SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

15 febbraio 2005 *

Nel procedimento C-12/03 P,

avente ad oggetto un ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado, ex art. 49 dello Statuto CE della Corte di giustizia, proposto l'8 gennaio 2003,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. M. Petite, A. Whelan e P. Hellström, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

procedimento in cui l'altra parte è:

Tetra Laval BV, con sede in Amsterdam (Paesi Bassi), rappresentata dagli avv.ti A. Vandencasteele, D. Waelbroeck e M. Johnsson nonché dai sigg. A.Weitbrecht e S. Völcker, Rechtsanwälte,

ricorrente in primo grado,

* Lingua processuale: l'inglese.

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente della Prima Sezione, facente funzioni di presidente, dai sigg. C.W.A. Timmermans e A. Rosas (relatore), presidenti di sezione, dai sigg. C. Gulmann, J.-P. Puissochet e R. Schintgen, dalla sig.ra N. Colneric e dai sigg. S. von Bahr e J.N. Cuhna Rodrigues, giudici,

avvocato generale: sig. A. Tizzano
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 gennaio 2004,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 maggio 2004,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso di impugnazione la Commissione delle Comunità europee chiede l'annullamento della sentenza emessa dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee il 25 ottobre 2002 nella causa T-5/02, Tetra Laval/Commissione (Racc. pag. II-4381; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), mediante la quale quest'ultimo ha annullato la decisione della Commissione 30 ottobre 2001, 2004/124/CE, che dichiara un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune e l'accordo SEE (caso COMP/M. 2416 — Tetra Laval/Sidel) (GU 2004, L 43, pag. 13; in prosieguo: la «decisione controversa»).

Il regolamento (CEE) n. 4064/89

2 L'art. 2 del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1, e rettifica in GU 1990, L 257, pag. 13), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento»), dispone quanto segue:

«1. Le operazioni di concentrazione di cui al presente regolamento sono valutate in relazione alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

a) della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce segnatamente della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza reale o potenziale di imprese situate all'interno o esterno della Comunità;

b) della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza.

2. Le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune.

3. Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune.

(...)».

La decisione controversa

3 Dalla decisione controversa emerge che per i liquidi alimentari si utilizzano quattro tipi di imballaggi: gli imballaggi in cartone e in plastica (e il materiale di base è costituito dal polietilene tereftalato, in prosieguo: il «PET», e dal polietilene ad alta densità, in prosieguo: lo «HDPE»), la lattina e gli imballaggi in vetro. Vari fattori determinano il tipo di imballaggio utilizzato per un prodotto. A tale riguardo, sono elementi rilevanti le caratteristiche tecniche del prodotto, quelle del materiale di imballaggio e le specifiche connesse alla tecnica di imballaggio.

4 Più precisamente, i prodotti su cui si incentra la decisione controversa sono i cosiddetti prodotti «sensibili». Si tratta del latte e dei derivati liquidi del latte (in prosieguo: i «PLL»), dei succhi di frutta e dei nettari, delle bevande non gassate aromatizzate alla frutta (in prosieguo: le «BAF») e delle bevande a base di tè e di caffé. A seconda dei casi, tali prodotti devono essere protetti dalla luce, come il latte,

o dall'ossigeno, come i succhi di frutta e, in una minor misura, le BAF nonché le bevande a base di tè e di caffè. Poiché il PET costituisce una resina porosa a base di ossigeno che lascia filtrare la luce, è meno idonea del cartone per questi prodotti. Tuttavia, sono in corso ricerche tecnologiche per quanto riguarda i cosiddetti trattamenti «barriera», vale a dire quelli che consentono di garantire una protezione contro l'ossigeno e la luce.

5 Anche la tecnica di imballaggio rappresenta un elemento importante per la scelta di quest'ultimo. Alcuni prodotti acidi, come il latte e i succhi di frutta, devono essere infatti imballati in condizioni asettiche o, altrimenti, è necessario distribuirli surgelati. Orbene, dal fascicolo emerge che l'imballaggio di questo tipo di prodotti in un cartone consente di meglio preservare le condizioni asettiche dal momento che l'operazione di imballaggio viene effettuata in un'unica tappa da parte dell'impresa produttrice del liquido alimentare di cui trattasi. Tale impresa possiede di regola una linea di imballaggio integrata. Essa acquista il cartone in rulli e procede alla tranciatura, alla produzione, al riempimento e alla chiusura dell'imballaggio.

6 L'imballaggio di un prodotto liquido in PET, per contro, viene solitamente effettuato in varie fasi, la qual cosa rende più difficile rispettare le condizioni asettiche. Si deve anzitutto produrre una preforma, cioè un tubo di plastica ottenuto sulla base di resina, quindi creare la bottiglia vuota ponendo la preforma in una macchina denominata «Stretch Blow Moulding» («stiro-soffiatrice a iniezione»; in prosieguo: la «macchina SBM») contenente lo stampo adatto alla forma desiderata e infine, semplicemente, riempire e chiudere la bottiglia. Tali diverse tappe possono essere realizzate da imprese distinte. Esistono pertanto determinati «terzisti», la cui attività consiste nel fabbricare e fornire contenitori vuoti ai produttori di liquidi. Tuttavia, sono in via di sviluppo linee produttive integrate nonché tecniche di produzione atte a garantire con maggiore facilità l'imballaggio in condizioni asettiche.

7 Mediante la decisione controversa, la Commissione ha dichiarato incompatibile con il mercato comune e il funzionamento dell'accordo sullo Spazio economico europeo 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3) l'acquisizione da parte della Tetra Laval BV

della società Sidel SA (in prosieguo: la «concentrazione notificata»). La Tetra Laval BV (in prosieguo: la «Tetra») è una società finanziaria del gruppo Tetra, che include altresì la società Tetra Pak, impresa preminente a livello mondiale nell'ambito dell'imballaggio in cartone e ritenuta occupare una posizione dominante su tale mercato per quanto riguarda l'imballaggio asettico, mentre la Sidel SA (in prosieguo: la «Sidel») è un'impresa preminente nella produzione e nella fornitura di macchine SBM ed attiva nel settore della tecnica di trattamento «barriera». La decisione è stata adottata ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento.

8 Nella decisione controversa la Commissione è giunta alla conclusione secondo cui i mercati dei sistemi di imballaggio riguardanti il cartone e il PET costituiscono mercati distinti, ma strettamente connessi e potenzialmente convergenti, che presentano, segnatamente, una clientela comune in espansione. Essa ha parimenti osservato che esistono, in particolare, mercati distinti per le macchine SBM rispettivamente a bassa e ad alta capacità e che questi ultimi si suddividono, a loro volta, tra mercati per prodotti sensibili e mercati per prodotti non sensibili. Tale distinzione in funzione dell'utilizzazione finale si spiegherebbe sulla base delle differenze relative alle specifiche delle suddette macchine, dal momento che i fabbricanti di queste ultime possono esercitare una discriminazione dei prezzi in funzione della suddetta utilizzazione finale, che può essere determinata al momento dell'acquisto, e non è possibile evitare una siffatta discriminazione ricorrendo all'arbitraggio.

9 Secondo la Commissione, l'operazione di concentrazione notificata incentiverebbe la Tetra a servirsi, mediante l'esercizio di un «effetto leva», della sua posizione dominante sul mercato delle attrezzature e dei prodotti consumabili per imballaggi in cartone al fine di persuadere i suoi clienti su tale mercato, che passano al PET per l'imballaggio di alcuni prodotti sensibili, a optare per le macchine SBM della Sidel, escludendo in tal modo le imprese concorrenti che sono molto più piccole e trasformando la preminenza della Sidel sul mercato delle macchine SBM per prodotti sensibili in posizione dominante. La Tetra sarebbe agevolata in tale senso dalla sua stretta e coltivata collaborazione con i suoi clienti, dal suo potere finanziario, dal suo know-how così come dalla sua reputazione nel settore dell'asettico e dell'ultrapulito, grazie alla forza, alla tecnologia e alla reputazione di qualità che caratterizzano attualmente la Sidel e alla situazione di integrazione verticale di cui beneficerà l'entità risultante dalla concentrazione notificata (in prosieguo: la «nuova entità») per tre sistemi di riempimento (cartone, PET e HDPE).

10 La Commissione è giunta anche alla conclusione che, tenuto conto della debolezza della concorrenza sui mercati delle attrezzature e dei prodotti consumabili per imballaggi in cartone, la fusione della Tetra con il primo produttore sul mercato in espansione delle attrezzature PET, strettamente connesso a quello del cartone, abolirebbe una rilevante fonte di potenziale concorrenza. Questo rafforzerebbe la posizione dominante della Tetra sui mercati degli imballaggi in cartone e ridimensionerebbe l'incentivo su di essa esercitato ad adeguare i prezzi e a innovare al fine di fronteggiare la minaccia di cui il PET grava la sua posizione.

11 La Tetra ha assunto taluni impegni, tra i quali rientrano quelli di mantenere separate la Tetra e la Sidel per dieci anni, di non formulare offerte relative al contempo a prodotti in cartone e a macchine SBM fabbricate dalla Sidel e di osservare gli obblighi ad essa spettanti in forza della decisione della Commissione 24 luglio 1991, 92/163/CEE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 86 del Trattato CEE (IV/31.043 — Tetra Pak II) (GU 1992, L 72, pag. 1). La Commissione ha rilevato che siffatti impegni sono insufficienti al fine di risolvere i problemi strutturali di concorrenza che implica l'operazione di concentrazione notificata e ha rilevato che sarebbe quasi impossibile vigilare sulla loro osservanza. Mediante l'art. 1 della decisione controversa, essa ha pertanto dichiarato tale operazione incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo sullo Spazio economico europeo.

La sentenza impugnata

12 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 15 gennaio 2002, la Tetra ha proposto un ricorso di annullamento contro la decisione controversa. Nella sentenza impugnata il Tribunale ha dichiarato che la Commissione aveva commesso errori manifesti di valutazione nelle sue conclusioni relative all'effetto leva e al rafforzamento della posizione dominante della Tetra nel settore del cartone e, di conseguenza, ha annullato la suddetta decisione.

13 Per quanto riguarda le affermazioni della Commissione secondo le quali la concentrazione notificata eserciterebbe effetti di conglomerato anticoncorrenziali e, in particolare, fornirebbe alla nuova entità la capacità e lo stimolo a esercitare un effetto leva sfruttando la sua posizione globale nel settore del cartone al fine di conseguire una posizione dominante sul mercato delle macchine SBM, il Tribunale ha osservato che, secondo la stessa Commissione, tale posizione dominante non deriverebbe dalla concentrazione in sé, ma dal comportamento prevedibile della suddetta entità. Il Tribunale ha tuttavia rammentato che, qualora la Commissione ritenga che un'operazione di concentrazione debba essere vietata perché crea o rafforza, in un termine prevedibile, una posizione dominante, essa deve fornire elementi di prova solidi a sostegno di tale conclusione.

14 Il Tribunale ha peraltro rilevato che, al fine di valutare la prevedibilità del comportamento della nuova entità, la Commissione avrebbe dovuto esaminare tutte le circostanze in grado di determinare tale comportamento. Considerato che, per quanto riguarda un'impresa dominante come la Tetra, l'esercizio di un effetto leva presunto potrebbe costituire un abuso della preesistente posizione dominante, il Tribunale ha statuito che la Commissione avrebbe dovuto analizzare la probabilità di un'adozione di comportamenti anticoncorrenziali tenendo conto delle sollecitazioni ad adottare comportamenti di tale genere, ma parimenti degli elementi idonei a ridurre, o addirittura a eliminare tali sollecitazioni, come le possibilità di perseguire e di sanzionare siffatti comportamenti. Non avendo la Commissione effettuato una valutazione del genere, le sue constatazioni non potevano essere accolte. Pertanto, il Tribunale ha esaminato la questione sul se la Commissione potesse tuttavia provare la fondatezza della sua tesi nonostante la mancanza di tali constatazioni.

15 Il Tribunale ha constatato che in linea di principio la nuova entità avrebbe potuto esercitare un effetto leva. Peraltro, ha altresì dichiarato che la Commissione aveva sovrastimato la crescita probabile della branca del PET e che, per le menzionate ragioni, i metodi utilizzati per esercitare un effetto leva che il Tribunale doveva esaminare erano limitati a quelli che non contravvengono al diritto comunitario. Ha concluso che la Commissione nel complesso non aveva adempiuto il suo obbligo di dimostrare che l'eventuale esercizio di un effetto leva avrebbe comportato la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati di cui trattasi

per il 2005. Per quanto riguarda in particolare le macchine SBM, il Tribunale ha constatato che la decisione non contiene elementi di prova sufficienti per giustificare l'individuazione da parte della Commissione di mercati distinti delle macchine SBM per i prodotti sensibili e per quelli non sensibili.

16 Per quanto riguarda l'affermazione della Commissione secondo cui «l'attuale posizione dominante di [Tetra] nella branca dell'imballaggio in cartone» sarebbe rafforzata dall'eliminazione di una fonte di pressioni cui è sottoposta la concorrenza dei mercati vicini, a causa dell'eliminazione della concorrenza della Sidel sul mercato dell'imballaggio PET, il Tribunale ha rilevato che la Commissione avrebbe dovuto provare tale rafforzamento e che quest'ultimo non derivava automaticamente dall'esistenza di una posizione dominante. Ha dichiarato che la Commissione non aveva adempiuto il suo obbligo di fornire una siffatta prova.

L'impugnazione

17 La Commissione invoca cinque motivi a sostegno della sua impugnazione. Il primo motivo riguarda un errore di diritto in merito al livello probatorio richiesto dal Tribunale e all'intensità del sindacato giurisdizionale da quest'ultimo esercitato. Il secondo motivo riguarda una violazione degli artt. 2 e 8 del regolamento in quanto il Tribunale avrebbe imposto alla Commissione, da una parte, di tener conto dell'incidenza del carattere illegale di determinati comportamenti sulle sollecitazioni ad avvalersi di un effetto di leva che sarebbero esercitate sulla nuova entità e, d'altra parte, di valutare, in quanto eventuale misura correttiva, gli impegni a non adottare comportamenti abusivi. Il terzo motivo è relativo a un errore di diritto commesso dal Tribunale a causa dell'utilizzazione di un erroneo criterio di sindacato giurisdizionale e della violazione dell'art. 2 di detto regolamento, dal momento che non ha confermato l'individuazione di mercati distinti delle macchine SBM in funzione della loro utilizzazione finale. Il quarto motivo è relativo a una violazione del suddetto art. 2, a una distorsione dei fatti e ad una mancata considerazione di

argomenti della Commissione in quanto il Tribunale non ha confermato la conclusione di quest'ultima secondo cui la Tetra rafforzerebbe la sua posizione dominante nel settore del cartone. Il quinto motivo riguarda una violazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento poiché il Tribunale ha respinto le conclusioni della Commissione relative alla creazione di una posizione dominante sul mercato delle macchine SBM.

18 Nella sua comparsa di risposta la Tetra ha chiesto, mediante misura istruttoria, la produzione della versione in lingua francese di detto ricorso di impugnazione. La Corte ha respinto tale domanda con ordinanza 24 luglio 2003.

Sul primo motivo

19 Con il suo primo motivo, la Commissione rimprovera al Tribunale il fatto che esso, pur affermando di applicare il criterio del manifesto errore di valutazione, ha in realtà attuato un diverso criterio consistito nell'esigere la produzione di «prove solide» («convincing evidence»). In tal modo il Tribunale avrebbe violato l'art. 230 CE in ragione del mancato rispetto del potere discrezionale di cui beneficia la Commissione relativamente alle complesse questioni di fatto e di ordine economico. Avrebbe parimenti violato l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento, applicando una presunzione di legalità con riguardo alle concentrazioni con effetto di conglomerato. Rifacendosi all'esempio del controllo della previsione, da parte della Commissione, di una significativa crescita dell'impiego degli imballaggi PET per i prodotti sensibili, la Commissione sostiene che il Tribunale ha distorto i fatti, non ha adeguatamente motivato la confutazione dei suoi argomenti e che ha omesso di tener conto di considerazioni, argomenti ed elementi di prova dalla stessa invocati nella decisione controversa nonché nel suo controricorso e che si sarebbe anche astenuto dal riferirsi a questi ultimi.

20 Al punto 119 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rammentato come segue i criteri di sindacato giurisdizionale di una decisione della Commissione in materia di concentrazione:

«Si deve anzitutto rilevare che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico. Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle regole in materia di concentrazioni, dev'essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle regole di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni (sentenza della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, detta "Kali & Salz", Racc. pag. I-1375, punti 223 e 224; sentenze del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punti 164 e 165, e 6 giugno 2002, causa T-342/99, Airtours/Commissione, Racc. pag. II-2585, punto 64)».

21 Al punto 120 della sentenza impugnata, il Tribunale ha interpretato come segue l'art. 2, n. 3, del regolamento:

«Va parimenti rilevato che, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso. Viceversa, la Commissione è tenuta a dichiarare compatibile con il mercato comune qualsiasi operazione di concentrazione notificata che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento ogniqualvolta non ricorrano i due presupposti elencati dalla detta disposizione (sentenza del Tribunale 19 maggio 1994, causa T-2/93, Air France/Commissione, Racc. pag. II-323, punto 79; in tal senso, v. parimenti sentenze Gencor/Commissione, cit., punto 170, e Airtours/Commissione, cit., punti 58 e 82). In mancanza di creazione o di rafforzamento di una posizione dominante, l'operazione dev'essere quindi autorizzata senza che sia necessario esaminare gli effetti dell'operazione sulla concorrenza effettiva (sentenza Air France/Commissione, cit., punto 79)».

22 Il primo motivo invocato dalla Commissione riguarda numerosi punti della sentenza impugnata. Risulta tuttavia conferente riprodurre gli estratti di quest'ultima relativi alla natura di conglomerato della concentrazione notificata, definita al punto 142 della suddetta sentenza come «effettuata tra imprese che non hanno, essenzialmente, relazioni concorrenziali preesistenti o in quanto concorrenti dirette o in quanto fornitori e clienti», concentrazione che non comporta vere e proprie sovrapposizioni orizzontali fra le attività dei soggetti partecipanti alla stessa né relazioni verticali in senso stretto fra tali partecipanti e relativamente alla quale, di conseguenza, non si può presumere in via generale una produzione di effetti anticoncorrenziali.

23 Al punto 146 della sentenza impugnata, il Tribunale ha interpretato come segue il regolamento per quanto riguarda la sua applicazione ai conglomerati:

«Occorre, innanzi tutto, osservare che il regolamento, in particolare all'art. 2, nn. 2 e 3, non effettua alcuna distinzione fra operazioni di concentrazione con effetti orizzontali e verticali, da un lato, e quelle con un effetto di conglomerato, dall'altro. Ne consegue che, senza distinzione fra tali tipi di operazione, una concentrazione può essere vietata solo qualora ricorrano i due presupposti previsti dall'art. 2, n. 3 (v. supra, punto 120). Pertanto, una concentrazione avente effetto di conglomerato deve, come qualsiasi altra concentrazione (v. supra, punto 120), essere autorizzata dalla Commissione se non è dimostrato che essa crea o rafforza una posizione dominante nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso e che ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva».

24 Per quanto riguarda gli effetti sulla concorrenza di un'operazione di concentrazione con effetto di conglomerato e dell'analisi della Commissione a tale riguardo, il Tribunale ha dichiarato quanto segue:

«148 Occorre esaminare, innanzi tutto, se un'operazione di concentrazione che crea una struttura concorrenziale che non conduca nell'immediato a una

posizione dominante dell'entità risultante dall'operazione possa essere vietata sulla base dell'art. 2, n. 3, del regolamento, qualora, con tutta probabilità, essa consenta a tale entità, mediante la pratica da parte dell'acquirente dell'effetto leva a partire dal mercato sul quale è già dominante, di acquisire, in un futuro relativamente prossimo, una posizione dominante su un altro mercato sul quale la parte acquisita detiene attualmente una posizione preminente, e qualora l'acquisizione in parola abbia effetti anticoncorrenziali significativi sui mercati interessati.

(...)

150 Il Tribunale rileva che, a priori, una concentrazione tra imprese attive su mercati distinti normalmente non è tale da comportare, una volta realizzata, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante per effetto di un cumulo delle quote di mercati detenute dai partecipanti alla fusione. Infatti, gli elementi significativi delle posizioni relative dei concorrenti su un dato mercato di solito insistono sul medesimo mercato, ovvero trattandosi segnatamente delle quote di mercato detenute dai concorrenti e delle condizioni di concorrenza sul detto mercato. Ciò non significa tuttavia che le condizioni di concorrenza su un mercato non possano mai essere influenzate da fattori ad esso esterni.

151 Così, a titolo esemplificativo, in presenza di circostanze in cui i mercati in parola sono vicini e in cui uno dei partecipanti a un'operazione di concentrazione occupa già una posizione dominante su uno dei due, può accadere che i mezzi e le capacità riuniti per tale operazione creino immediatamente delle condizioni che consentono alla nuova entità, sfruttando un effetto leva, d'impadronirsi, in un futuro relativamente vicino, di una posizione dominante sull'altro mercato. In particolare, ciò si potrebbe verificare laddove i mercati interessati tendano a convergere e qualora, in aggiunta a una posizione dominante occupata da uno dei partecipanti all'operazione, l'altro, o uno degli altri partecipanti all'operazione, occupi una posizione preminente sul secondo mercato.

152 Qualsiasi altra interpretazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento rischierebbe di privare la Commissione della possibilità di esercitare un controllo sulle operazioni di concentrazione che hanno unicamente o principalmente un effetto di conglomerato.

153 Di conseguenza, nell'ambito di un'analisi di previsione degli effetti di un'operazione di concentrazione di tipo conglomerato, qualora la Commissione sia in grado di concludere, in ragione degli effetti di conglomerato da essa constatati, che una posizione dominante sia, con tutta probabilità, creata o rafforzata in un futuro relativamente vicino ostacolando in modo significativo la concorrenza effettiva sul mercato interessato, essa ha il dovere di vietarla (v., in tal senso, sentenze Kali & Salz, cit., punto 221; Gencor/Commissione, cit., punto 162, e Airtours/Commissione, cit., punto 63).

(...)

154 In tale contesto si deve altresì distinguere tra, da un lato, una situazione in cui una concentrazione avente effetto di conglomerato modifica immediatamente le condizioni di concorrenza sul secondo mercato e comporta la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul medesimo per effetto della posizione dominante già occupata sul primo mercato e, dall'altro lato, una situazione in cui la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul secondo mercato non sia conseguenza immediata della concentrazione ma si produrrà, in tale ipotesi, solamente dopo qualche tempo e sarà il prodotto dei comportamenti adottati dalla nuova entità sul primo mercato, in cui essa occupa già una posizione dominante. In quest'ultimo caso, non sarà la struttura risultante dall'operazione di concentrazione stessa a creare o rafforzare una posizione dominante, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, ma i comportamenti futuri in parola.

155 L'analisi della Commissione in merito a una concentrazione dagli effetti di conglomerato è condizionata da esigenze analoghe a quelle definite dalla

giurisprudenza in materia di creazione di una situazione di posizione dominante collettiva (sentenze Kali & Salz, cit., punto 222, e Airtours/Commissione, cit., punto 63). Così, l'analisi della Commissione in merito a un'operazione di concentrazione di cui si prevede l'effetto di conglomerato anticoncorrenziale richiede un esame particolarmente attento delle circostanze che si rivelano pertinenti per valutare tale effetto sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante. Come già confermato dal Tribunale, qualora la Commissione ritenga che un'operazione del genere debba essere vietata perché crea o rafforza, in un termine prevedibile, una posizione dominante, essa deve fornire elementi di prova solidi a sostegno di tale conclusione (sentenza Airtours/Commissione, cit., punto 63). Poiché gli effetti di una concentrazione di tipo conglomerato spesso sono stati considerati neutri, o addirittura benefici, riguardo alla concorrenza sui mercati colpiti, come riconosciuto, nella specie, dalla dottrina economica citata nelle analisi allegate alle memorie delle parti, la dimostrazione di effetti di conglomerato anticoncorrenziali di una concentrazione del genere necessita un esame puntuale, corroborato da solidi elementi di prova, delle circostanze che si asserisce producano i detti effetti (v., per analogia, sentenza Airtours/Commissione, cit., punto 63)».

Argomenti delle parti

25 La Commissione sostiene che, sia in ragione della natura del sindacato giurisdizionale esercitato dal Tribunale sia del livello di prova richiesto da quest'ultimo, esso si è discostato dai principi stabiliti dalla Corte nella sua sentenza Kali & Salz, cit. Essa osserva a tale proposito che i punti pertinenti della suddetta sentenza sono i seguenti:

«220 Così come precedentemente indicato, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva è

ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune.

221 Nei confronti di una prospettata posizione dominante collettiva, la Commissione è dunque tenuta a valutare se, in prospettiva, l'operazione di concentrazione sottoposta al suo vaglio dia origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori.

222 Tale impostazione richiede un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante.

223 A tal riguardo si deve però rilevare che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico.

224 Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni».

26 La Commissione deduce dai principi enunciati nella citata sentenza Kali & Salz e dal sindacato esercitato dalla Corte in seno alla causa all'origine di tale sentenza che essa è tenuta ad esaminare attentamente il mercato in questione, a basare la sua valutazione su elementi di prova che riflettano la realtà dei fatti, che non siano chiaramente insignificanti e supportino le conclusioni che ne sono tratte, e deve inoltre giungere a conclusioni fondate su un ragionamento coerente.

27 Essa ritiene a tale proposito, anzitutto, che l'esigenza di «prove solide» («convincing evidence») differisca materialmente, dal punto di vista del grado e della natura, sia dall'obbligo di fornire elementi «significativi e concordanti», secondo quanto risulta dalla menzionata sentenza Kali & Salz, sia dal principio in base al quale la valutazione della Commissione deve essere ammessa se non si dimostra che essa è manifestamente erronea. Il grado di prova differirebbe in quanto, contrariamente all'obbligo di solidi elementi di prova («convincing evidence»), quello di elementi significativi e concordanti non esclude la possibilità che un altro organismo giunga a una diversa conclusione qualora disponga della competenza per statuire sulla questione. La natura delle prove richieste sarebbe altresì differente in quanto trasformerebbe i giudici comunitari in un altro organo competente a statuire sulla causa in tutta la sua complessità, che sarebbe autorizzato a sostituire i suoi punti di vista a quelli della Commissione. Il Tribunale si contraddirebbe dal momento che invoca il criterio del manifesto errore di valutazione pur utilizzando un criterio diverso da quest'ultimo.

28 La Commissione sostiene, poi, che un margine di valutazione è insito in ogni analisi prospettica. Occorrerebbe infatti determinare la probabilità di alcune evoluzioni del mercato in un lasso di tempo prevedibile, sulla base dell'attuale situazione del mercato, delle tendenze rilevabili nonché di altri adeguati indici. Esigere che la valutazione della Commissione sia fondata, infatti, su prove incontestate o quasi univoche, a prescindere dal valore di queste ultime, priverebbe la Commissione della sua funzione consistente nel valutare gli elementi di prova e nell'attribuire, per motivi giustificabili, maggiore rilevanza a talune fonti rispetto ad altre.

29 La Commissione osserva, infine, che il criterio relativo alla prova accolto dal Tribunale comporterebbe che essa sia tenuta ad autorizzare l'operazione nei casi in cui gli elementi di prova non dovessero raggiungere il livello richiesto, la qual cosa equivarrebbe, di fatto, a una generale presunzione di legalità di alcune operazioni di concentrazione o, quanto meno, a instaurare un pregiudizio favorevole a queste ultime. Orbene, sostiene la Commissione, l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento le impone un duplice obbligo avente ad oggetto sia di vietare l'operazione di concentrazione qualora essa crei o rafforzi una posizione dominante, o, in modo simmetrico ma opposto, di autorizzarla se non crea o non rafforza una siffatta posizione. Tale obbligo tradurrebbe la volontà del legislatore comunitario di proteggere in pari misura, da un lato, gli interessi privati delle parti alla concentrazione e, dall'altro, l'interesse pubblico che il mantenimento di una concorrenza effettiva e la tutela dei consumatori rappresentano. Questo duplice obbligo simmetrico imporrebbe di far ricorso a un criterio simmetrico per quanto riguarda il livello di prova richiesto dalla Commissione, poiché quest'ultima dovrebbe dimostrare la fondatezza della sua analisi sia un caso sia nell'altro.

30 Al fine di illustrare il sindacato giurisdizionale esercitato dal Tribunale nella sentenza impugnata, la Commissione invoca segnatamente la valutazione della crescita relativa all'utilizzazione degli imballaggi PET per i prodotti sensibili. In merito a tale aspetto, il Tribunale ha stabilito quanto segue:

«210 All'udienza la Commissione ha precisato che il proprio ragionamento non si basa sull'esatta precisione delle sue previsioni, per quanto sia riconosciuto che ci sarà una significativa crescita futura. Essa ha del pari ammesso che, considerate le rimanenti incertezze circa l'applicabilità commerciale delle tecniche di trattamento barriera necessarie, essa non può insistere su una crescita significativa del PET per il mercato del latte [non aromatizzato] UHT e che la stessa moderata crescita prevista nella decisione impugnata potrebbe rivelarsi esagerata. Tuttavia, essa ha messo in evidenza il carattere del tutto plausibile delle sue previsioni circa una notevole crescita probabile nell'impiego di tale materiale entro il 2005 per i segmenti del latte fresco, dei succhi, delle BAF e, in particolare, per quelli delle bevande al tè e al caffè.

211 Il Tribunale constata di non poter accogliere l'affermazione secondo la quale l'impiego del PET registrerà una crescita effettiva per il latte UHT e, di conseguenza, per circa la metà del mercato dei DLL.

212 Per quanto riguarda il resto del mercato dei DLL, si deve constatare che la relazione PCI [intitolata "Il potenziale del PET per l'imballaggio dei derivati liquidi del latte — 2001" ("The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001"),], l'unico studio indipendente che si concentra sul mercato dei DLL, prevede una crescita a seguito della quale l'impiego del PET raggiungerà il 9,2 % del mercato per il latte fresco non aromatizzato nel 2005 (PCI, pag, 64). A ciò si aggiunga il fatto che, per quanto concerne l'imballaggio asettico, la relazione Warrick [, intitolata "Relazione della Warrick sui mercati dell'imballaggio — Mercati dell'imballaggio asettico nel mondo e nell'Europa occidentale — 2000" ("Warrick Research Report Packaging Markets — Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000"),] calcola che ci sarà solo una crescita minima per il latte aromatizzato, ovvero pari all'1 %, e una lieve flessione per le altre bevande a base di latte, mentre la relazione Pictet [, intitolata "Relazione d'analisi Pictet — Le macchine da imballaggio in Europa, il passaggio al PET — settembre 2000" ("Analysts Report Pictet — European Packaging Machinery, Move into PET"),] non effettua previsioni specifiche relative ai DLL. In base a tali elementi, è giocoforza concludere che la Commissione non ha dimostrato, quando l'ha fatto valere nel controricorso, che le sue previsioni relative ai DLL si fondano su un'analisi prudente degli studi indipendenti o su un insieme solido e coerente di prove da essa ottenute mediante la sua indagine sul mercato. Le stime di crescita da essa effettuate (supra, punto 209) non sono, infatti, molto convincenti. Per contro, la relazione PCI è l'unico elemento che possa eventualmente corroborare la previsione di una quota di mercato per il PET pari al 25 % per le altre bevande a base di latte (cioè il latte aromatizzato, le bevande al latte e allo yogurt) entro il 2005 (PCI, pagg. 63 e 64). Se tale crescita si avverasse, tuttavia, il volume interessato aumenterebbe solo di 62 000 tonnellate nel 2000, raggiungendo 92 800 tonnellate nel 2005, un aumento non significativo rispetto ai 120 milioni di tonnellate, circa, di latte prodotto nella Comunità ogni anno (PCI, pag. 9). In via più generale, la decisione [controversa] non spiega adeguatamente in che modo il PET potrebbe oltrepassare, entro il 2005, lo HDPE come principale materiale concorrente per il cartone, soprattutto nell'importante settore

dell'imballaggio di latte fresco. A tale proposito occorre osservare che la Commissione non contesta né la cifra globale relativa all'uso dello HDPE pari al 17,3 % per i DLL, fornita dal[l'istituto di ricerca] Canadean relativamente al 2000 (v. tabella 3, punto 66 della decisione [controversa]) né la previsione secondo la quale tale cifra potrebbe raggiungere il 19,5 % entro il 2005 (v. tabella 5, punto 105 della decisione [controversa]).

213 Per quanto riguarda i succhi, la previsione della Commissione è ancor meno convincente. Dal momento che essa stessa ha ammesso che la crescita di cui trattasi riguarderebbe principalmente il passaggio dal vetro al PET, la detta istituzione non effettua alcuna analisi del mercato del vetro. Poiché manca un'analisi di tale tipo, il Tribunale non è in grado di confermare le previsioni della Commissione per quanto riguarda i succhi. Una siffatta analisi sarebbe stata indispensabile per consentire al Tribunale di verificare il grado di probabilità del passaggio dal vetro, in particolare, al cartone, al PET e allo HDPE. Tale analisi risultava ancor più indispensabile viste le differenze, riguardo al livello di crescita e ai periodi di analisi considerati, fra le previsioni pertinenti effettuate negli studi Canadean e Warrick, da un lato, e quelle dello studio Pictet, dall'altro.

214 Ne consegue che le previsioni di crescita annunciate dalla Commissione nella decisione [controversa] per quanto concerne i DLL e i succhi non sono state pienamente provate. Di sicuro, una certa crescita in tali segmenti è probabile, soprattutto per i prodotti di qualità, ma mancano prove convincenti dell'importanza di tale crescita.

215 Per contro, emerge dagli studi indipendenti che entro il 2005 si verificherà, molto probabilmente, un aumento di non poco conto dell'impiego del PET nel confezionamento delle BAF e delle bevande al tè o al caffè, comprese le bevande isotoniche. Poiché il livello di crescita previsto nella decisione [controversa] non è stato seriamente contestato all'udienza da parte della ricorrente e non è stato altrettanto sopravvalutato rispetto a quello annunciato nei detti studi, si deve concludere che la Commissione non ha commesso errori in merito».

31 La Commissione imputa al Tribunale, in sostanza, di non aver provato che le stime di quest'ultima riguardanti la crescita dell'impiego del PET si fondassero, in primo luogo, su errori di fatto, in secondo luogo, su accertamenti di fatto non provati o conclusioni fondate su elementi manifestamente insignificanti, in terzo luogo, su incoerenze o errori di ragionamento o ancora, in quarto luogo, sull'omissione di considerazioni pertinenti. Il Tribunale avrebbe respinto, senza motivare tale scelta, la valutazione degli elementi di prova effettuata dalla Commissione, avrebbe distorto elementi di fatto, ad esempio, constatando, al punto 213 della sentenza impugnata, che la Commissione non avrebbe effettuato un'analisi del mercato del vetro e avrebbe imposto le sue valutazioni, di senso contrario rispetto a quelle della Commissione e manifestamente erronee, ad esempio dichiarando, al punto 289 della suddetta sentenza, che «il latte fresco (...) non è un prodotto per il quale i vantaggi commerciali di cui gode il PET siano particolarmente notevoli» o ancora considerando, ai punti 288 e 328 della stessa, che il costo del PET è superiore a quello del cartone.

32 La Tetra sostiene che il primo motivo invocato dalla Commissione costituisce solo un dibattito semantico relativo ai termini utilizzati nella sentenza impugnata e non all'esame del merito effettuato dal Tribunale. L'argomento della Commissione sarebbe vano, in quanto non esisterebbe una terminologia coerente per quanto riguarda il grado di prova richiesto.

33 La Tetra rileva parimenti che la terminologia utilizzata dalla Corte nella menzionata sentenza Kali & Salz, alla quale la Commissione si riferisce per quanto attiene al regime della prova, non ha impedito alla Corte, nella causa all'origine della suddetta sentenza, di esaminare approfonditamente sia gli elementi di fatto invocati dalla Commissione a sostegno dei suoi argomenti sia le conclusioni che quest'ultima ne aveva tratto nella decisione in parola.

34 Secondo la Tetra, il Tribunale ha rispettato il margine di discrezionalità della Commissione e non ha varcato i limiti del suo sindacato giurisdizionale quando ha respinto la motivazione della decisione controversa, ma ha semplicemente constatato che la Commissione non aveva provato l'esistenza di un effetto leva.

35 La Tetra sostiene che la Commissione interpreta erroneamente il punto 153 della sentenza impugnata quando essa ne deduce che quest'ultimo imporrebbe un livello di prova asimmetrico e una presunzione di legalità, in linea di fatto, delle operazioni di concentrazione. Il Tribunale si sarebbe limitato ad illustrare in quel punto le modalità di esercizio dell'obbligo di fornire la prova in merito agli effetti di tali operazioni.

36 Per quanto riguarda l'esempio invocato dalla Commissione relativamente all'analisi, da parte del Tribunale, della crescita dell'impiego del PET per l'imballaggio dei prodotti sensibili, la Tetra procede a un'analisi comparata del ricorso di impugnazione e della sentenza impugnata volta a dimostrare che la Commissione effettua una erronea o fuorviante lettura di tale sentenza, tra l'altro estrapolando alcune citazioni al di fuori del loro contesto.

Giudizio della Corte sul primo motivo

37 Con il suo primo motivo la Commissione contesta la sentenza impugnata in quanto il Tribunale le avrebbe richiesto, all'atto dell'adozione di una decisione che dichiara incompatibile con il mercato comune un'operazione di concentrazione, un livello probatorio e una qualità degli elementi di prova presentati a sostegno della sua argomentazione incompatibili con l'ampio potere di cui essa dispone quando effettua valutazioni di ordine economico. La stessa imputa quindi al Tribunale di aver violato l'art. 230 CE eccedendo il livello di controllo che gli viene riconosciuto dalla giurisprudenza e, di conseguenza, di aver indebitamente applicato nella fattispecie l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento creando una presunzione di legalità di alcune operazioni di concentrazione.

38 A tale proposito, si deve constatare che, al punto 119 della sentenza impugnata, il Tribunale ha giustamente rammentato i criteri del sindacato giurisdizionale di una decisione della Commissione in materia di concentrazione formulati nella citata sentenza Kali & Salz. Ai punti 223 e 224 di quest'ultima sentenza, la Corte ha

osservato che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico, e che, di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle regole in materia di concentrazioni, dev'essere effettuato tenendo conto del potere discrezionale che è implicito nelle regole di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni.

39 Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono. Tale controllo è ancor più necessario in quanto si tratta di un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione atto a produrre un effetto di conglomerato.

40 Pertanto, il Tribunale, richiamandosi in particolare alla citata sentenza Kali & Salz, ha correttamente osservato, al punto 155 della sentenza impugnata, che l'analisi della Commissione in merito a una concentrazione dagli effetti di conglomerato è condizionata da esigenze analoghe a quelle definite dalla giurisprudenza in materia di creazione di una situazione di posizione dominante collettiva e che essa richiede un attento esame delle circostanze che si rivelano pertinenti per valutare tale effetto sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante.

41 Se è vero che il Tribunale ha precisato, allo stesso punto 155, che la dimostrazione di effetti di conglomerato anticoncorrenziali di una concentrazione del genere necessita un esame puntuale, corroborato da prove solide («convincing evidence»), delle circostanze che si asserisce producano i detti effetti, non ha in alcun modo

aggiunto un requisito relativo al grado di prova richiesto, ma si è semplicemente limitato a rammentare la funzione essenziale della prova, che è di persuadere in merito alla fondatezza di una tesi o, come nella fattispecie, di una decisione in tema di concentrazione.

42 Un'analisi prospettica, come quelle indispensabili in materia di controllo delle concentrazioni, deve essere effettuata con notevole attenzione dal momento che non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista.

43 Quindi, l'analisi prospettica consiste nel verificare in che termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un determinato mercato onde accertare se ne conseguirebbe un significativo ostacolo a un'effettiva concorrenza. Tale analisi impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili.

44 L'analisi di un'operazione di concentrazione di tipo «conglomerato» costituisce un'analisi prospettica in cui la considerazione di un lungo lasso di tempo nel futuro, da un lato, e l'effetto leva necessario perché si possa ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, dall'altro, implicano che le concatenazioni causa-effetto siano a malapena distinguibili, incerte e di difficile prova. Premesso quanto sopra, è particolarmente rilevante la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiara l'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune, dal momento che tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali, in caso di omessa adozione di una siffatta decisione, sarebbe plausibile il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione.

45 Da questi vari elementi risulta che il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto rammentando i criteri del sindacato giurisdizionale che esercita, o precisando la qualità degli elementi di prova che devono essere presentati dalla Commissione quando quest'ultima deve provare che ricorrono i presupposti di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento.

46 Per quanto riguarda il concreto sindacato giurisdizionale cui ha proceduto il Tribunale nella presente causa, dall'esempio addotto dalla Commissione, relativo alla crescita dell'impiego degli imballaggi PET per i prodotti sensibili, non emerge che il Tribunale abbia ecceduto i limiti tipici del controllo di una decisione amministrativa da parte del giudice comunitario. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il punto 211 della sentenza impugnata rappresenta solo una riformulazione più concisa, nella forma di una constatazione del Tribunale, dell'ammissione della Commissione in sede di udienza, sintetizzata al punto 210 della stessa sentenza, in merito al carattere esagerato della sua previsione, esplicitata nella decisione controversa, in merito all'incremento dell'impiego del PET per l'imballaggio del latte UHT. Al punto 212 della suddetta sentenza, il Tribunale ha giustificato il motivo per il quale ha ritenuto che gli elementi di prova addotti dalla Commissione fossero infondati osservando che solo la relazione PCI, fra le tre relazioni indipendenti menzionate dalla Commissione, contiene un dato relativo all'impiego del PET per l'imballaggio del latte. Il suddetto giudice ha proseguito, sempre al punto 212, dimostrando il carattere poco convincente delle prove fornite dalla Commissione ed evidenziando il carattere scarsamente significativo della crescita prevista in tale relazione PCI nonché la mancata corrispondenza tra la previsione della Commissione in merito all'impiego del PET e i dati incontestati delle altre relazioni per quanto riguarda l'utilizzo dello HDPE. Per quanto riguarda il punto 213 della sentenza impugnata, il Tribunale si limita a rilevare il carattere incompleto dell'analisi della Commissione, che rende impossibile una conferma delle previsioni di quest'ultima con riferimento alle differenze osservate tra le suddette previsioni e quelle delle altre relazioni.

47 Tra gli altri esempi che essa invoca, la Commissione contesta l'asserzione del Tribunale, di cui al punto 289 della sentenza impugnata, secondo cui «il latte fresco (...) non è un prodotto per il quale i vantaggi commerciali di cui gode il PET siano particolarmente notevoli», e le conclusioni del Tribunale relative al costo del PET rispetto a quello del cartone, espresse ai punti 288 e 328 della sentenza impugnata. A tale proposito occorre osservare che si tratta di valutazioni di fatto, non soggette al

controllo della Corte nel contesto di un'impugnazione. Pertanto, senza che la Corte debba pronunciarsi sulla fondatezza della conclusione del Tribunale a tale riguardo, è sufficiente constatare che quest'ultimo ha potuto fondare il suo convincimento su vari elementi della decisione controversa.

48 Da tali esempi emerge che il Tribunale ha effettuato il controllo che gli incombeva, indicato al punto 39 della presente sentenza. Ha esplicitato e motivato le ragioni per le quali le conclusioni della Commissione gli sono parse viziate da inesattezza in quanto fondate su elementi insufficienti, incompleti, poco significativi e discordanti.

49 In tal modo, il Tribunale ha rispettato i criteri del sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice comunitario e ha quindi rispettato l'art. 230 CE.

50 Di conseguenza, dalle analisi di cui sopra non emerge che il Tribunale abbia contravvenuto all'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento.

51 Da tutte le suddette considerazioni risulta che il primo motivo è infondato.

Sul secondo motivo

52 Con il suo secondo motivo, la Commissione addebita al Tribunale di aver violato gli artt. 2 e 8 del regolamento in quanto le ha imposto di tener conto dell'incidenza del

carattere illegale di determinati comportamenti sugli incentivi esercitati sulla nuova entità a far uso di un effetto leva, e altresì di valutare, quale eventuale misura correttiva, l'impegno a non adottare comportamenti abusivi.

53 Gli elementi contestati della sentenza impugnata risultano nella parte di quest'ultima consacrata all'esame del motivo relativo alla mancanza di effetto di conglomerato prevedibile, nella quale il Tribunale analizza più specificamente la probabilità di un effetto leva. Secondo l'argomento della Commissione, la nuova entità sarebbe stata in grado di trarre profitto dalla sua situazione di posizione dominante nel mercato del cartone asettico e sarebbe stata incoraggiata a farlo per trasformare in una posizione dominante, mediante un effetto leva, la posizione preminente che la stessa deterrebbe sui mercati di attrezzatura PET, segnatamente quello delle macchine SBM a bassa e alta capacità impiegate per prodotti sensibili.

54 Le modalità di esercizio dell'effetto leva vengono descritte come segue al punto 364 di cui alla motivazione della decisione controversa (ripreso al punto 49 della sentenza impugnata):

«Sfruttando in svariati modi [tale posizione], la Tetra/Sidel avrebbe la possibilità di legare le vendite di attrezzature e di prodotti consumabili per l'imballaggio in cartone alle vendite di attrezzature per l'imballaggio in PET ed eventualmente anche di preforme (in particolare le preforme trattate con la tecnologia "barriera"). La Tetra/Sidel potrebbe anche ricorrere a pressioni o a misure d'incentivazione (come i prezzi d'estromissione o la guerra dei prezzi e gli sconti fedeltà) affinché i suoi clienti del cartone acquistino attrezzature per l'imballaggio in PET e, eventualmente, preforme dalla Tetra/Sidel e non da altre aziende concorrenti o dai terzisti».

55 Al fine di replicare alle contestazioni della Commissione, la Tetra ha proposto l'assunzione di vari impegni. La Commissione ha tuttavia ritenuto che questi ultimi non potessero essere considerati idonei a rimuovere effettivamente i problemi di

concorrenza da essa individuati. Per quanto riguarda gli impegni di natura comportamentale, la motivazione della decisione controversa, che figura ai punti 429-432 di quest'ultima, con il titolo «Separazione di Sidel da Tetra e impegni ai sensi dell'articolo 82», è la seguente:

«429 L'impegno di ordine comportamentale, ovvero la separazione di Sidel da Tetra Pak, unitamente alla conferma degli impegni preesistenti ai sensi dell'articolo 82 sono presentati con particolare riguardo alle preoccupazioni sulla possibilità che l'entità risultante dalla fusione possa sfruttare la propria posizione dominante nel settore dell'imballaggio in cartone per conseguire una posizione dominante negli impianti di imballaggio nel PET. Tale impegno, e gli impegni preesistenti ai sensi dell'articolo 82, sono tuttavia di ordine puramente comportamentale. Come tali, essi non sono idonei a ripristinare condizioni di effettiva concorrenza su base permanente (...), poiché non trattano la variazione permanente della struttura del mercato creata dall'operazione notificata che causa tali preoccupazioni.

430 La "separazione" di Sidel dalle società Tetra Pak non modifica il fatto che, come espressamente riconosciuto nell'impegno stesso, il consiglio di amministrazione Sidel sarà "ritenuto direttamente responsabile dal consiglio di amministrazione del gruppo Tetra Laval". Non è possibile aspettarsi che tale separazione impedisca a Sidel di implementare la strategia commerciale del gruppo Tetra Laval. Inoltre, lo stato giuridico di Sidel potrebbe essere modificato, ovvero Sidel potrebbe essere trasformata in una società privata come Tetra Laval, il che renderebbe il monitoraggio delle misure di esclusione virtualmente impossibile.

431 L'impegno di non proporre "offerte cumulative" nonché la conferma degli impegni preesistenti ai sensi dell'articolo 82 costituiscono pure promesse di non agire in un determinato [modo], precisamente di non agire in contravvenzione del diritto comunitario. Tali promesse di ordine comportamentale sono in contrasto con la politica sulle misure correttive indicata

dalla Commissione e con le finalità dello stesso regolamento sulle concentrazioni (...) e sono estremamente difficili se non impossibili da monitorare.

432 Nel complesso, oltre a presentare difficoltà di implementazione e monitoraggio, tali impegni non possono essere considerati in grado di rimuovere efficacemente i problemi di concorrenza identificati».

56 Con il suo argomento, la Commissione contesta i punti 156-162 della sentenza impugnata, immediatamente successivi ai punti 148-155 di quest'ultima, parimenti da essa censurati ed esaminati dalla Corte nel contesto del primo motivo. Nei suddetti punti, il Tribunale si è pronunciato nel seguente modo:

«156 Nel caso di specie, l'effetto leva esercitato a partire dai mercati del cartone asettico, descritto nella decisione [controversa], si tradurrebbe, al di là della possibilità per la nuova entità di ricorrere a varie pratiche che associano le vendite di attrezzature e di prodotti consumabili per l'imballaggio in cartone a quelle delle attrezzature per l'imballaggio in PET, ivi compreso il ricorso alle vendite forzate (punti 345 e 365 della decisione [controversa]), in primo luogo, nella probabile fissazione da parte di tale entità di prezzi di estromissione («predatory pricing», punto 364 della decisione [controversa], cit. supra, punto 49), in secondo luogo, nel ricorso a una guerra dei prezzi e, in terzo luogo, nella concessione di sconti fedeltà. Il ricorso all'uso di tali pratiche consentirebbe alla nuova entità di assicurarsi che i propri clienti dei mercati del cartone si riforniscano il più possibile, per il loro eventuale fabbisogno di attrezzature per l'imballaggio in PET, presso la Sidel. A tale proposito si deve osservare che la decisione [controversa] constata l'esistenza di una posizione dominante della Tetra sui mercati del cartone asettico, ovvero i mercati dei sistemi d'imballaggio in cartone asettico e dei cartoni asettici (punto 231 della decisione [controversa], v. supra, punto 40), e che la detta constatazione non è contestata dalla ricorrente.

157 Va rilevato che, secondo una costante giurisprudenza, dal momento in cui un'impresa si trovi in posizione dominante, essa è tenuta, se del caso, ad adeguare il proprio comportamento al fine di non compromettere una concorrenza effettiva nel mercato, indipendentemente dall'eventuale adozione da parte della Commissione di una decisione a tal fine (sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 57; sentenze del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-309, punto 23, e 22 marzo 2000, cause riunite T-125/97 e T-127/97, Coca-Cola/Commissione, Racc. pag. II-1733, punto 80).

158 Occorre rilevare, inoltre, che, in risposta ai quesiti posti dal Tribunale all'udienza, la Commissione non ha negato che l'esercizio da parte della Tetra di un effetto leva mediante i comportamenti sopra descritti in via principale potrebbe costituire abuso della preesistente posizione dominante occupata dalla Tetra sui mercati del cartone asettico. Ciò potrebbe essere anche il caso, secondo i timori espressi dalla Commissione nel suo controricorso, nell'ipotesi in cui la nuova entità si rifiutasse eventualmente di partecipare all'installazione e all'eventuale trasformazione delle macchine SBM della Sidel, di fornire un servizio post vendita e di rispettare le garanzie relative a tali macchine quando sono vendute dai terzisti. Tuttavia, secondo la Commissione, il fatto che un comportamento possa costituire una violazione autonoma dell'art. 82 CE non le impedisce di tenerne conto quando essa valuta tutte le modalità di esercizio di un effetto leva rese possibili da un'operazione di concentrazione.

159 Al riguardo occorre constatare che, benché il regolamento preveda il divieto delle operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante dai significativi effetti anticoncorrenziali, tali presupposti non esigono la dimostrazione di un comportamento abusivo e, dunque, illegittimo da parte dell'entità derivante dall'operazione come risultato di tale concentrazione. Se pertanto non si può presumere che il diritto comunitario non sarà rispettato dai partecipanti a un'operazione di concentrazione di tipo conglomerato, la Commissione non può escludere una siffatta possibilità nell'esercizio del suo controllo sulle concentrazioni.

Quindi, allorché la Commissione, analizzando gli effetti di tale concentrazione, si basa su comportamenti prevedibili in grado di costituire di per sé abusi di una posizione dominante esistente, essa deve valutare se, malgrado il divieto di tali comportamenti, sia nondimeno probabile che l'entità derivante dall'operazione li adotti o se, al contrario, l'illegittimità del comportamento e/o il rischio che tale condotta venga individuata renda poco probabile questo tipo di strategia. Nell'ambito di una siffatta valutazione, se è giusto tener conto delle sollecitazioni ad adottare comportamenti anticoncorrenziali, quali quelle che nella specie derivano per la Tetra dai prevedibili vantaggi commerciali sui mercati delle attrezzature per l'imballaggio in PET (punto 359 della decisione [controversa]), la Commissione è parimenti tenuta ad esaminare in che misura le dette sollecitazioni sarebbero ridotte, o addirittura eliminate, a motivo dell'illegittimità dei comportamenti in questione, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne.

160 Poiché la Commissione non ha effettuato una valutazione del genere nella decisione [controversa], ne consegue che, laddove la sua valutazione si basi sulla possibilità, o addirittura la probabilità, che la Tetra adotti un comportamento del genere sui mercati dei cartoni asettici, le conclusioni al riguardo devono essere respinte.

161 Inoltre, la circostanza che la ricorrente abbia proposto, nel caso di specie, impegni relativi alla propria condotta futura è anch'essa un elemento di cui la Commissione avrebbe dovuto necessariamente tener conto per valutare se fosse probabile che la nuova entità si sarebbe comportata in maniera tale da rendere possibile la creazione di una posizione dominante su uno o più mercati delle attrezzature per l'imballaggio in PET in parola. Orbene, dalla decisione [controversa], non risulta che la Commissione abbia preso in considerazione le implicazioni dei detti impegni nella sua analisi relativa alla futura creazione di una tale posizione mediante il previsto effetto leva.

162 Risulta da quanto precede che occorre esaminare se la Commissione abbia fondato su elementi di prova sufficientemente solidi la sua analisi prospettica in merito alla probabilità di un effetto leva a partire dai mercati del cartone asettico nonché in merito alle conseguenze di un effetto del genere da parte della nuova entità. Nell'ambito del detto esame, ci si deve limitare a tener conto, nel caso di specie, dei comportamenti che, almeno verosimilmente, non sarebbero illegittimi. Inoltre, dal momento che la posizione dominante pronosticata si concretizzerebbe solo dopo un certo lasso di tempo, secondo la Commissione entro il 2005, l'analisi prospettica di quest'ultima dev'essere, fatto salvo il suo margine discrezionale, particolarmente plausibile».

57 Esaminando in modo approfondito le modalità di esercizio dell'effetto leva, il Tribunale ha statuito come segue:

«217 Le modalità di esercizio dell'effetto leva enumerate al punto 364 della decisione [controversa] (citato supra al punto 49) si basano sulla posizione dominante occupata dalla Tetra sui mercati del cartone asettico. Tenuto conto, in particolare, dell'impegno della Tetra di cedere le proprie attività nel settore delle preforme, l'effetto leva sarebbe praticato attraverso due categorie di misure: da un lato, tramite pressioni che portano a vendite di attrezzature e di consumabili per gli imballaggi in cartone collegate o abbinate con attrezzature per l'imballaggio in PET. Tali pressioni potrebbero essere esercitate sulla clientela della Tetra che ha bisogno di continuare a usare imballaggi in cartone per una parte della propria produzione e soprattutto sui clienti che hanno accordi a lungo termine con la Tetra per il loro fabbisogno di contenitori in cartone (punto 365 della decisione [controversa], citato supra al punto 50). Dall'altro lato, potrebbero essere adottate misure di incentivo, come i prezzi predatori, la guerra dei prezzi o gli sconti fedeltà.

218 Tuttavia, il ricorso a pressioni, come le vendite forzate, o a incentivi, come i prezzi predatori o gli sconti fedeltà, non oggettivamente giustificati, da parte di un'impresa che occupa una posizione dominante come quella occupata dalla Tetra sui mercati del cartone asettico costituirebbe di regola un abuso di tale posizione. Come già rilevato dal Tribunale, la Commissione non può presumere il possibile ricorso a strategie del genere, come ha fatto nella

decisione [controversa], per motivare una decisione che vieta un'operazione di concentrazione notificatale conformemente al regolamento (v. supra, punti 154-162). Ne consegue che le modalità di esercizio di un effetto leva che possono essere prese in considerazione dal Tribunale si limitano a quelle che, almeno in apparenza, non costituiscono un abuso di posizione dominante sui mercati del cartone asettico.

219 Si devono quindi considerare, in sintesi, le strategie relative alle vendite collegate o abbinate che non sono di per sé forzate, quelle relative agli sconti fedeltà oggettivamente giustificati sui mercati del cartone o ancora quelle relative alle offerte di prezzi vantaggiosi per le attrezzature per l'imballaggio in cartone o in PET che non sono predatori ai sensi della giurisprudenza consolidata (sentenza della Corte 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, in particolare punti 102, 115, 156 e 157; sentenza 14 novembre 1996[, causa C-333/94 P], Tetra Pak/Commissione[, Racc. pag. I-5951], punti 41-44, che conferma la sentenza [del Tribunale] 6 ottobre 1994[, causa T-83/91], Tetra Pak/Commissione[, Racc. pag. II-755], e conclusioni dell'avvocato generale Fennelly, presentate nelle cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, decise con sentenza della Corte 16 marzo 2000, Compagnie maritime belge transport e a./Commissione, Racc. pagg. I-1365, I-1371, in particolare punti 123-130). In tale contesto, bisogna esaminare se la Commissione abbia tenuto conto dell'impegno relativo alla separazione fra la Sidel e le società appartenenti alla Tetra Pak, assunto in linea di principio per un periodo di dieci anni, in base al quale non sarà proposta nessuna "[o]fferta congiunta di prodotti in cartone Tetra Pak e di macchine SBM Sidel".

220 Inoltre, come risulta dalla decisione [controversa], la Tetra ha chiesto alla Commissione di prendere nota delle proprie obbligazioni esistenti, ai sensi dell'art. 3, n. 3, della decisione (...) 92/163 (...), il quale dispone quanto segue:

"Tetra Pak non pratica prezzi eliminatori né discriminatori e non accorda a nessun cliente, sotto qualsiasi forma, sconti sui suoi prodotti o condizioni più favorevoli di pagamento che non siano giustificati da corrispettivi obiettivi. Per i cartoni, gli sconti

debbono riferirsi soltanto ai quantitativi ordinati, e non cumularsi per cartoni di tipo diverso".

221 Ne consegue che la Tetra ha chiaramente manifestato la sua volontà di rispettare pienamente le obbligazioni specifiche impostele dall'art. 82 CE conseguentemente alla posizione dominante che essa occupa sui mercati del cartone asettico. Essa ha altresì reiterato l'accettazione di tutte le obbligazioni pertinenti impostele a seguito della constatazione, nella decisione 92/163, di una violazione dell'art. 82 CE relativa a tale mercato. Per di più essa si è impegnata, nell'ambito del presente procedimento, a non fare nessuna offerta congiunta relativa ai prodotti in cartone e alle macchine SBM della Sidel.

222 Di conseguenza, le uniche modalità di vendite collegate o abbinate realmente praticabili per la nuova entità consisterebbero in offerte della Tetra ai suoi attuali clienti dei mercati del cartone che non potrebbero essere obbligatorie o forzate e che potrebbero riguardare unicamente le attrezzature per l'imballaggio in cartone e/o i prodotti in cartone, da un lato, e le attrezzature per l'imballaggio in PET tranne le macchine SBM, dall'altro. Occorre altresì osservare, a tale riguardo, che, nonostante la Commissione abbia messo l'accento, nella decisione [controversa] (punti 177 e 369) e nelle difese scritte e orali, sull'importanza della capacità della nuova entità di offrire quasi tutte le attrezzature necessarie all'installazione di una linea integrata per l'imballaggio in PET, emerge dagli impegni che non sarebbe possibile per quest'ultima fare a un cliente un'offerta congiunta di attrezzature per l'imballaggio in cartone e di una linea integrata per l'imballaggio in PET, quantomeno ove quest'ultima comprendesse una macchina SBM della Sidel.

223 D'altronde, benché la conclusione della decisione [controversa] circa la discriminazione mediante prezzi asseritamente praticati in passato dalla Sidel non sia, sulla base delle difese scritte delle partecipanti alla concentrazione e delle difese orali della Commissione in merito all'analisi

econometrica che la supporta, viziata da un errore manifesto di valutazione, essa non può costituire una prova sufficientemente solida del fatto che la nuova entità continuerà a tenere una condotta simile. Quest'ultima, a differenza della Sidel prima della concentrazione, sarebbe vincolata non solo dagli impegni, ma anche dalle varie obbligazioni che limitano la condotta della Tetra.

224 È giocoforza quindi concludere che le possibilità a disposizione della nuova entità per esercitare un effetto leva sarebbero molto circoscritte. L'esame delle conseguenze prevedibili di un suo eventuale ricorso a una condotta del genere deve tenerne conto».

Argomenti delle parti

58 La Commissione sostiene, in primo luogo, che l'approccio adottato dal Tribunale per quanto riguarda gli effetti di conglomerato e il comportamento illegale della Tetra è contrario all'art. 2 del regolamento e, in generale, al controllo delle concentrazioni.

59 Essa rileva, innanzi tutto, che tale approccio è in contrasto con l'interpretazione del suddetto art. 2. Infatti, se l'art. 82 CE fosse stato sufficiente per prevenire gli abusi, non sarebbe stato necessario prevedere un controllo a priori delle concentrazioni. La Commissione contesta più specificamente il punto 218 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale ha statuito che «la Commissione non può presumere il possibile ricorso a strategie [abusive] del genere», sostenendo, invece, che la presunzione che un'impresa in posizione dominante possa ritenere razionale il fatto di escludere concorrenti e/o di sfruttare determinati clienti e pertanto, in alcuni casi, di violare l'art. 82 CE rientra nel regolamento.

60 La Commissione rileva poi che l'approccio del Tribunale è errato, in quanto fondato su distinzioni tra vari tipi di concentrazioni che sono ingiustificate e contrarie all'art. 2 del regolamento. Essa censura a tale riguardo il punto 154 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale osserva che non sarà la struttura risultante dall'operazione di concentrazione stessa a creare o rafforzare una posizione dominante, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, ma i comportamenti futuri della nuova entità. Essa sostiene che tale affermazione è contraria al punto 94 della menzionata sentenza Gencor/Commissione, in cui il Tribunale ha statuito che una concentrazione avrebbe avuto un effetto immediato mentre «la creazione delle condizioni che rendono non soltanto possibile ma anche economicamente razionale questo genere di comportamenti [abusivi] sarebbe stata la conseguenza diretta e immediata della concentrazione, dato che questa avrebbe ostacolato in maniera significativa la effettiva concorrenza esistente sul mercato, modificando la struttura dei mercati interessati in modo duraturo». La Commissione rileva che è ingiustificato distinguere, come effettuato dal Tribunale nella sentenza impugnata, a seconda che la creazione della posizione dominante sul secondo mercato intervenga immediatamente o a medio termine. Diversamente, le concentrazioni verticali o con effetto di conglomerato potrebbero sfuggire all'applicazione del suddetto regolamento dal momento che quei tipi di concentrazioni forniscono alla nuova entità la capacità di avvalersi — e di abusare — della sua posizione dominante su un mercato nonché gli incentivi a tale scopo per estromettere i suoi concorrenti dal secondo mercato. La Commissione conclude che, nel caso di specie, si sarebbe dovuto ritenere che la concentrazione implicasse un'immediata modifica della struttura e delle condizioni di concorrenza.

61 La Commissione rileva infine che esistono insormontabili ostacoli legali e pratici all'analisi del disincentivo derivante dal carattere illegale di alcune pratiche commerciali abusive. Essa dovrebbe esaminare non già caratteristiche strutturali, ma la propensione di un'impresa ad attenersi alla legge. Una siffatta analisi violerebbe il principio di uguaglianza e la presunzione di innocenza. Il criterio sarebbe parimenti inutilizzabile, in quanto il rischio potrebbe difficilmente essere quantificato e varierebbe a seconda dell'intensità della politica di concorrenza in ogni Stato membro. Considerato il livello di prova imposto dal Tribunale, la Commissione conclude che verserebbe nell'impossibilità di controllare correttamente, in applicazione del regolamento, le concentrazioni verticali e con effetto di conglomerato.

62 La Commissione sostiene, in secondo luogo, che il Tribunale ha violato gli artt. 2 e 8, n. 2, del suddetto regolamento considerando che essa avrebbe dovuto tener conto degli impegni di natura comportamentale sottoscritti dalla Tetra. Essa oppone la posizione del Tribunale, espressa al punto 161 della sentenza impugnata, a quella delineata ai punti 316 e 317 della menzionata sentenza Gencor/Commissione, ai sensi dei quali il Tribunale ha escluso di prendere in considerazione impegni di natura comportamentale quando risulta che l'operazione di concentrazione è idonea a creare o rafforzare una posizione dominante. Essa sostiene che, anche se impegni non strutturali possono essere accettabili in alcuni casi, impegni che si riducano a una mera promessa di comportarsi in un certo modo, ad esempio quello di non abusare di una posizione dominante creata o rafforzata da un progetto di concentrazione, non si ritengono in quanto tali idonei a rendere una concentrazione compatibile con il mercato comune.

63 La Commissione ritiene che il Tribunale abbia snaturato la decisione controversa statuendo, al punto 161 della sentenza impugnata, che da tale decisione non emerge una presa in considerazione da parte di tale istituzione, nell'ambito della sua analisi, delle implicazioni connesse agli impegni della Tetra. La Commissione sottolinea di aver esaminato gli impegni di tale società, ma di averli esclusi (punti 423-451 della motivazione della decisione controversa). Il Tribunale non può legittimamente sostenere che la suddetta decisione è inficiata da un manifesto errore di valutazione in quanto conclude che la concentrazione si sarebbe dovuta vietare, senza verificare preliminarmente gli argomenti della Commissione in base ai quali tali impegni non sono attuabili e risultano in ogni caso insufficienti per risolvere i problemi di concorrenza causati dalla concentrazione notificata.

64 Per contro, la Tetra rileva, in primo luogo, che il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto imponendo alla Commissione di prendere in considerazione il carattere illegale del comportamento abusivo. Il criterio accolto dal Tribunale, al punto 159 della sentenza impugnata è costituito dal comportamento razionale e prevedibile di un'impresa. Tale comportamento deve essere analizzato tenendo conto al contempo degli incentivi ad adottare un comportamento illegale, ma altresì dei fattori atti a ridurre, se non addirittura ad eliminare, siffatti incentivi.

65 La Tetra evidenzia che i confronti con la causa che ha dato origine alla menzionata sentenza Gencor/Commissione non sono pertinenti. A suo giudizio, in quest'ultima causa, la posizione dominante collettiva era creata immediatamente dalla fusione orizzontale, la qual cosa non si verifica nella causa in esame, in cui la posizione dominante può emergere solo dopo un certo lasso di tempo e necessita di un previo comportamento abusivo.

66 Secondo la Tetra, l'interpretazione del regolamento da parte della Commissione si fonda sull'errata ipotesi che quest'ultimo sia finalizzato a ostacolare gli abusi. Orbene, dal tenore dell'art. 2, n. 2, del suddetto regolamento risulta che è diretto a vietare la creazione di qualsivoglia posizione dominante che, di per se stessa e in mancanza di abusi, comporti la creazione di un notevole ostacolo alla concorrenza.

67 La Tetra non ravvisa i motivi per i quali ricorrerebbero insormontabili ostacoli giuridici e pratici alla valutazione dell'incidenza del carattere illegale di determinati comportamenti né in che termini tale valutazione presenterebbe difficoltà diverse da quelle relative all'analisi degli incentivi ad adottare un comportamento abusivo. Essa rileva che la Commissione si considera perfettamente in grado di quantificare la probabilità che si rilevino infrazioni agli artt. 81 CE e 82 CE e che essa ne tiene conto al fine di fissare l'entità delle ammende.

68 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la presa in considerazione degli impegni della Tetra, quest'ultima sottolinea che il punto 161 della sentenza impugnata afferma tutt'al più che la Commissione avrebbe dovuto tener conto delle proposte di assunzione di impegni, valutando il prevedibile comportamento futuro della nuova entità. Essa rileva che nemmeno il Tribunale ha effettuato una valutazione degli impegni proposti e che in nessun punto della sentenza impugnata si impone alla Commissione, contrariamente a quanto essa sostiene, «di tener conto di impegni comportamentali consistenti in semplici promesse di non adottare comportamenti abusivi».

69 La Tetra rileva che l'interpretazione da parte della Commissione della menzionata sentenza Gencor/Commissione, è errata. Contrariamente a tale interpretazione, il Tribunale, al punto 319 della suddetta sentenza, avrebbe statuito che la classificazione degli impegni sarebbe priva di pertinenza e che impegni di natura comportamentale potrebbero altresì essere idonei a impedire l'emergenza o il rafforzamento di una posizione dominante.

70 La Tetra osserva infine che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, quest'ultima non ha valutato in modo concreto l'incidenza degli impegni proposti da tale società, ma si è limitata a opporre un'obiezione di principio contro l'equiparazione di impegni di natura comportamentale a misure in grado di porre validamente rimedio alla creazione di una posizione dominante ai sensi del regolamento.

Giudizio della Corte sul secondo motivo

71 Si deve innanzi tutto sottolineare che i punti 148-162 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione sia nel primo sia nel secondo motivo del ricorso di impugnazione, costituiscono un tutt'uno nell'ambito del quale il Tribunale descrive alcuni aspetti specifici degli effetti di conglomerato, segnatamente aspetti temporali, e ne deduce alcune regole generali per quanto riguarda la prova che la Commissione è tenuta a presentare quando ritiene che il progetto di concentrazione debba essere dichiarato incompatibile con il mercato comune.

72 È in tale contesto di richiamo della necessità di una «solida prova» («convincing evidence») che il Tribunale ha evidenziato l'obbligo di procedere a un esame della globalità dei dati pertinenti.

73 Una siffatta verifica deve essere effettuata alla luce dell'obiettivo del regolamento, che è quello di prevenire la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti atte ad ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di quest'ultimo.

74 Dal momento che l'adozione dei comportamenti previsti al punto 364 della motivazione della decisione controversa rappresenta, a giudizio di quest'ultima, una tappa essenziale dell'esercizio di un effetto leva, il Tribunale ha giustamente considerato che la probabilità di tale adozione doveva essere esaminata in modo completo, ossia prendendo in considerazione, come afferma al punto 159 della sentenza impugnata, sia le sollecitazioni ad adottare siffatti comportamenti sia i fattori idonei a ridurre o addirittura a eliminare tali sollecitazioni, compreso il carattere eventualmente illegale dei comportamenti di cui trattasi.

75 Tuttavia, sarebbe contrario all'obiettivo di prevenzione del regolamento esigere dalla Commissione, come si è statuito al punto 159, ultima frase, della sentenza impugnata, che, per ogni progetto di concentrazione, essa esamini in che misura le sollecitazioni ad adottare comportamenti anticoncorrenziali sarebbero ridotte, o addirittura eliminate, a motivo del carattere illegale dei comportamenti in questione, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne.

76 Infatti, un'analisi come quella richiesta dal Tribunale imporrebbe un esame esaustivo e dettagliato delle normative dei vari ordinamenti giuridici in grado di applicarsi e della politica repressiva praticata in questi ultimi. Peraltro, per essere utile, una siffatta analisi presuppone un elevato grado di probabilità per quanto riguarda i fatti considerati come contestabili in quanto atti a rientrare in un comportamento anticoncorrenziale.

77 Ne consegue che, in fase di valutazione del progetto di concentrazione, un'analisi diretta ad accertare la probabile esistenza di un'infrazione dell'art. 82 CE e ad

assicurarsi che quest'ultima sarà soggetta a sanzione in vari ordinamenti giuridici risulterebbe troppo speculativa e non consentirebbe alla Commissione di fondare la sua valutazione sull'insieme degli elementi di fatto pertinenti al fine di verificare se avvalorano la descrizione di uno scenario di evoluzione economica che possa includere sviluppi quale l'effetto leva.

78 Di conseguenza, il Tribunale ha commesso un errore di diritto respingendo le conclusioni della Commissione relative all'adozione, da parte della nuova entità, di comportamenti anticoncorrenziali atti a produrre un effetto leva per la sola ragione che tale istituzione, al momento di valutare la probabilità che fossero adottati tali comportamenti, non ha tenuto conto del loro carattere illegale e, pertanto, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne. Tuttavia, poiché la sentenza impugnata è parimenti fondata sulla mancata presa in considerazione degli impegni proposti dalla Tetra, è necessario proseguire l'esame del secondo motivo.

79 Per quanto riguarda l'argomento relativo a una modifica dell'approccio del Tribunale rispetto a quello adottato nella menzionata sentenza Gencor/Commissione, si deve constatare che, contrariamente a quanto afferma la Commissione, il Tribunale non si è discostato dalla posizione esplicitata al punto 94 di detta sentenza, ai sensi della quale la concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in maniera significativa qualora la struttura dei mercati interessati fosse modificata in modo duraturo a causa di una concentrazione avente la conseguenza diretta e immediata di creare condizioni volte a rendere possibili ed economicamente razionali comportamenti abusivi.

80 A tale proposito, si deve osservare che la situazione nella causa all'origine della menzionata sentenza Gencor/Commissione differiva completamente da quella prevista nella decisione controversa. Come emerge dal punto 91 di tale sentenza, l'esito dell'operazione di concentrazione sarebbe stato la creazione di una posizione dominante di duopolio nei mercati del platino e del rodio, con la conseguenza che la concorrenza effettiva sarebbe stata ostacolata in maniera significativa nel mercato comune.

81 L'operazione di concentrazione avrebbe quindi modificato in modo duraturo la struttura dei mercati interessati nella suddetta causa, rendendo in tal modo possibili ed economicamente razionali alcuni comportamenti abusivi.

82 Nella fattispecie, la concentrazione sarebbe stata certo in grado di modificare leggermente la struttura del mercato del cartone se la nuova entità avesse potuto rinforzare la posizione dominante che la Tetra occupava da lungo tempo su tale mercato, posizione che del resto era stata oggetto di una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 82 CE. Tuttavia, vietando la suddetta concentrazione la Commissione intendeva tutelare non tanto la concorrenza effettiva sul mercato del cartone quanto, piuttosto, la concorrenza nel mercato delle attrezzature PET, in particolare quello delle macchine SBM a bassa e alta capacità impiegate per i prodotti sensibili.

83 A tale riguardo, si deve osservare che la struttura di quest'ultimo mercato non sarebbe stata immediatamente e direttamente interessata dalla concentrazione notificata, ma questo si sarebbe potuto verificare solo quale conseguenza dell'effetto leva e, segnatamente, dei comportamenti abusivi della nuova entità sul mercato del cartone.

84 Da quanto sopra considerato emerge che la situazione esaminata nella causa all'origine della menzionata sentenza Gencor/Commissione non si può paragonare a quella su cui il Tribunale ha statuito mediante la sentenza impugnata in modo sufficiente a consentire che quest'ultimo ne traesse utili indicazioni. La struttura del mercato in cui la Commissione, con la decisione controversa, intendeva mantenere una concorrenza effettiva nella causa di cui alla suddetta sentenza Gencor/Commissione risultava direttamente modificata dall'operazione di concentrazione mentre, nel caso di specie, lo poteva essere solo grazie all'esercizio dell'effetto leva.

85 Per quanto riguarda la presa in considerazione degli impegni di natura comportamentale della Tetra, il Tribunale, al punto 161 della sentenza impugnata, ha correttamente rilevato che la circostanza che quest'ultima abbia proposto, nel

caso di specie, impegni relativi alla propria condotta futura è un elemento di cui la Commissione avrebbe dovuto necessariamente tener conto per valutare se fosse probabile che la nuova entità si sarebbe comportata in maniera tale da rendere possibile la creazione di una posizione dominante su uno o più mercati delle attrezzature per l'imballaggio in PET di cui trattasi.

86 In proposito, la Corte rammenta le considerazioni espresse dal Tribunale ai punti 318 e 319 della menzionata sentenza Gencor/Commissione. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, da tale sentenza non emerge che il Tribunale avrebbe escluso di prendere in considerazione impegni di natura comportamentale. Al contrario, il Tribunale, al punto 318, ha formulato il principio in base al quale gli impegni proposti dalle imprese interessate devono consentire alla Commissione di concludere che l'operazione di concentrazione di cui trattasi non creerebbe o non rafforzerebbe una posizione dominante ai sensi dell'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento. Inoltre, al punto 319, ha dedotto dal suddetto principio che è indifferente che l'impegno proposto possa essere qualificato come impegno comportamentale o impegno strutturale e che non può escludersi a priori che gli impegni a prima vista di tipo comportamentale, come quello di non utilizzare un marchio durante un certo periodo o di mettere a disposizione dei terzi concorrenti una parte della capacità di produzione dell'impresa sorta dalla concentrazione, o, più in generale, quello di consentire l'accesso ad un'infrastruttura essenziale, a condizioni non discriminatorie, siano essi stessi idonei a impedire l'emergere o il rafforzarsi di una posizione dominante.

87 Per quanto riguarda l'esame della presa in considerazione, da parte della Commissione, degli impegni di natura comportamentale, il Tribunale si è limitato a constatare, al punto 161 della sentenza impugnata, che dalla decisione impugnata non risulta che la Commissione abbia preso in considerazione le implicazioni dei detti impegni nella sua analisi relativa alla futura creazione di una posizione dominante mediante il previsto effetto leva.

88 Tuttavia, non sembra che il Tribunale abbia snaturato la decisione controversa o insufficientemente motivato la sentenza impugnata in merito a tale punto. Infatti, ai

punti 429-432 di cui alla motivazione della decisione controversa, costituenti gli unici punti di quest'ultima relativi agli impegni di natura comportamentale sottoscritti dalla Tetra, risulta che la Commissione, mediante affermazioni di principio, ha rifiutato di accettare siffatti impegni, osservando, al punto 429, che, «[c]ome tali, essi non sono idonei a ripristinare condizioni di effettiva concorrenza (...) poiché non trattano la variazione permanente della struttura del mercato creata dall'operazione notificata» e, al punto 431, che «[t]ali promesse di ordine comportamentale sono in contrasto con la politica sulle misure correttive indicata dalla Commissione e con le finalità dello stesso regolamento sulle concentrazioni (...) e sono estremamente difficili se non impossibili da monitorare».

89 Dall'analisi del secondo motivo, considerato nella sua interezza, risulta che, anche se il Tribunale ha commesso un errore di diritto respingendo le conclusioni della Commissione relative all'adozione, da parte della nuova entità, di comportamenti idonei a produrre un effetto leva, esso ha tuttavia correttamente statuito, al punto 161 della sentenza impugnata, che la Commissione avrebbe dovuto tener conto degli impegni sottoscritti dalla Tetra in merito al futuro comportamento della suddetta entità. Pertanto, quand'anche tale motivo sia parzialmente fondato, non può peraltro comportare che venga messa in discussione la sentenza impugnata in quanto ha annullato la decisione controversa, poiché tale annullamento si fonda segnatamente sul rifiuto della Commissione di prendere in considerazione i suddetti impegni.

Sul terzo motivo

90 Con il suo terzo motivo, la Commissione sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto ricorrendo a un errato criterio di sindacato giurisdizionale e una violazione dell'art. 2 del regolamento nei limiti in cui ha stabilito, al punto 269 della sentenza impugnata, che «la decisione [controversa] non fornisce sufficienti elementi per giustificare la definizione di sottomercati distinti delle macchine SBM, secondo la loro utilizzazione finale» e che «[p]ertanto, gli unici sottomercati da prendere in considerazione sono quelli delle macchine a bassa e ad alta capacità».

Argomenti delle parti

91 La Commissione rammenta che l'individuazione dei mercati per le macchine SBM costituisce un elemento fondamentale della decisione controversa. Essa rileva che la percentuale del mercato in parola rappresentata da una clientela comune per il PET e il cartone, nei confronti della quale la Tetra può sfruttare la sua posizione dominante nei mercati del cartone ricorrendo a un effetto leva, influirà in maniera determinante sulla probabilità di un'estromissione dei concorrenti e di un dominio sul detto mercato da parte della nuova entità.

92 La Commissione osserva che, ai punti 176-183 della motivazione della decisione controversa, integrati dai punti 347-358 e 381-383 di quest'ultima, essa ha definito mercati distinti per le macchine SBM a seconda che esse siano utilizzate per imballare prodotti sensibili o prodotti non sensibili, fondandosi su fattori connessi contemporaneamente all'offerta e alla domanda. Per quanto attiene a quest'ultima, il punto 178 della suddetta decisione ha il seguente tenore:

«178 In ogni caso, un gruppo distinto di clienti per il prodotto rilevante può costituire un mercato del prodotto più ristretto e separato quando tale gruppo può essere soggetto a una discriminazione di prezzo. Questo è generalmente il caso quando vengono soddisfatte le seguenti condizioni: a) è possibile identificare con chiarezza il gruppo al quale appartiene un singolo cliente al momento dell'acquisto dei prodotti rilevanti e b) non è contemplato il negoziato tra clienti o la mediazione di terzi».

93 Al punto 259 della sentenza impugnata, il Tribunale ha sintetizzato come di seguito l'argomento elaborato dalla Commissione nella decisione controversa, senza che detta sintesi fosse contestata da quest'ultima:

«259 La Commissione constata innanzi tutto, nella decisione [controversa], che "anche per un'apparecchiatura asserita 'generica' come una macchina SBM, è

legittimo esaminare il mercato delle attrezzature in base ai segmenti di consumo finale", il che è "ancor più indicato laddove si comparino sistemi di imballaggio completi al fine di stabilire se essi possano rientrare o meno nel medesimo mercato di prodotti" (punto 43 della decisione [controversa]). Essa rileva inoltre che ogni prodotto liquido destinato a essere imballato ha le sue "proprie caratteristiche che offrono o meno la possibilità di usare una data forma d'imballaggio", prima di concludere a favore dell'impiego della segmentazione secondo l'utilizzazione finale come strumento di analisi dei mercati delle attrezzature per l'imballaggio di liquidi alimentari (punto 44 della decisione [controversa], citato supra al punto 30). Essa distingue quindi fra i prodotti sensibili appartenenti ai "segmenti dei prodotti comuni" e gli altri prodotti, in base alla capacità dei primi di essere imballati, almeno dal punto di vista tecnico, tanto in cartone che in PET, a differenza dei prodotti non sensibili come le acque minerali e le bevande gassate che non possono essere imballate nel cartone (punto 58 della decisione [controversa]). Pur ammettendo che "le macchine SBM [siano], per la maggior parte, 'generiche' " (punto 177 della decisione [controversa]) la Commissione sostiene, al medesimo punto, che "una linea d'imballaggio PET, di cui le macchine SBM costituiscono solo un elemento, di solito è adattata specificamente ai prodotti confezionati dal cliente", come è il caso, in particolare, per i prodotti sensibili, argomento reiterato nella valutazione delle conseguenze dell'effetto leva (punto 369 della decisione [controversa]). Essa cita l'esempio della "SRS G Combi" della Sidel, "concepita per il confezionamento di bevande gassate [e che] non può rappresentare per un produttore di bevande che vuole confezionare i succhi una soluzione sostitutiva" (punto 177 della decisione [controversa]), la quale richiederebbe una macchina "Combi SRA" asettica. Citando la propria comunicazione 9 dicembre 1997 sulla definizione di mercato rilevante ai fini del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372, pag. 5, punto 43), essa constata inoltre che nella presente controversia ricorrono le due condizioni solitamente richieste per constatare l'esistenza di un gruppo distinto di clienti, e quindi di un mercato di prodotti più ristretto: vale a dire la possibilità di determinare con precisione a quale gruppo appartiene un dato cliente al momento in cui acquista una macchina SBM e il fatto che non sono realizzabili gli scambi fra clienti o l'arbitraggio tramite terzi in ordine a tali macchine (punto 178 della decisione [controversa])».

94 Ai punti 260-269 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito come segue:

«260 Il Tribunale constata, innanzi tutto, che l'accento posto nella decisione [controversa] sui prodotti sensibili appartenenti ai "segmenti di prodotti

comuni" si fonda su un criterio oggettivo, vale a dire l'appartenenza di tali prodotti alla categoria dei prodotti imballati in cartone e la capacità, quantomeno tecnica, di imballarli in PET, capacità che, considerato il livello di crescita stimabile (v. supra, punti 201-216), diverrà probabilmente una realtà commerciale piuttosto diffusa entro il 2005, almeno per quanto riguarda le BAF e le bevande al tè o al caffè.

261 Tuttavia, la decisione [controversa] non fornisce elementi di prova sufficientemente solidi per dimostrare le asserite caratteristiche particolari delle macchine SBM usate per il confezionamento dei prodotti sensibili. Certamente, una macchina combinata concepita specificamente per il riempimento delle bevande gassate non può essere impiegata per i succhi. Cionondimeno, ciò è lungi dal dimostrare che macchine SBM a bassa e ad alta capacità, anche se sono state adattate prima di essere vendute in base ai bisogni di chi le compra, non rimangano, come ritiene in sostanza la ricorrente, macchine generiche, cioè adatte a imballare più varietà di prodotti.

262 Quanto all'asserita specificità degli stampi d'imballaggio in base ai prodotti previsti, addotta a questo proposito dalla Commissione, mentre la ricorrente non contesta che il numero di stampi determina la capacità della macchina, una siffatta specificità non dimostra che le macchine SBM, di cui gli stampi costituiscono solo una parte, si distinguono le une dalle altre in modo significativo. Risulta dalla notifica che la durata media di uno stampo è approssimativamente di soli tre anni, mentre la durata di vita di una macchina SBM è di quindici anni (punto 304). Sebbene la Sidel fabbrichi i propri stampi, la decisione [controversa] non contesta l'informazione fornita nella notifica in merito al mercato degli stampi, secondo la quale la Sidel non è presente in tale mercato (in quanto fornitore di stampi a terzi) e secondo la quale la concorrenza fra le imprese che vi sono attive è molto agguerrita, in particolare da parte del SIG che, sul suo sito Internet, dichiara di essere in posizione preminente (punto 309 della notifica).

263 Inoltre, la decisione [controversa] non mette in discussione neanche l'affermazione contenuta nella notifica secondo la quale un cliente può usare, in un grande impianto, più macchine SBM combinandole per poter soddisfare le sue varie esigenze di produzione. La decisione [controversa] non esamina se la flessibilità richiesta da alcuni clienti per gli stampi di macchine SBM possa spiegarsi con esigenze connesse a impieghi del genere.

264 Nel controricorso la Commissione fa riferimento a una serie di modifiche che possono essere apportate a una macchina SBM onde renderla maggiormente competitiva o utile in una linea PET integrata, come l'aggiunta di un sistema speciale di filtraggio dell'aria di soffiaggio o un trattamento con lampade a raggi ultravioletti per ridurre il rischio di contaminazione prima che le preforme vi entrino. All'udienza la Commissione ha precisato che tali modifiche dimostrano che una macchina SBM usata in una linea di riempimento PET possiede caratteristiche molto particolari, a cui fa riferimento la decisione [controversa] (punto 177 della decisione [controversa]). La Tetra, pur facendo rilevare che la Commissione attribuisce alle macchine SBM specificità di altri elementi di una catena PET, ha tuttavia osservato che tali modifiche rappresentano al massimo il 5 % del costo di una macchina SBM.

265 Occorre, innanzi tutto, constatare che non è stato fatto nessun riferimento a tali informazioni nella decisione [controversa]. Se la decisione pone correttamente l'accento sull'importanza delle esigenze specifiche dei clienti che hanno bisogno, in particolare, di una linea di riempimento PET asettico, vale a dire, in sostanza, di una garanzia di sterilità, tale elemento non può giustificare la definizione di un sottomercato distinto per le macchine SBM usate in una linea di riempimento dei prodotti sensibili di cui trattasi. Infatti, la semplice circostanza che ogni macchina SBM debba essere installata in una catena PET perché il suo acquirente possa usarla convenientemente non implica che la specificità di altre attrezzature PET propria di tale catena, e in particolare quelle di riempimento PET asettico, si rifletta sulle stesse macchine SBM.

266 Il carattere generico delle macchine SBM va riconosciuto a maggior ragione per il fatto che la Commissione non è stata in grado, in sede di udienza, di ribaltare la tesi della Tetra sul costo relativamente modesto, rispetto al costo di una macchina SBM cosiddetta "standard", in particolare quando si tratta di una macchina SBM ad alta capacità, delle eventuali modifiche auspicabili per rendere una macchina del genere più compatibile con l'impiego di macchine di riempimento in PET asettico e non asettico, e, se del caso, con macchine per il riempimento asettico in grado di passare dal PET allo HDPE.

267 Inoltre, è pacifico tra le parti che le macchine combinate, il cui impiego per il riempimento asettico resta molto limitato (v. supra, punti 248-249), non costituiscono un mercato distinto, come risulta anche dalla decisione [controversa].

268 Quanto alle possibilità di determinare con precisione a quale gruppo appartenga un dato cliente al momento dell'acquisto di una macchina SBM e alla mancanza o meno, almeno al giorno d'oggi all'interno del SEE, di possibilità per tale cliente di trovare un prezzo migliore facendo ricorso all'arbitraggio fra i fornitori sulla piazza, è evidente che tali possibilità, se esistenti, si applicherebbero tanto alle macchine SBM usate per prodotti non sensibili quanto a quelle usate per confezionare prodotti sensibili. La possibilità per la nuova entità di identificare il gruppo al quale appartiene un cliente sta nel fatto che molti clienti dei mercati del cartone che passeranno al PET saranno gli attuali clienti della Tetra. Tuttavia, questo possibile vantaggio, che deriva dal vantaggio del "pioniere" di cui prevedibilmente godrà la nuova entità, non esclude che tali clienti possano rivolgersi ad altri fornitori di macchine SBM qualora non siano più soddisfatti delle condizioni offerte dalla detta entità.

269 Sulla base degli elementi forniti nella decisione [controversa], la Commissione ha quindi commesso un errore, da un lato, constatando che le

macchine SBM sono, "per la maggior parte, 'generiche' " (punto 177 della decisione [controversa]), e, dall'altro, differenziandole in base alla loro utilizzazione finale. Infatti, la decisione [controversa] non fornisce sufficienti elementi per giustificare la definizione di sottomercati distinti delle macchine SBM, secondo la loro utilizzazione finale. Pertanto, gli unici sottomercati da prendere in considerazione sono quelli delle macchine a bassa e ad alta capacità».

95 La Commissione ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto esigendo, al punto 265 della sentenza impugnata, che la Commissione rendesse manifeste nella decisione controversa tutte le informazioni tecniche raccolte durante la sua indagine. Essa rammenta a tale riguardo che la questione se la motivazione di una decisione soddisfi i requisiti di cui all'art. 253 CE deve essere valutata considerando non solo il tenore letterale di quest'ultimo, ma altresì il suo contesto e, in particolare, il grado di previa conoscenza dei fatti pertinenti e il termine a disposizione per emanare tale decisione.

96 Inoltre, il Tribunale avrebbe violato i limiti del sindacato giurisdizionale, snaturato la decisione controversa e sostituito la propria valutazione a quella formulata dalla Commissione, senza nemmeno motivare il rigetto dell'analisi di quest'ultima, laddove considerava, allo stesso punto 265, che l'esigenza di una garanzia di condizioni asettiche non giustificava la definizione di un sottomercato per le macchine SBM impiegate in una linea di riempimento dei prodotti sensibili in questione. Parimenti, al punto 266 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe respinto la valutazione della Commissione riguardante l'importanza delle modifiche da apportare alle macchine SBM per poterle utilizzare ai fini dell'imballaggio asettico fondandosi esclusivamente sull'elemento relativo al costo del necessario adeguamento, senza valutare gli altri elementi che essa aveva preso in considerazione, segnatamente se coloro che forniscono tali macchine ai clienti tradizionali dei settori dell'acqua e delle bevande gassate analcoliche dispongano della competenza necessaria per effettuare siffatte modifiche e offrire le garanzie del caso.

97 La Commissione contesta altresì il rigetto del suo argomento secondo cui la discriminazione dei prezzi può costituire una prova in merito all'esistenza di sottomercati distinti. Al punto 223 della sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe

infatti sostenuto che una siffatta discriminazione, asseritamente praticata in passato dalla Sidel, non poteva costituire una prova sufficientemente solida del fatto che la nuova entità continuerà a tenere una condotta simile, dal momento che quest'ultima, a differenza della Sidel prima della concentrazione, sarebbe vincolata non solo dagli impegni, ma anche dalle varie obbligazioni che limitano la condotta della Tetra. Essa ritiene che il Tribunale, a tale riguardo, abbia commesso un errore di diritto per tre motivi. Il primo riguarderebbe il fatto che la discriminazione dei prezzi dimostra anche l'esistenza di condizioni distinte, sul piano dell'offerta e della domanda, per la vendita di un prodotto a clienti diversi e pertanto la prova dell'esistenza di distinti mercati. Il secondo motivo deriva dal fatto che il Tribunale imporrebbe alla Commissione di non prendere in considerazione una condotta illegale, quand'anche economicamente razionale. Il terzo motivo consiste nel sostenere che, come discenderebbe dai punti 161 e 162 della sentenza impugnata, il Tribunale non considererebbe la posizione dominante della Tetra sul mercato del cartone, ma prenderebbe le mosse dalla constatazione secondo cui la nuova entità non disporrà di una posizione dominante sui mercati del PET e che, pertanto, una discriminazione dei prezzi sul mercato del PET non può costituire un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE.

98 La Commissione contesta infine la constatazione del Tribunale ai sensi della quale i clienti avrebbero la possibilità di rivolgersi a fornitori diversi dalla Tetra. Essa ritiene che il Tribunale abbia ignorato i suoi argomenti relativi alla mancanza di possibilità di arbitraggio per le macchine di uno stesso fornitore (acquisto di macchine d'occasione e trasferimento, all'interno di una stessa impresa, di una macchina appartenente a una divisione «prodotti non sensibili» a una divisione «prodotti sensibili»).

99 La Tetra rileva, in via generale, che tale motivo deve essere dichiarato irricevibile in quanto riguarda valutazioni di fatto.

100 Essa rammenta che, al punto 177 della motivazione della decisione controversa, la stessa Commissione ha ammesso che le macchine SBM sono «generiche», ma che la linea di imballaggio PET è specificamente adattata ai prodotti confezionati dal cliente. Essa sostiene che la Commissione invoca invano elementi che non

figuravano nella suddetta decisione, in quanto, come risulta dalla giurisprudenza, una decisione deve contenere tutti gli elementi di fatto e di diritto sui quali si è basata la Commissione in modo da consentire un effettivo sindacato giurisdizionale di tale decisione. Orbene, la decisione controversa non conterrebbe alcun riferimento alla necessità di considerare la macchina SBM come un elemento di una catena d'imballaggio di un tipo specifico. In ogni caso, il Tribunale avrebbe replicato agli argomenti elaborati dalla Commissione nell'ambito del procedimento giurisdizionale. Quindi, il punto 266 della sentenza impugnata costituirebbe una risposta a un nuovo argomento dedotto dalla Commissione nel suo controricorso.

101 La Tetra ritiene che la Commissione forzi il contenuto del punto 223 di cui alla sentenza impugnata. Infatti, in tale punto, il Tribunale non avrebbe fatto riferimento alla possibilità di invocare la discriminazione quale motivo di prova dell'esistenza di mercati distinti, ma si sarebbe limitato a verificare se il comportamento pregresso della Sidel costituisca una prova sufficientemente solida del fatto che la nuova entità continuerà a tenere una condotta simile. Solo ai punti 258-269 della suddetta sentenza il Tribunale avrebbe esaminato la definizione del mercato.

Giudizio della Corte sul terzo motivo

102 Si deve innanzi tutto respingere come ininfluente l'argomento che la Commissione ha ricavato dalla circostanza in base alla quale il Tribunale, al punto 265 della sentenza impugnata, ha constatato la mancanza di ogni riferimento, nella decisione controversa, a determinate spiegazioni tecniche riguardanti le asserite caratteristiche molto particolari delle macchine SBM utilizzate nelle linee di riempimento PET, spiegazioni formulate dalla Commissione solo nel proprio controricorso e in sede di udienza. Risulta infatti dalla lettura dei punti 266 e 267 della stessa sentenza che il Tribunale non ha fondato la sua valutazione sulla mera insufficienza, nella suddetta decisione, di solidi elementi di prova in merito alle asserite caratteristiche particolari di tali macchine, ma che ha preso in considerazione gli argomenti addotti dalla Commissione sia nel suo controricorso sia in sede di udienza e ha replicato a questi ultimi.

103 Si deve altresì respingere come inconferente l'argomento relativo a un asserito rigetto, da parte del Tribunale, di una discriminazione dei prezzi quale prova in merito all'esistenza di sottomercati distinti. Infatti, dalla lettura dei punti 259, ultima frase, e 268 della sentenza impugnata emerge che, nell'ambito dell'individuazione di mercati distinti, il Tribunale non si è pronunciato relativamente alla prova diretta di una discriminazione dei prezzi, ma ha concentrato la sua analisi sulle condizioni alle quali può essere fornita la prova della possibilità di una tale discriminazione, condizioni definite nel contesto del punto 178 della motivazione della decisione controversa, ossia la possibilità di determinare con precisione a quale gruppo appartenga un dato cliente e l'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi.

104 Per quanto attiene agli altri argomenti invocati dalla Commissione a sostegno del suo terzo motivo, mediante i quali quest'ultima contesta la valutazione del Tribunale relativa al carattere generico delle macchine SBM, alla possibilità di determinare a quale gruppo appartenga un dato cliente e all'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi in ordine a tali macchine, devono essere dichiarati irricevibili, in quanto pongono in discussione la valutazione di elementi di prova da parte del Tribunale, valutazione che non può essere assoggettata al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

105 Da tali considerazioni risulta che il terzo motivo è, in parte, irricevibile e, in parte, infondato.

Sul quarto motivo

106 Con il suo quarto motivo, la Commissione sostiene che il Tribunale ha violato l'art. 2 del regolamento, ha snaturato determinati fatti e omesso di prendere in considerazione alcuni argomenti della Commissione non riconoscendo la fondatezza della conclusione di quest'ultima secondo cui la Tetra rafforzerebbe la sua posizione dominante nel settore del cartone.

107 I punti 390-401 della motivazione della decisione controversa mirano a dimostrare che la posizione dominante detenuta dalla Tetra nel settore del cartone potrebbe essere rafforzata dalla concentrazione notificata, a motivo dell'eliminazione, sul mercato dell'imballaggio dei prodotti sensibili, della concorrenza potenziale rappresentata dal maggiore fornitore del mercato del PET, vale a dire la Sidel. Soggetta quindi a una concorrenza meno forte, la Tetra non sarebbe incentivata ad abbassare i prezzi dei suoi imballaggi in cartone e potrebbe essere indotta a non innovare più.

108 Come il Tribunale ha osservato ai punti 311 e 317 della sentenza impugnata, la Commissione ha invocato la menzionata sentenza del Tribunale 6 ottobre 1994, Tetra Pak/Commissione, confermata a seguito di impugnazione dalla menzionata sentenza della Corte 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commissione (in prosieguo: la «giurisprudenza Tetra Pak II»), a sostegno del suo argomento secondo cui un indebolimento della concorrenza potenziale permetterebbe alla Tetra di sentirsi molto meno minacciata sui mercati del cartone asettico, il che dovrebbe essere ritenuto un rafforzamento della sua posizione dominante su tale mercato, ai sensi dell'art. 2 del regolamento.

109 Al punto 312 della sentenza impugnata, il Tribunale ha stabilito quanto segue:

«[...] laddove la Commissione si basa sull'eliminazione o sulla riduzione significativa di una concorrenza potenziale, anche se si tratta di una concorrenza destinata ad aumentare, onde poter giustificare il divieto di una concentrazione notificata, gli elementi propri del rafforzamento di una posizione dominante individuati devono basarsi su prove solide. La semplice circostanza che l'impresa acquirente occupi già una posizione dominante ben chiara sul mercato interessato, benché costituisca un elemento rilevante, come constatato dalla decisione [controversa], non è di per sé sufficiente a comprovare la tesi che una diminuzione della concorrenza potenziale, che tale impresa si trova a fronteggiare, rafforzi la sua posizione».

110 Al punto 322 della stessa sentenza, il Tribunale ha constatato che, in linea di principio, non esiste alcun impedimento all'applicazione, nell'ambito del controllo delle concentrazioni, della teoria dei «nessi di collegamento», riconosciuta nell'ambito dell'applicazione dell'art. 82 CE dalla giurisprudenza Tetra Pak II. La causa che ha originato quest'ultima riguardava un comportamento su un determinato mercato, comportamento che si è ritenuto costituisse un abuso di posizione dominante su un mercato collegato. Nella presente fattispecie, si tratterebbe di mercati contigui. Il Tribunale ha tuttavia rilevato, al punto 323 della suddetta sentenza, che il riferimento alla suddetta giurisprudenza non è pertinente, poiché «la presente causa riguarda semplicemente gli effetti dell'eliminazione, o della significativa riduzione, di una concorrenza potenziale che, secondo la Commissione, è notevole e in crescita».

111 Allo stesso punto 323, il Tribunale ha rammentato a tale riguardo che «fra i presupposti dell'art. 2, n. 1, del regolamento di cui la Commissione deve tener conto nel valutare le operazioni di concentrazione notificate figura "la struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza (...) potenziale di imprese (...)"». Il Tribunale ha proseguito statuendo come di seguito:

«La Commissione, quindi, non ha commesso alcun errore nell'esaminare l'importanza di una riduzione della concorrenza potenziale originata dai mercati delle attrezzature PET sui mercati del cartone. Tuttavia, ad essa spetta dimostrare che una riduzione del genere, qualora si verificasse, potrebbe rafforzare la posizione dominante della Tetra nei confronti dei suoi concorrenti sui mercati del cartone asettico».

112 Al punto 324 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rammentato che, come emerge dalla sua analisi, l'incremento dell'impiego del PET per l'imballaggio dei prodotti sensibili sarebbe probabilmente molto meno netto di quanto stimi la Commissione. Pertanto, rileva il Tribunale, sulla base degli elementi invocati nella decisione controversa, non è possibile stabilire con la certezza necessaria a legittimare il divieto di una concentrazione se la realizzazione della concentrazione

notificata porrebbe la Tetra in una situazione di maggiore indipendenza che in passato, rispetto ai suoi concorrenti sui mercati del cartone asettico.

113 Al punto 325 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato i due elementi di fatto riguardanti la futura condotta della Tetra sui quali si fonda la Commissione per poter dimostrare gli asseriti effetti negativi della concentrazione notificata sui mercati del cartone asettico.

114 Ai punti 326-328 della sentenza impugnata, il Tribunale ha esaminato gli elementi relativi alla concorrenza sui prezzi addotti dalla Commissione e ha statuito, al suddetto punto 328, ultima frase, che la conclusione della decisione controversa secondo la quale la Tetra sarebbe meno pressata a ridurre i propri prezzi del cartone qualora fosse autorizzata ad acquisire la Sidel non è fondata su elementi convincenti.

115 Ai punti 329-331 della sentenza impugnata, il Tribunale ha analizzato gli elementi presentati dalla Commissione per sostenere che la concentrazione notificata comporterebbe per la Tetra una diminuzione dell'incentivo a innovare. Al punto 332 della stessa sentenza, ha sostenuto che la decisione controversa non prova che la nuova entità sarà meno incentivata a innovare nel settore del cartone di quanto lo sia ora la Tetra.

116 Al punto 333 della sentenza impugnata, il Tribunale ha concluso come segue:

«Ne consegue che gli elementi invocati nella decisione [controversa] non dimostrano che gli effetti della concentrazione [notificata] sulla posizione occupata dalla Tetra, principalmente sui mercati del cartone asettico, eliminando la Sidel come un potenziale concorrente, sarebbero tali da soddisfare le condizioni di cui

all'art. 2, n. 3, del regolamento. Dalle considerazioni che precedono risulta, infatti, che non è stato dimostrato che la posizione della nuova entità sarebbe rafforzata nei confronti dei concorrenti sui mercati del cartone».

Argomenti delle parti

117 Con il suo quarto motivo, articolato in varie parti, la Commissione contesta i punti 312 e 323 della sentenza impugnata. Essa ritiene, innanzi tutto, che il modo in cui il Tribunale ha presentato la questione relativa all'importanza della concorrenza potenziale dia luogo a una distorsione dei fatti. Secondo la Commissione, la concorrenza potenziale sarebbe del tutto slegata dalla relazione di concorrenza esistente tra l'impresa considerata dominante e altre imprese presenti sul mercato di cui trattasi. La questione determinante sarebbe quella relativa a se l'eliminazione strutturale di un'importante fonte di concorrenza potenziale renda l'impresa dominante ancora più libera da ogni obbligo, segnatamente nei riguardi dei suoi clienti e dei consumatori.

118 La Commissione rileva inoltre che i due elementi menzionati al punto 312 della sentenza impugnata, vale a dire l'eliminazione o la riduzione significativa della concorrenza potenziale e il fatto che l'impresa a favore della quale viene realizzata la concentrazione occupi già una posizione dominante sul mercato interessato, sono sufficienti a comprovare la tesi relativa al rafforzamento di una siffatta posizione.

119 Essa ritiene inoltre che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto respingendo la valutazione della Commissione in merito al probabile incremento dell'impiego del PET per il confezionamento dei prodotti sensibili e fondandosi soltanto sulla sua previsione ai sensi della quale «tale crescita sarebbe (...) probabilmente molto meno netta di quanto stimi la Commissione».

120 In ultimo, la Commissione sostiene che il Tribunale è incorso in un errore di diritto, ai punti 316-328 della sentenza impugnata, non tenendo conto dei suoi argomenti relativi agli effetti in materia di prezzi determinati dall'eliminazione della Sidel e, ai punti 329-332 della stessa sentenza, respingendo la sua conclusione secondo la quale la nuova entità sarebbe meno incentivata a innovare nel settore del cartone di quanto lo sia ora la Tetra.

121 La Tetra ritiene che il punto 312 della sentenza impugnata non sia inficiato da errore. Essa sottolinea che, in base al regolamento, una concentrazione può essere vietata se essa implica la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante. Dal momento che, per definizione, una posizione dominante riguarda la posizione di un'impresa dominante su un dato mercato, ossia nei confronti dei suoi concorrenti, sarebbe incomprensibile che la Commissione si ritenesse in grado di dissociare la posizione dominante dell'impresa dominante da quella dei suoi concorrenti sul medesimo mercato.

122 Secondo la Tetra, sostenere che i due fattori previsti al punto 312 della sentenza impugnata sono sufficienti a comprovare la tesi relativa al rafforzamento di una posizione dominante, come fa la Commissione, equivale a stabilire una regola del «per sé» in forza della quale ogni riduzione della concorrenza potenziale rafforzerà sempre una posizione dominante. Orbene, l'art. 2, n. 3, del regolamento richiede che si dimostri non solo che una posizione dominante è rafforzata a seguito della concentrazione, ma altresì che la concorrenza effettiva sarà sensibilmente ostacolata a causa di tale rafforzamento. Non si può presumere che ricorra alcuno di questi due presupposti, trattandosi in particolare di una causa in cui, come nel caso di specie, la concorrenza potenziale richiamata è quella che un primo mercato esercita su un secondo mercato, distinto ma vicino.

123 In ogni caso, la Commissione ha invocato vari fattori nella decisione controversa e non può pertanto censurare il Tribunale per aver analizzato i fattori in questione nella sentenza impugnata. Per quanto riguarda la probabile crescita dell'impiego del PET, la Tetra rinvia all'argomento che essa ha già elaborato a tale proposito.

124 Infine, per quanto riguarda gli argomenti relativi al fatto che il Tribunale non ha accolto le conclusioni della Commissione relative agli effetti dell'operazione sugli incentivi della Tetra in materia di prezzi e di innovazione, quest'ultima sostiene che la Commissione contesta determinate valutazioni di fatto effettuate dal Tribunale, che sfuggono al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

Giudizio della Corte sul quarto motivo

125 Come risulta dall'art. 2, n. 1, del regolamento, per valutare la compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, la Commissione tiene conto di un complesso di elementi quali la struttura dei mercati di cui trattasi, la concorrenza reale o potenziale di imprese, la posizione e il potere economico e finanziario delle imprese interessate, le possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, l'esistenza di ostacoli all'entrata, l'andamento dell'offerta e della domanda.

126 Al punto 312 della sentenza impugnata il Tribunale ha pertanto ricordato, a giusto titolo e senza violare l'art. 2 del regolamento, che la semplice circostanza che l'impresa acquirente occupi già una posizione dominante ben chiara sul mercato interessato, benché costituisca un elemento rilevante, come constatato dalla decisione controversa, non è di per sé sufficiente a comprovare la tesi che una diminuzione della concorrenza potenziale che tale impresa si trova a fronteggiare rafforzi la sua posizione.

127 Infatti, la concorrenza potenziale rappresentata da un fabbricante di prodotti sostitutivi su una parte del mercato in questione, ovvero nella fattispecie la concorrenza della Sidel, nella sua qualità di fornitore di imballaggi PET, sulla parte del mercato dei prodotti sensibili con riguardo all'imballaggio in cartone asettico,

costituisce solo uno degli elementi tra tutti quelli che devono essere presi in considerazione al fine di valutare se un'operazione di concentrazione rischia di causare un rafforzamento di una posizione dominante. A tale riguardo, non si può escludere che una riduzione di tale concorrenza potenziale sia compensata da altri elementi, e il risultato di una siffatta compensazione sarebbe rappresentato dal fatto che la posizione concorrenziale dell'impresa che già occupava una posizione dominante permane immutata.

128 Dalla sintesi degli argomenti delle parti, effettuata dal Tribunale ai punti 313-320 della sentenza impugnata, emerge che la Tetra ha contestato la tesi relativa al rafforzamento della posizione dominante della nuova entità sul mercato del cartone asettico, adducendo segnatamente che una mancanza di innovazione nel settore del cartone avvantaggerebbe sostanzialmente gli attuali concorrenti della Tetra sui mercati di tale prodotto. Il Tribunale ha quindi giustamente rammentato, al punto 323 della suddetta sentenza, nell'ambito della discussione e della valutazione degli argomenti delle parti relativamente a tale aspetto, che spetta alla Commissione dimostrare che una riduzione della concorrenza potenziale, qualora si verificasse, potrebbe rafforzare la posizione dominante della Tetra nei confronti dei suoi concorrenti sui mercati del cartone asettico.

129 Qundi, il Tribunale si è fondato sulle potenziali reazioni dei concorrenti della Tetra sui mercati del cartone, che sono altresì attivi sul mercato del PET, per confutare, al punto 327 della sentenza impugnata, l'affermazione della Commissione secondo cui tale società potrebbe essere incentivata, una volta realizzata la concentrazione, ad aumentare i suoi prezzi sul mercato del cartone asettico e, al punto 330, l'argomento secondo cui la nuova entità potrebbe decidere di innovare meno.

130 Non si può pertanto ritenere fondata la parte del quarto motivo in cui la Commissione sostiene che la concorrenza potenziale sarebbe del tutto slegata dalla relazione di concorrenza esistente tra l'impresa considerata dominante e altre imprese presenti sul mercato di cui trattasi.

131 Per quanto riguarda la valutazione della probabile crescita dell'impiego del PET per il confezionamento dei prodotti sensibili, si deve rammentare che l'argomentazione della Commissione a tale riguardo è stata esaminata nel contesto del primo motivo d'impugnazione, al punto 46 della presente sentenza, per verificare se il Tribunale abbia violato l'art. 230 CE in ragione della mancata applicazione del criterio del manifesto errore di valutazione e del mancato rispetto del margine discrezionale di cui dispone la Commissione per quanto riguarda le complesse questioni di fatto e di ordine economico. Nei limiti in cui, mediante questa parte del motivo, essa contesta le conclusioni del Tribunale a tale riguardo, si deve constatare che si tratta di una critica della valutazione di elementi di prova effettuata dal Tribunale, valutazione che non può essere soggetta al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

132 Lo stesso vale per la parte del motivo mediante la quale la Commissione contesta i punti 316-328 e 329-332 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale ha valutato gli elementi di prova presentati dalla Commissione, relativi rispettivamente agli effetti in materia di prezzi determinati dall'eliminazione della Sidel e al minore incentivo a innovare nel settore del cartone della nuova entità.

133 Dalle considerazioni che precedono risulta che il quarto motivo è, in parte, irricevibile e, in parte, infondato.

Sul quinto motivo

134 Con il suo quinto motivo, la Commissione addebita al Tribunale di aver violato l'art. 2, n. 3, del regolamento respingendo le sue conclusioni relative alla creazione di una posizione dominante sul mercato delle macchine SBM.

Argomenti delle parti

135 La Commissione sostiene che la conclusione del Tribunale, figurante al punto 307 della sentenza impugnata, secondo cui «la decisione [controversa] non fornisce prova sufficiente del fatto che la nuova entità potrebbe conquistare entro il 2005 una posizione dominante sui mercati delle macchine a bassa e ad alta capacità» è fondata su errori di diritto censurati nell'ambito dei motivi precedenti, vale a dire l'inclusione delle macchine SBM per prodotti non sensibili e per la birra nel medesimo mercato delle macchine SBM per prodotti sensibili e il fatto di ritenere sufficiente l'impegno della Tetra di non collegare la vendita delle suddette macchine a quella di prodotti cartone. Per integrare la sua argomentazione, la Commissione ritiene necessario dimostrare gli errori commessi dal Tribunale relativamente alla creazione di una posizione dominante sul mercato delle macchine SBM.

136 Per quanto riguarda le macchine SBM a bassa capacità la Commissione sostiene, innanzi tutto, che il Tribunale non ha preso in considerazione taluni elementi pertinenti che figurano nella decisione controversa, come il miglioramento, in termini di quote di mercato, della posizione della Sidel (punto 266 della motivazione di tale decisione) e il rafforzamento immediato della sua posizione grazie alla combinazione tra, da un lato, la sua posizione preminente in termini di quote di mercato e, dall'altro, il potere finanziario, la forza di vendita, la superiorità consolidata nell'imballaggio asettico, il vantaggio del pioniere nei rapporti con la clientela del settore dell'imballaggio in cartone e la posizione dominante di cui la Tetra già beneficia in tale settore (punti 376-387 della motivazione della suddetta decisione).

137 La Commissione sostiene inoltre che il Tribunale si è fondato su elementi di fatto inconferenti. Quindi, l'importanza delle macchine SBM a bassa capacità per l'imballaggio di prodotti non sensibili non sarebbe un elemento pertinente se la definizione del mercato proposta dalla Commissione dovesse essere accolta. Parimenti, l'affermazione del Tribunale, al punto 279 della sentenza impugnata, secondo cui «una percentuale rilevante di macchine SBM usate per il confezionamento di prodotti sensibili riguarderà, con ogni probabilità, macchine a bassa capacità» non sarebbe pertinente al fine di valutare la possibilità della Tetra di

fondarsi sulla sua posizione dominante nel settore dell'imballaggio cartone al fine di acquisire una simile posizione in quello delle macchine SBM a bassa capacità.

138 Per quanto riguarda le macchine ad alta capacità, la Commissione sostiene che il Tribunale ha omesso di prendere in considerazione elementi pertinenti, e segnatamente, al punto 284 della sentenza impugnata, l'incremento della quota di mercato della Sidel grazie alla concentrazione notificata. Essa ritiene altresì che il Tribunale abbia erroneamente preso in considerazione la possibilità di un crescita inferiore alle previsioni dell'impiego del PET per i prodotti sensibili nonché l'eventualità che i clienti fabbricanti di determinati prodotti sensibili ricorrano allo HDPE anziché al PET, laddove tali elementi sono inconferenti al fine di determinare se la Tetra benefici di un vantaggio del pioniere nei suoi rapporti con i clienti che optano per il PET.

139 Inoltre, per quanto attiene ai clienti provenienti dall'ambito dell'imballaggio in vetro, il ragionamento del Tribunale trascurerebbe alcuni elementi e snaturerebbe i fatti. Da un lato infatti, secondo la Commissione, quest'ultimo non prende in considerazione il fatto che un cliente dell'imballaggio in vetro solo di rado si avvale esclusivamente di tale materiale per il confezionamento dei suoi prodotti. D'altro lato, il Tribunale procederebbe a un'erronea ricostruzione dei fatti quando sostiene che i concorrenti della Tetra/Sidel presenti nel settore dell'imballaggio in vetro beneficierebbero del vantaggio del pioniere, poiché, in tal modo, trascura il fatto che i fornitori di attrezzature in vetro e in metallo non hanno legami stretti e permanenti con i produttori di bevande in quanto la quasi totalità della fabbricazione degli imballaggi in vetro e in metallo è effettuata da terzisti.

140 Per quanto riguarda la posizione dei concorrenti, la Commissione ritiene che il Tribunale abbia snaturato la decisione controversa statuendo, al punto 294 della sentenza impugnata, che quest'ultima non contiene un'analisi adeguata in ordine alla concorrenza sul mercato delle macchine ad alta capacità che la Sidel si trova a fronteggiare e che sottovaluta la concorrenza rappresentata dai tre principali concorrenti della suddetta società. Secondo la Commissione, la decisione in parola

include un'approfondita analisi delle relative posizioni della nuova entità e dei suoi concorrenti, segnatamente ai punti 232-248, 293-300, 303-310 e 369-387 della sua motivazione. Peraltro, la ricostruzione dei fatti da parte del Tribunale sarebbe inesatta in quanto quest'ultimo afferma, da un lato, che il concorrente SIG dispone di un vantaggio in quanto è presente sul mercato a valle delle preforme, mentre, a giudizio della Commissione, non è presente a valle quale fornitore di preforme in grado di proporre i suoi prodotti a imprese facenti ricorso all'imbottigliamento PET e, dall'altro, che questa stessa società beneficia di un vantaggio del pioniere dovuto alle sue attività nel settore del vetro, laddove essa fabbrica macchine e non è presente sul mercato a valle delle bottiglie in vetro.

141 Infine, la Commissione ritiene che la constatazione del Tribunale, al punto 305 della sentenza impugnata, in base alla quale «la conclusione secondo cui i terzisti dipendono dalla Sidel non convince», constatazione fondata esclusivamente sull'«odierno livello della concorrenza», non contenga una motivazione chiara o sufficiente per inficiare la complessa valutazione elaborata dalla Commissione a tale proposito ai punti 303-310 della motivazione della decisione controversa.

142 La Tetra sostiene che le diverse censure, apparentemente tra loro slegate, formulate dalla Commissione nel suo quinto motivo, devono essere dichiarate irricevibili per una duplice ragione. Infatti, a suo giudizio, da un lato la Commissione invoca elementi che non erano stati menzionati nella decisione controversa e, dall'altro, contesta direttamente la valutazione dei fatti compiuta dal Tribunale.

Giudizio della Corte sul quinto motivo

143 Dall'analisi degli argomenti presentati dalla Commissione risulta che la maggior parte di questi ultimi riguarda la valutazione di elementi di prova da parte del

Tribunale, non soggetta al controllo della Corte in sede di impugnazione. È questo il caso dell'addebito, mosso a quest'ultimo dalla Commissione, di non aver preso in considerazione determinati elementi che essa considera pertinenti o di aver tenuto conto di altri elementi dalla stessa ritenuti inconferenti, che ciò riguardi le macchine SBM a bassa o alta capacità o, anche, la presa in considerazione dei clienti provenienti dall'ambito dell'imballaggio in vetro.

144 Mediante altri argomenti addotti a sostegno del suo quinto motivo, la Commissione contesta esplicitamente la constatazione o la valutazione dei fatti da parte del Tribunale. Ciò è segnatamente il caso dell'argomento relativo ai concorrenti della Tetra/Sidel per l'imballaggio in vetro o dell'analisi della posizione del concorrente SIG.

145 Per quanto riguarda l'asserito snaturamento della decisione controversa che sarebbe stato realizzato al punto 294 della sentenza impugnata, si deve constatare che la Commissione non indica un punto preciso della motivazione di detta decisione il cui contenuto sarebbe stato snaturato dal Tribunale e che tale argomento attiene, in realtà, alla valutazione dei fatti e degli elementi di prova compiuta dal Tribunale.

146 Per quanto rigaurda infine l'argomento relativo a una carenza di motivazione della conclusione, figurante al punto 305 della sentenza impugnata, secondo cui la dipendenza dei terzisti nei confronti della Sidel non sarebbe provata in modo convincente, basta constatare che il Tribunale nell'ultima frase del suddetto punto 305 ha motivato tale valutazione in maniera sintetica ma sufficiente.

147 Dalle considerazioni che precedono risulta che il quinto motivo è, in parte, irricevibile e, in parte, infondato.

Conclusione

148 Poiché nessuno dei motivi dedotti dalla Commissione a sostegno dell'impugnazione può essere accolto, questo dev'essere respinto.

Sulle spese

149 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, che si applica al procedimento d'impugnazione a norma dell'art. 118 del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Tetra ne ha fatto domanda, la Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

1) Il ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado è respinto.

2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese.

Firme