

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Cuarta ampliada)
de 28 de abril de 1999 *

En el asunto T-221/95,

Endemol Entertainment Holding BV, sociedad neerlandesa, con domicilio social en Zevenend (Países Bajos), representada por los Sres. Onno W. Brouwer, Peter Wytinck, Abogados de Bruselas, y Martijn van Empel, Abogado de Amsterdam, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e Jacques Loesch, 11, rue Goethe,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Wouter Wils, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. C. Gómez de la Cruz, miembro del mismo Servicio, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto que se anule la Decisión 96/346/CE de la Comisión, de 20 de septiembre de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (DO 1996, L 134, p. 32), que declaró incompatible con el mercado común el acuerdo por el que se creaba la empresa en participación Holland Media Groep,

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

integrado por la Sra. P. Lindh, Presidenta, y por los Sres. R. García-Valdecasas, K. Lenaerts, J.D. Cooke y M. Jaeger, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de julio de 1998;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

- 1 El artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión rectificada DO 1990, L 257, p. 13, que es la versión aplicable en el presente asunto; en lo sucesivo, «Reglamento n° 4064/89») prevé lo siguiente:

«1. Las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

- a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;
- b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y

usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de Derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

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

2 El apartado 1 de su artículo 3 dispone lo siguiente:

«Existe una operación de concentración:

a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o

b) cuando

— una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o

— una o más empresas

mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiriera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.»

3 El apartado 3 del artículo 3 dispone:

«A efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de Derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, y en particular:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.»

4 El apartado 2 del artículo 8 prevé lo siguiente:

«Si la Comisión constata que una operación de concentración notificada, en su caso tras las modificaciones practicadas por las empresas interesadas, responde al criterio que se define en el apartado 2 del artículo 2, declarará mediante decisión que la concentración es compatible con el mercado común.»

La Comisión podrá acompañar su decisión de condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a modificar el proyecto inicial de concentración. La decisión mediante la cual la concentración se declare compatible con el mercado común abarcará asimismo las restricciones directamente relacionadas y necesarias para la realización de la concentración.»

5 Según el apartado 3 del artículo 8:

«Si la Comisión llega a la conclusión de que una operación de concentración responde al criterio que se define en el apartado 3 del artículo 2, adoptará una decisión que declare que la concentración es incompatible con el mercado común.»

6 El artículo 11 prevé:

«1. Para el cumplimiento de las tareas que le atribuye el presente Reglamento, la Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, de las personas contempladas en la letra b) del apartado 1 del artículo 3, así como de las empresas y asociaciones de empresas.

2. Cuando la Comisión dirija una solicitud de información a una persona, empresa o asociación de empresas, cursará simultáneamente una copia de esta petición a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el domicilio de la persona o la sede de la empresa o de la asociación de empresas.

3. En su solicitud, la Comisión hará referencia a los fundamentos de derecho y al objeto de la misma, así como a las sanciones previstas en la letra c) del apartado 1 del artículo 14 para el caso de que se le suministre una información inexacta.

4. Cuando se trate de empresas, estarán obligados a facilitar la información solicitada los propietarios o sus representantes y, cuando se trate de personas jurídicas, sociedades o asociaciones sin personalidad jurídica, las personas encargadas de representarlas de acuerdo con la ley o sus estatutos.

5. Si una persona, empresa o asociación de empresas no facilitare la información requerida en el plazo establecido por la Comisión, o la suministrare de forma incompleta, la Comisión la pedirá mediante decisión. En dicha decisión se indicará la información solicitada, se fijará el plazo pertinente para que se facilite y se hará referencia a las sanciones previstas en la letra c) del apartado 1 del artículo 14 y en la letra a) del apartado 1 del artículo 15, así como al recurso que quepa interponer ante el Tribunal de Justicia contra la decisión.

6. La Comisión enviará simultáneamente copia de su Decisión a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el domicilio de la persona o la sede de la empresa o de la asociación de empresas.»

7 Según el apartado 2 de su artículo 19:

«La Comisión tramitará los procedimientos previstos en el presente Reglamento en estrecha y constante relación con las autoridades competentes de los Estados miembros, que estarán facultadas para formular cualquier observación con respecto a dichos procedimientos [...]»

8 El apartado 3 del artículo 22 dispone:

«Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro, que una operación de concentración con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 pero sin dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1, crea o intensifica una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, podrá, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros, adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del artículo 8.»

Hechos que originaron el litigio

9 Mediante su Decisión 96/346/CE, de 20 de septiembre de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (DO 1996, L 134, p. 32; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), adoptada con arreglo apartado 3 del artículo 8 del

Reglamento n° 4064/89, la Comisión declaró incompatible con el mercado común la concentración bajo la forma de la creación de la empresa en participación Holland Media Groep (en lo sucesivo, «concentración»).

- 10 Las partes de dicha concentración eran la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA (en lo sucesivo, «CLT»), NV Verenigd Bezit VNU (en lo sucesivo, «VNU»), RTL 4 SA (en lo sucesivo, «RTL»), Endemol Entertainment Holding BV (en lo sucesivo, «Endemol») y Veronica Omroep Organisatie (en lo sucesivo, «Veronica»).
- 11 La CLT es una empresa luxemburguesa de difusión por televisión, que ejerce sus actividades en varios mercados nacionales en los sectores de la radio, la televisión y la prensa, con sus ramificaciones correspondientes.
- 12 VNU es una sociedad neerlandesa que ejerce sus actividades en el ámbito de la edición de medios de comunicación con destino a los consumidores y a los profesionales y de bases de datos. Es propietaria de participaciones en el capital de sociedades de difusión, entre ellas una participación minoritaria indirecta del 44,4 % en el capital de la cadena comercial belga VTM y una participación indirecta del 38 % en el capital de RTL.
- 13 RTL es una sociedad luxemburguesa que presta servicios de emisión de programas de radio y televisión parcialmente en neerlandés. Estos programas son difundidos por la CLT, que es propietaria, de forma directa o indirecta, del 47,27 % del capital social de RTL. La CLT controla en último término a RTL, que poseía el 51 % del capital del Holland Media Groep (en lo sucesivo, «HMG»).
- 14 Veronica es una asociación neerlandesa que hasta el 1 de septiembre de 1995 operaba en el mercado neerlandés de radio y televisión como organismo público de radiodifusión. Era uno de los cuatro organismos públicos de radiodifusión que emitían sus programas en el canal público «Nederland 2». El 1 de septiembre de 1995, Veronica abandonó el sistema público de radiodifusión para convertirse en una cadena comercial de televisión.

- 15 Endemol es una sociedad neerlandesa creada en 1994 mediante la fusión de J.E. Entertainment BV y John de Mol Communications BV. El centro de actividades de Endemol lo constituyen los Países Bajos, pero la empresa tiene otros establecimientos en Europa. Las principales actividades de Endemol son la producción de programas, la explotación de estudios y la explotación de formatos de televisión (es decir, de los conceptos originales de programas que pueden ser reproducidos), la producción y explotación de programas de teatro y la organización de manifestaciones.
- 16 Con el único fin de la concentración, Veronica y Endemol crearon el Veronica Media Groep (en lo sucesivo, «VMG»), una sociedad neerlandesa de la que poseen respectivamente el 53 % y el 47 % del capital social. El VMG posee el 49 % de las acciones del HMG.
- 17 El objetivo de la concentración era crear el HMG, cuya actividad consistía en comercializar programas de televisión y de radio y en confeccionar «paquetes» de dichos programas que ella misma, la CLT, Veronica u otros difundían a los Países Bajos y a Luxemburgo. Todas las actividades de radio y de televisión de las partes destinadas a los Países Bajos fueron transferidas al HMG. La aportación de RTL comprendía las cadenas de televisión RTL 4 y RTL 5 y los activos relacionados con ellas, así como su cadena de radio de música rock. RTL cedió también al HMG el derecho a la autorización de emitir («concesión») de la CLT, sus actividades en materia de comercialización de programas y de paquetes de programas de radio y televisión (principalmente en neerlandés), para su difusión en los Países Bajos y Luxemburgo, así como su participación del 50 % en el capital de IPN SA (en lo sucesivo, «IPN»), la agencia de publicidad que vende el espacio publicitario por cuenta de las cadenas de televisión RTL 4 y RTL 5. La aportación de Veronica y Endemol comprendía la cadena de televisión Veronica, con sus activos correspondientes, y las actividades radiofónicas de Endemol (a saber, su cadena de radio FM Holland).
- 18 Endemol y HMG habían celebrado también un acuerdo de producción de una duración de diez años, que respondía a las necesidades de producción del HMG para sus tres cadenas. En virtud de dicho acuerdo, Endemol se comprometía a cubrir el 60 % de las necesidades del HMG en lo que respecta a las producciones en neerlandés. Como contrapartida, el HMG se comprometía a comprar a

Endemol el 60 % de las necesidades de HMG para las producciones en neerlandés. Como contrapartida, el HMG se comprometía a comprar a Endemol el 60 %, en valor, de los programas específicos que necesitase. El HMG disfrutaba, además, de un derecho de tanteo sobre las estrellas y los formatos nuevos lanzados, comprados o descubiertos por Endemol.

- 19 El 19 de abril de 1995, el Gobierno neerlandés dirigió un escrito a la Comisión, con arreglo al apartado 3 del artículo 22 del Reglamento n° 4064/89, pidiéndole que examinara la concentración, ya que ésta no era de dimensión comunitaria.
- 20 El 22 de mayo de 1995, la Comisión adoptó una Decisión en virtud de la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento n° 4064/89, por la que iniciaba la segunda fase del procedimiento previsto por dicho Reglamento.
- 21 Dado que la incoación de un procedimiento con arreglo al artículo 22 del Reglamento n° 4064/89 no tiene el efecto suspensivo habitual previsto por el apartado 1 del artículo 7 de dicho Reglamento, las partes pudieron realizar la concentración en las condiciones expuestas en el apartado 17 de la presente sentencia. Por lo tanto, a partir del 1 de septiembre de 1995, los programas de RTL 4 y RTL 5 eran difundidos en el marco de la vigencia de emisión concedida a la CLT por las autoridades luxemburguesas. Los programas de Veronica se difundían en el marco de una licencia para emitir programas comerciales concedida por las autoridades neerlandesas.
- 22 El 20 de septiembre de 1995, la Comisión adoptó la Decisión impugnada en la que declaraba incompatible con el mercado común el acuerdo por el que se creaba la empresa en participación HMG, basándose en que la concentración daría lugar a la creación de una posición dominante en el mercado neerlandés de la publicidad televisiva y al refuerzo de la posición dominante de Endemol en el mercado neerlandés de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa, posición que podría obstaculizar de manera significativa la existencia de una competencia efectiva en los Países Bajos.

- 23 Al mismo tiempo, la Comisión instó a las partes para que propusieran medidas adecuadas en un plazo de tres meses a partir de la notificación de la Decisión impugnada, con el fin de restablecer, en los Países Bajos, una competencia efectiva en el mercado de la publicidad televisiva y de la producción neerlandesa independiente de programas televisados.

Procedimiento, hechos posteriores a la interposición del recurso y pretensiones de las partes

- 24 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 4 de diciembre de 1995, todas las partes de la operación de concentración interpusieron el presente recurso.
- 25 Mediante documento presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 7 de mayo de 1996, las demandantes explicaron que estaban teniendo lugar negociaciones con los servicios de la Comisión para llegar a un acuerdo sobre una concentración modificada que esta última Institución podría estimar compatible con el mercado común.
- 26 Mediante Decisión 96/649/CE de la Comisión, de 17 de julio de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento nº 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (DO L 294, p. 14), la operación de concentración, en su versión modificada, fue declarada compatible con el mercado común, siempre que se cumplieran íntegramente las condiciones y obligaciones contenidas en los compromisos contraídos por las partes. Tales condiciones, expuestas en los considerandos undécimo y duodécimo de dicha Decisión, eran las siguientes:
- a) Endemol puso fin a su participación en el capital del HMG; en consecuencia, ya no es accionista de dicha empresa; en virtud del nuevo acuerdo de concentración celebrado, RTL obtiene el 65 % de las acciones del HMG y Veronica el 35 %;

b) a partir del 1 de enero de 1997, el HMG debía poner fin a las actividades de RTL 5 como cadena «generalista» y transformarla en cadena informativa (es decir, una cadena de televisión limitada a difundir boletines y otros programas informativos), sobre la base de un proyecto de plan de explotación presentado por el HMG a la Comisión el 1 de mayo de 1996. Según dicho plan, con el tiempo esta cadena pasaría a ser de pago y la mayoría de sus ingresos procedería de los pagos de los telespectadores y de los operadores de cable. A petición de las partes, la Comisión podría prorrogar por tres meses, en caso de absoluta necesidad, el plazo de transformación de RTL 5 en una cadena informativa, a fin de que las partes pudieran llevar a cabo dicha transformación. Durante un período de cinco años a partir de la adopción de la Decisión, el HMG no debía, sin el consentimiento previo de la Comisión, cambiar en lo esencial el carácter de la cadena informativa ni apartarse fundamentalmente de dicho plan de explotación.

27 Esta Decisión fue notificada a las partes mediante escrito de 25 de julio de 1996.

28 Tras la referida Decisión, Veronica, RTL, la CLT y VNU, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 11 de septiembre de 1996, solicitaron ser excluidas de la lista de demandantes en el presente asunto.

29 Mediante auto del Presidente de la Sala Cuarta ampliada de 7 de octubre de 1996, Veronica, RTL, la CLT y VNU fueron excluidas de la lista de las demandantes en el presente asunto y condenadas a cargar con sus propias costas y con cuatro quintas partes de los gastos efectuados por la parte demandada hasta el desistimiento.

30 Por tanto, Endemol queda como única parte demandante en el presente recurso.

31 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el 17 de junio de 1998,

formuló determinadas preguntas escritas a la demandante y a la Comisión y les instó para que presentaran ciertos documentos. La demandante y la Comisión respondieron a las preguntas formuladas y aportaron a los autos dichos documentos el 6 de julio de 1998.

32 En respuesta a preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, la demandante indicó el 6 de julio de 1998 que renunciaba a dos alegaciones formuladas en el marco de su cuarto motivo, relativas respectivamente a la posición del HMG en el mercado de la radiodifusión televisiva y a la posición dominante del HMG en el mercado de la publicidad por televisión.

33 En la vista de 15 de julio de 1998 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

34 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

35 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Sobre el fondo

- 36 La demandante invoca cuatro motivos en apoyo de su recurso. El primero se basa en la falta de competencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada, en la medida en que sólo estaba autorizada para investigar en el mercado de la publicidad televisiva, pero no en el de la producción televisiva. El segundo motivo se refiere a una violación de los derechos de defensa, por cuanto la demandante no tuvo suficiente acceso al expediente. Los motivos tercero y cuarto se basan respectivamente en vicios sustanciales de forma y en la infracción de los artículos 2 y 3 del Reglamento n° 4064/89.

1. Sobre el primer motivo, basado en la falta de competencia de la Comisión

Alegaciones de las partes

- 37 La demandante alega que la Comisión sólo estaba autorizada a investigar en el mercado de la publicidad televisiva, y no en el de la producción televisiva. Según el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento n° 4064/89, la competencia de la Comisión en lo que respecta a las concentraciones sin dimensión comunitaria está sujeta a la petición de un Estado miembro. En el presente asunto, el Gobierno neerlandés pidió a la Comisión que examinase la concentración sólo en lo que se refiere al mercado de la publicidad televisiva. De ello resulta que la Comisión estaba facultada para investigar únicamente sobre ese mercado y no podía, por iniciativa propia, ampliar la investigación.

- 38 La limitación de la petición al mercado de la publicidad televisiva fue explícitamente mencionada por el Gobierno neerlandés, no sólo en su escrito de 19 de abril de 1995, sino también en la nota explicativa que acompañaba a dicho escrito, la cual precisaba que las posibles repercusiones en el mercado de la publicidad televisiva habían inducido al Gobierno neerlandés a solicitar el examen de dicha concentración a la luz del Reglamento n° 4064/89.
- 39 La Comisión alega que el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento n° 4064/89 fue adoptado para garantizar un control efectivo de las concentraciones en el caso de que un Estado miembro no disponga de una normativa para ello. Así pues, dicha disposición permite a un Estado miembro pedir a la Comisión que examine un asunto cuando las soluciones nacionales no son suficientes para remediar el impacto anticompetitivo observado de una concentración.
- 40 La referida disposición, lejos de permitir a un Estado miembro someter al examen de la Comisión sólo un aspecto concreto de una concentración, implica, por el contrario, un examen de la operación en su conjunto. Tras dicha petición, la Comisión puede examinar la concentración como si fuese de dimensión comunitaria. Las facultades de que dispone a este respecto serían inadecuadas si el Estado miembro interesado ya tuviese que haber determinado en su solicitud el problema de competencia que requiere una solución.
- 41 La Comisión añade que, en el presente asunto, el Gobierno neerlandés no limitó su petición al mercado de la publicidad televisiva. Del escrito dirigido a la Comisión por dicho Gobierno resulta claramente que éste le pidió que examinara la compatibilidad de la concentración en su conjunto con el Reglamento n° 4064/89. El Gobierno neerlandés indicó simplemente que, en su opinión, la concentración no fortalecería de manera significativa la posición de las partes en otros mercados distintos del de la publicidad televisiva y que la solicitud que dirigía a la Comisión estaba motivada por sus preocupaciones a este respecto. Asimismo, nada en la nota explicativa que acompañaba a su escrito dirigido a la Comisión sugería que pedía a ésta que investigara sólo sobre el mercado de la publicidad televisiva.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 42 El apartado 3 del artículo 22 del Reglamento nº 4064/89 prevé, fundamentalmente, que la Comisión puede, a instancia de un Estado miembro, examinar si una concentración sin dimensión comunitaria es compatible con este Reglamento. El examen de la Comisión está delimitado únicamente por el tenor del artículo 22. Así, a modo de ejemplo, su apartado 5 prevé que la Comisión sólo adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del Estado miembro a instancia del cual haya intervenido. En cambio, el artículo 22 no concede ninguna facultad al Estado miembro ni para controlar el desarrollo del examen de la Comisión una vez que le ha comunicado la concentración de que se trate, ni de delimitar el campo de investigación de la Comisión a este respecto.
- 43 Además, de los autos se desprende claramente que el Gobierno neerlandés no trató de limitar el examen por parte de la Comisión de la referida concentración, en contra de lo que mantiene la demandante.
- 44 Así pues, el escrito de 19 de abril de 1995 que el Gobierno neerlandés dirigió a la Comisión indica que esperaba que ésta examinase la concentración en su conjunto, y no sólo un aspecto de la misma. El primer punto del escrito dice lo siguiente:

«Remitiéndome al apartado 3 del artículo 22 del Reglamento nº 4064/89, le solicito, en nombre del Gobierno neerlandés, que examine si la “joint venture” entre RTL, la CLT, VNU, Veronica y Endemol es compatible con el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración.»

- 45 Del tercer punto de dicho escrito se desprende asimismo que, si bien el Gobierno neerlandés trató de atraer la atención de la Comisión sobre el mercado de la publicidad televisiva en particular, no trató de delimitar el alcance de la investigación de la Comisión. Dicho punto indica lo siguiente:

«Por cuanto puede juzgar el Gobierno neerlandés, la asociación tomará la forma de una concentración [...] El Gobierno neerlandés considera que es deseable examinar de más cerca la cuestión de si la concentración podría llevar a la creación o al fortalecimiento de una posición dominante que daría lugar a que una competencia efectiva fuese obstaculizada de manera significativa en el mercado de la publicidad televisiva en el territorio neerlandés.»

- 46 Esta conclusión es reforzada por el hecho de que, en su dictamen de 5 de septiembre de 1995 sobre el anteproyecto de la Decisión impugnada, necesario en virtud del artículo 19 del Reglamento n° 4064/89, el Comité consultivo mantuvo la opinión de la Comisión de que su examen debía tener como objeto la concentración considerada en su conjunto, y no sólo aspectos específicos de ésta. El dictamen del Comité fue unánime sobre este extremo, ya que el representante neerlandés manifestó su acuerdo al respecto.

- 47 De cuanto precede se desprende que el primer motivo debe desestimarse por infundado.

2. Sobre el segundo motivo, referente a la violación de los derechos de defensa

Alegaciones de las partes

- 48 La demandante alega que la Comisión, habida cuenta de cómo actuó en relación con su derecho de acceso al expediente, violó sus derechos de defensa.
- 49 Los derechos de defensa incluyen el derecho de las empresas interesadas a tener acceso a los documentos invocados por la Comisión, con el fin de poder presentar sus observaciones sobre su realidad y pertinencia. La Comisión está obligada a ofrecer a las empresas implicadas en un procedimiento de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado acceso a todos los documentos de cargo y de descargo que haya recogido durante la investigación, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 1992, Cimenteries CBR y otros/Comisión, asuntos acumulados T-10/92, T-11/92, T-12/92 y T-15/92, Rec. p. II-2667, apartado 41).
- 50 Aun cuando esta jurisprudencia ha sido elaborada en asuntos relativos a los procedimientos llevados a cabo con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado, la demandante mantiene que el principio de la protección de los derechos de defensa, aplicados a los procedimientos incoados en virtud del Reglamento n° 4064/89, no puede significar un derecho de acceso a los documentos del expediente de la Comisión, que es de menor importancia. En efecto, el artículo 18 del Reglamento n° 4064/89, así como el artículo 13 del Reglamento (CE) n° 3384/94 de la Comisión de 21 de diciembre de 1994 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) n° 4064/89 (DO L 377, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento n° 3384/94», Reglamento de aplicación entonces vigente), contienen disposiciones sobre el derecho a ser oído que son idénticas al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), y al artículo 4 del Reglamento n° 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del

Reglamento n° 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62; en lo sucesivo, «Reglamento n° 99/63»). Así pues, está claro que la jurisprudencia citada se aplica plenamente a los procedimientos previstos por el Reglamento n° 4064/89.

51 La demandante alega que el expediente al que tuvieron acceso las partes de la concentración eran manifiestamente incompleto, sobre todo porque la Comisión había sustituido muchos documentos que procedían de las partes implicadas en el mercado por resúmenes no confidenciales en los que no figuraba la identidad de dichas partes. La Comisión se negó incluso a divulgar la identidad de las empresas que no habían solicitado la confidencialidad, debido a que eso permitiría a las partes deducir cuáles eran las otras sociedades. La demandante reconoce que esa postura podría ser defendible en lo que respecta al primer cuestionario de la Comisión enviado a cinco productores independientes de programas televisados, pero que era difícilmente comprensible en relación con el segundo cuestionario general, enviado a todos los demás productores independientes que figuraban en el *Nederlands Omroep Handboek 1994/1995* (manual del ente público de radio y televisión neerlandesa; en lo sucesivo, «Handboek»).

;

52 Según la demandante, estos resúmenes no confidenciales ofrecen, al no indicar la identidad de las sociedades que han respondido, una visión engañosa de las condiciones del mercado, y, por tanto, ella no puede responder a las alegaciones sin conocer la identidad de esas sociedades.

53 La demandante se queja también de que el índice facilitado con los documentos a los que tuvieron acceso las partes de la concentración no indicaba ni su naturaleza ni su contenido. Considera que las indicaciones que figuraban en dicho índice deberían haberle dado una información suficientemente precisa para permitirle determinar si los documentos descritos podían ser pertinentes para su defensa.

54 Alega que no tuvieron acceso a las respuestas de un productor independiente, IDTV, al que la Comisión envió un cuestionario específico. Además, no se envió ningún cuestionario a D & D Productions International BV, la filial neerlandesa

de la sociedad de producción belga D & D, ni a Sleeswijk Entertainment BV, que fue adquirida por D & D.

- 55 La demandante alega que la Comisión recogió nuevos documentos después de que las partes de la concentración tuviesen acceso al expediente y que éstas nunca fueron informadas de ello ni tuvieron la oportunidad de ver esos documentos. Añade que la conclusión de la Comisión según la cual la producción interna de las cadenas públicas se destinaba fundamentalmente a su propio uso sólo puede explicarse por el hecho de que recabó información con posterioridad a la audiencia. Suponiendo que esta conclusión se basase en la información facilitada por las partes de la concentración, lo que es menos probable, adolecería entonces de error material manifiesto.
- 56 La demandante se queja, además, de que algunas respuestas fueron recogidas por la Comisión por teléfono sin presentarlas nunca a las partes de la concentración. Por tanto, la demandante no tuvo la posibilidad de expresar su punto de vista sobre tal información. Por otra parte, dado que, de cualquier modo, esa información es imposible de verificar, no debería haber sido utilizada por la Comisión. Según la demandante, el hecho de recoger información por teléfono es contrario a los principios fundamentales de los derechos de defensa en los asuntos de competencia. No sólo esa información podría ser mal entendida, sino que ningún texto jurídico obliga a la persona interrogada a dar cifras exactas, en contra de lo que ocurre en el caso de una solicitud de información que contiene una advertencia clara sobre las sanciones aplicables en caso de informaciones inexactas. Además, tal sistema es manifiestamente contrario al texto y a la voluntad del legislador comunitario y constituye de hecho una negativa de la Comisión a aplicar el Derecho comunitario. Las dificultades prácticas con que se tope la Comisión no pueden eximirla de su obligación de aplicar el Reglamento n° 4064/89.
- 57 La Comisión reconoce que los principios que regulan el acceso al expediente en el marco de los procedimientos llevados a cabo con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado deben también aplicarse en el marco de los procedimientos incoados en virtud del Reglamento n° 4064/89. No obstante, recuerda que, dado que las decisiones sobre las operaciones de concentración están sujetas a un calendario muy estricto cuyo objeto es proteger los intereses de las partes implicadas en tales

operaciones, su aplicación concreta debe conciliar la protección de los derechos de defensa de las partes y el interés público más amplio en que las concentraciones se sometan a un examen efectivo.

- 58 Según la Comisión, el acceso a los resúmenes de las respuestas a los cuestionarios enviados a productores independientes era suficiente para permitir a la demandante impugnar los elementos de prueba recabados, dado que mostraban claramente la opinión de los terceros sobre las probables consecuencias de la concentración. La credibilidad de esas opiniones no resulta afectada por la identidad de quien las expresara. Lo importante es que reflejan las preocupaciones de los operadores presentes en el mercado de la producción y la fuerza del razonamiento expuesto en apoyo de sus opiniones. Así pues, la propia demandante tenía la posibilidad de responder a cualquier alegación formulada por un tercero con la que no estuviese de acuerdo.
- 59 La Comisión explica que para cumplir su misión de interés público consistente en controlar las concentraciones debe poder obtener opiniones francas y exhaustivas de terceros potencialmente afectados. Asimismo, debe poder garantizar que los comentarios de éstos serán tratados de manera confidencial (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, T-65/89, Rec. p. II-389, apartado 33, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, C-310/93 P, Rec. p. I-865, apartados 26 y 27).
- 60 La circunstancia de que todas las respuestas a los cuestionarios enviados no se hubiesen recibido todavía en el momento en que la demandante tuvo acceso al expediente no disminuye el valor de las pruebas en las que se apoyó la Comisión. La mayor parte de los productores dependientes más importantes que figuran en el Handboek respondieron al cuestionario que se les había enviado, de modo que las respuestas de que disponía la Comisión cuando elaboró el pliego de cargos reflejaban los puntos de vista de los operadores más importantes del mercado de la producción televisiva en lengua neerlandesa.
- 61 La Comisión señala que el índice daba a las partes una información general sobre la naturaleza de los datos recabados.

- 62 Explica, además, que las partes tuvieron acceso a las respuestas de IDTV y de D & D, por medio de resúmenes no confidenciales.
- 63 La Comisión confirma que no obtuvo ninguna prueba documental después del 26 de julio de 1995, fecha en la que las partes consultaron el expediente. No obstante, es cierto que algunos productores independientes que no habían respondido a los cuestionarios fueron contactados por teléfono después de esa fecha. Las partes fueron informadas de este hecho en las audiencias, pero no solicitaron tener acceso a la información complementaria recogida de este modo. Dicha información se refería sólo al número de horas de programas de televisión producidas por la empresa en cuestión y al valor en florines de esos programas. Dado que la información era de tal naturaleza que sólo las empresas interrogadas podían conocerla con precisión, el hecho de revelarla a las partes no les habría permitido impugnarla. Por consiguiente, aun cuando se hubiese incurrido en un error de procedimiento, lo que la Comisión niega, éste no habría perjudicado a la demandante.
- 64 Por último, la Comisión explica que recurrir al procedimiento previsto en el apartado 5 del artículo 11 del Reglamento nº 4064/89 habría sido desproporcionado en un asunto como el presente, en el que la mayor parte de las empresas afectadas son muy pequeñas. Por tanto, según ella, fue procedente que la Comisión completase mediante indagaciones telefónicas las respuestas escritas que había recibido.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

Sobre el acceso a resúmenes no confidenciales

- 65 De la jurisprudencia resulta que el procedimiento de acceso al expediente en los asuntos de competencia tiene por objeto permitir que los destinatarios de un pliego de cargos tengan conocimiento de los elementos de prueba que figuran en

el expediente de la Comisión, para que puedan pronunciarse de forma eficaz sobre las conclusiones a las que la Comisión llegó, en su pliego de cargos, basándose en dichos elementos. El derecho de acceso al expediente se justifica por la necesidad de garantizar a las empresas de que se trate la posibilidad de defenderse de forma eficaz contra las imputaciones formuladas en su contra en el pliego de cargos (sentencia Cimenteries CBR y otros/Comisión, antes citada, apartado 38).

- 66 Sin embargo, también se desprende de la jurisprudencia que puede negarse el acceso a ciertos documentos, en particular a los documentos o partes de éstos que contengan secretos comerciales de otras empresas, a los documentos internos de la Comisión, a la información que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como a los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete su carácter confidencial (sentencia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartado 29, confirmada por la sentencia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartados 26 y 27).
- 67 El Tribunal de Primera Instancia ha estimado ya que, si bien las empresas tienen derecho a la protección de sus secretos comerciales, ese derecho debe ponderarse con la garantía de los derechos de defensa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, ICI/Comisión, T-36/91, Rec. p. II-1847, apartado 98). Así pues, la Comisión puede estar obligada a conciliar intereses opuestos preparando versiones no confidenciales de documentos que contengan secretos comerciales u otros datos delicados (sentencia ICI/Comisión, antes citada, apartado 103).
- 68 El Tribunal de Primera Instancia considera que los mismos principios son aplicables al acceso a los expedientes en los asuntos de concentración examinados en el marco del Reglamento n° 4064/89, aun cuando la aplicación de dichos principios puede razonablemente estar condicionada por el imperativo de celeridad que caracteriza al sistema general de dicho Reglamento (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión T-290/94, Rec. p. II-2137, apartado 113).

- 69 En el presente asunto, consta que algunos productores independientes respondieron a los cuestionarios de la Comisión con la condición de que esta última no revelase su identidad a las partes de la concentración. De ello se sigue que no se puede reprochar a la Comisión haber ocultado la identidad de esas empresas y no haber facilitado a las partes más que un resumen no confidencial de sus respuestas.
- 70 Además, era necesario que, para respetar dicha condición, la Comisión no revelase la identidad de los demás productores independientes que no habían solicitado la confidencialidad antes de responder a los cuestionarios de la Comisión. Como señala la Comisión, las respuestas a los cuestionarios dan información sobre el sector del mercado en el que opera el autor de una respuesta determinada. En tales circunstancias, la Comisión no podía excluir la posibilidad de que las partes dedujesen la identidad de los productores que habían solicitado un trato confidencial de su respuesta si divulgaba la identidad de los productores que no lo habían hecho.
- 71 Por otra parte, como indica la Comisión, en el caso de autos las respuestas a los cuestionarios sólo contenían la opinión de terceros sobre las probables consecuencias de la concentración. Los resúmenes no confidenciales indicaban claramente el alcance de esas opiniones. Por lo tanto, no era necesario conocer la identidad de las terceras empresas en cuestión para poder impugnar las opiniones expresadas.
- 72 De ello se deduce que el hecho de que la demandante sólo tuviera acceso a resúmenes no confidenciales de las respuestas a los cuestionarios enviadas a los productores independientes no constituye una violación de sus derechos de defensa.

Sobre la presentación del índice

- 73 El Tribunal de Primera Instancia estima que la presentación del índice adoptada por la Comisión corresponde a la que ya fue aprobada por este Tribunal en la sentencia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartados 29 a 33, y confirmada en casación por el Tribunal de Justicia (sentencia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada).
- 74 Así pues, en el presente asunto consta que los elementos del expediente a los que tuvieron acceso las partes el 26 de julio de 1995 fueron presentados en orden cronológico y que la Comisión había preparado una lista recapitulativa de la totalidad de los 279 documentos que integraban dicho expediente. Esta lista, presentada como anexo 16 de la demanda, contenía dos tipos de información. Por un lado, desglosaba los documentos según su naturaleza. Con ese fin se presentó a las sociedades afectadas una clasificación en trece epígrafes (informes anuales, notas internas, solicitudes de información, etc.). La lista incluía, para cada documento o grupo de documentos, la indicación de la cifra clave o, en su caso, de las cifras clave que correspondían al epígrafe al que pertenecía. Por otro lado, la lista especificaba qué documentos o grupos de documentos eran accesibles para las sociedades interesadas, parcialmente accesibles para ellas, confidenciales o irrelevantes.
- 75 Resulta que a las partes se les negó el acceso a cinco categorías de documentos. Se trata, en primer lugar, de documentos de carácter puramente interno de la Comisión; en segundo lugar, de cierta correspondencia mantenida con los Estados miembros; en tercer lugar, de algunas respuestas a solicitudes de información formuladas con arreglo al artículo 11 del Reglamento n° 4064/89; en cuarto lugar, de cierta correspondencia mantenida con terceros, y, en quinto lugar, de uno o varios estudios.
- 76 La demandante no puede quejarse válidamente de que la Comisión le denegara el acceso a documentos de carácter puramente interno respecto de los cuales este Tribunal ha considerado ya que no existía ninguna obligación de comunicación (véase el apartado 66 de la presente sentencia). Lo mismo debe aplicarse a la

correspondencia intercambiada con los Estados miembros y con determinadas terceras empresas, cuyo acceso pudo legítimamente ser denegado por la Comisión sobre la base de su carácter confidencial. En lo que respecta a las respuestas a las solicitudes de información dirigidas por la Comisión a terceros, el Tribunal de Primera Instancia ha señalado ya que, en el presente asunto, la Comisión no violó los derechos de defensa al facilitar únicamente resúmenes no confidenciales de algunas de dichas respuestas (véanse los apartados 69 a 72 de la presente sentencia).

- 77 En lo que se refiere al estudio o estudios mencionados en la lista recapitulativa, a la que la demandante hace referencia en su réplica, que no se le facilitó o facilitaron, debe señalarse que la Comisión sólo menciona dos estudios tanto en la Decisión impugnada como en el pliego de cargos enviado en virtud del artículo 18 del Reglamento nº 4064/89. Dichos estudios eran, respectivamente, un estudio econométrico preparado por KPMG Management Consulting a efectos de la tramitación del expediente y un estudio titulado *Media in Europe, Europe Media Cost Comparison 1993*, preparado por Young & Rubicam. Una copia del primer estudio fue enviada a las partes y una parte del segundo figuraba en el expediente al que tuvieron acceso las partes el 26 de julio de 1995. La Comisión no hace referencia a ningún otro estudio en la Decisión impugnada ni en el pliego de cargos y la demandante no ha aportado ninguna indicación concreta de que dichos documentos hubieran podido basarse en información recogida de tal estudio.
- 78 De ello se desprende que la presentación del índice del expediente utilizada en el caso de autos por la Comisión no constituye una violación de los derechos de defensa.

Sobre las respuestas de IDTV y de Sleeswijk-D & D

- 79 Procede señalar que la demandante no discute la afirmación de la Comisión de que la demandante tuvo acceso a los resúmenes no confidenciales de las respuestas de IDTV y Sleeswijk-D & D. Por lo tanto, su alegación debe desestimarse.

Sobre la supuesta existencia de documentos recogidos después de que la demandante consultara el expediente

- 80 El Tribunal de Primera Instancia estima que la demandante no ha apoyado su alegación de que la Comisión recogió nuevos documentos relativos al mercado de la producción televisiva neerlandesa después de que ella tuviera acceso al expediente y que no los comunicó. En su escrito de recurso, la demandante hacía referencia, en particular, a las tres primeras frases del considerando 89 de la Decisión impugnada, que son del siguiente tenor:

«La producción propia de las entidades públicas se destina normalmente a ser emitida por ellas mismas. Aunque una parte pueda ofrecerse en el mercado internacional, normalmente no se ofrece en el mercado televisivo interior. Por lo tanto, no existe una competencia directa entre la producción propia y los programas realizados por productores independientes y lanzados en el mercado.»

- 81 No obstante, en la vista la Comisión mostró que las dos primeras frases están tomadas respectivamente del pliego de cargos y de la respuesta de las partes a dicho pliego. Éste data del 18 de julio de 1995 y, por tanto, es anterior a la consulta del expediente por las partes, efectuada el 26 de julio. La tercera frase se limita a sacar la conclusión lógica de las dos primeras y no contiene ninguna información nueva.

- 82 En cuanto al escrito de 25 de agosto de 1995 dirigido a la Comisión por la Nederlandse Vereniging van Erkende Reclame Adviesbureaus (asociación neerlandesa de agencias de publicidad; en lo sucesivo, «VEA»), dado que la demandante retiró la alegación relativa al análisis por parte de la Comisión de la posición del HMG en el mercado de la publicidad televisiva (véase el apartado 32 de la presente sentencia), no es necesario examinar si el curso que dio la Comisión a dicho escrito violó los derechos de defensa.

Sobre el hecho de recoger información por teléfono

- 83 Consta que la Comisión envió un escrito con arreglo al artículo 11 del Reglamento n° 4064/89, al que se adjuntaba un cuestionario, a todos los productores independientes que figuraban en el Handboek y que luego contactó por teléfono a los que no le habían respondido, para conocer el número de horas de programas de televisión que habían producido durante el año 1994, así como el valor en florines de dichos programas. Necesitaba esas cifras para estimar la magnitud del mercado de la producción televisiva independiente y la cuota de Endemol en ese mercado.
- 84 Debe señalarse que la finalidad del artículo 11 del Reglamento n° 4064/89 es permitir a la Comisión recabar toda la información necesaria para cumplir las tareas que le asigna dicho Reglamento. Cuando dirige una solicitud de información a una persona, la Comisión tiene que indicar las bases jurídicas y el objetivo de la solicitud, así como las sanciones previstas en caso de que se facilite alguna información inexacta. No obstante, el artículo 11 no exige que las empresas así contactadas respondan por escrito. En el caso de autos, la mayoría de las empresas más importantes dieron efectivamente respuestas escritas. Habida cuenta del imperativo de celeridad que caracteriza al sistema general del Reglamento n° 4064/89 (sentencia Kaysersberg/Comisión, antes citada, apartado 113), la Comisión optó por obtener por teléfono las respuestas de las empresas a las que había enviado un escrito con arreglo al artículo 11, pero que aún no habían respondido. Dado que la mayor parte de las empresas así contactadas facilitaron también las respuestas necesarias para el análisis de la Comisión, cumpliendo por tanto las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 11 del Reglamento n° 4064/89, habría sido excesivo utilizar el procedimiento formal contemplado por el apartado 5 de dicho artículo.
- 85 De ello se desprende que la Comisión no infringió lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento n° 4064/89 al ponerse en contacto por teléfono, con el fin de completar sus investigaciones, con las empresas a las que ya había enviado un escrito con arreglo a dicha disposición y que no habían respondido.

- 86 A pesar de no haberse infringido lo dispuesto en el Reglamento n° 4064/89 y en la medida en que consta entre las partes que la información recogida por teléfono no fue presentada como tal a la demandante, es preciso aún determinar si, al actuar de ese modo, la Comisión vulneró los derechos de defensa en el sentido de la jurisprudencia citada (apartado 65 de la presente sentencia).
- 87 Según dicha jurisprudencia, para afirmar que ha existido una violación de los derechos de defensa basta con demostrar que el hecho de no dar traslado de los documentos en cuestión pudo influir, en perjuicio de la demandante, sobre el desarrollo del procedimiento y el contenido de la Decisión (sentencia ICI/Comisión, antes citada, apartado 78).
- 88 A este respecto, debe recordarse que las violaciones de los derechos de defensa deben examinarse en función de las circunstancias específicas de cada caso (sentencia ICI/Comisión, antes citada, apartado 70).
- 89 Así pues, el Tribunal de Primera Instancia señala, en primer lugar, que la información recogida por teléfono fue utilizada por la Comisión para calcular la cuota de Endemol en el mercado de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa, cuota que consideró «netamente superior al 50 %». Esta cifra global fue comunicada a la demandante en la audiencia de 8 de agosto de 1995. La Comisión calculó también a partir de esa información la cuota de mercado de los otros diez productores más importantes del sector. La Comisión ya había indicado a Endemol, en la comunicación que le fue dirigida en virtud del artículo 18 del Reglamento n° 4064/89 el 18 de julio de 1995 y en la consulta del expediente por las partes el 26 de julio de 1995, que estimaba que poseía una cuota de mercado del 60 % aproximadamente. También le había facilitado, al mismo tiempo, una primera estimación de las cuotas de mercado de los otros cinco productores más importantes. Por lo tanto, Endemol había tenido la oportunidad de comentar dichas estimaciones en el escrito de defensa de las partes, presentado el 4 de agosto de 1995, y de discutir las cifras revisadas de la Comisión en la audiencia misma.

- 90 En segundo lugar, consta que la información de que se trata, tal como fue facilitada por las empresas individuales, se refería sólo al número de horas de programas de televisión producidas por ellas como productores independientes en 1994, así como al valor de esos programas. Por tanto, sólo las empresas interrogadas podían conocer esos datos con precisión. De ello se desprende que, aun cuando la Comisión hubiese revelado dicha información, que además tenía carácter confidencial, Endemol no habría podido refutarla.
- 91 De cuanto precede resulta que, al no comunicar dicha información en la forma en que fue facilitada por los productores individuales, la Comisión no violó los derechos de defensa de la demandante.

3. Sobre el tercer motivo, referente a vicios sustanciales de forma

Alegaciones de las partes

- 92 La demandante alega que en la audiencia de 8 de agosto de 1995 se revelaron muchos elementos de hecho y de Derecho nuevos e importantes. De ello se desprende que el Comité consultivo y la Junta de Comisarios no pudieron tener pleno conocimiento de los hechos esenciales del asunto, dado que no recibieron un informe que contuviera el acta de la audiencia. El hecho de que la audiencia se grabase en cinta magnética no subsana en absoluto ese vicio sustancial de forma que debería dar lugar a la anulación de la Decisión impugnada.
- 93 La Comisión responde, fundamentalmente, que no está obligada a redactar actas oficiales de las audiencias en los asuntos comprendidos en el ámbito de aplicación de Reglamento nº 4064/89 y que, además, el hecho de no facilitar tal acta al Comité consultivo o a los miembros de la Comisión no pudo, en el presente asunto, influir en el desenlace del procedimiento.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 94 Del tenor del apartado 5 del artículo 15 del Reglamento n° 3384/94 se desprende de modo claro que la Comisión está obligada simplemente a hacer registrar las declaraciones de cada persona oída durante una audiencia formal [la versión española de esa disposición, a diferencia de las demás versiones lingüísticas, dice que se levantará acta de tales declaraciones]. En cambio, la Comisión no está obligada a levantar acta de dichas audiencias, en contra de lo que ocurre en el procedimiento previsto en el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento n° 99/63, que prevé que las declaraciones esenciales de cada persona oída «serán consignadas en un acta a la que esa persona dará su conformidad tras haberla leído».
- 95 De ello se desprende también que la demandante no tiene derecho a alegar que se debería haber comunicado dicha acta a los miembros de la Comisión o a los miembros del Comité consultivo antes de la adopción de la Decisión impugnada.
- 96 Por tanto, procede desestimar este motivo por infundado.

4. Sobre el cuarto motivo, referente a la infracción del artículo 2 y de los apartados 1 y 3 del artículo 3 del Reglamento n° 4064/89

- 97 Mediante su cuarto motivo, la demandante discute la procedencia de la conclusión a la que llegó la Comisión, según la cual su participación en el capital del HMG reforzaba su posición dominante en el mercado neerlandés de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa. A este respecto, formula dos alegaciones principales. En primer lugar, no ocupa una posición dominante en el mercado de referencia. En segundo lugar, su participación en la concentración no refuerza su posición en dicho mercado.

Sobre la posición dominante de la demandante

- 98 La demandante alega, por un lado, que la Comisión definió de manera errónea el mercado pertinente de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa y, por otro lado, que, aun suponiendo que pueda aceptarse la estrecha definición del mercado pertinente utilizada por la Comisión, no puede considerarse que ella ocupe una posición dominante en dicho mercado.

Sobre la definición errónea del mercado pertinente

— Alegaciones de las partes

- 99 La demandante alega que la Comisión definió de manera errónea el mercado pertinente en la medida en que consideró que el mercado de la producción independiente de programas de televisión en lengua neerlandesa era distinto del mercado de las producciones internas de los organismos públicos. Según ella, las tres razones presentadas por la Comisión para justificar esa conclusión son erróneas, a saber, que las cadenas públicas producen otros tipos de programas distintos de los de Endemol, que la producción de dichas cadenas está destinada principalmente a su propio uso, y que no tienen la posibilidad de elegir libremente entre producir un programa ellas mismas o encargarlo a un productor independiente.
- 100 La demandante opina que, en primer lugar, la Comisión consideró erróneamente que las cadenas públicas producen programas diferentes de los suyos. Producen programas de variedades comparables a los suyos y ella misma produce emisiones de concursos con presupuesto limitado, «talk shows» e «infotainment». En 1994, las grandes emisiones de variedades representaron sólo el 35 % de su producción en términos de valor y el 16,7 % en términos de horas producidas.

- 101 En segundo lugar, la producción de las cadenas públicas no se destina principalmente a su propio uso y la demandante señala, a este respecto, que dichas cadenas ofrecieron 345 programas en el mercado internacional por medio de las agencias de venta de Nederlandse Omroeporganisatie Stichting (NOS, superestructura que proporciona a los organismos de radiodifusión públicos servicios administrativos), mientras que el catálogo de la demandante para dicho mercado se limita a una oferta de 80 programas.
- 102 En tercer lugar, es inexacto pretender que una cadena pública no tiene la posibilidad de elegir libremente entre producir un programa ella misma o encargarlo a un productor independiente. Algunos organismos tienen departamentos de producción interna muy grandes, mientras que otros parecen disponer de recursos muchos más modestos. Por tanto, la alegación de la Comisión de que las cadenas públicas, debido a sus considerables inversiones, están obligadas a producir sus propios programas no es conforme a la descripción fáctica del mercado expuesta por la propia Comisión. Además, si un organismo tiene suficiente personal y material para un número significativo de producciones, ello facilita su elección entre producción interna o externa.
- 103 La Comisión alega, en primer lugar, que las cadenas públicas tienen una clara tendencia a comprar en el exterior los programas de variedades de alto valor, produciendo ellas mismas los programas inherentes a su función de organismos públicos de difusión y los programas complementarios de escaso valor. La demandante es mucho más fuerte en el ámbito de las grandes emisiones de variedades. Aun cuando sólo produce el 13,3 % de la duración total de las emisiones difundidas en los Países Bajos, su producción representa el 17,8 % de su producción en valor. Por consiguiente, el coste por hora de su producción es superior en un 42 % al de la producción en el resto del mercado, lo que muestra claramente que su «production mix» es muy diversa.
- 104 En segundo lugar, la Comisión señala que las producciones internas no se comercializan, por lo menos en los Países Bajos. Incluso si NOS propone 345 programas producidos por las cadenas públicas en el mercado internacional, esas ventas internacionales no tienen repercusión sobre el mercado neerlandés.

- 105 En tercer lugar, la Comisión alega que la posibilidad de una decisión «make or buy» tiene mucho de ilusoria. Si un organismo público de difusión ha realizado inversiones considerables en instalaciones de producción interna, esas instalaciones representarán un coste importante del que una gran parte estará inmovilizada. Así pues, la única opción a corto plazo sería utilizar lo más posible dichas instalaciones. Dado que los organismos que no disponen de instalaciones de producción interna no se ven frente a tal opción, difícilmente puede considerarse que influyan en el mercado de la producción independiente.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 106 Antes de examinar la definición por parte de la Comisión del mercado de que se trata, debe señalarse, que las normas de fondo del Reglamento n° 4064/89, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, 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 basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 Rec. p. I-1375, apartados 223 y 224).
- 107 El Tribunal de Primera Instancia estima que, en el presente asunto, la definición del mercado efectuada por la Comisión es correcta, en la medida en que consideró que la producción independiente de programas de televisión en lengua neerlandesa constituía un mercado distinto del de las producciones internas de las entidades difusoras públicas.
- 108 En primer lugar, los programas producidos por los productores independientes pueden ser sustituidos sólo parcialmente por los producidos por las cadenas públicas. Éstas producen ellas mismas, en su mayor parte, los programas inherentes a su condición de organismos públicos de radiodifusión y los programas complementarios de escaso valor. En cambio, no se discute que la demandante, que es con mucho el productor independiente más importante de los

Países Bajos, es mucho más fuerte en el ámbito de las grandes emisiones de variedades que las cadenas públicas, ya que este tipo de emisiones representa el 35 % de su producción. Según las cifras facilitadas por la Comisión, que no han sido discutidas por la demandante, el coste por hora de su producción es superior en un 42 % al de la producción en el resto del mercado, lo que muestra claramente que sus programas tienen un perfil diferente.

- 109 En segundo lugar, si bien determinados programas producidos por los organismos públicos se venden en el mercado internacional, esas ventas no influyen en el mercado neerlandés. La demandante reconoce que, en lo que respecta a este último mercado, la producción interna de las cadenas públicas se destina fundamentalmente a su propio uso. Por tanto, no existe una competencia directa entre la producción interna de las cadenas públicas, cuyos programas, en principio, no se ofrecen a otras cadenas en el mercado neerlandés, y los programas producidos por los productores independientes que se ofrecen en dicho mercado.
- 110 En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión pudo razonablemente llegar a la conclusión de que una cadena pública no tenía generalmente la posibilidad de elegir entre producir ella misma un programa o encargarlo a un productor independiente.
- 111 Por un lado, la demandante no ha refutado la alegación de la Comisión según la cual las cadenas públicas que tienen considerables actividades de producción interna han hecho grandes inversiones con ese fin y que, en particular, han contratado el personal de producción necesario, que constituye un elemento importante del precio de coste de un programa. En tales circunstancias, era razonable que la Comisión considerase que si las cadenas públicas decidían aumentar sensiblemente el número de pedidos efectuados a productores independientes en detrimento de su producción interna, deberían no obstante cargar con el coste de su capacidad de producción interna sin rentabilizar en términos de programas producidos las inversiones realizadas. Una política de este tipo no sería posible desde el punto de vista comercial, por lo menos a largo plazo.

- 112 Por otro lado, la alegación de la Comisión según la cual las cadenas públicas, debido a sus considerables inversiones, tienen que producir ellas mismas sus programas no resulta invalidada por el hecho de que algunas cadenas sólo tengan unos departamentos de producción muy modestos, porque es evidente que tales cadenas están, por tanto, obligadas a encargar programas a productores independientes, al no tener ellas mismas medios de producción.

Sobre la inexistencia de posición dominante de Endemol en el mercado pertinente

— Alegaciones de las partes

- 113 La demandante alega que, incluso si se acepta la estrecha definición del mercado efectuada por la Comisión, no puede considerarse que ella ocupe una posición dominante en éste. En el mercado de los Países Bajos hay únicamente 97 productores. Sólo 29 de ellos respondieron por escrito a los cuestionarios de la Comisión, y la información comunicada por los demás por teléfono no es fiable. Por tanto, añade la demandante, la Comisión calculó su cota de mercado sobre la base de pruebas incompletas.
- 114 Del hecho de que la demandante no tenía conocimiento de los productores que no figuraban en el Handboek, que citaba los nombres de 85 productores independientes, entre ellos la propia demandante, la Comisión deduce que eran tan pequeños que no tenían relevancia alguna a efectos de su análisis del mercado.
- 115 Señala que unas cuotas de mercado muy elevadas se consideran extremadamente importantes a la hora de determinar la posición dominante ocupada por una empresa. En efecto, una empresa que posee de manera estable durante un largo período una cuota de mercado importante puede convertirse en un socio comercial obligatorio, de modo que en tales circunstancias podría deducirse, basándose únicamente en la cuota de mercado, que existe una posición

dominante. En el caso de autos, la demandante poseía una cuota de mercado superior al 50 % y era con mucho el operador más importante del mercado.

- 116 La demandante mantiene también que los demás factores en los que se basa la Comisión para considerar que ocupaba una posición dominante en el mercado pertinente son erróneos.
- 117 En primer lugar, es inexacto que tenga un acceso preferencial a los formatos extranjeros, que luego son adaptados al público neerlandés. En los tres últimos años produjo sólo 38 programas basados en formatos extranjeros, y no más de 60, como mantuvo la Comisión. La demandante añade que, al parecer, la Comisión se basó en ciertas respuestas objetivas de sus competidores, que no tienen ninguna fiabilidad, ya que éstos no sabían concretamente qué formatos le pertenecían.
- 118 Por otra parte, 45 de los 143 programas que produjo en 1994 no estaban basados en un formato. Además, varios de los formatos populares que utiliza pertenecen a organismos de radiodifusión. Según ella, no es cierto que posea los formatos neerlandeses más populares.
- 119 La Comisión estima que ha demostrado suficientemente que la demandante poseía un gran número de los formatos neerlandeses más populares y un acceso preferencial a los formatos extranjeros. Al afirmar que la demandante tenía acceso preferencial a esos formatos, no hizo sino plasmar la opinión de muchos de sus competidores, según la cual la demandante se encontraba en una posición de fuerza, en particular porque disponía de una base financiera que le permitía adquirir programas celebrando «output deals» (contratos con entidades difusoras por un volumen de programas determinado). En la temporada 1993/1994 la demandante produjo la mitad de los programas de variedades no deportivos más populares.

- 120 En segundo lugar, la demandante alega que no es cierto que celebrara contratos con muchos de los presentadores o de las estrellas más populares de la televisión neerlandesa.
- 121 Además, la presencia de la demandante en el ámbito del teatro no es una cuestión importante para las personalidades de la televisión, ya que prácticamente ninguna de ellas aprovecha esa oportunidad. También carece de importancia el hecho de que tenga su propia agencia de estrellas. No posee más que una agencia que se ocupa de los calendarios de los programas y que no tiene ninguna facultad para celebrar contratos de prestación de servicios para sus estrellas.
- 122 La Comisión replica que, basándose en las preocupaciones expresadas por los otros operadores del mercado de la producción, llegó a la conclusión de que la demandante había celebrado contratos, a menudo exclusivos, con muchos de los presentadores o estrellas más populares de la televisión neerlandesa. El hecho de que éstos utilicen poco las posibilidades de aparecer en actuaciones no televisivas apenas tiene importancia, dado que la existencia de tales posibilidades puede llevarlos a optar por trabajar con la demandante antes que con otra sociedad, reforzando así la posición de aquélla. En cualquier caso, nunca consideró que se tratase de un factor de especial importancia a la hora de determinar la posición dominante de la demandante.
- 123 En tercer lugar, la demandante alega que la Comisión partió erróneamente del principio de que los ingresos obtenidos en otros países pueden reforzar su posición en los Países Bajos. Esos recursos se utilizan sobre todo para desarrollar las filiales de los distintos países de que se trate.
- 124 La Comisión mantiene que las actividades de gran envergadura realizadas por la demandante fuera de los Países Bajos refuerzan su posición dominante en el mercado neerlandés. Sus filiales le facilitan un acceso preferencial al mercado internacional y aumentan los recursos del conjunto del grupo, financiando grandes producciones o determinando qué inversiones futuras podrían resultar

más rentables. Esto se desprende, en particular, del hecho de que la demandante es el mayor proveedor de RTL Alemania, que, a su vez, es la primera cadena de televisión comercial alemana.

- 125 En cuarto lugar, la demandante alega que algunos hechos que ella señaló pero que la Comisión no tuvo en cuenta prueban que no ocupa una posición dominante. De entrada, no puede excluir a los competidores actuales o impedir que lleguen nuevos, pues en los últimos años varias sociedades han entrado en el mercado neerlandés de la producción. Además, sus clientes no están en situación de dependencia respecto a ella, como lo demuestra el boicot del que ha sido objeto desde la creación del HMG por parte de las cadenas públicas, que renunciaron a tres programas muy populares. Por último, la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta el crecimiento futuro del mercado de la producción televisiva ni el hecho de que ese crecimiento no la beneficiaría. Así pues, la nueva cadena privada, SBS, no firmó ningún acuerdo de producción con ella; Kindernet, otra nueva cadena, debía competir directamente con RTL 4, y Euro 7, una tercera cadena, no iba a pedirle producciones para el año 1995.
- 126 La demandante señala que las empresas que han conseguido situarse en el mercado neerlandés estos últimos años han necesitado un socio comercial establecido en ese mercado. D & D se asoció a Sleswijk, que era ya un gran productor neerlandés. Grundy se situó en el mercado neerlandés mediante una empresa en participación con la demandante. Así pues, está claro que incluso grandes grupos internacionales no pueden entrar en el mercado neerlandés sin el apoyo de operadores ya establecidos en dicho mercado.
- 127 Añade que, si bien la evolución en el mercado neerlandés de la televisión llevará a un incremento en la demanda por parte de todas las cadenas, el crecimiento más importante de la demanda en valor será con toda seguridad el de la programación suplementaria para Veronica. Como la demandante era el principal proveedor de ésta y disfrutará en lo sucesivo de un acuerdo de producción y de un vínculo estructural mediante el control conjunto que ejerce con RTL sobre el HMG, era muy difícil creer que la mayor parte de la programación suplementaria de Veronica no sería facilitada por ella. Además, la demanda de Veronica, como cadena más poderosa desde el punto de vista financiero, incluirá probablemente

más programas de ficción y de variedades costosos que eran la especialidad de la demandante. En cambio, las otras tres nuevas cadenas privadas tendrían presupuestos más limitados y, por tanto, sus necesidades de producción serían relativamente insignificantes.

- 128 Por último, mantiene haber mostrado que los ingresos de las cadenas públicas disminuirán en el futuro, lo que hará improbable un aumento de las compras de programas caros. Es un error pretender que la capacidad de producción interna de las cadenas públicas podría tener un impacto competitivo importante en el mercado de la producción independiente.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 129 Para empezar, debe examinarse el método utilizado por la Comisión para calcular la cuota de mercado de la demandante en el mercado neerlandés de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa.
- 130 En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión actuó correctamente al calcular las cuotas de mercado de los distintos productores tomando como referencia el valor de los programas y no el número de horas de la producción. La demandante no ha desmentido los resultados de la investigación realizada por la Comisión, que mostraron que el valor por hora de las producciones televisivas variaba entre 30.000 HFL y 300.000 HFL. En tales circunstancias, el método de cálculo de las cuotas de mercado sólo es válido si se basa en el valor y no en el volumen.
- 131 En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia estima que el cálculo efectuado por la Comisión de la cuota de mercado de Endemol es razonable. De las respuestas escritas proporcionadas por la Comisión a este Tribunal se desprende que la Comisión había enviado cuestionarios a 84 productores independientes, y no sólo a 75 como se indicaba en los escritos. Esos

84 productores representaban a todos los mencionados en el Handboek, con excepción de la propia demandante. Según las notas preparadas durante la tramitación del expediente, la Comisión recibió informaciones escritas por parte de 29 productores que se referían, *inter alia*, al número de horas de programas de televisión producidas durante el año 1994, así como al valor en florines de dichos programas. Obtuvo también información por teléfono por parte de otros 37 productores sobre esas dos cuestiones. Por tanto, había recibido respuestas del 78 % de los 84 productores. Después calculó el valor aproximado de las horas producidas por los otros 18 productores respecto de los cuales no disponía de ninguna información, sobre la base de los datos facilitados por otros productores que tenían un número de empleados similar. Por último, tuvo en cuenta los datos proporcionados por la propia demandante para calcular la magnitud del mercado total y la cuota de mercado que poseía esta última.

- 132 Así pues, debe considerarse que la Comisión no incurrió en error alguno al indicar, en la Decisión impugnada, que la cuota de mercado de Endemol era «netamente superior al 50 %».
- 133 Por otra parte, la Comisión demostró, en su respuesta a una de las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia, que, aunque hubiese tenido que incluir una estimación del valor de los programas producidos por uno de los 29 productores que había respondido por escrito pero que no había facilitado la cifra necesaria, eso no habría cambiado su estimación de la cuota de mercado de Endemol, que seguiría siendo superior al 50 %.
- 134 En segundo lugar, debe examinarse si la Comisión estaba en lo cierto al considerar que, en el presente asunto, Endemol ocupaba una posición dominante en el mercado de que se trata. A este respecto, este Tribunal señala que, según jurisprudencia reiterada, una cuota de mercado especialmente alta puede constituir en sí misma la prueba de la existencia de una posición dominante, sobre todo cuando, como ocurre en el caso de autos, los demás operadores del mercado sólo tienen cuotas mucho menos elevadas (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 41, y de 3 de julio de 1991, Akzo/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión, T-30/89, Rec. p. II-1439, apartados 91 y 92).

- 135 Procede recordar que la Comisión señaló, basándose en sus investigaciones, que el segundo productor más importante poseía una cuota de mercado que se situaba entre el 5 % y el 10 %, que otros cuatro productores poseían cada uno una cuota de mercado que se encontraba entre el 2 % y el 5 % y que los otros cinco mayores productores poseían cada uno una cuota de mercado situada entre el 1 % y el 2 %, mientras que cada uno de todos los demás productores poseía una cuota de mercado inferior al 1 %. En tales circunstancias, este Tribunal considera que la conclusión de la Comisión según la cual la demandante ocupaba una posición dominante en el mercado de que se trata no está viciada de error manifiesto de apreciación.
- 136 Además, la Comisión había hecho referencia a las otras bazas que poseía Endemol y que le conferían una posición muy superior a la de sus competidores. El Tribunal de Primera Instancia examinará sucesivamente esos otros elementos.
- 137 En primer lugar, en lo que respecta al acceso privilegiado de la demandante a los formatos extranjeros, el Tribunal de Primera Instancia considera que ésta no ha desmentido la tesis de la Comisión según la cual se encontraba en una posición de fuerza a causa de su base financiera, que le permitía adquirir programas celebrando «output deals». Como explicó la Comisión en la vista, es más fácil para un productor obtener los formatos necesarios cuando ya ha firmado un contrato con una entidad difusora para un volumen de programas determinado. Esta explicación no es invalidada por el hecho de que el contrato no precise, en principio, el contenido de los programas, en contra de lo que mantiene la demandante. Lo esencial es que esté ya en posesión de un contrato con una entidad difusora que le garantice la posibilidad de producir cierto número de horas de programas.
- 138 En lo que se refiere a los formatos en general, la demandante no ha discutido que durante la temporada 1993/1994 produjo la mitad de los programas de contenido general no deportivos más populares y que 24 de esos 28 programas se apoyaban en un formato. En tales circunstancias, las conclusiones de la Comisión no son invalidadas por el hecho de que un tercio de los programas producidos por la demandante en 1994 no se basaban en un formato, ni por el hecho de que, según ella, otros formatos populares pertenecían a organismos de difusión y no a ella misma.

- 139 La Comisión tenía también razón al mantener que la demandante había producido más de 60 programas basados en formatos extranjeros durante los tres años anteriores a la concentración, como lo demostraba la lista que la propia demandante había presentado a la Comisión como anexo de su respuesta de 14 de julio de 1995 a la solicitud de información de la Comisión de 7 de junio de 1995 y que figura como anexo 11 de la demanda. De dicha lista se desprende que la cifra de 38 programas mencionada por la demandante se refiere, efectivamente, al número de formatos extranjeros utilizados durante dicho período, y no al número de programas producidos sobre la base de dichos formatos.
- 140 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión no podía ignorar la opinión de los demás productores, de los organismos de difusión y de las otras cadenas privadas, que habían considerado que la demandante poseía muchos de los formatos neerlandeses más populares y un acceso preferencial a los formatos extranjeros.
- 141 En segundo lugar, la afirmación de la demandante de que un gran número de personalidades de la televisión están o bien vinculadas por contrato a entidades difusoras, o bien disponibles para cualquier interesado, no basta para refutar la apreciación de la Comisión según la cual la demandante había celebrado contratos con muchos de los presentadores o estrellas más populares de la televisión neerlandesa. En lo que respecta a las posibilidades que tienen dichas personalidades de presentarse en medios distintos de la televisión y al hecho de que la demandante posea su propia agencia de estrellas, si bien, como reconoce la Comisión, no se trata de elementos importantes a la hora de determinar la posición dominante de la demandante, no puede excluirse que dichos elementos pueden reforzar en cierta medida su posición en el mercado.
- 142 En tercer lugar, en lo que se refiere a las actividades fuera de los Países Bajos, este Tribunal considera que la demandante no ha desmentido la tesis de la Comisión según la cual las actividades de gran envergadura desarrolladas por ella fuera de los Países Bajos pueden reforzar su posición en el mercado neerlandés, dado que sus filiales le facilitan un acceso privilegiado al mercado internacional y contribuyen a los recursos de la totalidad del grupo.

- 143 En cuarto lugar, el Tribunal de Primera Instancia estima que los otros elementos fácticos presentados por la demandante no apoyan su tesis. En efecto, si bien es cierto que otras sociedades entraron en el mercado neerlandés de la producción durante los años anteriores a la concentración, la demandante no ha desmentido que esos recién llegados tuviesen necesidad de un socio comercial establecido *in situ*, por lo menos en un principio. En lo que respecta al supuesto boicot a la demandante por parte de determinados organismos de difusión públicos después del anuncio de la creación del HMG, debe señalarse que, como indica la propia demandante, proporcionó el 88,2 % de su producción en 1994 a las cadenas Veronica, RTL 4 y RTL 5, y, por lo tanto, era razonable que la Comisión considerase que dicho boicot tendría sólo una importancia relativa.
- 144 Por otra parte, la demandante no ha demostrado en qué consistió el error de la Comisión al considerar que Kindernet y Euro 7 serían cadenas de presupuestos muy reducidos, ya que Kindernet debía dirigirse, fundamentalmente, a los niños durante el día y Euro 7 debía ser una cadena de información y de documentales, y que, por tanto, sus necesidades de producción serían relativamente insignificantes en valor. Además, los programas producidos por la demandante no tienen ningún interés para Euro 7. Por otra parte, la demandante no ha negado que el presupuesto dedicado únicamente a los programas de Veronica era casi el triple del de SBS.
- 145 Además, la demandante no ha demostrado que la Comisión se equivocase al considerar que la mayor parte de la demanda adicional de producciones en lengua neerlandesa procedería de Veronica, que necesitaría programas para cuatro días y medio de difusión suplementarios, mientras que los organismos públicos de radiodifusión sólo debían llenar dos días y medio de difusión suplementarios, tras la partida de Veronica como organismo público de radiodifusión. Dado que la demandante ya era el principal proveedor de Veronica, era también razonable que la Comisión considerase que la mayor parte de la programación suplementaria de Veronica sería suministrada por ella.
- 146 A la luz de cuanto precede, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión definió correctamente el mercado de que se trata, así como la cuota que poseía la demandante en él, y que llegó acertadamente a la conclusión de que la demandante ocupaba una posición dominante en dicho mercado.

147 Por tanto, esta alegación debe desestimarse por infundada.

Sobre el refuerzo de la posición dominante de la demandante

148 La demandante alega que la Comisión llegó erróneamente a la conclusión, por un lado, de que el VMG ejerció con RTL un control conjunto sobre el HMG y, por otro lado, que su participación en la concentración reforzaba su posición en el mercado neerlandés de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa.

Sobre la inexistencia de control conjunto del VMG y de RTL sobre el HMG

— Alegaciones de las partes

149 La demandante alega que el HMG está formado por cuatro órganos, a saber, la asamblea general de accionistas, el comité de accionistas, el consejo de administración y los directores de los programas. El consejo de administración debe obtener el acuerdo previo de la asamblea general de accionistas sobre la mayor parte de las decisiones comerciales importantes, relativas a la estrategia del HMG, al plan de actividad trienal y al presupuesto anual, a las inversiones importantes de capital, a las obligaciones y a los préstamos. El «concepto de programación global» también forma parte de esa lista, así como el nombramiento y la destitución de los directores de los programas y del director-secretario general.

150 El VMG y RTL tienen el mismo número de representantes en la asamblea general. No obstante, Endemol, asociada a Veronica en el VMG, dispone de una participación minoritaria, dado que el VMG posee sólo el 49 % del capital del

HMG y que, según el Derecho luxemburgués al que este último está sujeto, el VMG y RTL no votan en función del número de representantes, sino de sus respectivas participaciones.

- 151 Según el apartado 4 del artículo 3 del acuerdo de concentración, la asamblea general trata de resolver los problemas adoptando una posición común. Si no se llega a ningún consenso, la cuestión se incluye en el orden del día de la siguiente asamblea general en la que « la propuesta pertinente puede adoptarse por mayoría simple de los votos de esa asamblea ». En la práctica, eso significa que RTL, con el 51 % de los derechos de voto, dispone de una mayoría en esa segunda asamblea.
- 152 Remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión* (T-2/93, Rec. p. II-323), en la que el hecho de que las decisiones importantes del consejo de administración debían ser adoptadas al menos por uno de los representantes de TAT SA y de British Airways permitió llegar a la conclusión de que realmente existía un control conjunto, la demandante estima que, debido a la imposibilidad de que los accionistas distintos de RTL bloqueen las decisiones importantes, es esta última quien ejerce un control exclusivo.
- 153 El comité de accionistas del HMG, que dispone también de un número idéntico de representantes de RTL y del VMG, decide por unanimidad, pero sólo es competente en lo que respecta a las cuestiones enumeradas en el apartado 3 del artículo 3 del acuerdo de concentración, a saber, las que se refieren a los derechos relativos a la protección normal de los accionistas minoritarios, que no tienen nada que ver con la programación del HMG.
- 154 La demandante deduce de ello que la Comisión no ha presentado ningún argumento o prueba convincente en apoyo de su conclusión de que la demandante, a través de su vínculo estructural con el HMG, puede influir en la estrategia general de éste en materia de programación y de compra de programas

de modo que su posición en el mercado de las producciones independientes de que se trata se vea reforzada (considerando 100 de la Decisión impugnada).

- 155 La demandante añade que, en la medida en que sólo posee una participación minoritaria en el capital del HMG, no reúne los requisitos necesarios para que una participación en el capital de una empresa competidora pueda estar comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición que figura en el artículo 85 del Tratado, requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487; en lo sucesivo, «sentencia Philip Morris»), por lo que la concentración no plantea ningún problema de competencia.
- 156 La Comisión recuerda que llegó a la conclusión de que el HMG estaba controlado conjuntamente por RTL y el VMG porque las decisiones estratégicas más importantes adoptadas por el consejo de administración debían ser aprobadas previamente por la asamblea general de accionistas. Aunque en teoría RTL puede acabar por imponer su voluntad, no es concebible que lo haga, teniendo en cuenta el plazo señalado en el procedimiento descrito en el apartado 4 del artículo 3 del acuerdo de concentración y el hecho de que el HMG y RTL deben mantener buenas relaciones con la demandante, ya que ésta es el principal proveedor de programas del HMG en virtud del acuerdo de producción. De ello resulta que el VMG ejerce una influencia decisiva sobre el HMG debido a que, en la práctica, RTL y el VMG deben adoptar conjuntamente las decisiones importantes que le afectan. A este respecto, alega que la demandante interpreta erróneamente la sentencia Air France/Comisión, antes citada.
- 157 Añade que el comité de accionistas existe para resolver los problemas que requieran el consentimiento de todos los accionistas. Ninguna decisión puede adoptarse si no es por unanimidad para modificar de manera sustancial el perfil, la colocación o el formato de programación de alguna de las tres cadenas. Se requiere un procedimiento similar para modificar las condiciones generales de los contratos de los miembros del personal de las cadenas. El requisito de que tales cambios sólo puedan autorizarse por unanimidad va más allá de lo necesario para proteger los intereses de un accionista minoritario y, por tanto, apoya la conclusión de la Comisión de que el HMG es controlado conjuntamente.

- 158 Por otra parte, la Comisión considera que la sentencia Philip Morris, antes citada, no es relevante en el presente asunto.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 159 Según el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 4064/89, el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de Derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa.
- 160 A la luz de las circunstancias de hecho y de Derecho del presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión actuó correctamente al considerar que el VMG (Veronica y Endemol) y RTL ejercían un control conjunto sobre el HMG.
- 161 En efecto, del acuerdo de concentración se desprende que las decisiones estratégicas más importantes deben ser aprobadas por la asamblea general de accionistas antes de ser sometidas al consejo de administración. Dichas decisiones comprenden, en particular, la estrategia del HMG, el plan de actividad trienal y el presupuesto anual, así como las inversiones importantes, el «concepto de programación global» y el nombramiento y destitución de los directores de los programas y del director-secretario general.
- 162 A tenor del apartado 4 del artículo 3 del acuerdo de concentración, las cuestiones sometidas a la asamblea general deben decidirse por consenso. Así pues, para todas esas decisiones es necesario el acuerdo de RTL y del VMG y, si no puede haber consenso, se prevé un plazo de quince días durante el cual los representantes del RTL y del VMG deben hacer todo lo posible para llegar a tal consenso. Únicamente cuando han finalizado esas dos etapas puede adoptarse una decisión final por votación de mayoría simple, y RTL, que tiene el 51 % de los derechos de voto, dispone de la mayoría.

- 163 Además, el comité de accionistas, que vota por unanimidad, debe aprobar previamente determinadas decisiones del consejo de administración que van más allá de lo que es preciso para proteger los intereses de un accionista minoritario. Así pues, una decisión que modifique de manera sustancial el perfil, la colocación o el formato de programación de alguna de las tres cadenas puede adoptarse sólo por unanimidad. Lo mismo sucede con respecto a una decisión por la que se cree una nueva cadena que competiría directamente con alguna de las tres cadenas existentes. Por lo tanto, sobre estos aspectos de la estrategia del HMG y de su «concepto de programación global» debe haber necesariamente un acuerdo unánime entre RTL y el VMG.
- 164 De ello se desprende que la Comisión pudo razonablemente llegar a la conclusión de que RTL y el VMG ejercían un control conjunto sobre el HMG, a la luz de las disposiciones del acuerdo de concentración. Así pues, no es necesario examinar las alegaciones de la demandante relativas al supuesto control exclusivo de RTL o a la sentencia Philip Morris, antes citada.

Sobre la inexistencia de refuerzo de la posición de la demandante en el mercado pertinente

— Alegaciones de las partes

- 165 La demandante alega que su participación en el capital del HMG no le permite ejercer influencia alguna ni sobre la programación general ni sobre la compra de los programas de éste. Su supuesta capacidad de prohibir el acceso de otros productores al HMG se basa en el pretendido control conjunto, siendo así que, en lo que respecta a RTL 4, RTL 5 y Veronica, ella era ya el principal proveedor de RTL y de Veronica desde hacía cinco años y, por tanto, sus programas ya han

contribuido en gran medida a determinar la imagen de RTL y de Veronica durante ese período. Así pues, según la demandante, la creación del HMG no reforzó su posición ni obstaculizó la competencia.

166 La Comisión considera que las sociedades matrices sólo podían gestionar el HMG si estaban de acuerdo sobre las decisiones estratégicas más importantes. Según ella, es inconcebible que la participación de la demandante fuese sólo una inversión financiera que no le confiriese la ventaja de una influencia decisiva en las actividades del HMG. Por tanto, la preocupación esencial de la Comisión era evitar que los vínculos estructurales entre la demandante y el HMG cerrasen el mercado en cuestión a otros productores y reforzasen su posición en ese mercado.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

167 Este Tribunal considera que la Comisión no incurrió en un error de apreciación al llegar a la conclusión de que, gracias al vínculo estructural creado entre las partes de la concentración y al control conjunto que, por consiguiente, la demandante debía ejercer con RTL sobre el HMG, de acuerdo con Veronica, la demandante aseguraba una amplia salida a su producción. Sin ese vínculo estructural, habría sido realista prever la posibilidad de que otros productores suministrasen una parte mucho mayor de las necesidades de programas adicionales del HMG. Ningún otro productor de los Países Bajos tenía la misma posibilidad de disponer de una salida asegurada para sus producciones y de ejercer una influencia sobre una entidad difusora para la compra de sus programas. El tenor del acuerdo de producción no podía sino reforzar dicha conclusión (véase el apartado 18 de la presente sentencia).

168 Además, las propias partes había manifestado que la relación de suministro que vinculaba a Endemol con RTL y Veronica constituía un elemento esencial para

forjar la imagen de RTL 4, RTL 5 y Veronica y que sería igualmente decisiva para el éxito del HMG. Asimismo, habían reconocido que la concentración tenía en parte la finalidad de permitir a la demandante reducir el riesgo a que se exponía al producir nuevos formatos de programas, dado que aseguraría el máximo aumento de los ingresos que la demandante obtendría de los nuevos formatos. Por consiguiente, era razonable que la Comisión considerase que la demandante suministraría sus programas más prometedores o de comprobado atractivo al HMG, en detrimento de las demás entidades difusoras.

- 169 En tales circunstancias, este Tribunal estima que la demandante no ha probado que la Comisión rebasara los límites de su facultad de apreciación o que incurriera en error manifiesto cuando llegó a la conclusión de que la concentración produciría el efecto de reforzar su posición dominante en el mercado neerlandés de la producción televisiva independiente en lengua neerlandesa y que, de ese modo, la competencia efectiva en el mercado se vería obstaculizada de modo significativo.
- 170 De ello se desprende que esta alegación no debe ser acogida y, por tanto, que el recurso debe desestimarse en su totalidad.

Costas

- 171 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, procede, teniendo en cuenta las pretensiones de la parte demandada y el auto del Presidente de la Sala Cuarta ampliada de 7 de octubre de 1996, condenarla a cargar con sus propias costas y, además, con la quinta parte de las costas en que incurrió la demandada con anterioridad al desistimiento de Veronica, RTL, la CLT y VNU, y con la totalidad de aquellas en las que incurrió posteriormente a dicho desistimiento.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta ampliada)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.

- 2) La demandante cargará con sus propias costas y, además, con la quinta parte de las costas en que incurrió la demandada hasta el desistimiento de las otras partes, el 7 de octubre de 1996, y con la totalidad de aquellas en que incurrió posteriormente.

Lindh

García-Valdecasas

Lenaerts

Cooke

Jaeger

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 28 de abril de 1999.

El Secretario

La Presidenta

H. Jung

P. Lindh