de 2 a 5 puntos porcentuales en el Reino Unido, Alemania y España, de 1 a 3 puntos en Italia y hasta 3 puntos porcentuales en Francia para la mayoría de los principales clientes (o principales clientes comunes). Además, tal como ha sostenido la demandante y ha admitido la Comisión (concretamente en el punto 13 de las observaciones adicionales), también conjuntos de productos distintos y niveles de éxito variables, así como el tipo de cliente, pueden explicar las variaciones de los descuentos, de forma que no puede deducirse que las más bien débiles variaciones constatadas sean efectivamente atribuibles a los descuentos de promoción.

445 En segundo lugar, respecto de los motivos de la demandante dirigidos a negar la pertinencia de los descuentos, es necesario recordar, para empezar, que tal como subraya la demandante, la Comisión constató, en los considerandos 77, 84, 91, 98 y 105 de la Decisión, que los precios de venta netos estaban estrechamente relacionados con los precios brutos, dada la evolución paralela en los seis últimos años de los precios brutos medios y de los precios netos medios reales de Sony y de BMG. Si bien la Comisión alegó en sus escritos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia que los datos relativos a los precios medios podían eliminar las variaciones individuales, es necesario señalar, por una parte, que en el considerando 70 de la Decisión se indica que los precios medios constituyen un buen instrumento

para determinar si las empresas principales tienen un comportamiento paralelo en materia de precios y, por otra, que en todo caso también se constató en el considerando 77 de la Decisión una estabilidad muy grande de los cocientes entre precios netos y precios brutos por álbum y en el tiempo. Habida cuenta de que los descuentos ordinarios son fijos para un cliente determinado en un año dado, no se ve, en consecuencia, cómo los descuentos de promoción variables pueden afectar a los precios netos de los álbumes de que se trata.

446 Por lo demás, las apreciaciones de la propia Comisión parecen poner seriamente en duda la pertinencia de los descuentos en general. Así, en los puntos 88 y 89 del pliego de cargos, la Comisión indicó que «tras examinar los datos, había constatado que los descuentos no modificaban los precios relativos de las empresas principales» y que «no había absolutamente ninguna prueba de que se utilizasen para modificar fundamentalmente las políticas de precios». Si bien es cierto, tal como se ha recordado anteriormente, que la Comisión tiene derecho a modificar sus apreciaciones, por definición provisionales, realizadas en el pliego de cargos, las apreciaciones y conclusiones contenidas en la Decisión deben, sin embargo, ser compatibles con las constataciones fácticas realizadas durante el procedimiento administrativo previo, salvo que se demuestre, al menos en el procedimiento ante el juez comunitario, que eran erróneas. Pues bien, la observación de que no había ninguna prueba de que los descuentos hubieran afectado sensiblemente a los precios constituye una constatación de hecho más que una apreciación. En todo caso, no parece que la Comisión haya cambiado de opinión sobre este punto, ya que en el considerando 77 de la Decisión se indica que, «si las grandes empresas discográficas se hubiesen apartado sensiblemente de las políticas acordadas en materia de precios concediendo descuentos, este alejamiento se hubiese reflejado en sus precios netos medios».

447 En tercer lugar, es necesario constatar que la Decisión no contiene la más mínima información que pueda demostrar la incidencia efectiva que los descuentos de promoción tienen sobre los precios netos de los álbumes de que se trata. La única indicación a este respecto figura en el considerando 150 de la Decisión y, por el contrario, tiende más bien a negar esta incidencia, puesto que en él se indica que «al igual que en los territorios más extensos, los principales descuentos aplicados en la totalidad de los países pequeños son los descuentos ordinarios». Ciertamente, la Comisión planteó en la vista la tesis de que se trataba de un error tipográfico, pero sin embargo repitió esta observación en su escrito de contestación. Además, resulta obligado recordar que en el pliego de cargos, redactado tras cinco meses de

investigación durante la que la Comisión interrogó tanto a las empresas principales y a los productores independientes como a los minoristas, en particular, sobre la importancia respectiva de los distintos tipos de descuentos, incluidos los descuentos de promoción (véanse, en particular, las preguntas 19 y 24 de los cuestionarios dirigidos a partir del 20 de enero de 2004 a los minoristas y a los competidores, mencionados en el anexo E.4.1), la Comisión ni siquiera estimó necesario mencionar los descuentos de promoción.

- 448 Ante la petición del Tribunal de Primera Instancia de que indicase el valor total de los descuentos de promoción, como porcentaje de las ventas totales de los 100 y de los 20 álbumes más vendidos de cada una de las cinco empresas principales (a saber, el descuento de promoción medio concedido sobre estos álbumes), así como el valor relativo de los descuentos de promoción respecto de los descuentos ordinarios por dichos álbumes, la Comisión respondió que era imposible calcularlos a partir de las informaciones que figuraban en el expediente.
- 449 De las observaciones anteriores resulta que la Comisión llegó a la conclusión de que la transparencia del mercado era insuficiente, a pesar de la transparencia de los precios brutos y de los descuentos ordinarios y de otros numerosos factores de transparencia señalados en la Decisión, por el único motivo de que los descuentos de promoción eran menos transparentes, sin haber examinado, sin embargo, si dichos descuentos de promoción representaban un elemento lo suficientemente significativo del precio de los álbumes en cuestión como para tener un impacto efectivo sobre la transparencia de los precios de dichos álbumes. Resulta de lo anterior que el motivo de la demandante, según el cual la Decisión incurre en un error manifiesto de apreciación en la medida en que la Comisión no examinó, o, al menos, no demostró suficientemente en Derecho la pertinencia de los descuentos de promoción, es fundado.
- 450 Esta constatación no puede verse desvirtuada por la afirmación de la Comisión según la cual otras informaciones comunicadas durante el procedimiento administrativo previo le permitieron llegar a la conclusión de que los descuentos de promoción eran un elemento esencial de la fijación de precios así como calcular los descuentos de promoción medios en 2002, aplicados a todos los álbumes. En particular, no puede considerarse que los elementos en los que se apoya esta alegación sean suficientemente coherentes, fiables y pertinentes, ni que justifiquen las conclusiones que se extraen de ellos.

451 En primer lugar, la cronología del desarrollo de la investigación no indica que la Comisión realizara un examen de la pertinencia de los descuentos de promoción para apreciar el grado de transparencia del mercado, ni menos aún que éste pudiera efectuarse sobre la base del conjunto de los datos pertinentes y fiables. A este respecto, es necesario recordar que, hasta la vista de los días 14 y 15 de junio de 2004, la Comisión había llegado a la conclusión, si bien de forma provisional, sobre la base del examen de todos los datos recogidos durante su investigación, de que existía una posición dominante colectiva previa a la concentración, de que el mercado y los descuentos eran transparentes y de que los descuentos no podían afectar a la coordinación de los precios. A la vista de las respuestas a sus cuestionarios tanto de las empresas principales y de sus competidores como de los minoristas, respecto de la importancia respectiva de los distintos descuentos, en especial ordinarios y de promoción, no estimó necesario mencionar los descuentos de promoción en el pliego de cargos (al menos así se desprende de la versión confidencial presentada al Tribunal de Primera Instancia). No resulta del expediente, y la Comisión tampoco lo ha afirmado, que en ese momento la Comisión hubiese realizado el más mínimo examen de los descuentos de promoción. Tampoco hay evidencia de que, en el breve intervalo entre la audiencia de los días 14 y 15 de junio de 2004, tras la cual la Comisión modificó su apreciación, y el envío del proyecto de Decisión al comité consultivo el 1 de julio de 2004, la Comisión realizase una investigación para verificar la pertinencia de los descuentos de promoción ni su grado de transparencia. La única medida de investigación posterior a la audiencia mencionada por la Comisión consiste de hecho en una solicitud de información de fecha 21 de junio de 2004 dirigida a las partes notificantes y relativa no a la pertinencia de los descuentos de promoción, sino a las actividades de vigilancia del mercado por las empresas principales. El carácter representativo de los informes de seguimiento realizados por los comerciales de Sony y de BMG (anexo B.15) entregados en respuesta a esta solicitud han sido, por lo demás, seriamente puestos en duda por los documentos confidenciales presentados por la demandante (anexo B.16). Para terminar, en sus observaciones finales, la propia Comisión subraya que el derecho de las partes notificantes a ser oídas limita la posibilidad de realizar una investigación complementaria después de la vista y excluye una consulta masiva a los operadores del mercado respecto de las imputaciones. Las medidas de investigación posteriores a la vista consisten, esencialmente, según la Comisión, en consultar a los operadores del mercado respecto de los compromisos propuestos y no se refieren a los cargos formulados contra la operación de concentración notificada.

452 En segundo lugar, aunque la Comisión había indicado en sus respuestas a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia que las

informaciones proporcionadas por las partes notificantes durante el procedimiento administrativo le permitieron calcular los descuentos de promoción medios, en la vista admitió, sin embargo, que no había realizado ella misma los cálculos y se vio obligada a dejar a los economistas de las empresas participantes en la concentración la tarea de explicar cómo podían calcularse los descuentos para todos los álbumes, pero no para los 20 o 100 álbumes más vendidos, siendo así que la investigación y los datos recogidos por la Comisión sólo se referían a estos álbumes.

453 En tercer lugar, aunque la Comisión indicó que los cálculos se habían realizado a partir de los datos que sirvieron de base a uno de los anexos B.12 del escrito de contestación, sin embargo éste sólo contiene datos relativos a BMG y no a Sony.

454 En cuarto lugar, los datos no parecen suficientemente coherentes, fiables ni pertinentes.

455 Es necesario destacar en primer lugar que los cuadros aportados por la Comisión en respuesta a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia sólo se refieren al año 2002, sin que ni siquiera se expongan las razones por las que las partes notificantes escogieron ese año, cuando la Decisión se refiere a los precios y los descuentos entre 1998 y 2003. Igualmente, aunque para BMG la proporción de las ventas brutas se calcule respecto de los diez clientes más importantes sólo afecta a entre los cinco y diez clientes más importantes (según el país), sin que se facilite ninguna información a este respecto. Es necesario observar, igualmente, que las horquillas de descuentos de promoción mencionadas en los cuadros (que se refieren a la totalidad de los álbumes sobre toda la clientela) no corresponden a las mencionadas en los cuadros de otros anexos B.6/E.2 (que sólo se refieren a los 20 álbumes más vendidos a los diez mejores clientes). Al ser el número de álbumes y de clientes considerados en los cuadros mucho mayor que al que se refieren dichos anexos, el descuento de promoción máximo de los cuadros *[confidencial]* debería ser igual o superior al que figura en los anexos en cuestión para el mismo año *[confidencial]*. El total de los descuentos sobre factura de cada una de las partes notificantes y el diferencial entre los descuentos concedidos por cada una son también distintos de los que se

mencionan en la Decisión. La Decisión se refiere, ciertamente, a los álbumes más vendidos en 2003 y no, como los cuadros, a todos los álbumes vendidos en 2002, pero esto no hace sino confirmar que el resultado puede ser distinto en función de los parámetros elegidos y, por lo tanto, la necesidad de que la Comisión mantenga el control de las operaciones o, al menos, verifique la pertinencia de los datos presentados por las empresas participantes en la concentración.

456 En segundo lugar, es necesario constatar que, en la medida en que se refieren al descuento de promoción medio para todos los álbumes vendidos y no para los 100 o 20 álbumes más vendidos, los cuadros carecen de pertinencia, ya que precisamente presuponen lo que deben demostrar, a saber, que los descuentos de promoción desempeñan también un papel importante respecto de los álbumes más vendidos o de los nuevos lanzamientos que figuran en las listas de éxitos (new hit releases) y que no se refieren principalmente, tal como sostiene la demandante, a los álbumes de fondo de catálogo. No puede estimarse la alegación de la Comisión según la cual, dada la importancia que representan los 100 álbumes más vendidos en los ingresos totales obtenidos por las ventas de música, sería sorprendente que los niveles medios de los descuentos de promoción calculados para todos los álbumes vendidos no repercutiesen sensiblemente en el precio de los 100 álbumes más vendidos, ya que esto significaría que los descuentos de promoción medios que serían un múltiplo de la media general se aplican a todos los demás álbumes. Aunque la Decisión no contenga ninguna información a este respecto, y la Comisión no haya facilitado ninguna precisión en sus escritos, los únicos elementos del expediente tienden a indicar que los descuentos de promoción son efectivamente de un nivel elevado, o incluso muy elevado. Así, en respuesta al cuestionario de la Comisión, una de las empresas principales indicó que «este tipo de descuento [podía] representar una proporción importante del PVP (por ejemplo hasta el [confidencial]». Asimismo, los cuadros del anexo E.2, aportados por la Comisión, que contienen estimaciones de los descuentos de promoción máximos mencionan tasas de descuentos de promoción concedidas por las partes notificantes a sus diez mejores clientes, a menudo muy elevados y que pueden llegar hasta el [confidencial]. Además, estas estimaciones han sido calificadas de prudentes por la Comisión, ya que las cifras están anualizadas, mientras que un descuento de promoción habitualmente está limitado en el tiempo. Puesto que, según el cuadro presentado por la Comisión, los descuentos de promoción sólo representan un débil porcentaje medio del precio de venta [confidencial] de todos los álbumes vendidos, únicamente no deberían aplicarse, en consecuencia, a un número bastante reducido de álbumes. Para terminar, tal como se ha señalado anteriormente, las propias declaraciones de las empresas principales aportadas por la Comisión tienden a indicar que los

descuentos de promoción se aplican a casos particulares (artista de gira, determinados existencias de temporada, álbumes antiguos que ya no se venden muy bien). En estas circunstancias, no se puede presumir que las tasas medias de los descuentos de promoción concedidas a la totalidad de los álbumes sean representativas de los descuentos de promoción concedidos a los 100 álbumes más vendidos, ni menos aún a los nuevos «hits releases». Además, es necesario recordar, a este respecto, que en los puntos 87 y 90 del pliego de cargos, la Comisión había señalado que estimaba que las listas de precios de los nuevos lanzamientos se utilizaban para coordinar y vigilar las políticas de precios y que no había encontrado ninguna prueba de que los descuentos se utilizasen para modificar sustancialmente los precios netos medios de los nuevos «hit releases».

457 En quinto lugar, incluso suponiendo que los cuadros sean exactos y representativos, es necesario constatar que los descuentos de promoción sólo representan una parte muy pequeña del precio de venta bruto de los álbumes en tres de los cinco grandes países en el caso de BMG: [confidencial] % en el país B, [confidencial] % en el país C y [confidencial] % en el país D, y en dos de los cinco grandes países en el caso de Sony: [confidencial] % en el país C y [confidencial] % en el país D. Además, al contrario de lo que afirma la Comisión, no se puede considerar que estos cuadros muestren que los descuentos de promoción medios de las dos partes notificantes difieren mucho en la mayoría de los países, ya que, en tres países de cinco, la diferencia entre los descuentos de promoción aplicados por Sony y BMG es inferior al [confidencial] %. Pues bien, según la Decisión, cada país constituye un mercado, y una concentración que crea o refuerza una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva respecto de uno solo de los mercados en cuestión debe ser declarada incompatible con el mercado común. En estas circunstancias, incluso suponiendo que los descuentos de promoción se puedan considerar menos transparentes, la Comisión hubiera debido, so pena de aplicar una exigencia de transparencia total, al menos explicar en la Decisión por qué razón, a pesar de su efecto real mínimo en los precios y de la presencia de numerosos factores de transparencia señalados en la Decisión, podían eliminar la suficiente transparencia del mercado necesaria para permitir una posición dominante colectiva.

458 En todo caso, ni las explicaciones facilitadas en el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Primera Instancia, ni aún menos verificaciones relativas a un aspecto esencial de la Decisión pueden suplir la inexistencia de un examen en el momento de adoptarse la Decisión ni eliminar el error manifiesto de apreciación del que, por

este motivo, adolece la Decisión, y todo ello suponiendo que este error no haya influido sobre el resultado de la apreciación (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2004, *Mattila/Consejo y Comisión*, C-353/01 P, Rec. p. I-1073, apartados 31 y 37).

c) Conclusión sobre la transparencia

⁴⁵⁹ Resulta de las consideraciones que anteceden que las constataciones realizadas en la Decisión respecto de la transparencia del mercado no están suficientemente motivadas en Derecho e incurrir en un error manifiesto de apreciación en la medida en que no se apoyan en el examen del conjunto de los datos pertinentes que deben tomarse en consideración y no justifican la conclusión de que el mercado no es lo suficientemente transparente como para permitir una posición dominante colectiva.

5. Homogeneidad

⁴⁶⁰ En cuanto al requisito relativo a la homogeneidad del producto, es necesario recordar que, en el considerando 157 de la Decisión, la Comisión llegó a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva destacando, además de la falta de transparencia y de elementos que acreditasen la existencia de medidas de represalia en el pasado, las características parcialmente heterogéneas del producto. Sin embargo, es necesario destacar que, en el considerando 110 de la Decisión, relativo al examen de la homogeneidad del producto, la Comisión subrayó, por una parte, que el formato de la música grabada era homogéneo, por otra parte, que a pesar de la heterogeneidad de los contenidos, las formas de tarificación y comercialización de los álbumes en los mercados al por mayor parecen bastante estandarizadas y, para terminar, que en lo que atañe a los descuentos y a las tasas de retorno acordadas sobre los productos no vendidos, las empresas principales no

hacían habitualmente ninguna distinción entre géneros musicales o tipos de álbumes. En contradicción al menos aparente con esta afirmación y sin otra explicación, añadió que la tarificación también dependía naturalmente del éxito del álbum y que existía una diferencia a nivel de los álbumes en lo que se refiere a los descuentos de promoción. De lo anterior concluyó que la heterogeneidad del contenido y sus efectos antes citados sobre los precios reducen la transparencia.

461 De ello resulta que la Comisión consideró que los elementos de heterogeneidad señalados sólo tenían incidencia sobre los descuentos de promoción. Pues bien, tal como se ha expuesto anteriormente, ni los elementos señalados en la Decisión ni las alegaciones invocadas por la Comisión en sus escritos bastan para probar la constatación según la cual el mercado no presentaba el grado de transparencia exigido para que pudiera existir una posición dominante colectiva. Por consiguiente, las constataciones, por lo demás contradictorias, respecto de los elementos de heterogeneidad del producto no pueden, por sí mismas, llevar a la conclusión de que tal posición dominante colectiva no existía en el mercado.

462 Por lo demás, procede señalar que la circunstancia de que el producto sea heterogéneo, al menos en cuanto a su contenido, y que por lo tanto podría esperarse que su precio variase de un álbum a otro, confiere una importancia muy particular a la constatación realizada por la propia Comisión en los considerandos 76 y 77 relativos al mercado del Reino Unido (y en los considerandos correspondientes a los demás mercados) según la cual los precios de catálogo de los álbumes mejor vendidos parecen estar más bien alineados y los precios de venta netos están estrechamente vinculados a los precios brutos.

6. Medidas de represalia

463 En los considerandos 114 a 118 de la Decisión, la Comisión examinó si las empresas principales habían adoptado en el pasado «medidas de represalia» respecto de cualquiera de ellas y concluyó que no había encontrado «ningún elemento que demostrase que, en el pasado, la negativa de una de las empresas principales a

someterse a las prácticas concertadas hubiese podido acarrear, como represalia, que las demás empresas principales la hubiesen excluido de una empresa común de compilación o que hubiesen vuelto (temporalmente) a prácticas de competencia real», y ni siquiera encontró «rastros de amenazas en este sentido».

464 La demandante sostiene que esta constatación incurre en falta de motivación, error manifiesto de apreciación y error de Derecho. Los motivos desarrollados en estas tres partes se solapan y consisten, en esencia, en denunciar que la Comisión basara su análisis en la falta de pruebas de un ejercicio anterior de medidas de represalia cuando habría debido verificar la existencia de mecanismos de disuasión eficaces.

465 Resulta de la jurisprudencia (sentencia *Airtours/Comisión*, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 62) que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa (véase, en este sentido, la sentencia *Gencor/Comisión*, citada en el apartado 246 *supra*, apartado 276).

466 En efecto, la mera existencia de mecanismos disuasorios eficaces es suficiente en principio, dado que si los miembros del oligopolio se conforman a la política común, no hay necesidad de sanción. Además, tal como subraya la demandante, el medio de disuasión más eficaz es el que no necesita ser utilizado.

467 Por lo demás, la Comisión constató expresamente, en los puntos 128 a 132 del pliego de cargos, que la exclusión de las empresas comunes de compilación constituye un mecanismo de represalia particularmente eficaz y la Decisión, aunque no lo reconozca de forma expresa, confirma este análisis, a diferencia de lo que ha

sostenido la Comisión en sus escritos. En efecto, tras haber puesto de manifiesto, en los considerandos 115 y 116 de la Decisión, la importancia económica de la compilaciones de varios artistas o sellos, que representan aproximadamente del 15 al 20 % del mercado total de música grabada, y haber subrayado que la presencia en un álbum de artistas «pertenecientes» a distintas empresas discográficas parece ser un factor clave del éxito de una compilación, la Comisión expone, en el considerando 117 de la Decisión, que, «en caso de “desviación” persistente de una de ellas, las grandes empresas discográficas podrían excluir a ésta de la creación de nuevas empresas comunes, o negarle el derecho de utilizar sus títulos en una compilación, incluso poner fin a determinadas empresas comunes existentes». Para terminar, el considerando 118 de la Decisión indica que, no obstante, la Comisión no ha encontrado ningún elemento que demuestre que en el pasado se haya producido la exclusión de otras grandes empresas discográficas de una empresa común de compilación, ni rastros de amenazas en este sentido, al tiempo que precisaba que «estas medidas podrían representar, en general, medios de represalia creíbles en los mercados de música grabada».

468 Sin embargo, en lo que se refiere, en el marco de este motivo, a la constatación de la existencia de una posición dominante colectiva, y no de su creación, podría considerarse que el requisito relativo a las medidas de represalia puede consistir, no en verificar la mera existencia de mecanismos de represalia, como era el caso en el asunto que dio lugar a la sentencia *Airtours/Comisión* citada en el apartado 45 *supra*, sino en examinar si hubo incumplimiento de la línea de acción común, sin las subsiguientes medidas de represalia. Aunque la Decisión no señale que el criterio tenga que ser distinto para constatar la existencia de una posición dominante colectiva, y aunque la Comisión tampoco lo haya sostenido en sus escritos, el Tribunal de Primera Instancia examinará, sin embargo, si las constataciones realizadas en la Decisión cumplen dicho criterio.

469 Dos elementos acumulativos son necesarios para que pueda considerarse que la falta de aplicación de medidas de represalia significa que no se cumple el requisito relativo a las medidas de represalia, a saber, la prueba de la existencia de desviaciones frente a la línea de acción común, sin la cual no se puede examinar el ejercicio de medidas de represalia, y posteriormente la prueba efectiva de la falta de medidas de

represalia. Pues bien, es necesario constatar que en la Decisión no se han aportado las pruebas necesarias respecto de ninguno de los dos aspectos.

470 En primer lugar, la Comisión no ha identificado claramente ningún caso de violación de la política común en materia de precios, ni en la rúbrica *ad hoc* consagrada a los medios de represalia, ni tampoco en el resto de la Decisión. Es cierto que en su escrito de contestación, la Comisión invocó dos casos en los que se constataron divergencias respecto de la línea común en la Decisión (en el Reino Unido en 2000 y 2001, considerando 74, y en Alemania, ante la evolución más lenta de una de las empresas principales, considerando 88). Sin embargo, de la Decisión no resulta que dichos casos se considerasen violaciones de la política común, sino tan sólo muestras de que no se alcanzaba el paralelismo de los precios en todo momento.

471 En segundo lugar, y en todo caso, es necesario constatar que, ante las preguntas que le formuló el Tribunal de Primera Instancia en la vista respecto de las medidas de investigación que había adoptado para llegar a la conclusión de que no había encontrado ninguna prueba del ejercicio de medidas de represalia en el pasado, la Comisión no pudo señalar la más mínima gestión realizada o emprendida por ella con esta finalidad. Además, en la medida en que, en la fase del pliego de cargos, la investigación de la Comisión se había centrado en la verificación de la existencia de mecanismos disuasorios creíbles, y no en el ejercicio efectivo de medidas de represalia, y en que la Comisión no modificó su apreciación respecto de la concentración hasta la audiencia que tuvo lugar ante ella, parece difícil determinar cuando y cómo ha podido proceder la Comisión a una búsqueda efectiva de pruebas del ejercicio de medidas de represalia. Por lo demás, resulta del expediente que, después de la audiencia, la Comisión ya no realizó más investigaciones en el mercado. La única medida de verificación habría podido consistir en formular una pregunta a las partes notificantes, de lo que no ha aportado ninguna prueba al Tribunal de Primera Instancia; dichas partes estaban evidentemente poco interesadas en aportar a la Comisión pruebas del ejercicio de medidas de represalia.

472 Para terminar, resulta obligado constatar que no puede prosperar la alegación de la Comisión según la cual «pruebas manifiestas de medidas de represalia aplicadas por las demás empresas principales como reacción a una “desviación” respecto de los

niveles habituales de precios netos medios o de descuentos sobre factura medios habrían podido constituir un indicio (aunque, evidentemente, no decisivo) de la existencia de coordinación, a pesar de la dificultad de identificar requisitos de coordinación suficientemente claros y medios suficientemente eficaces para controlar su cumplimiento». En efecto, por una parte, esta afirmación contradice la Decisión, según la cual «puede considerarse que cualquier indicio de represalia señala la existencia de una posición dominante colectiva en estos mercados» (considerando 114 de la Decisión) y «no ha encontrado, en el presente asunto, ningún elemento que indique que se hayan utilizado en el pasado tales medios o amenazas, lo que hubiera constituido la prueba de una posición dominante colectiva». Por otra parte, la alegación de la Comisión equivale a sostener que el examen que hizo del requisito relativo a los medios de represalia era inadecuado, ya que incluso las «pruebas manifiestas de medidas de represalia» sólo habrían podido constituir un indicio «evidentemente no decisivo».

⁴⁷³ Resulta de lo anterior que es fundada la imputación de la demandante según la cual las apreciaciones contenidas en la Decisión relativas a los medios de represalia incurren en un error de Derecho y en un error manifiesto de apreciación.

⁴⁷⁴ Habida cuenta que, según resulta en particular del considerando 157 de la Decisión, estas apreciaciones constituyen un motivo esencial en el que se apoya la Decisión, ésta debe ser anulada.

7. Conclusión sobre el primer motivo

⁴⁷⁵ De las consideraciones anteriores resulta que la afirmación de que los mercados de música grabada no son lo suficientemente transparentes como para permitir una posición dominante colectiva no está motivada de manera suficiente en Derecho e incurre en un error manifiesto de apreciación en la medida en que los elementos sobre los que se basa son incompletos y no comprenden todos los datos pertinentes

que la Comisión hubiera debido tomar en consideración, y no pueden demostrar las conclusiones que se extraen de ellos. Habida cuenta que esta afirmación constituye, tal como resulta tanto de la Decisión, y en particular del considerando 157 de la misma, como de los debates ante el Tribunal de Primera Instancia, un motivo esencial sobre cuya base la Comisión llegó a la conclusión, en la Decisión, de la existencia de una posición dominante colectiva, la Decisión debe ser anulada por esta única razón.

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

477 Para terminar, en la medida en que sea necesario, procede recordar nuevamente que, tal como resulta, explícita o implícitamente, de todas las consideraciones que preceden, ninguna de las alegaciones formuladas por las coadyuvantes puede invalidar estas conclusiones, y varias de ellas son incluso refutadas de forma expresa en la Decisión.

478 En primer lugar, en lo que atañe a las observaciones preliminares formuladas por las coadyuvantes, procede constatar que o bien han sido ya desestimadas o carecen de pertinencia. Así, la circunstancia alegada de que la Comisión realizó una investigación extraordinariamente profunda no demuestra, por sí misma, que la Comisión haya efectivamente recogido, analizado y apreciado de forma correcta todos los datos pertinentes. Además resulta obligado observar, a este respecto, que las coadyuvantes subrayan haber proporcionado, desde la notificación, datos y explicaciones muy sólidas relativas a la industria de la música en Europa. Pues bien, del expediente resulta que, sobre la base de estas informaciones y de otras obtenidas en el mercado a lo largo de casi cinco años de investigación, la Comisión llegó a la conclusión, en el pliego de cargos, de la incompatibilidad de la concentración; y que no fue hasta después de las alegaciones de las partes y de sus economistas en la vista

de 14 y 15 de junio de 2004 cuando la Comisión modificó su apreciación, enviando al comité consultivo dos semanas más tarde un proyecto de Decisión en el que se aprobaba la concentración. Igualmente, el hecho de que autoridades de competencia de diferentes Estados hayan aprobado la concentración carece de pertinencia. Para terminar, la alegación según la cual la concentración sólo representa una respuesta a favor de la competencia frente al declive de la industria de la música, y en particular, a la caída de los precios de venta de los CD, también debe desestimarse. En efecto, la Decisión no solamente no se apoya en absoluto en un supuesto equilibrio de las diversas ventajas e inconvenientes de la concentración, sino que, además, las alegaciones de las coadyuvantes basadas en la evolución de la demanda fueron expresamente desestimadas en los puntos 55 a 59 de la Decisión.

479 En segundo lugar, en lo que se refiere a las alegaciones de las coadyuvantes dirigidas a negar la fundamentación de los motivos de la demandante relativos a los descuentos de promoción, la alineación de los precios o la transparencia, basta constatar que se confunden con los formulados por la Comisión y que ya han sido desestimados anteriormente o no pueden tomarse en consideración en la medida en que se contradicen expresamente con las constataciones realizadas en la Decisión. Así, la alegación basada en una supuesta falta de alineación de los precios y la afirmación de que una gran parte de las 100 mejores ventas se genera fuera de los PVP identificados en la Decisión, han sido expresamente desestimadas en la Decisión. Igualmente, también la afirmación según la cual la Decisión minimiza la fuerza de las pruebas subyacentes sobre la falta de transparencia suficiente, carece de pertinencia. En efecto, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia pronunciarse sobre la compatibilidad de la concentración, sino efectuar un control de la legalidad de las constataciones realizadas en ésta. Además, resulta obligado constatar de nuevo que las afirmaciones de las coadyuvantes a este respecto, según las cuales los PVP no son ni conocidos ni accesibles o que los descuentos ordinarios no son suficientemente transparentes, están en expresa contradicción con las constataciones contenidas en la Decisión.

480 Para terminar, en tercer lugar, en lo que respecta a las alegaciones relativas a los distintos puntos no mencionados en la Decisión, basta constatar que carecen de pertinencia, ya que el examen del Tribunal de Primera Instancia se limita al control de la legalidad de ésta.

481 Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia estima necesario examinar, a mayor abundamiento, el segundo motivo.

III — *Sobre el segundo motivo, relativo a la creación de una posición dominante colectiva en los mercados de música grabada*

A — *Alegaciones de la demandante*

482 La demandante señala que la Comisión examinó la cuestión de si la concentración crearía una posición dominante colectiva en menos de una página. A pesar de que afirmó que la disminución del número de actores podría provocar, en determinados mercados monopolísticos, la creación de una posición dominante colectiva de las demás empresas y que esto dependería esencialmente de las características del mercado, la Comisión no identificó estas características decisivas, sino que se limitó a remitirse al análisis realizado en relación con la posición dominante colectiva y concluyó, en el considerando 157 de la Decisión, que no había encontrado «elementos de prueba suficientes para demostrar que la reducción del número de empresas discográficas de cinco a cuatro representaría una modificación lo suficientemente importante como para provocar la creación probable de una posición dominante colectiva», en particular en términos de transparencia y de medidas de represalia.

1. Sobre el error de Derecho

483 La Comisión cometió cuatro errores de Derecho al aplicar el criterio de la posición dominante colectiva.

a) Falta de análisis prospectivo

484 La Comisión cometió un error de Derecho en la aplicación de la normativa relativa a las posiciones dominantes colectivas al no haber realizado un análisis prospectivo para ver si la posición dominante colectiva se creó por el hecho de la concentración. Pues bien, el criterio que permite determinar si una concentración crea o no una posición semejante es fundamentalmente diferente del destinado a verificar su existencia actual, al requerir este último un análisis *ex post*, mientras que el primero requiere un análisis *ex ante* que debe ser desarrollado en relación con el nivel de competencia reinante en el mercado antes de la concentración.

485 De la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, resulta que el análisis prospectivo debe tener en cuenta no solo la situación relativa a esta posición en el momento en que tuvo lugar la operación, sino que debe analizarse también de manera dinámica, en particular por lo que se refiere a su «coherencia interna, a su estabilidad y a la cuestión de si el comportamiento paralelo contrario a la competencia que podría provocar puede mantenerse en el tiempo». Pues bien, del considerando 157 de la Decisión resulta que, en lugar de realizar el análisis prospectivo separado requerido, la Comisión llegó a su constatación sobre la base de las mismas pruebas *–ex post–* que utilizó para negar la existencia de una posición dominante colectiva anterior a la concentración.

486 El análisis *ex post* no es sin embargo concluyente. La Comisión declaró que «los mercados de música grabada presentan ciertas características favorables a la existencia de una posición dominante colectiva» (considerando 157 de la Decisión), pero se limitó a indicar que no había encontrado pruebas suficientes de que la

posición dominante colectiva existiera con anterioridad, de forma que cualquier modificación de los elementos que incrementan la posibilidad de la existencia de prácticas colusorias tácitas hubiese debido ser analizada con gran prudencia. La única prueba examinada por la Comisión fue un informe sobre lo que se había desarrollado en el pasado, lo que constituye un reconocimiento implícito de la Comisión de que no realizó un análisis prospectivo.

b) Transparencia

⁴⁸⁷ La demandante sostiene que, al verificar si se crearía una posición dominante colectiva, la Comisión cometió un error de Derecho, por las mismas razones desarrolladas en el marco del primer motivo, al aplicar un criterio de transparencia total del mercado cuando, según la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, procede únicamente verificar si el mercado es lo suficientemente transparente como para permitir una coordinación de comportamientos.

c) Medios de disuasión

⁴⁸⁸ La demandante imputa a la Comisión no haber efectuado un análisis prospectivo para verificar la existencia de medios de disuasión sino haberse apoyado sobre las conclusiones a las que ya había llegado, fundándose erróneamente en la falta de pruebas de medidas de represalia en el pasado, en el contexto del refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente con el fin de rechazar cualquier alegación de que la reducción de cinco a cuatro empresas principales facilitaría las medidas de represalia en el mercado.

489 En el marco del análisis prospectivo al que hubiese debido proceder, la constatación de la existencia de medidas que pudiesen representar posibilidades creíbles de represalia por parte de las empresas principales (considerando 118 de la Decisión) hubiese debido ser considerada prueba suficiente, en particular una vez que se redujo a cuatro el número de las grandes empresas.

d) Poder de contrapeso

490 La demandante sostiene que la Comisión cometió un error de Derecho al no examinar en absoluto el tercer requisito exigido por la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, para verificar la existencia de una posición dominante colectiva, a saber, la capacidad de los clientes o de los competidores para amenazar con su actuación los resultados de cualquier política común adoptada por las empresas principales.

2. Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar

491 La demandante alega que el análisis prospectivo al que debe proceder la Comisión para verificar el riesgo de creación de una posición dominante colectiva implica un examen profundo de las circunstancias pertinentes en lo que se refiere al efecto de la concentración sobre el mercado. Ahora bien, por una parte, la Comisión ni siquiera examinó la posibilidad de la creación de una posición dominante colectiva en el pliego de cargos y, por otra, en la Decisión, el análisis de la Comisión no es ni prospectivo ni detallado. Del hecho de no haber podido probar la existencia de una posición dominante colectiva la Comisión dedujo que no había pruebas suficientes para demostrar que pudiese crearse una posición dominante en el futuro.

492 La demandante sostiene que, si la Comisión hubiera realizado el análisis prospectivo necesario, habría debido centrarse en las siguientes cuestiones:

- en qué medida la disminución del número de empresas principales significa:
 - que las empresas principales se vuelvan más independientes unas de otras por el hecho de que el número de operadores se reduzca de cinco a cuatro;
 - que el mercado, que ya está concentrado, según todos los estándares aceptados antes de la concentración, se concentre aún más a raíz de la concentración;
 - que la coordinación entre las empresas principales sea más fácil de controlar y mantener en el tiempo y que la transparencia de los precios también se acentúe aún más por el hecho de la simetría que facilita el control, incluso en el muy importante mercado de las listas de éxitos;
 - que se vuelva mucho más fácil identificar un punto de enfoque y mantener un entendimiento común del interés común de las empresas principales, porque su número se reduzca;
 - que el equilibrio entre los beneficios a largo plazo de permanecer ligado al acuerdo y los beneficios a corto plazo de vender menos caro que los rivales se desplace con menos empresas en el mercado;

- en qué medida aumenta el nivel de simetría en el mercado, ya que Sony BMG sería parecida a Universal en términos de tamaño y de cuota de mercado con las otras dos empresas principales EMI y Time Warner, justo detrás con cuotas de mercado igualmente simétricas. Este punto es importante porque la simetría en términos de tamaño y de cuota de mercado hace que sea más fácil mantener el acuerdo tácito. Sony BMG y Universal tendrían juntos una cuota de mercado del 50 % del mercado mundial de la música grabada y esta cuota estaría comprendida entre el 60 y el 70 % en el muy importante mercado de las listas de éxitos, cuya importancia no examinó la Comisión. Este segmento de mercado es importante, tanto para la competencia actual como en tanto que indicador del poder a largo plazo en el mercado, ya que los nuevos lanzamientos se convierten en títulos del catálogo;

- en qué medida aumenta la simetría y se reduce la competencia porque las dos empresas principales que tuvieron resultados distintos durante los últimos años ya sólo serían una;

- en qué medida los medios disuasorios disponibles serán más eficaces;

- en qué medida los independientes se volverán aún más dependientes de las empresas principales, en especial porque el número de socios comerciales inevitables disponibles para los independientes se reduciría en un 20 %;

- en qué medida se debilita todo contrapeso de competencia frente a las empresas principales.

⁴⁹³ La Comisión no examinó en detalle ninguna de estas cuestiones, de forma que la constatación de la Comisión de que no se crea una posición dominante colectiva (considerando 158 de la Decisión impugnada) no se apoya en ningún razonamiento, o bien se apoya en un razonamiento manifiestamente inadecuado.

3. Sobre el error manifiesto de apreciación

- ⁴⁹⁴ La falta de análisis prospectivo constituye también un error de apreciación. La Comisión se apoyó en pruebas anteriores relativas a la posición dominante colectiva preexistente sin examinar en detalle el impacto de los cambios resultantes de la concentración. Además, estas supuestas pruebas son de por sí erróneas por las razones expuestas en el primer motivo.
- ⁴⁹⁵ La demandante señala que, si bien la Comisión indica brevemente que aumentará la transparencia, no facilita ninguna indicación detallada ni del nivel que alcanzará ni del impacto que resultará, sino que se limita a subrayar la falta de pruebas suficientes. La Comisión habría debido examinar, además, en qué medida la reducción del número de actores en el mercado facilita los acuerdos tácitos y los hace más atractivos, ya que los beneficios se repartirán entre un número más reducido. La Comisión no indica ni las pruebas que se han recogido, ni por qué son insuficientes, ni qué pruebas serían necesarias.
- ⁴⁹⁶ En cuanto a las medidas de represalia, el análisis se apoya en pruebas anteriores que abarcan un período en el cual la Comisión afirma que no existía posición dominante colectiva. La Comisión sólo examinó la cuestión de las potenciales medidas de represalia después de la concentración.
- ⁴⁹⁷ La demandante recuerda que la Comisión estuvo a punto de constatar la existencia de una posición dominante colectiva anterior a la concentración, pero que decidió, erróneamente, que las pruebas eran insuficientes. La misma conclusión respecto del mercado tras la concentración denota un error manifiesto de apreciación.

498 Para terminar, la demandante alega que la conclusión de la Comisión es especialmente sorprendente, habida cuenta de que, cuatro años antes, la Comisión había constatado que la fusión EMI/Time Warner crearía una posición dominante colectiva en el mercado de la música grabada (punto 57 del pliego de cargos en este asunto, adjunto como anexo A.13).

B — Alegaciones de la Comisión

1. Sobre el error de Derecho

a) Inexistencia de análisis prospectivo

499 La Comisión sostiene que las imputaciones de la demandante según las cuales no efectuó un análisis prospectivo y se basó en las mismas pruebas *ex post* que en su análisis de la posible existencia previa de una posición dominante colectiva, cuando los criterios difieren de forma fundamental, no son fundadas. Con carácter preliminar, formula dos observaciones de principio.

500 Por una parte, las decisiones de control de las concentraciones deben invariablemente apoyarse en un análisis prospectivo, ya que la decisión de si una concentración es o no compatible con el mercado común depende de los posibles cambios que pueda ocasionar en el mercado la operación todavía no realizada (sentencia Kali & Salz, citada en el apartado 245 *supra*, apartados 109 a 111). En consecuencia, sería necesario en todos los casos fundamentar el análisis prospectivo en una visión clara de las condiciones de la competencia anteriores a la operación de concentración. Los elementos de prueba ya reunidos y apreciados en lo que se refiere a la situación actual del mercado (que difícilmente pueden ser calificados de pruebas *ex post*) siguen siendo pertinentes como punto de partida del análisis.

501 Por otra parte, la apreciación de la eventual existencia actual de una posición dominante colectiva supone tomar en consideración los mismos cuatro requisitos que la apreciación de la eventual creación de tal posición dominante: indicios de coordinación tácita, transparencia suficiente, riesgo de represalias, contrapeso de los competidores y de los clientes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2005, Piau/Comisión, T-193/02, Rec. p. II-209, apartado 111). Cuando, como en el caso de autos, se ha dado ya una respuesta negativa a una o varias de estas cuestiones en relación con la situación actual, el análisis prospectivo se centra necesariamente en determinar si o cómo podría la concentración aportar una respuesta positiva en un futuro previsible.

502 Al basarse fundamentalmente la conclusión según la cual no había pruebas suficientes de una posición dominante colectiva existente en el hecho de que no se cumplía el requisito de transparencia suficiente, la Comisión se interesó principalmente en el efecto de la concentración sobre este parámetro. Si bien la concentración conducía automáticamente a una reducción del número de relaciones bilaterales, que pasa de diez a seis, lo que, en principio, favorece la vigilancia, esta observación esencialmente aritmética no es, sin embargo, decisiva por la razón principal de que los obstáculos a la transparencia se debían no al número de empresas principales que debían vigilarse, sino a la complejidad de las decisiones individuales de cada una de las grandes empresas discográficas que fijan el precio neto de los álbumes individuales, al contenido heterogéneo y al éxito comercial variable, respecto de clientes individuales, de una combinación de PVP, descuentos ordinarios y descuentos de promoción. En lo que respecta a los descuentos sobre factura, las escasas informaciones disponibles (que se refieren principalmente a los descuentos ordinarios) es más posible obtenerlas de los clientes directamente que de otras empresas principales, y la operación de concentración no cambia la relación de las restantes empresas principales con la clientela, que no será modificada por la operación. Por ello la Comisión concluyó –a título prospectivo– que no existían pruebas que acreditaran que el cambio de la estructura del mercado que debía resultar de la concentración facilitaría la transparencia de tal forma que se alcanzase

el nivel de transparencia requerido para la creación de una posición dominante colectiva (considerando 157, *in fine*, de la Decisión).

503 La Comisión sostiene que estos elementos constituyen un análisis suficiente de los requisitos acumulativos de la posición dominante colectiva.

b) Transparencia

504 Dado que la alegación de la demandante no hace más que reiterar la invocada en el marco del primer motivo, resulta también infundada en el presente contexto.

c) Medios de disuasión y poder de contrapeso

505 Aunque en el considerando 157 de la Decisión estimó que no había pruebas suficientes de que la operación facilitase las medidas de represalia, la Comisión no adoptó definitivamente una posición sobre este punto para fundamentar su apreciación. En efecto, desde el momento en que concluyó que no disponía de pruebas que demostrasen que la fijación de precios sería lo suficientemente transparente como para permitir una vigilancia efectiva, no fue ya necesario que examinase ni la cuestión de las medidas de represalia, ni la cuestión del poder vinculante bajo la rúbrica de la «creación» en lugar de bajo la del «refuerzo».

2. Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar

- 506 La Comisión sostiene que la mayor parte de las críticas formuladas por la demandante no tienen ninguna relación con la falta de motivación. La supuesta omisión por parte de la Comisión de tener en cuenta distintos elementos afecta a la legalidad de la apreciación, no de la motivación. La Comisión precisa que si no alcanzó una conclusión sobre ciertos puntos, de ello se sigue que no tenía que exponer los motivos de esta conclusión inexistente.
- 507 No es admisible que la demandante busque en un momento posterior del presente procedimiento convertir su recurso haciendo de un motivo formal (falta de motivación) un motivo de fondo (error de Derecho o error manifiesto de apreciación) y la falta flagrante de pertinencia de sus alegaciones específicas respecto de la aplicación del artículo 253 CE constituye una base suficiente para el rechazo de este motivo de anulación.
- 508 Por esta razón la Comisión no examina estas dichas alegaciones más que a título puramente subsidiario.
- 509 Respecto de la afirmación de la demandante según la cual el análisis debe ser detallado, la Comisión remite a las observaciones desarrolladas en el motivo precedente.
- 510 El hecho de que la Comisión no fijara su atención en la posible creación de una posición dominante en el pliego de cargos no guarda relación con la suficiencia de

los motivos expuestos en la Decisión. En lo que se refiere a la supuesta suposición de la Comisión de que no tenía pruebas suficientes para desarrollar sus conclusiones sobre la falta de posición dominante colectiva existente, la Comisión remite a la discusión dedicada a la naturaleza del análisis prospectivo.

- 511 El incremento del nivel de concentración en los mercados de música grabada y del grado de simetría de las empresas que forman parte del mercado así como un eventual incremento del nivel de interdependencia no contribuyen en gran medida a la supresión de los obstáculos a la coordinación que fueron tenidos en cuenta en el análisis de la eventual existencia actual de una posición dominante colectiva, a saber, la complejidad y la falta de pruebas de una transparencia suficiente del proceso global de fijación de precios (PVP más descuento ordinario más descuento de promoción) de los álbumes individuales para clientes individuales en el tiempo.
- 512 Aunque una mayor concentración del mercado pueda modificar en abstracto las incitaciones a seguir una línea de acción común, no tendría, en el caso de autos, ningún efecto sensible sobre el elemento disuasivo fundamental relativo a la incapacidad de las empresas en situación de oligopolio para detectar y, por consiguiente, castigar y desanimar las desviaciones. A falta de transparencia suficiente, las empresas principales no podían tener la certeza de que una de ellas no intentará aprovecharse a la vez de las ventajas a largo plazo de la coordinación tácita y de las ventajas a corto plazo de la aplicación de precios inferiores a los de sus rivales, y esta incertidumbre haría la coordinación tácita inestable e imposible de mantener.
- 513 Las observaciones de la demandante sobre la simetría deben igualmente ser desestimadas por no existir un vínculo evidente entre la simetría y la transparencia.
- 514 Por último, los otros argumentos de la demandante tratan esencialmente sobre los requisitos acumulativos segundo y tercero de una posición dominante colectiva duradera. Ahora bien, la Comisión no pudo adoptar una postura sobre estos

requisitos desde el momento en que estimó que no tenía suficientes pruebas de que el primer requisito fuese a cumplirse.

3. Sobre el error manifiesto de apreciación

- 515 Las afirmaciones de la demandante respecto a la falta de apreciación prospectiva deben ser desestimadas por los motivos expuestos bajo la rúbrica del error de Derecho.
- 516 Las alegaciones de la demandante respecto de los estímulos que empujan a las empresas en situación de oligopolio a adoptar una línea de acción común deben ser de nuevo desestimadas porque no tienen en cuenta la falta de transparencia suficiente.
- 517 La tesis de la demandante de que, dado que la reducción del número de empresas principales aumentaría globalmente las probabilidades de coordinación tácita, la Comisión debió haber concluido que se crearía una posición dominante colectiva salvo que la concentración presentase otras características que hiciesen la coordinación tácita menos probable, ignora por completo el carácter independiente de los distintos requisitos de una posición dominante colectiva duradera. La mayor concentración de los mercados afectados no puede conllevar una disminución correspondiente de las exigencias de prueba en lo que respecta al requisito concreto de una transparencia suficiente, si no se demuestra que esta mayor concentración altera sensiblemente la apreciación realizada en relación con este último requisito.

518 Por último, la Comisión recuerda que la legalidad de la Decisión no puede ser juzgada con la misma medida con que se juzgan las conclusiones provisionales de los dos pliegos de cargos, uno de los cuales se emitió hace cuatro años en un asunto diferente.

C — Alegaciones de las coadyuvantes

519 Las coadyuvantes alegan que la decisión de apertura de la Fase II de la investigación muestra que, desde el principio, la Comisión examinó tanto la posibilidad de la creación como la del refuerzo de una posición dominante colectiva. Afirman que la Comisión se centró, con razón, en las características intrínsecas del mercado y, en particular, en la cuestión de si los precios eran lo suficientemente transparentes para permitir la coordinación tácita (sentencia Gencor/Comisión, citada en el apartado 246 *supra*, apartado 227). En la medida en que las características del mercado relativas a los precios no apoyaban la conclusión de que había existido una práctica colusoria en el pasado, la Comisión llegó correctamente a la conclusión de que la reducción del número de empresas principales de cinco a cuatro era insuficiente para superar los obstáculos materiales para la colusión tácita (sentencia Airtours/Comisión, citada en el apartado 45 *supra*, apartados 75 y 76).

520 Las características del mercado seguirían siendo incompatibles con la coordinación tácita, tanto de los precios como de los demás factores (nombre, originalidad, creatividad, diversidad cultural de los nuevos lanzamientos, firma de los artistas). Entre éstas, las coadyuvantes alegan que la música grabada es un producto heterogéneo, que las empresas principales se ven muy incitadas a maximizar las ventas de los «grandes éxitos», que las decisiones sobre los precios y los descuentos se adoptan en función de cada álbum, tanto en el momento de su comercialización como a lo largo de su vida y en función de cada minorista individual, que las empresas discográficas ejercen un poder discrecional respecto de los PVP en el momento del lanzamiento y en el tiempo, y reflejan la opinión subjetiva del personal de marketing, que todas las sociedades conceden diversos descuentos e indemnizaciones que son desconocidas por sus competidores y que varían en el tiempo, según el álbum y según el minorista y, para terminar, que al ser los descuentos imprevisibles e indivisibles, no se pueden extraer conclusiones fiables sobre los precios netos observando los PVP, de forma que la coordinación sobre los

PVP, de producirse, no tendría impacto sobre los precios reales (véase también el anexo C.4, p. 6).

D — *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

521 La demandante sostiene, en esencia, que la afirmación según la cual la concentración no provocaría la creación de una posición dominante colectiva en el mercado de la música grabada no está suficientemente motivada e incurre en un error manifiesto de apreciación y en un error de Derecho.

522 Es necesario recordar que, cuando la Comisión examina el riesgo de la creación de una posición dominante colectiva, debe «determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que la competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores» (sentencias Kali & Salz, citada en el apartado 245 *supra*, apartado 221, Gencor/Comisión, citada en el apartado 246 *supra*, apartado 163, y Airtours/Comisión, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 59). El análisis prospectivo que la Comisión ha de realizar en el marco del control de las concentraciones respecto a una posición dominante colectiva «requiere un examen atento, en particular, de las circunstancias que, en cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia» (sentencia Kali & Salz, citada en el apartado 245 *supra*, apartado 222, y sentencia Airtours/Comisión, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 63).

- 523 Esto es aún más cierto en la medida en que «no se trata de examinar hechos del pasado, en relación con los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas, ni tan siquiera de hechos presentes, sino precisamente de prever hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor; en el caso de que no se adopte ninguna decisión que prohíba la concentración proyectada o que precise las condiciones de la misma» (sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 232 *supra*, apartado 42). Así, «un análisis de este tipo requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor» (sentencia Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 232 *supra*, apartado 43).
- 524 Procede examinar, a la vista de estas consideraciones, si la Comisión analizó correctamente el riesgo de una posición dominante colectiva.
- 525 Con carácter preliminar, resulta obligado subrayar el carácter extremadamente sucinto del examen realizado a este respecto en la Decisión.
- 526 La Comisión expone, en el considerando 156, que «la cuestión de si, en el caso de autos, la operación de concentración resulta en una posición dominante colectiva depende, esencialmente, de las características del mercado».
- 527 El análisis que hace la Comisión a este respecto se limita a las siguientes consideraciones contenidas en el considerando 157 de la Decisión, que está redactado como sigue:

«Tal como muestra el análisis relativo al refuerzo de un posición dominante colectiva, no puede deducirse del nivel de paralelismo que puede observarse en materia de precios medios que las grandes empresas discográficas ocupen en la actualidad una posición dominante colectiva en los mercados de música grabada. La reducción del número de grandes empresas discográficas de cinco a cuatro aumenta

la transparencia, ya que el número de relaciones bilaterales de competencia disminuye de 10 a 6. En principio, el control del mercado en cuestión sería más fácil. Tal como se examinó en la sección relativa al refuerzo de una posición dominante colectiva, los mercados de música grabada presentan determinadas características que pueden hacer suponer la presencia de condiciones favorables para la existencia de una posición dominante colectiva. Ahora bien, la Comisión no encontró elementos suficientes para probar que las cinco grandes empresas discográficas mantuvieran en el pasado una posición dominante colectiva; ello es debido concretamente a las carencias constatadas al nivel de la transparencia real, a las características parcialmente heterogéneas del producto y a la falta de elementos que confirmen la existencia de medidas de represalia en el pasado. En lo que se refiere a la creación de una posición dominante colectiva por las grandes empresas discográficas en el mercado de música grabada, la Comisión, al mismo tiempo que tomaba en cuenta el hecho de que la coordinación entre los cuatro actores restantes será en conjunto más sencilla, no encontró elementos de prueba suficientes para demostrar que la reducción del número de empresas discográficas de cinco a cuatro representaría una modificación suficientemente importante para inducir la creación probable de una posición dominante colectiva. La Comisión no encontró en particular elementos de prueba suficientes que acreditaran que el paso de cinco a cuatro grandes empresas discográficas facilitaría la transparencia y las medidas de represalia en una medida tal que sea necesario anticipar la creación de una posición dominante colectiva entre las cuatro grandes empresas discográficas restantes.»

- 528 Ha de reconocerse que esas observaciones, en este punto superficiales, incluso meramente formales, no pueden satisfacer la obligación que tiene la Comisión de realizar un análisis prospectivo y de proceder a un examen atento de las circunstancias que, en cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia, y ello en concreto porque, en el caso de autos, la concentración produce serias dificultades. Independientemente de la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre el primer motivo, resulta en efecto tanto de la circunstancia de que la Comisión haya tenido que exponer largos desarrollos en la Decisión para concluir en la inexistencia de una posición dominante colectiva previa a la concentración, como del hecho de que hubiese concluido en el pliego de cargos, después de cinco meses de investigación, la existencia de semejante posición previa, que la cuestión de si la fusión entre dos de las cinco empresas principales puede crear una posición dominante colectiva plantea, *a fortiori*, serias dificultades que requiere un examen profundo. Al no haberse efectuado dicho examen, resulta, ya por esta única razón, que el segundo motivo es fundado.

- 529 A mayor abundamiento, el Tribunal del Primera Instancia examinará sin embargo si las constataciones relativas a la transparencia y a las medidas de represalia no incurren, además, en un error de Derecho o de apreciación.
- 530 Resulta del considerando 157 de la Decisión, y en particular de su última frase, que la conclusión de la Comisión de que la concentración no representa una modificación suficientemente importante como para inducir la creación probable de una posición dominante colectiva se basa expresamente en los requisitos relativos a la transparencia del mercado y a las medidas de represalia.
- 531 Respecto de la transparencia, es necesario recordar, en primer lugar, que en el marco del primer motivo se estimó que la constatación de la Comisión según la cual los descuentos de promoción tienen por efecto reducir la transparencia hasta el punto de impedir la existencia de una posición dominante colectiva, no está suficientemente motivado e incurre en errores manifiestos de apreciación.
- 532 Además, respecto de la apreciación del riesgo de creación de una posición dominante colectiva, la Comisión no puede basarse en la situación existente, únicamente, sino que debe efectuar un análisis prospectivo y tomar en consideración las modificaciones resultantes de la operación de concentración en cuestión. El considerando 157 de la Decisión, si bien por lo menos lacónico, menciona además a este respecto que la coordinación entre los cuatro actores restantes será en general más fácil. La Decisión no contiene, sin embargo, ningún examen sobre la cuestión de si la concentración, particularmente por el hecho de que implica una disminución del número de álbumes a vigilar, no hará que el mercado sea lo suficientemente transparente como para permitir el desarrollo de una posición dominante colectiva. Procede recordar a este respecto, además, que en el pliego de cargos la Comisión había constatado que:

«La concentración prevista facilitará la vigilancia de la coordinación de los precios, puesto que cada una de las empresas principales tendrá que tomar en consideración únicamente el comportamiento en materia de precios de las otras tres empresas principales. En consecuencia, los PVP estarán aún más centrados en una horquilla de precios muy restringida en el caso de la mayoría de los álbumes más vendidos. La transparencia de los descuentos se incrementará igualmente, puesto que las empresas principales no tendrán ya que vigilar más que a las otras tres empresas principales en sus visitas a las tiendas y en sus contactos con los minoristas.»

533 De lo anterior se sigue que las observaciones relativas a la transparencia no permiten sostener el análisis según el cual la concentración no corre el riesgo de crear una posición dominante colectiva.

534 Respecto de las medidas de represalia, es necesario constatar, en primer lugar, que la afirmación realizada por la Comisión en su escrito de contestación a la demanda relativa a que no tomó posición sobre la suficiencia de los diversos posibles mecanismos de represalia y a que su apreciación no trató sobre este aspecto no es compatible con la Decisión, tal como resulta de su considerando 157.

535 Del mismo modo, la alegación de la Comisión y de las coadyuvantes, según la cual no era necesario examinar la cuestión de las medidas de represalia una vez que la Comisión había concluido que no disponía de pruebas que acreditasen que la fijación de los precios era suficientemente transparente para permitir una vigilancia efectiva, debe ser desechada en la medida en que la Decisión se basa expresamente sobre la ausencia de medidas de represalia y en que el Tribunal de Primera Instancia no puede sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y rectificar así la Decisión. En cualquier caso, la alegación no puede prosperar dado que se ha juzgado

que la afirmación de que el mercado no era suficientemente transparente o, *a fortiori*, aquella según la cual no lo será después de la concentración, no está motivada de forma suficiente en Derecho e incurre en un error manifiesto de apreciación.

536 Es necesario observar, a continuación, que en la Decisión la Comisión se limitó a remitir al examen realizado en relación con la existencia de una posición dominante colectiva e indicar que no había encontrado elementos de prueba suficientes que acreditasen que la concentración facilitaría «las medidas de represalia en una medida tal que haga necesario anticipar la creación de una posición dominante colectiva por las cuatro empresas discográficas restantes».

537 Ahora bien, en el marco de ese examen, la Comisión, tal como se desprende del primer motivo, no pretendió verificar la existencia de mecanismos de disuasión eficaces, sino buscar pruebas del ejercicio de medidas de represalia en el pasado. Este desarrollo constituye, en cualquier caso, una interpretación equivocada del requisito expuesto en la sentencia *Airtours/Comisión*, apartado 45 *supra*, respecto del examen de la determinación de una posición dominante colectiva, en la medida en que éste debe basarse en un análisis prospectivo. Está claro, en efecto, que en este marco, la búsqueda de pruebas del ejercicio de medidas de represalia en el pasado no pueden constituir un test válido, ya que el requisito puede cumplirse en ausencia de cualquier medida de represalia en el pasado. Dado que la apreciación del riesgo de una posición dominante colectiva mediante una concentración no se basa, por definición, en la existencia previa de una política común, el criterio relativo a la omisión en el ejercicio de medidas de represalia en el pasado carece de toda pertinencia. La Decisión incurre, por ello, en un error en este punto.

538 Resulta, además, de la Decisión y del expediente, que semejantes motivos de disuasión creíbles y eficaces parecen existir efectivamente en el caso de autos y, en

particular, la posibilidad de sancionar a la empresa discográfica que se desvía excluyéndola de las compilaciones. En el pliego de cargos, la Comisión había constatado claramente, por otra parte, la eficacia de este medio de disuasión y la Decisión no proporciona ninguna explicación sobre las razones por las que, en definitiva, ello no sería así. Por el contrario, los análisis que figuran en los considerandos 115 a 118 de la Decisión tienden por naturaleza a confirmar la eficacia de este medio de disuasión. En efecto, después de haber puesto de relieve, en los considerandos 115 y 116 de la Decisión, la importancia económica de las compilaciones de varios artistas o sellos, que representan aproximadamente del 15 al 20 % del mercado total de música grabada, y subrayado que la presencia en un álbum de artistas «pertenecientes» a diferentes empresas discográficas parece ser un factor clave del éxito de una compilación, la Comisión expone, en el considerando 117 de la Decisión, que «en caso de “desviación” persistente de una de ellas, las grandes empresas discográficas podrían excluir a ésta de la creación de nuevas empresas comunes, o negarle el derecho a utilizar sus títulos en una compilación, incluso poner fin a determinadas empresas comunes existentes». Por último, el considerando 118 de la Decisión indica que la Comisión no encontró sin embargo ningún elemento que demostrara, en el pasado, la exclusión de otras grandes empresas discográficas de una empresa común de compilación, ni de indicios de amenazas en este sentido, precisando al mismo tiempo que «estas medidas podrían representar en general medios de represalia creíbles en los mercados de música grabada».

539 Por consiguiente, la Comisión no podía, sin incurrir en error, basarse en la falta de pruebas sobre el ejercicio de medidas de represalia en el pasado para concluir que la concentración no podía inducir la creación de una posición dominante colectiva.

540 Es necesario recordar, además, que así como se constató en el marco del primer motivo, la Decisión no menciona un solo caso en el que una empresa principal se apartara de la política común en materia de precios sin que ello diera lugar al ejercicio de una medida de represalia, y la Comisión, interrogada sobre este extremo por el Tribunal de Primera Instancia, no pudo indicar haber procedido a la más mínima verificación para concluir que no había encontrado ningún elemento que indicase que en el pasado se hubiesen utilizado medidas de represalia, o amenazas en este sentido.

541 De cuanto antecede resulta que también el segundo motivo de nulidad es fundado.

IV — *Conclusión general*

542 Resulta del conjunto de las consideraciones que preceden que los motivos primero y segundo son fundados en cuanto que la Decisión está viciada de insuficiente motivación, por una parte, y de un error manifiesto de apreciación en la medida en que los elementos que sirven de fundamento a la Decisión no constituyen el conjunto de los datos relevantes que deben ser tomados en consideración para sostener las conclusiones que de ellos se derivan, por otra parte.

543 De todo ello se desprende que, sin que sea necesario examinar el motivo relativo a la creación o al refuerzo de una posición dominante colectiva en el mercado mayorista de licencias para música en línea, o el motivo relativo a la coordinación de las actividades respectivas de las empresas participantes en la concentración en el campo de la edición musical, la Decisión debe ser anulada.

Costas

544 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Sin embargo, según el artículo 87, apartado 3, del mismo Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Por último, el artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento dispone que el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar que una parte coadyuvante soporte sus propias costas.

- 545 En el caso de autos, la Decisión debe ser anulada y la demandante solicitó la condena en costas de la Comisión. Sin embargo, procede tener en cuenta las circunstancias siguientes.
- 546 Respecto de la demandante, es necesario constatar que, aunque insistió mucho en que el asunto, a pesar de la complejidad justamente subrayada por la Comisión, se sustanciara por el procedimiento acelerado, no adoptó sin embargo un comportamiento consecuente, siendo así que en la Decisión que admitía la solicitud de sustanciación por el procedimiento acelerado, el Tribunal de Primera Instancia había precisado expresamente que dicha Decisión podría ser revisada en cualquier momento a la luz del desarrollo del expediente. Aunque el Tribunal de Primera Instancia podía, ciertamente, poner fin al mencionado procedimiento acelerado desde entonces, era necesario sin embargo tener en cuenta la urgencia objetiva del asunto y el esfuerzo considerable realizado ya por las otras partes, de modo que poco a poco dicha posibilidad fue siendo cada vez menos apropiada. Pues bien, a lo largo de las distintas etapas del proceso la demandante fue adoptando una actitud poco compatible con el espíritu y la letra del procedimiento acelerado.
- 547 En primer lugar, el volumen de la demanda y el número de motivos y argumentos sobrepasan ampliamente las normas preconizadas para poder disfrutar del procedimiento acelerado, y la demandante no aportó una versión abreviada de su demanda ni renunció a determinados motivos.
- 548 En segundo lugar, aunque la diligencia de ordenación del procedimiento encaminada a permitir el acceso a determinados documentos o elementos confidenciales acababa de ser negociada y puesta a punto con la Comisión, las coadyuvantes y el Tribunal de Primera Instancia, tanto por la vía del intercambio de diversas notas como en una reunión informal del Tribunal de Primera Instancia, la demandante solicitó una modificación de aquella, lo cual hizo que las demás partes plantearan objeciones importantes, para acabar finalmente retirando dicha solicitud.

- 549 En tercer lugar, después de haber solicitado y obtenido el derecho, inusual en un procedimiento acelerado, de presentar un escrito de contestación a los elementos probatorios aportados por la Comisión en su contestación a la demanda, la demandante se opuso, sin razón, a que la Comisión pudiera presentar su réplica de conformidad con el principio de contradicción.
- 550 En cuarto lugar, después de haber insistido en obtener rápidamente una vista, la demandante sin embargo no pudo confirmar su disponibilidad en ninguna de las cuatro fechas propuestas por el Tribunal de Primera Instancia, retrasando así varios meses la celebración de la vista.
- 551 En quinto lugar, después de haber sido autorizada, a título absolutamente excepcional, a presentar observaciones después de la vista, con la condición de que se limitasen estrictamente a las respuestas de la Comisión a las cuestiones planteadas por escrito por el Tribunal de Primera Instancia, la demandante, tal como ha subrayado justamente la Comisión, presentó un escrito de más de 50 páginas, sin contar el anexo, en el que formulaba, en particular, numerosas alegaciones y elementos de prueba sin ninguna relación con las cuestiones mencionadas, introduciendo nuevas alegaciones y elementos de prueba.
- 552 Además, si las pretensiones de la demandante han sido estimadas en lo que se refiere a la posición dominante colectiva en el mercado de música grabada, sus pretensiones relativas a la inadmisión de todos los elementos de prueba aportados por la Comisión en el anexo a su escrito de contestación a la demanda han sido desestimadas. Del mismo modo, sus pretensiones relativas a la supuesta posición dominante individual de Sony en el mercado de la música en línea están desprovistas de todo fundamento, en primer lugar por el hecho de que, en el momento de la

adopción de la Decisión, SonyConnect no tenía ninguna cuota de mercado, mientras que otros actores, Apple en particular, tenían ya una considerable cuota de mercado.

553 Respecto de la Comisión, es de lamentar que en ciertos puntos sus observaciones se separan, a veces sensiblemente, de los análisis realizados en la Decisión, forzando así a la demandante y al Tribunal de Primera Instancia a realizar constantemente verificaciones inusuales. Así, las afirmaciones de que, por el hecho de que el recurso al mecanismo de represalias consistente en excluir de las compilaciones al miembro que se aleja de la política común podría conllevar el sacrificio de los beneficios generados por la compilación, la Comisión no pudo concluir que se tratara de un mecanismo creíble ni se pronunció sobre la cuestión de las medidas de represalia, no corresponden manifiestamente a las conclusiones mencionadas en los considerandos 115 a 118 de la Decisión, los cuales reconocen, por el contrario, la eficacia de este mecanismo de represalia (lo que ya se había constatado expresamente en los puntos 128 a 132 del pliego de cargos), pero acreditan que la Comisión no encontró pruebas de su aplicación. Del mismo modo, la afirmación de la Comisión de que concluyó, en el considerando 169 de la Decisión, que la transparencia del mercado en los mercados de licencias de música en línea era limitada, a causa de la inexistencia de precios mayoristas de las licencias generalmente conocidos, no corresponde a la afirmación, que también figura en la Decisión, de que «la transparencia es en cualquier caso mayor en el mercado de licencias en línea que sobre el tradicional mercado de música grabada».

554 A la luz de las consideraciones que preceden y a la vista de las circunstancias del presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia decide, por una parte, que la Comisión cargará con sus propias costas, así como con tres cuartas partes de las costas de la demandante y, por otra, que las partes coadyuvantes cargarán con sus propias costas con arreglo al artículo 87, apartado 4, del Reglamento de procedimiento.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)

decide:

- 1) **Anular la Decisión C(2004) 2815 de la Comisión, de 19 de julio de 2004, por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/M.3333 — Sony/BMG).**
- 2) **La Comisión cargará con sus propias costas y con tres cuartas partes de las costas de la demandante.**
- 3) **La demandante cargará con una cuarta parte de sus costas.**
- 4) **Las partes coadyuvantes cargarán con sus propias costas.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Dictada en audiencia pública en Luxemburgo, el 13 de julio de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

M. Jaeger

Índice

Hechos que originaron el litigio	II - 2300
Procedimiento y pretensiones de las partes	II - 2303
Fundamentos de Derecho	II - 2307
I — Sobre los elementos probatorios adjuntos al escrito de contestación a la demanda	II - 2308
A — Alegaciones de las partes	II - 2308
B — Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2309
II — Sobre el primer motivo, relativo al refuerzo de una posición dominante colectiva preexistente en el mercado de música grabada	II - 2311
A — Alegaciones de la demandante	II - 2312
1. Sobre la primera parte	II - 2312
a) Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar	II - 2313
Homogeneidad del producto	II - 2314
Transparencia	II - 2314
Medios de disuasión	II - 2315
Poder de contrapeso	II - 2315
b) Sobre el error manifiesto de apreciación	II - 2316
Homogeneidad del producto	II - 2316
Transparencia	II - 2317
— Alegación general	II - 2317
— Observaciones generales sobre los nuevos elementos de prueba	II - 2320
— Examen individual de los diferentes elementos de prueba ..	II - 2324
	II - 2487

Medios de disuasión	II - 2333
Poder de contrapeso	II - 2333
Inexistencia de un auténtico análisis de la política común	II - 2334
c) Aplicación incorrecta de la normativa sobre posiciones dominantes colectivas	II - 2335
2. Sobre la segunda parte	II - 2336
B — Alegaciones de la Comisión	II - 2337
1. Decisión de la Comisión y pruebas en que se basa	II - 2337
a) Contexto	II - 2337
b) Cinco grandes mercados (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España)	II - 2338
Alineación de los precios netos medios y de los PVP	II - 2338
Complejidad y PVP	II - 2339
Alineación y complejidad de los descuentos	II - 2341
Transparencia de los descuentos	II - 2350
Vínculos estructurales	II - 2353
Medidas de represalia	II - 2354
c) Otros Estados miembros	II - 2355
2. Presentación deformada de la Decisión en el escrito de demanda	II - 2356
3. Sobre la primera parte	II - 2357
a) Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar	II - 2357
Homogeneidad del producto	II - 2359
Transparencia	II - 2360
Medios de disuasión	II - 2361
Poder de contrapeso	II - 2361

b) Sobre el error manifiesto de apreciación y sobre el error de Derecho	II - 2362
Homogeneidad del producto	II - 2363
Transparencia	II - 2363
Medios de disuasión y poder de contrapeso	II - 2373
Análisis de la línea de actuación común	II - 2373
4. Sobre la segunda parte	II - 2375
C — Alegaciones de las partes coadyuvantes	II - 2375
1. Observaciones preliminares	II - 2375
2. Examen de las alegaciones de la demandante	II - 2378
a) Sobre los descuentos de promoción	II - 2378
b) Ausencia de alineación	II - 2379
c) Falta de transparencia	II - 2380
3. Sobre diferentes aspectos no mencionados en la Decisión	II - 2380
D — Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2381
1. Consideraciones generales	II - 2381
2. Concepto de posición dominante colectiva	II - 2382
3. Decisión de la Comisión	II - 2385
4. Transparencia	II - 2392
a) Sobre la imputación relativa a la insuficiencia de motivación	II - 2392
b) Sobre la imputación de error manifiesto de apreciación	II - 2407
Factores de transparencia señalados en la Decisión	II - 2411
Elementos que tienden por naturaleza a hacer más opaco el mercado	II - 2418
— Sobre la opacidad de los descuentos de promoción	II - 2430
— Sobre la pertinencia de los descuentos de promoción	II - 2444
c) Conclusión sobre la transparencia	II - 2453
	II - 2489

5. Homogeneidad	II - 2453
6. Medidas de represalia	II - 2454
7. Conclusión sobre el primer motivo	II - 2458
III — Sobre el segundo motivo, relativo a la creación de una posición dominante colectiva en los mercados de música grabada	II - 2461
A — Alegaciones de la demandante	II - 2461
1. Sobre el error de Derecho	II - 2461
a) Falta de análisis prospectivo	II - 2462
b) Transparencia	II - 2463
c) Medios de disuasión	II - 2463
d) Poder de contrapeso	II - 2464
2. Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar	II - 2464
3. Sobre el error manifiesto de apreciación	II - 2467
B — Alegaciones de la Comisión	II - 2468
1. Sobre el error de Derecho	II - 2468
a) Inexistencia de análisis prospectivo	II - 2468
b) Transparencia	II - 2470
c) Medios de disuasión y poder de contrapeso	II - 2470
2. Sobre el incumplimiento de la obligación de motivar	II - 2471
3. Sobre el error manifiesto de apreciación	II - 2473
C — Alegaciones de las coadyuvantes	II - 2474
D — Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 2475
IV — Conclusión general	II - 2482
Costas	II - 2482