

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 25 de mayo de 2004¹

Índice

| | | |
|------|---|----------|
| I. | Marco jurídico | I - 993 |
| II. | Hechos y procedimiento | I - 994 |
| | La operación notificada y el procedimiento seguido ante la Comisión | I - 994 |
| | La Decisión impugnada | I - 996 |
| | La sentencia recurrida | I - 1002 |
| | El recurso de casación y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia | I - 1009 |
| III. | Análisis jurídico | I - 1009 |
| | Consideraciones generales sobre la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia | I - 1010 |
| | Sobre el motivo de casación relativo al grado de exigencia probatoria y a la intensidad del control jurisdiccional | I - 1011 |
| | a) Las críticas generales de la Comisión | I - 1011 |
| | b) El «ejemplo concreto» de los errores en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia | I - 1017 |
| | c) Conclusiones sobre el primer motivo de casación | I - 1023 |
| | Sobre el motivo de casación relativo a la exigencia de tomar en consideración el carácter ilegal de determinados comportamientos y de tener en cuenta meros compromisos de comportamiento | I - 1024 |
| | Sobre el motivo de casación relativo a la individualización de los distintos mercados de máquinas estiradoras-sopladoras en función de su utilización final | I - 1028 |
| | Sobre el motivo de casación relativo al reforzamiento de la posición dominante de Tetra en el mercado del cartón | I - 1031 |

¹ — Lengua original: italiano.

| | |
|---|----------|
| Sobre el motivo de casación relativo a la creación de la posición dominante de Tetra en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras | I - 1038 |
| a) Las imputaciones formuladas por la Comisión | I - 1039 |
| b) La incidencia que los errores detectados tienen sobre la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia | I - 1044 |
| Consideraciones finales sobre la procedencia del recurso de casación | I - 1045 |
| Costas | I - 1046 |
| IV. Conclusión | I - 1046 |

1. El presente asunto tiene por objeto el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión (T-5/02, Rec. p. II-4381), mediante la que se anuló la «Decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2001, C(2001) 3345 final (asunto COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)», por la que se había declarado una concentración incompatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE.

nes» o sencillamente «Reglamento») ² instauró un sistema de control sobre las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. ³ A tal efecto, dispuso que tales operaciones fueran previamente notificadas a la Comisión, la cual habría de valorar su compatibilidad con el mercado común.

3. Según precisa el artículo 2, apartado 1, del Reglamento, al llevar a cabo tal valoración, «la Comisión tendrá en cuenta:

I. Marco jurídico

2. Como es notorio, para contribuir a la creación de «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior» [artículo 3, letra f), del Tratado CEE, actualmente, artículo 3 CE, letra g), tras su modificación], el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (en lo sucesivo, «Reglamento sobre concentracio-

a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el

2 — Reglamento de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1; versión rectificadora DO 1990, L 257, p. 13). El Reglamento n° 4064/89 fue modificado por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1).

3 — El artículo 3 del Reglamento define qué debe entenderse por «operación de concentración», al tiempo que en el artículo 1, apartados 2 y 3, se precisa cuándo tiene «dimensión comunitaria» una operación de concentración.

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;

para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo» (apartado 2);

- 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».

- y, por otro lado, que «se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo» (apartado 3).

II. Hechos y procedimiento

La operación notificada y el procedimiento seguido ante la Comisión

4. En los apartados siguientes del artículo 2 se dispone:

5. Por cuanto aquí interesa, de la exposición de los hechos en la sentencia recurrida resulta lo siguiente:

- por un lado, que «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo

«9 El 27 de marzo de 2001, Tetra Laval SA, sociedad privada francesa perteneciente en su totalidad a Tetra Laval BV,

sociedad de cartera del grupo Tetra Laval (en lo sucesivo, "Tetra" o "demandante"), anunció una oferta pública de compra de todas las acciones en circulación de Sidel SA, empresa que cotizaba en bolsa en Francia. Ese mismo día, Tetra Laval SA compró aproximadamente un 9,75 % del capital de Sidel a Azeo (5,56 %) y a la dirección de Sidel (4,19 %).

[...]

- 11 Dicha oferta permitió a Tetra adquirir alrededor del 81,3 % de las acciones en circulación de Sidel. Tras el cierre de la oferta, la demandante adquirió más acciones, de modo que en la actualidad posee aproximadamente un 95,20 % de las acciones y un 95,93 % de los derechos de voto de Sidel.
- 12 Una de las empresas que forman parte de Tetra es la empresa Tetra Pak, presente sobre todo en el sector de los envases de cartón para alimentos líquidos, sector en el que Tetra Pak es líder mundial. Tetra también desarrolla actividades más limitadas en el sector de los envases de plástico, principalmente como "convertidor" (actividad consistente en fabricar y suministrar envases vacíos a los fabricantes, que los llenan en sus propias instalaciones), en particular en el sector de los envases de plástico en polietileno de alta densidad (en lo sucesivo, "PEAD").
- 13 Sidel se dedica al diseño y fabricación de equipos y sistemas de envasado, en particular de máquinas de moldeo por soplado y estirado ("stretch blow moulding machines/SBM machines"; en lo sucesivo, "máquinas estiradoras-sopladoras"), utilizadas para producir botellas de plástico en tereftalato de polietileno (en lo sucesivo, "PET"), y es el líder mundial en fabricación y suministro de máquinas estiradoras-sopladoras. También está presente en el sector de la tecnología de barrera, que se utiliza para conseguir que el PET sea compatible con los productos sensibles al gas y a la luz, y en el sector de las máquinas de llenado de botellas de PET y, en menor medida, de PEAD.
- 14 El 18 de mayo de 2001 se notificaron a la Comisión las transacciones mediante las cuales Tetra había adquirido su participación en Sidel.
- 15 Las partes coinciden en reconocer que dichas transacciones (en lo sucesivo, "concentración" o "la operación notificada") constituyen una adquisición en el sentido del artículo 3, apartado 1,

letra b), del Reglamento y que dicha concentración tiene una dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento. [...]

16 El 5 de julio de 2001, la Comisión decidió incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento, por estimar que existían serias dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

24 Mediante Decisión de 30 octubre de 2001 [Decisión C(2001) 3345 final (asunto COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)]; en lo sucesivo, “Decisión impugnada”, la Comisión declaró la operación notificada incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE, con arreglo al artículo 8, apartado 3, del Reglamento.

[...]

[...]

19 El 25 de septiembre de 2001, la demandante propuso contraer una serie de compromisos, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2, del Reglamento, a fin de resolver los problemas de competencia mencionados en el primer pliego de cargos.

26 A la vista de las conclusiones a las que había llegado en la Decisión impugnada y al término de un procedimiento administrativo separado, que comenzó con el envío a Tetra de un pliego de cargos el 19 de noviembre de 2001, la Comisión adoptó el 30 de enero de 2002 una Decisión en la que indicaba las medidas que procedía adoptar para restablecer una competencia efectiva, con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento (asunto COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel).»

[...]

La Decisión impugnada

21 El 9 de octubre de 2001, la demandante propuso una nueva serie de compromisos en firme (en lo sucesivo, “compromisos”) que reemplazaban a los de 25 de septiembre de 2001.

6. Circunscribiéndose a sus pasajes esenciales, y sin perjuicio de examinar más detalladamente algunos aspectos que revisten

particular importancia para el caso de autos, la Decisión impugnada puede resumirse de la siguiente manera.

7. Tras efectuar una descripción general del sector del envasado de alimentos líquidos, la Comisión analizó el mercado del producto de referencia, comenzando con una valoración de las posibilidades de sustitución entre los diversos materiales de envasado y, en consecuencia, entre los diversos sistemas de envasado.

8. A efectos de tal análisis, la Comisión consideró útil adoptar una «segmentación para usos finales» y valorar, pues, la sustituibilidad de los diversos materiales y sistemas de envasado con referencia al tipo de líquidos que procedía envasar.⁴ Desde este punto de vista, considerando que las principales actividades de Tetra y Sidel se ejercían en los segmentos del envasado en cartón y en PET, la Comisión efectuó su análisis con particular referencia a las bebidas que podían ser envasadas utilizando esos dos materiales (en lo sucesivo, productos «comunes» o productos «sensibles»), a saber: los «productos lácteos líquidos» (que en la sentencia recurrida se designan asimismo como «PLL»);⁵ los «zumos» y «néctares» (que en la Decisión impugnada y en la sentencia recurrida se denominan sencillamente «zumos»); las «bebidas no gaseosas con aroma de frutas» (que en la Decisión se denominan sencillamente «bebidas con aroma de frutas» y en la sentencia «bebidas sin gas con sabor a fruta» y también

«BSF»); y las «bebidas a base de té o café listas para el consumo» (que en la Decisión y en la sentencia se denominan sencillamente «bebidas a base de té o café».⁶

9. Al examinar la interrelación entre esos dos materiales, la Comisión comenzó haciendo hincapié en que, si bien «tradicionalmente [...] se [habían] utilizado para envasar diferentes bebidas»,⁷ el «PET [era] un material adecuado para el envasado de todos los productos que se han envasado tradicionalmente en cartón». ⁸ Tras un análisis en profundidad, y especialmente «a la vista de los avances tecnológicos recientes y futuros, las consideraciones de coste y comercialización», la Comisión llegó a la conclusión de que «el uso de PET en los segmentos de productos comunes [seguiría] creciendo significativamente durante los [posteriores] cinco años». ⁹

10. Así pues, la Comisión afirmó que, «aunque la sustitución entre los [sistemas de envasado en cartón y en PET] no [tenía en aquel momento] la eficacia e inmediatez necesarias a efectos de definición de mercado (es decir, que [eran] sustitutos débiles), esto [podría] cambiar en el futuro». La Comisión llegó a la conclusión de que, «dada

6 — Véanse, en particular, los considerandos 12 y 45 de la Decisión.

7 — Considerando 55, en donde se precisa que «tradicionalmente, el PET y el cartón se han utilizado para envasar diferentes bebidas. Esto se debe principalmente a las características físicas diferentes de estos sistemas de envasado. El cartón no es transparente por lo que es adecuado para productos sensibles a la luz y al oxígeno pero no resiste la carbonatación. El PET es transparente y puede soportar la carbonatación pero siempre ha sido menos adecuado para productos sensibles al oxígeno y la luz. Por ello, el cartón se ha utilizado sobre todos para lácteos líquidos (principalmente leche blanca) y zumos, mientras que el PET se ha utilizado sobre todo para agua (con y sin gas) y para bebidas gaseosas sin alcohol».

8 — Considerando 57.

9 — Considerando 103.

4 — Véanse, en particular, los considerandos 40 y 44 de la Decisión.

5 — Siglas que corresponden en español a «productos lácteos líquidos».

su presencia en el mismo sector de envasado de alimentos líquidos, sus segmentos de productos comunes, la base de su clientela y el aumento del empleo de la tecnología aséptica, los dos sistemas de envasado [perteneían] a dos mercados muy próximos». ¹⁰

11. Sentado lo anterior, la Comisión consideró que era «necesario analizar si para la maquinaria específica de cada sistema de envasado los mercados de productos pertinentes [eran] independientes». ¹¹

12. Una vez efectuado tal análisis y refiriéndose a los sistemas de envasado en PET, ¹² la Comisión llegó a la siguiente conclusión: i) que «las sopladoras de preformas [máquinas estiradoras-sopladoras] de gran capacidad [constituían] un mercado separado del de las sopladoras de preformas de baja capacidad» y que, «dadas las características

consustanciales a los productos “sensibles” y la existencia de una posibilidad de discriminación de precios», existían «mercados de referencia para cada grupo distinto de clientes en función de la utilización final, en particular, en los cuatro segmentos de bebidas “sensibles”»; ¹³ ii) que las diversas «técnicas de tratamiento de barrera del PET [formaban] parte de un mismo mercado de productos»; ¹⁴ iii) que existían «dos mercados de productos distintos, uno para las máquinas de envasado aséptico de PET y otro para las máquinas de envasado no aséptico de PET»; ¹⁵ iv) y que «las preformas [para el PET constituían] un mercado de productos distinto». ¹⁶

13. En cambio, respecto a los sistemas de envasado en cartón, la Comisión consideró que existían «cuatro mercados de productos distintos: las máquinas de envasado en cartón aséptico, los cartones asépticos, las

10 — Considerando 163.

11 — Considerando 164.

12 — En relación con tales sistemas, procede recordar que «el envasado de alimentos líquidos en botellas de PET requiere una combinación de maquinaria distinta y, en caso necesario, de una tecnología de barrera [para hacer al PET compatible con los productos sensibles al gas y a la luz]. El proceso de envasado consta de tres etapas distintas: a) fabricación de productos plásticos semielaborados, tubos previos para fabricar las botellas de PET; b) fabricación de botellas vacías de PET a partir de los productos semielaborados de plástico en las máquinas especializadas para el estiramiento y soplado de moldes [máquinas estiradoras-sopladoras]; c) envasado de las botellas de PET mediante la envasadora adecuada» (considerando 20 de la Decisión). En los sistemas de envasado en PET los «líquidos se envasan de dos maneras principales: en la propia fábrica de bebidas y por las denominadas empresas de transformación de botellas [o “convertidores”]. Para el envasado interno se requiere la compra del equipamiento de envasado y la instalación de líneas de envasado en los locales de la empresa de bebidas. Por el contrario, las empresas de transformación fabrican los envases vacíos, que son utilizados por empresas de envasado o vendidos a empresas de bebidas que realizan el envasado dentro de la propia fábrica de bebidas» (considerando 15 de la Decisión).

13 — Considerando 188.

14 — Considerando 199. A este respecto, recuérdese que «para productos sensibles al oxígeno (como zumos o cerveza), hay que aumentar las propiedades de barrera al gas de las botellas de PET [...] Para aumentar las propiedades de barrera del PET se utiliza una tecnología de barrera aplicada a la botella de PET convencional [...] Para productos sensibles a la luz como la leche blanca (leche no aromatizada) UHT, hay que añadir una barrera para la luz» (considerandos 22 a 24 de la Decisión).

15 — Considerando 204. A este respecto, recuérdese que «las máquinas de llenado de PET no asépticas se suelen utilizar para bebidas gaseosas, agua mineral, aceites comestibles y leche fresca. Las máquinas de llenado aséptico de PET se utilizan para zumos a temperatura ambiente, frutas o bebidas sin gas, bebidas a base de té y café y productos lácteos líquidos» (considerando 21 de la Decisión).

16 — Considerando 206.

máquinas de envasado en cartón no aséptico y los cartones no asépticos». ¹⁷

14. Una vez precisado lo anterior en cuanto a los mercados de referencia del producto, la Comisión pasó a examinar rápidamente las dimensiones geográficas de tales mercados, llegando a la conclusión de que para todos ellos «el mercado geográfico de referencia [era] el EEE». ¹⁸

15. Pasando a valorar el impacto de la operación notificada sobre la competencia, la Comisión comenzó señalando que Tetra tenía «una posición dominante en el mercado de las máquinas de envasado en cartón y de los cartones asépticos y una posición preeminente en el mercado de las máquinas de envasado en cartón y de los cartones no asépticos», y que dicha empresa tenía también «una posición dominante en el mercado del envasado en cartón en su conjunto». ¹⁹ En cambio, con anterioridad a la operación notificada Sidel tenía «una posición preeminente en el mercado de las sopladoras de preformas de alta y baja

capacidad en todos los segmentos de utilización final y una fuerte posición en el resto de equipamientos de envasado PET, en particular las máquinas de envasado aséptico, los equipamientos auxiliares y los servicios asociados». ²⁰

16. En tales circunstancias, la Comisión procedió a determinar si la operación notificada suponía crear o reforzar una o más posiciones dominantes a efectos del artículo 2 del Reglamento sobre concentraciones.

17. A este respecto, la Comisión comprobó en primer lugar que «la operación proyectada [daba] lugar a efectos horizontales directos dado que las partes [eran] activas en tres mercados de productos distintos: sopladoras de preformas (baja capacidad), tecnología de barrera y envasadoras de PET aséptico». Según la Comisión, «la posición ya fuerte de Sidel» se vería, por tanto, «reforzada por la concentración». ²¹

18. Más concretamente, con referencia a los «efectos horizontales» de la operación, la Comisión llegó a la siguiente conclusión:

17 — Considerando 209. En lo que atañe a tales sistemas, recuérdese que «a diferencia del PET con sus distintas fases de producción (preformas, botellas vacías, llenado), la empresa de cartón para alimentos líquidos es una empresa integrada de fabricación, llenado y sellado [...]. Todas estas operaciones se realizan en una máquina de empaquetado de cartón dentro de la fábrica de bebidas. [...] Hay diferentes máquinas de cartón asépticas y no asépticas y la distinción entre el envasado de cartón aséptico y no aséptico se efectúa durante [todo] el proceso de envasado» (considerando 28 de la Decisión).

18 — Considerando 212.

19 — Considerando 231.

20 — Considerando 259.

21 — Considerando 263.

i) «que la operación [habría tenido] como efecto elevar el nivel de concentración del mercado de las máquinas de capacidad» y que «Tetra/Sidel [habría sido] el líder indiscutible de toda la gama de sopladoras de preformas, desde las máquinas de capacidad baja más sencillas hasta las máquinas de capacidad más elevada y más avanzadas tecnológicamente»;²² ii) «que la combinación de las tecnologías [...] de las partes [habría mejorado] sensiblemente la posición de la entidad resultante de la concentración en el mercado de las tecnologías de barrera», pero «no hasta el punto de dar lugar a una posición dominante en este mercado»;²³ y iii) «que la nueva entidad [habría ocupado] una fuerte posición en el ámbito de las envasadoras de PET».²⁴

19. La Comisión examinó a continuación los «efectos verticales» de la operación, constatando que la misma habría supuesto «la integración vertical de Tetra/Sidel para tres sistemas de envasado: cartón, [PEAD] y PET». Ello habría podido «dar lugar a un conflicto de circuitos con las empresas de transformación independientes [o “convertidores”] que [habría tenido] efectos contrarios a la competencia». Sin embargo, la Comisión no concluyó que «estos problemas verticales [habrían dado] lugar, en sí mismos, a la creación de una posición dominante para los equipamientos PET o las preformas».²⁵

20. Una vez afirmado lo anterior en relación con los efectos «horizontales» y «verticales» de la concentración, la Comisión pasó a valorar los posibles efectos contrarios a la competencia (denominados «de conglomerado») derivados del hecho de que la entidad resultante de la concentración habría ocupado una fuerte posición en mercados muy próximos, como los mercados del cartón y de los equipamientos de envasado en cartón y de los equipamientos de envasado en PET. A juicio de dicha institución, una valoración de este tipo resultaba necesaria, en particular, por la estrecha conexión existente entre los diversos mercados, derivada del hecho de que «el PET ya [estaba] convirtiéndose en una alternativa importante y complementaria del envasado en cartón en los mercados de productos “sensibles”, y su importancia [habría seguido] creciendo».²⁶

21. Desde este punto de vista, la Comisión valoró ante todo si la entidad resultante de la concentración podía hacer palanca sobre su predominio en el mercado del cartón para adquirir una posición dominante en el mercado de los equipamientos de envasado en PET (práctica denominada «apalancamiento» o «leveraging»). A esta respecto, tras llevar a cabo un análisis en profundidad, la Comisión llegó a la conclusión de «que al reunir a la empresa dominante del mercado del envasado en cartón, Tetra, y a la empresa líder del mercado de los equipamientos para envasado de PET, Sidel, la operación propuesta [habría supuesto] la creación de una estructura de mercado que [habría dado] a la nueva entidad la motivación y las herramientas necesarias para transformar la posición de líder que tendría en el mercado de los equipamientos de envasados de PET, en

22 — Considerandos 269 y 270.

23 — Considerando 282.

24 — Considerando 290.

25 — Considerando 324.

26 — Considerando 337.

particular, el de las sopladoras de preformas (de baja y alta capacidad) utilizadas para los productos “sensibles”, en una posición dominante. Ello también [habría podido] reforzar la posición de la nueva entidad y tener efectos contrarios a la competencia sobre el conjunto del mercado de las sopladoras de preformas». ²⁷

22. La Comisión valoró posteriormente los posibles efectos de la operación notificada sobre la posición dominante de Tetra en el sector del cartón. A este respecto, tras considerar que «los sistemas de envasado de cartón y de PET constituían mercados [...] muy próximos, que [ejercían] algunas presiones competitivas entre sí», dicha institución llegó a la conclusión de que «eliminando a Sidel como fuente de presiones competitivas crecientes en un mercado muy próximo, la posición de Tetra en el envasado en cartón se [habría visto] reforzada». ²⁸

23. Por último, la Comisión examinó si el predominio de la entidad resultante de la concentración sobre los equipamientos de envasado en cartón y en PET podría haber llevado a un reforzamiento ulterior de su dominación. A este respecto, la Comisión consideró «probable que gracias a la concentración, la posición de [tal] entidad en el mercado de los productos finales “sensibles”, [habría marginado] a sus competidores y [planteado] obstáculos a la penetración, lo

que [habría reforzado] su posición dominante en los mercados de referencia de los equipamientos de envasado en cartón y de los equipamientos de envasado en PET, en particular, las sopladoras de preformas que se utilizan para productos “sensibles”». ²⁹

24. Una vez efectuado el referido examen sobre el impacto de la operación notificada en la competencia, la Comisión pasó a examinar los compromisos propuestos por Tetra, que incluían: «a) la cesión de las actividades de Tetra en el ámbito de las sopladoras de preformas; b) la cesión de las actividades de Tetra en el ámbito de las preformas de PET; c) el mantenimiento de Sidel como empresa distinta de TetraPak y el mantenimiento de las medidas correctivas ya adoptadas con arreglo al artículo 82 del Tratado; d) la concesión de una licencia relativa a las sopladoras de preformas de Sidel destinadas a los clientes que [envasaban] productos “sensibles” y a las empresas de transformación». ³⁰

25. No obstante, tras un rápido examen de los mencionados compromisos, la Comisión consideró que los mismos eran «insuficientes para eliminar los principales problemas de competencia señalados en los mercados de los equipamientos de envasado PET y de los envasados de cartón», habida cuenta de que las dos cesiones sólo [habrían tenido] efectos minúsculos sobre la posición de la nueva entidad. No sólo la licencia no habría bastado «para resolver los problemas de competencia planteados por la Comisión, sino que no

27 — Considerando 389.

28 — Considerandos 397 y 399.

29 — Considerando 408.

30 — Considerando 410.

[parecía] constituir una solución viable e, incluso, [habría podido] realmente introducir mecanismos complejos en el mercado, que [habrían desembocado] en una regulación artificial del mismo». Por último, «los dos compromisos relativos al comportamiento de la empresa se [daban] por insuficientes para solucionar los problemas que [habrían resultado] de la estructura que [habría de ser] la del mercado después de la concentración». ³¹

26. Así pues, la Comisión llegó a la conclusión «de que, debido tanto a la falta de viabilidad de los compromisos propuestos como a que [eran] globalmente insuficientes para solucionar los problemas de competencia causados por la operación», tales compromisos no bastaban «para resolver los problemas de competencia señalados y no [podían], por lo tanto, constituir la base de una decisión de autorización». ³²

27. Por lo tanto, a la luz de las consideraciones sucintamente expuestas con anterioridad, la Comisión llegó a la conclusión «de que la operación de concentración notificada [habría dado] lugar a la aparición de una posición dominante en el mercado de los equipos para el acondicionamiento en envases PET, en particular, las sopladoras de preformas utilizadas en los segmentos de productos “sensibles”, y al refuerzo de la posición dominante en los mercados de equipos para el acondicionamiento en envases de cartón asépticos y del cartón aséptico

en el EEE, que [habría obstaculizado] de manera significativa una competencia efectiva en el mercado común y en el EEE». ³³ Dado que los compromisos propuestos por Tetra se consideraban insuficientes para poner remedio a tal situación, la Comisión declaró que la concentración era «incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE». ³⁴

La sentencia recurrida

28. Mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 15 de enero de 2002, Tetra impugnó la Decisión de la Comisión. Mediante sentencia de 25 de octubre de 2002, el Tribunal de Primera Instancia estimó el recurso y anuló la Decisión impugnada.

29. Circunscribiéndose a los pasajes fundamentales de la sentencia recurrida, y sin perjuicio de examinar más detalladamente algunos aspectos, dicha sentencia puede resumirse brevemente de la siguiente manera.

30. Tras desestimar el motivo de recurso «relativo a la violación del derecho de acceso

31 — Considerando 424.

32 — Considerando 451.

33 — Considerando 452.

34 — Artículo 1 de la parte dispositiva.

al expediente»,³⁵ el Tribunal de Primera Instancia –por lo que reviste interés directo aquí– centró su atención: i) en el «motivo relativo a la falta de efectos horizontales y verticales contrarios a la competencia de la concentración modificada»;³⁶ ii) en el «motivo relativo a la inexistencia de un efecto de conglomerado previsible».

basarse en los efectos horizontales de la concentración modificada para apoyar su conclusión sobre la creación de una posición dominante en dichos mercados de PET en provecho de la nueva entidad mediante prácticas de apalancamiento».³⁸

31. Por lo que se refiere a los motivos relativos a los efectos «horizontales» y «verticales» de la concentración, el Tribunal de Primera Instancia comenzó declarando que, «aunque la Comisión no [basó] la Decisión impugnada en estos efectos horizontales y verticales, no es menos cierto que los tuvo en cuenta para respaldar su conclusión, es decir, la prohibición de la concentración modificada».³⁷

33. Análogamente, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «no se ha demostrado que la concentración modificada provocaría efectos verticales importantes, o como mínimo significativos, en los mercados de referencia de equipos de envasado en PET». Dadas estas circunstancias, a juicio de dicho Tribunal resultaba «obligado concluir que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al basarse en los efectos verticales de la concentración modificada para apoyar su conclusión relativa a la creación de una posición dominante en provecho de la nueva entidad en dichos mercados de PET mediante prácticas de apalancamiento».³⁹

32. Una vez precisado lo anterior, el Tribunal de Primera Instancia declaró que, teniendo en cuenta los compromisos propuestos por Tetra, «los efectos horizontales perjudiciales de la concentración que la Comisión menciona en la Decisión impugnada sólo pueden calificarse de mínimos, por no decir prácticamente inexistentes, en los diversos mercados de equipos de envasado en PET pertinentes». Basándose en lo anterior, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que «la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al

34. Según el Tribunal de Primera Instancia, sin embargo, los «errores manifiestos de apreciación» en que había incurrido la Comisión «al basarse en los efectos horizontales y verticales de la concentración modificada para apoyar su análisis sobre la creación de una posición dominante en los mercados de PET pertinentes» no «entrañan la anulación de la Decisión impugnada, dado

35 — Apartados 83 a 118.

36 — Por «concentración modificada» el Tribunal de Primera Instancia entiende «la concentración tal como fue modificada por los compromisos» (apartado 81).

37 — Apartado 124.

38 — Apartado 132.

39 — Apartado 140.

que el efecto de conglomerado alegado por la Comisión podría bastar para justificar por sí solo dicha Decisión». ⁴⁰

35. En cuanto al «motivo relativo a la inexistencia de un efecto de conglomerado previsible», el Tribunal de Primera Instancia pasó a «examinar sucesivamente los tres pilares del razonamiento de la Comisión, relativos al apalancamiento, a la eliminación de la competencia potencial y al efecto general de refuerzo de la posición competitiva de la nueva entidad». ⁴¹

36. Comenzando por el primero de los referidos pilares, el Tribunal de Primera Instancia afirmó ante todo que, como ha reconocido la propia Comisión, «si Tetra recurriera a las prácticas de apalancamiento [reconocidas en la Decisión ⁴²], ello podría constituir un abuso de la posición dominante preexistente de Tetra en los mercados del cartón aséptico». ⁴³ En tal situación, según el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión debe «valorar si es probable que la entidad nacida de la concentración adopte dichos comportamientos pese a que están prohibi-

dos 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 [...], 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». ⁴⁴

37. Así pues, tras considerar que «la Comisión no procedió a una apreciación de este tipo en la Decisión impugnada», el Tribunal de Primera Instancia afirmó 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», debían rechazarse las conclusiones de dicha institución. ⁴⁵

40 — Apartado 141.

41 — Apartado 145.

42 — A este respecto, resumiendo el contenido de la Decisión, el Tribunal de Primera Instancia observó que «el apalancamiento practicado desde el mercado del cartón aséptico [...] 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 [...], sino también, en primer lugar, en la probable adopción de precios predatorios por la entidad nacida de la concentración ("predatory pricing"); en segundo lugar, en guerras de precios y, en tercer lugar, en la concesión de descuentos por fidelidad» (apartado 156).

43 — Apartado 158.

44 — Apartado 159.

45 — Apartado 160.

38. Análogamente, el Tribunal de Primera Instancia consideró que «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». ⁴⁶

39. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que al «examinar si la Comisión basó en pruebas suficientemente sólidas su análisis prospectivo de la probabilidad de un apalancamiento [...] y de [sus] consecuencias», únicamente debían «tenerse en cuenta [...] los comportamientos que no serían ilegales o, al menos, que probablemente no lo serían». ⁴⁷

40. Preciado lo anterior, y continuando con su análisis, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que «la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al considerar que la nueva entidad tendría la posibilidad de

practicar un apalancamiento». ⁴⁸ En particular, según el Tribunal de Primera Instancia, dicha institución había «demostrado de un modo jurídicamente suficiente que es previsible que el sector del PET experimente un crecimiento que hará posible el apalancamiento». ⁴⁹

41. Ahora bien, teniendo en cuenta que de la Decisión impugnada resultaba «que el incentivo para que la nueva entidad practique un apalancamiento depende en buena medida del nivel de crecimiento previsto en los mercados del PET», el Tribunal de Primera Instancia consideró que era preciso examinar si, como sostiene la demandante, «el volumen previsible de productos sensibles envasados en PET entre hoy y 2005, comparado con el futuro volumen total de productos envasados en PET, hace improbable dicho incentivo o al menos reduce significativamente su probabilidad». ⁵⁰

42. A results del referido examen, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de 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

46 — Apartado 161.

47 — Apartado 162.

48 — Apartado 199.

49 — Apartado 195.

50 — Apartado 201.

convincentes de la magnitud de dicho crecimiento». ⁵¹ Según el Tribunal de Primera Instancia, sin embargo, habida cuenta «de que es muy probable un aumento en la utilización del PET entre hoy y 2005, no puede descartarse que exista un incentivo para practicar un apalancamiento, aunque el aumento sea menor de lo que prevé la Comisión». ⁵²

43. A la vista de cuanto antecede, el Tribunal de Primera Instancia pasó a «analizar los métodos de apalancamiento que la nueva entidad podría utilizar». ⁵³ A este respecto, declaró que, limitando su análisis «a los métodos de apalancamiento que [...] no constituyen, o no parecen constituir, un abuso de posición dominante en los mercados del cartón aséptico», ⁵⁴ y habida cuenta de los compromisos propuestos por Tetra, resultaba obligado «concluir que las posibilidades de que dispondría la nueva entidad para practicar un apalancamiento serían bastante limitadas». ⁵⁵ Por lo tanto, cuando se «examinen las consecuencias previsibles de un eventual recurso al apalancamiento por parte de dicha entidad, será preciso tener en cuenta esta conclusión». ⁵⁶

44. Al examinar, pues, tales consecuencias, el Tribunal de Primera Instancia consideró que convenía «distinguir los diversos mercados de equipos para el PET de los mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras». ⁵⁷

45. En lo que atañe a los primeros, tras un detenido análisis mercado a mercado, el Tribunal de Primera Instancia dedujo «que la Decisión impugnada no aporta pruebas lo bastante sólidas para demostrar que, como consecuencia de un apalancamiento practicado desde los mercados del cartón aséptico, entre hoy y 2005 se crearía una posición dominante en provecho de la nueva entidad en los mercados de tecnologías de barrera, de máquinas de llenado aséptico y no aséptico, de sistemas de cierre de botellas de plástico y de equipos auxiliares». ⁵⁸

46. Por lo que se refiere a los mercados de las máquinas estiradoras-sopladoras, el Tribunal de Primera Instancia, asimismo tras un detenido análisis, llegó a las siguientes conclusiones:

— que, «basándose en los datos que proporciona la Decisión impugnada, la Comisión incurrió [...] en un error, por una parte, al llegar a la conclusión de que “la mayoría de las máquinas estira-

51 — Apartado 214. Según el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión, en cambio, no incurrió en error alguno en lo relativo a la estimación de un aumento significativo en la utilización del PET para el envasado de BSF y de bebidas a base de té o café (apartado 15).

52 — Apartado 216.

53 — Apartado 216.

54 — Apartado 218.

55 — Apartado 224.

56 — *Ibidem*.

57 — Apartado 225.

58 — Apartado 254.

doras-sopladoras son “genéricas” [...] y, por otra parte, al establecer una diferencia entre ellas en función de su utilización final». Además, «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», razón por la cual «los únicos submercados que deben tenerse en cuenta son los de las máquinas de baja capacidad y de alta capacidad»;⁵⁹

- que, «en lo que respecta a las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad, [...] la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al prever la creación de una posición dominante en dicho mercado entre hoy y 2005 como resultado de unas prácticas de apalancamiento»;⁶⁰

- y que, «en lo relativo al mercado de máquinas estiradoras-sopladoras de alta capacidad, los datos en que se ha basado la Comisión no justifican su conclusión de que tanto los competidores de la nueva entidad como los convertidores se verían marginalizados, entre hoy y 2005, debido al apalancamiento que dicha entidad aplicaría a los [...] clientes

de Tetra en los mercados del cartón que en dicho período quisieran pasar total o parcialmente al PET para el envasado de los productos».⁶¹

47. Así pues, deduciendo una «conclusión general sobre el apalancamiento», el Tribunal de Primera Instancia afirmó «que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al basarse en las consecuencias del apalancamiento que practicaría la nueva entidad para apoyar su conclusión de que entre hoy y 2005 se crearía una posición dominante en los mercados de equipos de envasado en PET, en particular en los de máquinas estiradoras-sopladoras de alta y de baja capacidad utilizadas para los productos sensibles».⁶²

48. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que, «como no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 2, apartado 3, del Reglamento en lo que respecta al apalancamiento previsto por la Comisión, procede analizar si dichos requisitos se cumplen en lo que respecta al segundo pilar del razonamiento de la Comisión, relativo a los mercados del cartón».⁶³

59 — Apartado 269.

60 — Apartado 283.

61 — Apartado 306.

62 — Apartado 308.

63 — Apartado 309.

49. Al llevar a cabo tal análisis, el Tribunal de Primera Instancia observó ante todo, en términos generales, que la Comisión no había cometido «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». ⁶⁴

50. A este respecto, tras examinar el análisis efectuado por la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que «los datos invocados en la Decisión impugnada no demuestran de un modo jurídicamente suficiente que los efectos de la concentración modificada 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». A juicio del Tribunal de Primera Instancia, en efecto, «no se ha demostrado que la posición de la nueva entidad frente a sus competidores en los mercados del cartón resultaría reforzada». ⁶⁵

51. Al examinar, por último, el «tercer pilar» del razonamiento de la Comisión, relativo a

los efectos generales de refuerzo de la posición competitiva de la nueva entidad en el sector de la fabricación de productos sensibles, el Tribunal de Primera Instancia se limitó a declarar que «no es posible tomar en consideración estos efectos de la operación notificada con independencia del análisis de la Decisión impugnada relativo a los dos primeros pilares del razonamiento de la Comisión. Puesto que el análisis de estos dos pilares adolece de errores manifiestos de apreciación [...], procede desestimar igualmente el tercer pilar, sin necesidad de examinarlo en detalle». ⁶⁶

52. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la Decisión impugnada no demuestra de un modo jurídicamente suficiente que la concentración modificada produciría significativos efectos de conglomerado contrarios a la competencia». A su juicio, era «preciso concluir, por tanto, que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al prohibir la concentración modificada basándose en los datos expuestos en la Decisión impugnada en relación con el efecto de conglomerado previsto». ⁶⁷

53. Así pues, como «conclusión global» sobre la procedencia del recurso, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que «procede declarar fundados los motivos relativos a la

⁶⁴ — Apartado 323.

⁶⁵ — Apartado 333.

⁶⁶ — Apartado 335.

⁶⁷ — Apartado 336.

inexistencia de efectos horizontales, verticales y de conglomerado contrarios a la competencia, e innecesario el examen de los demás motivos», y que, «por consiguiente, procede anular la Decisión impugnada». ⁶⁸

El recurso de casación y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

54. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de enero de 2003, la Comisión interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, solicitando su anulación. A tal pretensión se opuso naturalmente Tetra, presentando un escrito de contestación con arreglo al artículo 115 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

55. Mediante dicho escrito de contestación, además de instar la desestimación del recurso de casación, Tetra solicitó –como diligencia de prueba a efectos del artículo 45, apartado 2, letra. b), del Reglamento de Procedimiento– que se presentara la traducción al francés del referido recurso de casación (cuyo texto original está redactado en inglés, lengua de procedimiento en el litigio ante el Tribunal de Primera Instancia y, por consiguiente, también en la presente instancia). No obstante, tal solicitud de diligencia probatoria fue desestimada por el Tribunal de Justicia mediante auto de 24 de julio de 2003.

•

56. En virtud de autorización del Presidente del Tribunal de Justicia, otorgada con arreglo al artículo 117 del Reglamento de Procedimiento, la Comisión presentó una réplica, a la que siguió una dúplica de Tetra. Por otro lado, las partes respondieron por escrito a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia y se oyeron sucesivamente sus informes en la vista de 27 de enero de 2004.

III. Análisis jurídico

57. Para fundamentar su impugnación, la Comisión invoca los cinco motivos de casación siguientes:

- i) error de Derecho en lo relativo al grado de exigencia probatoria y a la intensidad del control jurisdiccional;
- ii) error de Derecho, y en particular infracción de los artículos 2 y 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, consistente en exigir a la Comisión que valore el carácter ilegal de determinados comportamientos y que tome en consideración meros compromisos de comportamiento;

68 — Apartados 337 y 338.

iii) error de Derecho al no haber admitido la definición del mercado efectuada por la Comisión al distinguir los mercados de máquinas estiradoras-sopladoras en función de su utilización;

iv) infracción del artículo 2 del Reglamento, distorsión de los hechos y falta de consideración de los argumentos de la Comisión, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no admitió la conclusión de dicha institución sobre la importancia de la posición dominante de Tetra en el mercado del cartón;

v) error de Derecho al no haber confirmado la conclusión de la Comisión en lo relativo a la creación de la posición dominante de Tetra en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras.

58. Tras algunas breves consideraciones generales acerca de la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, los referidos motivos de casación serán analizados por el mismo orden en que fueron presentados por la Comisión.

Consideraciones generales sobre la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia

59. Considerando que Tetra cuestiona la admisibilidad de gran parte de los motivos de casación de la Comisión, antes de proceder a analizar tales motivos, ha de recordarse brevemente que, con arreglo al artículo 225 CE y al artículo 51 del Estatuto del Tribunal de Justicia, contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia podrá interponerse un recurso «limitado a las cuestiones de derecho».

60. De lo anterior se deduce, según reiterada jurisprudencia, que el Tribunal de Primera Instancia «es, por una parte, el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprendera de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 168 A del Tratado [actualmente artículo 225 CE], un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias jurídicas que de ella ha deducido el Tribunal de Primera Instancia [...]. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia ha admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular, se hayan observado las normas y los principios generales del Derecho en materia de carga de la prueba, así como las normas procesales en materia de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal

de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le han sido sometidos [...]. Esta apreciación no constituye, sin perjuicio del caso de la desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia».⁶⁹

61. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia únicamente podrá examinar los diversos motivos de casación dentro de los rigurosos límites establecidos por la jurisprudencia reiterada que se acaba de mencionar.

Sobre el motivo de casación relativo al grado de exigencia probatoria y a la intensidad del control jurisdiccional

62. Mediante el primer motivo de casación, que se articula fundamentalmente en dos partes, la Comisión, en primer lugar, critica en términos generales la intensidad del control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Primera Instancia y el grado de exigencia probatoria que éste ha establecido para prohibir una concentración y, en segundo lugar, facilita un «ejemplo concreto» de los errores cometidos por el Tribunal de Primera Instancia, poniendo en tela de juicio el tipo de control ejercitado por éste en lo relativo a la valoración del previsible crecimiento de la utilización del PET. En aras de una mayor claridad, los dos aspectos mencionados serán analizados por separado.

a) Las críticas generales de la Comisión

63. Las críticas de carácter general formuladas por la Comisión se refieren sobre todo a la intensidad del control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Primera Instancia en relación con las complejas valoraciones económicas contenidas en la Decisión impugnada.

64. En particular, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haberse limitado a controlar si dicha institución había incurrido en un «error manifiesto de apreciación», y, por lo tanto, a verificar si eran correctos todos los datos de hecho en los que se había basado su apreciación, si eran manifiestamente erróneas o incongruentes las conclusiones deducidas de tales datos y si se habían tomado en consideración todos los factores relevantes.

65. Según la institución recurrente, en lugar de limitarse a comprobar tales aspectos, el Tribunal de Primera Instancia ejerció un control mucho más intenso, deteniéndose en verificar si las conclusiones de la Comisión se apoyaban en pruebas o elementos «convincientes».⁷⁰ Así pues, añade la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia ejerció erróneamente un tipo de control que, si se tomaba al pie de la letra, habría obligado a dicha institución a «convencerlo» de sus conclusiones y, por consiguiente, habría legitimado a dicho Tribunal para entrar en

69 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Decree/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartados 21 y 22. En el mismo sentido, véanse, entre otras muchas, las sentencias de 2 de marzo de 1994, Hilti/Comisión (C-53/92 P, Rec. p. I-667), apartados 42 y 43, y de 28 de mayo de 1998, New Holland Ford/Comisión (C-8/95 P, Rec. p. I-3175), apartado 26.

70 — A este respecto, cabe observar que la expresión inglesa «convincing evidence» algunas veces ha sido traducida al español como «pruebas convincentes» (por ejemplo, en el apartado 214 de la sentencia recurrida) y otras veces como «pruebas sólidas» (por ejemplo, en el apartado 227).

el fondo de las cuestiones y sustituir el punto de vista de la Comisión por el suyo propio. En opinión de esta última, además, en el caso de autos el Tribunal de Primera Instancia ejerció un control mucho más riguroso que el que llevó a cabo el Tribunal de Justicia en la sentencia Kali & Salz,⁷¹ asimismo en materia de concentraciones, sentencia aquella en la cual el juez comunitario se había limitado a verificar si las conclusiones de la Comisión se apoyaban en elementos «suficientemente significativos y concordantes» (en la versión inglesa de la sentencia en cuestión, a la que se remite el recurso de casación de la Comisión, el Tribunal de Justicia habla de «sufficiently cogent and consistent body of evidence»⁷²).

66. La Comisión imputa asimismo al Tribunal de Primera Instancia haber considerado que, como «la posición dominante prevista sólo se materializaría tras cierto lapso de tiempo», «el análisis prospectivo de [la Comisión] debe ser, sin perjuicio de su margen de apreciación, *particularmente plausible*». ⁷³ La Comisión sostiene que un enfoque de este tipo reduce efectivamente, de un modo excesivo, el margen de discrecionalidad de que dispone al efectuar valoraciones económicas, obligándola a basarse exclusivamente en datos y elementos que se presten a una interpretación única e inequívoca.

71 — 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).

72 — Apartado 228.

73 — Apartado 162 de la sentencia recurrida; el subrayado es mío.

67. Por último, la Comisión imputa al Tribunal de Primera Instancia haber considerado que, para prohibir una concentración de tipo conglomerado, dicha institución debe basarse en elementos que demuestren que, «*con toda probabilidad*», la concentración producirá los efectos contrarios a la competencia previstos.⁷⁴ Ahora bien, añade la Comisión, de esta manera el Tribunal de Primera Instancia dejaría muy pocas posibilidades para prohibir este tipo de concentración y establecería un grado de exigencia probatoria desigual, en función de que las decisiones sean prohibiciones o autorizaciones. Por lo tanto, concluye la Comisión, la interpretación del Tribunal de Primera Instancia resulta contraria al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89, el cual prevé requisitos jurídicos totalmente simétricos a efectos de declarar las concentraciones compatibles o incompatibles con el mercado común.⁷⁵

68. A tales objeciones, Tetra responde alegando en lo esencial que los argumentos de la Comisión carecen de fuerza, puesto que se centran en una disquisición de naturaleza semántica sobre la terminología utilizada por el Tribunal de Primera Instancia, en lugar de examinar concretamente el tipo de control jurisdiccional efectuado por dicho Tribunal. En cualquier caso, según Tetra, las objeciones de la Comisión no eran acertadas, puesto

74 — Apartado 153 de la sentencia recurrida; el subrayado es mío.

75 — Como se ha visto, tales disposiciones establecen, por un lado, que «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo» (apartado 2); y, por otro lado, que «se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo» (apartado 3).

que las expresiones utilizadas por el Tribunal de Primera Instancia, incluso si se tienen en cuenta las diversas versiones lingüísticas, no difieren sustancialmente de las empleadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kali & Salz ni de las utilizadas por la propia Comisión en su Decisión.

69. Por otro lado, a juicio de Tetra, con independencia de las expresiones utilizadas, el Tribunal de Primera Instancia respetó en lo sustancial el margen de discrecionalidad de que dispone la Comisión cuando lleva a cabo valoraciones económicas complejas. De un modo no muy distinto a lo que el Tribunal de Justicia había hecho en la sentencia Kali & Salz, el Tribunal de Primera Instancia se limitó a comprobar si la Comisión había asumido la carga de la prueba que le incumbe en lo relativo a la existencia de los requisitos previstos en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento sobre concentraciones.

70. Por lo que respecta al argumento de la Comisión relativo al carácter totalmente simétrico de los requisitos previstos en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, Tetra sostiene que si la Comisión no logra demostrar que se dan los requisitos del artículo 2, apartado 3, deberá aprobar la concentración, sin que resulte necesario demostrar ulteriormente que no se cumplen tales requisitos. De lo contrario, en efecto, podría imponerse injustificadamente a las empresas interesadas la obligación de probar que la operación notificada no es incompatible con el mercado común.

71. Por lo que a mí respecta, comparto la opinión de Tetra de que el Tribunal de Justicia no puede circunscribirse a llevar a cabo una valoración meramente formal, de tipo lingüístico o terminológico, para determinar si el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al aplicar un control jurisdiccional excesivamente riguroso o al establecer un grado de exigencia probatoria demasiado elevado para las decisiones de prohibir concentraciones. Considero, por el contrario, que el Tribunal de Justicia debe examinar el fondo del problema, valorando concretamente si, más allá del aspecto formal, el Tribunal de Primera Instancia ejerció efectivamente un control contrario a las disposiciones comunitarias pertinentes e incompatibles con la función jurisdiccional específica que le encomienda el Tratado.

72. Al efectuar tal valoración, es preciso tener presente ante todo que, en virtud del sistema del Reglamento n° 4064/89, la Comisión deberá prohibir una concentración –sea del tipo que sea– cuando llegue a la conclusión de que la misma dará lugar a la creación o al reforzamiento de una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 2, apartado 3, del Reglamento).

73. Es evidente, sin embargo, que el juicio de la Comisión sobre la creación o el reforzamiento de la referida posición dominante no

supone una mera comprobación de hecho relativa a si se cumplen materialmente o no determinados requisitos. En efecto, además de tal comprobación, el referido juicio requiere una valoración técnica compleja, que no se basa en reglas científicas precisas, sino en la aplicación de criterios y principios opinables, como son los económicos. Más concretamente, la Comisión ha de llevar a cabo una compleja valoración prospectiva acerca de los efectos de la concentración sobre la estructura y la dinámica competitiva de los mercados de referencia, teniendo en cuenta los numerosos factores, en continua evolución, que pueden incidir en el futuro desarrollo de la demanda y de la oferta en tales mercados.

74. Así pues, no se puede exigir a la Comisión que, para prohibir una operación de concentración, determine con certeza absoluta que la misma creará o reforzará una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. A tal efecto, me parece, en cambio, que resulta suficiente con que la Comisión, basándose en sólidos elementos recabados en el curso de un procedimiento de investigación detallado y riguroso, y valiéndose de sus competencias técnicas, llegue a la convicción de que la operación notificada creará o reforzará, *con toda probabilidad*, la mencionada posición dominante. En cambio, si la Comisión no alcanza esta convicción, deberá autorizar la operación.

75. Contrariamente a lo que afirma la Comisión, creo que la aplicación de un *test* de este tipo no se opone al carácter totalmente simétrico de los requisitos jurídicos que los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento prevén a efectos de declarar la compatibilidad o la incompatibilidad de la concentración con el mercado común.

76. En efecto, considero que la simetría entre tales requisitos no puede ser absoluta, habida cuenta de que entre aquellos supuestos en los que las operaciones notificadas crearán o reforzarán con toda probabilidad una posición dominante en el sentido del artículo 2 y aquellos otros en los que con toda probabilidad tales operaciones no crearán ni reforzarán ninguna posición de ese tipo existe, por decirlo de alguna manera, una «zona gris», es decir, una zona en la que se sitúan aquellos supuestos en los que resulta particularmente difícil prever qué efectos tendrá la operación notificada y en la que no es posible, por tanto, llegar a una convicción clara y nítida sobre el extremo de si las probabilidades de que se cree o refuerce una posición dominante son significativamente mayores o menores que las probabilidades de que no se cree o refuerce tal posición. Por lo tanto, el sistema del Reglamento n° 4064/89 ha de establecer necesariamente un criterio para la solución de tales supuestos de dudosa o difícil calificación.

77. Pues bien, creo que, en tales supuestos, la solución más correcta es sin duda la de autorizar la operación notificada.

78. Creo que corrobora esta opinión el artículo 10, apartado 6, del Reglamento, el cual dispone que si dentro de los plazos establecidos la Comisión no hubiere tomado ninguna decisión sobre una operación de concentración notificada, tal operación de concentración «será considerada declarada compatible con el mercado común».

79. En efecto, al establecer que la operación deberá considerarse autorizada en caso de que la Comisión no se haya pronunciado dentro del plazo establecido, el legislador comunitario pone de relieve que considera que, en el supuesto de que existan dudas sobre si tal operación es o no compatible con el mercado común, debe prevalecer el interés de las empresas que se proponen realizar la concentración. En otros términos, en tales supuestos se ha considerado que el riesgo de que resulte autorizada una operación incompatible con el mercado común resulta preferible al riesgo de prohibir una operación compatible y de restringir así injustificadamente la libre iniciativa económica de las partes.

80. A mi juicio, lo mismo cabe decir de los supuestos incluidos en la «zona gris» a la que

se ha hecho referencia, supuestos que también se caracterizan por la existencia de una sustancial incertidumbre en cuanto a si las operaciones notificadas son o no compatibles con el mercado común.

81. Por lo demás, creo que la tesis de que en tales casos están autorizadas las operaciones notificadas viene corroborada por el hecho de que, aun en el supuesto de que las referidas operaciones crearan o reforzaran una posición dominante en el sentido del artículo 2 del Reglamento, la Comisión y las autoridades competentes nacionales siempre podrían limitar las distorsiones de la competencia utilizando *a posteriori* las facultades que les atribuye el artículo 86 del Tratado.

82. Así pues, sentado lo anterior en cuanto a las valoraciones que debe llevar a cabo la Comisión, puedo referirme ahora al problema de los límites del control jurisdiccional.

83. A este respecto, observaré en primer lugar que, según reiterada jurisprudencia, «el control que los órganos jurisdiccionales comunitarios ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar el cumplimiento de las normas de

procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y abuso de poder». ⁷⁶

84. Remitiéndose específicamente al Reglamento n° 4064/89, en la mencionada sentencia Kali & Salz el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar, además, que «las normas de fondo 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. Por consiguiente, el control por parte del Juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones». ⁷⁷

85. Así pues, de la referida jurisprudencia se desprende que los jueces comunitarios, además de controlar obviamente el cumplimiento de las normas jurídicas, y especialmente de las relativas al procedimiento y a la obligación de motivación, ejercen un control distinto según se trate de la exactitud de las apreciaciones de hecho o de las valoraciones económicas de la Comisión.

86. Por lo que se refiere a las apreciaciones de hecho, el control es claramente más intenso, por cuanto se trata de verificar de un modo objetivo la exactitud de determinados elementos en su materialidad y la corrección de las deducciones efectuadas para establecer si determinados hechos conocidos son idóneos para demostrar la existencia de otros hechos que han de comprobarse. En cambio, en lo que atañe a las valoraciones económicas complejas efectuadas por la Comisión, el control de los jueces comunitarios es necesariamente más restringido, en la medida en que deben respetar la amplia facultad discrecional inherente a ese tipo de valoraciones y no pueden sustituir el punto de vista del órgano institucionalmente competente para efectuarlas por el suyo propio.

87. No obstante, el hecho de que la Comisión disponga de una amplia facultad discrecional a la hora de determinar si una concentración es o no compatible con el mercado común no significa ciertamente que dicha institución no deba de todos modos basar su convicción en elementos sólidos obtenidos en el curso de un procedimiento de investigación detallado y riguroso ni que no esté obligada a motivar cabalmente su decisión, velando por la transparencia de las sucesivas fases del razonamiento lógico en que se sustenta. Por lo demás, la propia Comisión ha reconocido en el recurso de casación que tiene la obligación de examinar atentamente el mercado relevante; el deber de basar su valoración en elementos que reflejen la realidad de los hechos, que no sean manifiestamente insignificantes y que fundamenten las conclusiones que de ellos se deduzcan, así como en un razonamiento congruente; y la obligación de tomar en consideración todos los factores relevantes.

76 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartado 279. En el mismo sentido, véanse, entre otras, las sentencias de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 34, y de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487), apartado 62.

77 — Sentencia citada, apartados 223 y 224.

88. Tal como resulta también del enfoque seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kali & Salz, las referidas obligaciones de la Comisión están sujetas a un adecuado control por parte de los jueces comunitarios. Aun sin entrar en la procedencia de las valoraciones efectuadas por la Comisión, los jueces comunitarios pueden verificar, en particular, si son exactos los datos de hecho en los que se fundamentan tales valoraciones y si son correctas las deducciones efectuadas en relación con los hechos,⁷⁸ si la Comisión ha seguido un procedimiento de investigación detallado y riguroso y, en particular, si ha investigado diligentemente y tenido en cuenta adecuadamente todos los factores relevantes,⁷⁹ y si las diversas fases del razonamiento seguido por la Comisión para llegar a sus conclusiones acerca de si una concentración es o no compatible con el mercado común obedecen a criterios de lógica, coherencia y congruencia.⁸⁰

89. Ahora bien, las normas relativas al reparto de competencias entre la Comisión y los jueces comunitarios, en las que se sustenta el sistema institucional de la Comunidad, no permiten que tales jueces vayan más allá y, en particular, que examinen la procedencia de las valoraciones económicas efectuadas por la Comisión y sustituyan el

punto de vista de dicha institución por el suyo propio.

90. Una vez precisado lo anterior en términos generales, procede ahora valorar concretamente si el Tribunal de Primera Instancia incurrió efectivamente en error de Derecho al aplicar un control jurisdiccional excesivamente riguroso o al establecer un grado de exigencia probatoria demasiado elevado para las decisiones de prohibición de las concentraciones (véase el apartado 71 *supra*).

b) El «ejemplo concreto» de los errores en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia

91. Tras haber formulado las críticas de carácter general a las que acabo de referirme, en la segunda parte del primer motivo de casación la Comisión se propone facilitar un «ejemplo concreto» de los errores en los que, a su juicio, incurrió el Tribunal de Primera Instancia. En esta parte del motivo de casación, además de cuestionar los diversos pasajes de la sentencia recurrida en los que el Tribunal de Primera Instancia rebasó, según ella, los límites del control jurisdiccional, la Comisión formula asimismo otras imputaciones sucintas relativas a los errores de diverso tipo en los que, a su juicio, incurrió el Tribunal de Primera Instancia al efectuar su propia valoración.

78 — Este es, por ejemplo, el tipo de control efectuado en los apartados 229 a 231 y 245 de la sentencia Kali & Salz.

79 — En este tipo de control, por ejemplo, se basa la afirmación contenida en la última frase del apartado 241 de la sentencia Kali & Salz.

80 — Creo que cabe reconducir a ese tipo de control, por ejemplo, las valoraciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en los apartados 228, 239, 241 (excepto la última frase), 246 y 247 de la sentencia Kali & Salz.

92. Mediante una primera imputación, la Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia rebasó los límites del control jurisdiccional al rechazar su conclusión relativa a un previsible crecimiento de la utilización del PET para el envasado de leche de larga conservación (UHT) hasta alcanzar el 1% de tal segmento del mercado. En particular, según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia rechazó ilegítima e inmotivadamente la conclusión a la que ella había llegado, limitándose a declarar 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» (en la versión inglesa de la sentencia, a la que remite el recurso de casación de la Comisión, la posición del Tribunal de Primera Instancia es todavía más nítida: «The Court finds that the use of PET will not actually increase for UHT milk and, consequently, for approximately half of the LDP market»).⁸¹

93. La imputación me parece plenamente acertada. En efecto, estoy de acuerdo con la Comisión en que, mediante tan lacónica afirmación (especialmente si se considera el texto de la sentencia en la lengua de procedimiento), el Tribunal de Primera Instancia sustituyó erróneamente el punto de vista de la Comisión por el suyo propio, formulando una previsión autónoma sobre la evolución futura del mercado.

94. Contrariamente a lo que sostiene Tetra, la lacónica afirmación del Tribunal de

Primera Instancia no contiene crítica alguna de la lógica, coherencia o congruencia del razonamiento seguido por la Comisión sobre la base de los elementos disponibles. Tal afirmación, por el contrario, demuestra claramente que el Tribunal de Primera Instancia se basó directamente en dichos elementos para deducir su nítida conclusión según la cual la utilización del PET no aumentaría realmente en el mercado de la leche UHT, que suponía aproximadamente la mitad del mercado de PLL. Al hacer esto, por lo tanto, el referido Tribunal rebasó evidentemente los límites de su propio control jurisdiccional (véanse los puntos 82 a 89 *supra*).

95. Igualmente fundadas me parecen las imputaciones de la Comisión relativas al juicio del Tribunal de Primera Instancia sobre sus previsiones del crecimiento de la utilización del PET en el envasado de leche fresa (hasta alcanzar el 10-15 %), así como de leche aromatizada y de bebidas a base de leche (hasta alcanzar el 25 %).

96. A este respecto, estoy de acuerdo con la Comisión ante todo en que la conclusión según la cual las «estimaciones de crecimiento adoptadas por [dicha institución] [...] no son, en efecto, muy convincentes»⁸² adolece de una valoración incompleta y

81 — Apartado 211 de la sentencia.

82 — Apartado 212.

errónea de los elementos relevantes y, además, no está adecuadamente motivada.

97. En efecto, tal como ha observado acertadamente la Comisión, al motivar la referida conclusión:

- i) el Tribunal de Primera Instancia ni siquiera hizo referencia al amplio estudio de mercado efectuado por la Comisión, del que resultaba que las empresas del sector preveían un crecimiento incluso superior al que acabó considerando la Comisión.⁸³ A este respecto, contrariamente a lo sostenido por Tetra, resulta evidente que el mero hecho de que la Comisión haya optado por previsiones más prudentes en modo alguno demuestra que haya dejado de valorarse uno de los elementos que dicha institución tomó en consideración para llegar a su propia conclusión;
- ii) el Tribunal de Primera Instancia parece haber desnaturalizado el contenido de

uno de los estudios examinados en la Decisión (e incluido en los autos a petición de la Comisión),⁸⁴ en la medida en que, al examinar el previsible crecimiento de la utilización de PET, afirmó que, «en lo que respecta al envasado aséptico, el informe de Warrick sólo predice un crecimiento mínimo para la leche aromatizada, de un 1 %, y un ligero retroceso para las demás bebidas a base de leche».⁸⁵ Del mencionado pasaje parece deducirse, en efecto, que la previsión del informe Warrick se refería al crecimiento del uso del PET en el envasado de leche aromatizada y de otras bebidas a base de leche, mientras que de la lectura del documento resulta evidente (extremo éste que, por lo demás, no cuestiona Tetra) que tales previsiones se referían sencillamente al volumen de los productos en cuestión que habrían sido envasados, con independencia del material utilizado;

- iii) el Tribunal de Primera Instancia no opuso objeciones fundadas al razonamiento de la Comisión, sino que se limitó a observar lo siguiente: que «el informe de PCI, 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» (es decir, un porcentaje no muy alejado del previsto por la Comisión); que, «en lo que respecta al envasado aséptico, el informe de Warrick sólo predice un crecimiento

83 — A este respecto, el considerando 142 de la Decisión precisaba lo siguiente: «En general, los agentes del mercado sugirieron un crecimiento importante del uso de PET a corto plazo para los productos "sensibles". Respecto a los agentes que se atrevieron a cuantificar la proporción de productos "sensibles" que se envasarían en PET en 2005, la Comisión detectó que, por término medio, el PET supondría el 40 % aproximadamente para leche, el 30 % para zumo, el 40 % para bebidas con sabor a fruta y más del 50 % para bebidas a base de té.»

84 — A este respecto, véanse los apartados 75 y 76 de la sentencia recurrida.

85 — Apartado 212.

mínimo para la leche aromatizada, de un 1 %, y un ligero retroceso para las demás bebidas a base de leche» (aseveración errónea porque, como hemos visto, aquella previsión no se refería al crecimiento del uso del PET), «mientras que el informe de Pictet no contiene previsiones específicas sobre los PLL»; y que «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» (porcentaje éste que corresponde exactamente al previsto por la Comisión).⁸⁶ Como es fácil constatar, las mencionadas observaciones sucintas relativas a los estudios «independientes»⁸⁷ no explican adecuadamente por qué razón, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, las previsiones de la Comisión no resultaban «muy convincentes», máxime si se tiene presente que tales previsiones —basadas en una serie de elementos— eran ya más prudentes que las resultantes del estudio de mercado efectuado por la propia Comisión.

98. También me parece inadecuadamente motivada la afirmación del Tribunal de Primera Instancia según la cual «en términos más generales, la Decisión impugnada no explica adecuadamente cómo podría el PET desplazar al PEAD como principal competi-

dor del cartón, sobre todo en el importante sector del envasado de leche fresca, entre hoy y 2005».⁸⁸

99. Como ha subrayado acertadamente la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia llegó efectivamente a tal conclusión sin criticar en modo alguno, e incluso sin mencionar siquiera, las valoraciones que aquella institución había llevado a cabo —basándose en los resultados de su estudio de mercado y en las indicaciones procedentes de estudios independientes— sobre las ventajas competitivas del PET en relación con el PEAD.⁸⁹

100. Así pues, el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia se haya referido de un modo especial al envasado de leche fresca suscita la sospecha de que dicho Tribunal no haya tomado completamente en consideración las referidas valoraciones, habida cuenta de que de la Decisión impugnada resultaba que tal producto era uno de aquellos productos en relación con los cuales el PET presentaba mayores ventajas competitivas respecto al PEAD. En efecto, en la Decisión se indica claramente que «la investigación de mercado de la Comisión confirmó esta idea del PCI con respecto a las ventajas comerciales del PET sobre el [PEAD], en particular; cuando se puede lograr visibilidad»:⁹⁰ es

86 — Las citas son siempre del apartado 212 de la sentencia.

87 — Por estudios independientes se entienden aquellos que no han sido encargados por Tetra.

88 — Apartado 212.

89 — Véanse, en particular, los considerandos 80, 95 a 97, 101 y 102 de la Decisión.

90 — Considerando 97 de la Decisión.

decir, especialmente en lo que atañe a aquellos productos en relación con los cuales no resulta necesaria una barrera para evitar la luz, como sucede con la leche fresca.⁹¹ Como ha observado la Comisión, parece, por lo demás, que el hecho de que no se tomaran en consideración tales valoraciones viene confirmado en la parte de la sentencia relativa a las posibles consecuencias del «leveraging», en donde, sustituyendo erróneamente las valoraciones de la Comisión por las suyas propias, el Tribunal de Primera Instancia afirmó lacónicamente que «la leche fresca no es un producto para el que resulten especialmente importantes las ventajas del PET desde el punto de vista del marketing».⁹²

102. En efecto, comparto la opinión de la institución recurrente de que el Tribunal de Primera Instancia se remitió al estudio Canadean (encargado por Tetra) sin tener en cuenta que la Comisión había aclarado que, en general, no consideraba idóneas las previsiones efectuadas en dicho estudio. El Tribunal de Primera Instancia habría debido, en cambio, tener en cuenta las objeciones de la Comisión, según las cuales: por un lado, el referido estudio utilizó erróneamente «un modelo [...] que considera el crecimiento anterior como un indicador del crecimiento futuro e ignora los avances tecnológicos futuros, en particular para la tecnología de barrera»; y, por otro lado, que dado que «la decisión de envasar productos en PET parte del cliente, un estudio [como el estudio de Canadean] que excluya la opinión de los clientes no tiene una solidez especial».⁹⁴

101. He de añadir que la conclusión del Tribunal de Primera Instancia sobre la motivación de la Decisión no puede encontrar válida justificación en la posterior afirmación según la cual «la Comisión no impugna la estimación global de Canadean que atribuye al PEAD un 17,3 % del mercado de PLL en el año 2000 [...], ni la previsión de que dicha cifra podría llegar a ser de un 19,5 % entre hoy y 2005».⁹³

103. Así pues, a la vista de cuanto antecede, considero que deben estimarse las diversas imputaciones de la Comisión relativas a la valoración del previsible crecimiento del uso del PET para el envasado de productos lácteos

91 — De la Decisión se desprende claramente que, mientras «la leche blanca UHT requiere una barrera a la luz», la «leche fresca puede ser envasada con éxito [...] en envases de PET normales, sin ninguna propiedad de barrera» (considerandos 76 y 77). Por lo demás, según la propia Tetra, las limitaciones del uso del PET derivadas de la necesidad de una barrera para la luz «afectan únicamente a la leche blanca UHT». A este respecto, Tetra consideraba que «las soluciones técnicas para incorporar al PET una barrera a la luz [...] suponen costes elevados y una tecnología de fabricación compleja, plantean problemas de reciclado y eliminan la transparencia de la botella que es una de las principales ventajas de las botellas de PET» (considerando 74 de la Decisión).

92 — Apartado 289.

93 — Apartado 212, *in fine*.

104. En cambio, no creo que pueda estimarse la imputación relativa a la valoración del crecimiento previsible del uso del PET para el envasado de zumos.

94 — Considerando 123 de la Decisión.

105. Mediante tal imputación, la Comisión reprocha en particular al Tribunal de Primera Instancia haber afirmado que, «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».⁹⁵ Al hacer tal afirmación, el Tribunal de Primera Instancia pasó por alto relevantes elementos relativos a la disminución del uso del vidrio para el envasado de productos que no son de alta gama («non-premium products»), elementos en los que la Comisión había basado la Decisión impugnada y que examinó posteriormente con mayor detenimiento en su escrito de contestación. Según la Comisión, tal modo de proceder confirma la errónea tendencia del Tribunal de Primera Instancia a no tener en cuenta importantes elementos que, aunque no se mencionan en la Decisión impugnada, se citan en el escrito de contestación para justificar las consideraciones contenidas en la Decisión, que necesariamente son más genéricas.

106. A este respecto, sin embargo, estoy de acuerdo con Tetra en que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho alguno al afirmar que la Comisión no había llevado a cabo un análisis del mercado del vidrio, puesto que en la Decisión no se encuentra rastro alguno de tal análisis, si se exceptúan algunas vagas y fugaces referencias. Así pues, contrariamente a lo sostenido por la Comisión, la laguna en el procedimiento que hizo constar el Tribunal de Primera Instancia no podía ciertamente colmarse mediante ulteriores indicaciones recogidas en el escrito de contestación, habida cuenta de que los elementos y valoraciones en los que se basaba la Decisión

debían indicarse claramente en dicho acto y no era posible limitarse a exponerlos posteriormente en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia.⁹⁶

107. Finalmente, me parece fundada la última imputación de la Comisión, mediante la que se reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber considerado que el PET tenía «un coste superior al del cartón» al valorar la probabilidad de que, por efecto del «leveraging», los clientes de Tetra del sector lácteo sustituyeran el cartón por el PET.⁹⁷

108. En efecto, estoy de acuerdo con la Comisión en que en la Decisión impugnada no se llegó a una conclusión clara sobre la controvertida cuestión de la diferencia de costes entre el PET y el cartón, y en que, por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia no podía examinar la procedencia de tan compleja valoración económica, determinando él mismo que el coste del PET era más elevado que el del cartón.

96 — En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que «la falta de motivación no puede subsanarse por el hecho de que el interesado llegue a conocer los motivos de la Decisión en el curso del presente procedimiento [ante el juez comunitario]» (sentencia de 26 de noviembre de 1981, Michel/Parlamento, 195/80, Rec. 2861, apartado 22). Sustancialmente en el mismo sentido, véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1990, Culin/Comisión (C-343/87, Rec. p. I-225), apartado 15, y de 19 de octubre de 2000, Italia y Sardegna Lines/Comisión (asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99, Rec. p. I-8855), apartado 70.

97 — Apartado 288 de la sentencia recurrida. Tal afirmación sobre la diferencia de coste entre el PET y el cartón la reproduce el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 326, en el ámbito de la valoración del debilitamiento de la competencia potencial en el mercado del cartón.

95 — Apartado 213.

109. A este respecto, contrariamente a lo que sostuvo Tetra y a lo que se afirma en un pasaje posterior de la sentencia recurrida,⁹⁸ no creo que la Comisión haya admitido implícitamente el resultado del estudio Warrick, según el cual, en lo que atañe al envasado aséptico, el PET era de un 30 % a un 40 % más caro que el cartón. En efecto, tras recordar las conclusiones a las que había llegado el referido estudio, la Comisión afirmó que su «investigación de mercado [...] no facilitó una idea clara de los costes de los sistemas de envasado de PET y de cartón», ya que los sujetos interrogados habían dado respuestas divergentes.⁹⁹ Así pues, me parece evidente que, si bien esta última afirmación no cuestiona en modo alguno los resultados del estudio Warrick, ciertamente no permite considerar que la Comisión la haya confirmado implícitamente.

110. Por lo demás, contrariamente a lo que sostiene Tetra, no creo que el mayor coste del PET pueda confirmarlo la afirmación de la Comisión según la cual algunos clientes habían indicado «que solo preveían pasar del cartón al PET si los precios del cartón aumentaban considerablemente, un 20 % o más». ¹⁰⁰ En efecto, tal afirmación se limita a reflejar el punto de vista de algunos clientes

interrogados por la Comisión en el ámbito de su estudio de mercado, estudio que, como se ha visto, «no facilitó una idea clara de los costes de los sistemas de envasado de PET y de cartón».

111. Así las cosas, me parece claro que el Tribunal de Primera Instancia podría eventualmente haber detectado una laguna en el procedimiento de investigación de la Comisión o haber criticado la lógica, la coherencia o la congruencia del razonamiento de ésta, pero desde luego no podía llevar a cabo una valoración autónoma de los datos en posesión de dicha institución para llegar a la conclusión de que el coste del PET era «superior al del cartón».

c) Conclusiones sobre el primer motivo de casación

112. En consecuencia, a la vista de las consideraciones expuestas en su conjunto, considero que el primer motivo de casación está parcialmente fundado y, en particular, que deben admitirse las imputaciones de la Comisión relativas al previsible crecimiento del uso del PET en el envasado de los productos lácteos líquidos y a la diferencia de costes entre el PET y el cartón.

98 — Apartado 326.

99 — Considerando 92. En lo que atañe a los resultados de su estudio de mercado, la Comisión afirmó concretamente lo siguiente: «Algunos participantes en el mercado indicaron que para la mayoría de las aplicaciones y, en particular, para los productos que requieren una barrera, PET es más caro. No obstante, la mayoría no pudo determinar la diferencia de coste exacta; para muchos, esto se debía a su falta de experiencia con ambos materiales. No obstante, algunas terceras partes (en particular, los que tenían una mayor experiencia en PET) informaron a la Comisión de que para ellos el PET resultaba en realidad más barato que el cartón» (considerando 92).

100 — Considerando 397 de la Decisión.

Sobre el motivo de casación relativo a la exigencia de tomar en consideración el carácter ilegal de determinados comportamientos y de tener en cuenta meros compromisos de comportamiento

113. Mediante su segundo motivo de casación, la Comisión cuestiona algunas valoraciones generales efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia en relación con el «leveraging» (véase *supra*, puntos 36 a 39), reprochando a dicho Tribunal que le haya exigido tomar en consideración, como posibles factores disuasorios de tal práctica: i) el carácter ilegal de determinados comportamientos inherentes a dicha práctica, que se alega dieron lugar a la explotación abusiva de una posición dominante;¹⁰¹ ii) los meros compromisos de comportamiento propuestos por Tetra, consistentes en la mera promesa de no adoptar comportamientos abusivos.

114. En lo que atañe al primer aspecto, la Comisión recuerda que el Reglamento n° 4064/89 estableció un control *ex ante* de las operaciones de concentración, a fin de prevenir modificaciones estructurales del mercado que pudieran dar lugar a comportamientos abusivos. En el supuesto de que una empresa dominante en un mercado dado adquiriera una empresa que opere en un segundo mercado próximo al primero,

101 — A este respecto, recuérdese que «el apalancamiento practicado desde el mercado del cartón aséptico [...] 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 [...], sino también, en primer lugar, en la probable adopción de precios predatorios por la entidad nacida de la concentración ("predatory pricing" [...]); en segundo lugar, en guerras de precios y, en tercer lugar, en la concesión de descuentos por fidelidad» (apartado 156 de la sentencia recurrida).

deberá prohibirse la operación siempre que la entidad resultante de la concentración disponga de medios y estímulos para adoptar comportamientos abusivos que le permitan expulsar del segundo mercado a sus competidores.¹⁰² Por lo tanto, al exigir a la Comisión que valore asimismo si los estímulos económicos que incitan a abusar de la posición dominante que ostenta la entidad resultante de la concentración pueden quedar compensados por los factores disuasorios derivados de la ilegalidad del abuso, el Tribunal de Primera Instancia incurrió, según aquella institución, en interpretación errónea del artículo 2 del Reglamento.

115. Según la Comisión, además, otra interpretación errónea de la referida disposición indujo al Tribunal de Primera Instancia a afirmar que «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

102 — A este respecto, en la réplica y en la vista la Comisión precisó que una modificación estructural de las condiciones del mercado que determine la adquisición de tales medios y estímulos por la entidad resultante de la concentración implicaría la inmediata creación de una posición dominante en el segundo mercado.

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». ¹⁰³ En efecto, a juicio de la Comisión, contrariamente a lo que ha declarado el Tribunal de Primera Instancia, incluso en este último supuesto la concentración dará lugar a la creación o al reforzamiento de una posición dominante, en cuanto tendrá como efecto directo e inmediato crear condiciones en las que los comportamientos abusivos no sólo son posibles, sino también económicamente racionales.

116. Por último, la Comisión sostiene que una serie de obstáculos legales y prácticos insuperables se oponen a que se lleve a cabo un análisis de los posibles factores disuasorios derivados del carácter ilegal de determinados comportamientos. En efecto, según dicha institución no es posible valorar con el suficiente grado de certeza la propensión de determinadas empresas a desarrollar comportamientos ilegales ni la incidencia que puede tener sobre su comportamiento el riesgo de ser descubiertas y sancionadas.

117. En lo que atañe al segundo aspecto, relativo a los compromisos de comportamiento propuestos por Tetra (véase el apartado 113 *supra*), la Comisión observa

que, a la luz del objetivo de control *ex ante* previsto en el Reglamento nº 4064/89, los compromisos de no abusar de una posición dominante creada o reforzada por un concentración son inadmisibles, habida cuenta de que no son idóneos para poner remedio a los problemas estructurales que el Reglamento pretende evitar. Por lo tanto, añade la Comisión, al obligarla a tomar en consideración los referidos compromisos, el Tribunal de Primera Instancia infringió las disposiciones del Reglamento y, en particular, los artículos 2 y 8, apartado 2. En cualquier caso, según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al afirmar que dicha institución no había tenido en cuenta los compromisos de comportamiento propuestos por Tetra, puesto que de la Decisión se deduce que tales compromisos fueron analizados y posteriormente descartados, no sólo por razones de principio, sino también porque eran «extremadamente difíciles, si no imposibles, de controlar». ¹⁰⁴

118. Estos argumentos de la Comisión no me parecen convincentes.

119. En efecto, las críticas formuladas contra el Tribunal de Primera Instancia únicamente estarían justificadas si de la Decisión se desprendiera que, como sostuvo la Comisión en la réplica y en la vista, la concentración suponía modificaciones estructurales del mercado que habrían dado lugar inmediata y automáticamente a la creación de una segunda posición dominante, que la nueva

103 — Apartado 154 de la sentencia recurrida.

104 — Considerando 431 de la Decisión.

entidad habría podido explotar abusivamente con sus propios comportamientos previsibles.

120. Sin embargo, como acertadamente ha subrayado Tetra, en la Decisión no se afirmaba que la entidad resultante de la concentración habría adquirido inmediata y automáticamente una posición dominante en el mercado de los equipamientos de envasados de PET, sino que se preveía que ello sucedería tan sólo en un segundo momento, en virtud de la explotación de la posición dominante que Tetra ya tenía en el mercado del cartón.

121. Lo anterior se deduce claramente, por ejemplo, del pasaje de la Decisión en el que se afirma que «la combinación de la posición dominante de Tetra en el mercado de los envasados cartón y de la posición de líder de Sidel en el mercado de los envasados PET, [...] daría nacimiento a una estructura de mercado que permitiría a la nueva entidad utilizar su posición dominante en el mercado de los envasados de cartón asépticos para adquirir una posición dominante en el mercado de los equipamientos de envasados PET». ¹⁰⁵ En efecto, del referido pasaje se deduce que la concentración habría creado *inmediatamente* una estructura de mercado

que habría dado a la nueva entidad los medios y estímulos idóneos para poder desarrollar determinadas prácticas de «leveraging» y adquirir *posteriormente*, en virtud de tales prácticas, una posición dominante en el mercado de los equipamientos de fabricación de envases de PET.

122. Así las cosas, el Tribunal de Primera Instancia, por lo tanto, afirmó correctamente que la Comisión debería haber tomado en consideración diversos elementos que habrían podido incidir en la probabilidad de que la entidad resultante de la concentración desarrollara aquellos comportamientos que le habrían permitido adquirir la posición dominante prevista en el mercado de los equipamientos de fabricación de envases de PET.

123. En otros términos, tal como ha subrayado Tetra, el Tribunal de Primera Instancia consideró correctamente que, del mismo modo en que la Comisión había valorado los estímulos económicos en adoptar tales comportamientos, dicha institución debería haber tomado en consideración el posible factor disuasorio derivado a este respecto del carácter ilegal de los comportamientos en cuestión (los cuales habrían dado lugar a un abuso de la preexistente posición dominante de Tetra en el mercado del cartón) o de los compromisos que dicha sociedad había propuesto asumir.

124. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, al exigirle que tomara en consideración el carácter ilegal de determinados comportamientos en que supuestamente se había concretado el «leveraging» y los compromisos propuestos al respecto por

¹⁰⁵ — Considerando 342. En el mismo sentido, véase también el considerando 330, en donde se precisa que «gracias a la adquisición de Sidel, Tetra garantizaría el mantenimiento y el refuerzo de su posición dominante en el mercado de envases de cartón asépticos, puesto que Sidel, que constituye una fuente de presiones competitivas, se encontraría así eliminado del mercado. Además, al explotar su posición dominante en el mercado del cartón, Tetra/Sidel tendría la posibilidad de dominar también el mercado de los equipamientos de fabricación de envases de PET, en particular, el de las sopladoras de preformas de grande y escasa capacidad, sobre los segmentos de productos finales de referencia» (el subrayado es mío). Análogas afirmaciones figuran en numerosos pasajes de la Decisión, como, por ejemplo, en los considerandos 331, 359 y 389.

Tetra, el Tribunal de Primera Instancia no pretendía que dicha institución valorase la probabilidad de que la nueva entidad abusara de la posición dominante creada por la concentración. Antes al contrario, dicho Tribunal se limitó a exigir a la Comisión que valorase la probabilidad de que, explotando la preexistente posición dominante de Tetra en el mercado del cartón, la nueva entidad pudiese adquirir una posición dominante en el mercado de los equipamientos para la fabricación de envases de PET: es decir, que valorase si la concentración habría dado lugar a la creación de una posición dominante en el sentido del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89.

125. Por lo demás, no creo que existan obstáculos legales o prácticos insuperables para llevar a cabo la valoración exigida por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, este último no ha pretendido que la Comisión determine con certeza si el carácter ilegal de los comportamientos en cuestión o los compromisos propuestos por Tetra habrían disuadido a esta empresa de desarrollar tales comportamientos, del mismo modo en que tampoco pretendió que la Comisión demostrara que los estímulos económicos individualizados en la Decisión habrían incitado probablemente a Tetra a desarrollar dichos comportamientos. El Tribunal de Primera Instancia se limitó a exigir a la Comisión que tuviera en cuenta tales elementos en el ámbito de su valoración prospectiva, determinando, por ejemplo, si –teniendo en cuenta las prácticas habituales en el sector– la Comisión, las autoridades competentes o los competidores perjudicados podrían haber tenido fácilmente conocimiento de los eventuales comportamientos ilegales.

126. Por último, no me parece convincente el argumento de la Comisión según el cual el Tribunal de Primera Instancia pasó erróneamente por alto el análisis efectuado por dicha institución sobre los compromisos de comportamiento propuestos por Tetra. En efecto, tal como acertadamente ha observado dicha sociedad, la Comisión se limitó a afirmar sucintamente y sin motivación alguna que los compromisos en cuestión eran «extremadamente difíciles, si no imposibles, de controlar», sin valorar adecuadamente su posible incidencia sobre la futura conducta de la entidad resultante de la concentración y, en particular, si tales compromisos podrían constituir un significativo factor disuasorio a la hora de adoptar las prácticas de «leveraging» previstas.

127. Habida cuenta de lo anterior, ha de llegarse a la conclusión de que las objeciones de la Comisión no están justificadas. Como antes expliqué, sería distinto si de la Decisión se desprendiera que la concentración habría supuesto modificaciones estructurales del mercado idóneas para dar lugar inmediata y automáticamente a la creación de una posición dominante en el mercado del PET. Esto mismo sostuvo posteriormente la Comisión en la réplica y en la vista, pero, como ya vimos, no es lo que resulta de la Decisión impugnada.

128. Por consiguiente, a la luz de las precedentes consideraciones, considero que debe desestimarse el segundo motivo de casación.

Sobre el motivo de casación relativo a la individualización de los distintos mercados de máquinas estiradoras-sopladoras en función de su utilización final

129. Mediante el tercer motivo de casación, la Comisión imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber confirmado la valoración que dicha institución había efectuado en lo que atañe a la individualización de mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras (de baja y de alta capacidad) para el envasado de productos «sensibles». A este respecto, la Comisión formula diversas imputaciones, distinguiendo en particular entre las relativas a las características de la oferta y las relativas a las características de la demanda de las máquinas en cuestión.

130. Comenzando por las primeras, la Comisión cuestiona la conclusión según la cual «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». ¹⁰⁶ De un modo muy sucinto, la Comisión considera que el Tribunal de Primera Instancia llegó a tal conclusión sin tener en cuenta las indicaciones contenidas en la Decisión y en el escrito de contestación sobre la adaptación de las máquinas estiradoras-sopladoras a las exigencias específicas de los clientes y que basó erróneamente su propia convicción en las afirmaciones que en sentido contrario hizo Tetra en la vista.

131. Creo, sin embargo, que dicha sociedad tiene argumentos sólidos para esgrimir que en la Decisión se afirmó claramente que «la mayoría de sopladoras de preformas son “genéricas”», pero que, «aún así, una línea de envasado de PET, de la cual la sopladora de preformas es solo uno de sus elementos, está diseñada para los productos específicos que envasa el cliente». ¹⁰⁷ Así pues, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de la Decisión resulta que la mayor parte de las máquinas estiradoras-sopladoras eran genéricas, es decir, idóneas para envasar diversos tipos de productos, mientras que las líneas de envasado en PET, de las que tales máquinas eran sólo uno de sus elementos, se cortaban generalmente «a medida» en función de los productos específicos que habían de envasarse.

132. Por lo tanto, a la vista de tales motivaciones de la Decisión, el Tribunal de Primera Instancia pudo afirmar correctamente que «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». ¹⁰⁸

133. En cuanto a las ulteriores informaciones facilitadas en el escrito de contestación sobre las adaptaciones técnicas que habrían

106 — Apartado 261.

107 — Considerando 177.

108 — Apartado 265.

debido introducirse asimismo en las máquinas estiradoras-sopladoras para poder integrarlas en específicas líneas para el envasado en PET, el Tribunal de Primera Instancia respondió correctamente que «en la Decisión impugnada no se hace referencia alguna a estas informaciones». ¹⁰⁹ En efecto, como ya se ha dicho, los elementos y valoraciones en los que se basó la Decisión debían indicarse claramente en dicho acto y no era posible limitarse a exponerlos posteriormente en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia (véase el apartado 106 *supra*).

134. Sentado lo anterior, deben considerarse irrelevantes las valoraciones efectuadas anteriormente por el Tribunal de Primera Instancia para rebatir, a la luz de los elementos indicados por Tetra, las ulteriores argumentaciones de carácter técnico expuestas en el escrito de contestación. Si bien es verdad que habría sido preferible que el Tribunal de Primera Instancia no se hubiera aventurado en este tipo de valoraciones, no es menos cierto que, de todos modos, la Comisión no podía invocar en el procedimiento ante dicho Tribunal elementos a los que no había hecho referencia alguna en la Decisión impugnada.

135. Una vez dicho esto en lo que atañe a las imputaciones relativas a las características de la oferta de máquinas estiradoras-sopladoras, voy a referirme ahora a las imputaciones relativas a las características de la demanda.

136. A este respecto, es preciso aclarar que tales imputaciones se refieren al razonamiento desarrollado por la Comisión para individualizar mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de productos «sensibles» en consideración a la discriminación de precios que Sidel practicó en el pasado en relación con clientes que se proponían envasar los referidos productos y a la posibilidad de que la nueva entidad continuara aplicando dicha política.

137. Tal razonamiento se basaba, en particular, en la doble premisa teórica de que «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» y que «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». ¹¹⁰ Partiendo de esta premisa, y considerando que en el caso de autos se daban las mencionadas condiciones, la Comisión llegó precisamente a la conclusión de que existían mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de productos «sensibles».

138. Mediante la imputación objeto de examen, la Comisión critica las valoraciones contenidas en la sentencia recurrida en lo que atañe al referido razonamiento, repro-

109 — *Ibidem*.

110 — Considerando 178 de la Decisión.

chando en particular al Tribunal de Primera Instancia: i) haberse abstenido erróneamente de tomar en consideración la discriminación de precios practicada por Sidel en el pasado, basándose en que ello «no puede considerarse una prueba suficientemente sólida de que la nueva entidad continuaría aplicando un comportamiento similar», puesto que, «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»;¹¹¹ ii) haberse abstenido erróneamente de tomar en consideración gran parte de sus observaciones sobre la posibilidad de identificar a los clientes que se proponían utilizar las máquinas estiradoras-sopladoras para envasar productos «sensibles» o, en cualquier caso, no haber comprendido debidamente la relevancia de las mismas; y iii) haberse abstenido erróneamente de tomar en consideración o no haber comprendido debidamente sus observaciones sobre la imposibilidad de adquirir las máquinas de un determinado productor acudiendo a otras empresas (fundamentalmente otros clientes que quisieran venderlas usadas).

139. Tampoco me parecen fundadas tales imputaciones.

140. En efecto, por lo que se refiere a la primera de ellas, comparto la opinión de Tetra de que la afirmación cuestionada no tiene nada que ver con la individualización de mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de pro-

ductos «sensibles». Lejos de referirse a la definición de los mercados relevantes, dicha afirmación se encuentra en la parte de la sentencia relativa al examen de «los métodos de apalancamiento que la nueva entidad podría utilizar», y se refiere en particular a la exigencia de limitar tal examen «a los métodos de apalancamiento [...] que no constituyen, o no parecen constituir, un abuso de posición dominante en los mercados del cartón aséptico» (véase el apartado 43 *supra*).

141. Así pues, contrariamente a lo sostenido en el recurso de casación, creo que el Tribunal de Primera Instancia examinó y comprendió perfectamente los diversos pasajes en los que se articulaba el razonamiento de la Comisión. No obstante, dicho Tribunal consideró que tal razonamiento carecía fundamentalmente de lógica, puesto que la posibilidad de que la nueva entidad identificara a los clientes que se proponían envasar productos «sensibles» (y, por ende, de que practicara una discriminación de precios frente a ellos) «no excluye que tales clientes puedan acudir a otros proveedores de máquinas estiradoras-sopladoras si las condiciones que ofrece dicha entidad no los satisfacen».¹¹²

142. A pesar de su carácter excesivamente sintético, creo posible compartir en lo sustancial la referida valoración del Tribunal de Primera Instancia. En efecto, considero que, aun suponiendo que la nueva entidad hubiera estado en condiciones de identificar a los clientes que se proponían envasar

111 — Apartado 223 de la sentencia recurrida.

112 — Apartado 268.

productos «sensibles» y hubiera decidido, a la vista de la imposibilidad de que tales clientes compraran las máquinas a otras empresas, exigirles un precio más elevado que el que aplicaba a sus restantes clientes, ello por sí solo no habría permitido individualizar mercados específicos de máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de productos «sensibles», en la medida en que –como afirmó el Tribunal de Primera Instancia– los clientes «discriminados» hubieran podido acudir a otros proveedores que no practicaran la misma política de precios.

143. En otros términos, considero que el hecho de que una sola empresa adopte (sin que la imiten sus competidores) una política de discriminación de precios en relación con un grupo concreto de clientes no permite por sí solo identificar un mercado específico relativo a tal grupo de clientes, puesto que la presencia de otras empresas que no apliquen la misma política puede evitar que se instauren condiciones de mercado sustancialmente diferentes para el grupo de clientes en cuestión.

144. Por consiguiente, no creo que el Tribunal de Primera Instancia haya incurrido en error de Derecho al criticar el razonamiento de la Comisión basado en la discriminación de precios practicada en el pasado por Sidel y en la posibilidad de que la nueva entidad continuara aplicando dicha política.

145. En consecuencia, a la luz de las precedentes consideraciones en su conjunto, propongo que se desestime el tercer motivo de casación.

Sobre el motivo de casación relativo al reforzamiento de la posición dominante de Tetra en el mercado del cartón

146. Mediante el cuarto motivo de casación, la Comisión critica la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual «los datos invocados en la Decisión impugnada no demuestran de un modo jurídicamente suficiente que los efectos de la concentración modificada 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».¹¹³

147. A este respecto, la Comisión reprocha ante todo al Tribunal de Primera Instancia no haber reconocido que una disminución de la competencia «potencial» procedente del mercado del PET habría dado lugar *per se* a reforzar la posición de Tetra en el mercado del cartón. La Comisión añade que el Tribunal de Primera Instancia le exigió erróneamente que demostrara que tal dismi-

¹¹³ – Apartado 333.

nución de la competencia «potencial» habría podido «reforzar la posición dominante de Tetra *frente a sus competidores* en los mercados del cartón aséptico»,¹¹⁴ dado que tal reforzamiento no debía valorarse en relación con los competidores de Tetra, sino con respecto a las inevitables repercusiones que la disminución de la competencia «potencial» procedente del PET habría tenido para los clientes y los consumidores en forma de una elevación de los precios del cartón (o de la falta de disminución de los mismos) y de una menor innovación de los productos.

148. Según la Comisión, por otro lado, teniendo en cuenta cuanto expuso en el marco del primer motivo de casación, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al considerar que su valoración sobre la disminución de la competencia «potencial» quedaba desvirtuada por el hecho de que el crecimiento de la utilización del PET para el envasado de productos «sensibles» «será probablemente mucho menos significativo de lo que cree la Comisión».¹¹⁵

149. La Comisión cuestiona asimismo la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual, de todos modos, no se había «demostrado que, en el caso de que la presión competitiva procedente de los mercados del PET desapareciera o disminuyera, Tetra se vería impulsada a no bajar sus

precios en el envasado de cartón y a dejar de innovar».¹¹⁶

150. A este respecto, la Comisión comienza observando que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia relativa a los efectos de la disminución de la competencia «potencial» sobre los precios del cartón incurría en la errónea convicción de que los costes del PET eran más elevados que los costes del cartón (sobre este extremo dicha institución se remite asimismo a lo que afirmó en el primer motivo de casación). Siempre en lo que atañe a tal apreciación, la Comisión critica a continuación las objeciones que le opuso el Tribunal de Primera Instancia por el hecho de haberle reprochado el no haber explicado por qué razón los competidores de Tetra no habrían podido beneficiarse de un incremento de los precios del cartón. En efecto, según la Comisión, al obrar de esa manera el Tribunal de Primera Instancia no consideró que tales competidores se encontraban por definición marginalizados debido a la fuerte posición dominante de Tetra. La Comisión imputa asimismo al Tribunal de Primera Instancia no haber tenido en cuenta los efectos sobre los precios del cartón derivados del hecho de que, a raíz de la adquisición de la empresa más importante en el mercado del PET, Tetra pudo suponer con toda tranquilidad que, en cualquier caso, una gran parte de los clientes suyos que se pasaran del cartón al PET sería «recuperada» a través de Sidel.

151. En lo que atañe a los efectos de la disminución de la competencia «potencial» sobre la innovación, la Comisión reprocha al

114 — Apartado 323. El subrayado es de la Comisión.

115 — Apartado 324.

116 — Apartado 325.

Tribunal de Primera Instancia haber sobrevalorado la posible reacción de los competidores marginalizados por la posición dominante de Tetra. Según la Comisión, por último, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error: por un lado, al pasar por alto la diferencia entre la presión para innovar derivada del crecimiento de la utilización del PET y la derivada de los competidores de Tetra en los mercados del cartón; y, por otro lado, al afirmar que las innovaciones recientemente introducidas por dicha sociedad no eran consecuencia de la presión del PET.

152. Antes de examinar las referidas impugnaciones, es preciso puntualizar que, tal como ha observado Tetra, la competencia *potencial* a la que se hace referencia en el marco del presente motivo de casación no consistía en la competencia ejercida por aquellas empresas que habrían podido introducirse en el mercado de envases de cartón y que se habrían convertido, de este modo, en competidoras potenciales de Tetra en dicho mercado. Es evidente que se trataba, por el contrario, de la competencia *indirecta* procedente de empresas que actuaban en mercados distintos del mercado de envases de cartón (aunque próximos al mismo), las cuales fabricaban maquinaria para el envasado con un material, el PET, que la Comisión consideraba un «sustituto débil» del cartón desde el punto de vista económico.¹¹⁷ Así pues, voy a referirme de

inmediato a la competencia *indirecta* procedente del PET, en lugar de a la competencia *potencial*.

153. Afirmado lo anterior, comparto la opinión de Tetra de que no se puede considerar que una disminución de la competencia indirecta, derivada de la adquisición de la principal empresa activa en un mercado muy próximo, suponga por sí sola reforzar una posición dominante en el sentido del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89. En efecto, habida cuenta del relevante concepto de «posición dominante» que ha acuñado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso determinar, por el contrario, si la referida disminución de la competencia indirecta puede aumentar la «potencia económica» de la empresa dominante, con la consecuencia de que dicha empresa esté en condiciones de obstaculizar en mayor grado (o más fácilmente) «la persistencia de una competencia efectiva en el mercado de que se trate» y tenga la posibilidad de actuar con mayor «independencia en relación con sus competidores, con sus clientes y, en última instancia, con los consumidores».¹¹⁸

154. De todo lo anterior se deduce que el Tribunal de Primera Instancia debería haberse referido de un modo más correcto en su análisis al mencionado concepto, en lugar de afirmar que incumbía a la Comisión demostrar que una disminución de la competencia indirecta procedente del PET habría podido «reforzar la posición domi-

117 — Véase en particular el considerando 332 de la Decisión impugnada, en donde se precisa que el cartón y el PET «son sustituibles a nivel técnico, en la medida en que estos dos materiales pueden servir para envasar los productos finales de referencia», y pueden «considerarse "sustitutos débiles" desde un punto de vista económico». En el mismo sentido, véase también el considerando 163 de la Decisión (citado en el punto 10 *supra*), donde se advierte, además, que la definición de los mercados para los sistemas de envasado en PET y en cartón podría cambiar en el futuro.

118 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 38: el subrayado es mío.

nante de Tetra *frente a sus competidores* en los mercados del cartón aséptico». Creo, sin embargo, que no se trata de una imprecisión que revista una gravedad tal como para desvirtuar la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia, puesto que, de todos modos, dicho Tribunal examinó (y consideró que incurría en diversos errores) el razonamiento desarrollado por la Comisión para demostrar los efectos que la prevista disminución de la competencia indirecta procedente del PET habría tenido para los clientes y los consumidores en forma de una elevación de los precios del cartón (o de la falta de disminución de los mismos) y de una menor innovación de los productos.

155. Análogamente, considero que la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia no incurre en los errores que dicho Tribunal cometió en cambio en lo relativo a la valoración del previsible crecimiento de la utilización del PET en el envasado de los productos lácteos líquidos (véanse los puntos 103 y 112 *supra*).¹¹⁹

156. Es cierto que la constatación de que el crecimiento de la utilización del PET para el envasado de productos «sensibles» «será probablemente mucho menos significativo de lo que cree la Comisión, excepto en lo que respecta a las BSF y a las bebidas a base de té o café», indujo al Tribunal de Primera

Instancia a considerar que, «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 modificada 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».¹²⁰ Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia no se circunscribió a tal afirmación, sino que prosiguió su análisis, llegando a la conclusión de que, «*en cualquier caso*, los dos hechos referidos al futuro comportamiento de Tetra en que se basa la Comisión para demostrar los supuestos efectos negativos de la concentración modificada en los mercados del cartón aséptico no han sido demostrados de un modo jurídicamente suficiente» (el subrayado es mío). En particular, como se ha visto, según el Tribunal de Primera Instancia no se había «demostrado que, en el caso de que la presión competitiva procedente de los mercados del PET desapareciera o disminuyera, Tetra se vería impulsada a no bajar sus precios en el envasado de cartón y a dejar de innovar».¹²¹

157. Así pues, examinando ahora la imputación de la Comisión relativa a la mencionada conclusión, he de observar antes de nada que, contrariamente a lo que ha sostenido dicha institución, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en lo que atañe a los efectos de la disminución de la competencia indirecta procedente del PET

119 — A este respecto, recuérdese que se ha considerado infundada la imputación de la Comisión relativa a los supuestos errores en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia al valorar el previsible crecimiento de la utilización del PET en el envasado de zumos (véase el punto 104 *supra*).

120 — Apartado 324.

121 — Apartado 325.

sobre los precios del cartón no incurre, a mi juicio, en la errónea convicción de que los costes del PET fueran más elevados que los del cartón (sobre el error en que efectivamente incurrió el Tribunal de Primera Instancia a este respecto, véanse los puntos 111 y 112 *supra*).

nir sus precios a fin de conservarlos como clientes en el caso de que no se produjera la concentración. En efecto, dichos clientes sólo pasarían al PET si el precio del cartón aumentara en un 20 % como mínimo o si el precio del PET disminuyera en una proporción equivalente»;¹²²

158. En efecto, recuérdese que, en lo que atañe a la tesis de la Comisión según la cual la concentración permitió que Tetra evitara una disminución de los precios del cartón a la que, de otro modo, se habría visto impelida, el Tribunal de Primera Instancia afirmó lo siguiente:

- i) que, «en cuanto a los clientes de los mercados del cartón “más sensibles a los precios”, que afirmaron a la Comisión durante su investigación de mercado “que sólo se plantearían la posibilidad de pasar del cartón al PET si los precios del cartón aumentaran sensiblemente, en un 20 % o más” [...], está claro que no hace falta bajar los precios para mantenerlos en los mercados del cartón. Al limitarse a indicar que “una reducción del precio del cartón que aumentara la diferencia de precios entre una línea de envasado en PET y una línea de envasado en cartón disuadiría seguramente de pasar del cartón al PET a estos clientes sensibles a los precios” [...], la Decisión impugnada no explica por qué razón Tetra se vería obligada a dismi-
- ii) que, «cuando la Comisión alega ante este Tribunal que, después de realizada la concentración, Tetra podría aumentar con más tranquilidad sus precios a dichos clientes en los mercados del cartón aséptico, dicha institución no explica qué es lo que impediría que los competidores de Tetra en los mercados del cartón que también están presentes en el mercado del PET, tales como SIG y Elopak, sacaran partido de la situación»;¹²³
- iii) que, «en cuanto a los productores de bebidas que pasarán del cartón al PET por razones comerciales aunque este último sea considerablemente más caro que aquél, una reducción en los precios del cartón no persuadiría necesaria-

122 — Apartado 327.

123 — *Ibidem*.

mente a estos clientes “no sensibles a los precios” de seguir utilizando el cartón»,¹²⁴

- iv) que «la Decisión impugnada no indica por qué razón cambiarían de comportamiento a raíz de la concentración las empresas presentes en los mercados de equipos para el PET que, en el caso de que no se produjera la concentración modificada, “ejercerían probablemente una fuerte presión competitiva para ganar cuotas de mercado al cartón” [...]. En el supuesto de que desapareciera la presión procedente de Sidel y de que los competidores de dicha empresa no hubieran sido marginalizados por un apalancamiento que hubiera alcanzado sus objetivos, la Decisión impugnada no explica en absoluto qué es lo que impediría a las otras empresas presentes en los mercados de equipos de envasado en PET seguir intentando convencer de las ventajas del PET a los clientes de Tetra en los mercados del cartón».¹²⁵

aquel punto resulta evidente que el Tribunal de Primera Instancia se limitó a remitirse a la afirmación de la Comisión según la cual algunos clientes se habrían pasado de todos modos al PET «aunque [dicho producto] sea más caro o aunque no varíen los precios del cartón»,¹²⁶ deduciendo lógicamente de ello que «una disminución del precio de este último no persuadiría necesariamente a estos clientes “no sensibles a los precios” de seguir utilizando el cartón».

160. Así pues, una vez sentado que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia no incurre en la errónea convicción de que los costes del PET eran más elevados que los del cartón, he de observar que ni siquiera me parece fundada la imputación de la Comisión relativa al punto sub ii), mediante la cual dicha institución reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber pasado por alto erróneamente que los competidores de Tetra en los mercados del cartón se encontraban por definición marginalizados debido a la fuerte posición dominante de dicha sociedad.

159. Es fácil comprobar que, con tales afirmaciones, el Tribunal de Primera Instancia puso de relieve la lógica defectuosa del razonamiento de la Comisión, sin basar ya su juicio en la errónea convicción de que los costes del PET eran superiores a los del cartón; y ello ni siquiera en el punto sub iii), en donde figura la única referencia a este respecto. En efecto, de una lectura atenta de

161. A este respecto, comparto ante todo la opinión de Tetra de que la referida imputación corre el riesgo de probar demasiado.

124 — Punto 328.

125 — *Ibidem*.

126 — La citación es del considerando 397 de la Decisión, en donde se precisa que gran número de las respuestas a la investigación de la Comisión pusieron de manifiesto «que las empresas en cuestión ya pasaron, o tienen la intención de pasar, del cartón al PET, aunque el PET sea más caro o aunque no varíen los precios del cartón».

En efecto, si se excluye la consideración teórica de que, en virtud de su posición dominante, Tetra habría podido por definición «actuar con independencia frente a sus competidores» en el mercado del cartón¹²⁷ y, por consiguiente, habría podido también aumentar los precios sin temor a reacción alguna por parte de tales competidores, sería difícil explicar por qué, en caso de que no hubiera concentración –pero persistiera su posición dominante en el mercado del cartón–, dicha sociedad no habría podido hacer lo mismo, sino que habría debido tener la competencia indirecta de empresas activas exclusivamente en mercados muy próximos (como Sidel), que fabricaban maquinaria para el envasado con un material considerado tan sólo un «sustituto débil» del cartón.

162. He de observar, además, que, contrariamente a lo que parece desprenderse del recurso de casación de la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia no se limitó a tomar en consideración a los competidores de Tetra en el mercado del cartón, sino que tuvo en cuenta asimismo a aquellos competidores «que también [estaban] presentes en el mercado del PET». El Tribunal de Primera Instancia se refirió asimismo a aquellas empresas que habrían podido beneficiarse de un aumento de los precios del cartón también en el mercado del PET y que, en cualquier caso, habrían podido ejercer una mayor presión competitiva en virtud de su presencia simultánea en los mercados de

ambos materiales de envasado, considerando asimismo que, «a diferencia de la nueva entidad, [tales empresas] no [estaban sometidas] a ninguna limitación a la hora de realizar ofertas conjuntas de máquinas estiradoras-sopladoras y de cartón».¹²⁸

163. Siempre con referencia a los efectos de la disminución de la competencia indirecta procedente del PET sobre los precios del cartón, no creo, por último, que sea fundada la imputación mediante la que la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber considerado que, en virtud de la adquisición de la empresa más importante en el mercado del PET, Tetra habría tenido más libertad para aumentar los precios del cartón, en la medida en que sabía que a través de Sidel podría recuperar gran parte de los clientes que por aquel motivo se hubieran pasado al PET.

164. En efecto, tal como acertadamente ha subrayado Tetra, no puede reprochársele al Tribunal de Primera Instancia el no haber considerado el referido aspecto, habida cuenta de que el mismo no había sido desarrollado en la Decisión impugnada. En cualquier caso, he de observar que, incluso a raíz de la adquisición de Sidel, el hecho de que los clientes de Tetra sustituyeran el cartón por el PET ciertamente no le habría resultado indiferente a la nueva entidad desde el punto de vista económico. En efecto, es evidente que la inevitable pérdida de clientes de Tetra en los mercados en que ostentaba una posición dominante y en los

127 — Véase la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 38.

128 — Apartado 330.

que estaba en condiciones de obtener amplios márgenes de beneficio, sólo parcialmente habría sido recompensada por la esperanza de reconquistar tales clientes en mercados, como el del PET, en pleno desarrollo y caracterizados por una intensa competencia.¹²⁹

165. En lo que atañe, por su parte, a los efectos de la disminución de la competencia indirecta procedente del PET sobre la innovación, he de observar que la imputación relativa a la sobrevaloración de la posible reacción de los competidores de Tetra debe ser desestimada, *mutatis mutandis*, por los mismos motivos que se han expuesto en lo que atañe a la análoga imputación relativa a los efectos sobre los precios del cartón (véase los puntos 161 y 162 *supra*).

166. Por último, en cuanto a la imputación mediante la que la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber considerado adecuadamente la naturaleza de la presión para innovar derivada del crecimiento de la utilización del PET y haber considerado erróneamente que las innovaciones recientemente introducidas por Tetra no eran consecuencia de la presión procedente de tal material, comparto la opinión de

que la Comisión plantea, en realidad, cuestiones de hecho que el Tribunal de Justicia no es competente para resolver (véase los puntos 59 a 61 *supra*).

167. Por consiguiente, a la luz de las precedentes consideraciones en su conjunto, estimo que el cuarto motivo de casación debe ser desestimado.

Sobre el motivo de casación relativo a la creación de la posición dominante de Tetra en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras

168. Mediante su último motivo de casación, la Comisión impugna la conclusión del Tribunal de Primera Instancia 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, ni tampoco, por consiguiente, que en lo que respecta a dichos mercados se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 2, apartado 3, del Reglamento».¹³⁰

169. Me propongo examinar brevemente a continuación las sucintas imputaciones de la Comisión, que versan sobre los errores en

129 — Es evidente que las cosas habrían sido distintas (al menos en parte) si la nueva entidad hubiera logrado un apalancamiento basándose en la posición de Tetra en el mercado del cartón, a efectos de dirigir hacia Sidel a aquellos clientes suyos que se propusieran utilizar PET, y hubiera conseguido de este modo adquirir una posición dominante en todos los mercados del PET o en algunos de ellos. No obstante, teniendo en cuenta que las apreciaciones efectuadas a este respecto por la Comisión fueron invalidadas por el Tribunal de Primera Instancia, no puede tomarse en consideración este supuesto.

130 — Apartado 307.

que supuestamente incurrió el Tribunal de Primera Instancia en lo que atañe a los dos mercados de máquinas estiradoras-sopladoras (el de las máquinas de baja capacidad y el de las de alta capacidad), para posteriormente analizar si los errores efectivamente cometidos tienen entidad suficiente para desvirtuar la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia.

a) Las imputaciones formuladas por la Comisión

170. Comenzando por la imputación relativa al mercado de máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad, la Comisión reprocha ante todo al Tribunal de Primera Instancia el haberse referido a la cuota de mercado de Sidel en el período 1998-2000 (inferior al 40 %), sin tener presente que de la Decisión resultaba que la referida cuota se había incrementado en 2001, alcanzado un nivel comprendido entre el 40 % y el 50 %.¹³¹

171. No obstante, creo que, como ha subrayado Tetra, el Tribunal de Primera Instancia podía tomar legítimamente en consideración

el período 1998-2000, puesto que éste fue el intervalo de tiempo al que se había referido la propia Comisión. En efecto, en el considerando de la Decisión al que se remitía la Comisión (como, por lo demás, en un considerando anterior citado por el Tribunal de Primera Instancia)¹³² se mencionaban las cuotas de mercado de Sidel, de Tetra y de sus principales competidores «durante el período 1998-2000», mientras que las cuotas de Sidel y de Tetra en 2001 tan sólo se indicaban en nota a pie de página (cuotas estas últimas que, además no se comparaban con las cuotas de sus principales competidores durante el mismo período).

172. Asimismo infundada me parece la siguiente imputación, mediante la que la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber afirmado «que el abandono [del mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad] por parte de Tetra hará que la posición de la nueva entidad siga siendo esencialmente la misma que la actual posición de Sidel»,¹³³ sin tener en cuenta el reforzamiento inmediato de la posición de Sidel derivado de una serie de factores mencionados en la Decisión (la fuerza financiera y comercial de Tetra, la reputación de dicha sociedad en el envasado aséptico, la ventaja «del que llega primero» de que disfrutaba en relación con aquellos clientes que se proponían pasar del cartón al PET y su posición dominante en el mercado del cartón).¹³⁴

131 — La Comisión parece referirse al apartado 272 de la sentencia recurrida, en donde se precisa «que la Comisión reconoce que, en el mercado de máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad, Sidel tiene una "cuota de mercado de un [30 % a 40 %] en términos de capacidad y de unidades vendidas en el EEE en 2000" (considerando 233)». Para demostrar el error cometido por el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión se remite, en cambio, al considerando 266 de la Decisión. Teniendo en cuenta que, por razones de confidencialidad, en la versión de la Decisión publicada en el Diario Oficial no se menciona la cuota exacta, sino tan sólo una horquilla indicativa, creo que es oportuno aplicar ese mismo criterio en las presentes conclusiones.

132 — Véase la nota precedente.

133 — Apartado 280 de la sentencia recurrida.

134 — A este respecto, la Comisión se remite a los considerandos 376 a 387 de la Decisión.

173. En efecto, estoy de acuerdo con Tetra en que tales factores se mencionaban con carácter genérico en la Decisión (sin tener en cuenta, por otra parte, los compromisos propuestos por dicha sociedad) para subrayar el liderazgo y la fuerza global de la nueva entidad, consecuencia asimismo de su presencia en todos los mercados relevantes, y no para poner de relieve un reforzamiento específico e inmediato de la posición de Sidel en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad. Así las cosas, creo, pues, que el Tribunal de Primera Instancia podía afirmar legítimamente que, tras la salida de Tetra del referido mercado, la posición de la nueva entidad permaneció esencialmente invariable en relación con la posición de Sidel.

174. Por último, creo que ni siquiera puede estimarse la imputación relativa a la afirmación del Tribunal de Primera Instancia según la cual «la Decisión impugnada no analiza [...] suficientemente el uso actual y futuro de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad». ¹³⁵

175. Mediante dicha imputación, la Comisión reprocha en particular al Tribunal de Primera Instancia haber basado su juicio en dos aspectos irrelevantes: por un lado, en la importancia de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad para el envasado de productos no «sensibles», es decir, que sería irrelevante si se admitiera la segmentación de los mercados de las máqui-

nas estiradoras-sopladoras propuesta por la Comisión; por otro lado, en la proporción de clientes que habrían optado por las máquinas estiradoras-sopladoras de alta o baja capacidad para el envasado de productos «sensibles», ¹³⁶ proporción que, según la Comisión, resulta asimismo irrelevante para valorar la capacidad de Tetra de utilizar su posición dominante en el mercado del cartón como palanca para adquirir tal posición asimismo en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad.

176. En lo que atañe al primer aspecto, sin embargo, es fácil comprobar que no se admitió la valoración de la Comisión sobre la individualización de los mercados específicos de las máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de productos «sensibles» (véase *supra*, punto 145). En cuanto al segundo aspecto, he de observar que no parece del todo evidente que las opciones de los clientes que se proponían envasar en PET productos «sensibles» fueran irrelevantes para valorar la evolución del mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja capacidad y la posibilidad de la nueva entidad de adquirir en el mismo una posición dominante. Desde un punto de vista más general, no veo, además, cómo se puede reprochar al Tribunal de Primera Instancia

136 — A este respecto, la Comisión se remite en particular a la afirmación del Tribunal de Primera Instancia según la cual «una parte importante del crecimiento previsible [...] en el envasado de productos sensibles en PET se dará probablemente en los productos para los que resulta especialmente apropiado utilizar máquinas de baja capacidad» (apartado 279 de la sentencia).

135 — Apartado 280.

haber verificado si la apreciación de la Comisión sobre la adquisición de tal posición dominante se había basado en un análisis exacto y profundo de la dinámica del mercado relevante.

177. Refiriéndome ahora a las imputaciones relativas al mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras de alta capacidad, he de decir de inmediato que, en mi opinión, por los mismos motivos indicados en el punto 173, debe rechazarse, *mutatis mutandis*, la imputación mediante la que la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber tenido en cuenta el reforzamiento inmediato de la posición de Sidel derivado de los factores mencionados en el punto 172.¹³⁷

178. En cambio, me parece parcialmente fundada la imputación relativa a la afirmación del Tribunal de Primera Instancia según la cual «se ha sobreestimado la ventaja “del que llega primero” [de la que se alega disfrutó Tetra en relación con los clientes que se proponían pasarse al PET]».¹³⁸

179. En efecto, considero que, en lo que atañe al envasado de los productos lácteos

líquidos, la Comisión alega acertadamente que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia adolece de errores en los que éste incurrió en lo relativo a su previsión de crecimiento de la utilización del PET (véase el punto 103 *supra*) y, en particular, a las relaciones entre tales materiales y el PEAD (véase el punto 98 *supra*). En efecto, de la sentencia recurrida se desprende que, en lo que atañe al envasado de los productos en cuestión, el Tribunal de Primera Instancia consideró que se había «sobreestimado» la ventaja «del que llega primero» esencialmente: i) porque la «magnitud del aumento previsible de la utilización del PET por parte de los [...] clientes de Tetra en los mercados del cartón aséptico no es muy grande»;¹³⁹ y ii) porque, «en lo que respecta más concretamente a la leche fresca, la Decisión impugnada no explica adecuadamente la relación entre el PEAD y el PET».¹⁴⁰

180. En cambio, no creo que pueda acogerse la imputación de la Comisión en la parte en que impugna la apreciación de la ventaja «del que llega primero» en lo que atañe a aquellos clientes que se proponen sustituir el vidrio por el PET, reprochando en particular al Tribunal de Primera Instancia lo siguiente: i) no haber tomado en consideración el hecho de que sólo en muy contados casos los clientes que envasan en vidrio sus bebidas utilizan exclusivamente este material; ii) haber distorsionado los hechos al afirmar

139 — *Ibidem*.

140 — Apartado 289. En lo que atañe a la relación entre el PEAD y el PET, el Tribunal de Primera Instancia considera en particular que «la probabilidad de que los [...] clientes de Tetra que quieren pasar al plástico una parte de su producción de leche fresca opten por el PEAD es como mínimo tan alta como la probabilidad de que opten por el PET» (*ibidem*).

137 — A este respecto, la Comisión se refiere en particular a la afirmación según la cual «Tetra no aportaría nada a la nueva entidad en [el] mercado [de las máquinas estiradoras-sopladoras de alta capacidad]» (apartado 284 de la sentencia).

138 — Apartado 288.

que, en lo que respecta a tales clientes, los competidores de Tetra «presentes en los mercados de envasado en vidrio y en PET», tales como SIG, Kronos y KHS, pudieron «disfrutar de la importante ventaja “del que llega primero”». ¹⁴¹

181. En efecto, comparto la opinión de Tetra de que deben rechazarse las referidas argumentaciones de la Comisión, en la medida en que se basan en elementos que no figuran en la Decisión impugnada ¹⁴² (véase el punto 106 *supra*) y en que, en cualquier caso, especialmente en lo que atañe al punto sub ii), suscitan cuestiones de hecho que el Tribunal de Justicia no es competente para resolver (véanse los puntos 59 a 61 *supra*).

182. Me parece infundada asimismo la imputación mediante la que la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber afirmado lo siguiente: por un lado, que «la Decisión impugnada hubiera debido analizar con más detalle las posibilidades de que [la] competencia resistiera a los eventuales apalancamientos practicados por la

nueva entidad»; ¹⁴³ y, por otro, que «la Comisión cometió un error al subestimar la importancia de la posición que actualmente ocupa SIG en el mercado de las máquinas de alta capacidad y al minimizar la importancia de las posiciones ocupadas en dicho mercado por otros de los principales competidores de la nueva entidad, tales como SIPA y Kronos». ¹⁴⁴

183. En efecto, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, no creo que el Tribunal de Primera Instancia haya distorsionado el contenido de la Decisión (en particular negando que la misma contuviera un análisis de la posición de Sidel en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras en relación con sus competidores) ¹⁴⁵ ni tampoco que haya sustituido el punto de vista de la Comisión por el suyo propio.

184. El Tribunal de Primera Instancia, por el contrario, se limitó a declarar que, habida cuenta del significativo e indiscutible aumento que las cuotas de mercado de los tres competidores de Sidel mencionados (SIG, SIPA y Kronos) habían experimentado en los últimos años, y considerando las puntuales observaciones formuladas por Tetra en el curso del procedimiento administrativo, la Comisión no debería haberse limitado a las observaciones genéricas con-

¹⁴¹ — Apartado 290.

¹⁴² — Tan sólo en lo que atañe al punto sub i) intenta la Comisión encontrar en la Decisión apoyo para sus afirmaciones (considerandos 14 y 335). No obstante, lejos de demostrar que en la Decisión se precisa que sólo en muy contados casos los clientes que envasan en vidrio sus bebidas utilizan exclusivamente este material, dicha institución cita pasajes en los que se afirma genéricamente que «las empresas de bebidas utilizan cada vez más una mezcla de diversos materiales para envasar sus productos» y se cita el único ejemplo de Coca-Cola, bebida que «puede encontrarse en vidrio, PET y latas de aluminio» (considerando 14).

¹⁴³ — Apartado 294.

¹⁴⁴ — Apartado 297.

¹⁴⁵ — A este respecto, la Comisión se remite específicamente a los considerandos 232 a 248, 293 a 300, 303 a 310 y 369 a 387 de la Decisión.

tenidas en la Decisión, sino que debería haber examinado más específicamente la fuerza competitiva y las posibilidades de reacción de esas tres sociedades. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la Decisión tan sólo contenía apreciaciones específicas en lo que atañe a SIG (extremo que no creo que pueda discutirse en lo sustancial) y consideró que, en cualquier caso, tales apreciaciones no respondían adecuadamente a las objeciones precisas y pertinentes que Tetra había formulado.¹⁴⁶ Así pues, procede interpretar desde este ángulo la afirmación de que en la Decisión se había «subestimado» o «minimizado» la posición de las tres sociedades mencionadas: es decir, en el sentido de que la Comisión no había atribuido al examen de la posición de dichas sociedades aquella atención que, a la vista de las circunstancias del caso, habría resultado necesaria.

185. He de añadir que, en la parte en que se pretende reprochar al Tribunal de Primera Instancia una distorsión de los hechos al especificar algunas ventajas de que supuestamente disfrutaron los competidores de Sidel, la presente imputación suscita cuestiones de hecho que el Tribunal de Justicia no es competente para resolver (véanse los puntos 59 a 61 *supra*).

186. En cambio, me parece fundada la última imputación, relativa a las posibilidades de los «convertidores» de resistir al «leveraging», en virtud de la cual la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber motivado adecuadamente sus afirmaciones, no haber respondido a los

argumentos que dicha institución expuso en la Decisión y haber sustituido ilegítimamente el punto de vista de la misma por el suyo propio.

187. En efecto, estoy de acuerdo con la Comisión en que el Tribunal de Primera Instancia no ha explicado adecuadamente qué errores, lagunas de procedimiento o carencias de lógica desvirtuaban, a su juicio, la conclusión de la Comisión según la cual los «convertidores» «dependen hasta cierto punto de Sidel» y habrían continuado «dependiendo de la entidad resultante de la concentración».¹⁴⁷ En efecto, sin haber examinado los amplios análisis que efectuó la Comisión para llegar a la mencionada conclusión,¹⁴⁸ el Tribunal de Primera Instancia se limitó a afirmar lo siguiente: i) que, «dada la competencia que existe actualmente, también en el mercado de máquinas estiradoras-sopladoras de alta capacidad, la conclusión sobre la dependencia de los convertidores con respecto a Sidel no es convincente»; ii) que, «si la nueva entidad ofreciera condiciones de venta menos atractivas que antes, los convertidores siempre tendrían la posibilidad de comprar dichas máquinas a los actuales competidores de Sidel».¹⁴⁹

147 — Considerando 310.

148 — Véanse los considerandos 303 a 310 de la Decisión.

149 — Apartado 305 de la sentencia. A los presentes efectos, no parece tener relevancia especial la precisión ulterior de que «SIG y Elopak podrían también venderles [a los convertidores] equipos de envasado en cartón para aquellos de sus clientes que quisieran un suministro conjunto de equipos de envasado en PET y en cartón», puesto que la Comisión no había vinculado en modo alguno la dependencia de los convertidores de Sidel o de la nueva entidad a la necesidad de un suministro conjunto de equipos de envasado en PET y en cartón.

146 — Véanse, en particular, las observaciones formuladas en el apartado 295 de la sentencia recurrida.

188. Por lo que se me alcanza, el Tribunal de Primera Instancia consideró, pues, que «no [era] convincente» la conclusión de la Comisión sobre la dependencia de los «convertidores» de Sidel por el solo hecho de que éstos habrían podido comprar las máquinas estiradoras-sopladoras a los competidores de dicha sociedad. No obstante, al proceder de este modo, el Tribunal de Primera Instancia no consideró que, si bien la propia Comisión había admitido que los «convertidores» podían «dirigirse a otros proveedores de sopladoras de preformas para la adquisición de nuevas máquinas, así como para el diseño y las pruebas de preformas», dicha institución estimó no obstante —a la luz de su análisis del mercado— que «los costes de conversión y la necesidad de utilizar las numerosas máquinas Sidel ya adquiridas [prolongarían el] grado [...] de dependencia [de dichas empresas transformadoras o convertidores] frente a Sidel».¹⁵⁰

189. Por lo tanto, me parece evidente que, si bien el Tribunal de Primera Instancia podía eventualmente detectar errores, lagunas de procedimiento o carencias de lógica en el razonamiento de la Comisión, dicho Tribunal no podía, sin facilitar una adecuada motivación, rechazar la conclusión a la que aquella institución había llegado. He de observar, por lo demás, que los argumentos expuestos por Tetra para justificar la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre la posibilidad de reacción de los «convertidores», con independencia de su fundamento, no pueden subsanar el vicio de

motivación de que adolece la sentencia recurrida.

b) La incidencia que los errores detectados tienen sobre la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia

190. De las consideraciones precedentes se deduce, a mi juicio, que deben considerarse fundadas: i) la imputación relativa a la ventaja «del que llega primero», en lo que atañe al envasado de productos lácteos líquidos (véanse los puntos 178 y 179 *supra*); ii) la imputación relativa a la posibilidad de los «convertidores» de resistirse al «leveraging» (véase el punto 186 *supra*).

191. No obstante, considero que los errores del Tribunal de Primera Instancia que se hacen constar mediante las referidas imputaciones no tienen entidad suficiente para desvirtuar la conclusión de dicho Tribunal 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, ni tampoco, por consiguiente, que en lo que respecta a dichos mercados se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 2, apartado 3, del Reglamento».¹⁵¹

¹⁵⁰ — Considerando 310 de la Decisión.

¹⁵¹ — Apartado 307.

192. En efecto, creo que justifican sin más esta conclusión los numerosos vicios de la Decisión que a este respecto ha hecho constar el Tribunal de Primera Instancia mediante apreciaciones no impugnadas en el marco del presente recurso de casación o impugnadas mediante imputaciones que aquí se han considerado carentes de fundamento. Sin que resulte necesario detenerse en este punto, pergeñando una larga lista de los vicios en cuestión, puedo circunscribirme a observar que, además de aquellos vicios que se hicieron constar mediante apreciaciones que han sido impugnadas sin éxito en el marco del presente motivo de casación, es preciso tener presente los vicios relativos: i) a no haberse tomado en consideración, como posible factor disuasorio del «leveraging», el carácter ilegal de determinados comportamientos ni los compromisos de comportamiento propuestos por Tetra (vicio que se plasma en apreciaciones impugnadas sin éxito en el marco del segundo motivo de casación); ii) a la individualización de mercados específicos de las máquinas estiradoras-sopladoras para el envasado de productos «sensibles» (vicio que se plasma en apreciaciones impugnadas sin éxito en el marco del tercer motivo de casación).

193. Así pues, de cuanto se ha afirmado se desprende que la admisión de las dos imputaciones mencionadas en el punto 190 no puede desvirtuar por sí sola la conclusión a la que el Tribunal de Primera Instancia llegó en lo que atañe a la creación de una posición dominante en los mercados de las

máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad.

Consideraciones finales sobre la procedencia del recurso de casación

194. Por lo tanto, a la luz de las precedentes consideraciones en su conjunto, propongo que se declare que, si bien algunas de las imputaciones formuladas por la Comisión resultan fundadas, tales imputaciones no bastan para desvirtuar las conclusiones a las que el Tribunal de Primera Instancia llegó en relación con el reforzamiento de la posición dominante de Tetra en los mercados del cartón y con la creación de una posición dominante en los mercados de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad.

195. En tales circunstancias, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, «aunque los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia revelen una infracción del Derecho comunitario, si su fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, el recurso de casación debe desestimarse».¹⁵²

152 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2002, Comisión/Camara y Tico (C-312/00 P, Rec. p. I-11355), apartado 57. En el mismo sentido, véanse también la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 1992, Lestelle/Comisión (C-30/91 P, Rec. p. I-3755), apartado 28; de 15 de diciembre de 1994, Finsider/Comisión (C-320/92 P, Rec. p. I-5697), apartado 37, y de 13 de julio de 2000, Salzgitter/Comisión (C-210/98 P, Rec. p. I-5843), apartado 58.

196. En consecuencia, teniendo en cuenta que el fallo de la sentencia recurrida, relativo a la anulación de la Decisión, resulta con toda seguridad procedente debido a los numerosos fundamentos de Derecho que sustentan las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia sobre el reforzamiento de la posición dominante de Tetra en los mercados del cartón y la creación de una posición dominante en los mercados de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad, considero que el recuso de casación interpuesto por la Comisión debe ser desestimado.

Costas

197. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, y habida cuenta de las conclusiones a las que he llegado en cuanto a la desestimación del recurso de casación, considero que la Comisión debe ser condenada en costas.

IV. Conclusión

198. A la luz de las precedentes consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.

- Condene en costas a la Comisión.