

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
de 15 de febrero de 2005 *

En el asunto C-12/03 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, el 8 de enero de 2003,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. M. Petite, A. Whelan y P. Hellström, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

y en el que la otra parte en el procedimiento es:

Tetra Laval BV, con domicilio social en Ámsterdam (Países Bajos), representada por los Sres. A. Vandencastele, D. Waelbroeck y M. Johnsson, abogados, y por los Sres. A. Weitbrecht y S. Völcker, Rechtsanwälte,

parte demandante en primera instancia,

* Lengua de procedimiento: inglés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de la Sala Primera, en funciones de Presidente, los Sres. C.W.A. Timmermans y A. Rosas (Ponente), Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann, J.-P. Puissechet y R. Schintgen, la Sra. N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodriguez, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Tizzano;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 27 de enero de 2004;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 25 de mayo de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso de casación, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión (T-5/02, Rec. p. II-4381; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), mediante la cual dicho Tribunal anuló la Decisión 2004/124/CE de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M. 2416 — Tetra Laval/Sidel) (DO 2004, L 43, p. 13; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

Reglamento (CEE) n° 4064/89

- 2 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 (DO L 395, p. 1, rectificado en DO 1990, L 257, p. 13), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento»), dispone 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 supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna 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.

[...]»

La Decisión impugnada

- 3 De la Decisión impugnada se desprende que se utilizan cuatro tipos de envases para los alimentos líquidos: envases de cartón, envases de plástico (los materiales utilizados son el polietileno tereftalato, en lo sucesivo «PET», y el polietileno de alta densidad, en lo sucesivo «PEAD»), latas de metal y envases de vidrio. Diversos factores determinan el tipo de envase utilizado para un producto. A este respecto, constituyen factores importantes las características técnicas del producto, las del material de envasado y las relacionadas con la técnica de envasado.
- 4 Los productos a los que la Decisión impugnada se refiere de un modo más específico son los denominados productos «sensibles». Entre ellos se incluyen la leche y los productos lácteos líquidos (en lo sucesivo, «PLL»), los zumos y néctares de frutas, las bebidas sin gas con sabor a fruta (en lo sucesivo, «BSF») y las bebidas a base de té o de café. Según los casos, dichos productos deben protegerse de la luz, como sucede

con la leche, o del oxígeno, como sucede con los zumos de frutas y, en menor medida, con las BSF y con las bebidas a base de té o de café. Como el PET es una resina porosa al oxígeno y que deja pasar la luz, resulta menos conveniente que el cartón para los referidos productos. No obstante, se están llevando a cabo investigaciones tecnológicas en lo relativo a los denominados tratamientos «de barrera», es decir, aquellos tratamientos que garantizan una protección frente al oxígeno y la luz.

- 5 La técnica de envasado es otro factor importante para la elección del envase. En efecto, algunos productos ácidos, como la leche y los zumos de frutas, deben envasarse en condiciones de asepsia, pues de lo contrario habrán de distribuirse refrigerados. Ahora bien, consta en autos que el envase en cartón de este tipo de productos permite preservar mejor las condiciones de asepsia cuando la empresa productora del alimento líquido en cuestión lleva a cabo el envasado en una sola fase. Lo más frecuente es que dicha empresa posea una línea de envasado integrada. La empresa compra el cartón en rollos y procede a recortar, dar forma, llenar y cerrar el envase.

- 6 El envasado de un producto líquido en PET se lleva a cabo, en cambio, en varias fases, lo que hace más difícil respetar las condiciones de asepsia. Es preciso producir primero una preforma, es decir, un tubo de plástico obtenido a partir de resina, formar luego la botella vacía colocando la preforma en una máquina denominada «Stretch Blow Moulding» («estirado, soplado, moldeo»; en lo sucesivo, «máquina estiradora-sopladora») que contenga el molde correspondiente a la forma deseada y, tan sólo al final, llenar la botella y cerrarla. Estas diferentes fases pueden llevarlas a cabo empresas distintas. De este modo, existen los «convertidores», cuya actividad consiste en fabricar envases y suministrarlos a los productores de líquidos. No obstante, se están desarrollando líneas de producción integradas y técnicas de producción que permiten garantizar más fácilmente el envasado en condiciones de asepsia.

- 7 Mediante la Decisión impugnada, la Comisión declaró incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), la adquisición por Tetra Laval BV de la

sociedad Sidel SA (en lo sucesivo, «concentración notificada»). Tetra Laval BV (en lo sucesivo, «Tetra») es una sociedad financiera del grupo Tetra, el cual engloba asimismo a la sociedad Tetra Pak, empresa líder a nivel mundial en el ámbito de los envases de cartón y que se considera que tiene una posición dominante en dicho mercado en lo que atañe al envasado aséptico, mientras que Sidel SA (en lo sucesivo, «Sidel») es una empresa líder en la producción y suministro de máquinas estiradoras-sopladoras y activa en la técnica del tratamiento «de barrera». La Decisión impugnada se adoptó en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento.

- 8 En la Decisión impugnada, la Comisión llegó a la conclusión de que los mercados de sistemas de envasado en cartón y en PET son mercados distintos, pero estrechamente relacionados entre sí y potencialmente convergentes, que disponen, en particular, de una clientela común en expansión. La Comisión consideró asimismo que existen mercados distintos para las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad, respectivamente, y que estos últimos mercados se subdividen, a su vez, en el mercado de productos sensibles y el mercado de productos no sensibles. Esta distinción en función de la utilización final se explica por las diferencias que existen entre las especificaciones de las referidas máquinas, que permiten que los fabricantes de éstas practiquen una discriminación de precios en función de dicha utilización final, la cual puede determinarse en el momento de la compra, no pudiendo evitarse tal discriminación mediante el arbitraje.
- 9 Según la Comisión, la operación de concentración notificada puede incitar a Tetra a valerse, mediante la práctica de un «apalancamiento», de su posición dominante en el mercado de equipos y de productos consumibles relativos a envases de cartón para persuadir a sus clientes en dicho mercado que se pasan al PET para el envasado de ciertos productos sensibles de que opten por las máquinas estiradoras-sopladoras de Sidel, excluyendo de este modo a los competidores mucho más pequeños y transformando en posición dominante el liderazgo de Sidel en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras para productos sensibles. Esta conducta de Tetra resulta favorecida por su relación estrecha y continuada con sus clientes, su capacidad financiera y su «know-how», así como su prestigio en el sector aséptico y ultralimpio, la fortaleza, la tecnología y la reputación de calidad que caracterizan actualmente a Sidel y la situación de integración vertical de que se beneficiará la entidad que surja de la concentración notificada (en lo sucesivo, «nueva entidad») en lo que atañe a tres sistemas de envasado (cartón, PET y PEAD).

- 10 La Comisión llegó asimismo a la conclusión de que, habida cuenta de la debilidad de la competencia en los mercados de equipos y productos consumibles para envases de cartón, la fusión de Tetra con el primer productor en el mercado en expansión de los equipos de PET, mercado que está estrechamente ligado al de cartón, eliminaría una fuente importante de competencia potencial. Ello reforzaría la posición dominante de Tetra en los mercados de envases de cartón y disminuiría los incentivos que tendría para ajustar sus precios e innovar para hacer frente a la amenaza que el PET representa para su posición.
- 11 Tetra asumió ciertos compromisos, entre los cuales figuran el de mantener separados a Tetra y a Sidel durante diez años, el de no hacer ofertas que versen a la vez sobre productos de cartón y sobre máquinas estiradoras-sopladoras fabricadas por Sidel y el de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.043 — Tetra Pak II) (DO 1992, L 72, p. 1). La Comisión estimó que tales compromisos eran insuficientes para resolver los problemas estructurales de competencia suscitados por la operación de concentración notificada y alega que sería prácticamente imposible controlar su cumplimiento. Por consiguiente, en el artículo 1 de la Decisión impugnada declaró dicha operación incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La sentencia recurrida

- 12 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 15 de enero de 2002, Tetra interpuso un recurso de anulación contra la Decisión impugnada. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión había incurrido en errores manifiestos de apreciación en sus conclusiones relativas al apalancamiento y al refuerzo de la posición dominante de Tetra en el sector del cartón, y, en consecuencia, anuló dicha Decisión.

- 13 Por lo que se refiere a las alegaciones de la Comisión según las cuales la concentración notificada produciría efectos de conglomerado contrarios a la competencia y que, concretamente, daría a la nueva entidad la capacidad y la tentación de practicar un apalancamiento explotando su posición global en el sector del cartón a fin de alcanzar una posición dominante en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras, el Tribunal de Primera Instancia declaró que, según la propia Comisión, tal posición dominante no resultaría de la concentración en sí misma, sino del comportamiento previsible de la nueva entidad. Ahora bien, el Tribunal de Primera Instancia recordó que, cuando la Comisión estima que una operación de concentración debe prohibirse porque creará o reforzará, dentro de un período previsible, una posición dominante, le incumbe la obligación de aportar pruebas sólidas para sustentar tal conclusión.
- 14 Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia declaró que, para valorar la previsibilidad del comportamiento de la nueva entidad, la Comisión debía examinar todas las circunstancias susceptibles de determinar dicho comportamiento. Teniendo en cuenta que, respecto de una empresa dominante como Tetra, una práctica de apalancamiento podría ser constitutiva de un abuso de la posición dominante preexistente, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que la Comisión debía examinar la probabilidad de que se adoptaran comportamientos contrarios a la competencia teniendo en cuenta los incentivos para su adopción, pero también aquellos factores susceptibles de reducir, o incluso eliminar, dichos incentivos, tales como la probabilidad de que los comportamientos en cuestión fueran perseguidos y sancionados. Al no haber efectuado la Comisión el referido examen, no podían considerarse válidas sus constataciones. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia examinó la cuestión de si la Comisión podía demostrar el fundamento de su tesis al margen de tales constataciones.
- 15 El Tribunal de Primera Instancia declaró que, en principio, a la nueva entidad le resultaba posible practicar un apalancamiento. Pero declaró asimismo que la Comisión había sobreestimado el crecimiento probable de la rama del PET y que, por las razones mencionadas más arriba, los métodos utilizados para practicar un apalancamiento que el Tribunal de Primera Instancia debía examinar se circunscribían a aquellos que no violaban el Derecho comunitario. El Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que, en conjunto, la Comisión había incumplido su obligación de demostrar que la eventual práctica de apalancamiento habría dado lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en los mercados de referencia para 2005. En lo que atañe concretamente a las máquinas estiradoras-sopladoras, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Decisión

impugnada no contenía pruebas suficientes para justificar el que la Comisión hubiera definido dos mercados distintos de máquinas estiradoras-sopladoras, el correspondiente a los productos sensibles y el correspondiente a los productos no sensibles.

- 16 En lo que atañe a la alegación de la Comisión de que «la posición dominante actual de [Tetra] en el sector de los envases de cartón» se vería reforzada por la eliminación de la fuente de dificultades que implica la competencia en los mercados próximos, en razón de la eliminación de la competencia de Sidel en el mercado del envasado en PET, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el referido refuerzo debía ser probado por la Comisión y que no resultaba automáticamente de la existencia de una posición dominante. El Tribunal de Primera Instancia declaró que la Comisión había incumplido su obligación de aportar tal prueba.

El recurso de casación

- 17 Para fundamentar su recurso de casación, la Comisión invoca cinco motivos. El primer motivo se basa en un error de Derecho en lo relativo al grado de exigencia probatoria que se le impone y al alcance del control judicial ejercido por el Tribunal de Primera Instancia. El segundo motivo se basa en la infracción de los artículos 2 y 8 del Reglamento, por cuanto la Comisión afirma que el Tribunal de Primera Instancia le impuso, por una parte, la obligación de tener en cuenta la incidencia de la ilegalidad de determinados comportamientos sobre los incentivos que la nueva entidad tendría para practicar un apalancamiento y, por otra parte, la de considerar como eventual medida correctiva los compromisos de no adoptar comportamientos abusivos. El tercer motivo se basa en el error de Derecho en el que el Tribunal de Primera Instancia incurrió como consecuencia de la utilización de un criterio erróneo de control judicial y de una infracción del artículo 2 del mismo Reglamento, en la medida en que no confirmó la definición de mercados distintos relativos a las máquinas estiradoras-sopladoras en función de la utilización final de las mismas. El

cuarto motivo se basa en la infracción del citado artículo 2, en la desnaturalización de los hechos y en no haberse tenido en cuenta los argumentos de la Comisión, por cuanto el Tribunal de Primera Instancia no reconoció el fundamento de la apreciación de aquella institución en el sentido de que Tetra reforzaría su posición dominante en el sector del cartón. El quinto motivo se basa en la infracción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia rechazó las conclusiones de la Comisión relativas a la creación de una posición dominante en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras.

- 18 En su escrito de contestación, Tetra solicitó que, como diligencia de instrucción, se ordenara que se aportara la versión en lengua francesa del recurso de casación. Mediante auto de 24 de julio de 2003, el Tribunal de Justicia denegó dicha petición.

Sobre el primer motivo de casación

- 19 Mediante su primer motivo, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia que, a pesar de afirmar que aplicaba el criterio del error manifiesto de apreciación, se basó en realidad en un criterio diferente, consistente en exigir que se aportaran «pruebas sólidas» («convincing evidence»). Al obrar de esta manera, el Tribunal de Primera Instancia infringió el artículo 230 CE, ya que no respetó el margen de apreciación de que disfrutaba la Comisión en lo relativo a las cuestiones fácticas y económicas complejas. La Comisión añade que el Tribunal de Primera Instancia infringió asimismo el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento, al aplicar una presunción de legalidad respecto de las concentraciones con efecto de conglomerado. Tomando como ejemplo el control de la previsión por la Comisión de un crecimiento significativo de la utilización de envases de PET para los productos sensibles, dicha institución sostiene que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó los hechos, no motivó suficientemente la refutación de sus argumentos y se abstuvo de tener en cuenta una serie de consideraciones, alegaciones y pruebas invocadas por ella en la Decisión impugnada y en su escrito de contestación, llegando incluso a omitir cualquier referencia a las mismas.

- 20 En el apartado 119 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó de la siguiente manera los criterios del control judicial de las decisiones de la Comisión en materia de concentración:

«Procede comenzar recordando que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por 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 implícito 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, denominada «Kali & Salz», asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartados 223 y 224; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec. p. II-753, apartados 164 y 165, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 64)».

- 21 En el apartado 120 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia interpretó del siguiente modo el artículo 2, apartado 3, del Reglamento:

«También es necesario recordar que, según el artículo 2, apartado 3, del Reglamento, 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. En cambio, la Comisión debe declarar compatible con el mercado común toda operación de concentración notificada que entre en el ámbito de aplicación del Reglamento desde el momento en que no concurren los dos requisitos que establece la disposición mencionada (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994, Air France/Comisión, T-2/93, Rec. p. II-323, apartado 79; véanse también, en el mismo sentido, las sentencias Gencor/Comisión, antes citada, apartado 170, y Airtours/Comisión, antes citada, apartados 58 y 82). Por tanto, cuando no se cree ni se refuerce una posición dominante, la operación debe autorizarse sin que resulte necesario examinar sus consecuencias sobre la competencia efectiva (sentencia Air France/Comisión, antes citada, apartado 79)».

22 El primer motivo de casación invocado por la Comisión afecta a numerosos apartados de la sentencia recurrida. Resulta pertinente reproducir, no obstante, los pasajes de la misma relativos a la naturaleza de conglomerado de la concentración notificada, que se define en el apartado 142 de dicha sentencia como la concentración «de empresas entre las que no existían antes, en lo esencial, relaciones de competencia, ya fuera como competidores directos, ya como proveedores y clientes», concentración que no da lugar a auténticas superposiciones horizontales entre las actividades de las empresas que se concentran ni a relaciones verticales entre ellas, en el sentido estricto del concepto, de modo que no cabe presumir con carácter general que produzca efectos contrarios a la competencia.

23 En el apartado 146 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia interpretó del siguiente modo el Reglamento en lo relativo a su aplicación a los conglomerados:

«Es preciso señalar en primer lugar que el Reglamento, en particular su artículo 2, apartados 2 y 3, no hace distinción alguna entre las operaciones de concentración con efectos horizontales y verticales, por una parte, y las que tienen un efecto de conglomerado, por otra. De ello se deduce que, al no existir distinción entre ambos tipos de operaciones, una concentración sólo puede prohibirse cuando concurren los dos requisitos que establece el artículo 2, apartado 3 (véase el apartado 120 *supra*). Por consiguiente, al igual que cualquier otra concentración (véase el apartado 120 *supra*), una concentración que produzca un efecto de conglomerado debe ser autorizada por la Comisión cuando no se haya acreditado que la misma crea o refuerza una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo y supone un obstáculo significativo para una competencia efectiva.»

24 En cuanto a los efectos sobre la competencia de una operación de concentración que produce un efecto de conglomerado y al análisis de la Comisión al respecto, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«148 En primer lugar procede analizar si el artículo 2, apartado 3, del Reglamento permite prohibir una operación de concentración que crea una estructura

competitiva que no conferirá de inmediato una posición dominante a la entidad nacida de la concentración, cuando pueda afirmarse que, con toda probabilidad, la operación permitirá que dicha entidad alcance en un futuro relativamente próximo, utilizando como palanca la posición que la empresa adquirente ostenta en el mercado en que ya es dominante, una posición dominante en otro mercado en el que la empresa adquirida ocupa ya una posición de liderazgo, y cuando dicha adquisición produzca efectos contrarios a la competencia significativos en los mercados afectados.

[...]

150 Este Tribunal observa que, en principio, la concentración de empresas presentes en mercados distintos no suele dar lugar de inmediato a la creación o al refuerzo de una posición dominante como consecuencia de la acumulación de las cuotas de mercado de las empresas que se unen. En efecto, las posiciones relativas de los competidores en un mercado dependen generalmente de factores específicos de ese mismo mercado, a saber, sobre todo, de las cuotas de mercado de los competidores y de las condiciones de la competencia en dicho mercado. Sin embargo, esto no quiere decir que las condiciones de la competencia en un mercado no puedan nunca verse afectadas por factores externos a dicho mercado.

151 Así, por ejemplo, cuando los mercados pertinentes son mercados próximos y una de las empresas que participan en la operación de concentración ocupa ya una posición dominante en uno de ellos, puede ocurrir que los medios y capacidades que dicha operación reúne creen de inmediato unas condiciones que permitan que la nueva entidad alcance en un futuro relativamente próximo, mediante prácticas de apalancamiento, una posición dominante en el otro mercado. Esto resulta posible, en particular, cuando dichos mercados tienden a converger y cuando, de entre las empresas que participan en la operación, no sólo hay una que ocupa una posición dominante en un mercado, sino además otra u otras que ocupan una posición de liderazgo en el otro.

- 152 Toda interpretación diferente del artículo 2, apartado 3, del Reglamento entrañaría el riesgo de privar a la Comisión de la posibilidad de controlar las operaciones de concentración que tengan por único o principal efecto un efecto de conglomerado.
- 153 Por consiguiente, al realizar el análisis prospectivo de los efectos de una operación de concentración de tipo conglomerado, la Comisión está obligada a prohibirla si los efectos de conglomerado constatados le permiten concluir que, con toda probabilidad, en un futuro relativamente próximo se crearía o se reforzaría una posición dominante, que tendría como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado afectado (véanse, en este sentido, las sentencias *Kali & Salz*, antes citada, apartado 221; *Gencor/Comisión*, antes citada, apartado 162, y *Airtours/Comisión*, antes citada, apartado 63).
- 154 En este contexto también hay que distinguir, por una parte, la situación en la que una concentración con efecto de conglomerado modifica de inmediato las condiciones de la competencia en el segundo mercado y da lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en éste como consecuencia de la posición dominante ocupada ya en el primer mercado y, por otra parte, la situación en la que la creación o el refuerzo de la posición dominante en el segundo mercado no constituye un resultado inmediato de la concentración, sino que, dadas las circunstancias, sólo se producirá pasado cierto tiempo y como consecuencia del comportamiento que adopte la nueva entidad en el primer mercado en el que ya ocupa una posición dominante. En este último caso, no sería la estructura resultante de la propia operación de concentración la que crearía o reforzaría la posición dominante, en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento, sino dicho comportamiento futuro.
- 155 El análisis de la Comisión en materia de concentraciones que produzcan un efecto de conglomerado está condicionado por requisitos análogos a los

definidos por la jurisprudencia en lo que respecta a la creación de una situación de posición dominante colectiva (sentencias Kali & Salz, antes citada, apartado 222, y Airtours/Comisión, antes citada, apartado 63). Así, el análisis por la Comisión de una operación de concentración que se prevé que tendrá un efecto de conglomerado contrario a la competencia requiere un examen particularmente atento de las circunstancias pertinentes para valorar dicho efecto sobre la competencia en el mercado de referencia. Como este Tribunal ha indicado ya, cuando la Comisión considera que debe prohibirse una operación de este tipo porque va a crear o reforzar, en un plazo previsible, una posición dominante, recae sobre ella la carga de aportar pruebas sólidas en apoyo de la conclusión a la que ha llegado (sentencia Airtours/Comisión, antes citada, apartado 63). Dado que normalmente se considera que los efectos de una concentración de tipo conglomerado son neutros, e incluso beneficiosos, para la competencia en los mercados afectados, tal como lo indica, en el presente asunto, la doctrina económica citada en los análisis adjuntos a los escritos procesales de las partes, la demostración de que una concentración de este tipo tiene efectos de conglomerado contrarios a la competencia requiere un examen preciso, respaldado por pruebas sólidas, de las circunstancias que supuestamente producirán dichos efectos (véase, por analogía, la sentencia Airtours/Comisión, antes citada, apartado 63).»

Alegaciones de las partes

- 25 La Comisión sostiene que, debido tanto a la naturaleza del control judicial ejercido por el Tribunal de Primera Instancia como al grado de exigencia probatoria que le impone, dicho Tribunal se ha separado de los principios definidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kali & Salz, antes citada. A este respecto, la Comisión indica que los apartados pertinentes de aquella sentencia son los siguientes:

«220 Como se ha indicado anteriormente, a tenor del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento, deben declararse incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significa-

tivo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

- 221 Por tanto, en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores.
- 222 Una medida de este tipo requiere un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia.
- 223 A este respecto, debe señalarse, no obstante, que las normas [materiales] del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico.
- 224 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 [implícito] en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones.»

- 26 Tanto de los principios enunciados en la sentencia Kali & Salz, antes citada, como del control ejercido por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a aquella sentencia, la Comisión deduce que está obligada a examinar atentamente el mercado de referencia, a tomar en consideración todos los factores pertinentes y a basar su apreciación en pruebas que reflejen la realidad de los hechos, que no sean manifiestamente insignificantes y que resulten idóneas para sustentar las conclusiones que se deduzcan de las mismas, y, además, que debe llegar a conclusiones basadas en un razonamiento coherente.
- 27 A este respecto, la Comisión considera, en primer lugar, que la exigencia de «pruebas sólidas» («convincing evidence») difiere materialmente, en grado y en naturaleza, tanto de la obligación de aportar elementos de prueba «significativos y concordantes», según resulta de la sentencia Kali & Salz, antes citada, como del principio según el cual la apreciación de la Comisión deberá admitirse salvo que se demuestre que es manifiestamente errónea. El grado de exigencia probatoria es diferente porque, contrariamente a la exigencia de pruebas sólidas («convincing evidence»), la exigencia de elementos probatorios significativos y concordantes no excluye la posibilidad de que otro organismo pudiera llegar a una conclusión diferente si tuviera competencia para pronunciarse sobre la cuestión. La naturaleza de las pruebas exigidas también es diferente, en la medida en que transformaría a los tribunales comunitarios en otros órganos con competencia para conocer del asunto en toda su complejidad, que estarían facultados para sustituir los puntos de vista de la Comisión por los suyos propios. La Comisión añade que el Tribunal de Primera Instancia se contradice porque invoca el criterio del error manifiesto de apreciación al mismo tiempo que utiliza un criterio diferente de éste.
- 28 La Comisión sostiene, en segundo lugar, que un margen de apreciación es inherente a todo análisis prospectivo. En efecto, resulta necesario determinar la probabilidad de ciertas evoluciones del mercado dentro de un lapso de tiempo previsible, basándose en la situación actual del mercado, en las tendencias observables y en otros indicadores apropiados. Exigir que la apreciación de la Comisión se base, de hecho, en pruebas incontrovertidas o casi unívocas, sea cual fuere el valor de éstas, privaría a la Comisión de su función, que consiste en evaluar los elementos probatorios y en atribuir, por razones justificables, más peso a algunas fuentes que a otras.

29 La Comisión alega, por último, que el criterio en materia de prueba que aplica el Tribunal de Primera Instancia tendría como consecuencia que ella estaría obligada a autorizar la operación en aquellos supuestos en que las pruebas no alcanzaran el grado de exigencia requerido, lo que equivaldría, *de facto*, a una presunción general de legalidad de determinadas operaciones de concentración o, cuando menos, a instaurar un prejuicio favorable a las mismas. Ahora bien, el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento impone a la Comisión una doble obligación, cuyo objeto es, bien prohibir la operación de concentración si la misma crea o refuerza una posición dominante, o bien, de modo simétrico pero opuesto, autorizar dicha operación si no crea ni refuerza una posición de este tipo. Tal obligación, añade la Comisión, refleja la voluntad del legislador comunitario de conceder la misma protección a los intereses privados de las empresas que participan en la concentración, por un lado, y al interés público que representa el mantenimiento de una competencia efectiva y la protección de los consumidores, por otro lado. La Comisión concluye que esta doble obligación simétrica implica la necesidad de recurrir a un criterio simétrico en cuanto al grado de exigencia probatoria que se le impone, puesto que demostrará el fundamento de sus conclusiones tanto en un caso como en el otro.

30 A modo de ilustración del control judicial tal como lo ejerció el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, la Comisión invoca, en particular, la apreciación del crecimiento de la utilización de envases de PET para los productos sensibles. Sobre este extremo, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«210 En la vista, la Comisión precisó que su razonamiento no se basa en la exactitud y precisión de sus previsiones, en la medida en que se acepte que el crecimiento futuro será significativo. Reconoció igualmente que, dada la incertidumbre subsistente sobre la posibilidad de utilizar comercialmente las tecnologías de barrera necesarias, no puede insistir en que se producirá un crecimiento significativo del PET para el mercado de la leche [no aromatizada] UHT, y que incluso el escaso crecimiento previsto en la Decisión impugnada podría resultar exagerado. Sin embargo, hizo hincapié en que sus previsiones de un fuerte crecimiento entre hoy y 2005 de la utilización de PET para leche fresca, zumos, BSF y, en particular, bebidas a base de té o café son totalmente verosímiles.

- 211 El Tribunal de Primera Instancia constata que no puede afirmarse que la utilización del PET vaya a aumentar realmente en el mercado de la leche UHT, que supone aproximadamente la mitad del mercado de PLL.
- 212 En cuanto al resto del mercado de PLL, procede observar que el informe de PCI [titulado "Potencial del PET para el envasado de productos lácteos líquidos — 2001" ("The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001")], único estudio independiente centrado en el mercado de los PLL, prevé un crecimiento de la utilización del PET gracias al cual éste alcanzará en 2005 una cuota de un 9,2 % en el mercado de leche fresca no aromatizada (PCI, p. 64). A esto hay que añadir que, en lo que respecta al envasado aséptico, el informe de Warrick [denominado "Estudio de Warrick sobre los mercados de envasado — Mercados de envasado aséptico en el mundo y en Europa occidental — 2000" ("Warrick Research Report Packaging Markets — Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000")] sólo predice un crecimiento mínimo para la leche aromatizada, de un 1 %, y un ligero retroceso para las demás bebidas a base de leche, mientras que el informe de Pictet [titulado "Informe de los analistas de Pictet, 'Máquinas de envasado en Europa — La transición al PET' — Septiembre de 2000", ("Analysts' Report, Pictet 'European Packaging Machinery, Move into PET' — september 2000")] no contiene previsiones específicas sobre los PLL. Basándose en estos datos, resulta obligado concluir que la Comisión no ha demostrado que sus previsiones relativas a los PLL se basen en un análisis prudente de los estudios independientes o en un conjunto sólido y coherente de pruebas obtenidas por ella en su investigación de mercado, por más que lo haya afirmado así en su escrito de contestación. Las estimaciones de crecimiento adoptadas por la Comisión (apartado 209 *supra*) no son, en efecto, muy convincentes. El informe de PCI es, en cambio, el único dato que podría quizá servir de base a la previsión de que el PET alcanzará entre hoy y 2005 una cuota del 25 % del mercado de las demás bebidas a base de leche (a saber, la leche aromatizada y las bebidas a base de leche o de yogur) (PCI, pp. 63 y 64). Sin embargo, si dicho crecimiento se materializase, el volumen de que se trata sólo aumentaría en 62.000 toneladas en el año 2000, para alcanzar 92.800 toneladas en 2005, aumento no demasiado significativo comparado con los aproximadamente 120 millones de toneladas de leche producidas en la Comunidad cada año (PCI, p. 9). En términos más generales, la Decisión impugnada no explica adecuadamente cómo podría el PET desplazar al PEAD como principal competidor del cartón, sobre todo en el importante sector del envasado de

leche fresca, entre hoy y 2005. A este respecto procede señalar que la Comisión no impugna la estimación global de [la empresa de consultoría] Canadean que atribuye al PEAD un 17,3 % del mercado de PLL en el año 2000 (véase el cuadro 3, considerando 66), ni la previsión de que dicha cifra podría llegar a ser de un 19,5 % entre hoy y 2005 (véase el cuadro 5, considerando 105).

- 213 En lo relativo a los zumos, la previsión de la Comisión es aún menos convincente. Tras haber reconocido que el crecimiento en este sector se deberá principalmente al paso del vidrio al PET, la Comisión no efectúa análisis alguno del mercado del vidrio. Al faltar este análisis, el Tribunal de Primera Instancia no puede comprobar la exactitud de las previsiones de la Comisión en lo que respecta a los zumos. Dicho análisis habría sido indispensable para permitir a este Tribunal verificar los niveles probables de sustitución del vidrio por cartón, PET y PEAD, principalmente. Tal análisis resultaba especialmente necesario a la vista de las diferencias entre las previsiones formuladas en los estudios de Canadean y de Warrick, por una parte, y en el estudio de Pictet, por otra, en lo relativo al nivel de crecimiento y a los períodos examinados.
- 214 De ello se deduce que no se han demostrado de un modo jurídicamente suficiente las previsiones de crecimiento formuladas por la Comisión en la Decisión impugnada en lo que respecta a los PLL y a los zumos. Aunque probablemente se producirá cierto crecimiento en dichos segmentos, sobre todo en los productos de gama alta, faltan pruebas convincentes de la magnitud de dicho crecimiento.
- 215 En cambio, se deduce de los estudios independientes que, con toda probabilidad, entre hoy y 2005 se producirá un aumento significativo en la utilización del PET para el envasado de BSF y de bebidas a base de té o café, incluidas las bebidas isotónicas. Dado que la demandante no impugnó con firmeza en la vista el nivel de crecimiento previsto en la Decisión impugnada, que no está sobrevalorado en comparación con el previsto en dichos estudios, procede concluir que la Comisión no cometió errores a este respecto.»

- 31 La Comisión reprocha esencialmente al Tribunal de Primera Instancia no haber demostrado que las estimaciones de dicha institución sobre el crecimiento en la utilización del PET se habían basado, en primer lugar, en errores de hecho; en segundo lugar, en constataciones de hecho no acreditadas o en conclusiones basadas en elementos manifiestamente insignificantes; en tercer lugar, en incoherencias o en errores de razonamiento, o incluso, en cuarto lugar, en la omisión de consideraciones pertinentes. Según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia rechazó, sin motivación alguna, la valoración de las pruebas efectuada por dicha institución, desnaturalizó los hechos, por ejemplo, al declarar, en el apartado 213 de la sentencia recurrida, que la Comisión no había efectuado análisis alguno del mercado del vidrio, e impuso sus propias apreciaciones, contrarias a las de la Comisión y manifiestamente erróneas, por ejemplo, al declarar, en el apartado 289 de la sentencia recurrida, que «la leche fresca no es un producto para el que resulten especialmente importantes las ventajas del PET», o incluso al considerar, en los apartados 288 y 328 de la misma sentencia, que el coste del PET es superior al del cartón.
- 32 Tetra sostiene que el primer motivo de casación invocado por la Comisión no es sino una controversia semántica sobre los términos utilizados en la sentencia recurrida y no sobre el examen efectuado por el Tribunal de Primera Instancia en cuanto al fondo. Según Tetra, el argumento de la Comisión es vano, puesto que no existe terminología coherente en lo relativo al grado de prueba que se exige.
- 33 Tetra señala también que la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Kali & Salz*, antes citada, a la que se remite la Comisión en lo que atañe al régimen de la prueba, no impidió que, en el asunto que dio lugar a aquella sentencia, el Tribunal de Justicia examinara en profundidad tanto los hechos que había invocado la Comisión para fundamentar sus argumentos como las conclusiones que de ellos había deducido dicha institución en la Decisión controvertida.
- 34 Según Tetra, cuando el Tribunal de Primera Instancia rechazó la motivación de la Decisión impugnada respetó el margen de apreciación de la Comisión y no rebasó el ámbito de su propio control judicial, limitándose a declarar que la Comisión no había probado la existencia de un apalancamiento.

- 35 Tetra sostiene que la Comisión interpreta erróneamente el apartado 153 de la sentencia recurrida cuando deduce del mismo que impone un grado de exigencia probatoria asimétrico y una presunción de legalidad, *de facto*, de las operaciones de concentración. Según Tetra, en aquel apartado el Tribunal de Primera Instancia se limitó a exponer las modalidades de ejercicio de la obligación de aportar la prueba de los efectos de tales operaciones.
- 36 En cuanto al ejemplo que puso la Comisión en lo relativo al análisis por el Tribunal de Primera Instancia del crecimiento de la utilización del PET para el envasado de los productos sensibles, Tetra efectúa un análisis comparado del recurso de casación y de la sentencia recurrida a fin de demostrar que la Comisión interpretó dicha sentencia de un modo erróneo o falaz, sacando de contexto determinadas citas.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el primer motivo de casación

- 37 Mediante su primer motivo, la Comisión impugna la sentencia recurrida en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia le impuso la exigencia de que, al adoptar una decisión que declara una operación incompatible con el mercado común, debe basar su argumentación en un nivel probatorio y en una calidad de las pruebas que resultaban incompatibles con las amplias facultades de que dispone cuando lleva a cabo valoraciones de carácter económico. De este modo, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia la infracción del artículo 230 CE al rebasar el nivel de control que le reconoce la jurisprudencia y, en consecuencia, al haber aplicado indebidamente en el caso de autos el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento al establecer una presunción de legalidad en favor de determinadas operaciones de concentración.
- 38 A este respecto, procede hacer constar que, en el apartado 119 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó correctamente los criterios del control judicial de las decisiones de la Comisión en materia de concentraciones, tal como habían sido formulados en la sentencia *Kali & Salz*, antes citada. En los apartados 223 y 224 de esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la

Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico, y que, 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 implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones.

- 39 Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado.
- 40 Por consiguiente, remitiéndose específicamente a la sentencia *Kali & Salz*, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente, en el apartado 155 de la sentencia recurrida, que el análisis de la Comisión en materia de concentraciones que produzcan un efecto de conglomerado está sujeto a requisitos análogos a los definidos por la jurisprudencia en lo que respecta a la creación de una situación de posición dominante colectiva y requiere un examen atento de las circunstancias pertinentes para valorar dicho efecto sobre la competencia en el mercado de referencia.
- 41 Aunque el Tribunal de Primera Instancia precisó, en ese mismo apartado 155, que la demostración de los efectos de conglomerado contrarios a la competencia de una concentración del tipo de la notificada requiere un examen preciso, apoyado en pruebas sólidas («convincing evidence»), de las circunstancias supuestamente

constitutivas de tales efectos, no añadió en modo alguno un requisito relativo al grado de exigencia probatoria, limitándose a recordar la función esencial de la prueba, que no es otra que la de convencer del fundamento de una tesis o, como en el caso de autos, de una decisión en materia de concentraciones.

- 42 Un análisis prospectivo, como los que resultan necesarios en materia de control de las concentraciones, requiere ser efectuado con gran atención, puesto que no se trata de examinar hechos del pasado, en relación con los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas, ni tan siquiera de hechos presentes, sino precisamente de prever hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor, en el caso de que no se adopte ninguna decisión que prohíba la concentración proyectada o que precise las condiciones de la misma.
- 43 Así pues, el análisis prospectivo consiste en examinar de qué modo podría una operación de concentración modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Un análisis de este tipo requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor.
- 44 El análisis de una operación de concentración de tipo «conglomerado» es un análisis prospectivo en el cual la consideración de un lapso de tiempo proyectado hacia el futuro, por un lado, y el apalancamiento necesario para que exista un obstáculo significativo para una competencia efectiva, por otro, implican que las relaciones de causa a efecto no se perciben con nitidez, adolecen de incertidumbre y son difíciles de determinar. En este contexto, es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común, puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales, de no adoptarse una decisión de ese tipo, resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución.

- 45 De estos diferentes elementos se desprende que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho al recordar los criterios del control judicial que ejerce o al precisar la calidad de las pruebas que ha de aportar la Comisión para demostrar que concurren los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento.
- 46 En cuanto al control jurisdiccional concreto efectuado por el Tribunal de Primera Instancia en el caso de autos, del ejemplo invocado por la Comisión, relativo al crecimiento de la utilización de envases de PET para los productos sensibles, no se deduce que dicho Tribunal haya rebasado los límites propios del control de una resolución administrativa por el juez comunitario. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el apartado 211 de la sentencia recurrida no es sino una reformulación más concisa, en forma de constatación del Tribunal de Primera Instancia, de la confesión de la propia Comisión en la vista, resumida en el apartado 210 de la misma sentencia, acerca del carácter exagerado de su previsión relativa al crecimiento del uso del PET para el envasado de leche UHT, previsión que se recoge con más amplitud en la Decisión impugnada. En el apartado 212 de la referida sentencia, el Tribunal de Primera Instancia justificó la razón por la que había considerado que las pruebas aportadas por la Comisión carecían de fundamento, declarando que, de los tres informes independientes citados por aquella institución, tan sólo el informe de PCI contenía datos relativos al uso del PET para el envasado de leche. En ese mismo apartado 212, el Tribunal de Primera Instancia prosigue demostrando el carácter escasamente convincente de las pruebas aportadas por la Comisión, poniendo de relieve el carácter poco significativo del crecimiento previsto en el mencionado informe de PCI, así como la falta de concordancia entre la previsión de la Comisión sobre la utilización del PET y los datos no cuestionados de los restantes informes en lo que atañe a la utilización del PEAD. En cuanto al apartado 213 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia se limitó a poner de manifiesto las lagunas del análisis de la Comisión, que impiden reconocer como válidas las previsiones de dicha institución, habida cuenta de las diferencias observadas entre tales previsiones y las contenidas en los restantes informes.
- 47 Entre los otros ejemplos que invoca, la Comisión cuestiona la afirmación del Tribunal de Primera Instancias contenida en el apartado 289 de la sentencia recurrida, según la cual «la leche fresca no es un producto para el que resulten especialmente importantes las ventajas del PET desde el punto de vista del marketing», así como las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia relativas al coste del PET en relación con el del cartón, que figuran en los apartados 288 y 328 de la sentencia recurrida. A este respecto, procede subrayar que se trata de apreciaciones de hecho, que no están sujetas al control del Tribunal de Justicia en el

marco de un recurso de casación. Por consiguiente, sin que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la procedencia de las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia a este respecto, basta con señalar que éste pudo basar su convicción en diversos elementos de la Decisión impugnada.

- 48 De los mencionados ejemplos se deduce que el Tribunal de Primera Instancia llevó a cabo el control que le incumbía y que ha sido descrito en el apartado 39 de la presente sentencia. Dicho Tribunal hizo constar y motivó las razones por las que le pareció que las conclusiones de la Comisión adolecían de inexactitud en la medida en que se basaban en elementos insuficientes, incompletos, poco significativos y discordantes.
- 49 Al obrar de esta manera, el Tribunal de Primera Instancia observó los criterios del control jurisdiccional que ejerce el juez comunitario y, por consiguiente, se atuvo al artículo 230 CE.
- 50 En consecuencia, de los análisis precedentes no resulta que el Tribunal de Primera Instancia haya infringido el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento.
- 51 Del conjunto de las mencionadas consideraciones se deduce que el primer motivo de casación carece de fundamento.

Sobre el segundo motivo de casación

- 52 Mediante su segundo motivo, la Comisión imputa al Tribunal de Primera Instancia haber infringido los artículos 2 y 8 del Reglamento al imponerle la obligación de

tener en cuenta la incidencia de la ilegalidad de determinados comportamientos sobre los incentivos que la nueva entidad tendría para practicar el apalancamiento y la de considerar como eventual medida correctiva el compromiso de no adoptar comportamientos abusivos.

- 53 Los elementos cuestionados de la sentencia recurrida figuran en la parte que ésta dedica al examen del motivo basado en la inexistencia de efecto de conglomerado previsible, parte en la que el Tribunal de Primera Instancia analiza más específicamente la probabilidad de un apalancamiento. Según la argumentación de la Comisión, la nueva entidad tendría la capacidad de beneficiarse de su posición dominante en el mercado del cartón aséptico y se encontraría con incentivos para hacerlo, a fin de transformar en una posición dominante, por medio del apalancamiento, la posición de liderazgo que ostentaba en los mercados de equipos de envasado en PET, en particular en el de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad utilizadas para los productos sensibles.
- 54 Las modalidades de apalancamiento se describen de la siguiente manera en el considerando 364 de la Decisión impugnada (reproducido en el apartado 49 de la sentencia recurrida):

«Utilizando como palanca [dicha posición] de diversas maneras, [...] Tetra/Sidel tendría la posibilidad de asociar las ventas de equipos y productos consumibles para el envasado en cartón con las ventas de equipos de envasado en PET y posiblemente también de preformas (en particular de preformas con tecnología de barrera). Tetra/Sidel tendría igualmente la posibilidad de presionar u ofrecer incentivos a sus clientes en el sector del cartón (mediante precios predatorios, guerras de precios o descuentos por fidelidad) para que compraran equipos de envasado en PET y posiblemente preformas a [...] Tetra/Sidel, y no a sus competidores o a los convertidores».

- 55 Al objeto de responder a las críticas de la Comisión, Tetra propuso asumir diversos compromisos. La Comisión estimó, sin embargo, que no podía considerarse que tales compromisos permitieran eliminar efectivamente los problemas de compe-

tencia detectados por ella. En lo que atañe a los compromisos de comportamiento, la motivación de la Decisión impugnada, que figura en los considerandos 429 a 432 de la misma, con el título «Separación entre Sidel y Tetra y compromisos con arreglo al artículo 82», es la siguiente:

«429 El compromiso relativo a la separación entre Sidel y Tetra Pak, así como la confirmación de los antiguos compromisos con arreglo al artículo 82, se propusieron, en particular, para resolver el problema sobre la capacidad de la nueva entidad para utilizar su posición dominante en el mercado de los envasados de cartón para adquirir una posición dominante en el mercado de los equipamientos de envasado PET. No obstante, este compromiso, así como los antiguos compromisos con arreglo al artículo 82, son puramente de comportamiento. Como tales, no están en condiciones de restablecer de modo duradero condiciones de competencia efectiva [...], en la medida en que no abordan el problema de la modificación permanente de la estructura del mercado suscitada por la operación notificada.

430 La “separación” entre Sidel y Tetra Pak no cambia en nada el hecho de que, como así se reconoce expresamente en el compromiso, el consejo de Sidel “será directamente responsable ante el consejo de administración del grupo Tetra Laval”. No se puede, pues, esperar que esta separación impida a Sidel aplicar la estrategia comercial del grupo Tetra Laval. Además, podría modificarse la naturaleza jurídica de Sidel, es decir Sidel podría dejar de cotizarse en bolsa y transformarse en sociedad privada, como Tetra Laval, lo que haría prácticamente imposible cualquier control de las medidas de protección.

431 El compromiso “de no proceder a ventas agrupadas” así como la confirmación de los anteriores compromisos con arreglo al artículo 82 constituyen solamente promesas de no actuar de una determinada manera, es decir, en realidad de no infringir el Derecho comunitario. Tales promesas de comportamiento son contrarias a la política declarada de la Comisión

sobre las soluciones aceptables y al objetivo del propio Reglamento sobre concentraciones [...], y son extremadamente difíciles, si no imposibles, de controlar efectivamente.

432 Globalmente, aparte de que sean complejos de aplicar y controlar, no puede considerarse que estos compromisos permitan eliminar efectivamente los problemas de competencia señalados.»

56 En su argumentación, la Comisión cuestiona los apartados 156 a 162 de la sentencia recurrida, que figuran inmediatamente a continuación de los apartados 148 a 155 de dicha sentencia, criticados asimismo por aquella institución y que han sido examinados por el Tribunal de Justicia en el marco del primer motivo de casación. En los mencionados apartados, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció de la siguiente manera:

«156 En el presente asunto, el apalancamiento practicado desde el mercado del cartón aséptico que describe la Decisión impugnada no sólo se traduciría en la posibilidad de que la nueva entidad recurriera a prácticas tales como asociar las ventas de equipos y de productos consumibles para el envasado en cartón con las de equipos de envasado en PET, incluso mediante ventas forzadas (considerandos 345 y 365), sino también, en primer lugar, en la probable adopción de precios predatorios por la entidad nacida de la concentración («predatory pricing», considerando 364, citado en el apartado 49 *supra*); en segundo lugar, en guerras de precios y, en tercer lugar, en la concesión de descuentos por fidelidad. Recurriendo a estas prácticas, la nueva entidad podría asegurarse de que, en la medida de lo posible, sus clientes en los mercados del cartón acudieran a Sidel para satisfacer sus eventuales necesidades en equipos para el PET. A este respecto procede señalar que la Decisión impugnada hace constar que Tetra ocupa una posición dominante en los mercados del cartón aséptico, es decir, en el mercado de sistemas de envasado en cartón aséptico y en el de cartones asépticos (considerando 231, véase el apartado 40 *supra*), conclusión que la demandante no discute.

- 157 Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, cuando una empresa ocupa una posición dominante está obligada, en su caso, a adaptar consecuentemente su comportamiento para no obstaculizar la competencia efectiva en el mercado, con independencia de la posible adopción de una decisión a tal fin por la Comisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1993, 322/81, Michelin/Comisión, Rec. p. 3461, apartado 57; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak/Comisión, T-51/89, Rec. p. II-309, apartado 23, y de 22 de marzo de 2000, Coca-Cola/Comisión, asuntos acumulados T-125/97 y T-127/97, Rec. p. II-1733, apartado 80).
- 158 Procede señalar además que, en respuesta a las preguntas que el Tribunal de Primera Instancia le formuló en la vista, la Comisión no negó que, si Tetra recurriera a las prácticas de apalancamiento descritas más arriba, ello podría constituir un abuso de la posición dominante preexistente de Tetra en los mercados del cartón aséptico. Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la nueva entidad se negara a participar en la instalación y en la realización de las transformaciones necesarias en las máquinas estiradoras-sopladoras de Sidel, a proporcionar un servicio postventa o a respetar las condiciones de garantía de dichas máquinas en el caso de que fueran vendidas por convertidores, puntos sobre los que la Comisión expresó sus inquietudes en su escrito de contestación. Sin embargo, según la Comisión, el hecho de que un comportamiento pueda constituir una infracción autónoma del artículo 82 CE no impide que ella lo tome en cuenta al valorar todas las modalidades de apalancamiento que una operación de concentración hará posibles.
- 159 A este respecto procede observar que, aunque el Reglamento prohíbe las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante y que tengan efectos contrarios a la competencia significativos, tales requisitos no presuponen la demostración de que la entidad nacida de la concentración adoptará, a raíz de la misma, un comportamiento abusivo y por consiguiente ilícito. Pese a que no puede presumirse, por tanto, que las empresas que participan en una concentración de tipo conglomerado no respetarán el Derecho comunitario, la Comisión no puede excluir dicha posibilidad al llevar a cabo el control de las concentraciones. En consecuencia, cuando al analizar los efectos de una concentración de este

tipo la Comisión se base en comportamientos previsibles que pueden constituir en sí mismos abusos de una posición dominante preexistente, incumbe a dicha institución valorar si es probable que la entidad nacida de la concentración adopte dichos comportamientos pese a que están prohibidos o si, por el contrario, la ilegalidad de esos comportamientos o el riesgo de que sean descubiertos hacen poco probable dicha estrategia. Aunque en dicha valoración conviene tener en cuenta los incentivos para la adopción de comportamientos contrarios a la competencia, como los que suponen para Tetra las previsibles ventajas comerciales en los mercados de equipos para el PET en el presente asunto (considerando 359), la Comisión está obligada igualmente a analizar en qué medida dichos incentivos podrían verse reducidos, o incluso eliminados, como consecuencia de la ilegalidad de dichos comportamientos, de la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear.

160 Como la Comisión no procedió a una apreciación de este tipo en la Decisión impugnada, de ello se deduce que, en la medida en que la apreciación de la Comisión se haya basado en la posibilidad, o incluso en la probabilidad, de que Tetra adopte comportamientos de este tipo en los mercados del cartón aséptico, procede rechazar sus conclusiones al respecto.

161 Además, el hecho de que la demandante propusiera compromisos relativos a su comportamiento futuro es también un dato que la Comisión habría debido tener en cuenta necesariamente al valorar la probabilidad de que la nueva entidad se comportara de un modo tal que permitiera la creación de una posición dominante en uno o varios de los mercados de equipos para el PET pertinentes. Ahora bien, no se deduce de la Decisión impugnada que la Comisión tomase en consideración las implicaciones de dichos compromisos al analizar la futura creación de dicha posición dominante mediante las prácticas de apalancamiento previstas.

162 Se deduce de las consideraciones precedentes que es necesario examinar si la Comisión basó en pruebas suficientemente sólidas su análisis prospectivo de la probabilidad de un apalancamiento practicado desde los mercados del cartón aséptico y de las consecuencias de dicho apalancamiento para la nueva entidad. Al proceder a dicho examen únicamente deben tenerse en cuenta, en el presente asunto, los comportamientos que no serían ilegales o, al menos, que probablemente no lo serían. Además, como la posición dominante prevista sólo se materializaría tras cierto lapso de tiempo, entre hoy y 2005 según la Comisión, el análisis prospectivo de esta última debe ser, sin perjuicio de su margen de apreciación, particularmente plausible.»

57 Al examinar en profundidad los métodos de apalancamiento, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«217 Los métodos de apalancamiento enumerados en el considerando 364 de la Decisión impugnada (citado en el apartado 49 *supra*) se basan en la posición dominante de Tetra en los mercados del cartón aséptico. Habida cuenta, en particular, del compromiso de Tetra de ceder sus inversiones en el sector de las preformas, el apalancamiento se efectuaría a través de dos tipos de medidas: en primer lugar, mediante presiones orientadas a asociar o agrupar las ventas de equipos y productos consumibles para el envasado en cartón con las de equipos de envasado en PET. Dichas presiones podrían afectar a la clientela de Tetra que necesitara seguir utilizando el envasado en cartón para una parte de su producción, y especialmente a los clientes que hayan firmado con Tetra contratos a largo plazo para el abastecimiento en envases de cartón (considerando 365, citado en el apartado 50 *supra*). En segundo lugar, podrían utilizarse incentivos tales como los precios predatorios, las guerras de precios y los descuentos por fidelidad.

218 Sin embargo, una empresa que ocupa una posición dominante como la que Tetra ostenta en los mercados del cartón aséptico y que recurre sin justificación objetiva a medidas de presión como las ventas forzadas o a incentivos como los precios predatorios o los descuentos por fidelidad incurre normalmente en un abuso de posición dominante. Como el Tribunal de Primera Instancia ha declarado ya, la Comisión no puede justificar una

decisión por la que se prohíbe una operación de concentración que le ha sido notificada conforme al Reglamento basándose en la presunción de que es posible que se recurra a tales estrategias, como hizo en la Decisión impugnada (véanse los apartados 154 a 162 *supra*). De ello se deduce que los métodos de apalancamiento que este Tribunal puede tomar en consideración son únicamente los que no constituyen, o no parecen constituir, un abuso de posición dominante en los mercados del cartón aséptico.

219 Por consiguiente, procede analizar únicamente las estrategias de ventas asociadas o agrupadas que no son en sí mismas ventas forzadas, de concesión de descuentos por fidelidad objetivamente justificados en los mercados del cartón y de ofertas de precios ventajosos para los equipos de envasado en cartón o en PET que no puedan calificarse de predatorios conforme a una reiterada jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, en especial apartados 102, 115, 156 y 157; sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartados 41 a 44, por la que se confirma la sentencia 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, antes citada, y conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en el asunto en el que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365 y ss., especialmente p. I-1371, puntos 123 a 130). En este contexto debe analizarse si la Comisión tuvo en cuenta el compromiso relativo a la separación entre Sidel y las sociedades del grupo Tetra Pak, ofrecido en principio por un período de 10 años, según el cual no se presentaría ninguna “oferta conjunta sobre productos en cartón Tetra Pak y máquinas estiradoras-sopladoras de Sidel”.

220 Además, como indica la Decisión impugnada, Tetra solicitó a la Comisión que tuviera en cuenta las obligaciones impuestas a dicha empresa por el artículo 3, apartado 3, de la Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82] del Tratado [CE] (IV/31.043 — Tetra Pak II) (DO 1992, L 72, p. 1), que dispone:

“Tetra Pak no practicará precios [predatorios] ni precios discriminatorios y no concederá a ningún cliente, bajo ninguna forma, rebajas de los precios de los productos o condiciones de pago más favorables que no estén justificadas por una

contrapartida objetiva. Así, en lo que respecta a los envases de cartón, las rebajas sólo deberán concederse en función de la cantidad de cada pedido, no siendo acumulables para envases de cartón de diferentes clases”.

- 221 De ello se deduce que Tetra puso de manifiesto con claridad su intención de respetar plenamente las especiales obligaciones que el artículo 82 CE le impone en razón de su posición dominante en los mercados del cartón aséptico. Dicha empresa reiteró igualmente que aceptaba todas las obligaciones pertinentes que le fueron impuestas a raíz de la infracción del artículo 82 CE en dichos mercados constatada por la Decisión 92/163. En el presente asunto, Tetra se comprometió además a no presentar ninguna oferta conjunta de sus propios productos en cartón y de máquinas estiradoras-sopladoras de Sidel.
- 222 Por consiguiente, las únicas modalidades de ventas asociadas o agrupadas que efectivamente podría poner en práctica la nueva entidad consistirían en ofertas de Tetra a sus actuales clientes en los mercados del cartón que no podrían ser obligatorias ni forzadas, y que sólo podrían referirse a equipos de envasado en cartón y/o a productos en cartón, por una parte, y a equipos de envasado en PET, excluyendo las máquinas estiradoras-sopladoras, por otra. Procede observar igualmente al respecto que, aunque la Comisión recalcó en la Decisión impugnada (considerandos 177 y 369), en sus escritos procesales y en sus informes orales la importancia de la capacidad de la nueva entidad para ofrecer prácticamente todo el equipo necesario para instalar una línea de envasado en PET integrada, se deduce de los compromisos que dicha entidad no podría presentar a un cliente una oferta conjunta de equipos de envasado en cartón y línea de envasado en PET integrada, al menos en el caso de que esta última incluyera una máquina estiradora-sopladora de Sidel.
- 223 Por otra parte, aunque la conclusión de la Decisión impugnada sobre la discriminación de precios supuestamente practicada por Sidel en el pasado no adolece de un error manifiesto de apreciación, como se deduce de los escritos procesales de las partes y de los informes orales de la Comisión

relativos al análisis econométrico en que basó dicha conclusión, esto no puede considerarse una prueba suficientemente sólida de que la nueva entidad continuaría aplicando un comportamiento similar. A diferencia de lo que ocurría con Sidel antes de la concentración, la nueva entidad estaría vinculada, no sólo por los compromisos, sino también por las diversas obligaciones que limitan la actuación de Tetra.

- 224 Por consiguiente, resulta obligado concluir que las posibilidades de que dispondría la nueva entidad para practicar un apalancamiento serían bastante limitadas. Cuando se examinen las consecuencias previsibles de un eventual recurso al apalancamiento por parte de dicha entidad, será preciso tener en cuenta esta conclusión.»

Alegaciones de las partes

- 58 La Comisión sostiene, en primer término, que el punto de vista del Tribunal de Primera Instancia en lo que atañe a los efectos de conglomerado y al comportamiento ilegal de Tetra resulta contrario al artículo 2 del Reglamento y al control de las concentraciones en general.
- 59 Alega, en primer lugar, que el referido punto de vista resulta contrario a una interpretación racional del mencionado artículo 2. En efecto, si el artículo 82 CE hubiera bastado para evitar los abusos, no habría sido necesario prever un control previo de las concentraciones. La Comisión cuestiona más específicamente el apartado 218 de la sentencia recurrida, en donde el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la Comisión no puede [...] [basarse] en la presunción de que es posible que se recurra a tales estrategias [abusivas]», estimando, por el contrario, que está incluida en el Reglamento la presunción de que una empresa en posición dominante puede considerar racional excluir a los competidores y/o explotar a los clientes y, por tanto, en ciertos casos, infringir el artículo 82 CE.

- 60 La Comisión considera, en segundo lugar, que el punto de vista del Tribunal de Primera Instancia es erróneo, en la medida en que se basa en distinciones entre diferentes tipos de concentraciones que carecen de justificación y resultan contrarias al artículo 2 del Reglamento. A este respecto, la Comisión critica el apartado 154 de la sentencia recurrida, en donde el Tribunal de Primera Instancia consideró que no sería la estructura resultante de la propia operación de concentración la que crearía o reforzaría la posición dominante, en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento, sino el comportamiento futuro de la nueva entidad. La Comisión sostiene que tal afirmación resulta contraria al apartado 94 de la sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, en la que el Tribunal de Primera Instancia declaró que una concentración tendría un efecto inmediato cuando «la consecuencia directa e inmediata de la concentración habría sido la creación de las condiciones que hacen que este tipo de comportamientos [abusivos] sean no sólo posibles sino también económicamente racionales, puesto que dicha concentración habría supuesto un obstáculo significativo para la competencia efectiva existente en el mercado, al modificar de manera duradera la estructura de los mercados afectados». La Comisión alega que no está justificado establecer distinciones, como hace el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, en función de que la creación de la posición dominante en el segundo mercado se produzca inmediatamente o a medio plazo. De lo contrario, se correría el riesgo de que las concentraciones verticales o con efecto de conglomerado eludieran la aplicación de dicho Reglamento, en la medida en que son los tipos de concentración que atribuyen a la nueva entidad la capacidad de utilizar —y de abusar de— su posición dominante en un mercado así como los correspondientes incentivos para excluir a sus competidores en un segundo mercado. La Comisión llega a la conclusión de que, en el caso de autos, procede considerar que la concentración implicaba una modificación inmediata de la estructura y de las condiciones de la competencia.
- 61 La Comisión alega, por último, que existen obstáculos jurídicos y prácticos insuperables para valorar la fuerza disuasoria de la ilegalidad de determinadas prácticas comerciales abusivas. La Comisión se vería obligada a analizar no las características estructurales, sino la propensión de una empresa a respetar la ley. Este análisis vulneraría el principio de igualdad y la presunción de inocencia. El criterio sería asimismo inutilizable, ya que el riesgo difícilmente podría cuantificarse y variaría según la intensidad de la política de competencia en cada Estado miembro. Habida cuenta del grado de exigencia probatoria que le impone el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión llega a la conclusión de que le resultaría imposible controlar correctamente, aplicando el Reglamento, las concentraciones verticales y de efecto de conglomerado.

- 62 En segundo término, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia infringió los artículos 2 y 8, apartado 2, del Reglamento de que se trata al considerar que dicha institución debería haber tenido en cuenta los compromisos de comportamiento suscritos por Tetra. La Comisión contrapone la posición del Tribunal de Primera Instancia expresada en el apartado 161 de la sentencia recurrida a la posición reflejada en los apartados 316 y 317 de la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, en donde ese mismo Tribunal excluyó la posibilidad de tomar en consideración compromisos de comportamiento en los supuestos en que resulta que la operación de concentración pueda crear o reforzar una posición dominante. La Comisión sostiene que, si bien los compromisos no estructurales pueden resultar aceptables en determinados casos, aquellos que se circunscriben a la mera promesa de comportarse de un determinado modo, por ejemplo, el compromiso de no abusar de una posición dominante creada o reforzada por un proyecto de concentración, no pueden ser considerados, como tales, idóneos para que una concentración resulte compatible con el mercado común.
- 63 La Comisión considera que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó la Decisión impugnada al declarar, en el apartado 161 de la sentencia recurrida, que en dicha Decisión no consta que la Comisión hubiera tomado en consideración en su análisis las implicaciones de los compromisos de Tetra. La Comisión subraya que analizó los compromisos de esa sociedad, pero que los descartó (considerandos 423 a 451 de la Decisión impugnada). La Comisión añade que el Tribunal de Primera Instancia no puede afirmar legítimamente que la Decisión impugnada adolece de un error manifiesto de apreciación en la medida en que declara que la concentración debe ser prohibida, sin haber analizado previamente los argumentos de la Comisión según los cuales los compromisos en cuestión no son viables y, en cualquier caso, resultan insuficientes para resolver los problemas de competencia suscitados por la concentración notificada.
- 64 Por su parte, Tetra estima, en primer lugar, que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho al imponer a la Comisión la obligación de tomar en consideración la ilegalidad del comportamiento abusivo. El criterio que aplicó el Tribunal de Primera Instancia, recogido en el apartado 159 de la sentencia recurrida, es el del comportamiento racional y previsible de una empresa. Este comportamiento debe analizarse teniendo en cuenta no sólo los incentivos para adoptar un comportamiento ilegal, sino también aquellos factores idóneos para disminuir, o incluso eliminar, tales incentivos.

- 65 Tetra subraya que la comparación con el asunto que dio lugar a la sentencia Gencor/ Comisión, antes citada, no resulta pertinente. Según dicha sociedad, en este último asunto la posición dominante colectiva fue creada de un modo inmediato por la fusión horizontal, lo que no sucede en el caso de autos, en donde la posición dominante tan sólo puede aparecer una vez transcurrido cierto lapso de tiempo y requiere un comportamiento abusivo previo.
- 66 Según Tetra, la interpretación del Reglamento por la Comisión se basa en la hipótesis errónea de que la finalidad de éste es impedir los abusos. Ahora bien, el tenor del artículo 2, apartado 2, de dicho Reglamento muestra que su finalidad es prohibir la creación de toda posición dominante que, por sí misma y aunque no exista abuso alguno, constituya un obstáculo importante para la competencia.
- 67 Tetra no ve por qué motivo habrían de existir obstáculos jurídicos y prácticos insuperables para apreciar la incidencia del carácter ilegal de determinados comportamientos ni por qué razón tal apreciación habría de presentar dificultades diferentes de las relacionadas con el análisis de los incentivos para adoptar un comportamiento abusivo. Afirma que la Comisión se considera plenamente capaz de cuantificar la probabilidad de descubrir una infracción de los artículos 81 CE u 82 CE y que tiene en cuenta este factor a la hora de fijar la cuantía de las multas.
- 68 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la toma en consideración de los compromisos de Tetra, ésta subraya que el apartado 161 de la sentencia recurrida afirma, a lo sumo, que la Comisión debería haber tenido en cuenta las propuestas de compromiso, valorando el futuro comportamiento previsible de la nueva entidad. Tetra indica que el propio Tribunal de Primera Instancia no hizo una valoración de los compromisos propuestos y que, contrariamente a lo que la Comisión sostiene, en ningún apartado de la sentencia recurrida se impone a dicha institución la obligación «de tener en cuenta compromisos de comportamiento consistentes en meras promesas de no adoptar comportamientos abusivos».

- 69 Tetra alega que es incorrecta la interpretación por la Comisión de la sentencia Gencor/Comisión, antes citada. Contrariamente a dicha interpretación, en el apartado 319 de aquella sentencia el Tribunal de Primera Instancia declaró que la clasificación de los compromisos carecía de pertinencia y que los compromisos de comportamiento también podían evitar que surgiera o se reforzara una posición dominante.
- 70 Tetra sostiene, por último, que, contrariamente a lo que afirma la Comisión, dicha institución no valoró concretamente la incidencia de los compromisos que ella había propuesto, sino que se contentó con formular una objeción de principio a que los compromisos de comportamiento fueran asimilados a las medidas idóneas para poner válidamente remedio a la creación de una posición dominante en el sentido del Reglamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el segundo motivo de casación

- 71 Procede poner de relieve, de entrada, que los apartados 148 a 162 de la sentencia recurrida, que la Comisión cuestiona tanto en el primer motivo de casación como en el segundo, forman un conjunto en el cual el Tribunal de Primera Instancia describe algunos aspectos específicos de los efectos de conglomerado, concretamente los aspectos temporales, y deduce de ello ciertas reglas generales en lo que atañe a la prueba que la Comisión debe aportar cuando considera que procede declarar incompatible con el mercado común el proyecto de concentración.
- 72 En este contexto, en el que se recuerda la necesidad de una «prueba sólida» («convincing evidence»), el Tribunal de Primera Instancia puso de relieve la obligación de proceder a un examen del conjunto de los datos pertinentes.

- 73 Tal examen ha de efectuarse a la luz del objetivo del Reglamento, que consiste en evitar la creación o el refuerzo de posiciones dominantes que puedan obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
- 74 Teniendo en cuenta que los comportamientos contemplados en el considerando 364 de la Decisión impugnada constituyen, según ésta, una fase esencial de la práctica de un apalancamiento, el Tribunal de Primera Instancia consideró legítimamente que la probabilidad de que se adoptaran tales comportamientos debía examinarse de manera exhaustiva, es decir, tomando en consideración, según se expresa en el apartado 159 de la sentencia recurrida, tanto los incentivos para la adopción de los referidos comportamientos como los factores que pueden disminuir, o incluso eliminar, tales incentivos, incluido el posible carácter ilegal de los comportamientos en cuestión.
- 75 No obstante, tal como se afirma en la última frase del apartado 159 de la sentencia recurrida, resultaría contrario al objetivo de prevención del Reglamento exigir a la Comisión que analice, respecto de cada proyecto de concentración, en qué medida los incentivos para la adopción de comportamientos contrarios a la competencia podrían verse reducidos, o incluso eliminados, como consecuencia de la ilegalidad de dichos comportamientos, de la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear.
- 76 En efecto, un análisis como el exigido por el Tribunal de Primera Instancia obligaría a un examen exhaustivo y detallado de la normativa de los diversos ordenamientos jurídicos que pudieran aplicarse, así como de la política represiva practicada en estos últimos. Por lo demás, para que resulte útil, un análisis de este tipo presupone un elevado grado de probabilidad en cuanto a los hechos que se considera pueden ser objeto de reproche por formar parte de un comportamiento contrario a la competencia.
- 77 De lo anterior se deduce que, en la fase de valoración del proyecto de concentración, un análisis para verificar la probable existencia de una infracción del artículo 82 CE y

comprobar si la misma será objeto de sanción en varios ordenamientos jurídicos sería demasiado especulativo e impediría a la Comisión basar su valoración en el conjunto de hechos pertinentes a fin de verificar si sustentan la descripción de una evolución económica como el apalancamiento.

- 78 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al descartar las conclusiones de la Comisión relativas a la adopción por la nueva entidad de comportamientos contrarios a la competencia que pueden constituir un apalancamiento por el único motivo de que dicha institución no analizara la probabilidad de adopción de tales comportamientos teniendo en cuenta su carácter ilegal y, por ende, la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear. No obstante, como la sentencia recurrida se basa asimismo en el hecho de que no se tomaran en consideración los compromisos propuestos por Tetra, procede proseguir el examen del segundo motivo de casación.
- 79 En cuanto al argumento basado en la modificación del criterio del Tribunal de Primera Instancia en relación con el seguido en la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, procede señalar que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia no se ha desviado de la posición que recogió en el apartado 94 de aquella sentencia, posición según la cual existe un obstáculo significativo para la competencia efectiva en la medida en que se modifica de manera duradera la estructura de los mercados afectados cuando una concentración tiene como consecuencia directa e inmediata la creación de condiciones que hacen posibles y económicamente racionales los comportamientos abusivos.
- 80 A este respecto, es preciso señalar que la situación en el asunto que dio lugar a la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, era totalmente distinta de la contemplada en la Decisión impugnada. Según se afirma en el apartado 91 de aquella sentencia, el resultado de la operación habría sido la creación de una posición dominante duopolística en los mercados del platino y del rodio, que habría supuesto un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común.

- 81 Por lo tanto, la operación de concentración es lo que habría modificado de manera duradera la estructura de los mercados afectados en aquel asunto, haciendo de este modo posibles y económicamente racionales los comportamientos abusivos.
- 82 En el caso de autos, es verdad que la concentración notificada podía modificar ligeramente la estructura del mercado del cartón, en la medida en que la nueva entidad podía reforzar la posición dominante que desde hacía mucho tiempo Tetra ocupaba en dicho mercado, posición que, por lo demás, había sido objeto de una decisión de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE. Sin embargo, lo que la Comisión pretendía proteger al prohibir la referida concentración no era tanto la competencia efectiva en el mercado del cartón como la competencia en el mercado de los equipos para envasado en PET, concretamente en el de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad utilizadas para los productos sensibles.
- 83 A este respecto, es preciso señalar que la estructura de este último mercado no habría resultado directa e inmediatamente afectada por la concentración notificada, sino que únicamente habría podido serlo como consecuencia del apalancamiento y, en particular, de los comportamientos abusivos de la nueva entidad en el mercado del cartón.
- 84 De las consideraciones precedentes se deduce que la situación examinada en el asunto que dio lugar a la sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, no es lo suficientemente comparable con la situación sobre la que el Tribunal de Primera Instancia se pronunció en la sentencia recurrida como para que éste pudiera extraer indicaciones útiles. En el asunto que dio lugar a la sentencia *Gencor/Comisión*, la estructura del mercado en el que la Comisión pretendía preservar una competencia efectiva mediante la Decisión controvertida resultaba directamente modificada por la operación de concentración, mientras que, en el presente asunto, la referida estructura únicamente podía ser modificada mediante el apalancamiento.
- 85 En lo que atañe a la consideración de los compromisos de comportamiento de Tetra, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente, en el apartado 161 de la sentencia recurrida, que el hecho de que aquella sociedad propusiera compromisos

relativos a su comportamiento futuro es un factor que la Comisión debía tener en cuenta necesariamente al valorar la probabilidad de que la nueva entidad se comportara de un modo tal que permitiera la creación de una posición dominante en uno o varios de los mercados de equipos para el PET pertinentes.

- 86 A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda las consideraciones expresadas por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 318 y 319 de la sentencia Gencor/Comisión, antes citada. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de aquella sentencia no se desprende que el Tribunal de Primera Instancia se negara a tomar en cuenta los compromisos de comportamiento. Al contrario, en el apartado 318 el Tribunal de Primera Instancia formuló el principio según el cual los compromisos propuestos por las empresas afectadas deben permitir que la Comisión llegue a la conclusión de que la operación de concentración de que se trate no crearía ni reforzaría una posición dominante en el sentido del artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento. A continuación, en el apartado 319, dedujo del referido principio que es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural, y que no podía excluirse *a priori* que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante.
- 87 En lo que respecta al examen de la consideración por la Comisión de los compromisos de comportamiento, el Tribunal de Primera Instancia se contentó con declarar, en el apartado 161 de la sentencia recurrida, que de la Decisión impugnada no se deducía que la Comisión hubiera tomado en consideración las implicaciones de dichos compromisos al analizar la futura creación de una posición dominante mediante el apalancamiento previsto.
- 88 No obstante, no parece que en lo relativo a este punto el Tribunal de Primera Instancia haya desnaturalizado la Decisión impugnada ni que haya motivado

insuficientemente la sentencia recurrida. En efecto, de los considerandos 429 a 432 de la Decisión impugnada, que son los únicos considerandos de ésta referentes a los compromisos de comportamiento suscritos por Tetra, se desprende que la Comisión, mediante afirmaciones de principio, se negó a aceptar dichos compromisos, estimando, en el considerando 429, que, «como tales, no están en condiciones de restablecer de modo duradero condiciones de competencia efectiva [...], en la medida en que no abordan el problema de la modificación permanente de la estructura del mercado suscitada por la operación notificada», y, en el considerando 431, que «tales promesas de comportamiento son contrarias a la política declarada de la Comisión sobre las soluciones aceptables y al objetivo del propio Reglamento sobre concentraciones [...], y son extremadamente difíciles, si no imposibles, de controlar efectivamente».

- 89 Del examen del segundo motivo de casación en su conjunto se desprende que, si bien es verdad que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al descartar las conclusiones de la Comisión relativas a la adopción por la nueva entidad de comportamientos que podían dar lugar a un apalancamiento, no es menos cierto que dicho Tribunal declaró legítimamente, en el apartado 161 de la sentencia recurrida, que la Comisión debería haber tenido en cuenta los compromisos asumidos por Tetra en relación con el comportamiento futuro de dicha nueva entidad. Por consiguiente, aun cuando este motivo de casación está parcialmente fundado, no justifica la impugnación de la sentencia recurrida por haber anulado la Decisión controvertida, en la medida en que tal anulación tiene su fundamento, en particular, en la negativa de la Comisión a tomar en consideración los referidos compromisos.

Sobre el tercer motivo de casación

- 90 Mediante su tercer motivo, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho como consecuencia de la utilización de un criterio erróneo del control judicial y de una infracción del artículo 2 del Reglamento, en la medida en que declaró, en el apartado 269 de la sentencia recurrida, que «la Decisión impugnada no aporta datos suficientes para justificar la definición de submercados de máquinas estiradoras-sopladoras distintos en función de la utilización final de las mismas» y que, «por lo tanto, los únicos submercados que deben tenerse en cuenta son los de las máquinas de baja capacidad y de alta capacidad».

Alegaciones de las partes

- 91 La Comisión recuerda que la definición de los mercados de máquinas estiradoras-sopladoras constituye un elemento fundamental de la Decisión impugnada. Alega que la proporción del mercado de referencia representada por una clientela común para el PET y para el cartón, clientela en relación con la cual Tetra podría explotar su posición dominante en los mercados del cartón valiéndose del apalancamiento, ha de influir de modo determinante en la probabilidad de una eliminación de los competidores y de un dominio de dicho mercado por la nueva entidad.
- 92 La Comisión indica que, en los considerandos 176 a 183 de la Decisión impugnada, completados por los considerandos 347 a 358 y 381 a 383 de la misma, definió distintos mercados de máquinas estiradoras-sopladoras distintos en función de que tales máquinas se utilizaran para envasar productos sensibles o para envasar productos no sensibles, basándose en factores relacionados al mismo tiempo con la oferta y con la demanda. En lo que atañe a esta última, el considerando 178 de la Decisión impugnada tiene la siguiente redacción:

«En cualquier caso, un grupo distinto de clientes del producto de referencia puede constituir un mercado de productos más estrecho y más distinto cuando puede ser objeto de discriminación de precios. Esto ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de venderse los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros.»

- 93 En el apartado 259 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia resumió de la siguiente manera la argumentación desarrollada por la Comisión en la Decisión impugnada, sin que esta institución haya cuestionado el mencionado resumen:

«La Comisión afirma en primer lugar en la Decisión impugnada que, “aun en el caso de un equipo pretendidamente ‘genérico’, como una máquina estiradora-sopladora, resulta justificado examinar el mercado de los equipos en función de los segmentos

de productos de utilización final”, y que ello resulta “aún más pertinente cuando se comparan sistemas globales de envasado a fin de determinar si pueden o no formar parte del mismo mercado de productos” (considerando 43). Señala a continuación que cada producto líquido destinado a ser envasado tiene sus “propias características que permiten o no utilizar una determinada forma de envasado”, antes de llegar a la conclusión de que la segmentación en función de la utilización final constituye una herramienta analítica apropiada para estudiar el mercado de equipos para envasado de alimentos líquidos (considerando 44, citado en el apartado 30 *supra*). Distingue pues entre los productos sensibles que pertenecen a los “segmentos de productos comunes” y los demás productos, basándose en que aquéllos pueden ser envasados tanto en cartón como en PET, al menos desde un punto de vista técnico, al contrario de lo que ocurre con productos no sensibles como el agua mineral o las bebidas gaseosas, que no pueden envasarse en cartón (considerando 58). Aun reconociendo que “la mayoría de las máquinas estiradoras-sopladoras son ‘genéricas’” (considerando 177), la Comisión afirma en este mismo considerando que “en general cada línea de envasado en PET, de la que la máquina estiradora-sopladora es sólo un componente, está especialmente diseñada para los productos específicos que envasa el cliente”, y que así ocurre especialmente en el caso de los productos sensibles, argumento reiterado posteriormente en relación con la apreciación de las consecuencias del apalancamiento (considerando 369). Cita así el ejemplo de la “SRS G Combina” de Sidel, “diseñada para el envasado de bebidas gaseosas [y que] no puede ser un producto sustitutivo para un productor de bebidas que quiera envasar zumos” (considerando 177), que necesitaría una máquina “Combi SRA” aséptica. Citando su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372, p. 5, punto 43), la Comisión indica a continuación que en el presente asunto concurren los dos requisitos normalmente exigidos para concluir que existe un grupo diferenciado de clientes y por tanto un mercado de productos más reducido, a saber, la posibilidad de identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento en que compra una máquina estiradora-sopladora y el hecho de que sean imposibles los intercambios entre clientes o el arbitraje por parte de terceros con respecto a dichas máquinas (considerando 178).»

94 En los apartados 260 a 269 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«260 El Tribunal de Primera Instancia observa en primer lugar que la importancia que la Decisión impugnada atribuye a los productos sensibles pertenecientes a los “segmentos de productos comunes” se basa en un criterio objetivo, a

saber, la pertenencia de dichos productos a la categoría de productos envasados en cartón y la posibilidad de envasarlos en PET, al menos desde un punto de vista técnico, posibilidad que, habida cuenta del nivel de crecimiento previsto (véanse los apartados 201 a 216 *supra*), se convertirá probablemente en una realidad comercial corriente entre hoy y 2005, al menos en el caso de las BSF y de las bebidas a base de té o café.

- 261 Sin embargo, la Decisión impugnada no aporta pruebas lo bastante sólidas para demostrar las características pretendidamente específicas de las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas para el envasado de productos sensibles. Ciertamente, una máquina combinada especialmente diseñada para envasar bebidas gaseosas no puede utilizarse para zumos. Sin embargo, esto dista mucho de demostrar que las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad no son, como alega en esencia la demandante, máquinas genéricas, es decir aptas para envasar diversos tipos de productos, aunque hayan sido modificadas conforme a los deseos del comprador antes de ser vendidas.
- 262 En cuanto a la alegación formulada por la Comisión a este respecto y relativa a la especificidad de los moldes de envasado en función del producto de que se trate –sin que la demandante discuta que el número de moldes determina la capacidad de la máquina–, dicha especificidad no demuestra que las máquinas estiradoras-sopladoras, de las que los moldes sólo constituyen una parte, se distingan significativamente unas de otras. La notificación indica que la duración media de un molde es sólo de unos tres años, mientras que la vida útil de una máquina estiradora-sopladora es de quince años (punto 304). Aunque Sidel fabrica sus propios moldes, la Decisión impugnada no discute la información facilitada en la notificación sobre el mercado de moldes, según la cual Sidel no está presente en dicho mercado (como proveedor de moldes para terceros) y la competencia es muy fuerte entre las empresas que sí lo están, particularmente en el caso de SIG, que en su sitio Internet afirma ocupar una posición de liderazgo (punto 309).

- 263 Además, la Decisión impugnada tampoco discute la afirmación realizada en la notificación en el sentido de que un cliente puede instalar en un local grande varias máquinas estiradoras-sopladoras y combinarlas para satisfacer necesidades de producción diferentes. La Decisión impugnada no analiza la cuestión de si la flexibilidad exigida por ciertos clientes en cuanto a los moldes de las máquinas estiradoras-sopladoras podría explicarse por las necesidades que se derivan de esta situación.
- 264 En su escrito de contestación, la Comisión menciona una serie de modificaciones que permiten mejorar las prestaciones o el rendimiento de una máquina estiradora-sopladora en una línea de envasado en PET integrada, tales como añadirle un sistema especial de filtración del aire de soplado o un tratamiento mediante lámparas ultravioletas para reducir el riesgo de contaminación antes de que las preformas entren en la máquina. En la vista, la Comisión precisó que dichas modificaciones demuestran que una máquina estiradora-sopladora utilizada en una línea de envasado en PET tiene características muy específicas, tal como señala la Decisión impugnada (considerando 177). Tetra ha señalado sin embargo que dichas modificaciones no representan más del 5 % del coste de una máquina estiradora-sopladora, al tiempo que reprocha a la Comisión que atribuya a las máquinas estiradoras-sopladoras las especificidades de otros componentes de una línea de envasado en PET.
- 265 Procede señalar, en primer lugar, que en la Decisión impugnada no se hace referencia alguna a estas informaciones. Aunque dicha Decisión subraya con acierto la importancia de las exigencias específicas de los clientes que necesitan una línea de llenado de PET aséptico, a saber, esencialmente una garantía de asepsia, dicha circunstancia no puede justificar que se defina un submercado distinto para las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas en las líneas de envasado de los productos sensibles de que se trata. En efecto, el mero hecho de que cada máquina estiradora-sopladora deba instalarse en una línea de envasado en PET para ser útil a su comprador no justifica que se atribuyan a las propias máquinas estiradoras-sopladoras las especificidades de otros equipos para el PET de dicha línea, y en particular las del equipo de llenado de PET aséptico.

- 266 Una razón adicional para reconocer que las máquinas estiradoras-sopladoras tienen un carácter genérico estriba en el hecho de que la Comisión no logró refutar en la vista la afirmación de Tetra de que, en comparación con el coste de una máquina estiradora-sopladora “estándar”, sobre todo si se trata de una máquina de alta capacidad, las modificaciones eventualmente necesarias para hacer más compatible dicha máquina con la utilización de máquinas de llenado de PET aséptico y no aséptico o, en su caso, con máquinas de llenado aséptico capaces de pasar del PET al PEAD, tienen un coste relativamente bajo.
- 267 Además, las partes coinciden en reconocer que las máquinas combinadas, cuya utilización para el envasado aséptico sigue siendo muy limitada (véanse los apartados 248 y 249 *supra*), no constituyen un mercado distinto, y así lo indicaba igualmente la Decisión impugnada.
- 268 En lo relativo a la posibilidad de determinar claramente a qué grupo pertenece un cliente dado en el momento en que compra una máquina estiradora-sopladora y a la cuestión de si, al menos hoy día en el EEE, un cliente tiene o no la posibilidad de buscar un precio mejor a través del arbitraje entre los proveedores existentes, está claro que, en el supuesto de que dichas posibilidades existan, afectarían del mismo modo a las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas para productos no sensibles que a las utilizadas para envasar productos sensibles. La posibilidad de que la nueva entidad identifique el grupo al que pertenece el cliente se debe a que muchos de los clientes de los mercados del cartón que pasarán al PET son en la actualidad clientes de Tetra. Sin embargo, esta eventual ventaja, derivada de la ventaja “del que llega primero” de la que previsiblemente disfrutará la nueva entidad, no excluye que tales clientes puedan acudir a otros proveedores de máquinas estiradoras-sopladoras si las condiciones que ofrece dicha entidad no los satisfacen.
- 269 Basándose en los datos que proporciona la Decisión impugnada, la Comisión incurrió pues en un error; por una parte, al llegar a la conclusión de que “la mayoría de las máquinas estiradoras-sopladoras son ‘genéricas’” (considerando 177) y, por otra parte, al establecer una diferencia entre ellas

en función de su utilización final. En efecto, la Decisión impugnada no aporta datos suficientes para justificar la definición de submercados de máquinas estiradoras-sopladoras distintos en función de la utilización final de las mismas. Por lo tanto, los únicos submercados que deben tenerse en cuenta son los de las máquinas de baja capacidad y de alta capacidad.»

- 95 La Comisión considera que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al establecer, en el apartado 265 de la sentencia recurrida, la exigencia de que aquella institución haga constar en la Decisión impugnada toda la información técnica recabada en el transcurso de su investigación. A este respecto, la Comisión recuerda que la cuestión de si la motivación de una decisión cumple los requisitos del artículo 253 CE debe valorarse teniendo en cuenta no sólo el tenor literal de ese artículo, sino también su contexto y, en particular, el grado de conocimiento previo de los hechos pertinentes y el plazo disponible para adoptar la decisión de que se trate.
- 96 Por otro lado, añade la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia rebasó los límites del control jurisdiccional, desnaturalizó la Decisión impugnada y substituyó la apreciación de dicha institución por la suya propia, sin motivar siquiera el rechazo del análisis de ésta última, al considerar, en ese mismo apartado 265, que la exigencia de una garantía de asepsia no justifica que se defina un submercado distinto para las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas en las líneas de envasado de los productos sensibles de que se trata. Del mismo modo, en el apartado 266 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó, según la Comisión, su apreciación sobre la envergadura de las modificaciones que era preciso introducir en las máquinas estiradoras-sopladoras para poderlas utilizar en el envasado aséptico, basándose únicamente en el dato relativo al coste de la necesaria adaptación, sin examinar los restantes datos que ella había tenido en cuenta, a saber, si los suministradores de dichas máquinas a los clientes tradicionales de los sectores del agua y de las bebidas no alcohólicas sin gas disponían de la capacidad técnica indispensable para llevar a cabo tales modificaciones y ofrecer las necesarias garantías.
- 97 La Comisión censura también que se rechazara su argumentación según la cual la discriminación de precios puede constituir una prueba de la existencia de submercados distintos. En efecto, añade la Comisión, en el apartado 223 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia consideró que tal discrimina-

ción, supuestamente practicada por Sidel en el pasado, no podía considerarse una prueba suficientemente sólida de que la nueva entidad continuaría observando un comportamiento similar, puesto que esta última, a diferencia de lo que ocurría con Sidel antes de la concentración, estaría vinculada no sólo por los compromisos, sino también por las diversas obligaciones que limitaban la actuación de Tetra. La Comisión considera que, en este punto, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho por tres razones. La primera estriba en que la discriminación de precios es la prueba misma de la existencia de condiciones distintas, en el plano de la oferta y de la demanda, para la venta de un producto a clientes diferentes y, por lo tanto, la prueba de la existencia de mercados distintos. La segunda razón consiste en que el Tribunal de Primera Instancia impone a la Comisión la obligación de no tomar en consideración una conducta ilegal, a pesar de que ésta fuera económicamente racional. La tercera razón consiste en sostener que, según se desprende de los apartados 161 y 162 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia no toma en consideración la posición dominante de Tetra en el mercado del cartón, sino que parte de la constatación de que la nueva entidad no dispondrá de una posición dominante en el mercado del PET y de que, por consiguiente, una discriminación de precios en dicho mercado no puede constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE.

- 98 Por último, la Comisión critica la constatación del Tribunal de Primera Instancia según la cual los clientes tienen la posibilidad de acudir a proveedores distintos de Tetra. La Comisión considera que el Tribunal de Primera Instancia hizo caso omiso de sus argumentos relativos a la imposibilidad de arbitraje para las máquinas de un mismo proveedor (compra de máquinas de segunda mano y transferencia de una máquina, dentro de la misma empresa, de una división de «productos no sensibles» a otra división de «productos sensibles»).
- 99 Tetra alega, con carácter general, que procede declarar la inadmisibilidad de este motivo de casación porque versa sobre apreciaciones de hecho.
- 100 Tetra recuerda que la propia Comisión reconoció, en el considerando 177 de la Decisión impugnada, que las máquinas estiradoras-sopladoras son «genéricas», pero que es la línea de envasado en PET la que se adapta de un modo especial a los productos que envasa el cliente. Tetra sostiene que la Comisión invoca en vano elementos que no figuran en la Decisión impugnada, ya que, según resulta de la jurisprudencia, una decisión debe contener todos los elementos de hecho y de

Derecho en los que se basa la Comisión, de manera que resulte posible un control jurisdiccional efectivo de la misma. Ahora bien, continúa Tetra, la Decisión impugnada no contiene referencia alguna a la necesidad de considerar la máquina estiradora-sopladora como un elemento de un envasado de tipo particular. En cualquier caso, el Tribunal de Primera Instancia respondió a los argumentos desarrollados por la Comisión en el curso del proceso judicial. En efecto, concluye Tetra, el apartado 266 de la sentencia recurrida constituye una respuesta a una nueva alegación invocada por la Comisión en su escrito de contestación.

- 101 Tetra considera que la Comisión saca de contexto al apartado 223 de la sentencia recurrida. En efecto, en aquel apartado el Tribunal de Primera Instancia no se refirió a la posibilidad de invocar la discriminación como medio de prueba de la existencia de mercados distintos, sino que se limitó a examinar si el comportamiento de Sidel en el pasado constituía una prueba suficientemente sólida de que la nueva entidad continuaría aplicando un comportamiento similar. El Tribunal de Primera Instancia tan sólo examinó la definición del mercado en los apartados 258 a 269 de la sentencia recurrida.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el tercer motivo de casación

- 102 Procede rechazar de entrada por inoperante el argumento que la Comisión basa en el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia afirmara, en el apartado 265 de la sentencia recurrida, que la Decisión impugnada no contenía ninguna referencia a cierto número de explicaciones técnicas sobre las supuestamente muy particulares características de las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas en las líneas de envasado en PET, explicaciones que la Comisión tan sólo desarrolló en su escrito de contestación y en la vista. En efecto, de la lectura de los apartados 266 y 267 de la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal de Primera Instancia no se limitó a basar su apreciación en el mero hecho de que en la Decisión impugnada no figuraran suficientes pruebas sólidas de las características supuestamente particulares de aquellas máquinas, sino que tomó en consideración los argumentos expuestos por la Comisión tanto en su escrito de contestación como en la vista y respondió a los mismos.

- 103 Del mismo modo, procede rechazar por impertinente el argumento basado en que el Tribunal de Primera Instancia no acogió una discriminación a través de los precios como prueba de la existencia de submercados distintos. En efecto, de la lectura del apartado 259, última frase, y del apartado 268 de la sentencia recurrida se desprende que, en el marco de la determinación de mercados distintos, el Tribunal de Primera Instancia no se pronunció sobre la prueba directa de una discriminación a través de los precios, sino que centró su análisis en las condiciones en que puede practicarse la prueba de una posibilidad de discriminación a través de los precios, definiéndose tales condiciones en el considerando 178 de la Decisión impugnada, a saber, la posibilidad de identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado y la imposibilidad de recurrir a los intercambios entre clientes o al arbitraje por parte de terceros.
- 104 En cuanto a los restantes argumentos invocados por la Comisión para fundamentar su tercer motivo de casación, mediante los cuales dicha institución impugna la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre el carácter genérico de las máquinas estiradoras-sopladoras, sobre la posibilidad de identificar a qué grupo pertenece el cliente y sobre la imposibilidad de recurrir a los intercambios entre clientes y al arbitraje por parte de terceros en lo que atañe a dichas máquinas, procede declarar la inadmisibilidad de tales argumentos, habida cuenta de que cuestionan la apreciación de las pruebas por el Tribunal de Primera Instancia, apreciación que no está sujeta al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.
- 105 De las consideraciones anteriores resulta que el tercer motivo de casación es, por una parte, inadmisibile y, por otra, infundado.

Sobre el cuarto motivo de casación

- 106 Mediante su cuarto motivo, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia infringió el artículo 2 del Reglamento, desnaturalizó los hechos y no tuvo en cuenta algunos de los argumentos de dicha institución al no reconocer el carácter fundado de la conclusión de ésta en el sentido de que Tetra reforzaría su posición dominante en el sector del cartón.

- 107 Los considerandos 390 a 401 de la Decisión impugnada pretenden demostrar que la posición dominante que ostenta Tetra en el sector del cartón podría verse reforzada por la concentración notificada, debido a la eliminación, en el mercado del envasado de productos sensibles, de la competencia potencial que representa el mayor proveedor del mercado del PET, a saber, Sidel. De este modo, al encontrarse ante una competencia menos intensa, Tetra no tendría incentivo alguno para bajar los precios de sus envases de cartón y podría verse impulsada a dejar de innovar.
- 108 Como indicó el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 311 y 317 de la sentencia recurrida, la Comisión invocó la sentencia de dicho Tribunal de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, antes citada, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, antes citada (en lo sucesivo, «jurisprudencia Tetra Pak II»), para fundamentar su argumentación según la cual una menor intensidad de la competencia potencial permitiría a Tetra sentirse menos amenazada en los mercados de cartón aséptico, lo que ha de considerarse como un fortalecimiento de su posición dominante en dichos mercados, en el sentido del artículo 2 del Reglamento.
- 109 En el apartado 312 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«[...] cuando la Comisión invoca la eliminación o una importante reducción de una competencia potencial, o incluso de una competencia que tiende a aumentar, para justificar la prohibición de una concentración notificada, las circunstancias identificadas por ella como factores que refuerzan la posición dominante deben basarse en pruebas sólidas. El mero hecho de que la empresa adquirente ocupe ya una posición dominante muy clara en el mercado de que se trata, pese a ser una circunstancia importante, como indica la Decisión impugnada, no basta en sí mismo para justificar la conclusión de que la reducción de la competencia potencial a la que se enfrenta dicha empresa constituye un refuerzo de su posición.»

110 En el apartado 322 de la misma sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que nada impide en principio aplicar la teoría de los «vínculos de conexión» al control de las concentraciones, aplicación que ya fue aceptada en el contexto de la aplicación del artículo 82 CE por la jurisprudencia Tetra Pak II. El asunto que dio lugar a dicha jurisprudencia versaba sobre un comportamiento en un mercado determinado, comportamiento que fue considerado constitutivo de un abuso de posición dominante en un mercado conexo. En el caso de autos se trata de mercados próximos. Sin embargo, en el apartado 323 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la remisión a dicha jurisprudencia no era pertinente, ya que «el presente asunto se refiere simplemente a los efectos de la eliminación, o de una reducción significativa, de una competencia potencial que la Comisión califica de importante y creciente».

111 En ese mismo apartado 323, el Tribunal de Primera Instancia recordó a este respecto que «entre los criterios que el artículo 2, apartado 1, del Reglamento obliga a la Comisión a aplicar para valorar las operaciones de concentración notificadas se encuentra “la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia [...] potencial”». El Tribunal de Primera Instancia añadió lo siguiente:

«Por lo tanto, la Comisión no cometió error alguno al examinar qué importancia tendría en los mercados del cartón la reducción de la competencia potencial procedente de los mercados de equipos de envasado en PET. Sin embargo, incumbe a la Comisión probar que dicha reducción, de ser cierta, tendería a reforzar la posición dominante de Tetra frente a sus competidores en los mercados del cartón aséptico.»

112 En el apartado 324 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó que, según se desprende de su propio análisis, el crecimiento de la utilización del PET para el envasado de productos sensibles será probablemente mucho menos significativo de lo que cree la Comisión. Por lo tanto, basándose en los datos invocados en la Decisión impugnada, no es posible determinar con la certidumbre necesaria para justificar la prohibición de una concentración si la realización de la concentración notificada situaría o no a Tetra en una posición en la

que podría actuar frente a sus competidores en los mercados del cartón aséptico con mayor independencia que antes.

- 113 En el apartado 325 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia examinó los dos hechos referidos al futuro comportamiento de Tetra en que se basa la Comisión para demostrar los supuestos efectos negativos de la concentración notificada en los mercados del cartón aséptico.
- 114 En los apartados 326 a 328 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia examinó los datos relativos a la competencia de precios aportados por la Comisión, declarando, en la última frase del apartado 328, que la conclusión de la Decisión impugnada de que la presión para bajar los precios del cartón que pesa sobre Tetra sería menor en el caso de que estuviera autorizada a adquirir Sidel no se basa en pruebas convincentes.
- 115 En los apartados 329 a 331 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia examinó los datos aportados por la Comisión para sostener que la concentración notificada supondría que Tetra tendría menos incentivos para innovar. En el apartado 332 de la misma sentencia, dicho Tribunal consideró que la Decisión impugnada no ha acreditado de un modo jurídicamente suficiente que la nueva entidad tendría menos incentivos para innovar en el sector del cartón de los que tiene actualmente Tetra.
- 116 En el apartado 333 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«De ello se deduce que los datos invocados en la Decisión impugnada no demuestran de un modo jurídicamente suficiente que los efectos de la concentración [notificada] sobre la posición que ocupa Tetra, en particular en los mercados del cartón aséptico, al eliminar a Sidel como competidor potencial serían tales que se cumplirían los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento. En efecto, se

deduce de las consideraciones precedentes que no se ha demostrado que la posición de la nueva entidad frente a sus competidores en los mercados del cartón resultaría reforzada.»

Alegaciones de las partes

- 117 Mediante su cuarto motivo de casación, que se divide en varias partes, la Comisión impugna los apartados 312 y 323 de la sentencia recurrida. La Comisión considera, en primer lugar, que el modo en que el Tribunal de Primera Instancia presentó la cuestión de la importancia de la competencia potencial conduce a una desnaturalización de los hechos. Según la Comisión, la competencia potencial no tiene nada que ver con la relación competitiva que existe entre la empresa considerada dominante y otras empresas presentes en el mercado de referencia. La cuestión decisiva estriba en determinar si la eliminación estructural de una fuente importante de competencia potencial proporciona a la empresa dominante mayor libertad aún para actuar sin trabas, en particular frente a sus clientes y frente a los consumidores.
- 118 La Comisión alega, en segundo lugar, que los dos datos mencionados en el apartado 312 de la sentencia recurrida, a saber, la eliminación o una importante reducción de la competencia potencial y el hecho de que la empresa en cuyo beneficio se realiza la concentración ocupe ya una posición dominante en el mercado de que se trata, son suficientes para justificar la conclusión de que tal posición se ha reforzado.
- 119 La Comisión considera, por otro lado, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al rechazar su apreciación del crecimiento probable de la utilización del PET para el envasado de los productos sensibles basándose exclusivamente en su propia previsión según la cual «dicho crecimiento será probablemente mucho menos significativo de lo que cree la Comisión».

- 120 Por último, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho en los apartados 316 a 328 de la sentencia recurrida, al no tener en cuenta sus argumentos en materia de precios inducidos por la eliminación de Sidel, y, en los apartados 329 a 332 de la misma sentencia, al rechazar su conclusión de que la nueva entidad tendría menos incentivos para innovar en el sector del cartón de los que tiene actualmente Tetra.
- 121 Tetra considera que el apartado 312 de la sentencia recurrida no incurre en error alguno. Subraya que, en virtud del Reglamento, una concentración puede ser prohibida si implica crear o a reforzar una posición dominante. Teniendo en cuenta que una posición dominante se refiere, por definición, a la posición de una empresa dominante en un mercado determinado, es decir, frente a sus competidores, resulta incomprensible que la Comisión se considere capaz de disociar la posición dominante de la empresa dominante de la posición de sus competidores en el mismo mercado.
- 122 Según Tetra, sostener, como hace la Comisión, que los dos factores mencionados en el apartado 312 de la sentencia recurrida son suficientes para justificar la conclusión de que se ha reforzado una posición dominante equivale a establecer una regla *per se* en virtud de la cual toda disminución de la competencia potencial reforzará siempre una posición dominante. Ahora bien, el artículo 2, apartado 3, del Reglamento exige que se demuestre no sólo que como consecuencia de la concentración se ha reforzado una posición dominante, sino también que tal refuerzo supone un obstáculo significativo para una competencia efectiva. No cabe presumir el cumplimiento de ninguno de estos dos requisitos, en particular cuando se trata de un asunto en que, como sucede en el caso de autos, la competencia potencial mencionada es la que un primer mercado ejerce en un segundo mercado distinto, pero próximo.
- 123 En cualquier caso, la Comisión invocó en la Decisión impugnada diversos factores y, por consiguiente, no puede reprochar al Tribunal de Primera Instancia el haber analizado dichos factores en la sentencia recurrida. En cuanto al crecimiento probable de la utilización del PET, Tetra se remite a la argumentación que ya ha desarrollado sobre este punto.

- 124 Por último, en lo que atañe a los argumentos basados en que el Tribunal de Primera Instancia no hizo suyas las conclusiones de la Comisión relativas a los efectos de la operación sobre los incentivos de Tetra en materia de precios y de innovación, esta última sostiene que la Comisión critica las apreciaciones de hecho efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia, apreciaciones que quedan al margen del control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el cuarto motivo de casación

- 125 Según resulta del artículo 2, apartado 1, del Reglamento, para apreciar la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, la Comisión debe tener en cuenta un conjunto de factores, tales como la estructura de los mercados en cuestión, la competencia real o potencial de las empresas, la posición en el mercado de las empresas participantes y su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, la existencia de obstáculos al acceso a dichos mercados y la evolución de la oferta y la demanda.
- 126 Así pues, en el apartado 312 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia recordó, con acierto y sin infringir el artículo 2 del Reglamento impugnado, que el mero hecho de que la empresa adquirente ocupe ya una posición dominante muy clara en el mercado de que se trata, pese a ser una circunstancia importante, como indica la Decisión impugnada, no basta en sí mismo para justificar la conclusión de que la reducción de la competencia potencial a la que se enfrenta dicha empresa constituye un refuerzo de su posición.
- 127 En efecto, la competencia potencial que representa un fabricante de productos de sustitución en una parte del mercado de que se trate, a saber, en el caso de autos la competencia que, en su calidad de proveedor de envases en PET, desarrolla Sidel en la parte del mercado de los productos sensibles en relación con el envasado en

cartón aséptico, no es sino uno de los diversos factores que deben tomarse en consideración para determinar si una operación de concentración implica el riesgo de reforzar una posición dominante. A este respecto, no cabe excluir que una reducción de la referida competencia potencial se vea compensada por otros factores, con el resultado de que permanezca invariable la posición competitiva de la empresa que ya ocupaba una posición dominante.

128 Del resumen de los argumentos de las partes que el Tribunal de Primera Instancia hizo en los apartados 313 a 320 de la sentencia recurrida se desprende que Tetra cuestiona la tesis del refuerzo de la posición dominante de la nueva entidad en los mercados del cartón aséptico, alegando, en particular, que la falta de innovación en el sector del cartón beneficiaría esencialmente a los actuales competidores de Tetra en dichos mercados. Así pues, en el marco de la discusión y de la apreciación de los argumentos de las partes sobre este punto, el Tribunal de Primera Instancia recordó acertadamente, en el apartado 323 de la sentencia recurrida, que incumbe a la Comisión probar que una reducción de la competencia residual, de ser cierta, tendería a reforzar la posición dominante de Tetra frente a sus competidores en los mercados del cartón aséptico.

129 De este modo, el Tribunal de Primera Instancia se basó en las reacciones potenciales de aquellos competidores de Tetra en los mercados del cartón que también desarrollaban actividades en el mercado del PET, para refutar, en el apartado 327 de la sentencia recurrida, la afirmación de la Comisión según la cual aquella sociedad podría verse inducida, después de realizada la concentración, a aumentar sus precios en los mercados del cartón aséptico, y para rechazar, en el apartado 330 de la misma sentencia, la argumentación según la cual la nueva entidad podría innovar menos.

130 Por consiguiente, no puede considerarse fundada la parte del cuarto motivo de casación en donde la Comisión sostiene que la competencia potencial no tiene nada que ver con la relación competitiva que existe entre la empresa considerada dominante y otras empresas presentes en el mercado de referencia.

- 131 En cuanto a la apreciación del crecimiento probable de la utilización del PET para el envasado de los productos sensibles, es preciso recordar que la argumentación de la Comisión a este respecto ha sido examinada, en el marco del primer motivo de casación, en el apartado 46 de la presente sentencia, a efectos de comprobar si el Tribunal de Primera Instancia había infringido el artículo 230 CE por no haber aplicado el criterio del error manifiesto de apreciación y por no haber respetado el margen de discrecionalidad de que dispone la Comisión en lo que atañe a las cuestiones fácticas y económicas complejas. En la medida en que, en esa parte del motivo, la Comisión cuestiona las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia sobre este punto, procede señalar que se trata de una crítica de la apreciación de las pruebas por el Tribunal de Primera Instancia, apreciación que no está sujeta al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.
- 132 Lo mismo cabe decir en relación con la parte del motivo de casación en la que la Comisión cuestiona los apartados 316 a 328 y 329 a 332 de la sentencia recurrida, apartados en donde el Tribunal de Primera Instancia valoró las pruebas presentadas por la Comisión relativas, respectivamente, a los efectos en materia de precios inducidos por la eliminación de Sidel y a los menores incentivos que tendría la nueva entidad para innovar en el sector del cartón.
- 133 Del conjunto de las anteriores consideraciones se desprende que el cuarto motivo de casación es en parte inadmisibile y en parte infundado.

Sobre el quinto motivo de casación

- 134 Mediante su quinto motivo, la Comisión imputa al Tribunal de Primera Instancia haber infringido el artículo 2, apartado 3, del Reglamento, al rechazar sus conclusiones relativas a la creación de una posición dominante en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras.

Alegaciones de las partes

- 135 La Comisión sostiene que la conclusión del Tribunal de Primera Instancia que figura en el apartado 307 de la sentencia recurrida, según la cual «la Decisión impugnada no demuestra de un modo jurídicamente suficiente que la nueva entidad pudiera conseguir entre hoy y 2005 una posición dominante en los mercados de máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad», se basa en errores de Derecho ya criticados en el marco de los motivos de casación precedentes, a saber, la inclusión de las máquinas estiradoras-sopladoras para productos no sensibles y para cerveza en el mismo mercado que el de las máquinas estiradoras-sopladoras para productos sensibles y el hecho de considerar suficiente el compromiso de Tetra de no vincular la venta de dichas máquinas a la de productos de cartón. Para completar su argumentación, la Comisión considera necesario demostrar los errores cometidos por el Tribunal de Primera Instancia en lo relativo a la creación de una posición dominante en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras.
- 136 En cuanto a las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad, la Comisión sostiene, en primer lugar, que el Tribunal de Primera Instancia no tomó en consideración ciertos datos pertinentes que figuraban en la Decisión impugnada, como la mejora de la posición de Sidel en cuota de mercado (considerando 266 de dicha Decisión) y el refuerzo inmediato de su posición gracias a la combinación de su posición de liderazgo en términos de cuotas de mercado, por un lado, y de la capacidad financiera, la potencia de venta, la superioridad conseguida en el envasado aséptico, la ventaja del que llega primero a la clientela del sector del envasado en cartón y la posición dominante de la que Tetra disfruta en ese sector (considerandos 376 a 387 de la Decisión impugnada).
- 137 La Comisión sostiene, en segundo lugar, que el Tribunal de Primera Instancia se basó en hechos carentes de pertinencia. En efecto, la importancia de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad para el envasado de productos no sensibles no sería un elemento pertinente de admitirse la definición del mercado propuesta por la Comisión. Del mismo modo, la afirmación del Tribunal de Primera Instancia en el apartado 279 de la sentencia recurrida, según la cual «todo parece indicar que un importante porcentaje de las máquinas estiradoras-sopladoras utilizadas para envasar productos sensibles serán máquinas de baja capacidad», no resulta pertinente para valorar la posibilidad de que Tetra se base en su posición dominante

en el sector del envasado en cartón para adquirir una posición dominante en el sector de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad.

- 138 En cuanto a las máquinas de alta capacidad, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia se abstuvo de tomar en consideración algunos datos pertinentes y, concretamente, en el apartado 284 de la sentencia recurrida, el incremento de la cuota de mercado de Sidel en virtud de la concentración notificada. La Comisión estima también que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al considerar que era posible que el crecimiento de la utilización del PET en los productos sensibles fuera inferior a las previsiones, así como la eventualidad de que los clientes que fabrican productos sensibles recurran al PEAD en lugar de al PET, siendo así que estos datos carecen de pertinencia para determinar si, en sus relaciones con los clientes que optan por el PET, Tetra disfrutaría de la ventaja del que llega primero.
- 139 Del mismo modo, continúa la Comisión, en lo que atañe a los clientes que proceden del envasado en vidrio, el Tribunal de Primera Instancia pasa por alto determinados factores y desnaturaliza los hechos. En efecto, por un lado, dicho Tribunal no toma en consideración el hecho de que es poco frecuente que los clientes que utilizan envases de vidrio recurran con carácter exclusivo a este material para envasar sus productos. Por otro lado, añade la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia hace una presentación errónea de los hechos cuando afirma que los competidores de Tetra/Sidel presentes en el sector del envasado en vidrio disfrutaban de la ventaja del que llega primero, porque, al hacer esto, dicho Tribunal pasó por alto el hecho de que los proveedores de equipos para vidrio y metal no tienen relaciones estrechas y permanentes con los productores de bebidas porque la casi totalidad de la fabricación de envases en vidrio y en metal la llevan a cabo convertidores.
- 140 En lo que atañe a la posición de los competidores, la Comisión estima que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó la Decisión impugnada al declarar, en el apartado 294 de las sentencia recurrida, que dicha Decisión no analiza adecuadamente la competencia que debe afrontar Sidel en el mercado de las máquinas de alta capacidad y subestima la competencia que representan los tres principales competidores de esa sociedad. Según la Comisión, la Decisión impugnada contiene un análisis detallado de las posiciones relativas de la nueva entidad y de sus competidores, concretamente en los considerandos 232 a 248, 293 a 300, 303 a 310 y 369 a 387. Además, añade la Comisión, los hechos declarados probados por el Tribunal de Primera Instancia son inexactos, ya que dicho Tribunal,

por un lado, afirma que el competidor SIG dispone de una ventaja porque está presente en el mercado posterior de las preformas, cuando lo cierto es, según la Comisión, que no está presente en el mercado posterior como proveedor de preformas que ofrece sus productos a empresas que recurren al embotellado en PET, y, por otro lado, sostiene que esa misma sociedad disfruta de la ventaja del que llega primero en virtud de sus actividades en el sector del vidrio, cuando lo cierto es que dicha sociedad fabrica máquinas y no está presente en el mercado posterior de botellas de vidrio.

- 141 Por último, la Comisión considera que la constatación del Tribunal de Primera Instancia en el apartado 305 de la sentencia recurrida, según la cual «la conclusión sobre la dependencia de los convertidores con respecto a Sidel no es convincente», constatación basada exclusivamente en «la competencia que existe actualmente», no contiene una motivación clara ni suficiente para desvirtuar la compleja apreciación desarrollada al respecto por la Comisión en los considerandos 303 a 310 de la Decisión impugnada.
- 142 Tetra sostiene que las diversas críticas que la Comisión formula en su quinto motivo de casación, al parecer sin ninguna relación entre ellas, deben declararse inadmisibles por una doble razón. En efecto, por un lado, la Comisión invoca elementos que no se mencionaban en la Decisión impugnada y, por otro, impugna directamente la apreciación de los hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el quinto motivo de casación

- 143 Del análisis de los argumentos alegados por la Comisión se deduce que la mayor parte de éstos versan sobre la apreciación de las pruebas por el Tribunal de Primera Instancia, apreciación que no está sujeta al control del Tribunal de Justicia en el

marco de un recurso de casación. Así sucede cuando la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber tomado en consideración determinados factores que ella considera pertinentes o haber tenido en cuenta otros factores que ella considera carentes de pertinencia, ya sea en lo que atañe a las máquinas estiradoras-sopladoras de baja o de alta capacidad o en relación con la toma en consideración de los clientes procedentes del envasado en vidrio.

- 144 Mediante otros argumentos expuestos para fundamentar su quinto motivo de casación, la Comisión cuestiona explícitamente los hechos constatados por el Tribunal de Primera Instancia o su apreciación de los mismos. En ese caso se encuentra, en particular, el argumento relativo a los competidores de Tetra/Sidel para el envasado en vidrio o el análisis de la posición del competidor SIG.
- 145 En cuanto a la desnaturalización de la Decisión impugnada en la que supuestamente incurrió el apartado 294 de la sentencia recurrida, procede declarar que la Comisión no indica ningún punto preciso de los considerandos de dicha Decisión cuyo contenido haya sido desnaturalizado por el Tribunal de Primera Instancia y que este argumento se esgrime, en realidad, frente a la apreciación de los hechos y de las pruebas por parte del Tribunal de Primera Instancia.
- 146 Por último, en lo que atañe al argumento basado en la insuficiente motivación de la conclusión que figura en el apartado 305 de la sentencia recurrida, según la cual la dependencia de los convertidores con respecto a Sidel no ha sido acreditada de manera convincente, basta con declarar que el Tribunal de Primera Instancia motivó dicha apreciación, de un modo sucinto pero suficiente, en la última frase de ese mismo apartado 305.
- 147 De las anteriores consideraciones se desprende que el quinto motivo de casación es en parte inadmisibile y en parte infundado.

Conclusión

- ¹⁴⁸ Al no poder admitirse ninguno de los motivos invocados por la Comisión para fundamentar su recurso de casación, procede desestimar dicho recurso.

Costas

- ¹⁴⁹ A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al recurso de casación en virtud del artículo 118 de dicho Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado Tetra que se condene en costas a la Comisión y haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla al pago de las costas.

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

- 1) Desestimar el recurso de casación.**

- 2) Condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.**

Firmas.